

LA LEY *Mediación y Arbitraje*

Julio-Septiembre 2020 | **03**

El Tribunal Constitucional delimita el ámbito del orden público en el arbitraje

*Tribunales transnacionales
para resolver los problemas
de responsabilidad parental
transfronteriza*

DIRECTOR:

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS



Wolters Kluwer

Equipo Editorial

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

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

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

ISSN Electrónico: 2660-7808

Diseño por Wolters Kluwer España, S.A.

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

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

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado

organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

LA LEY Mediación y Arbitraje

Revista de actualidad jurídica sobre métodos alternativos de solución de controversias

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

Director

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Universidad, árbitro internacional y miembro

del *Institut de Droit International*

Secretario

Gonzalo Stampa Casas

Socio Fundador de Stampa Abogados, Doctor en Derecho,

LL.M. Londres,

árbitro y mediador internacional

Consejo de redacción

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

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

Consejo asesor

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

Consejo evaluador externo

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

SUMARIO

ÚLTIMA HORA

- «*La mediación brinda a las empresas un instrumento eficaz de competitividad y sostenibilidad en la resolución de sus conflictos*», **Rafael Catalá**, Presidente del Centro Español de Mediación (CEM)
- «*Comentario de urgencia al Ley 9/2020, de 31 de julio, de modificación del Libro II del Código Civil de Cataluña y de la Ley 15/2009 de Mediación en el ámbito del Derecho Privado*», por **Pascual Ortuño**, Presidente de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona
- «*El Tribunal Constitucional advierte acerca de la incorrección que supone la aplicación maximalista e indiscriminada del concepto del orden público en el desarrollo de la función de control judicial del laudo (STC 15 junio 2020)*», por **Gonzalo Stampa**, Abogado, Socio fundador de Stampa Abogados. Árbitro internacional

TRIBUNA

- «*Significado institucional de las Cortes de Arbitraje de base asociativa*», por **José Fernando Merino Merchán**, Letrado de las Cortes y del Consejo de Estado (exc.) Profesor Titular de Universidad. Árbitro de CIMA
- «*La sumisión del Estado y de los entes estatales al arbitraje*», por **Luis Felipe Castresana**, Abogado del Estado (exc.). Director y arbitro de CIMA
- «*El arbitraje como cuestión de Estado*», por **Juan Carlos Calvo Corbella**, Asesor General para Asuntos Jurídicos de Urbaser, S.A. Abogado del Estado (exc.). Árbitro y Vocal de la Comisión de Gobierno de CIMA
- «*Renuncia a la acción de anulación del laudo arbitral*», por **María Luisa García Blanco**, Abogada del Estado (exc.). Socia del despacho Salama García Blanco, SLP. Árbitra de CIMA
- «*Autoejecución en blockchain de la mediación en la Empresa Familiar para garantizar su enforcement*», por **Cristina Argelich Comelles**, Profesora Doctora de Derecho civil, acreditada a Profesor Contratado Doctor. Universidad de Cádiz

ESTUDIOS

- «*Hacia la creación de tribunales transnacionales para las familias transnacionales: el ejemplo de la responsabilidad parental*», **Gian Paolo Romano**, Catedrático de la Universidad de Ginebra
- «*La mediación en los conflictos societarios en la empresa familiar*», por **José María Rojí Buqueras**,

Socio CMS Albiñana & Suárez de Lezo, Director de la oficina de CMS Barcelona.

- «*Extensión del convenio arbitral a no firmantes: el acogimiento en España de una práctica comparada*», **Jesús Campo Candelas**, Profesor Asociado de Derecho Procesal. Universidad de Alicante. Doctor en Derecho. Abogado

DECISIONES ARBITRALES

- «*¿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*», por **Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga**, Profesor Agregado de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

REGULACIÓN

- Modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado
- Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea

JURISPRUDENCIA

Unión Europea

- «*La obligación de informar de las entidades de resolución alternativa de litigios en las condiciones generales de contratación. A propósito de la sentencia del TJUE de 25 de junio de 2020*», **Francisco Bombillar Sáenz**, Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

Española

- «*Condición de institución arbitral del Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol y anulación de un laudo pronunciado por ésta por indefensión (STS Madrid 18 febrero 2020)*», por **Víctor Bonnín**, Árbitro internacional, miembro del panel de árbitros del Tribunal de Arbitraje Deportivo
- «*Revocación de una sentencia de instancia que desestimó la efectividad y el cumplimiento de un laudo arbitral por apreciar la excepción de cosa juzgada (SAP Madrid 19 febrero 2020)*», por **Rafael Hinojosa Segovia**, Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid
- «*Desestimación de declinatoria por sumisión a arbitraje por superar la cláusula de sumisión a arbitraje el control judicial (AAP Barcelona 22 abril 2020)*», por **M^a Carmen Barrón López**, Abogada. Responsable del departamento jurídico del grupo inmobiliario Nederval
- «*Del único fruto sano del manzano podrido o sobre el convenio arbitral que sobrevive al contrato nulo que lo cobija, de se fue el último tren o la renuncia tácita a las facultades de impugnación y de cuestiones sentadas hasta la saciedad o la naturaleza de la acción de anulación y el orden público (STSJ País Vasco 23 abril 2020)*», por **Ixusco Ordeñana Geruzaga**, Profesor Titular de la

Universidad del país Vasco

- Cronología de decisiones: Selección de las resoluciones más destacadas dictadas recientemente por nuestros Tribunales

Extranjera

- «Primera anulación de un laudo de protección de inversiones por el Tribunal Federal de Suiza (STFS 25 marzo 2020)», **Enrique Linares Rodríguez**, Doctor en Derecho, Stampa abogados
- «Novedades jurisprudenciales sobre el uso de cortes estadounidenses para obtener pruebas a ser utilizadas en arbitrajes extranjeros», por **Camille R. Rieber**, por Abogada en Venezuela y California

ACTUALIDAD PROFESIONAL

- «La Dispute Adjudication/Avoidance Board (DAAB) como método alternativo de resolución de conflictos en los nuevos modelos FIDIC para contratos de construcción internacionales», **Alejandro Santos Príncipe**, Profesor Asociado de Derecho Mercantil, Doctorando en la Escuela Internacional de Doctorado, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid
- La Asociación Europea de Arbitraje crea un Comité de expertos en Industria del Deporte y Entretenimiento
- La Cámara de Comercio de España crea el Centro Español de Mediación bajo la presidencia del exministro de Justicia, Rafael Catalá
- Guía del CIAM sobre Cuantificación de Procedimientos Arbitrales, aprobada por el Pleno en sesión del 11 de marzo de 2020
- Reglas de Corte Civil y Mercantil de Arbitraje para las audiencias de pruebas testificales y periciales por medios audiovisuales, de 8 de abril de 2020
- La Corte de Arbitraje del ICAM articula un procedimiento de arbitraje de urgencia para la resolución de controversias surgidas en las relaciones negociales como consecuencia del Covid-19
- Acuerdo del Comité Español de la CCI con la Cámara de Comercio de Madrid
- El español se ha convertido en uno de los tres idiomas oficiales del Tribunal Arbitral del Deporte, a partir de 1 de julio de 2020

NOTICIAS

- Quinto Congreso de la Abogacía de Barcelona en formato 100% online
- Jornada en el ICAM sobre «Arbitraje en Europa y en América Latina» (29 junio 2020)
- Clausura del curso de Verano Universidad de Alcalá 2020 (edición virtual): «Madrid: punto de

encuentro del arbitraje internacional entre España y América latina», patrocinado por CIMA

- El CGPJ y la Abogacía renuevan su compromiso para colaborar en la implantación de la mediación como vía complementaria para resolver conflictos
- Bernardo Cremades se incorpora al Comité de Expertos sobre Industria del Deporte y del Entretenimiento de AEA
- El libro «Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. Doctor José Carlos Fernández Rozas» incluye un amplio repertorio de estudios en torno al arbitraje y la mediación

Wolters Kluwer



El libro se divide en 24 capítulos, con un total de 326 epígrafes, a lo largo de los cuales se analiza el Texto Refundido de la Ley Concursal a la luz de las resoluciones de juzgados y tribunales dictadas en base a la Ley Concursal de 2003.

La presente monografía compendia el derecho concursal vigente, ofreciendo las claves para su aplicación práctica a partir de la jurisprudencia generada por los Tribunales. Desde 2003, fecha de aplicación de la LC, se reflejan las diferentes alternativas brindadas por juzgados y tribunales en la interpretación de la norma, poniendo en valor la postura que, en su caso, haya sido combatida por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por supuesto, se incorporan todas las novedades que se han introducido a través del nuevo Texto Refundido (RD Legislativo 1/2020) aun cuando, lógicamente, no cuentan todavía con desarrollo jurisprudencial.

Autor: Alfredo Aresos Casal



Consulta las condiciones de compra de esta obra en: →

tienda.wolterskluwer.es
91 602 01 82
clientes@wolterskluwer.es

Más información →



La mediación brinda a las empresas un instrumento eficaz de competitividad y sostenibilidad en la resolución de sus conflictos

La Cámara de Comercio de España ha creado el Centro Español de Mediación (CEM), una nueva institución que nace con el objetivo de ser un referente de mediación en España. Este nuevo Centro ofrece a los operadores económicos un servicio de mediación basado en los más altos estándares de independencia, profesionalidad, transparencia y eficiencia, así como una vía ágil, confidencial y alternativa de resolución de disputas civiles y mercantiles entre empresas.



Rafael Catalá

Presidente del Centro Español de Mediación (CEM)

El célebre «duelo a garrotazos» de Goya se ha asociado en no pocas ocasiones a la litigación judicial y, en particular, a la confrontación a la que demandante y demandado se ven fatalmente abocados en todo pleito. De forma similar a los duelistas del lienzo, los litigantes ocupan en el proceso posiciones estáticas desde las que se enzarzan en una pugna para vencer sobre la base de tener mejor derecho. La lucha se centra en las posiciones legales de las partes que, asesoradas por sus abogados, persiguen imponerse, tras un proceso dilatado y costoso, al adversario por medio de una sentencia con un vencedor y un vencido.

La contienda judicial no es, sin embargo, más que una de las muchas posibles fórmulas de hacer frente a los conflictos que la vida en sociedad inevitablemente conlleva. En efecto, las disputas, entendidas como contraposición de intereses en el más amplio sentido, son una consecuencia

natural del devenir cotidiano que, en la mayoría de los casos, se resuelven sin confrontación; esta representa normalmente el último recurso y, por ello, el menos habitual.

La internacionalización del comercio y de las relaciones económicas al finalizar la Segunda Guerra Mundial puso de manifiesto la necesidad de contar con un sistema de resolución de disputas alternativo a los tribunales estatales que permitiera reducir la incertidumbre que supone litigar ante aquellos. Esa necesidad explica el auge que ha experimentado en los últimos 70 años el arbitraje comercial internacional, que ofrece un sistema imparcial y eficiente para dirimir los conflictos entre empresarios de distintos países.

De la misma manera, la creciente sofisticación de la economía y de las relaciones comerciales en el mundo actual, caracterizado por la aceleración de la disrupción tecnológica y la innovación, pone de manifiesto las limitaciones y, a la postre, la mayor incertidumbre que las vías de solución estrictamente adversariales como la litigación y el arbitraje conllevan en muchas ocasiones.

En este contexto, la mediación brinda a los operadores económicos una herramienta que les permite controlar la incertidumbre aparejada a toda disputa a través de un proceso en el que la solución no viene impuesta por un tercero (el juez o el árbitro), sino que se construye de mutuo acuerdo por las partes asistidas por un mediador profesional. Desde este punto de vista, la mediación presenta dos cualidades que la hacen especialmente atractiva para las empresas en el actual contexto económico, a saber: la celeridad y la sostenibilidad.

Por una parte, la velocidad del cambio tecnológico y la innovación en un mundo digitalizado han acelerado el ciclo de vida de las empresas. Estas necesitan ser ágiles en todos los ámbitos de su actividad, incluido el de la gestión de sus conflictos, lo que implica replantearse sus estrategias de resolución de sus disputas y adaptarlas al nuevo escenario en el que operan.

Por otra parte, los actores de nuestro mundo jurídico y económico están sujetos a nuevas exigencias derivadas de la Agenda 2030 sobre el desarrollo sostenible, aprobada por la ONU en 2015 y basada en diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible («ODS»). Los ODS demandan reducir la intensidad del consumo de recursos y aumentar la producción de estos, lo que abre un horizonte de oportunidades en una economía circular. A cualquier empresa se le va a exigir cumplir con el mayor grado de sostenibilidad posible, también en el ámbito de la resolución de sus conflictos comerciales, lo que se compadece mal con seguir recurriendo a los tribunales de justicia de forma sistemática y acrítica ante cualquier disputa comercial que surja en el curso ordinario del negocio.

En este contexto, la mediación se presenta como la alternativa más eficaz, ágil y económica de resolución de conflictos mercantiles y civiles en nuestro país.

Para impulsar esta alternativa a la resolución de conflictos en el orden jurisdiccional, es necesario adoptar medidas legislativas de índole procesal, sin olvidar la importante labor de concienciación y de formación de los agentes involucrados (desde las propias empresas hasta abogados).

Dentro de este impulso necesario de la mediación en el momento actual, es necesario difundir cómo

se lleva a cabo una mediación, las ventajas que presenta y cómo se puede recurrir a ella. Por ese motivo es tan importante la labor de la abogacía, que debe asistir a las partes e informarlas adecuadamente sobre los diferentes mecanismos y alternativas para la resolución de sus controversias, así como las ventajas concretas para cada caso.

Asimismo, es necesario que las partes y sus asesores jurídicos tengan en cuenta la mediación y otros métodos alternativos de resolución de conflictos en el momento en que estén negociando sus contratos. En este sentido, debe fomentarse la inclusión de cláusulas multimodales en los contratos, de tal manera que las partes acuerden tratar de resolver las eventuales disputas que puedan surgir entre ellas a través de métodos autocompositivos, como la mediación, con carácter previo a acudir a otros mecanismos de resolución de controversias.

En los últimos años países como Estados Unidos y Reino Unido han experimentado un importante auge de la mediación, relacionada principalmente con la menor complejidad y los costes asociados a esta resolución de conflictos. Además, un país más cercano en el que podemos fijarnos es Italia. En este país, el número de casos solucionados por mediación supera los 200.000, por lo que, sin duda, es buen ejemplo a seguir. Para alcanzar a estos países, en España es necesario un cambio cultural que muestre alternativas a la jurisdicción, como la mediación o el arbitraje, ya que actualmente son vías muy poco adoptadas por parte de las empresas. Porque, además, en España se critica constantemente a la Justicia, pero cuando existe un problema no dudamos en recurrir a ella para solucionarlo.

Ante esta necesidad empresarial y comercial, la Cámara de Comercio de España ha creado el Centro Español de Mediación (CEM), una nueva institución que nace con el objetivo de ser un referente de mediación en España. Este nuevo Centro ofrece a los operadores económicos un servicio de mediación basado en los más altos estándares de independencia, profesionalidad, transparencia y eficiencia, así como una vía ágil, confidencial y alternativa de resolución de disputas civiles y mercantiles entre empresas.

El Centro Español de Mediación aspira a hacerse acreedor de la confianza de las empresas españolas mediante un servicio excelente basado en la experiencia e independencia de sus órganos de gobierno y del propio Centro, la excelencia y capacidad de sus mediadores y la profesionalidad del equipo humano del CEM, así como sus instalaciones y recursos tecnológicos, a la vanguardia de cualquier Centro de mediación de referencia mundial.

Para ello, CEM cuenta con un régimen de funcionamiento basado en procedimientos transparentes que garantizan la independencia y eficiencia en el desarrollo de la mediación. Asimismo, el Centro desplegará sus mejores esfuerzos para contribuir a difundir la cultura de la mediación en el mundo empresarial, institucional, jurídico y académico y colaborará estrechamente con organismos e instituciones como el Poder Judicial, las Cámaras de Comercio territoriales, asociaciones empresariales y profesionales y universidades y escuelas de negocio.

Respecto a los mediadores, CEM garantiza que son independientes e imparciales, ya que no pueden mantener con las partes relación profesional, personal o comercial. El candidato a mediador debe

suscribir un documento en el que acepta su nombramiento y confirme su independencia, imparcialidad y disponibilidad. Además, deberá revelar cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. Las partes serán comunicadas y si alguna de ellas formula objeción, CEM nombrará a otro mediador.

Actualmente CEM cuenta con 20 mediadores de reconocido prestigio. Existe un listado completo, la Relación Orientativa de Mediadores, publicado en la web del Centro, con el objetivo de cumplir el mandato de la Ley de Mediación a este respecto y ser lo más transparentes posible. La Relación Orientativa de Mediadores está integrada por profesionales a quienes el Centro considera idóneos para actuar en los procedimientos cuya administración tiene encomendada. La existencia de esta lista no excluye, lógicamente, la posibilidad de designar como mediadores a personas que no figuren en ellas si, por ejemplo, así lo acuerdan las partes.

Nos encontramos ante una oportunidad histórica para las empresas. Un contexto en el que el Centro Español de Mediación, creado por la Cámara de Comercio de España, ofrece la mediación como alternativa ágil y económica a la justicia para la resolución de conflictos.

Comentario de urgencia al Ley 9/2020, de 31 de julio, de modificación del Libro II del Código Civil de Cataluña y de la Ley 15/2009 de Mediación en el ámbito del Derecho Privado (1)

A pesar de que algunos titulares de prensa han destacado como novedad de esta Ley la introducción de obligatoriedad de la mediación familiar como requisito previo para el ejercicio de las acciones judiciales en esta materia, la realidad que se desprende de su articulado no es esa. El autor analiza en este texto las verdaderas novedades que introduce esta reforma.



Pascual Ortuño

Presidente de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En plena época estival, justo en el comienzo del disfrute de este período vacacional tan extraño que nos ha impuesto la presencia en el ambiente de la nefasta pandemia que nos aflige, nos obsequia el boletín oficial con la publicación de una ley del parlamento de Cataluña por la que se modifican determinados aspectos de dos leyes catalanas. El objetivo es completar y mejorar la regulación de la mediación en el ámbito del derecho privado que ya se contemplaba en el libro II del código civil catalán —el que recoge el derecho propio de esta comunidad autónoma en materia de derecho de la persona y la familia— y, por otra parte, en la ley específica sobre mediación que rige en este territorio.

A pesar de que algunos titulares de prensa han destacado como novedad de esta ley la introducción de obligatoriedad de la mediación familiar como requisito previo para el ejercicio de las acciones judiciales en esta materia, la realidad que se desprende de su articulado no es esa. La norma catalana parte del respeto debido a la distribución competencial que establece la Constitución que, como es sabido, optó desde 1978 por encomendar en exclusiva al legislador estatal la legislación procesal.

El hecho de que en la norma fundamental y en su desarrollo por la doctrina del Tribunal

Constitucional se haya optado por la coexistencia de un Derecho civil común para todo el Estado, con los derechos propios de determinadas comunidades autónomas que recogen la tradición de las instituciones forales y la evolución y adaptación de las mismas, plantea diversos problemas. Uno de ellos es que no existan cauces procesales *ad hoc* para los derechos que reconocen a los ciudadanos las instituciones de derecho civil propio, lo que provoca que no se disponga de una protección eficaz por los tribunales para los mismos. Todos recordamos las famosas acciones del derecho romano que comprendían de forma inseparable el derecho llamado «sustantivo» y el derecho «adjetivo» o procesal. Pues bien, en el ámbito de la mediación esta dicotomía ha evidenciado que la voluntad manifiesta por potenciar la mediación del legislador autonómico haya quedado, en parte, vacía de contenido. Efectivamente, la introducción de un requisito prejudicial obstativo de la admisión de las demandas o la eficacia de la derivación judicial a mediación a lo largo del proceso, no puede imponerse sin que exista una previsión expresa de este mecanismo en la ley procesal estatal.

La inserción en el sistema de justicia de la exigencia de un proceso negocial previo entre las partes como requisito para la admisión de las demandas, en determinados casos, no es un tema exento de polémica en ninguno de los países en los que esta medida de racionalización de los conflictos se ha conseguido implantar. En el modelo anglosajón el mecanismo se ha logrado por vía jurisprudencial y por medio de protocolos de actuación ante los tribunales pactados con la abogacía en cada condado o distrito. En el modelo «*code civil*» tributario del código de procedimiento napoleónico, lo ha sido por vía de reformas legales que lo han impuesto.

En España, aun cuando se trata de una medida sumamente favorable para la abogacía y para dotar de un mayor grado de calidad a la administración de justicia, la dinámica de resistencia a los cambios de los colectivos de juristas, e incluyo en ellos, junto a los abogados, a los jueces y a los académicos, está impidiendo que espontáneamente haya una aceptación voluntaria de los llamados métodos alternativos, o medios adecuados para la resolución de litigios (ADR o MASC). La indolencia del legislador estatal en esta materia ha sido la principal causa que ha ralentizado el progreso en la implantación de los principios de la Directiva 52/2008. La Ley 5/2012 fue tardía pero, sobre todo, tímida e incompleta. Por esta razón determinados parlamentos autonómicos han procedido a intentar subsanar este déficit legislativo, especialmente en el ámbito del derecho de familia, si bien se encuentran, de inmediato, con la limitación competencial en materia procesal.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA LEGAL CATALANA

Cataluña ha hecho un esfuerzo legislativo ejemplar para la implantación de la mediación desde la promulgación del Código de Familia de 1998, que la recogió por primera vez de forma consecuente a la Recomendación del Consejo de Europa del mismo año. Sin embargo, la primera mención en un texto estatal fue de signo contrario: estableció la prohibición general de utilizarla en asuntos en los que existiera violencia sobre la mujer, lo que supuso la inoculación de un prejuicio contra la mediación en el ámbito feminista antes de que se tuviera conocimiento preciso de lo que realmente podía aportar a la pacificación de los conflictos y a la realización del principio de prevalencia del superior interés del menor. De hecho, el Convenio de Estambul precisa claramente que lo que se proscribía es la «*obligatoriedad*» de la conciliación o la mediación, pero no la posibilidad de utilizarla

cuando es la propia mujer la que la solicita en uso de su legítimo derecho o como medida preventiva para buscar una salida consensuada en evitación de la escalada del conflicto. La segunda ley que menciona la mediación es la 15/2005, de reforma del matrimonio y el divorcio, pero la condiciona a que sean las dos partes las que soliciten ante el juez la suspensión de las actuaciones para negociar, prevención que no era necesaria en absoluto.

Del contenido y los déficits de la Ley 5/2012 ya existe numerosa literatura publicada y, sobre todo, un proyecto de Ley de Impulso de la Mediación de 2018 que no llegó a materializarse en texto legal. Mientras tanto, el preámbulo de la Ley 9/2020 del Parlamento de Cataluña, justifica la necesidad de volver a legislar en esta materia en cumplimiento de las sucesivas resoluciones del Parlamento Europeo, así como de las recomendaciones del Comité para la Eficacia de la Justicia del Consejo de Europa relativas a la necesidad de la inserción de mecanismos previos que sirvan de filtro a la confrontación judicial. Recoge, asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia sobre la compatibilidad del derecho de acceso a la justicia con el establecimiento del requisito previo del intento de mediación. Se aprovecha también la reforma legal para adaptar la terminología legal de las previsiones sobre la discapacidad al Convenio de Nueva York de 13 de diciembre de 2013.

Por otra parte, indirectamente se asume una de las observaciones que la doctrina especializada había señalado respecto a las causas de la lentitud de la inserción de la mediación al no contemplarse específicamente que, además del paradigma sobre el que gira este método basado en la voluntariedad y la confidencialidad —que son sus características propias— existen en la práctica forense otras modalidades de mediación que son reconocidas con el término más amplio de ADR en inglés, o MARC en las lenguas latinas. Finalmente, también se hace eco de la práctica forense consolidada en los tribunales de Cataluña en cuanto a la conveniencia de acudir a estos métodos en las diversas fases del proceso de familia.

En cuanto a los aspectos organizativos, la ley recoge la evolución del principal instrumento que se introdujo en la primitiva Ley de Mediación Familiar de 2001 para el desarrollo de la mediación en Cataluña, que fue el organismo administrativo inserto en el Departamento de Justicia que, en su primera etapa se ciñó al ámbito familiar para, posteriormente abrirse con la reforma del 2009 a todo el derecho privado regulado por las leyes catalanas y que, a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, pasa a denominarse «*Centro de Mediación de Cataluña*» conservando sus funciones primordiales de garantizar la calidad de los centros de formación y habilitación de mediadores, del registro de profesionales y de administración de las intervenciones mediadoras con carácter supletorio a la designación libre de profesionales «*ad hoc*» por las partes.

La oportunidad de la publicación de la ley, tramitada por el procedimiento de lectura única y con el voto favorable unánime de todos los diputados, radica en la necesidad de dotar al sistema de justicia de este instrumento tan necesario en el momento actual, caracterizado por el incremento exponencial de la litigiosidad en materia de derecho de familia como consecuencia del impacto de la pandemia en el desenvolvimiento de la propia vida familiar. De esta forma se ha pretendido poner a disposición de los ciudadanos un método de resolución ágil, práctico y más adecuado para los problemas que se plantean. También ante la eventualidad de una anunciada disolución de la cámara

parlamentaria catalana en el otoño de 2020, por cuanto ello hubiera dejado inconclusa una extensa labor de reflexión y estudio que ha venido desarrollándose en el ámbito académico durante los últimos años. Pero, también, y como efecto indirecto, para contribuir a paliar la sobrecarga de litigiosidad que pesa sobre los tribunales.

III. LAS PRINCIPALES NOVEDADES QUE INTRODUCE LA LEY

La obligatoriedad de acudir a un proceso de mediación antes de ejercitar las correspondientes acciones ante los tribunales se refuerza con la expresa inclusión en el art. 233-6.1 del efecto vinculante de los pactos expresos suscritos previamente por las partes, con el compromiso de intentar un proceso de mediación. Con ello se desvanecen las dudas interpretativas respecto a la exigibilidad del cumplimiento de tal requisito cuando se incluye por las partes en los planes de parentalidad previstos en los convenios reguladores —en el mutuo acuerdo— o en las propuestas contradictorias presentadas por con las demandas contenciosas de divorcio. Se ha de recordar a tal efecto que el art. 233-9 del Código civil de Cataluña introduce la obligación de adjuntar a la demanda un plan de parentalidad en las acciones de familia en las que se hayan de regular las relaciones paternofiliales. El párrafo 3º de dicho precepto establece la posibilidad de introducir este compromiso para los casos en los que existan discrepancias en el futuro.

La consecuencia de la mención que la nueva ley explicita es que se ha de acreditar el cumplimiento de este pacto para que sea admisible una demanda de modificación de medidas o de jurisdicción voluntaria por discrepancias en el ejercicio de las responsabilidades parentales. Otro tanto ocurre con la obligatoriedad de intentar la mediación cuando ha sido el juez o tribunal el que ha derivado a las partes a un proceso de esta naturaleza. También en los casos de discrepancias en materia gestión y administración de la vivienda familiar adquirida en común y proindiviso, o en cuestiones hereditarias, cuando el causante haya impuesto en el testamento este mecanismo a los herederos como requisito previo a la interposición de la demanda.

Desde luego, no se trata de una barrera que impida el acceso a los tribunales, por cuanto las partes conservan plenamente este derecho, ahora bien, condicionado a que se haya cumplido este requisito. Puede sostenerse al respecto que esta obligación es baladí porque la vigencia del principio de voluntariedad de la mediación prevalece frente a esta previsión. Efectivamente, es cierto que no se puede imponer nunca la obligación de alcanzar un acuerdo, pero otra cosa bien distinta es que se pueda exigir que se acredite que se ha intentado formalmente e, incluso, que se ha intervenido en este proceso mediador con lealtad y buena fe. En este punto la jurisprudencia tiene mucho que matizar, como se ha hecho en el derecho comparado. Se han de ponderar los legítimos intereses en juego en cada caso, y la razonabilidad de la negativa a participar en un proceso de negociación. Las consecuencias podrán concretarse en el pronunciamiento sobre las costas o en sanciones indirectas, pero para ello se precisa de una norma procesal que las posibilite.

Entre las causas que eximen de esta exigencia la ley comentada menciona expresamente la presencia de la violencia de género. Se trata de una mención redundante por cuanto tal previsión ya está establecida con carácter general por todo el acervo normativo relativo a la mediación. Otra cosa

es que la derivación judicial se produzca cuando la causa penal ha sido sobreseída o ha quedado sin efecto por sentencia absolutoria.

La segunda novedad que cabe reseñar es la que amplía el contenido de la sesión informativa. El legislador catalán introduce el término «exploratorio» que implica un paso más en la función de esa primera sesión que, con la aquiescencia de las partes, puede trascender lo meramente informativo y extenderse a un acercamiento somero a los problemas que se plantean en el conflicto. La cuestión será objeto de críticas, especialmente por cuanto puede colisionar con los principios de voluntariedad y confidencialidad, por lo que se han de fijar criterios precisos de lo que se pretende. En tal sentido, y especialmente en materias de derecho de familia que afectan a personas menores de edad o con una capacidad judicialmente modificada, los intereses en juego justifican que el mediador informante pueda aproximarse y trabajar con las partes los diversos escenarios que se podrían derivar de la vía contenciosa o de las ventajas que podría aportar el consenso al caso concreto. Se ha detectado que la negativa a aceptar un proceso de mediación se realiza en algunos casos de forma automática y sin un real consentimiento informado de las partes. Lo que pretende introducir esta ley es el mensaje de que no basta con una negativa burocrática, sino que ha de exigirse un mínimo conocimiento de causa por las propias partes interesadas —y no solo de sus abogados— de lo que es la mediación y de lo que podría aportar positivamente al caso concreto, así como de las consecuencias negativas de la vía contenciosa. Esta función, verdaderamente, deberían realizarla los abogados, pero, lo cierto es que, a día de hoy, el abandono de la secular tradición negociadora por parte de un sector de la abogacía, afortunadamente cada vez más minoritario, determina que esa previa información no llegue oportunamente al cliente. Por esa razón la sesión exploratoria es necesaria, siempre que se respete la decisión plenamente informada de las partes de llevarla a cabo.

Por lo demás, el legislador aprovecha la ocasión para insistir en determinadas previsiones que son fundamentalmente de orden deontológico, como el deber de la persona mediadora de realizar su trabajo teniendo presente la perspectiva de género, el principio de igualdad o la obligación de que los colegios profesionales supervisen que las intervenciones de mediadores colegiados se ajusten al comportamiento ético y profesional exigible. También se tiene una especial consideración con la abogacía al reiterar la conveniencia de que los abogados de las partes intervengan en los procesos de mediación como garantía de los derechos de sus clientes. Destaca, por último, la adaptación terminológica a las exigencias de la Convención de Nueva York sobre la discapacidad y otros aspectos de índole administrativa en cuanto al organismo que ejerce las funciones de control de la calidad y administración de las mediaciones, que pasa a tener una denominación más amplia, como expresión del compromiso gubernativo de impulsar la mediación en otros ámbitos y con una programación más minuciosa.

Falta por ver, en otro orden de cosas, el reflejo de las declaraciones de voluntad de los legisladores y fuerzas políticas catalanas en los presupuestos públicos que se dediquen al impulso de la mediación y, también muy importante: la sensibilidad del legislador estatal con esta materia en la que tradicionalmente no ha sido excesivamente proactivo hasta la fecha.

.....

(1)

Vid., el texto de la Leu en la Sección «Regulación», *infra*.

[Ver Texto](#)

El Tribunal Constitucional advierte acerca de la incorrección que supone la aplicación maximalista e indiscriminada del concepto del orden público en el desarrollo de la función de control judicial del laudo. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de 15 de junio de 2020 (1)

La presente decisión supone un apoyo relevante al arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico, en un momento, cuando menos, delicado, provocado por una excesiva anulación de laudos en un breve espacio de tiempo, sobre la base de una apreciación constante —mayor de la deseable— de la quiebra de la causal de orden público durante el desarrollo del procedimiento.



Gonzalo Stampa

Abogado, Socio fundador de Stampa Abogados. Árbitro internacional

1. La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2020 (en lo sucesivo, la Sentencia) conforma uno de los escasos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal sobre arbitraje y exige, por tanto, un análisis detallado de su contenido, para concretar la longitud de su alcance. Resuelve el recurso de amparo interpuesto por dos partes interesadas, cuya relación civil patrimonial —relativa la ejecución de un contrato de arrendamiento— había generado determinadas discrepancias, resueltas en un laudo institucional, dictado el 20 de junio de 2016 (en lo sucesivo, el Laudo) y que había sido objeto de una acción de anulación, cuya tramitación había correspondido a la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como órgano judicial de control competente.

Según sus antecedentes procesales, durante la tramitación de este proceso judicial de control, las partes alcanzaron una solución transaccional de sus diferencias, a consecuencia de la cual —entre otros extremos— consintieron en desistir conjuntamente de su tramitación, por pérdida sobrevenida de objeto y de interés legítimo sobre el Laudo. El 13 de febrero de 2017, las partes solicitaron de consuno el archivo de las actuaciones.

Sin embargo, la Sala desestimó esta pretensión en su Auto de 4 de abril de 2017, al entender que,

como concurría una eventual causa de nulidad del Laudo por quiebra del orden público (art. 41.2º.f LA), el interés general en su depuración —objeto de la acción de anulación— debía prevalecer sobre el poder de disposición o de justicia rogada de las partes en el proceso. La Sala entendió que debía cerciorarse, de oficio, de la correcta preservación del orden público en el procedimiento del que había derivado el Laudo. Las partes plantearon el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones frente a este Auto, por quiebra de su derecho a la tutela judicial efectiva; incidente que la Sala desestimó en su Auto de 3 de mayo de 2017, al no apreciar ninguna vulneración de los derechos fundamentales de las partes.

La tramitación de la acción de anulación del Laudo continuó su cauce procesal ordinario —aunque sin la participación de las partes, que ni siquiera comparecieron a la vista, pese a estar citadas— hasta culminar con la Sentencia de 4 de mayo de 2017, estimatoria de la acción de anulación del Laudo. La mayoría de la Sala entendió que concurría acreditada en los autos una manifiesta pérdida de imparcialidad de la institución administradora, tipificable como vulneradora del orden público y afectante, por tanto, a la validez del Laudo, cuya nulidad declaró. El voto particular del Presidente de la Sala consideró, sin embargo, que el archivo de las actuaciones era procedente y la Sala debería haber accedido a esta pretensión legítima de las partes, por tratarse de una decisión sometida a la autonomía de su voluntad, que no quebrantaba ningún precepto imperativo. Una vez notificada la Sentencia, las partes plantearon un nuevo incidente de nulidad de actuaciones, por vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que fue desestimado por la Sala, al entender que conformaba una pretensión ya denegada con anterioridad.

2. El Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia condensa el núcleo del razonamiento que justifica la estimación del amparo interesado.

La Sentencia concluye que la decisión impugnada —identificada finalmente como el Auto de 3 de mayo de 2017, por su antigüedad procesal y de mayor retroacción en el íter procesal— es irrazonable y vulnera el derecho a la tutela arbitral efectiva de los recurrentes. Según la Sentencia, el razonamiento de la Sala habría partido de un presupuesto erróneo —«...entender que la voluntad de las partes se dirigía a disponer del objeto del procedimiento de anulación...»— y así habría basado su decisión denegatoria en una aplicación forzada del Artículo 22 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, en los procesos de control judicial de laudos, «...dado que el procedimiento concluyó ya con el laudo, siendo el objeto del proceso de anulación del laudo otro distinto al procedimiento arbitral, en sentido estricto (que es al que alcanzaría en su caso el pacto logrado entre las partes)...». La consecuencia directa del Auto de 3 de mayo de 2017 fue la limitación injustificada del poder de disposición de las partes en todo proceso civil —incluido el proceso de anulación del laudo— al no existir norma impeditiva del ejercicio de esta facultad, ya que, por lo general, los asuntos sometidos a arbitraje son disponibles y de naturaleza subjetiva y privada, motivo por el cual —salvo muy contadas excepciones y prueba oportuna en contrario— no afectan ni a terceros ajenos a esa relación comercial, ni a interés público alguno, por virtud del principio de relatividad contractual (2) .

La Sentencia también entiende como indebido el comportamiento de la Sala, al insistir —sin fundamento— en su pretensión de resolver sobre el fondo del asunto «...que pertenece en esencia sólo

a los árbitros...», sirviéndose para tal fin del «...ensanchamiento del orden público...lo que...desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso...».

En conclusión y sobre la base de estas consideraciones, la Sentencia entiende que esta interpretación extensiva del orden público por la Sala impidió a los recurrentes ejercer su derecho de disposición sobre el objeto del proceso de anulación del Laudo y dispone, en consecuencia, la retroacción de las actuaciones al momento anterior al Auto de 3 de mayo de 2017, para que la Sala resuelva «...de forma respetuosa con los derechos fundamentales de los actores cuya vulneración se declara...» (3).

3. La Sentencia realiza dos principios informantes del arbitraje: el principio de autonomía de la voluntad de las partes y el principio de mínima intervención judicial.

i) El principio de autonomía de la voluntad de las partes puede definirse como el poder reconocido a toda persona para conformar libremente una relación jurídica, siempre que la misma sea respetuosa con las leyes, la moral y el orden público. Este principio constituye la piedra de clave del arbitraje, cuyo característico sustrato consensual es identificable desde su origen y durante todo su desarrollo, hasta la rendición de laudo.

La Sentencia reafirma la aproximación jurisdiccional a este principio, al entender que, desde el Auto de 3 de abril de 2017, las actuaciones de la Sala limitaron arbitrariamente a las partes el ejercicio de sus derechos subjetivos en el proceso de anulación del Laudo, ignorando el carácter disponible del objeto de su relación comercial de la que derivaría el Laudo y, por lo tanto, la validez del carácter novatorio de la transacción alcanzada por las partes litigantes sobre una cuestión patrimonial privada como la que era objeto de discusión en el arbitraje del que derivó el Laudo.

La Sentencia ratifica, asimismo, el alcance arbitral de este principio. Su razonamiento confirma el efecto positivo del acuerdo arbitral, entendido como una expresión suficiente de la voluntad inequívoca de las partes firmantes para asumir recíprocamente la obligación contractual de someter sus discrepancias al arbitraje acordado y circunscribir así sus efectos positivos y negativo —y el laudo resultante— a su esfera, por aplicación del principio de relatividad contractual (*non potest arbiter inter alios iudicando alterius ius mutare*) (4). Asimismo, su texto confina dentro de las competencias exclusivas del árbitro tanto la determinación de la existencia de acuerdo arbitral, como la delimitación de su alcance, de forma que, mediante su suscripción, las partes firmantes apartan a los tribunales ordinarios de justicia del conocimiento y resolución de las controversias sometidas a arbitraje, hasta la rendición del laudo; confieren a los árbitros jurisdicción suficiente como para dirimir el fondo de las controversias voluntariamente sometidas por las partes a su criterio; y permiten el desarrollo eficaz del procedimiento arbitral hasta la rendición del laudo, con pleno respeto a los derechos fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad. La Sentencia reconoce así, tácitamente, el poder de los árbitros para dirigir las actuaciones arbitrales, inserto dentro de su poder de decisión.

ii) El principio de conservación del acuerdo arbitral preserva sus efectos positivos y negativo. Su

aplicación garantiza la autonomía del acuerdo arbitral respecto de las demás cláusulas del contrato principal en cuyo cuerpo se incardina; autonomía plasmada tanto en su posible regulación separada e independiente del resto de la relación jurídica, como en su inmunidad frente a una eventual invalidez de las disposiciones que compongan el contrato principal, impidiendo que la misma comporte necesariamente la nulidad del acuerdo arbitral. La elección legítima de las partes queda protegida, así como la actuación forense del árbitro, una vez haya aceptado su designación.

El principio de intervención judicial mínima actuará, además, como un mecanismo complementario de contención frente a intromisiones intempestivas del poder judicial tanto durante la tramitación del procedimiento, como en la eventual revisión del laudo que se dicte.

La combinación de estos efectos con la aplicación de ese principio asegurará el respeto a la libre decisión excluyente de las partes de someter sus diferencias a arbitraje y explicará la concepción del ocasional control judicial del laudo como un juicio externo, basado en causas formales y tasadas, que impide al juez de control acometer una revisión sustantiva de la decisión arbitral allí contenida y limita su actuación a verificar el cumplimiento de las formalidades básicas que informan el arbitraje (5); concepción que la Sentencia ratifica expresamente como válida en su razonamiento.

4. La Sentencia incide en la incorrección que supone la aplicación maximalista e indiscriminada del concepto del orden público en el desarrollo de la función de control judicial del laudo —cuando la misma se invoca como causal de nulidad del laudo impugnado— (6) y la aportación de oficio al procedimiento de control de matices y argumentaciones no efectuadas por las partes.

Sobre la base de estas premisas, la Sentencia contextualiza y limita el alcance de este concepto para sancionar la utilización de esta causal como un mero pretexto a través del cual reexaminar, sistemáticamente, en sede judicial, dentro de este juicio externo (7), las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral y ya analizadas y decididas en el laudo impugnado. La Sentencia entiende que ninguna de las causas de anulación —formales y tasadas— puede interpretarse en un sentido tan maximalista que, ignorando «... *lo que en esencia pertenece a los árbitros...*», desborde el alcance de la naturaleza procesal de la acción de anulación y «...*subvierta esta limitación...*».

5. La Sentencia supone un apoyo relevante al arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico, en un momento, cuando menos, delicado, provocado por una excesiva anulación de laudos en un breve espacio de tiempo, sobre la base de una apreciación constante —mayor de la deseable— de la quiebra de la causal de orden público durante el desarrollo del procedimiento.

La tendencia desequilibrada a la interpretación sociológica de la norma aplicable, en detrimento de la positivista aplicación de la norma vigente, generó el riesgo latente de legitimar la conversión del juez en legislador en nuestro sistema jurídico, civil en su concepción y alejado —al menos, en este aspecto— de los principios informantes del derecho consuetudinario anglosajón. Sus efectos alcanzaron de lleno al arbitraje, cuestionado como mecanismo fiable de resolución de controversias ante un número creciente de anulaciones por vulneraciones tan graves como la del orden público durante la tramitación del procedimiento arbitral.

Ello no quiere decir que, ocasionalmente, algunas de tales decisiones judiciales no hayan estado justificadas, ni que se pretenda defender la pertinencia de una ratificación *de facto* de todas las actuaciones arbitrales, no siempre tan exquisitas técnicamente como las partes esperarían, por causas cuya identificación —avanzada y perfilada— y corrección excederían, con creces, el objeto y las limitaciones editoriales de este comentario jurisprudencial. La elección indiscutida de alguna de estas opciones sólo denotaría en su autor, además de su sectarismo, su negación de la calidad técnica de muchos de los profesionales dedicados al ejercicio —desde todas su facetas— de esta compleja especialidad jurídica y su profundo desconocimiento del funcionamiento la institución arbitral.

La protección de dos premisas irrenunciables como la confianza y la seguridad jurídica conforma el núcleo de la aceptación del arbitraje entre sus usuarios. El correcto ejercicio judicial de las funciones de control —en la gran mayoría de las decisiones analizadas— contribuyen a la preservación y al afianzamiento de estas premisas. Y es en ese aspecto en donde, a nuestro entender, radica la importancia técnica de la Sentencia, en tanto que aporta criterios técnicos claros y sólidos a partir de los cuales desarrollar en lo sucesivo, adecuadamente, la tramitación de este juicio externo, con la única finalidad de que los jueces —todos— ejerzan eficazmente su esencial función de control formal del laudo, dentro de los parámetros constitucionales establecidos y con la única finalidad de fortalecer —esperemos que por fin— la institución arbitral a través de la previsibilidad de las decisiones judiciales que se adopten en esta materia tan delicada.

Por el momento, este deseo es algo más que una ilusión; empieza, tímidamente, a ser una realidad, como lo demuestra el fundamento jurídico cuarto del Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 julio de 2020, en donde, sobre la base de la delimitación contenida en la Sentencia, evita pronunciarse sobre las supuestas infracciones del orden público español invocadas por una de las partes para evitar el reconocimiento en España de un laudo extranjero —dictado al amparo de las disposiciones del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Viena, el 9 de octubre de 2019— al considerar que la entidad demandada pretendía convertir ese juicio externo en una demanda declarativa cuyo análisis conllevaría un reexamen sustantivo de la controversia, vedado para el juez de control, porque, además de conformar la controversia una materia arbitrable, nada obstaba a la demandada a haber expuesto tales argumentos ante el árbitro nombrado para dirimir la controversia.

«...Eso era todo lo que el hombre necesitaba: esperanza...» (Bukowski, *Factotum*, 1975).

(1) Vid. el texto de la sentencia en la sección «Cronología de decisiones», *infra*.

- (2) Art. 1257 Cc: «...Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley...».
- Ver Texto
- (3) Sentencia, Fallo, apartado 3º.
- Ver Texto
- (4) D.33, 2, 31. Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2010 y de 23 de junio de 2010; Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de mayo de 2015 (asunto C-352/13) y 28 de junio de 2017 (asunto C-436/16).
- Ver Texto
- (5) Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 43/1988, de 16 de marzo, Fundamento Jurídico Quinto; Auto de la Sección Primera del Tribunal Constitucional 259/1993, de 20 de julio de 1993; Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 174/1995, de 23 de noviembre, Fundamento Jurídico Tercero; Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 13 de octubre de 1986; Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de junio de 2007; Sentencia de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de junio de 2007; Sentencia de la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 noviembre 2010; y Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2008, dictada en el asunto C-168/05, *Mostaza Claro*. Vid. J.C. Fernández Rozas, «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 8537, mayo 2015, pp. 1.
- Ver Texto
- (6) Ley de Arbitraje, Exposición de Motivos, Apartado II y arts. 7 y 41.2º.f; Convenio de Nueva York, Art. V.2, como motivo de denegación del reconocimiento de laudos extranjeros en España. Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de septiembre de 2003; G.B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International. 2012, pp. 23 y 154-155.
- Ver Texto
- (7) Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de abril de 2015, voto particular del Sr. Viera, razón segunda. La actuación procesal de la Sala —objeto de amparo— consistía en utilizar el pretexto de la invocación del orden público como casual de nulidad —de carácter imperativo— para, sin ningún fundamento jurídico, transmutar el juicio de control externo formal del Laudo en un recurso de apelación, implícito, imperfecto y sustantivo. A partir de ese momento, la Sala efectuaría —de forma sistemática— una nueva y plena valoración de los hechos, una revisión completa de la prueba practicada en el arbitraje y una comprobación de las normas jurídicas aplicadas por el árbitro para resolver la controversia planteada en el laudo impugnado. Sus conclusiones sobre estos aspectos conformarían una decisión judicial declaratoria de la validez o de la nulidad del laudo impugnado que, paradójicamente, no sería susceptible de recurso ante ninguna instancia superior.

[Ver Texto](#)



Significado institucional de las Cortes de Arbitraje de base asociativa

Institutional Meaning of Associative Based Arbitration Courts

El artículo tiene por finalidad distinguir entre las cortes de arbitraje de carácter corporativo (cámaras, colegios, etc...) de las de base asociativas. Las primeras son creadas mediante una norma jurídica o bien por medio de un acto de autoridad; las segundas encuentran su razón de ser en la libertad de los ciudadanos en el ejercicio del derecho fundamental de asociación. El autor se centra en el estudio de estas últimas, resaltando sus diversas etapas históricas, su naturaleza y funciones, así como su responsabilidad por su funcionamiento normal o anormal en el ejercicio de sus actividades de arbitraje y/o mediación.

Instituciones arbitrales, Derecho de asociación, Cortes de arbitraje, autoregulación, Reglamento, Responsabilidad.

The purpose of the article is to distinguish between arbitration courts of a corporate nature (chambers, schools, etc...) from associative base courts. The former are created by a legal rule or by an act of authority; the latter find their reason for being in the freedom of citizens in the exercise of the fundamental right of association. The author focuses on the study of the latter, highlighting their various historical stages, their nature and functions, as well as their responsibility for their normal or abnormal functioning in the exercise of their arbitration and / or mediation activities.

Arbitration institutions, Right of association, Arbitration courts, Self-regulation, Regulation, Responsibility.



José Fernando Merino Merchán

Letrado de las Cortes y del Consejo de Estado (exc.)

Profesor Titular de Universidad

Árbitro de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje

I. INTRODUCCIÓN: LOS TRES MANDATOS DIRIGIDOS A LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

Sorprende que dada la creciente importancia que en el arbitraje comercial interno e internacional tienen las instituciones arbitrales, nuestra Ley de Arbitraje (en adelante LA) solo dedique un precepto a las mismas (art. 14, bajo la rúbrica Arbitraje Institucional), y ello no para regularlas sino para diferenciar los dos tipos de instituciones de arbitraje: las Derecho público y las privadas (art. 14.1º LA). Hay otros preceptos que hacen referencia a las instituciones arbitrales, pero son citas más puntuales, pero importantes, como son las contenidas en los arts. 11.bis.3, 21.1º, 21.2º y 24.2º.

Pero volviendo al precepto que frontalmente se refiere a las instituciones arbitrales, esto es al art. 14.1º LA, éste contiene tres mandatos de necesaria observancia para todas las instituciones arbitrales en el Derecho español, como son: 1) que tanto las corporaciones de derecho público como las entidades privadas de arbitraje se prevea en sus normas reguladoras o en sus estatutos funciones arbitrales; 2) que las instituciones ejerzan sus funciones de arbitraje conforme a sus propios reglamentos y 3) que velen por el cumplimiento de las condiciones de capacidad y transparencia de los árbitros en su designación, así como su independencia.

Recogido lo anterior, en el presente trabajo solo se referirá el autor a las instituciones arbitrales de base asociativa.

II. CONCEPTO Y NOTAS DETERMINANTES

Es sabido que las partes en uso de su libertad pueden prescindir del orden jurisdiccional para la resolución de sus conflictos y acogerse al arbitraje como sistema heterocompositivo de solución de conflictos, encomendando la administración del mismo y la designación del tribunal arbitral a: 1) corporaciones y entidades públicas que por ley puedan desempeñar funciones arbitrales según sus normas reguladoras; y 2) asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales (art. 14.1º LA).

En las páginas que siguen nos interesa resaltar algunos aspectos de esas últimas, que definiremos de entrada y a los solos efectos de la exposición que aquí se sigue como: aquellas entidades de base asociativa configuradas conforme la Ley de Asociaciones, por la que los estatutos de las mismas permitan administrar arbitrajes, con o sin designación de los árbitros, según la voluntad de las partes, regulando el procedimiento a seguir mediante el oportuno reglamento y al que las partes expresamente se someten para poner fin a una controversia presente o futura.

Las instituciones arbitrales deben velar para que el procedimiento siga las reglas del proceso debido con sumisión a los principios de igualdad, audiencia y contradicción

De esa definición puramente instrumental, se deducen, entre otras, las siguientes notas determinantes:

- A. Son instituciones arbitrales constituidas jurídicamente bajo la forma de asociación. Por tanto sus fuentes de directa aplicación lo constituyen: el art. 22 CE, la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación y los estatutos sociales configurados por las personas físicas o jurídicas que acuerdan su constitución, lo que se manifiesta mediante la correspondiente acta fundacional. Con el otorgamiento de esta última adquiere la asociación personalidad jurídica con plena capacidad jurídica y de obrar para promover la actividad arbitral. Su inscripción en el registro solo es preceptiva a efectos de publicidad (art. 22.3 CE), precisamente por traer causa del ejercicio de un derecho fundamental.
- B. Las entidades arbitrales de base asociativa encuentran su reconocimiento legal en el art. 14.1º.b) de la vigente Ley de Arbitraje. Dado su carácter asociativo quedan fuera de su ámbito las corporaciones de Derecho público y entidades públicas que puedan desarrollar funciones arbitrales según sus normas reguladoras (art. 14.1 a) LA). Estas entidades se configuran a partir de un acto legislativo o de un acto de autoridad de los poderes públicos y no proceden de la voluntad y libertad individual de sus miembros.
- C. Las instituciones arbitrales asociativas se conciben en un Estado de Derecho bajo el principio de triple voluntariedad. Por un lado, nacen bajo la libertad individual o colectiva de los promotores de la asociación en el ejercicio de un derecho fundamental; en segundo término, reflejan la libertad de los asociados de darse en sus estatutos funciones arbitrales; y el tercer círculo lo constituye la libertad de terceros de acogerse a los servicios de arbitraje que la asociación ofrece.
- D. La cuarta nota de las asociaciones arbitrales viene dada por la capacidad de autogestión y autofinanciación privada, que las distingue, una vez más, de las corporaciones de derecho público arbitrales; pero además su característica más peculiar viene dada porque tienen que darse así mismas un reglamento u ordenanza procesal (autonormación) para que los terceros usuarios que quieran acogerse al servicio de arbitraje ofertado puedan reglamentar el procedimiento arbitral. Si bien este ofrecimiento no es absolutamente vinculante para las partes que se acogen al mismo sino que pueden modificarlo bien a través del acta de misión o posteriormente a lo largo del procedimiento arbitral.

Por último, las instituciones arbitrales asociativas deben velar y proteger que el procedimiento siga las reglas del proceso debido con expresa sumisión a los principios de igualdad, audiencia y contradicción, principios que han de llevar finalmente a la solución del conflicto mediante el correspondiente laudo arbitral.

III. FUNDAMENTO DE LAS ENTIDADES ARBITRALES ASOCIATIVAS

Atendiendo al citado principio de «triple voluntariedad» el fundamento de las asociaciones arbitrales se encuentra apoyado en una doble faceta constitucional.

En primer lugar, a la libertad asociativa configurada en el art. 22 CE, que reconoce el derecho de asociación como derecho fundamental protegido por las específicas garantías recogidas en el art. 53.1º CE (así *vid.*, por todas, SSTC 931/1989, 19 de julio, 194/1998, 1 de octubre y 108/2003, 2 de junio). El desarrollo normativo de ese precepto constitucional se encuentra en la ya mencionada LO 1/2002 que como indica en su Exposición de Motivos se recoge así una antigua tradición en nuestro derecho constitucional, como manifestación prístina de la libertad de las personas y de los grupos en que estas se integran, eliminando todo control preventivo, para favorecer precisamente el asociacionismo.

Por tanto, el derecho fundamental de asociación se encuentra directamente vinculado al contenido del art. 9.2º CE, otorgando un marco de actividad privada en donde los poderes públicos deben facilitar la participación en todos los ámbitos sociales y económicos; y en nuestro caso en el jurídico, sin interferencias ni intervencionismos que resultaren contrarios al citado art. 22 CE.

En segundo lugar, el círculo de libertades que afectan a las instituciones arbitrales asociativas se encuentra en el derecho de las personas físicas y/o jurídicas de acudir a esas instituciones para resolver sus controversias, *ex officio iudicis*. Debe quedar claro que no se trata de un atajo sobre la vía judicial ni tampoco una suerte de privatización de la justicia sino que el propio servicio de arbitraje ofrecido por la institución consiste en impartir justicia o la *lex artis* conforme las fuentes del ordenamiento jurídico o la equidad; por esta razón el producto final de ese servicio de arbitraje, una vez sustanciado el correspondiente procedimiento es un laudo al que el propio legislador reconoce efectos de cosa juzgada con la posibilidad de instar su ejecución forzosa (arts. 43 y 44 LA).

Es justamente esa función de equivalencia jurisdiccional que tiene el arbitraje lo que propicia, como contrapunto que las instituciones arbitrales deban velar en todo momento por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia de su designación, así como su independencia y por la regularidad del procedimiento. En consecuencia el reglamento procesal de la institución vincula a esta última y a las partes, sin bien como se ha dicho estas puedan modificarlo en aquellos aspectos que no infrinja la Ley de Arbitraje. Sobre este punto se volverá más adelante.

IV. NATURALEZA Y ÁMBITO DE INSTITUCIONES ARBITRALES DE BASE ASOCIATIVA

Ya ha quedado reflejado más atrás que el art. 14.1º.a) y 14.1º.b) recogen la tipología posible de los arbitrajes institucionales en España. Ambos tipos de instituciones (públicas y privadas sin ánimo de lucro), comparten dos rasgos comunes: a) que se prevea en sus normas reguladoras funciones arbitrales, caso del art. 14.1º.a), o en sus estatutos caso del art. 14.1º.b); en ambos supuestos las funciones arbitrales son ofertadas a terceros; y b) que dichas funciones arbitrales estén organizadas y reglamentadas de conformidad con sus propias ordenanzas procesales, sobre las que la voluntad de las partes puede operar de manera directa, desplazando a esas últimas en aquellas cuestiones que no constituyan derecho reglamentario imperativo; teniendo la Ley de Arbitraje, carácter de norma supletoria respecto a las materias de libre disposición procedimental.

Más allá de estas notas comunes, todo lo demás son elementos diferenciadores entre ambos tipos de asociaciones. Así, las instituciones arbitrales de base asociativa nacen de la iniciativa privada,

mientras que las corporaciones de derecho público con funciones arbitrales (camaras de comercio, colegios profesionales, Tribunal de Defensa de la Competencia, Juntas arbitrales de Consumo, Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, Juntas Arbitrales de Transportes y Consejo Arbitral para el Alquiler de la Comunidad de Madrid, entre otras), tiene personalidad jurídica pública y sus relaciones internas orgánicas y funcionales se rigen por el derecho administrativo, salvo la función estrictamente arbitral que se rigen por el Derecho privado y la legislación arbitral interna e internacional. Por otro lado, las funciones arbitrales de las instituciones públicas no se ejercen en régimen de exclusividad sino que son compatibles, en libre concurrencia, con el arbitraje *ad hoc* y con el arbitraje administrado por instituciones de base asociativa; solo se excluye de esta regla la Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas, creada por la Disposición Única de la Ley 11/2011 de Reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje, con la finalidad de resolver los conflictos relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y cualquiera de los organismos públicos regulados en el Título III y la Disposición Adicional 9ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social u otras entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica. En estos casos no se admite ni legal ni convencionalmente el arbitraje asignado a una institución arbitral, porque el monopolio arbitral lo detenta en exclusiva la citada Comisión Delegada del Gobierno.

La tercera propiedad caracterizadora de las instituciones arbitrales de base asociativa o fundacional, es justamente la exclusión in radice de las sociedades civiles y mercantiles en cualquiera de sus formas para prestar servicios de arbitraje (si bien como es obvio se pueden prever este en sus estatutos sociales). La razón por la que se excluyen las sociedades civiles y de capital es la finalidad lucrativa que por naturaleza tienen estas sociedades frente al carácter no lucrativo de las asociaciones, pues como bien dice el art. 13.2º LO 1/2002, los beneficios derivados de su actividad económica, deberán destinarse exclusivamente al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con aquellos.

La cuarta propiedad que configura la naturaleza de las instituciones arbitrales asociativas consiste, en que, al cimentarse en el derecho fundamental de asociación, su protección jurídica y judicial esta asistida por el procedimiento de amparo constitucional, ante el Tribunal Constitucional (art. 37 LO 1/2002); y que su organización interna y funcionamiento deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo; siendo nulos de pleno derecho las disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación (art. 2.5º LO 1/2002).

En quinto lugar, se ha de hacer notar que las instituciones arbitrales de base asociativa pueden formar parte tanto personas físicas con capacidad de obra como jurídicas sean estas privadas o publicas; en este último caso como mandata el art. 2.6º LO 1/2002, las personas públicas deben mantenerse en un plano de igualdad de condiciones con las privadas al objeto de evitar una posición de dominio en el funcionamiento de la asociación. Este ha sido el caso en la creación del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), constituido por dos corporaciones de derecho público,

como son la Corte Española de Arbitraje y la Corte de Arbitraje de Madrid y la institución privada de arbitraje Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA); por la que las tres instituciones ceden sus competencias en los conflictos de arbitraje internacional al CIAM. Sin embargo, no es posible la situación contraria, esto es, que instituciones arbitrales de base asociativa puedan formar parte de corporaciones y entidades de derecho público que tengan funciones arbitrales.

Y, por último, el control jurisdiccional de las normas reglamentarias y su adecuación al principio de legalidad ordinaria y constitucional, es también diferente en ambos tipos de instituciones arbitrales. En las de base asociativa la fiscalización judicial de sus normas reglamentarias corresponde al orden jurisdiccional civil; mientras que es el orden contencioso-administrativo el aplicable a los reglamentos arbitrales *ultra vires* de las corporaciones y entidades de derecho público.

V. ETAPAS HISTÓRICAS

Hoy las cortes arbitrales están implantadas por todo el mundo, de hecho el emergente e imparable arbitraje comercial internacional no se entendería, y, por supuesto, no habría tenido su reconocimiento y expansión sino estuviese vinculado a las cortes de arbitraje, sean estas generalistas o especializadas por razón de la materia.

En cualquier caso, sean de uno u otro tipo el éxito de las cortes de arbitraje a nivel internacional es una representación paradigmática de la consolidación de una adecuada cultura arbitral en el ámbito jurídico económico. Esto también ocurre, aunque en menor medida, en el arbitraje doméstico o interno: cada vez son más los arbitrajes administrados convirtiendo al arbitraje *ad hoc* en casi una excepción.

Por notorio que sea este fenómeno, respaldado claro está por el prestigio y seguridad que otorgan las cortes de arbitraje a los operadores nacionales e internacionales, no siempre ha ocurrido así, al menos, desde la perspectiva del Derecho arbitral español, que ha pasado por cuatro etapas a las que nos referiremos brevemente a continuación, hasta llegar a consolidarse plenamente el arbitraje administrado, incluso mistificándose en una nueva entidad arbitral en el que se fusionan corporaciones públicas arbitrales con cortes arbitrales de carácter asociativo

1. Etapa de desconocimiento: los Libros del Consulado del Mar

La falta de una cultura arbitral compartida y quizá del propio significado del arbitraje, determinó que durante mucho tiempo no existieran cortes de arbitraje de base asociativa. Es cierto que entre los siglos XIII a XVIII, cobro gran importancia el arbitraje en los Libros del Consulado del Mar y en las Ordenanzas del Consulado de Bilbao (1737); en estos textos se recogía el arbitraje corporativo dirigido a profesionales y mercaderes de los oficios relacionados con el mar. Era una justicia corporativa que se administraba por privilegio y en nombre del Rey, mediante un procedimiento breve y sencillo, tramitados bajo la dirección de árbitros denominados hombres buenos que resolvían las controversias que se suscitaban entre esos profesionales en un breve plazo de tiempo. Como bien señalo el prof. Olivencia, el origen de estos árbitros corporativos se encontraba en la aversión de los mercaderes a las leyes y tediosos procedimientos judiciales ordinarios (1).

Esos pactos arbitrales corporativos se prolongaron en nuestro país hasta la Ley de Jurisdicción de 1868, pero no existieron durante ese largo período cortes de arbitraje ajenas a los Libros y Ordenanzas del Comercio, y las sucesivas legislaciones dadas desde el Fuero Juzgo, pasando por Las Partidas, la Nueva y Novísima Recopilación, la Constitución de 1812, hasta la Ley de Arbitraje de 1953, el legislador español guardó silencio sobre este tipo de cortes de arbitraje, y ello a pesar de la regulación tripartita de la institución durante el siglo XIX: Código de Comercio de 1829 y su Ley Procesal de 1830; Código Civil de 1889 y Ley de Enjuiciamiento Civil 1881. En ninguno de estos textos se hace mínima alusión al arbitraje administrado de base asociativa.

2. Etapa de prohibición absoluta bajo la Ley candado de 1953

Al iniciarse con la Ley de Arbitraje de 22 diciembre de 1953, el período de la legislación especializada en España —esto es, el desgajamiento del arbitraje de las leyes generales civiles, mercantiles y procesales—, el legislador del momento tomó partido por el prohibicionismo, en una época de completo aislacionismo en el ámbito político, económico y jurídico, estableciéndose en el art. 22.2º de esa Ley de 1953, la absoluta prohibición del arbitraje institucional en cualquiera de sus manifestaciones, fueran asociativa o corporativas.

Esa Ley exigía que el nombramiento de los árbitros debía ser acordado siempre por las partes. Y ello, aunque en el Derecho comparado y en los convenios y tratados internacionales reconocían ya sin ambages el arbitraje institucional, muestra de lo cual eran (y son) los arts. 1.2º de la Convención de Nueva York de 1958, el IV.1º del Convenio de Ginebra de 1961, o en fin, el 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI. No suscritos por el Estado español hasta mucho después en 1977 y 1994, respectivamente.

Durante el largo período de vigencia de la denominada ley candado de 1953, solo fue posible en España el arbitraje *ad hoc*, no obstante gracias a la presión doctrinal de ciertos sectores corporativos, finalmente mediante Circular se admitió el arbitraje en los colegios profesionales, siendo la más relevante la temprana del Colegio de Abogados de Valencia de 29 de septiembre de 1958, en la que, se recogía la utilización del arbitraje para resolver conflictos de naturaleza patrimonial.

3. Etapa de prohibición relativa. La ruptura de la Ley candado

Al darse el pueblo español la Constitución de 1978, resultaba paradójico que no pudieran constituirse instituciones de arbitraje de orden asociativo, lo cual en cierta medida suponía violentar el art. 22 CE, reconocedor del derecho fundamental de asociación. Pero no serán éste tipos de cortes arbitrales las primeras en aparecer. En efecto, como consecuencia del incesante incremento de las relaciones comerciales internacionales y la ausencia en nuestro país de cortes de arbitraje, se dictó el Real Decreto 1094 de 1981 de 22 de mayo, cuya norma tenía una doble finalidad: abrir las puertas definitivamente en España al arbitraje comercial internacional, atendiendo a que ya había extendido nuestro país el Instrumento de Adhesión del Convenio de Nueva York en 1977; y en segundo lugar, se reconocía en el seno de las cámaras de comercio los servicios pertinentes de arbitraje como mecanismos de solución de conflictos y seguridad en el fomento de las transacciones comerciales internas e internacionales.

Paralelamente a ese fenómeno, en este lento pero continuado proceso de ruptura de la Ley candado, pero también que el Tribunal Supremo diese carta de naturaleza al arbitraje administrado en el seno de los Colegios de Abogados, reconociendo a estas corporaciones funciones arbitrales como algo consustancial a su propia naturaleza (2).

Es cierto que aun después de promulgarse la Constitución de 1978 se produjeron intentos de crear cortes de arbitraje al margen de las corporaciones públicas (colegios profesionales y cámaras de comercio), incluso mediante formulas mercantiles; pero no será hasta que se publique la Ley de Arbitraje de 1988 y se derogue formalmente la Ley de 1953, cuando se empiecen a reconocer las instituciones permanentes de arbitraje de carácter asociativo.

4. Etapa de pleno reconocimiento: la mixtificación entre cortes corporativas y asociativas

El arbitraje institucional propiamente dicho, esto es, al margen del corporativo, nace en nuestro país en Ley de Arbitraje de 1988 (art. 10), situándose al menos legislativamente en posición de paridad con el resto de las legislaciones circundantes y con los convenios y tratados internacionales. Es a partir de esa Ley cuando empiezan a florecer las instituciones arbitrales de base asociativa, con la finalidad de prestar un servicio permanente y reglamentado a los operadores del tráfico patrimonial y mercantil al margen de la jurisdicción del Estado pero con plenitud de garantías legales y constitucionales.

La vía abierta en la Ley de 1988 fue continuada por la Ley de Arbitraje de 2003, en cuyo art. 14 y bajo el rotulo genérico de arbitraje institucional, se consolidaba definitivamente las dos vías por las que las partes en un conflicto pueden encomendar el arbitraje y la designación de árbitros a una institución. Estas dos vías son, como ya ha quedado reflejado más atrás: o instituciones arbitrales que adoptan la forma de corporaciones y entidades de derecho público, que pueden desempeñar funciones arbitrales según sus normas reguladoras; o asociaciones y entidades (también las fundaciones) sin ánimo de lucro e cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

Centrándonos en esas ultimas, es evidente que, como ya se dijo más atrás, su origen se fundamenta en la voluntad de las partes, decidiendo someter a esas instituciones el nombramiento de los arbitraos y la administración del procedimiento arbitral.

Desde el preciso momento en que las partes toman esa decisión la corte queda sometida al cumplimiento de los requerimientos siguientes:

- Nombrar al tribunal arbitral (si las partes no lo han hecho) y administrar el procedimiento arbitral con la debida diligencia, atendiendo a la Ley de Arbitraje, a lo que las partes hayan pactado en su convenio o, en su caso, en el Acta de Misión o en las sucesivas modificaciones acordadas a esta última.
- Proporcionar los medios necesarios para que el procedimiento arbitral se desenvuelva en términos de normalidad que permita laudar el conflicto por el tribunal arbitral en los plazos fijados por la ley o por las partes con el árbitro.

- Velar en todo momento por la profesionalidad, disponibilidad, honorabilidad y comportamiento ético de tribunal arbitral; cuidando la transparencia en la designación de los árbitros, así como en su capacidad, independencia, imparcialidad y neutralidad.
- Responder de la acción directa que se ejercite por las partes por los daños y perjuicios que los árbitros les hayan causado por mala fe, temeridad o dolo; y ello sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad directa que asume la corte y a los que más adelante aludiremos.

No es ocioso recordar, una vez más, la incidencia que la LO 1/2002, ha tenido, como desarrollo del art. 22 CE sobre las cortes arbitrales de base asociativa, fundamentalmente por la supresión de cualquier control preventivo, tal como mantenía la antigua Ley de Asociaciones de 1964; facilitándose el ejercicio de la actividad arbitral y eliminando odiosas potestades administrativas de intervención y fiscalización. Por ello, estas cortes arbitrales al configurarse con fundamento en un derecho fundamental, no necesitan inscribirse en el Registro para su existencia jurídica. La inscripción, no es constitutiva, solo es declarativa, y opera a efectos de mera publicidad (art. 22.3º CE). Y aun en este caso la inscripción una vez solicitada está reconocida por silencio administrativo positivo por el mero transcurso del tiempo (art. 30 LO 1/2002).

Debe insistirse que al tratarse de un derecho fundamental sobre el que recaen las garantías jurisdiccionales que protegen este tipo de derechos y libertades constitucionales (arts. 37 ss LO 1/2002 y 53 CE), su constitución y funcionamiento se rige por lo dispuesto en esa Ley Orgánica a la que ahora no podemos referirnos.

Lo cierto es que esta etapa de pleno reconocimiento de las cortes de arbitraje, sobre las que nadie podrá dudar sobre su intrínseco interés general al coadyuvar con la jurisdicción del Estado al fin de la justicia, ha tenido últimamente una relevante consolidación al admitirse la fusión entre cortes de arbitraje de base corporativa con cortes de arbitraje de carácter asociativo con el fin de promover y potenciar el arbitraje internacional en nuestro país. Este es el caso al que nos referíamos más atrás sobre la aparición del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), que será operativo a partir del 1 enero 2020.

VI. FUNCIONES DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES ASOCIATIVAS

Las cortes de arbitraje de carácter asociativo tienen un amplio abanico de funciones, pero aquí nos referiremos únicamente a tres: las funciones autoreguladora, institucional y formativa.

1. Función autoreguladora. El reglamento como ordenanza procesal

A) Planteamiento: La institución arbitral como «ordinamento»

Las cortes de arbitraje de carácter asociativo a las que nos venimos refiriendo en estas líneas constituyen una representación a escala reducida de la teoría institucionalista de Santi Romano (3), en el sentido de que como decía ese ilustre profesor italiano, el Derecho antes que norma es organización y estructura que constituye una unidad que ofrece un conjunto de instituciones y disposiciones propias por la que se rigen los ciudadanos. Toda institución, nos dirá Romano, en

cuanto implique organización estable, tiene su derecho propio y particular. El *prius* estriba en la organización y disposiciones que emanan de la misma, aplicables a terceros en cuanto sistema de normas de orden secundario, dando lugar al *posterius*. Esto no significa la creación de ordenamientos cerrados y compartimentados, sino que el conjunto de normas tanto del Estado legislador como de las instituciones por él admitidas y configuradas conforme su propia legislación, constituyen un todo que da lugar al ordenamiento.

Trasladando esa doctrina, *servata distantiae*, a las cortes de arbitraje de carácter asociativo, se observa que estas se organizan conforme a un régimen estatutario, en el que, en primer lugar aparecen sus propias normas internas de organización y funcionamiento (acta fundacional y estatutos), que reflejan el nacimiento de la institución y ofrecen un perfil de régimen estatutario completo. Obviamente por lo que al Derecho español concierne este aspecto interno debe ajustarse a la tan citada LO 1/2002. Se crea, por tanto un *corpus* interno organizativo con proyección interna pero con vocación externa a través del reglamento de la corte: originando un ordenamiento subordinado a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico general, pero autoregulado según sus propias normas de organización y funcionamiento. La cara *ad intra* de la entidad puede ser modificada y adaptada en cada momento a la realidad circundante tanto por la propia asociación arbitral mediante la modificación de sus estatutos como por las partes que se acogen a ese último. Junto a esa cara está la faceta *ad extra*, representada por el reglamento que regula, entre otros aspectos, los perfiles propios de un sistema acabado de actos y disposiciones que van desde el control del convenio, composición del tribunal arbitral, procedimiento reglado, órdenes y laudos, hasta la impugnación opcional de esos últimos ante la propia corte.

B) Reglamento como ordenanza procesal: naturaleza, contenido y límites

Las cortes privadas de arbitraje se constituyen con la finalidad exclusiva de prestar el servicio de administrar arbitrajes. Esta función exige crear y disponer de una ordenanza procesal o reglamento. Antes de seguir conviene avanzar la noción misma de lo que es el reglamento arbitral, entendido éste como conjunto de actos y reglas de libre acceso que constituyen un *corpus* normativo básico destinado a ofrecer un sistema organizado, sistemático y completo para la administración de arbitrajes en el seno de la corte para resolver controversias de carácter disponible al margen de la jurisdicción del Estado.

El reglamento de las cortes de arbitraje constituye, sin duda, una norma de vital importancia como fuente secundaria y mediata del ordenamiento jurídico

Ese conjunto disposiciones que hemos dado en llamar ordenanza procesal, se recoge en un instrumento normativo, que no es una norma meramente procedimental, pues ofrece a los usuarios del servicio un conjunto de medios y actividades que exceden del estricto procedimiento, entendido este como una simple concatenación de actos. Es en este punto donde las cortes de arbitraje de

carácter asociativo se diferencian de otro tipo de asociaciones (sean políticas, sindicales, culturales, de ocio, etc.), pues esas normas y servicios se ofrecen de forma abierta e indiferenciada a terceros como medio para resolver las controversias que se les plantea en el tráfico jurídico sin necesidad de acudir al orden jurisdiccional pero, además, atendiendo a su fin el resultado del procedimiento arbitral seguido por las partes es un laudo que alcanza trascendencia jurídica al poner fin a un conflicto entre partes, con mayores efectos si cabe que una sentencia judicial. El reglamento de la corte es así una manifestación de un derecho institucional de carácter singular y objetivo, como diría Santi Romano, que es ofrecido a terceros, representando una suerte de caleidoscopio multinormativo en el que se recogen reflejos de normas de carácter constitucional (igualdad y libertad entre las partes, confidencialidad); negociales (existencia y eficacia del convenio, normas de interpretación y responsabilidad; procesales (composición del tribunal, acta de misión, procedimiento e incidentes); y normas de derecho internacional privado (ámbito de aplicación del reglamento e identificación del arbitraje internacional).

Lo relevante es que esta norma, a la cual se someten libremente los operadores, no constituye un instrumento de adhesión incondicional, impuesto a las partes sino que está concebida en términos dispositivos y abiertos, de manera que aquellas pueden introducir las modificaciones y variantes que estimen convenientes de común acuerdo, siempre que se respeten los principios universales de igualdad, audiencia y contradicción y las exigencias de la Ley de Arbitraje en aquellos puntos en que ésta es preceptiva (por ejemplo: arts.12, 21.1º y 21.2º, 24.1º y 24.2º).

Esas modificaciones bien pueden hacerse en el acta de misión, que es una suerte de norma convencional, particular y consensuada entre las partes, pero que a diferencia del reglamento de la corte solo es vinculante para las partes que la suscriben y para la controversia suscitada entre ellos, careciendo de proyección externa alguna. También pueden hacerse modificaciones sucesivas por las partes al acta de misión según exija la marcha del procedimiento arbitral, siempre de común acuerdo. Por eso el acta de misión y sus eventuales modificaciones son reglas *inter partes*, reglas fácticas que pueden aplicarse en 100 o más casos y no aplicarse en el siguiente; mientras que el reglamento tiene vocación de permanencia e indefinitud. Pero incluso en estos casos, que son muy frecuentes en el mundo de la actividad arbitral, todo el proceso se realiza por el tribunal arbitral junto con las partes, pero bajo el tutela de la corte de arbitraje que sumirá responsabilidad directa por su obligación de velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como de la independencia y neutralidad de los mismos, además de la responsabilidad solidaria que le pudiera corresponder por los daños y perjuicios que los árbitros causaren a las partes por mala fe, temeridad y dolo.

Llegados a este punto, hay que dar un paso más en el examen de la naturaleza del reglamento u ordenanza de la corte. A este respecto debe cuestionarse, en primer lugar, si es fuente o no del ordenamiento jurídico general. Sobre este particular punto debe advertirse que desde una perspectiva literal y formalista el reglamento no forma parte de las fuentes del ordenamiento general. Pero desde un análisis menos normativo y más institucionalista, resulta que al ser el reglamento total o parcialmente asumido por las partes en litigio como *modus operandi* para sustanciar hasta laudo la solución de la controversia que les enfrente a las partes, no deja de ser una

convención, un pacto que organiza voluntariamente el procedimiento a seguir, esto es, un depósito de confianza otorgado *prima facie* a la corte, como medio de resolver la controversia planteada en términos de paridad y equivalencia jurisdiccional; y si los pactos y convenciones tienen fuerza entre las partes, entonces el reglamento, sea total o parcialmente asumido, adquiere el carácter de fuente si quiera sea derivada o mediata del ordenamiento jurídico general.

En consecuencia, el reglamento de las cortes de arbitraje constituye, sin duda, una norma de vital importancia como fuente secundaria y mediata de lo ordenamiento jurídico, que hace posible la dirección, administración, llevanza y control del arbitraje y de su procedimiento dentro de los parámetros del debido proceso, reuniendo sintéticamente los rasgos siguientes: 1) es la norma básica de la corte: el conjunto de actos y reglas referenciales de la misma; al punto de que no existe corte sin reglamento ni reglamento sin corte. Si el arbitraje administrado se mide por lo que la corte tiene de prestigio, el paradigma de este último viene determinado por el rigor y completitud de sus disposiciones. 2) Justamente por lo anterior de su perfección o de su deficiencia depende en gran parte que la corte cumpla con sus funciones arbitrales con las debidas garantías. 3) El reglamento es, por otro lado, una norma de libre acceso sometido al principio de puerta abierta, al admitirse todo tipo de controversias que se susciten entre partes, a partir de un convenio válido y eficaz. En la cortes sectoriales (transportes, marítimo, propiedad intelectual, etc) también se cumple el principio de puerta abierta, respecto a las controversias que afectan a esas materias especializadas. 4) Es vinculante para los que suscriben el convenio de sumisión a la corte si no lo modifican de mutuo acuerdo en aquellas cuestiones que sean disponibles; es también vinculante en aquellas cuestiones que la ley se impone a la voluntad de las partes y que aparecen recogidas en el reglamento. 5) Finalmente, como normativa autónoma emanada de los estatutos y de la voluntad de los asociados, resulta asimismo plenamente vinculante para el tribunal arbitral y para los servicios técnicos y administrativos de la corte y sus asociados: el primero porque al aceptarse la encomienda se acepta el reglamento y los segundos porque se encuentran vinculados profesionalmente con la corte que administra el arbitraje.

He aquí la importancia de los reglamentos de arbitraje, como fuente mediata y secundaria del ordenamiento jurídico y como norma privada, abierta y flexible de carácter dispositivo y reguladora de todo un sistema sustitutivo del judicial para resolver conflictos dentro de los límites permitidos por el legislador.

Ligado a la naturaleza del reglamento se encuentra el análisis del contenido del mismo.

Advirtiéndose que el contenido del reglamento admite dos tipos de normas perfectamente distinguibles: las disposiciones de carácter necesario o de contenido mínimo exigible (i), y las de carácter natural o de contenido variable (ii).

- i) Las normas de contenido mínimo son aquellas de las que la corte no puede prescindir —tampoco las partes— porque atentaría contra la Ley de Arbitraje, los tratados internacionales y la propia Constitución. La naturaleza de éstas no son, como ya se ha visto, de carácter estrictamente procedimental porque sustentan todo el andamiaje configurador del arbitraje.
- ii) Junto a ese conjunto de normas-deber se encuentra otro ámbito de disposiciones más

numerosas y heterogéneas que constituyen el llamado derecho dispositivo reglamentario, y sobre las que operan con carácter subsidiario la voluntad de las partes y la Ley de Arbitraje. Este heterogéneo conjunto de disposiciones van desde el sistema de notificaciones y plazos, pasando por la solicitud y respuesta de iniciación del arbitraje, acumulación de procedimiento y pluralidad de partes, hasta el acta de misión, sistema de organización de alegaciones, proposición y práctica de las pruebas, término de conclusiones y plazo para dictar laudo, además de costas y normas sobre el plazo de corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo, así como su eventual impugnación ante la propia corte y motivos y plazo para su tramitación (así, *v.gr.*, arts. 52 a 60 Reglamento CIMA).

La diferencia esencial entre las normas-deber y las normas-convención, consiste en que las primeras no son renunciables ni para la institución arbitral ni para los árbitros ni para las partes; en tanto que las segundas si son disponibles total o parcialmente, incluso pueden ser omitidas si las partes así lo pactan.

Una última cuestión sería examinar si cabe prescindir de la aclaración, corrección, complemento y extralimitación del laudo a través de las normas reglamentarias de la corte o por acuerdo de las partes. La cuestión es dudosa porque la Ley de Arbitraje en su art. 39.1º solo se refiere al poder dispositivo que tienen las partes —y en su caso las cortes de arbitraje— sobre el plazo para solicitar tales trámites, pero es hartamente dudoso que pueda disponerse libremente de la supresión de estas cuestiones. Lo mismo ocurre con las causales de anulación del art. 41.1º LA, sobre las que ya hemos dicho que son indisponibles; en cambio, a mi juicio, puede admitirse que las partes y los reglamentos arbitrales puedan pactar otras causas de anulación pero no suprimir todos o algunos de los motivos previstos en dicho precepto.

Hasta aquí los límites intrínsecos que impone la Ley de Arbitraje y el propio reglamento de la corte; pero ahora se trata de ver los límites extrínsecos de ese último, o sea su propia fiscalización por incurrir en una supuesta *ultra vires*. Esta cuestión suscita dos interrogantes: quien puede impugnarlo y ante quien se impugna: la primera cuestión queda resuelta acudiendo al art. 40.2º LO 1/2002, cuando determina el ámbito subjetivo de legitimación para impugnar los acuerdos y actuaciones de las asociaciones podrán ser impugnados por cualquier asociado o persona que acredite un interés legítimo, si los estimase contrarios al ordenamiento jurídico, por los trámites del juicio que corresponda.

Ese precepto autoriza mantener que no solo los asociados puedan impugnar el reglamento como producto de los estatutos de la entidad sino también los árbitros o terceros que puedan acreditar un interés legítimo, si el contenido total o parcial del reglamento infringiere la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico o fuera contrario a los tratados y convenios internacionales suscritos por el Reino de España.

Y en cuanto al órgano jurisdiccional ante el que se impugna no puede ser otro que el orden jurisdiccional civil en los términos establecidos en el art. 40.1º de la Ley 1/2002.

2. Función institucional. El servicio público impropio arbitral y su función relacional con los poderes

públicos

Desde el punto de vista institucional puede considerarse que las cortes de arbitraje de base asociativa se manifiestan como un servicio público impropio guardando una actividad relacional con los poderes públicos. Aunque ambas funciones están muy próximas, las analizaremos por separado.

i) La función institucional propiamente dicha o de servicio arbitral a terceros que optan por resolver sus conflictos al margen de la jurisdicción del Estado, se enmarca dentro de lo que se conoce como servicio público impropio. Es decir, aquel servicio prestado por personas privadas (siempre ajenas a los poderes públicos), de acuerdo con determinadas disposiciones establecidas directamente por la Ley o por actos emanados de los poderes públicos competentes, y que tienen por finalidad satisfacer un interés particular pero ofertado de forma diferenciada y general a una pluralidad sucesiva e indeterminada de personas físicas o jurídicas y cuyo resultado tiene relevancia pública.

Esta función institucional a la que nos referimos ahora debe satisfacer, al menos, los siguientes requisitos:

Es ejercitada por una persona privada, en nuestro caso, una institución arbitral completamente ajena a los poderes públicos; y, a diferencia del servicio público propio, esa entidad que presta el servicio impropio no goza de prerrogativa alguna, y por ello tampoco se encuentra directamente incardinado o sometida al control de las potestades de las administraciones públicas. Sí está sometida a un control diferido o remoto que no hace sino dar mayor carácter, si cabe, al carácter impropio del servicio, como es la fiscalización sobre la forma de configurarse la asociación arbitral, siguiendo las pautas de la LO 1/2002, y la de controlar que los fines perseguidos no sean ilegales e ilícitos.

Obviamente ambos presupuestos concurren en las cortes de arbitraje asociativas. Ha sido el profesor Sainz Moreno, quien con mayor rigor ha estudiado entre nosotros el servicio público impropio (4), señalando el carácter factual y objetivo de la actividad desplegada por este tipo de servicio que aunque se desarrolla mas allá de cualquier autoridad pública, viene a satisfacer de forma plena y efectiva una necesidad de interés general, ya sea en el orden social y económico o en el jurídico, como es el caso que nos ocupa, cuyo producto final el laudo tiene efectos de cosa juzgada y no es revisable mediante un juicio o proceso de plena *cognitio*, cerrando definitivamente una controversia.

En segundo lugar, concurre el requisito respecto a que la prestación del servicio no se encuentra absolutamente desvinculado de norma alguna: así, el arbitraje en general y el administrado en particular, no es una suerte de vía alternativa a la justicia o una privatización de la misma, sino que su reconocimiento se encuentra, como ha sido señalado, en la libertad constitucional y en los tratados internacionales y en la propia Ley de Arbitraje que el legislador ha incorporado al ordenamiento jurídico general (*vid.* art. 14 LA). En consecuencia, la fundamentación última de las cortes de arbitraje tiene un denso y profundo enraizamiento en el ordenamiento jurídico y más allá de cualquier cobertura de orden meramente administrativo, encuentra sus última *ratio* existencial en la legalidad constitucional y ordinaria. Estos son los límites de este tipo de servicios.

También cumple el requisito de que la finalidad perseguida por la corte de arbitraje, aunque satisface intereses particulares, trasciende del mero interés privado al terminar con la emanación de un laudo,

por ello se está en presencia de una figura jurídica de relevancia pública, pues como bien ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional esa actividad es sustitutiva de la jurisdicción civil desde el momento en que las partes deciden resolver su conflicto por medio del arbitraje apartándose de la jurisdicción del estado, esto es, del servicio público propio que constituye la justicia administrada por jueces y magistrados en nombre del Rey.

No se va a insistir aquí sobre este punto más de lo necesario, solo señalar brevemente que el Tribunal Constitucional español, ha calificado el arbitraje, como ya se ha dicho en el párrafo anterior, como una «actividad sustitutiva de la función jurisdiccional», siempre y cuando concurren determinados requisitos que apoyen esa equivalencia. Entiende el Tribunal Constitucional que el arbitraje es algo más que un medio complementario de la actividad jurisdiccional, es toda una actividad configurada por el legislador ordinario que pretende sustituir la actividad jurisdiccional, cuando los interesados en ello lo manifiestan de forma voluntaria y con absoluta libertad. La enjundiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este punto, y sobre la que no se va a hacer referencia en este momento, encuentra su mejor reflejo en las SSTC 43/1988, 15/1989 y 62/1991, que liberaron al arbitraje de ser confundido con apariencias arbitrales más o menos camufladas y con pseudo-arbitrajes carentes del necesario elemento de la voluntariedad. Es también relevante, por otro lado, que el arbitraje al ser un producto de la autonomía de la voluntad encuentra su razón de ser en el art. 10 CE (como expresión del libre desarrollo de la personalidad), encontrándose vinculado a los valores superiores del ordenamiento jurídico como son la libertad y la justicia, proclamados en el art. 1.1º CE, lo que permite que sea una vía sustitutiva de art. 24 CE

Por consiguiente, con los requisitos anteriores queda perfectamente reflejado el carácter de servicio público, aunque impropio, de las instituciones arbitrales de carácter asociativo. Y por ello mismo, debe identificarse un requisito aún más inherente a esas instituciones. Nos referimos al principio de no discriminación ante cualquier controversia jurídica, por mucho que esta pueda ofrecer aspectos que no encajen idealmente en los propósitos de la corte arbitraje. Este requisito de no discriminación avoca directamente al derecho fundamental de la igualdad (ante la ley, ante la corte y en la aplicación del reglamento); y tiene una doble dimensión positiva y negativa. La no discriminación positiva concierne a la expresa prohibición de que la corte arbitral discrimine por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social, tanto del conflicto planteado, como de las partes en el mismo, como de los arbitros. Y en cuanto a la no discriminación negativa, la corte debe establecer, en cumplimiento de este derecho fundamental, un principio general de igualdad de trato procesal en la designación de los árbitros y en la bilateralidad procesal en la tramitación del procedimiento, respetándose las normas de procedimiento de forma y de fondo que las partes hayan pactado para resolver su controversia, o en su ausencia, por el tribunal arbitral.

ii) La otra vertiente de la función institucional es la función relacional y consultiva con los poderes públicos. Es cierto que las cortes arbitrales de base asociativa son instituciones privadas, pero ello no empece, como ya se ha dicho, que su finalidad trasciende del mero carácter privado para afectar al ámbito de la relevancia pública. Por esta razón y atendiendo a la experiencia acumulada en la administración de los arbitrajes por las cortes, habilitan a estas entidades para relacionarse con los

poderes públicos, con el fin de dar información sobre aspectos que puedan mejorarse en la aplicación de la legislación arbitral; este deber de colaboración pretende promover las mejores condiciones para que la implantación y el fomento del arbitraje en nuestro país sea real y efectivo.

Esta función relacional con los poderes públicos puede ser de gran utilidad no solo para las instituciones arbitrales sino incluso para los propios poderes públicos, otorgándoles a estos una visión acabada y profesional que pueda servir para dar cumplimiento, por ejemplo, a los arts. 88 y 107.2º LRJPAC, o 86 de la Ley de Procedimiento Común, pendientes de desarrollo que haría posible la introducción del arbitraje. Dentro de ese deber de colaboración también se encuentra la función consultiva que las cortes de arbitraje pueden prestar a requerimiento de los poderes públicos. Es cierto que hoy esta función solo la prestan por imperativo legal las corporaciones y entidades de derecho público que desempeñan de funciones arbitrales, pero insistiendo una vez más en la acumulación de conocimientos y experiencias vividas en materia de arbitraje que tienen atesoradas algunas cortes de base asociativa, aconseja que los poderes públicos puedan solicitar y dar audiencia a este tipo de asociaciones ante eventuales reformas legislativas en el ámbito del Derecho arbitral. Particularmente esto sería deseable para que las cortes de arbitraje defendieran ante los poderes públicos —fundamentalmente ante la posición adoptada por algunas instancia judiciales— la interna corporis arbitral; es decir, la defensa de aquello que por Ley y por tratados internacionales escapa del control jurisdiccional y por tanto de la acción de anulación, como son: examen y valoración de los hechos, valoración de la prueba, motivación del laudo y sobretodo el alcance que deba darse al art. 41.1º.f LA, cuyos imites se han visto desbordados e algunos casos por autos y sentencias de cierto Tribunal Superior de Justicia.

3. Función formativa

Se debe empezar reconociendo que en España a pesar de existir algunas excelentes cortes de arbitraje, cualificados árbitros y trabajos y estudios científicos de gran calidad, no existe aún una adecuada cultura arbitral. La cultura arbitral española está muy por debajo de la alcanzada en los países de su entorno y del nivel de su propia tradición y cultura jurídica general.

No es este el momento ni el lugar de señalar las causas que han originado este atraso. Solo se señalara aquí que esta lamentable situación tiene, entre otros, su origen en el sistema educativo. El arbitraje no se enseña o no se hace con la extensión y rigor que la institución requiere. Por tanto, al final esto se refleja en el escaso conocimiento de la figura. Si la enseñanza del arbitraje no se imparte en las facultades universitarias, no puede esperarse después que se recurra a la institución por los profesionales y operadores como alternativa legítima a la jurisdicción del Estado.

El arbitraje es concebido todavía por muchos profesionales como algo exótico cuando no anecdótico, que se sabe que existe pero que no consideran un medio idóneo para resolver conflictos. Se ignora así la caudalosa tradición histórica que entre nosotros tuvo el arbitraje sino también, y esto es más grave, que el árbitro en un Estado de Derecho, como bien señala Arroyo Martínez (5), goza de una doble legitimidad para administrar justicia, por un lado, el árbitro ha sido nombrado voluntariamente por los litigantes, directa o a través de la institución arbitral; y, por otro, su nombramiento, como el del juez es reconocido por la ley. Por eso según ese autor el árbitro aventaja

al juez; mas aun cuando el control jurisdiccional del laudo solo es extrínseco y no inmanente al contenido de lo resuelto, como ocurre con las sentencias judiciales, y que ese control no admite recursos posteriores ante otras instituciones judiciales posteriores.

Pues bien, esa falta de cultura arbitral arrastra también un profundo desconocimiento sobre el significado de las cortes de arbitraje y su importante papel en su doble atribución de administrar arbitrajes, concebidos estos no como un mero sistema de composición equidistante de intereses, sino como un autentico medio de solucionar definitivamente conflictos, y velar por el control y regularidad del procedimiento.

Esa deficiente cultura sobre el arbitraje como institución y sobre el papel que las cortes juegan en este ámbito heterocompositivo de solución de conflictos, exige casi como imperativo categórico, que esas ultimas hayan debido desplegar funciones formativas y pedagógicas a favor del conocimiento del arbitraje, con la finalidad de establecer un caldo de cultivo cultural que acreciente la confianza en el sistema arbitral.

Esa función formativa y pedagógica —que no sería necesaria en una sociedad con una mayor cultura arbitral—, se ha concretado bajo la diligente iniciativa de algunas cortes de arbitraje —*v.gr.*, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)— en convenios con Universidades y otras instituciones públicas y privadas de carácter docente con el objetivo de implementar y suplir las carencias formativas de los estudiantes universitarios, fundamentalmente de derecho, escuelas de negocios y profesionales que pretendan suplir la falta de conocimientos sobre esta materia o ampliarlos, impartiendo cursos específicos que expliquen en toda su extensión la porosa disciplina que constituye hoy el derecho arbitral interno e internacional.

La cuestión no es en absoluto baladí, pues las carencias a las que nos referimos no solo afectan a estudiantes y profesionales relacionados con el ámbito jurídico, también al mundo de la judicatura, cuyo conocimiento subyacente de lo que implica optar por el arbitraje en sustitución del orden jurisdiccional, no acaba de ser comprendido en toda su dimensión por algunos jueces y magistrados, como está manifiestamente poniéndose de relieve en algunas sentencias y autos de los Tribunales Superiores de Justicia, que están poniendo en peligro la propia subsistencia del arbitraje en España, y todo por un defectuoso entendimiento de lo que significa la institución arbitral y cuáles son los limites legislativos de la acción de anulación. Una mayor cultura sobre el significado del arbitraje, evitaría la penosa imagen que actualmente está ofreciendo —también internacionalmente— el Reino de España sobre esta institución. Una vez más debe ser repetido: el arbitraje no es enemigo de la jurisdicción del Estado sino un coadyuvante en situación de paridad para impartir justicia.

En este afán por profundizar y hacer creíble y garantista lo que significa el arbitraje, debería incluirse en los programas de estudios universitarios una disciplina que impartirá la suficiente formación reglada sobre la institución arbitral como sistema de solución de conflictos, estudiándose un programa en el que se comprendieran, entre otras, cuestiones sobre la metodología y fuentes de la institución, afinidad y diferencias con figuras fronterizas, la naturaleza del convenio arbitral y su eficacia, la llevanza y dirección de un expediente arbitral, la responsabilidad del árbitro de las cortes de arbitraje, y en fin, sin querer ser exhaustivos, sobre el control del procedimiento y de laudo, etc.

Todo ello desde un análisis no solo teórico sino también práctico; y, por supuesto, sobre el conocimiento del derecho comparado y de los convenios y tratados internacionales en materia de arbitraje.

VII. RESPONSABILIDAD POR FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL DE LAS CORTES DE ARBITRAJE

Se repite hasta la saciedad, y ello es cierto, las ventajas que ofrece el arbitraje institucional sobre el arbitraje *ad hoc* y sobre los procesos judiciales: celeridad, eficacia, confidencialidad, previsibilidad de los costes económicos, especialización de los árbitros, seguridad jurídica que otorga la existencia de un reglamento u ordenanza procesal que estructura y organiza todo el procedimiento, etc. Pero no es este el lugar para desarrollar con detenimiento cada una de estas ventajas. El reconocimiento jurídico del arbitraje institucional avoca a estas instituciones a tener que asumir la responsabilidad derivada de su propio funcionamiento por el servicio que presta a los usuarios del arbitraje. Veamos brevemente las dos caras de esa responsabilidad: la debida al funcionamiento de la corte (i) y la que deriva de la encomienda del árbitro (ii).

i) La institución arbitral de carácter asociativo asume una serie de supuestos específicos de imputación de responsabilidad civil debidos a su propio funcionamiento normal o anormal y que no traen causa de la conducta del árbitro sino de la propia prestación del servicio de arbitraje que se ofrece a los usuarios. Estos supuestos de imputación de responsabilidad civil directa de la corte son los siguientes:

- 1º) Responsabilidad como consecuencia de no velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad y transparencia en la designación de los árbitros, así como de su independencia e imparcialidad (art. 14.3º LA).
- 2º) Responsabilidad por inobservancia en la administración del arbitraje, particularmente de los principios de igualdad, audiencia y contradicción en la llevanza del procedimiento arbitral (art. 24.1º LA).
- 3º) Responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación legal de confidencialidad atribuida a la corte (art. 24.2º LA).
- 4º) Responsabilidad por incumplimiento del principio de imparidad arbitral en los arbitrajes internos (art. 12 LA).
- 5º) responsabilidad por incumplimiento del deber de laudar en plazo ocasionado por dilaciones indebidas en la formulación del escrutinio del laudo.

Los efectos de este tipo de responsabilidad civil por funcionamiento de la corte y no por la del árbitro, solo afecta precisamente a la institución arbitral y la norma aplicable a estos supuestos de responsabilidad no debe ser la contenida en el art. 21.1º LA (que exige la concurrencia de mala fe, temeridad o dolo) sino la prevista en el art. 1902 Cc, esto es la mera culpa o negligencia causante de un daño evaluable.

ii) Fuera de esos supuestos de imputación de responsabilidad específica de la corte, nos encontramos con aquellos otros tipos de responsabilidad que le afectan pero que son debidas a la conducta del árbitro por el mero hecho de aceptar su designación en el ámbito de un arbitraje administrado. En estos casos, los daños y perjuicios han de ser causados por mala fe, temeridad o dolo, no basta la simple culpa o negligencia; sin embargo, acreditado lo anterior, el perjudicado tendrá acción directa contra la institución arbitral, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra el árbitro, como preceptúa el art. 21.1º LA.

Esos últimos supuestos entrañan la prueba diabólica de probar el juicio de intenciones de la concurrencia de mala fe, temeridad o dolo y que comprenden un amplio abanico de supuestos de responsabilidad que van desde ocultar o no desvelar en toda su extensión por el árbitro su independencia e imparcialidad causante de perjuicios (art. 17.1º LA); las dilaciones indebidas del árbitro (art. 37.2º LA); el abandono de funciones por el arbitro; el *non liquet* arbitral (art. 37.1º LA); quebrantamiento de la confidencialidad ex árbitro (art. 24.2º LA); dictar laudo sin dar ocasión de pronunciarse a algún arbitro del Tribunal (art. 35.2 y 37.3º LA); por anularse laudo parcial o final que resuelva sobre su propia competencia (art. 22.1º y 42.2º LA), cuando es causante de perjuicios; por extralimitarse el árbitro en sus funciones sin proceder a su rectificación (39.1º.d LA); o en fin, en todos aquellos supuestos (*numerus apertus*) en que la conducta del árbitro sea causante de daños evaluables económicamente por mala fe, temeridad o dolo. La exigencia de la concurrencia de estos elementos intencionales y subjetivos constituye un injustificable amenguamiento de la responsabilidad del árbitro respecto a la responsabilidad imputable a jueces y abogados, pero ésta es otra cuestión que escapa de los límites de este trabajo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

OLIVENCIA, M., «Una contradicción de los revolucionarios de 1968: la regulación del arbitraje», comunicación presentada al Pleno de Académicos de Números, RAJL, 19 de enero de 2009.

ROCA MARTÍNEZ, J.M., *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Barcelona, 1992, pp. 189 ss

ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Reus, 1912

SAINZ MORENO, F., «El servicio público impropio», *RAP*, n.º 99, 100 y 101.

(1)

M. Olivencia, «Una contradicción de los revolucionarios de 1968: la regulación del arbitraje», comunicación presentada al Pleno de Académicos de Números, RAJL, 19 de enero de 2009.

Ver Texto

(2) Así, v.gr., STS 19 de septiembre d 1989, también en este mismo sentido, J.M. Roca Martínez, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Barcelona, 1992, pp. 189 ss

[Ver Texto](#)

(3) Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Reus, 1912

[Ver Texto](#)

(4) F. Sainz Moreno, «El servicio público impropio», *RAP*, n.º 99, 100 y 101, Madrid.

[Ver Texto](#)

(5) I. Arroyo Martínez, Prologo a la *Ley de Arbitraje (Ley 11/2011) y normativa complementaria*, madrid, Tecnos, 2011, p.10

[Ver Texto](#)

La sumisión del Estado y de los entes estatales al arbitraje

Submission of the State and State entities to arbitration

La sumisión del Estado y de los Entes Públicos que forman parte del mismo al arbitraje está aceptada en el ámbito del arbitraje internacional, dentro del arbitraje de inversión desde la firma por España del Tratado de Washington, y en el arbitraje comercial, cuando el mismo sea internacional, de acuerdo con la Ley Española. Sin embargo, en materia de arbitraje comercial doméstico, El Estado, sus Entes y las Administraciones Públicas en general son en principio contrarios a la utilización del arbitraje como medio de resolución de conflictos en sus relaciones con los ciudadanos. Aunque la Ley Española —al revés que la Ley Francesa— permite el acceso al arbitraje a cualquier persona física o jurídica en pleno ejercicio de sus derechos, y por tanto también a las personas jurídicas públicas, sin embargo es por razón del objeto, donde surge la primera limitación para el Estado y sus entes, puesto que el arbitraje ha de tener por objeto materias disponibles, y los bienes y derechos de contenido económico que constituyen la Hacienda Pública no son disponibles más que bajo muy estrictas condiciones. De otra parte, el sometimiento del Estado y de las Administraciones Públicas al denominado «Bloque de la Legalidad» que se vertebra por el respeto al orden jerárquico de las normas legales debidamente aprobadas, la presunción de legalidad y de certeza de que gozan los actos administrativos y la existencia de una jurisdicción tutelar específica del Estado y de sus Entes en su actuación frente a los ciudadanos —la Jurisdicción Contencioso-administrativa—, hacen muy difícil la entrada del arbitraje en las relaciones del Estado con los particulares. No obstante, cabe señalar cinco categorías diferentes de supuestos, que van de la absoluta inarbitrabilidad a la arbitrabilidad aceptada, así como una autorización legislativa, heredada de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común y que pervive en la que le ha sustituido, Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común —que deroga la anterior— y que constituye una puerta entreabierta a la aceptación por las Administraciones de alguna clase de arbitraje.

Arbitraje comercial, Transacción, Hacienda Pública, Bloque de Legalidad, Potestad Administrativa, Derecho subjetivo, Jurisdicción contencioso administrativa, Acto administrativo, Actividad sancionadora y Actividad relacional de la Administración, Contratos Públicos.

The submission of the Spanish State and of its legal public entities to international arbitration does not pose major questions, either within the Washington Treaty for investment arbitration, or, according to Spanish Law, in international commercial arbitration cases in which it accepted to be bound by arbitration clauses. Such easiness does not occur in matter of domestic commercial arbitration, where the State and its entities and in general the different public administrations, do not contemplate arbitration as an ADR available system in their relations with private individuals or corporations. Although Spanish Arbitration Law, as opposite to the French Law, does not impede arbitration to any kind of individual or moral persons, the access to arbitration for public entities is limited, in first instance by objective reasons: only matters that can be legally disposed of can be the object of arbitraton, and the assets, goods and rights of economic value belonging to the State and/or its entities cannot be disposed of except under very strict conditions. On the other hand, the submission of the State and the public administrations to the «Legality Block» which requires the respect for the hierarchical order of legal norms duly enforcerd, the presumptions of certainty and legality enjoyed by the administrative acts and the existence of a specific tutelary jurisdiction for the Administration and its public entities —the administrative-contentious process—, makes very difficult for arbitration to be present in the relationships between the Administration and the private persons. Notwithstanding, it is posible —in matter of public entities and arbitration— to establish five different cathegories ranging from the absolute inarbitrability to the full acceptance of arbitration, as well as to underline the still pending of regulatory development of a law provision, inherited from the Legal Regime and Administrative Common Procedure Law 30/1992, as of November 1992, permitting mediation, arbitration and other settlement tools in regard to administrative appeals, a law today abolished, but which provision has been recognised again in the new Law on the same matters as of 2015, being it an ajar door for the final administrative acceptance of a kind of arbitration.

Commercial arbitration, Transaction/Settlement, Public finances, Legality block, Administrative powers, Administrative acts, Subjective right, Administrative-contentious jurisdiction, Administrative acts, Sanctioning and Relational Activity of the Public Administration, Public Contracts.



Luis Felipe Castresana

Abogado del Estado (exc.)

Director y arbitro de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje

I. INTRODUCCIÓN

Empezando esta intervención por el final, cabe afirmar que en materia de arbitraje internacional, no interno, las consecuencias de la sumisión del Estado o de sus organizaciones dependientes, al arbitraje, son muy claras. El art. 2.2º de la Ley de Arbitraje (en adelante LA) sostiene que:

«Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización, o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral».

Este precepto que se completa con la definición de arbitraje internacional recogida en el art. 3.1 de la propia LA, tiene su origen, entre otras disposiciones, en el art. 4 de la Ley Modelo de Arbitraje Internacional CNUMDI/UNCITRAL, en el Convenio de Nueva York para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 junio 1958 y el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965.

Este precepto citado constituye una importante novedad en derecho español y se puede afirmar que implica en un arbitraje internacional en que pudiera participar el Estado español o sus sociedades, organizaciones o empresas, la clara pérdida de prerrogativas del Estado o ente público de que se trate, prerrogativas que pudieran arroparle frente a un arbitraje interno, más aun teniendo en cuenta el principio de legalidad que protege a las administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades administrativas frente a los particulares que con él se relacionan, y que convierten al Estado y a las Administraciones en *potentior personae*.

Esta norma, que represente una cierta quiebra «funcional» del carácter monista de nuestra LA, ya que la pérdida de prerrogativas solamente se predica del arbitraje internacional y no interno, tiene su respaldo en la doctrina anglosajona y en la jurisprudencia francesa y no determina *per se* que el

Estado o sus entes puedan ser necesariamente llevados a un arbitraje internacional, puesto que no entra para nada en disquisiciones de capacidad o de orden subjetivo, sino que, establece que una vez aceptado el convenio arbitral en sus acuerdos con terceros de otros países, el Estado no puede alegar inmunidad frente a las consecuencias posiblemente dañosas para el propio Estado firmante una vez se dicta el laudo.

Por tanto, se trata de una regla material e indirecta de aplicación uniforme en el «*territorio arbitral*», que tiene su fundamento en el principio jurídico de que nadie debe ir contra sus propios actos y en la regla de la apariencia debida de quienes contratan como entes públicos, todo lo cual se nuclea en torno a la doctrina del *stoppel*. Por otra parte, de acuerdo con el principio *Kompetenz Kompetenz* es al propio tribunal arbitral que dirime las diferencias en que el Estado está envuelto, al que corresponde determinar su propia competencia para iniciar o continuar el procedimiento arbitral al que el Ente público se resiste, y si la decisión es positiva el Ente público deberá aceptarlo con todas sus consecuencias.

Esto dicho, pasemos a referirnos al arbitraje interno, en cuyos confines, la cuestión de la sumisión al arbitraje del Estado y sus entes dependientes es más compleja.

II. ¿DE QUÉ ARBITRAJE HABLAMOS?

El concepto de arbitraje a estudiar en relación con el Sector Público es un concepto polisémico que engloba figuras muy diferentes etiquetadas como «*arbitraje*» pero que no son «*arbitraje comercial*» o «*arbitraje privado*» que es al que me acabo de referir, y que debe mantener las notas clásicas del arbitraje comercial. Es decir, debe ser:

- arbitraje voluntario por parte de los intervinientes,
- recogido en una cláusula compromisoria o convenio arbitral,
- sobre materias disponibles por las partes,
- administrado por uno o más árbitros independientes e imparciales,
- que debe aceptar y respetar un procedimiento flexible y apoyado en los principios del art. 24.2º LA —igualdad de armas, audiencia y contradicción—,
- el laudo obtenido debe ejecutarse sin necesidad de otro procedimiento ejecutorio diferente del propio procedimiento arbitral,
- sin perjuicio de su exclusiva e hipotética anulación en virtud de la acción y por los motivos contemplados en el art. 41 LA.

III. EL ARBITRAJE Y SU INCARDINACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

Es preciso señalar a modo de advertencia preliminar que en el estudio de estas cuestiones se seguirá

el análisis ya elaborado Por el Club Español del Arbitraje (CEA) sobre esta materia, en virtud del trabajo realizado por una comisión *ad hoc* creada por el propio Club y que refleja las conclusiones a que llegó dicha comisión, integrada por prestigiosos juristas a la vez que experimentados practicantes del arbitraje (1) .

La incardinación de la institución arbitral dentro del Sector público exige revisar las siguientes cuestiones:

1. La posición de la Administración Pública dentro del Sistema jurídico. Los privilegios administrativos

El Arbitraje, como el resto de los medios alternativos de resolución de conflictos (mediación y conciliación). No son técnicas generalmente utilizadas por la Administración Pública en sus relaciones con los ciudadanos, siendo excepción la utilización de las mismas.

Esta posición, hostil al Arbitraje, tiene su origen en:

- a) el papel que la Administración Pública desempeña en el sistema jurídico,
- b) en el ejercicio de sus potestades y,
- c) en su carácter de brazo ejecutor de las determinaciones y decisiones del Gobierno que encarna el poder ejecutivo.
- d) Además porque la Administración Pública Española, tributaria en gran medida del modelo francés, asumió en los textos legales que le dieron forma a mediados del siglo pasado (2) , una especie de papel cuasi-constitucional en lo que respectaba a las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos en sus diversas facetas de súbditos de un Estado,

El principio de legalidad debe completarse con el concepto de «*potestad*» pues en ambas construcciones teóricas se perciben las dificultades que el arbitraje encuentra para penetrar en la esfera de la actuación administrativa

Esta posición de la Administración Pública que fue luego refrendada por nuestra Constitución vigente consagra el principio de legalidad a que se somete la Administración Pública en su actuación, hallándose sujeta en forma positiva (3) al denominado doctrinalmente «Bloque Legislativo» (*Positive Bindung*), y se articula dicho principio a través del ejercicio de sus potestades (arts. 9.3º y 103.1º CE), gozando de la presunción de legalidad en sus actuaciones, que sólo se someten al escrutinio de la jurisdicción (art. 106.1º CE), normalmente la jurisdicción contencioso-administrativa, jurisdicción especial que se considera además uno de los pilares del Derecho administrativo (4) .

2. El concepto de potestad administrativa

Esta breve referencia al principio de legalidad debe completarse con un también sucinto análisis del concepto de «*potestad*» porque en ambas construcciones teóricas se encuentra la explicación última de las dificultades que el Arbitraje encuentra para penetrar en la esfera de la actuación administrativa.

Santi Romano (5) definió la potestad como el poder jurídico para imponer decisiones a otros para el cumplimiento de un fin. Sus características son:

- a) Es un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado y con una finalidad predeterminada.
- b) La potestad no supone un poder de acción libre, según la voluntad de quien la ejerce, sino un poder limitado y controlable.

Como afirma Cosculluela Montaner (6), las potestades de la Administración son «potestades-función, que se caracterizan por ejercerse en interés "de otro", esto es, no de quien la ejerce, sino del interés público o general».

Los autores administrativistas fundamentan la doctrina de las potestades públicas, como señalan E. García de Enterría y T.-R. Fernández (7), a través de su contraste con el concepto de derecho subjetivo, entendiendo que ambas figuras responden al género de los poderes jurídicos, en tanto que facultades de querer y de obrar conferidas por el ordenamiento jurídico a los sujetos de derecho. Sin embargo, todas las demás notas de desarrollo de ambos conceptos diferencian a potestades y derechos subjetivos.

- a) Los derechos subjetivos
 - surgen de una relación jurídica concreta,
 - recaen sobre un objeto determinado,
 - consisten en una pretensión concreta y,
 - se corresponden con un deber atribuible a un sujeto pasivo, el sujeto obligado.
- b) La potestad no se genera en una relación jurídica, ni en negocios jurídicos determinados, sino que:
 - surge directamente del ordenamiento jurídico, tiene un carácter general y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas,
 - no consiste en una pretensión particular sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos repetibles en situaciones idénticas en tanto la norma creadora no se derogue, y
 - no consiste en una pretensión determinada, sino en la posibilidad abstracta de producir

efectos jurídicos, de los que eventualmente, en su ejercicio, pueden surgir relaciones jurídicas particulares.

- a la potestad no le corresponde un deber positivo o negativo de un sujeto obligado, sino simplemente «una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos (normalmente de un círculo de sujetos) a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad» (8) .
- finalmente, las potestades al revés que los derechos subjetivos no son transmisibles, renunciables o prescriptibles (9) .

Si bien la obligada sumisión de la Administración a la ley por vía de las potestades implica desde el punto de vista político la afirmación del principio de igualdad de todos ante la Ley, sin embargo en sus relaciones con los administrados tales potestades colocan a aquella en una posición de supremacía, en la que el administrado queda sometido a la decisión unilateral de la Administración actuante, que si bien se atempera por la razón misma del concepto de potestad, que implica la vinculación al interés general, así como por el principio de tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.2º CE, sin embargo, en las citadas relaciones con los administrados la supremacía se mantiene, dado el carácter unilateral de la relación establecida y la propia existencia de la presunción de legalidad que acompaña a los actos administrativos, y esa misma supremacía implica la existencia de una serie de privilegios que, en lo que aquí importa, se concretan en la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, en el régimen jurídico de los bienes y derechos de la Administración y en el orden procesal.

- a) La ejecutividad de los actos administrativos exige del particular la carga de impugnar el acto concreto de que se trate, teniendo en cuenta que el mismo goza de la citada presunción de legalidad, y
- b) La ejecutoriedad permite a la Administración ejecutar los actos dictados por sus propios medios si el particular no cumple voluntariamente, lo que lleva al principio de autotutela (10) , recogido por el TC (11) .
- c) Los privilegios procesales se concretan en:
 - la necesidad de la interposición previa de recurso ante la propia Administración actuante cuando dichos actos agoten la vía administrativa,
 - la imposibilidad de interponer interdictos contra la Administración, hoy día residenciados en el juicio verbal dentro de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y
 - la ejecución de sentencias por la propia Administración en los procesos contencioso-administrativos, en la forma establecida por la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) en sus arts. 106 y siguientes (12) .

Este es, brevemente reflejado, el escenario en el que habitualmente se mueve la Administración en su relación con los administrados, sin perjuicio de lo cual la institución arbitral se ha abierto un

modesto camino como técnica de resolución de conflictos en el ámbito de la actividad administrativa.

3. Limitaciones de la materia arbitrable en el caso de la Administración

En el Derecho francés existe una interdicción general de carácter subjetivo, situada entre una enumeración objetiva de materias no arbitrables, que impide la utilización del arbitraje como fórmula de resolución de conflictos que afecten a la Administración Pública, por vía de lo establecido en los arts. 2059 al 2061 del Código Civil Francés, y en particular del 2060.

En efecto, este precepto prohíbe el arbitraje en relación con determinadas materias, entre las que sitúa todas las controversias que afecten a las administraciones y establecimientos públicos, con la excepción reglada de los de carácter mercantil o industrial, en cuyo caso cabe autorización del Consejo de Ministros, vinculando esta interdicción general de lo no arbitrable al concepto del orden público.

En el caso español, por el contrario, la limitación de lo que puede ser objeto de arbitraje es de orden objetivo o material, y no afecta sólo a la Administración, por cuanto que, de acuerdo con el art. 2.1º LA, «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho», situación objetiva ésta que puede afectar a todos aquellos sujetos, públicos o privados, que no tengan la libre disponibilidad de las materias objeto de una controversia arbitral, y no solo a la Administración, en la que como se ha visto en el apartado anterior, su indisponibilidad surge del carácter reglado y sujeto al bloque de legalidad de gran parte de su actuación frente a los ciudadanos.

Como bien señalan los autores de Documento CEA citado (13), históricamente en España, donde no existe, al revés que en Francia, una «*doctrina candado*» que impida la utilización del arbitraje por la Administración, se ha evolucionado de la exclusión absoluta de la utilización del arbitraje en el Real-Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852, cuyo art. 12 prohibía el arbitraje sobre derechos y bienes económicos de la Hacienda Pública, hasta la progresiva dulcificación de este rigor por una serie de disposiciones que abarcan el siglo XX y los años transcurridos del siglo XXI.

4. Avances del arbitraje en la Administración

Los avances del arbitraje en la Administración se refieren a tres ámbitos distintos: el constituido por las prerrogativas en materia relativa a los bienes y derechos que integran la Hacienda Pública (A), el ámbito de la contratación administrativa (B) y, finalmente, la utilización del arbitraje como elemento sustitutivo o de utilización subsidiaria en relación con los actos administrativos susceptibles de reposición o alzada (C).

A) Arbitraje y prerrogativas de la Hacienda Pública

- Se parte de la posición negativa del Real-Decreto de Bravo Murillo de 1852.
- La Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1911, ya en su art. 6 exigía una ley para poder transigir o arbitrar sobre los bienes y derechos de contenido económico de la Hacienda

Pública, criterio que también reflejó el art. 41 de la Ley de patrimonio del Estado de 1964.

- La Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante LGP), señaló en su art. 7, «Límites a que están sujetos los derechos de la Hacienda Pública Estatal», y más concretamente en su numeral 3 señala que «no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública sino mediante Real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno», norma que reproduce el art. 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, siendo el Ministerio de hacienda a quien corresponde la propuesta concreta.
- Parecida dicción utilizan una serie de disposiciones legales, entre 1980 y el momento presente, tal como cita C. Esplugues Mota (14).
- La Ley Orgánica 3/1980 de 22 de abril, del Consejo de Estado, cuyo art. 21.7º, numeral 8 señala que el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en «las transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento a arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos», y
- La Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, cuyo art. 24 establece la prohibición de transigir judicial o extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social, ni someter a árbitros las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado.
- Una inevitable flexibilización de estas exigencias surge en el tratamiento de las operaciones del Tesoro. El autor citado (15) señala los arts. 98.3º y 116 LGP, el primero de los cuales se refiere a las operaciones de Deuda del Estado y el segundo a la emisión de avales del Estado.

En cuanto al primero de los supuestos —la Deuda— señala el precepto citado que las operaciones «se realizarán en los mercados financieros conforme a las normas, reglas, técnicas, condiciones y cláusulas usuales en tales mercados, pudiendo acordar el sometimiento a arbitraje o la remisión a una legislación o tribunales extranjeros, siempre que se observe lo dispuesto en el art. 23 de esta Ley», precepto que consagra a su vez el principio de prohibición de despachar mandamiento de ejecución o providencia de embargo dictada por autoridad judicial o administrativa respecto de los bienes y derechos patrimoniales afectados a un servicio público o a una función pública, salvo en los casos taxativos que el precepto contempla, determinando además que la ejecución de las resoluciones judiciales afectantes a tales bienes y derechos corresponderá a la Administración misma.

El segundo supuesto —art. 116 LGP— establece que corresponde al Ministro de Economía el otorgamiento de los Avales del Estado, quien, sin perjuicio de los límites establecidos en la preceptiva autorización del Consejo de Ministros o de la correspondiente ley, «podrá convenir las cláusulas que resulten usuales en los mercados financieros», y, en particular, el apartado b) del mismo artículo señala que «excepcionalmente, en los avales que garanticen operaciones de crédito exterior, el sometimiento a "arbitraje o la remisión a una legislación o tribunales extranjeros, siempre

que se observe lo dispuesto en el art. 23 de esta Ley"».

B) Arbitraje y contratos públicos

- En materia de contratación en el extranjero, la disposición Adicional 1ª de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del sector público, tras recoger que los contratos de esta naturaleza que ejecuten empresas españolas deberán someterse a la jurisdicción española, indica en su párrafo 3 que, cuando se trate de empresas extranjeras «se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje (16) », ello sin perjuicio de que se procure incluir cláusulas de sumisión a los tribunales españoles, y de que quepa transigir previa autorización del Consejo de Ministros, cuando se trate de la Administración General del Estado.
- La última etapa en este recorrido de aceptación medidísima del arbitraje en el seno de la Administración, en materia de contratación administrativa, lo constituye el art. 50 del Real decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, hoy derogado, que reconoce de forma taxativa que «los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren».

Esta cláusula, verdaderamente significativa, y que es la primera que abre de verdad resquicios a la actuación arbitral en la actividad relacional de las Administraciones Públicas, es exclusivamente de aplicación residual a los expedientes de contratación y a los contratos en cuanto a su cumplimiento, efectos y extinción que, de acuerdo con la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se hubieran iniciado o adjudicado, respectivamente, antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, que, de acuerdo con su Disposición Final 16ª se produjo 4 meses después de su publicación.

La nueva legislación de contratos públicos no contempla un precepto específico de arbitraje como el reproducido, y simplemente indica en su art. 25 que los contratos públicos pueden ser administrativos o privados, determinando a continuación en el art. 26 cuales son de cada clase y regulando el régimen legal y la jurisdicción aplicable según se trate de contratos administrativos (contencioso-administrativa) o de contratos privados (civil ordinaria), en los arts. 26 y 27 respectivamente.

De ello se infiere que en todos los supuestos y respecto de todos los contratos administrativos o privados a los que cabe aplicar el derecho privado y la jurisdicción civil, aquellos pueden ser objeto de tratamiento arbitral en cuanto a las discrepancias surgidas. A mayor abundamiento, y como ha quedado señalado anteriormente, la Ley 9/2017 sí que mantiene la posibilidad de ir a arbitraje cuando se trate de supuestos de contratos suscritos en el extranjero y ejecutados por empresas extranjeras, siempre que la sumisión a los Tribunales españoles no haya sido posible.

C) Arbitraje como técnica sustitutiva del recurso administrativo

Este es quizás el punto más delicado de la relación Arbitraje-Administración y lo es porque el

Arbitraje es visto como un intruso en un sistema muy cerrado.

Por ello, la consecuencia de un sistema como el español, con muy elaboradas teoría y jurisprudencia del principio de legalidad, del principio o privilegio de la autotutela y de la utilización de las potestades reconocidas por el ordenamiento jurídico, es que sea difícil que pueda penetrar la institución arbitral en la actividad relacional de la Administración con los particulares. No imposible, ciertamente, pero sí muy difícil, y aún más conseguir que el campo del arbitraje se amplíe en el seno del Sector Público, más allá de los terrenos ya «colonizados» por esta institución.

- Aún más si como señala el Documento del CEA citado (17) , a la teoría y jurisprudencia tan elaboradas se suman dos paradigmas dogmáticos, retardatarios de una evolución en la que el pleno reconocimiento del arbitraje en el marco del sector público pudiera tener cabida, y que respectivamente son la «*atribución imperativa de jurisdicción*» y el «*reconocimiento imperativo del derecho aplicable*».
- En el primero de ellos, una parte de la doctrina y la jurisprudencia sostenían que bastaba una norma, sectorial o no, que estableciese un procedimiento judicial específico para resolver los litigios derivados de la aplicación de dicha norma, para que el arbitraje estuviera excluido como método de resolución de conflictos, siendo ejemplo de lo citado el olvido del arbitraje en las sociedades de capital, que solo ha sido reconocido por el legislador en la reforma de la Ley 60/2003 operada por la Ley 11/2011.
- Respecto del paradigma que exige el reconocimiento imperativo del Derecho aplicable, el mismo impidió históricamente la entrada del arbitraje en materia arrendaticia, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina científica y jurisprudencial. Este planteamiento ha sido ya superado.
- De hecho, ambos paradigmas han sido finalmente apartados. En el primer caso porque la atribución imperativa de jurisdicción se ha entendido como un reparto competencial entre juzgados y tribunales por criterios objetivos o jerárquicos; y en el segundo, el reconocimiento imperativo del Derecho aplicable, porque un árbitro o tribunal arbitral en un arbitraje de derecho debe aplicar el derecho necesario exigido por el ordenamiento de que se trate, de la misma manera que lo haría un juez o tribunal de justicia (18) .
- Resta sin embargo un paradigma a liquidar y es el reconocimiento del arbitraje en el seno del Derecho Administrativo, que es algo que se acomodaría muy bien a la situación actual de nuestra Administración y de nuestra Justicia. Y ello, anticipando conceptos, no debería afectar exclusivamente a sectores de actividad donde la institución arbitral debería ser aceptada, también en relación con determinadas actuaciones derivadas del ejercicio de potestades de la Administración cuando las mismas no tengan por finalidad la ordenación, sanción, limitación o ablación de derechos, en todas las que el ejercicio de las potestades es más intenso, en tanto que en las potestades que se ejercitan en actuaciones relacionales, la vinculación positiva al bloque de la legalidad es más flexible, y la posibilidad de utilizar el arbitraje como técnica de resolución de conflictos, mayor. Sería el caso de los actos de gestión y ejecución urbanística, los convenios expropiatorios o la cuantificación económica de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Surge aquí la diferencia entre el *ius imperii* y el *ius gestionis* en referencia a la actuación de la Administración, según hablemos de supuestos de potestades limitativas, o modificativas de la situación jurídica de los administrados, o de aquellas otras en que la Administración se relaciona con los administrados utilizando fórmulas convencionales, colaborativas o contractuales, o bien acepta directamente el sometimiento al arbitraje por razones de política general.

El *ius imperii* no produce, llevado al límite que representa la impugnación de los actos revestidos del mismo, efectos diferentes de los actos relacionales en los que se aplica el *ius gestionis*.

Ocurre, sin embargo, que el *ius imperii* no produce, llevado al límite que representa la impugnación de los actos revestidos del mismo, efectos diferentes de los actos relacionales en los que se aplica el *ius gestionis*. En efecto, en cuanto se producen actos de ejecución «en masa» de las decisiones legales y reglamentarias en que se encarnan las potestades administrativas, éstas pueden o no ser pacíficamente aceptadas por los administrados a los que dichos actos afecten.

Es precisamente en ese contexto en el que debe entenderse la «irrupción» en nuestro ordenamiento administrativo de un precepto como el art. 107.2º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, que establece:

«Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especialidad de la materia lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, 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 los interesados en todo procedimiento administrativo»

Y continuaba señalando:

«En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado».

Por otro lado, el art. 109.1º.b) del propio texto legal indicaba:

«Ponen fin a la vía administrativa:

[..]

b) las resoluciones de los procedimientos a que se refiere el art. 112.2º»

La Disposición Adicional 2ª de la propia Ley 4/1999 establecía un plazo de 18 meses para articular los procedimientos alternativos a que se refiere el art. 107.2º, plazo que evidentemente no se ha

cumplido, y no se ha hecho pese a que la publicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, hubiera sido, diez y seis años después de la primera inclusión, el momento adecuado para dar cumplimiento al mandato de la D.A. 2ª de la Ley 4/1999, y ello tanto por la oportunidad que la puesta en vigor de la nueva legislación representa, cuanto porque en 2015 ya estaban en vigor la actual Ley de Arbitraje, revisada en 2011 y la Ley 5/2022 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, ello sin olvidar que la Ley 30/1992 es derogada sin excepción alguna por la Ley 39/2015.

A lo único a que se ha limitado la nueva ley es a reproducir los arts. 107.2º y 109.1º.b) de la Ley 30/1992 en la redacción dada por la Ley 4/1999, modificando el número de los citados artículos que pasan a ser el 112.2º y 114.1º b) de la Ley 39/2015, sin que en la misma exista ya una Disposición Adicional 2ª como la de la Ley 4/1999, con lo que el plazo de 18 meses, transcurridos en todo caso hasta la saciedad, ya ni siquiera figura como recordatorio de un compromiso legal pendiente.

De momento pues, este precepto es letra muerta, sin perjuicio de su muy loable intención, y sin perjuicio también de que, pese a su redacción atrevida que encomienda los procedimientos alternativos a órganos o comisiones específicas no sometidos a instrucciones jerárquicas, el precepto hace intuir una nueva especie de arbitraje, alejado del comercial, del que no parece claro que se adopten sus principios básicos. Se trataría en todo caso de un procedimiento híbrido, intermedio respecto del arbitraje privado y más cercano a una fórmula administrativa de resolución de conflictos:

- híbrido, puesto que se incardina en un procedimiento administrativo que después continúa una vez resuelto el recurso a que se aplica;
- e intermedio en relación con las características esenciales del arbitraje privado, puesto que no parece que el mismo produzca una resolución a la que acompañe el efecto básico de la cosa juzgada.

Parece tratarse más que de un arbitraje, de una fórmula administrativa de resolución de conflictos, semejante a otras que históricamente han aparecido en el derecho español en determinados sectores de actividad fiscal o de otra naturaleza.

Por otro lado, la apelación del precepto a «*supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especialidad de la materia lo justifique*» hace pensar si no habrá optado el legislador por utilizar la producción normativa en relación con determinados sectores para ir implantando el «arbitraje» que preconizaba la Ley 30/1992 en su redacción dada por la Ley 4/1999, y ahora la 39/2015, en lugar de regularlo de modo general y aplicable a la práctica totalidad de su actividad relacional no vinculada a sus potestades.

Siguiendo al profesor Esplugues Mota (19), cabe citar en este sentido muchos ejemplos de regulación sectorial de determinadas fórmulas de «arbitraje»:

- El arbitraje establecido en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad;

- El fomento del arbitraje a que se refiere la D.A. 3ª de la LO/1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de asociación; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, cuyo art. 48 crea la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones;
- La Orden ITC 1542/2005, de 19 de mayo, relativa a la asignación de nombres de dominio, que diseña en su Disposición Adicional Única, un sistema de resolución extrajudicial de conflictos que los tribunales no han homologado a un arbitraje (20), dada su confusión entre el papel del juez que no se vincula por la decisión del denominado «proveedor de servicios de resolución extrajudicial» y las tareas del citado operador o tribunal.

Otros ejemplos de esta regulación sectorial, surgida en la época en que vio la luz la Ley 30/1992, son los siguientes:

- La vigente Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas previene el arbitraje en dos supuestos. El art. 28 que establece que los interesados pueden someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas con ocasión del procedimiento para el registro de una marca y la marca internacional (art. 80). Este arbitraje tendrá lugar después de la resolución de la OEPM por la que se conceda o deniegue el registro de marca y solo se articula entre particulares. Es claramente alternativo a la tutela administrativa y a la vía contenciosa.
- La ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (LDI), también permite el arbitraje en las cuestiones litigiosas surgidas con ocasión del procedimiento para el registro de un diseño industrial (art. 42) con las limitaciones que establece dicho artículo.
- La Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, que crea el Comisionado del Mercado de Tabacos, al que se encomiendan funciones de arbitraje entre operadores, «en cuanto no correspondan a otros órganos de la Administración» (art. 5.4.j).
- La ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, en cuya Disposición Adicional 11ª se creó la Comisión Nacional de la Energía, a la que se reconocen funciones arbitrales en relación con los conflictos surgidos entre operadores que realicen actividades en el sector eléctrico o en el de hidrocarburos.
- La Ley 21/1997, de 3 de julio, que regula las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, que establece la posible remisión de determinados conflictos al Tribunal de Defensa de la Competencia.
- La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que prevé en sus arts. 87 y 88 la remisión a conciliación y arbitraje, en este caso, con aplicación de la legislación del Estado sobre la materia.

5. Distinción dentro de la Administración de figuras afines

Las referencias recogidas en el apartado anterior llevan a resaltar cómo en la Administración española existe una cierta tradición de órganos de composición mixta, que constituyen más ejemplo de colaboración de los administrados en las tareas de la Administración que propiamente un

esfuerzo de sometimiento a una decisión externa a la de la propia Administración en cuanto a la validez de los actos y a los elementos de fondo de la *ratio* de sus decisiones .

Se trata de vincular a clases genéricas de ciudadanos (los representantes de determinadas asociaciones, los integrantes de ciertos gremios, los delegados de las cámaras de comercio, etc.) en los procedimientos administrativos de resolución de conflictos que afectan también de modo más directo a esas categorías de ciudadanos, o bien para cohonestar posturas frente a la tributación de determinados sectores.

Además de los ejemplos citados, Son los clásicos ejemplos de los jurados tributarios y de las antiguas Juntas de evaluación global, así como los Jurados de Expropiación Forzosa, el Tribunal de Censos, los tribunales en materia de arrendamientos rústicos y el Tribunal Arbitral de Seguros.

Estas instituciones no constituyen propiamente instancias arbitrales y están bastante alejadas no ya del procedimiento arbitral privado sino de la propia filosofía sobre la que descansa el Arbitraje. Como bien recuerda J.F. Merino Merchán (21) , en muchos de estos casos estamos a presencia no de un arbitraje en sentido técnico jurídico, sino «de un "seudoarbitraje", "paraarbitraje" o una simple "apariencia arbitral", [...] en donde la heterocomposición de intereses no sustituía finalmente al órgano judicial ni a la sentencia jurisdiccional, y, por tanto, se quebraba el efecto de cosa juzgada inherente a la institución».

En definitiva, si el procedimiento arbitral no es una manifestación de la libre voluntad de las partes que deciden resolver así sus diferencias, si la instancia arbitral no es imparcial e independiente, si el procedimiento no brinda igualdad de armas, audiencia y contradicción, y si el laudo que pone fin a la controversia no es firme y ejecutable directamente a salvo exclusivamente de una acción de anulación por motivos tasados, lo que así se articule en el seno de la Administración no es un verdadero arbitraje sino una fórmula específica de composición con una connotación de mal menor frente a los resultados posiblemente negativos de una prolongada litigación.

IV. RESUMEN: CLASIFICACIÓN DE LOS ÁMBITOS DE ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN FUNCIÓN DE SU POSIBLE SOMETIMIENTO A ARBITRAJE

J.F. Merino Merchán (22) y más tarde el Documento CEA citado (23) que reproduce la clasificación de este autor, establecen las siguientes cinco categorías de materias en función de su posible arbitrabilidad.

1. Cuestiones de absoluta inarbitrabilidad, por intervenir las Administraciones Públicas o ejercer éstas potestades públicas normativas, reguladoras, sancionadoras, de planeamiento urbanístico o de exacción. Se trata de potestades indeclinables e indisponibles.
2. Cuestiones cuya arbitrabilidad está sometida a Decreto del Consejo de Ministros y dictamen favorable del Consejo de Estado. Se admite el convenio arbitral y existen numerosos precedentes. El más importante se refiere al convenio arbitral entre el Estado español y la Fundación Thyssen-Bornemisza para la instalación en España de una parte importante de la

colección de arte de la Fundación. Es un supuesto de renuncia de la inmunidad de jurisdicción por parte del Estado español, si bien los autores citados critican en estos casos la necesidad del dictamen previo del Consejo de Estado y del Decreto de Consejo de Ministros, entendiendo que debería ser sustituido por una orden de autorización del Ministro competente por razón de la materia y por el control finalista de la misma por parte del tribunal arbitral, sometido, de acuerdo con la legislación española y los tratados internacionales, al control jurisdiccional.

3. Cuestiones sobre la actividad comercial internacional y de inversiones del Estado y de sus Agencias Públicas. Tanto el legislador nacional (art. 2.2º LA), como el internacional (Convenio de Nueva York de 1958, Tratado de Washington, 1965), admiten el convenio arbitral sin restricciones. Para Merino Merchán y los autores del Documento CEA este es un buen ejemplo de cómo la inmunidad de jurisdicción ha desaparecido en las relaciones internacionales en que sea parte un Estado y sus Agencias, y de cómo el mismo podría traerse a las relaciones entre las Administraciones y los particulares.
4. Cuestiones en las que intervienen Entes Públicos que no forman parte de las Administraciones Públicas. En estos supuestos, la arbitrabilidad está objetivamente admitida. No son Administración Pública y las discrepancias que pudieran mantener con terceros serían arbitrables.
5. Cuestiones en las que, interviniendo Administraciones Públicas, éstas no ejercen potestades públicas, sino actividades relacionales con los particulares, personas físicas o jurídicas. Este es el supuesto que verdaderamente abriría el Derecho administrativo al Arbitraje, y que se proyectaría sobre una serie de materias, que, a título puramente ilustrativo, serían las siguientes:
 - a) Controversias sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los acuerdos y contratos que celebren las Administraciones Públicas con los particulares. Claramente ha de ser arbitraje de derecho, pues las prerrogativas de la Administración se mantienen, debiendo reconocerlas el Árbitro y, en su caso, valorarlas.
 - b) Actos de gestión y ejecución urbanística. El convenio urbanístico como tal no sufriría restricción porque el arbitraje se proyectaría sobre todas las controversias derivadas, no del planeamiento como tal, sino sobre las controversias resultantes de la gestión y ejecución urbanística, tal como serían los convenios urbanísticos, la ejecución de ese planeamiento, y las pretensiones derivadas de los sistemas de compensación, reparcelación, cooperación y sociedades mixtas de gestión y ejecución urbanística.
 - c) Convenios expropiatorios.
 - d) Cuantificación económica de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
 - e) Fijación de los daños y perjuicios como consecuencia de una conducta infractora, puesto que, si la potestad sancionadora no es arbitrable, sí lo es la fijación de los daños cuando el infractor reconoce la infracción, tal como parece desprenderse de los arts. 8.1º y 22.2º del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

V. PROYECTO DE INICIATIVA LEGISLATIVA QUE CABRÍA ADOPTAR

Para concluir este limitado análisis de la presencia del Arbitraje en el sector público, obviando de otra parte la referencia a lo que sucede en otros países, donde hay ejemplos para cualquier postura pro-arbitraje o contra-arbitraje que se sostenga (24), me referiré a la interesante propuesta que formulan los autores del Documento CEA (25), que concluye apuntando el borrador de lo que constituiría una iniciativa legislativa, que no se reproduce íntegramente aquí por su extensión y que implicaría la modificación de la Ley de Arbitraje, y por vía de disposiciones finales de la misma, del art. 107.2º de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, RJAP-PAC (26), y del art. 77.1º Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

El Documento acertadamente sostiene que la iniciativa legislativa se orientaría a reconocer el Arbitraje en el seno de las Administraciones Públicas, se llevaría a cabo por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Justicia y tendría carácter estatal, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional (27), en plena coherencia con la Ley de Arbitraje, que es de aplicación supletoria a cualquier sistema de resolución de conflictos en España y consistiría en introducir un nuevo precepto, que podría ser el 2 *bis* o bien el 11 *quarter*. La iniciativa requeriría también la modificación de las leyes más arriba citadas.

En concreto, la Ley de Arbitraje incluiría un precepto (el 2 *bis* o bien el 11 *quarter*) que facultara a las Administraciones Públicas y a los organismos y empresas por ellas controladas para someter a arbitraje «las controversias que versen sobre intereses de naturaleza patrimonial y sobre aquellas que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, así como en todas las controversias de derecho privado». El arbitraje deberá ser de derecho y el sometimiento al mismo requerirá la previa autorización del ministro competente por razón de la materia.

La modificación del art. 107.2º Ley 30/1992 (28) consistiría en añadir *in fine* en el primer párrafo del precepto existente, tras «instrucciones jerárquicas», la frase «y ante las cortes de arbitraje y las corporaciones, asociaciones y entidades a que se refiere el art. 14.1 de la Ley de Arbitraje..». El resto del artículo permanece igual.

La modificación del art. 77.1º Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa consiste en la inclusión de la posibilidad de que, en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, una vez formulada demanda y contestación, pueda someter a transacción, mediación o arbitraje la controversia cuando el juicio «se promueva sobre materias de carácter patrimonial». A los representantes de las Administraciones Públicas demandadas se les requiere autorización oportuna para transar o arbitrar de acuerdo con las disposiciones aplicables y si las partes llegan a un acuerdo transaccional o se sometiesen a mediación o arbitraje, el Juez o Tribunal dictaría un auto declarando terminado el procedimiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE: «Hacia el reconocimiento del Arbitraje en el Derecho Público»,

trabajo realizado conjuntamente por J.F. Merino, J.C. Calvo, J. Remón, J. Serrada y Antonio Hierro, que actuó como presidente, Madrid, 2018

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 22ª ed., Thomson Reuters, 2011.

ESPUGLES MOTA, C., «Comentario al art. 1: "Ámbito de aplicación", *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (S. Barona Vilas, dirª.)», Civitas 2012, pp. 115 a 117.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª ed., t. I, Civitas Thomson Reuters, 2006.

HIERRO, A, MERINO MERCHÁN, J.F., CALVO CORBELLA, J.C., SERRADA HIERRO, J., «Hacia el reconocimiento del Arbitraje en el Derecho Público», 2018.

MERINO MERCHÁN, J.F., «Comentario del art. 2», *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (C. González Bueno, coord.), Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 53 ss.

Madrid, 30 junio 2020

(1)

Club Español del Arbitraje: «Hacia el reconocimiento del Arbitraje en el Derecho Público», trabajo realizado conjuntamente por J.F. Merino, J.C. Calvo, J. Remón, J. Serrada y A.o Hierro, que actuó como presidente, Madrid, 2018.

[Ver Texto](#)

(2) Ejemplos son las siguientes leyes: Ley de Expropiación Forzosa, de 16 diciembre 1954, Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 27 diciembre 1956, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 julio 1957, Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958, revisada por Ley de 2 diciembre 1963, Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 diciembre 1958, Ley de Bases de Funcionarios de 20 julio 1963 y Decreto de 7 de febrero de 1964, que publica el Texto Articulado de la misma, Ley de Patrimonio del Estado de 22 abril 1964, Ley General Tributaria de 28 diciembre 1963 y Ley Reguladora del Derecho de Petición de 22 diciembre 1960, entre otras disposiciones de carácter general, que modificadas o derogadas total o parcialmente años más tarde durante el período constitucional vigente, supusieron, no obstante, un gran impulso en el esfuerzo de institucionalización de la Administración del Estado y de su funcionamiento, dotando de legitimidad a sus relaciones con los particulares, a la vez que también representaron un nuevo y entonces moderno marco de interdicción de la arbitrariedad en la actuación administrativa, todo ello más destacable al haberse llevado a cabo en la etapa previa a la Constitución de 1978 y bajo un régimen autoritario.

[Ver Texto](#)

(3) El sometimiento de la Administración a la Ley es el denominado por la Doctrina «*positive Bindung*», es decir la vinculación positiva a la legislación que no deja espacios *extra-muros* para interpretaciones

«praeter legem» en los casos en que la ley no se pronuncia. La Administración sólo puede actuar cuando la Ley (el «Bloque Legislativo») se lo permite y sólo puede hacerlo en el sentido marcado por la norma.

[Ver Texto](#)

- (4) Los autores del trabajo realizado en el seno del CEA señalan acertadamente que dicha jurisdicción contencioso-administrativa «no es un fin en sí mismo, y sí lo es en cambio el principio de legalidad que se alza como condición o presupuesto de la existencia misma del Estado de derecho».

[Ver Texto](#)

- (5) Citado por L. Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 22ª edición, Thomson Reuters, 2011, p. 310.

[Ver Texto](#)

- (6) *Ibid.*

[Ver Texto](#)

- (7) E. García de Enterría y T.-R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª ed., t. I, Civitas Thomson Reuters, 2006, pp. 485 y 486.

[Ver Texto](#)

- (8) *Ibid.*, p. 486.

[Ver Texto](#)

- (9) *Ibid.*, p. 488.

[Ver Texto](#)

- (10) L. Cosculluela Montaner, *op. cit.*, p.323.

[Ver Texto](#)

- (11) STC 22/1984, citada por L. Cosculluela Montaner, *op. cit.*, p. 323.

[Ver Texto](#)

- (12) *Ibid.*, pp. 326 y 327.

[Ver Texto](#)

- (13) «Hacia el reconocimiento del Arbitraje ...», *loc. cit.*, pp. 6 y7.

[Ver Texto](#)

- (14) C. Espuges Mota, «Comentario al art. 1: «Ámbito de aplicación», *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (S. Barona Vilar, dir^a.)), Civitas 2012,», pp. 115 a 117.
- [Ver Texto](#)
- (15) *Ibíd.*, p . 117.
- [Ver Texto](#)
- (16) A veces las «fórmulas sencillas de arbitraje» pueden llegar a ser las más tóxicas. Mejor hubiera sido que el precepto se refiriera a «fórmulas de arbitraje usuales en estos contratos». La nueva redacción dada a esta D.A. 1^a,3. Por la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, prima la sumisión a los Tribunales españoles, y si ello no es posible señala que «se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje», sin otra calificación.
- [Ver Texto](#)
- (17) «Hacia el reconocimiento del Arbitraje ...», *loc. cit.*, p. 3
- [Ver Texto](#)
- (18) *Ibíd.*, p . 4
- [Ver Texto](#)
- (19) C. Esplugues Mota en *Comentarios a la Ley de Arbitraje, op. cit.*, pp. 118 a 121.
- [Ver Texto](#)
- (20) STS 4 junio 2010.
- [Ver Texto](#)
- (21) J.F. Merino Merchán, «Comentario del art. 2», *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (C. González Bueno, coord .), Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, p. 53.
- [Ver Texto](#)
- (22) *Ibíd.*, pp. 54 a 57.
- [Ver Texto](#)
- (23) «Hacia el reconocimiento del Arbitraje ...», *loc. cit.*, pp. 10 a 12, uno de cuyos redactores es el propio J.F. Merino Merchán.
- [Ver Texto](#)
- (24) Perú, Argentina y Paraguay como países que han integrado el arbitraje en su sistema de solución de conflictos que afecten a la Administración, Francia e Italia y España en menor grado, contrarios a

hacerlo.

[Ver Texto](#)

(25) «Hacia el reconocimiento del Arbitraje ...», *loc. cit.*, pp. 13 a 15.º

[Ver Texto](#)

(26)

Tras la aprobación de la Ley 39/2015 y la derogación de la Ley 30/1992, la referencia al art. 107.2º habría que entenderla hecha al art. 112.2º de la Ley 39/2025.

[Ver Texto](#)

(27) SSTC 15/89 de 26 de enero y 62/91 de 22 de marzo entre otras, que señalan que los procedimientos heterocompositivos son cuestión reservada al Estado en virtud del art. 149.1.6ª, 8ª y 18ª CE.

[Ver Texto](#)

(28) Hoy art. 112.2º Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común.

[Ver Texto](#)

El arbitraje como cuestión de Estado

Arbitration, affair of state

Investigación de las razones por las que el arbitraje, asunto de Estado, no constituye equivalente funcional frente a la jurisdicción. El Estado como organización del Poder en una comunidad política. Poder de creación y Poder de aplicación del Derecho. Jurisdicción como Poder de ejecución de las leyes mediante órganos permanentes, imparciales, sometidos al Derecho, cuya aplicación controlan realizando la Justicia. Justificación de la aplicación del Derecho por los árbitros. Las decisiones arbitrales no son revisables. Las actuaciones arbitrales no garantizan la eficacia de la Ley. Reconocimiento legal del arbitraje como manifestación de las Libertades de los particulares. La subordinación legal del arbitraje frente a la judicatura lo desnaturaliza como mecanismo de solución de conflictos. El control jurisdiccional del arbitraje y la supremacía del Derecho de la Unión Europea por los Tribunales de justicia de la UE acentúan las limitaciones del arbitraje. Raíz política última del problema. Tensión dialéctica entre la libertad de los particulares y el Poder público. Arbitraje como instrumento cualificado de medición de la Libertad en una comunidad política. La participación del Estado y de sus nacionales en la economía-mundo, el libre comercio y las inversiones internacionales requieren la utilización del arbitraje. Tratados bilaterales, multilaterales y arbitraje. Iniciativa de los organismos supranacionales de los que España forma parte. Necesidad de perfeccionar el régimen legal de la solución de conflictos entre arbitraje y jurisdicción. Reforma de la excepción declinatoria. Necesidad de extender la aplicación del arbitraje ampliando la materia arbitrable en el ámbito de las actuaciones de los poderes públicos. Aplicación a la contratación pública en general y en sectores especiales.

Estado, Jurisdicción, Arbitraje, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Aplicación judicial del Derecho, Justicia, Control de la aplicación arbitral del Derecho por los Tribunales, Libertades públicas, Autonomía de la voluntad, Equivalente jurisdiccional, Cosa juzgada, Supremacía del Derecho de la UE, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Comercio internacional, Inversiones extranjeras, Tratados bilaterales y multilaterales, Convención de Nueva York, Excepción declinatoria, Competencia del árbitro, Competencia de los Tribunales, Materia arbitrable, Derecho Privado, Derecho Público Contratación Pública, Sectores especiales.

Enquiry on the reasons why arbitration —an affair of State— does not equate functionally jurisdiction. State as a political body's Power organization. Legislative Power and Execution Power. Jurisdiction as the Power to execute the Law through permanent, impartial organs, abiding by the Law, whose execution control does justice. Justification of the application of Law by arbitrators, not being their awards submitted to the Judiciary and not securing performance of the Law. Legal recognition of arbitration as a Freedom of the individuals. Legal subordination of arbitration to jurisdiction denaturalizes arbitration as a vehicle to solve conflicts. Jurisdictional control of arbitration and supremacy of the European Union Law, guaranteed by the European Tribunal of Justice enhance encumbrances on arbitration. Political grounds of the issue. Dialectic tension between individual's Freedom and Public Power. Arbitration as a hyperqualified tool to measure freedom in the political community. State and nationals participation in the world economy, free commerce and international investments require submission to arbitration. Bilateral and multilateral treaties and arbitration. Supranational organisms» initiatives. Necessity to upgrade arbitration and jurisdiction conflicts» regulation. Declinatory plea reform. Arbitration extension increasing arbitrability in the Public issues. Arbitration on public contracts and regulated sectors.

State, Jurisdiction, Arbitration, Legislative power, Executive branch, Judicial application of the law. Justice, Control of the arbitration application of the Law by the Courts, Public liberties, Autonomy of the will. Jurisdictional equivalent, Supremacy of EU law, Court of Justice of the European Union, International trade, Foreign investment, Bilateral and multilateral treaties, New York Convention, Declinatory exception, Competence of the arbitrator, Jurisdiction of the Courts, Arbitrable matter, Private law. Public Law, Public procurement, Special sectors.



Juan Carlos Calvo Corbella

Asesor General para Asuntos Jurídicos de Urbaser, S.A. Abogado del Estado (exc.)

Árbitro y Vocal de la Comisión de Gobierno de Corte Civil y Mercantil de Arbitraje

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: DE LA JURISDICCIÓN AL ARBITRAJE

El marco en el que se sitúa nuestra intervención y la propuesta que como contenido de la misma realizamos —que el arbitraje es una «*cuestión de Estado*»— parte de la coexistencia, como instituciones que fluctúan recíprocamente entre la contraposición y la complementariedad (e incluso la sustitución), de la Jurisdicción —esto es, la solución de controversias mediante la actuación decisora de los órganos judiciales— y el arbitraje —supuesto en el que las controversias se dirimen mediante la intervención decisora de particulares—. Parafraseando la que en el ámbito del pensamiento filosófico se ha considerado la pregunta fundamental de la metafísica (1) y advertido el hecho de la desigual valoración de las actuaciones de los órganos judiciales y de los árbitros para la decisión de las controversias, cabría preguntarse ¿por qué son los jueces, con carácter general, quienes asumen el protagonismo en la solución de las controversias y no, más bien, los árbitros? Por extensión, ¿por qué incumbe preferentemente a la jurisdicción y no al arbitraje la decisión de las controversias de índole jurídica que pudieran suscitarse, al menos en cuanto respecta a los particulares? En particular, cabe inquirir qué razones —si fuera que existiere alguna— permitan explicar —cuando no justificar— la «*peor condición*» de los árbitros respecto de los jueces y la aparente menor confianza en las decisiones de los primeros respecto de las sentencias pronunciadas por los segundos.

1. La más inmediata aproximación a la respuesta de nuestras interrogaciones nos muestra, con evidencia, que la Jurisdicción y del arbitraje nacen en el ámbito de la realidad del Estado; y que en la estructura de éste sólo hallan reconocimiento, como manifestaciones del Poder cuya organización constituye la propia esencia y el fundamento máximo del Estado, los órganos judiciales. La diferencia resulta sustancial: Jueces y Tribunales ostentan Jurisdicción. Son un poder del Estado.
2. En la Constitución de 1978, dentro del Título relativo al Poder Judicial, se dice que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan» (2).
3. La existencia del Poder es inherente a la existencia misma del Estado. Puede afirmarse que el Poder antecede a la idea misma del Estado. De éste puede decirse que no es otra cosa sino un modo

de organización y ejercicio del Poder en un ámbito territorial de actuación determinado y respecto de quiénes, en la condición de súbditos, ciudadanos o nacionales, se hallan sometidos a las decisiones del Poder, independientemente de que se asuma o no la ficción de que ellos mismos constituyan el origen de dicho Poder.

4. Los Poderes del Estado constituyen monopolios excluyentes de la intervención de quienesquiera no se hallen investidos de la condición de órganos estatales o pertenecientes a la estructura pública del Poder. Entre los poderes monopolizados por el Estado se encuentran la creación y la aplicación del Derecho.

5. En el Estado patrimonial, ambos ámbitos funcionales constituyeron objeto de concentración monocrática. El Poder de dictar el Derecho («*ius dicere*») y el Poder de aplicarlo pertenecían a un titular único. Sin perjuicio de ello, la aplicación del Derecho podía ser objeto de delegación (3).

6. En el Estado constitucional, rige el principio de división y de separación del poder. El significado y extensión de ambos conceptos —división y separación— no resulta unívoco. En su mutua e inescindible relación se halla ínsita la contradicción permanente entre el unitarismo inherente a la idea misma de poder y la aspiración a su recto ejercicio mediante mecanismos —muchas veces ficticias— que presuponen el ejercicio separado de ámbitos de poder en los que el mismo se hubiera dividido funcionalmente.

7. Característicamente, la creación del Derecho incumbiría al Poder legislativo; mientras que la aplicación del Derecho correspondería al Poder ejecutivo (4). El alcance de la potestad de ejecución puede incluir, comprensivamente, tanto el denominado propiamente Poder «Ejecutivo» (en cuanto que ejecuta las disposiciones del legislativo, a través del denominado poder reglamentario); como el «Judicial», que hace ejecutar, en caso de controversia, tanto las disposiciones reglamentarias conforme a las leyes, y los actos de los poderes públicos conformes a las mismas, como las disposiciones propiamente legislativas (5).

8. El alcance de facultades inherentes a la función judicial puedan oscilar entre el extremo expansivo de la jurisdicción creadora de Derecho —cual de si una fuente consuetudinaria se tratara—, mediante la jurisprudencia; y el extremo limitativo defendido por Montesquieu, para quien la sentencia no habría de ser sino «*qu'un texte précis de la loi*».

9. Por sus características, la Jurisdicción es, en sí, un poder único, separado de los restantes poderes del Estado para asegurar que la Ley se cumpla y aplique por todos. Si no existe Ley común aplicable, carece manifiestamente de sentido la instauración de un sistema de poder que verifique el cumplimiento de aquélla. El problema nace inmediatamente a la creación de la estructura del Poder judicial, en cuanto que existe la posibilidad de que la actuación del órgano encargado de aplicar las leyes no conduzca, efectivamente, a la declaración de su contenido propio:

10. La Jurisdicción es un poder permanente y especializado, por razón de la función que a través de la misma se actúa dentro del sistema de la organización de poder del Estado.

11. Es un poder independiente, garantizándose esta cualidad a través de un riguroso sistema de incompatibilidades.
12. Es un poder cuyos órganos actúan imparcialmente, asegurándose la imparcialidad mediante un catálogo exhaustivo de causas de recusación.
13. Es un poder que en su actuación se encuentra sometido exclusivamente al imperio de las leyes cuya aplicación le compete.
14. Es un poder que, al aplicar las leyes, realiza el valor supremo de la Justicia, entendida ésta como la expresión del Derecho del Estado.
15. Si, por otro lado, procedemos a la caracterización, en términos comparativos respecto de las notas distintivas enunciadas precedentemente respecto de los órganos judiciales, de los Tribunales arbitrales, no nos resultará difícil predicar de los mismos —coincidentemente con los anteriores— el carácter de ser independientes e imparciales.

Sin embargo, no poseen el carácter de ser órganos permanentes, ya que se constituyen para la decisión de un caso concreto que, una vez resuelto y dado con ello cumplimiento al mandato de las partes, provoca el decaimiento de las potestades arbitrales.

16. Como consecuencia de su falta de permanencia y de su vinculación al caso concreto, no resulta reconocida la eficacia de las decisiones arbitrales para dirimir asuntos diferentes a los sometidos singularizadamente a la competencia de los tribunales que hubieren pronunciado tales decisiones; sin perjuicio de la toma en consideración de los principios, criterios y razonamientos utilizados por los árbitros para fundamentar sus decisiones, en la medida en que posean carácter general, en la solución de controversias distintas a las que, en base a tales principios, hubieran sido previamente resueltas.

En definitiva, al resultar aplicables las decisiones arbitrales exclusivamente al caso que se resuelve, no resulta posible atribuir a los laudos carácter de precedentes vinculantes («*stare decisis*»).

17. El mandato al que se someten los árbitros y al que deben dar cumplimiento es el que les ha sido conferido por las partes sometidas a arbitraje. No se trata pues, de preservar y velar por la aplicación de las leyes, sino de procurar la respuesta que, en los términos determinados por las partes, se haya acordado, convencionalmente, proceda dar al caso concreto; sin que pueda atribuirse a los árbitros función nomotética ni nomofiláctica alguna; ni por supuesto, salvaguardar la eficacia del principio moral de justicia en las relaciones y disputas que separen a las partes contendientes en el procedimiento arbitral.

18. En vista de los resultados que arroja la investigación desarrollada para dar contestación a las preguntas que nos propusimos inicialmente, mediante las que procurábamos dar cuenta y razón de los motivos por los que el arbitraje no iguala a la Jurisdicción como remedio al conflicto social en asuntos regulados por el Derecho, antes que alcanzar inmediatamente la respuesta, deberíamos replantear el problema y formularnos cuestión inicial en una dirección aparentemente contraria a la

de las cuestiones iniciales:

¿Qué razones pueden justificar y permiten que resulte posible, que en un sistema social en el que corresponde al Poder proporcionar la garantía de la aplicación efectiva del Derecho elaborado por otro de los poderes integrantes de la organización de dicho Poder—Derecho que, por tal razón, se considera legítimo; y justa la actuación aplicativa y preservadora de los órganos a los que se les hubiere encomendado la función de salvaguardar la eficacia de tal derecho—, pueda admitirse la aplicación del Derecho por quienes, no se hallan integrados en, ni pertenecen a las estructuras del poder público; ni garantizan la aplicación efectiva de las leyes; ni, en todo caso, la del principio de justicia que debe regir la comunidad política y la ordenación de las relaciones sociales?

La respuesta tiene únicamente por causa el hecho de que es el Poder creador del Derecho (6) el que reconoce la facultad de solución de controversias entre los particulares a través de mecanismos que no implican la intervención de los poderes públicos. De la misma manera que el Poder reconoce las Libertades de los particulares, y entre éstas, la de dirimir los conflictos que les conciernan mediante la intervención de agentes independientes, designados voluntariamente *ad hoc*, no integrados en estructuras de poder público.

El reconocimiento por el Poder Legislativo del derecho de los particulares a la utilización del arbitraje no ha dejado de adolecer de los defectos inherentes a la caracterización de la función arbitral

19. Ahora bien, el reconocimiento por el Poder Legislativo del derecho de los particulares a la utilización del arbitraje como instrumento para dirimir los conflictos que les afecten, en cuanto que manifestación de las libertades esenciales cuya subsistencia justifica la existencia misma del Estado (7), no ha dejado de adolecer de los defectos inherentes a la caracterización de la función arbitral como de una actuación cuasi-jurisdiccional; sujeta al riesgo de convertirse en mera realidad epifenoménica, manifestación degradada e imperfecta de la judicatura, que constituiría la Realidad y la Esencia misma de la Justicia y de la que el arbitraje apenas resultaría ser pálido reflejo.

20. La regulación positiva en el ordenamiento jurídico español del arbitraje, que, aparte los preceptos contenidos en el Código Civil de 1889 (8), tiene por antecedente, la Ley de Arbitrajes de Derecho privado, de 22 diciembre 1953, contemplaba que los laudos arbitrales pudieran ser objeto de recurso de casación —tanto por infracción de ley, como por quebrantamiento de forma— ante el Tribunal Supremo, como si de sentencias se tratara; estableciendo un recurso de nulidad ante el mismo Tribunal Supremo frente al «*fallo*» que hubieran dictado los árbitros en equidad.

21. La vigente legislación arbitral (9) atribuye a los laudos los efectos de «*cosa juzgada*»; término característicamente jurisdiccional cuya utilización resulta reveladora del hecho de que la decisión arbitral pudiera no poseer, por sí misma, los efectos vinculantes, susceptibles de coerción, que únicamente se le reconocerían a las sentencias judiciales; de donde la necesidad de la impostación

del laudo, como si sólo por semejanza y asociación a la naturaleza propia de las sentencias pudiera alcanzar eficacia obligatoria para las partes no susceptible de revisión ulterior.

22. No solamente debe recusarse la falta definitiva de atribución de significado autónomo propio a la decisión arbitral, —de modo que no resulte la extensión de la efectividad reconocida a las decisiones judiciales, por remisión a éstas—, sino el tratamiento no equipotenciado que el legislador realiza de la institución arbitral respecto del régimen de los órganos judiciales. Puede hacerse mención de las siguientes manifestaciones de semejante desigualdad:

- a) El Legislativo regula el arbitraje como si de una figura potencialmente perturbadora del sistema se tratara, al prevenir la procedencia de su expurgación con fundamento en el concepto indeterminado del «orden público». Esta cláusula de reserva se articula como un medio de defensa frente a la agresión que respecto del ordenamiento pudiera suponer la incorporación eficaz al mismo de decisiones de aplicación del Derecho cualificadas por su origen extraño a la estructura del poder de ejecución de las normas constitucionalmente definido.

Añádase el carácter inherentemente evolutivo y dinámico del orden público; de lo que resulta la potencial contradicción y quiebra de la seguridad jurídica, al no resultar posible, por ejemplo, el que pueda interpretarse unívocamente la extensión del concepto en el uso que del mismo se realiza en el art. 1255 del Código Civil, aprobado en 1889, y en su aplicación en el momento actual.

La limitación de la eficacia del laudo por razones de orden público puede hallar explicación en la circunstancia de que, al no ser susceptible de control respecto del ordenamiento jurídico, dada la limitación del alcance de su revisión jurisdiccional, deba, al menos, introducirse un mecanismo que asegure que la eventual contradicción con el ordenamiento del laudo no afecte a los principios básicos del sistema legal (10) .

- b) El Poder relativiza la prevalencia del ejercicio útil del arbitraje, tal y como cabe inferir en vista del régimen normativo de la excepción declinatoria, en el caso de iniciación de procedimiento jurisdiccionales respecto de materias en las que existiere o se considerara la existencia de una cláusula arbitral (Apartado III).
- c) El Poder restringe el campo de aplicación del arbitraje, definiendo limitadamente el alcance de las materias arbitrables, como más adelante desarrollaremos en particular (Apartado IV).
- d) El Poder desarrolla alternativas a la jurisdicción concurrentes con el arbitraje, siquiera sea en cumplimiento de regulaciones comunitarias (como acontece en el caso de la mediación) (11) , sustrayendo al arbitraje, potencialmente, ámbitos que, sin hallarse reservados de manera estricta, por su cualificación, pueden determinar su preferencia; o provocando el riesgo de interferencia o colisión (como en el caso de reconocimiento de potestades arbitrales a organismos públicos de regulación sectorial) (12) .

23. El reconocimiento por el Poder Legislativo del arbitraje constituye el fundamento de posibilidad para el ejercicio y actuación legítimos de la institución arbitral (ya que la voluntad particular no

puede, por sí misma, fundar la institución), sin embargo de las limitaciones severas que impone al uso del arbitraje.

No son sólo las limitaciones legales las que constriñen el arbitraje. La determinación de las leyes por las que se establece la necesidad de sometimiento del laudo a control jurisdiccional provoca que la intervención del Poder Judicial, en el ejercicio de su potestad revisora —aun limitadamente, en principio a los motivos tasados a tal fin— de la legalidad de las decisiones arbitrales, propicie la desnaturalización progresiva y paulatina del acontecimiento de libertad que representa el consentimiento de las partes a la intervención decisora de los árbitros en las controversias atinentes a las materias de su libre disposición.

- a) El conocimiento por los Tribunales de Justicia del arbitraje y la tarea integradora de la institución y del concepto del arbitraje en la perspectiva de aplicación ordinamental incumbente a los mismos, cursó inicialmente a través de su caracterización como un «*equivalente jurisdiccional*».

El modo cómo la jurisdicción pudo «comprender e integrar» las criaturas heteróclitas que constituían los laudos y decisiones arbitrales consistió en considerar que unos y otras no dejaban, en definitiva, de resultar «*equivalentes*» a las propias decisiones jurisdiccionales.

La controversia sobre la naturaleza del arbitraje, conforme a la caracterización anterior, se ha mantenido a través de numerosas decisiones del Tribunal Constitucional (13). Esta perspectiva se revela ahora en toda su potencial lesividad (14).

- b) Consecuencia directa e inmediata de la aproximación judicial a los laudos arbitrales, como si estos se trataran de manifestaciones «*equivalentes*» a la jurisdicción, es el desbordamiento de los límites imprecisos de control jurisdiccional de los laudos establecidos por el legislador, hasta llegar a dar a los laudos el tratamiento propio de las sentencias, jurisdiccionalizando los laudos y sometiéndolos al control estricto de los requisitos de validez que el art. 24 de la Constitución impone únicamente a las sentencias.

Es precisamente esta «caída desde el paraíso» definido por el legislador para el arbitraje, en el ámbito propio definido por la libertad de la voluntad; como consecuencia de «haber comido del fruto» de la *cosa juzgada* y del *tratamiento cuasi-jurisdiccional* del laudo, el que ha arrojado a las decisiones arbitrales «al infierno de la jurisdicción» definido por el art. 24 CE.

24. No es solamente la intervención de los tribunales de justicia nacionales la fuente de la modulación intensificadora de los condicionamientos para la eficacia y la aplicación de la institución arbitral. La existencia misma de los poderes supranacionales a los que la voluntad del Estado ha atribuido potestad de ordenación legal, superior a la del propio ordenamiento nacional; y la atribución a los tribunales propios de las instituciones supranacionales, encargados de velar por la aplicación de tal orden superior, son factores limitativos de la plenitud de efectos de la voluntad de los particulares para ordenar libremente sus mutuas relaciones y, por ello, del arbitraje mismo. Así sucede, en particular, respecto de las instituciones de la Unión Europea y de los Tribunales de justicia que forman parte de su estructura institucional (15).

25. En último término, la intensificación del proceso de aparente desnaturalización del arbitraje resulta de las más recientes actuaciones llevada a término por la propia Unión Europea al incorporar mecanismos arbitrales en tratados bilaterales concertados entre la misma y países no miembros (como en el caso de Canadá), consistentes en tribunales permanentes, cuyos componentes designan los Estados y no las partes en el conflicto; y cuyas decisiones son susceptibles de revisión por vía de apelación, aun con motivos tasados de impugnación.

26. Una vez realizada la revisión panorámica precedente, podemos intentar ofrecer una respuesta a la cuestión inicialmente planteada y que, en el curso de la investigación conducente a su elucidación hubimos de replantearnos; resultando que, en un sistema político cerrado en el que el monopolio de la creación del Derecho corresponde a los poderes públicos y en el que la garantía de su aplicación constituye, igualmente, un deber de los poderes públicos, la aplicación privada del Derecho, mediante la participación de órganos que no se hallan integrados en la estructura de Poder Público para la ejecución del Derecho, pone de manifiesto una diferenciación ontológica que expone y presenta un estadio avanzado en la pugna por la Libertad, la autonomía de la voluntad y la Dignidad de la Persona frente al Poder. Conflicto entre el Poder y el individuo, entre Leviatán y la persona libre.

27. Por esta razón, una Constitución liberal, como pretendió serlo la aprobada en Cádiz en 1812, pudo reconocer el arbitraje, como libertad de los españoles (16) ; mientras que una Constitución como la de 1978 —a la que por este hecho no puede calificarse, propiamente, de liberal—, no incluye al arbitraje (por ser una excepción peligrosa para la integridad del Poder) entre los mecanismos solutorios de conflictos que constituyen un derecho de libre ejercicio por los ciudadanos.

28. Sin alcanzar los extremos reduccionistas de la presencia del Estado que puedan defender autores como Nozick (17) , el camino sartreano de la libertad exige el progreso en la desjurisdiccionalización y el avance real y efectivo en la senda de la voluntad autodeterminada (18) .

II. EL ARBITRAJE, CUESTIÓN DE ESTADO

29. De cuanto antecede se desprende que, efectivamente, el arbitraje es una cuestión de Estado; pero, más precisamente, es función de la forma que específicamente hubiera adoptado el Estado, en cuanto nos hemos referido a la característica esencial definitoria de su configuración como organización mediante la que el Poder soberano establece las bases materiales para el ejercicio de la función superior de creación del Derecho y de la función de ejecución y aplicación del mismo, como modo tentativo de realización de la Justicia (19) .

De la investigación emprendida resulta como corolario conclusión —paradójica— que, con caracteres de apotegma, podemos concretar en los términos siguientes: «*a menos Estado-Poder, más Libertad y más Arbitraje*».

30. No es solamente la forma en la que haya cristalizado la organización del poder en una comunidad determinada —no obstante resultar factor determinante— la causa que puede explicar la fortuna y la condición del arbitraje como contrapartida y contrapunto a la jurisdicción. Concurren

razones de índole diferente, no ya políticas, sino económicas, que permiten reforzar la proclamación del arbitraje como asunto y cuestión preferentes para el Estado.

Con caracteres de apotegma, podemos concretar que «a menos Estado-Poder, más Libertad y más Arbitraje»

Cualquiera que sea el grado en el que nos situemos, dentro del continuum definido por los extremos integrantes del dilema disyuntivo en el que hemos cifrado la conclusión de nuestra exposición preliminar, y por las razones que seguidamente se avanzan, incumbe al Estado (aunque para ello deba someterse a un proceso de transformación de su organización de poder, impulsar:

- a) La defensa del arbitraje (mediante una regulación más adecuada de la declinatoria);
- b) La expansión del arbitraje (ampliando el reconocimiento de la arbitrabilidad sobre materias hoy vedadas al arbitraje);
- c) La normalización del arbitraje (mediante su definitiva emancipación de la jurisdicción).

31. El arbitraje es una cuestión de Estado porque constituye un instrumento esencial, no sólo para la progresión en el desarrollo de la libertad individual, sino en el desarrollo del comercio y de la inversión internacional. El inversor internacional percibe con exactitud que el modelo de Estado — Poder que establece sus leyes propias y asegura su cumplimiento mediante sus propios tribunales, por quienes se define el ámbito de aplicación del orden público—, no satisface el principio de igualdad de partes en un conflicto dado ni garantiza la efectividad plena del principio de libre comercio. En evitación de las consecuencias perjudiciales que para el mantenimiento del intercambio de bienes y servicios de tráfico internacional pudiera resultar de un sistema de justicia asimétrica, la conveniencia de restaurar principios y prácticas jurídicas comunes a los diferentes pueblos análogamente a las soluciones ofrecidas por el Derecho Romano mediante la creación del *ius gentium*, aparte las medidas instrumentadas por el Estado para la corrección de las consecuencias no queridas de la diversidad de ordenamientos jurídicos inherente a la coexistencia de los diferentes poderes legislativos propios de los distintos Estados miembros de la comunidad internacional.

32. El Estado español, en los contratos formalizados y ejecutados fuera del ámbito de su jurisdicción, dispone, normativamente, un régimen diferenciado, en cuanto a su formalización; exigencia de garantías; pago del precio y preservación de los intereses de la Administración para el caso de incumplimiento (20).

Si la contraparte resultare ser una empresa española, preceptivamente se determina que «se incluirán cláusulas de sumisión a los tribunales españoles». Sin embargo, en los contratos con empresas extranjeras (21) la sumisión a los tribunales españoles ya no es preceptiva sino meramente desiderativa, ya que simplemente «se procurará» la incorporación de las cláusulas de sumisión a la

propia jurisdicción.

Para evitar la propia sumisión del Estado —o de los entes públicos— a la jurisdicción extranjera, el legislador aun determina que «se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje», admitiendo incluso la transacción (requiriendo autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales, en su caso).

No alcanzamos a vislumbrar qué razón pueda justificar que los contratos que se celebren con empresas españolas y que deban ejecutarse en el extranjero no puedan, más adecuadamente, incluir cláusulas de sumisión al arbitraje, ante la dificultad de la tramitación de procesos en España respecto de prestaciones relativas a bienes o a servicios respecto de los que la actividad probatoria adolecería razonadamente de la falta de la necesaria intermediación.

33. España es país receptor de inversiones extranjeras, cuya protección y amparo se halla en tratados bilaterales y multilaterales en los que se prevén mecanismos de solución de conflictos mediante sometimiento a arbitraje, como modo de eludir la inquietante presunción de sesgo *pro domo sua* de la actuación de los propios poderes de control engendrados por el Estado receptor.

El sometimiento del Estado a arbitraje en este supuesto produce una no deseada diferencia de trato frente a los nacionales; que no encuentra justificación en la carga inherente a la sujeción a la soberanía del propio Estado y que no se compadece con la desterritorialización de los agentes económicos en el marco del libre comercio internacional; máxime cuando los sectores en los que se desarrolla la actividad de nacionales extranjeros sea el mismo (22).

34. España es parte firmante de tratados bilaterales concertados *ad hoc* para la ejecución de obras internacionales que por sus características propias ameriten el recurso a soluciones arbitrales en caso de controversia, como modo de preservar la igualdad de trato y la soberanía de las partes estatales involucradas (23).

35. La proyección estatal en la senda del arbitraje se intensifica y acentúa por el hecho mismo de la condición incumbente a España como miembro de la Unión Europea; en cuanto que ésta prevé, asimismo, la utilización del arbitraje como herramienta de solución de conflictos en los tratados bilaterales celebrados con terceros Estados (24).

36. La aplicación directa de tratados internacionales multilaterales, orientados específicamente al impulso y defensa del arbitraje, como la convención de Nueva York de 1958, sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, pone de manifiesto la vinculación y protagonismo del Estado en materia arbitral y su voluntad de contribuir eficazmente a su aplicación.

37. El arbitraje es, pues cuestión de Estado y resulta indispensable para la proyección internacional del Estado, tanto como de las empresas nacionales; las que únicamente pueden eludir los obstáculos que recíprocamente afectan a las empresas extranjeras que pretenden invertir y actuar en el territorio de soberanía mediante idéntica remisión de sus conflictos, en los territorios foráneos donde realicen su actividad, a la institución del arbitraje, que el Estado español permite utilicen

aquéllas cuando actúan en el ámbito sometido a su soberanía.

La falta de reconocimiento constitucional del arbitraje, abandonando la tradición constitucional española re-inaugurada en el siglo XIX (25), no ha sido obstáculo impeditivo para que la legislación ordinaria no haya dejado de reconocer la posibilidad del que el Estado recurra al arbitraje para la solución de controversias.

Al respecto, las diferencias que afecten a los derechos económicos de la Hacienda Pública, conforme a la regulación contenida en la Ley General Presupuestaria de 2003 —pero ya anteriormente en sus precedentes de 1977 y 1911—, si bien con sometimiento a los requisitos reforzados que resultan de la exigencia de Decreto del Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno, constituye un punto de partida (y a la vez de reanudación) de la fructífera vinculación del Estado con el arbitraje, cuya última manifestación la constituye la vigente Ley de Arbitraje de 2003, reformada en 2011.

III. LA RELATIVIDAD DE LA DEFENSA DEL ARBITRAJE FRENTE A LA JURISDICCIÓN A TRAVÉS DE LA REGULACIÓN DE LA DECLINATORIA POR SUMISIÓN A ARBITRAJE

38. No obstante hallarnos ante cuestión de Estado, la protección, defensa e impulsión del arbitraje, como opción elegible, sin restricciones, por las partes en un conflicto, adolece de la desmejora o desmedro derivado del modo cómo la legislación resuelve el conflicto planteado en el proceso ante la situación de concurrencia, sobre un mismo asunto o materia, de arbitraje y jurisdicción; modo que se traduce, prácticamente, en el régimen legal de la declinatoria.

39. La regla básica sobre concurrencia de arbitraje y jurisdicción se contiene en el art. 11 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (en adelante LA), conforme a la cual el Convenio arbitral «impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje»; regla reforzada por lo dispuesto en el art. 7 de la misma, donde se deja constancia de que «en los asuntos que se rigen por esta Ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga».

40. Sin embargo, el art. 37 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) no prescribe a los Tribunales de Justicia la abstención cuando el asunto que se someta a su conocimiento correspondiere a arbitraje; a diferencia de lo que se determina cuando se hallare atribuido a la jurisdicción militar, a la Administración Pública, al Tribunal de Cuentas o a los tribunales de órdenes jurisdiccionales diferentes que el orden civil.

La regla mencionada muestra el tratamiento desigual que el legislador concede al arbitraje.

41. En coherencia con dicho límite a la abstención, el art. 39 LEC atribuye, de manera expresa, a la parte demandada en el proceso iniciado ante el orden jurisdiccional civil, la facultad (que no la obligación, tratándose en verdad de una carga procesal) de denunciar la falta de jurisdicción, mediante la declinatoria.

Idéntica regla se establece en el último inciso del art. 11 LA, al requerirse que la parte a quien

interese la efectividad del Convenio arbitral lo invoque mediante declinatoria; permitiéndose, no obstante, la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales (art. 11.2º LA).

42. No plantear la declinatoria equivale a la sumisión tácita, que regula el art. 56 LEC. Incluso, conforme al mismo, el hecho de realizar cualquier gestión en el proceso que no fuere la de proponer en forma la declinatoria puede dar lugar a considerar a la parte concernida, sometida tácitamente a la jurisdicción.

43. Sin perjuicio de lo que resulta de la observación precedente, el plazo dentro del cual habrá de proponerse la declinatoria es el de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, de acuerdo con lo previsto en el art. 64.1º LEC, aplicable en defecto de plazo específico a tal fin en el art. 11 LA.

44. Manifestación del diferente tratamiento del arbitraje se evidencia en la regulación de órdenes jurisdiccionales diferentes al civil. En el proceso contencioso-administrativo, la falta de jurisdicción, como motivo de inadmisibilidad del recurso, puede oponerse, anticipadamente, como alegación previa (art. 58 LJCA); pero, tanto si ha resultado propuesta la falta de jurisdicción como alegación previa —y, en este caso, aun habiendo sido rechazada—, como si no lo ha sido, la falta de jurisdicción puede volver a introducirse como alegación defensiva en el escrito de contestación.

45. En el propio ámbito del arbitraje, las excepciones a la existencia o a la validez del convenio arbitral pueden oponerse en el momento de presentar la contestación; incluso con posterioridad si la demora resulta justificada al juicio de los árbitros. De esta manera, la posibilidad de que el asunto sea remitido a la jurisdicción resulta más elevada, en razón al plazo más dilatado dentro del cual pueden plantearse las objeciones al arbitraje.

46. En el ámbito internacional, el régimen de la declinatoria resulta más ventajoso para la efectividad del arbitraje que el contemplado en la legislación procesal estatal.

47. El art. II.3º del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 10 junio 1958) se limita a decir que el Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo de arbitraje «remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable», sin establecer plazos limitativos para la devolución del asunto al arbitraje.

48. El art. VI del Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 21 de abril de 1961), impone a la parte demandada ante los Tribunales Estatales que pretenda invocar el compromiso arbitral la carga de plantear la correspondiente excepción «antes o en el mismo momento de presentar sus pretensiones o alegaciones en cuanto al fondo según que la Ley del país del Tribunal considere tal excepción o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo».

Resulta de la expresada regla —dado el carácter procesal de la cuestión conforme al Derecho

español— que la declinatoria, conforme al Convenio, habría de presentarse anteriormente a la contestación. Pero no se restringe el plazo dentro del cual hubiere de plantearse en los términos estrictos que define el art. 64 LEC.

49. El régimen más favorable resulta de la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre arbitraje internacional comercial, de fecha 21 junio 1985, cuyo art. 8 prevé que los Tribunales remitirán a las partes al arbitraje, si lo solicitare cualquiera de ellas, «a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio»; reproduciendo la restricción del Convenio de Nueva York, excluyente de la revisión cuando se comprobare que el acuerdo arbitral resultare ser nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

50. En último término, tal y como se desprende del régimen de la declinatoria, nacional e internacional, expuesto, la competencia del árbitro para determinar si procede que el mismo debe conocer o no del asunto resulta interferida drásticamente por la competencia de los tribunales — como presupuesto para sostener o rendir su jurisdicción—, para enjuiciar si el Convenio arbitral — fundamento de la competencia de los árbitros— resulta válido o ejecutable.

IV. LA RELATIVIDAD DE LA EXTENSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE POR RAZÓN DEL RÉGIMEN DE ARBITRABILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS

51. Una mayor limitación a la libertad de las partes para el sometimiento de sus conflictos a arbitraje resulta de los límites legales establecidos en la determinación de las materias arbitrales. En este ámbito, en principio, la limitación resulta de los términos en que se define el objeto legítimamente posible del arbitraje en el art. 2 de la Ley 60/2003, conforme al cual «son susceptibles de arbitraje las materias de libre disposición conforme a derecho».

52. Conforme a la letra del precepto, de una regla tan racional y sensata, resulta en apariencia definida con amplitud la materia arbitral, en cuanto que, *a contrario*, únicamente respecto de aquéllas materias no susceptibles de libre disposición no procedería la utilización del arbitraje; siéndolo estas últimas circunscritas en su ámbito, fundamentalmente en determinados aspectos del Derecho de Familia; o, en relaciones jurídico-públicas, cuando impliquen el ejercicio de potestades legalmente definidas y justificadas por su finalidad de satisfacer el interés general mandatoriamente.

53. Sin embargo, la conclusión provisional precedente resulta contradicha en el propio texto de la Ley de Arbitraje, en el ámbito mismo de las materias de Derecho privado.

Así, el art. 10 LA, que contempla el arbitraje testamentario en particular (26), admite la validez el arbitraje para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

Es cierto que la singularidad de la norma no resulta tanto de la específica definición de la materia, sino de la peculiaridad de que este arbitraje testamentario no resultará de un convenio entre las partes afectadas por el conflicto, sino que nacerá de la voluntad unilateral del testador. Sin embargo,

la aceptación de la herencia por los afectados determinará, asimismo, la aceptación de la voluntad predeterminada por el testador que, de esta manera, se habrá convertido en la suya propia. Por supuesto, la falta de aceptación hará irrelevante la cláusula testamentaria que remitiera a arbitraje la partición de bienes u otras incidencias relacionadas con la ejecución del testamento.

Contrariamente, en la sucesión *ab intestato*, y conforme a la observación precedente, la mención inclusiva del arbitraje testamentario obliga a una manifestación de voluntad de los herederos que excluya el acto de jurisdicción voluntaria y la ulterior vía contenciosa para la adjudicación y reparto de bienes.

54. Constituye, asimismo, limitación al arbitraje (27), el supuesto del arbitraje estatutario, ya que el tenor literal de art. 11 bis —introducido en la reforma de 20 mayo 201— lo limita a las sociedades de capital, por lo que pudiera entenderse que se excluye a las sociedades personalistas.

Cierto que pudiera objetarse que, de nuevo, la peculiaridad radica en que en el arbitraje de las sociedades de capital el adquirente de acciones o participaciones sociales quedaría sometido, obligatoriamente, a un arbitraje que no habría consentido al tiempo de elaborarse los estatutos que lo incluyeran y que en las sociedades personalistas, el contrato de sociedad que incluyera el arbitraje obligaría por eficacia directa del mismo a las partes constituyentes de las sociedades.

55. En consecuencia de las consideraciones precedentes, podemos concluir que, en verdad, las previsiones legales, en materia de Derecho Privado, relativas al arbitraje testamentario y estatutario, no resultarían ser restrictivas del arbitraje, como en apariencia pudiera resultar, sino solutorias del problema inherente a la inexistencia inmediata de acuerdo de voluntades constituyente del arbitraje.

56. En el ámbito del Derecho Público, se hace patente la irrenunciabilidad a la prerrogativa (28) inherente a la soberanía; sin perjuicio de la prohibición de la invocación de prerrogativas en favor de los entes públicos que, respecto del arbitraje internacional y para la efectividad de éste, establece el art. 2.2º LA.

La lucha por la extensión del arbitraje al ámbito público nunca ha dejado de mantenerse activamente, si bien con resultados, hasta el momento, insuficientemente satisfactorios

57. En materia de Derecho Público, rige, como principio general, el que se contiene actualmente en la Ley General Presupuestaria de 2003, la cual exige Decreto del Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno, para el sometimiento a arbitraje de controversias que afecten a derechos de la Hacienda Pública; dificultándose, consecuentemente y de manera extraordinaria, la utilización del arbitraje en el ámbito público, como efecto del reforzamiento en la exigencia de los requisitos legales para su válida aplicación.

58. La lucha por la extensión del arbitraje al ámbito público nunca ha dejado de mantenerse activamente; si bien con resultados, hasta el momento, insuficientemente satisfactorios.

La Disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reformó la Ley de arbitraje, dispuso que las controversias jurídicas que pudieran generar un elevado número de reclamaciones; cuya cuantía fuera inferior a 300.000 € o que se consideraren de esencial relevancia para el interés público y que afectaren a la Administración del Estado y a los organismos públicos regulados en el título tercero y la disposición adicional novena de la Ley 6/1997 o a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social u otras entidades de derecho público que se determinaren reglamentariamente; así como las que se suscitaren entre las sociedades mercantiles estatales y sus órganos de tutela o de control, serían resueltas por la Comisión Delegada del Gobierno para la resolución de controversias administrativas, cuyas resoluciones no serían recurribles ante los tribunales de justicia.

No entendemos pueda reconocerse, verdaderamente, que el arbitraje que contempla la disposición comentada reúna las características necesarias para su consideración como especie perteneciente propiamente a la institución del arbitraje, entendida ésta como el resultado del acuerdo libre e irrestricto de la voluntad de las partes contendientes y no de la regulación directa por la Ley.

59. En la más reciente regulación del Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, podría entenderse materializada, al menos en una primera aproximación, la extensión del arbitraje en el ámbito público al disponer la posibilidad de que las leyes sustituyan el recurso de alzada, tanto como el recurso de reposición, «en supuestos o ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia así lo justifique», como determina su art. 112.2º.

60. Negamos pueda reconocerse el carácter propio del arbitraje a los mecanismos introducidos, siquiera sea nominativamente, en la norma indicada, en vista de sus notas características, abiertamente divergentes de las que corresponden al verdadero arbitraje. Así:

- a) La competencia para conocer del pretendido arbitraje correspondería a órganos colegiados o comisiones específicas, vinculadas a la propia Administración, independientemente de que no estuvieren sometidos a instrucciones jerárquicas (29).
- b) Los procedimientos arbitrales habrían de respetar «los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo».
- c) No se indica qué vía impugnatoria procedería respecto de las decisiones «arbitrales» que pudieren dimanar de los órganos competentes definidos por las leyes que establecieren este mecanismo.

La conclusión, ya anticipada, es que, si acaso, nos encontraríamos ante una especialidad mutante del Derecho arbitral; que debiera excluirse del régimen general, como otras manifestaciones del arbitraje a las que no aplica la LA, según dispone su art. 1.

61. Con una perspectiva diferente que la que resulta de los supuestos considerados en los apartados precedentes, el ordenamiento ha recurrido al arbitraje, en disposiciones sectoriales, si bien con la particularidad de la encomienda de las funciones arbitrales a entes públicos, a quienes corresponderían las facultades decisoras ordinariamente correspondientes a los Tribunales arbitrales.

Así resulta, en particular, en la regulación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Igual que en el caso precedente, mantener que la intervención de un ente público, aun en conflictos en los que las partes fueren particulares, no altera la sustancia del arbitraje, no deja de suscitar toda clase de dudas y de reservas. Baste considerar la eventualidad de que los hechos controvertidos en los procedimientos arbitrales decididos por entes públicos fueran susceptibles de ser calificados como constitutivos de infracciones administrativas.

El hecho de que las partes, al someterse al arbitraje de la CNMC, acepten la composición del Tribunal que resulta de la aplicación de sus previsiones normativas específicas, permitiría concluir que la especialidad no desnaturalizaría la esencia del arbitraje; sin perjuicio de la relativización inherente a la permanencia de la institución que asume la condición de Tribunal arbitral, aun a través de quienes, dentro de su organización, designen.

62. En materia de contratación pública, hasta la Ley de Contratos del sector público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, los efectos y extinción de contratos privados celebrados por entidades pertenecientes al sector público que no fueren administraciones públicas eran susceptibles de sometimiento a arbitraje.

Subjetivamente, se hallaban comprendidos expresamente en tal régimen las entidades públicas empresariales y los entes asimilados a las mismas (ICEX; SEPI; Puertos del Estado y Autoridades Portuarias); las entidades de Derecho Público que no tuvieran funciones regulatorias o redistributivas, cuya actividad constituyere la producción y venta de bienes de consumo en régimen de mercado; y las sociedades mercantiles en las que la participación pública fuere superior al 50%.

63. La vigente Ley de Contratos del Sector Públicos, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, omite toda referencia a la posibilidad de sometimiento a arbitraje, incluso de aquellas materias que podían serlo conforme al texto normativo que le precediera (30).

Entendemos que esta omisión no implica, necesariamente, la supresión de la posibilidad de sometimiento a arbitraje de controversias en materia de contratación pública, cuando afecte a contratos de naturaleza privada.

No obstante, la omisión no puede dejar de calificarse como un lamentable retroceso en la lenta marcha del arbitraje para adquirir carta de naturaleza en el ámbito del Derecho Público.

64. En el ámbito de la contratación pública en sectores especiales (agua; gas y calefacción; electricidad; transportes; puertos y aeropuertos; servicios postales; prospección y extracción de

petróleo; gas y carbón), rige el Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, aplicable, en esencia, a los poderes adjudicadores que no sean administraciones públicas y a las empresas públicas, en la contratación que realicen directamente relacionada con los referidos sectores específicos.

65. El art. 123 de la norma establece la posibilidad de que las entidades contratantes puedan someter a arbitraje de Derecho, «conforme a las Disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje», la solución de las diferencias que pudieran surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, en el ámbito definido objetivamente por la regulación sectorial especial.

Esta disposición permitiría afirmar que el arbitraje recupera el terreno perdido, tras la Ley 9/2017.

66. El párrafo segundo del art. 123 contempla que la resolución de la controversia corresponderá a un órgano colegiado, cuya composición determinará el Pliego de condiciones; de manera que se garantice que al menos uno de los miembros sea propuesto por el contratista.

Esta previsión legal obliga a reconsiderar la conclusión precedente, en la medida en que pudiera resultar que la entidad contratante designara a un número mayor de los componentes del órgano decisor, quebrantando el principio de igualdad de partes.

67. El juicio ha de resultar más severo en vista del párrafo tercero del citado precepto, ya que, en defecto de determinación de la composición en el Pliego, y no existiendo acuerdo al respecto de las partes, la condición de órgano decisor la atribuye directamente la ley al «órgano competente para la resolución de la reclamación en materia de contratación al que se refiere el art. 119» (*sic*, por 120); no siendo otros sino los Tribunales competentes en materia de recursos contractuales que contempla la Ley 9/2017; órganos cuya naturaleza puramente administrativa no deja lugar para la duda y cuyo sometimiento, respecto de los laudos que dictaren, a la jurisdicción civil, lo consideramos implausible.

68. Otras materias públicas en las que procedería la aplicación del régimen arbitral serían aquellas relativas a la responsabilidad patrimonial extracontractual de las administraciones públicas; convenios urbanísticos; efectos económicos de la expropiación forzosa; y en general, todo cuanto no implique, de manera directa, el ejercicio de poderes públicos de imperio o de coerción forzosa (31).

(1)

¿Por qué es en general el ser y no más bien la nada?, M. Heidegger, *Introducción a la Metafísica*, 3ª ed., Buenos Aires, Editorial Nova, 1972, p. 39.

[Ver Texto](#)

(2) Art. 117.3 CE 1978.

[Ver Texto](#)

(3) La fórmula que emplea el art. 117.1º CE —más propia de una monarquía medieval—, al utilizar términos que podrían hacer presumir que la Administración de la Justicia le corresponde al Rey, en cuyo nombre se impartiría, dictándose las sentencias igualmente como si las hubiera pronunciado el monarca, refleja actualmente la ficción de que el monarca retiene el Poder Judicial, disimulando la pérdida efectiva de atribuciones sufrida por el monarca absoluto al convertirse en constitucional (*vid.* H. Kelsen, *Teoría General del Estado*, Granada, Comares, 2002, p. 519).

[Ver Texto](#)

(4) No obstante, la sentencia judicial, respecto de los actos materiales de la misma, reviste un carácter creador del Derecho, que el propio Kelsen reconociera (*op. cit.* p. 389).

[Ver Texto](#)

(5) Montesquieu, «*De l'Esprit des lois*», Éd. Gallimard, 1995, p. 327.

[Ver Texto](#)

(6) El Poder Legislativo, que es el Poder Supremo, al que están subordinados los restantes poderes de la comunidad política (J. Locke, *Two treatises of Government*, Cambridge, U.P. 2004, Book II, Chap. XIII, 149, p. 366 ss).

[Ver Texto](#)

(7) El abandono del estado de naturaleza (*State of Nature*) se justifica por la evitación del conflicto generalizado, no sometido a reglas comunes, que imposibilita el orden necesario para la subsistencia de la comunidad. La generalización de la sumisión de los conflictos individuales a reglas comunes a las partes, debilita la necesidad de creación del Estado, en planteamientos como el clásicamente sostenido por Hobbes.

[Ver Texto](#)

(8) Arts. 1820 y 1821, hoy derogados, donde se regulaba la solución mediante amigables componedores, como reminiscencia del régimen contemplado en las Partidas.

[Ver Texto](#)

(9) Ley 60/2003, de 23 de diciembre (modificada por Ley 11/2011, de 20 de mayo), derogatoria de la regulación precedente, Ley 36/1998, de 5 de diciembre.

[Ver Texto](#)

(10) Ahora bien, la indeterminación del alcance y ámbito de aplicación del mecanismo corrector no deja de constituir ocasión inevitablemente propiciatoria de que, en su aplicación, el Poder judicial pueda trascender el control conforme a un concepto «estricto» de orden público y termine por revisar todo laudo por razón de su simple contradicción de las leyes.

[Ver Texto](#)

(11) Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, promulgada en cumplimiento de directivas comunitarias y cuya promoción, concurrentemente con el arbitraje, cuando el uso de esta institución no ha terminado de normalizarse como alternativa natural para la solución de conflictos, constituye un obstáculo adicional a su implantación definitiva; y sin perjuicio de reconocer que no necesariamente habrá de producirse la colusión excluyente de ambas instituciones.

[Ver Texto](#)

(12) Por todos, Comisión Nacional de Mercados de la Competencia.

[Ver Texto](#)

(13) A título de ejemplo, podemos citar la STC 15/1989, así como las STC 174/1995; STC 352/2006 o la más reciente STC 1/2018.

[Ver Texto](#)

(14) Quien estas líneas suscribe denunció públicamente en su momento como errónea, en ponencia defendida en el III Congreso Internacional del Club Español de Arbitraje, esta posición. En el volumen de recentísima publicación sobre «*El Arbitraje y la Buena Administración de Justicia*» (Valencia, Tirant lo Blanc, 2019) denota algún autor que la teoría del equivalente jurisdiccional —que entonces fuera aplaudida, como carta de naturaleza del arbitraje— resultó «*útil en su momento*».

[Ver Texto](#)

(15) En el *leading case* más relevante en la materia (aparte la que resulta de los asuntos *Micula*), un Tribunal alemán, por el que se enjuició en apelación la validez de un laudo arbitral, planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de la compatibilidad con el derecho europeo de determinado laudo arbitral favorable a la compañía holandesa *Achmea*, con fundamento en el tratado bilateral de inversiones formalizado entre Eslovaquia y los Países Bajos, anteriormente a la integración en la UE de la primera. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidió la cuestión prejudicial comunitaria planteada contrariamente a la validez del laudo arbitral, en la medida en que su irrevisabilidad podía implicar la falta de aseguramiento de la aplicación del Derecho de la Unión Europea y el enjuiciamiento de su debida aplicación por los Tribunales de la Unión Europea.

Como quiera que los Tribunales Arbitrales no pueden plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y dado que sus decisiones no aseguran, en consecuencia, la aplicación del Derecho de la Unión Europea, que debe ser aplicado por los Estados miembros, en garantía de la efectividad de las instituciones comunitarias y del derecho de las mismas, el laudo recaído en aplicación del tratado bilateral no podía garantizar la conformidad con el Derecho de la Unión Europea.

[Ver Texto](#)

(16) En su art. 28o.

[Ver Texto](#)

(17) «*Anarquía, Estado y Utopía*», México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

[Ver Texto](#)

(18) Porque como en un verso de Sharon Olds leemos..... «*is consent the sweetest word on earth*». (Odes: Ode with a silence in it) (Ed. Alfred A. Knopf, New York, 2016.).

[Ver Texto](#)

(19) En el pensamiento político clásico, la función ejecutiva no discriminaba, en absoluto, entre el ejercicio del Poder de administración ordinaria y el Poder de administración de la Justicia. Locke diferenciaba únicamente el Poder Legislativo del Ejecutivo (por razón de la permanencia del último y la transitoriedad del primero), afirmando, junto con éstos el Poder Federativo, que afectaría a la seguridad e interés público en relación con terceros países (*op. cit.*, 146 p. 365). Montesquieu integra el Poder Federativo como una dimensión del Poder de Ejecución, dentro del cual distingue también el judicial. Sin embargo reserva, más específicamente, la denominación de Poder Ejecutivo del Estado al que por su contenido, se corresponde, más bien, con el Poder Federativo (*op. cit.*, Livre XI, chap. VI, p. 327).

[Ver Texto](#)

(20) Disposición Adicional Primera, punto 1, Ley 9/2017, de 8 de noviembre (LCSP).

[Ver Texto](#)

(21) Podría suscitarse cuestión —dado que la regla se emplaza en punto diferente del que se refiere a la contratación en el extranjero, y sin distinción por razón del lugar en el que se celebre el contrato— sobre si la regla aplica a cualquier contrato en el que la contratante sea extranjera, con independencia del lugar de celebración del contrato. Por razones sistemáticas, la conclusión se entiende favorable a la integración del punto 3 con el punto 1.

[Ver Texto](#)

(22) La experiencia demuestra, de manera evidentísima las fatales divergentes consecuencias que para las empresas nacionales resulta de la imposibilidad de participar de las soluciones arbitrales accesibles a los competidores extranjeros, como ejemplarmente resulta de las controversias para el equilibrio y compensación de pérdidas por inversiones en el sector de producción de energía renovables.

[Ver Texto](#)

(23) Solución arbitral de conflictos en la obra hispano-francesa de construcción del túnel de Perpiñán.

[Ver Texto](#)

(24) Caso relevante en particular lo es el Tratado CETA, suscrito entre la Unión Europea y Canadá.

[Ver Texto](#)

(25) La extensa recepción e inclusión de la solución arbitral en las Partidas nos permite retrotraernos al tiempo de su creación como hito miliar en la evolución del arbitraje de España.

[Ver Texto](#)

(26) El uso de la mención inclusiva en sentido positivo puede inducir a interpretar restrictivamente la posibilidad de sometimiento a arbitraje, ya no sólo de materias puramente testamentarias o de derecho sucesorio, sino de derecho privado en general. Hubiera sido preferible la determinación en el modo de cláusula de exclusión por excepción, de manera que la orientación interpretativa fuere la inversa de la que puede inferirse de la redacción actual.

[Ver Texto](#)

(27) De manera semejante al caso precedente pueda entenderse que la norma amplía el ámbito del arbitraje, al no exigirse el Convenio arbitral entre los afectados por el conflicto, bastando su predeterminación en los Estatutos sociales (que equivaldrían, como título determinante del arbitraje, al testamento) por los fundadores de la sociedad (o por quienes hubieran contribuido con su voto a la modificación de Estatutos originarios que no hubieran incluido la cláusula), respecto de los accionistas que hubieran llegado a serlo posteriormente a la fundación de la sociedad o la modificación de los Estatutos.

[Ver Texto](#)

(28) La Prerrogativa es reminiscente de la facultad concedida al gobernante de realizar discrecionalmente todo cuanto resulte necesario para el interés público, tanto en los supuestos de inexistencia de regulación legal, como incluso apartándose de la misma (*vid. J. Locke, op. cit., Book II, Chap. XIV, 160 y 164, p. 375 y 377*).

[Ver Texto](#)

(29) En la conferencia impartida que constituyó la base de la presente comunicación nos preguntábamos si entre estos órganos o comisiones hubieran podido incluirse a los *Tribunales administrativos en materia contractual*, los cuales hubieran podido arbitrar las controversias de tal naturaleza sometidas hoy a su conocimiento por vía de recurso especial.

La respuesta —confirmatoria, pero igualmente sujeta a la crítica, por pseudo-arbitral— la ha proporcionado el Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, sobre contratación pública en determinados sectores, a la que más adelante se alude.

[Ver Texto](#)

(30) La única excepción la constituye la Disposición adicional primera, punto 3, relativa a la contratación del Estado con empresas extranjeras.

[Ver Texto](#)

(31) Con todo, debe extremarse la prudencia en este ámbito, cuya generalización sin control adecuado pudiera originar situaciones de conflicto y de responsabilidad personal de los árbitros, tal y como ha acontecido, recientemente, en un país tan proclive a la aplicación del arbitraje en materia pública como lo es la República de Perú (noviembre de 2019).

[Ver Texto](#)

Renuncia a la acción de anulación del laudo arbitral

Waiver of the action for annulment of the arbitral award

La renuncia a la acción de anulación del laudo arbitral implicaría desconocer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las partes (art. 24 CE), pues una vez creado por el legislador tal remedio procesal, el mismo pasa a formar parte del contenido del derecho a la tutela y a ostentar así carácter irrenunciable. Además, si en un procedimiento de anulación del laudo, las partes renunciaran a su acción, debiera guardarse por el Tribunal correspondiente, la necesaria proporcionalidad entre el respeto debido al orden público y el principio de justicia rogada.

Arbitraje, Renuncia acción de anulación, Laudo arbitral, Derecho a la tutela judicial efectiva.

Waiver of the action for annulment of the arbitral award, would mean that the fundamental right to effective judicial protection of the parties is being disregarded, because once the procedural remedy is created by the legislator, it becomes part of the content of the right and thus inalienable. Furthermore, if in a procedure for annulment of the award, the parties renounce to their action, the court should maintain the necessary proportionality between the respect due to the public order and the principle of party disposition.

Arbitration, Waiver of annulment action, Arbitral award, The right to effective judicial protection.



María Luisa García Blanco

Abogado del Estado (exc)

Socia del despacho Salama García Blanco, SLP

Al amparo de la libertad de configuración que la Constitución de 1978 confiere al legislador, éste ha diseñado sucesivamente diversas concepciones del arbitraje. En la actualidad, nuestro sistema jurídico trata de conciliar la eficacia del arbitraje con las garantías debidas en el procedimiento, y para ello la vigente Ley de Arbitraje de 2003 (en adelante LA) optó por continuar la línea marcada por la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada el 11 de diciembre de 1985, por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional.

Ciertamente, en dicha Ley Modelo se tratan de unificar los diversos regímenes de anulación de laudos arbitrales, proponiendo, por una parte, solo un tipo de recurso judicial como medio de

anulación del laudo y, por otra, estableciendo una lista cerrada de motivos de anulación judicial de los laudos arbitrales. En este sentido, el art. 41 de nuestra Ley de Arbitraje reproduce básicamente los motivos de nulidad recogidos en el art. 34 de la Ley Modelo.

Además tales motivos de impugnación vienen a coincidir esencialmente con los recogidos en la Convención de Nueva York de 1958 para denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, y pese a que esta Convención deja absoluta libertad a los Estados contratantes para denunciar los motivos de anulación, la práctica del sistema viene confiriendo eficacia *erga omnes* a la anulación del laudo por la jurisdicción del país de la sede, salvo que se trate de un motivo de anulación contrario al orden público del país de la ejecución. No obstante, a medida que se equiparan las distintas legislaciones estatales sobre arbitraje, los riesgos van desapareciendo.

Precisamente la Ley de 2003, siguiendo a la Ley Modelo, sólo admite que contra un laudo definitivo se ejercite acción de anulación, acción que permite únicamente al tribunal concentrar su papel de control en los vicios del procedimiento y no alcanza al fondo del asunto. Posteriormente, contra la sentencia que resuelva la anulación podrá interponerse recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional siempre que se invoque lesión de algún derecho fundamental. Ahora bien, los motivos de anulación permitidos se dirigen a examinar no sólo la existencia y validez del convenio arbitral o el correcto cumplimiento del procedimiento para garantizar el derecho de defensa y los principios de igualdad, audiencia y contradicción, sino que también vienen a permitir un control sobre el fondo, quedando este no obstante restringido a la garantía del orden público.

En lo que se refiere, concretamente, a la renuncia a esta acción de anulación conviene ante todo destacar la aceptación de la misma en determinados Estados. Así, la Ley Federal Suiza para el derecho internacional privado de 1987, como también las normas arbitrales de Túnez, Bélgica o Suecia, permiten la renuncia anticipada a la acción de anulación, siempre que reúna ciertos requisitos como que se haga constar por escrito; sea consciente, deliberada y voluntaria, y que ninguna de las partes del contrato tenga su domicilio, residencia o establecimiento en Suiza. La Sentencia del Tribunal Federal suizo, 1^{ère} Cour de droit civil, de 17 octubre 2017, al pronunciarse sobre un laudo dictado en el contexto de un arbitraje internacional —en el que las cláusulas de arbitraje de los contratos controvertidos contenían una redacción que permitía a las partes renunciar a impugnar cualquier posible laudo arbitral futuro—, ha venido a confirmar la posibilidad de renuncia a la impugnación del laudo.

Pese a existir un importante debate doctrinal en torno a si resulta procedente la admisibilidad de la renuncia a la impugnación del laudo, son dos las ventajas que fundamentalmente se invocan para tal admisión. Por una parte, impedir maniobras que demoren la protección requerida pues, ya conocido el laudo, se pudiera retrasar la defensa introduciendo nuevos motivos de anulación, y, por otra parte, se considera asimismo ventajosa tal renuncia anticipada en tanto evitaría perjuicios al prescindirse de un doble sistema de control del laudo, uno, por la jurisdicción de la sede mediante la anulación y, otro, por el juez del execuátur en el proceso de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

No obstante, mientras que frente a la primera ventaja que se defiende se opone la circunstancia de que la acción de anulación no tiene efectos suspensivos de la ejecución del laudo, ineficacia

suspensiva que viene a garantizar por contra la eficacia del arbitraje; respecto a la relativa a evitar el sistema de doble control, cabe destacar, además de que dicho doble control únicamente afecta a los laudos extranjeros, la similitud que existe entre las causas de denegación del reconocimiento recogidas en la Convención de Nueva York y los motivos de anulación previstos en las legislaciones más próximas (1).

Aunque nuestro ordenamiento positivo no se pronuncia en modo alguno sobre la posibilidad de renuncia anticipada a la acción de anulación de laudo, debe en todo caso diferenciarse, dada la confusión que en ocasiones ha originado, entre la renuncia a la propia acción de anulación del laudo, que como veremos resulta inviable, y la renuncia que cabe ejercitar frente a determinadas causas de anulación al amparo del art. 6 LA (2).

En efecto, los supuestos de hecho que delimitan uno y otro caso son distintos. Concretamente, el citado art. 6 LA contempla la renuncia en el curso mismo del procedimiento y hace referencia a las infracciones de normas dispositivas de la Ley o de los requisitos del convenio, poniéndose con ello de manifiesto, no sólo el carácter subsidiario que tiene el control judicial respecto de los motivos de anulación en el procedimiento arbitral, sino también el que no pueda invocarse como motivo de anulación una infracción cometida en el procedimiento si con anterioridad no se da oportunidad a los árbitros para corregirla. De este modo, por tanto, la falta de denuncia previa por alguna de las partes de los defectos del procedimiento arbitral implica una renuncia tácita a las facultades de impugnación.

En cualquier caso, si como ha defendido parte de la doctrina, se entendiera que todos los motivos de anulación del art. 41 LA permiten esa invocación previa, con la excepción de los vicios de incongruencia o vulneración del orden público que sólo se pondrán de manifiesto al impugnar el laudo, la recomendación de esa misma doctrina es que las partes deberían proceder a la denuncia de toda clase de vicios e infracciones, incluidos los referidos a las normas imperativas de la Ley, en el plazo que en cada caso proceda o lo más pronto posible desde que tuvieran conocimiento de los mismos.

También la jurisprudencia ha venido a mantener el carácter subsidiario de la acción de anulación señalando que esta acción no permite a la parte perjudicada plantear sorpresivamente cuestiones que, pudiendo serlo, no lo fueron en el curso del procedimiento arbitral. En la práctica, los árbitros vienen ofreciendo a las partes la oportunidad de formular las observaciones que estimen pertinentes respecto a la tramitación procedimental seguida al objeto de corregir los posibles defectos que resulten subsanables.

Pero es que si se analizara la supresión de la acción de anulación no como una renuncia de derechos sino como una exclusión voluntaria de la ley aplicable, entonces, considera la doctrina, que los límites son aún más estrictos que los de la propia renuncia de derechos puesto que las normas imperativas no pueden en ningún caso ser excluidas por voluntad de las partes. A tal efecto, bastaría atender, a falta de una previsión legal expresa, a los principios generales de nuestro ordenamiento, en particular, a los límites impuestos a la autonomía de la voluntad y a la propia exclusión de la ley voluntaria aplicable (arts. 1255 y 6.º Cc), entre ellos, el relativo al orden público.

Consecuentemente, si dicha exclusión encuentra un límite no sólo en las leyes imperativas, sino también en el orden público, y además los motivos de anulación se concentran en irregularidades especialmente graves, podría llegar a plantearse entonces la posible afectación al derecho de defensa o al orden público.

En efecto, el arbitraje como alternativa a la jurisdicción que es, en ningún caso puede implicar una renuncia de las partes en conflicto a su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 de nuestra Constitución. No sólo por el hecho de que son los propios interesados los que se someten libremente a la solución extrajudicial, sino también porque, a pesar de la autonomía del arbitraje respecto de los tribunales de justicia, el legislador, como ha quedado expresado en cada una de las anteriores ponencias, sigue manteniendo importantes nexos de unión entre ambos sistemas, como así ocurre con su posible formalización judicial, o la impugnación o la ejecución del laudo.

No podemos olvidar que la constitucionalidad del arbitraje se fundamenta, entre otros motivos, en la posibilidad que tienen los jueces y tribunales de controlar el laudo arbitral a través de la acción de anulación. Acción que el Tribunal Constitucional, de manera constante, considera suficiente para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de acceso a los Tribunales. Y es que si bien el árbitro debe aplicar la Constitución como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico garantizando los derechos constitucionales a quienes solicitan justicia en sede arbitral, el árbitro se coloca asimismo como garante del orden público y en la medida en que consiga garantizar el orden público en sus decisiones, evitará por tanto la intervención judicial en su actividad.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal, que sólo garantiza el acceso a los recursos legalmente establecidos, sin que en materia civil o mercantil exista la obligación constitucional de habilitar vías de impugnación sobre el fondo de las resoluciones impugnadas ante la jurisdicción ordinaria. En efecto, la jurisprudencia constitucional tiene declarado que el derecho a la tutela deja en libertad al legislador para diseñar el sistema de recursos que en cada caso considere más adecuado, pero una vez que un recurso es creado por la ley se integra en el contenido del derecho a la tutela y como elemento de orden público que pasa a ser, queda fuera del poder de disposición de las partes. Esto es precisamente lo que sucede con la acción de anulación del laudo que, una vez creada por la Ley de Arbitraje como remedio procesal, pasa a formar parte del contenido del derecho a la tutela, y de ahí que su exclusión voluntaria por las partes no resulte válida (3).

De este modo, la acción de anulación forma parte del conjunto de instrumentos que evitan la total emancipación del sistema arbitral respecto de la jurisdicción, impidiéndose con ello que las partes en conflicto puedan verse, una vez aceptada la solución arbitral, definitivamente despojadas de su derecho de acceder a los Tribunales. De esta forma, convirtiéndose la propia acción de anulación en garante del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, su renuncia conllevaría desconocer dicho derecho fundamental.

En definitiva, no sólo no existe discrepancia doctrinal alguna sobre el carácter irrenunciable de la acción de anulación, sino que además el Tribunal Supremo ha negado la razonabilidad de la renuncia

por las partes a la impugnación judicial del laudo. A lo que cabe añadir, aunque con ciertas matizaciones, que también la mayor parte de los sistemas legales de nuestro entorno más próximo (Francia, Alemania, Italia o Portugal) declaran irrenunciable la acción de anulación contra laudos internos o internacionales.

Finalmente, procede hacer una breve referencia a una cuestión que presenta conexión con lo expuesto y es si, una vez ejercitada la acción de anulación de un laudo arbitral, las partes tienen la posibilidad de disponer de dicha acción, solicitando de común acuerdo su archivo en un procedimiento de anulación ya iniciado.

Considera el TSJ de Madrid que no se encuentra limitado a decidir sólo sobre los motivos alegados por las partes, sino también sobre aquellos otros que puedan ser apreciados de oficio por él mismo

En este sentido, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en una doctrina que viene manteniendo de manera constante desde el año 2015 (4), considera que el art. 41.2º LA, en cuanto reitera lo señalado en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, contiene un previsión normativa que acentúa claramente el control jurisdiccional sobre el arbitraje, permitiendo que el Tribunal que conozca de la acción de anulación aprecie, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, los motivos contenidos en los párrafos b) [que una parte no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos], e) [que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje] y f) [que el laudo sea contrario al orden público] del art. 41.1º LA. Posibilidad que entiende dicho Tribunal se halla justificada, en tanto que el examen de oficio se permite respecto de motivos que trascienden a la simple voluntad de las partes y a su poder de disposición, y siempre que el laudo haya sido impugnado a instancia de parte y no cuando el Tribunal incoe de oficio el proceso de anulación.

Es decir, considera el Tribunal Superior de Justicia que, por expresa previsión de la Ley, no se encuentra limitado a decidir sólo sobre los motivos alegados por las partes, sino también sobre aquellos otros que puedan ser apreciados de oficio por él mismo. A su juicio, se trata, más que de una facultad del Tribunal, de un verdadero deber, dada la naturaleza pública de los intereses en juego: el deber de salvaguardar de oficio el orden público.

El Tribunal considera que en los procesos de anulación de laudo arbitral que versen sobre una materia absolutamente indisponible, no cabe, ante la solicitud de archivo de las partes por haberse alcanzado un acuerdo extrajudicial durante su tramitación, ni el allanamiento ni la transacción. Se plantean, no obstante, dos escenarios distintos: i) la acción de anulación por alguno de los motivos apreciables de oficio, donde no regiría el principio dispositivo, y que según el art. 41.2º LA son aquellos previstos en los aps. b), e) y f) del art. 41.1º LA; y ii) la acción de anulación fundada en

cualquiera de los otros motivos del art. 41.1º LA, donde sí cabría la renuncia a la acción de anulación en tanto concurren los presupuestos materiales y procesales precisos para su admisibilidad.

La acción de anulación, razona el Tribunal Superior de Justicia, no puede servir solamente a la satisfacción de los intereses de las partes, centrados en la nulidad o la validez de un laudo, pues teniendo en cuenta su condición de «equivalente jurisdiccional», confirmada por el Tribunal Constitucional en su STC 1/2018, ha de hacerse prevaler el interés público asociado a la resolución de la demanda de anulación que el Tribunal tiene el deber de salvaguardar de oficio. Y así, a la luz de la infracción del orden público que se alega, no puede aceptarse sin más el que las partes ya no tengan interés en que se resuelva la validez o la nulidad del laudo en tanto hay un interés público prevalente en que se analice y, en su caso, se depure la permanencia en el ordenamiento de un laudo potencialmente lesivo de derechos fundamentales

Para el Tribunal, no entenderlo así sería tanto como vaciar de contenido la prescripción del art. 41.2º LA, que no puede quedar a la voluntad de las partes.

No obstante, frente a los razonamientos expuestos de la mayoría de la Sala de lo Civil y Penal surge la opinión discrepante de uno de sus Magistrados (5) recogida en voto particular, en la que se pone de manifiesto que los únicos límites al art. 19 LEC son aquellos que puedan derivarse de una norma con rango de ley, por la que se impongan prohibiciones o limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero, pero sin que exista un límite que impida la disponibilidad de la pretensión en la acción de nulidad del laudo arbitral. En este sentido, añade que la protección de los intereses superiores está garantizada en cualquier caso a través de los mecanismos de rechazo de la transacción que establece el ap. 2 del art. 19 LEC, pues al Tribunal corresponde analizar si el acuerdo o convenio alcanzado está o no prohibido por ley o sometido a limitaciones por interés general o beneficio de tercero.

Considera el voto particular que negar la posibilidad de transacción no sólo, quebranta las previsiones legales del art. 19 LEC, sino que provoca además perjuicio tanto a las partes que no obtienen satisfacción a sus intereses; como a la Administración de Justicia, que ha de prolongar artificiosamente la tramitación del procedimiento; como al arbitraje mismo, porque introduce un obstáculo más en el ejercicio de la acción de anulación. Y agrega que el desistimiento del ejercicio de la acción de anulación del laudo arbitral, que implica *de facto* la renuncia a la acción dados los plazos de caducidad establecidos en la Ley de Arbitraje para el ejercicio de esa acción, es perfectamente admisible, siendo plenamente aplicable el art. 20 LEC (6).

Resulta por tanto que si se llevara el criterio mayoritariamente sostenido en el TSJ a sus últimas consecuencias, pudiera resultar imposible en la práctica implementar la terminación por acuerdo de las partes en todo procedimiento de anulación de un laudo, ante la posibilidad de que pudiera apreciarse, incluso de oficio por el Tribunal, una vulneración de orden público en el laudo o en el procedimiento arbitral. Además, sostiene el voto particular que no existe ninguna prohibición legal o verdaderas razones de interés general o en beneficio de tercero que obliguen a continuar con un procedimiento de anulación de un laudo en contra de la voluntad de las propias partes que se verían afectadas por dicha nulidad. Dichos pactos tan sólo afectan a las partes litigantes y, por esa sencilla

razón, no deben estar prohibidos más que los que sean relativos a las materias expresamente excluidas de disposición en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 751 (7)).

En definitiva, la interpretación que el Tribunal realiza del art. 41.2º LA pudiera adolecer de cierto peligro, pues el continuar examinando la acción de anulación planteada pese a existir renuncia de las partes, le permitiría entrar a conocer motivos de nulidad no alegados oportunamente por ninguna de ellas. Por ello, en tanto se mantenga la vigente redacción de la Ley de Arbitraje, resulta indispensable guardar la necesaria cautela para tratar de mantener la obligada proporcionalidad entre el respeto debido al orden público y el principio de justicia rogada.

- (1) J. Remón Peñalver, «La anulación del Laudo: El marco general, el pacto de exclusión y el orden público», *Spain Arbitration Review - Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 1, 2008, pp. 115-132.

[Ver Texto](#)

- (2) Art. 6 LA. *Renuncia tácita a las facultades de impugnación*. Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley.

[Ver Texto](#)

- (3) J. Remón Peñalver, «La anulación del Laudo...», *loc. cit.*

[Ver Texto](#)

- (4) Sentencias 65/2015, de 17 de septiembre; 74/2015, de 23 de octubre; 68/2016, de 2 de noviembre; y, 49/2018, de 13 de diciembre.

[Ver Texto](#)

- (5) Presidente de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid, Excmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante.

[Ver Texto](#)

- (6) Art. 20 LEC. *Renuncia y desistimiento*. 1. Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado, salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisibles. En este caso, se dictará auto mandando seguir el proceso adelante.

2. El demandante podrá desistir unilateralmente del juicio antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio. También podrá desistir unilateralmente, en cualquier momento, cuando el demandado se encontrare en rebeldía.

[Ver Texto](#)

(7) Art. 751 LEC. *Indisponibilidad del objeto del proceso.* 1. En los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción.

2. El desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, excepto en los casos siguientes:

- 1.º En los procesos de declaración de prodigalidad, así como en los que se refieran a filiación, paternidad y maternidad, siempre que no existan menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento.
- 2.º En los procesos de nulidad matrimonial por minoría de edad, cuando el cónyuge que contrajo matrimonio siendo menor ejercite, después de llegar a la mayoría de edad, la acción de nulidad.
- 3.º En los procesos de nulidad matrimonial por error, coacción o miedo grave.
- 4.º En los procesos de separación y divorcio.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en el capítulo IV del Título I del Libro I de esta Ley.

[Ver Texto](#)

Autoejecución en *blockchain* de la mediación en la Empresa Familiar para garantizar su *enforcement*

Self-execution in blockchain of Family Business mediation for its enforcement guarantee

El presente trabajo pretende abordar las potencialidades que plantea la tecnología *blockchain* para autoejecutar acuerdos en la Empresa Familiar, especialmente los contenidos en el Protocolo Familiar como mecanismo preventivo o autocompositivo del conflicto. A estos efectos, se examinará la aplicación de la tecnología *blockchain* a instrumentos de mediación preventiva, como el Estatuto de la Empresa y el Corporate Compliance, así como a la mediación autocompositiva. Finalmente, se analizará la aplicación de las principales plataformas, *Blockchain* y *Ethereum*, al Protocolo Familiar, para su adhesión o personalización.

Mediación, Tecnología *blockchain*, Empresa Familiar, Protocolo Familia, Corporate, Compliance.

This paper analyses blockchain technology as an opportunity for Mediation in Family Business, in particular, to self-execute family agreements for a company. The paper discusses an application of blockchain technology in preventive mediation, such as the Company Statute and Corporate Compliance, as well as in Family Business mediation. Finally, the article examines Blockchain and Ethereum for Family Business agreements, and its adhesion or personalization.

Mediation, Blockchain technology, Family Business, Family Protocol, Corporate Compliance.



Cristina Argelich Comelles

Profesora Doctora de Derecho civil, acreditada a Profesor Contratado Doctor. Universidad de Cádiz

I. EMPRESA FAMILIAR Y TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN

La *Family Business* o Empresa Familiar es el modo de organización empresarial en el que confluyen la familia empresaria, así como la propiedad de la empresa y de los medios de producción. En el seno de estas empresas, se comparte el control de la empresa, la identidad, vinculada con la propia familia, y la voluntad de continuidad, manifestada en la vocación de transmisión del negocio a las sucesivas generaciones (1). La mediación en la Empresa Familiar posee cada vez más relevancia, por la articulación del Protocolo Familiar a modo de acuerdo de mediación, así como la posibilidad de plantearlo como mecanismo preventivo, junto con el Estatuto de la Empresa y el *Corporate Compliance*. Por ello, cabe esperar que la aplicación de la tecnología *blockchain* a la Empresa

Familiar, y en particular al Protocolo Familiar, autoejecute determinados acuerdos previstos por las partes que favorezcan el cumplimiento de lo pactado o los remedios privados en caso de incumplimiento. En particular, dedicaremos este estudio a la aplicación de la tecnología *blockchain* para el control del Protocolo Familiar como culmen del proceso de mediación, así como las particularidades que presenta su aplicación preventiva. A estos efectos, dedicaremos unas líneas a explicar brevemente en qué consiste esta nueva tecnología (2).

La tecnología *blockchain* es una cadena de bloques, o lo que es lo mismo, un código en cadena que emite registros descentralizados para subvenir a las dificultades que planteaban los contratos electrónicos (3), relativos a la manipulación del contenido y la prueba de su emisión y recepción. La finalidad última es el control mediato y externo del cumplimiento del Protocolo Familiar o del acuerdo de mediación, de manera que se automatiza su *enforcement* y los remedios privados ante el incumplimiento al margen de la jurisdicción. Esta tecnología opera en una red *peer-to-peer* o P2P en la que los nodos, como terceros ajenos que comprueban la veracidad de los eventos, son iguales entre sí, aunque cumplen distintas funciones. Ello permite articular un registro distribuido que los hace menos vulnerables a ataques informáticos, por existir otros nodos que suplirían su actividad. La tecnología *blockchain* se relaciona con su entorno mediante los *oracles* u oráculos, que es una red de observadores externos que comprueban los eventos producidos durante la ejecución del contrato, responden a las instrucciones de las partes en el sistema o a eventos externos cuya existencia queda registrada, y producen automáticamente las consecuencias jurídicas programadas. Este mecanismo opera a través de tres elementos (4) relacionados entre sí: la exactitud se vincula con la eficiencia de costes, mediante un libro mayor centralizado, y a su vez la exactitud se vincula con la descentralización. Sus principios (5) se basan en determinados parámetros: integridad en red, poder distribuido, valor como incentivo, seguridad, privacidad (6), derechos preservados e inclusión.

II. LA EXÉGESIS DE LA MEDIACIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR: LOS CONFLICTOS PERSONALES, PATRIMONIALES Y DE GESTIÓN ORDINARIA

Las relaciones intrafamiliares son la principal fuente de estrés en la actividad de la Empresa Familiar y, por ello, resulta fundamental la solución de los problemas derivados de la solidaridad familiar, los defectos en la comunicación y la existencia de hostilidades. En este sentido, los principales conflictos que pueden acontecer en el ámbito de la Empresa Familiar, susceptibles de mediación, se corresponden con conflictos personales, los conflictos relativos a la propiedad de la empresa, y los conflictos sobre su gestión. En los conflictos derivados de las relaciones personales entre los miembros de la Empresa Familiar, la mediación debe tender a solucionar dichos conflictos, o al menos que no interfieran en su funcionamiento ordinario (7).

Los conflictos relacionados con la propiedad de la Empresa Familiar surgen porque la propiedad de la empresa, al menos en origen, se concentra en los miembros de la familia, en particular en sus fundadores (8). Es por ello que los conflictos latentes se manifiestan cuando se produce el fallecimiento de los socios y debe producirse el relevo generacional; ello resulta especialmente conflictivo cuando, por la dimensión de la empresa, se requiere de la incorporación de sujetos ajenos a la familia, o en el caso de que algún miembro de la familia se desvincule de la empresa, lo que

puede desestabilizar su continuidad (9) . En este caso, resulta conveniente el arbitrio en el Protocolo Familiar de diversos remedios privados, de carácter civil y laboral, para adaptar los acuerdos alcanzados o desvincularse de la Empresa Familiar. Los conflictos van a concretarse en distintas expresiones a las que, por la casuística, atendemos: que el nuevo socio no esté involucrado en la empresa o que no tenga interés por incorporarse en la actividad productiva de la misma; la falta de aceptación o de relación del nuevo propietario en la Empresa Familiar, por ejemplo, en el caso de sucesión de empresa; los desacuerdos entre los integrantes de la Empresa Familiar respecto de la participación o valoración económica de la compensación por la actividad desempeñada; la incorporación de personas no afines a la familia o con conflictos latentes; y la sucesión por parte de los cónyuges de los propietarios fallecidos, con desacuerdo del resto de integrantes de la Empresa Familiar.

Finalmente, encontramos también los conflictos relativos a la gestión de la empresa, referidos a la administración ordinaria de la empresa (10) , y que afectan a: la separación del patrimonio empresarial y familiar; la existencia de personas no cualificadas en puestos de responsabilidad; la toma de decisiones respecto de la ocupación de los miembros de la familia en el organigrama empresarial; los criterios de retribución salarial de la Empresa Familiar; las actividades y tareas de los miembros de la Empresa Familiar; el desigual reparto de beneficios; la participación de la familia en la toma de decisiones empresariales; y, finalmente, el relevo generacional en la administración de la Empresa Familiar.

III. MEDIACIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR Y POTENCIALIDADES DE LA TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN

1. Instrumentos de mediación preventiva: Estatuto de la empresa, *Corporate Compliance* y Protocolo Familiar

El primer instrumento disponible para abordar este tipo de conflictos son las disposiciones contenidas en el *Estatuto de la empresa*. Sin embargo, su inconveniente principal es que las desavenencias se van a acabar depurando en los tribunales, por los problemas interpretativos en relación con lo previsto en su clausulado. Por ello, resulta más adecuado, en aras de subvenir los problemas de fondo relativos a las malas relaciones familiares que repercuten en el normal funcionamiento de la Empresa Familiar, acudir a un procedimiento de mediación.

En este procedimiento de mediación en la Empresa Familiar, el mediador tiene que ser neutral y, además, externo a la familia y a la empresa. Su objetivo es modificar el enfoque desde el cual cada parte plantea la negociación, con la finalidad de establecer unas reglas de juego de colaboración que no supongan agravios comparativos. Para la realización de esta mediación, es conveniente que el mediador realice las siguientes acciones: invitar al fundador de la empresa, aunque ya no realice funciones directivas; entrevistarse con el cónyuge del fundador, para conocer el origen de la empresa y las desavenencias familiares; reunirse con cada uno de los hijos, como futuros herederos de la empresa; y, finalmente, entrevistarse con aquellos trabajadores que asumen más responsabilidades, así como con los más veteranos, para poder tener una visión global de los problemas familiares de la empresa.

Para que el Protocolo Familiar sirva de instrumento de autocomposición en la resolución de conflictos resulta adecuado fijar un plazo máximo de duración

Además de la tradicional mediación civil, en el ámbito de la Empresa Familiar resulta de especial utilidad la elaboración del *Protocolo Familiar*, como parte del acuerdo de mediación o con carácter preventivo. El Protocolo Familiar se encuentra regulado en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos Familiares (11). Conforme al art. 2, este Protocolo Familiar es el conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad. Para que el Protocolo Familiar sirva de instrumento de autocomposición en la resolución de conflictos, debe revisarse temporalmente, por lo que resulta adecuado fijar un plazo máximo de duración para garantizar que las disposiciones del Protocolo se adapten al funcionamiento de la Empresa Familiar en todo momento. Aunque se deba garantizar su permanencia en el tiempo, debe permitirse la reforma de las distintas cláusulas para adaptarlo a nuevas circunstancias, lo que también alude al remedio de adaptación del contrato. Asimismo, la mediación va a permitir revisar el Protocolo Familiar exitosamente, sin que nuevas controversias, o las antiguas, afloren e impidan el acuerdo.

La sociedad solo podrá publicar un único Protocolo, suscrito por sus socios, si bien el mismo puede ser objeto de publicidad por distintas vías. Asimismo, la publicidad del Protocolo tiene carácter voluntario para la sociedad. En el supuesto de que el Protocolo Familiar afecte a diversas sociedades, cada una de ellas podrá publicarlo en la parte que le concierna. Una vez publicado un Protocolo, no podrá reflejarse en el Registro Mercantil la constancia de otro diferente, salvo que se exprese en la solicitud que el que pretende su acceso al Registro es una modificación o sustitución del publicado. Por su parte, los arts. 3 y 4 establecen los requisitos relativos al contenido y publicidad del Protocolo Familiar.

El contenido del Protocolo Familiar se concreta en diversos elementos, cuyos pactos son susceptibles de automatizarse mediante *blockchain*, como veremos en los siguientes subapartados. En primer lugar, encontramos los acuerdos relativos a la propiedad de la empresa o su transmisión. En ellos, se incluyen las previsiones relativas a la transmisión de acciones o participaciones, la constitución de un usufructo para el cónyuge viudo, la exclusión y separación de socios, el régimen económico matrimonial de los socios, la previsión de las posibles crisis matrimoniales, y la sucesión en caso de fallecimiento de los socios fundadores. En segundo lugar, también se determinan las mayorías exigibles para la adopción de acuerdos. En tercer lugar, se atiende a la configuración de los pactos relativos a la estructura y funcionamiento de la empresa. En este sentido, tiene una relevancia especial el *Corporate Compliance* (12), como código de buenas prácticas de una determinada

empresa. Ello permite adoptar compromisos éticos relativos a los valores de la empresa, la calidad del producto, la atención al cliente, una determinada política de personal, las reglas de buen gobierno y transparencia, el diseño de la estructura empresarial y previsión de su evolución futura, las reglas sobre el uso del nombre familiar en las marcas y denominaciones sociales, así como la pérdida de la condición de Empresa Familiar, especialmente con la entrada de nuevos socios. En cuarto lugar, también aborda los criterios para fijar la composición, estructura y funcionamiento de los órganos sociales, como la Junta General y el órgano de administración. En quinto lugar, se concreta la creación de órganos de carácter familiar no previstos en la legislación societaria, y el establecimiento de los criterios sobre composición y funcionamiento. En sexto lugar, se crean las normas que regulan la incorporación de los familiares a la empresa, referidas al acceso y sus requisitos, la retribución, la no competencia y las funciones a desempeñar en la empresa. En séptimo lugar, se contienen los pactos relativos a las relaciones económicas entre empresa y familia, es decir, lo que atañe a las retribuciones y su distribución. En octavo lugar, también se regulan los pactos de salida de los familiares de la empresa. Finalmente, deberán atenderse los pactos relativos a la resolución de conflictos en la familia. En este apartado del Protocolo Familiar, se puede introducir la mediación como ADR para solucionar los conflictos en el ámbito de la Empresa Familiar, y establecer el alcance material del Protocolo. Asimismo, una mediación preventiva también puede servir para la elaboración de un Protocolo Familiar.

Respecto de la constancia registral de los Protocolos Familiares, el art. 5 establece que el órgano de administración también podrá solicitar del Registrador mercantil, mediante una instancia con firma legitimada notarialmente, la constancia en la hoja abierta a la sociedad de la existencia del Protocolo Familiar. En esta, figurará una reseña identificativa donde conste si el Protocolo es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad registrada. Asimismo, en la presentación de las cuentas anuales, el art. 6 habilita la inclusión por parte del órgano de administración de la documentación correspondiente a la copia total o parcial del documento público en que conste el Protocolo de la sociedad. El fundamento es que este documento puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar, el cual será objeto de depósito, junto con las cuentas anuales, y de calificación por el Registrador mercantil.

Blockchain permite adherirse a un acuerdo de mediación para incorporar en el caso del Protocolo Familiar a aquellas personas ajenas al núcleo familiar pero que participen en la Empresa Familiar

Aunque la vía adoptada para solucionar el conflicto sea directamente la mediación (13), o el sometimiento de los acuerdos a lo establecido en el Protocolo Familiar, lo cierto es que la eficacia del acuerdo adoptado en el ámbito de la Empresa Familiar es distinta en función del tipo de convenio que se trate (14). Los pactos con eficacia jurídica interna entre los firmantes se refieren a los que no son inscribibles en el Registro Mercantil, porque los miembros de la familia quieren que se mantengan en privado, como la unificación del voto de todos los accionistas agrupados para

determinados asuntos de la junta general. Los pactos susceptibles de incorporarse a los Estatutos de la sociedad e inscribibles en el Registro Mercantil tendrán eficacia respecto de terceros, y se refieren al derecho de adquisición preferente a favor de los socios, las cláusulas para el acceso al Consejo de Administración, así como la participación en la propiedad de la empresa. Finalmente, los pactos carentes de eficacia legal no tienen fuerza ejecutiva, pues su validez se reserva al respeto entre las partes que lo hayan acordado. Se refieren a los valores éticos de la empresa, que pueden constar en el *Corporate Compliance*, así como pactos relativos a la sucesión de la empresa por fallecimiento de los socios fundadores. En este sentido, el art. 1056 CC permite que, para conservar la empresa, el testador disponga la conservación indivisa de la explotación económica mediante el pago en metálico de la legítima al resto de llamados en el plazo de cinco años.

2. Tecnología *blockchain* para el Protocolo Familiar: la plataforma *Blockchain* para la adhesión y la plataforma *Ethereum* para la personalización

Respecto de la aplicación de la tecnología *blockchain* para la automatización de la ejecución de los acuerdos contenidos en el Protocolo Familiar, debemos indicar diversos aspectos en función de la plataforma. Las principales (15) plataformas de tecnología *blockchain* son *Blockchain* y *Ethereum*. *Blockchain* (16), utilizada por más de 38 millones de usuarios, permite adherirse a un *smart contract* en forma de acuerdo de mediación, lo que serviría para incorporar en el caso del Protocolo Familiar a aquellas personas ajenas al núcleo familiar pero que participen con sus medios personales o materiales a la Empresa Familiar. Por su parte, *Ethereum* (17), utilizada por 12 millones de usuarios, es una *blockchain* programable por la que se pueden crear *smart contracts* personalizados, es decir, crear Protocolos Familiares personalizados *ex novo*, y comprar la criptomoneda de la plataforma, que es *Ether*. Por tanto, *Ethereum* es la plataforma idónea para controlar el cumplimiento del acuerdo de mediación o para la elaboración del Protocolo Familiar como mecanismo autocompositivo. Mediante esta plataforma, en lugar de incorporarse o modificar un Protocolo Familiar ya existente, se autoimplementan los distintos acuerdos a la plataforma en forma de *input*, para generar *outputs* con la finalidad de autoejecutar y controlar su cumplimiento. Por tanto, a este acuerdo de mediación o Protocolo Familiar *ex novo* lo podemos calificar de «personalizado», por su configuración mediante *Ethereum*, en contraposición a *Blockchain*. *Ethereum*, sin embargo, tiene un coste económico: los usuarios deben pagar unas *fees* o tasas en *Ethers* por cada operación que activan. Ello permite evitar actuaciones maliciosas y sostener el coste de mantenimiento de la plataforma, denominado *gas* (18), que es el coste de la computación sobre esta *blockchain*.

De acuerdo con las plataformas de tecnología *blockchain* y sus posibilidades, podríamos distinguir entre dos clases de Protocolos Familiares. Por una parte, aquel en el que las partes lo pactan o personalizan mediante la plataforma *Ethereum*, en forma de acuerdo de mediación en forma de Protocolo Familiar *ex novo* de carácter preventivo, o en forma de Protocolo Familiar autocompositivo. Por otra parte, aquel en el que se pretende la incorporación a un Protocolo Familiar de una persona que aporta sus medios personales o patrimoniales a la Empresa Familiar. Por no ser parte, resulta suficiente con el uso de la plataforma *Blockchain* para comprobar los requisitos de identidad y validez para incorporarse. En el primer caso, por la existencia del acuerdo *off-chain*, la tecnología *blockchain* se utiliza para garantizar la eficacia del pacto, donde se habrán previsto las prestaciones y la activación y desactivación del código informático. En el segundo caso,

por la ausencia de quien se incorpora en el acuerdo previo, la plataforma *Blockchain* comprueba los requisitos de validez y la identidad para activar el código informático para la modificación del Protocolo Familiar.

3. La mediación autocompositiva en la Empresa Familiar y el cumplimiento del acuerdo de mediación

La mediación también se puede utilizar una vez el conflicto se ha manifestado, por la inexistencia del Protocolo Familiar, o porque no se haya realizado una mediación previa al conflicto. En este caso, la intervención se centra en gestionar el conflicto que ha aflorado, o en aprovechar este acontecimiento para dialogar acerca del conjunto de la vida familiar y empresarial, con el fin de elaborar un Protocolo Familiar que mitigue conflictos futuros (19).

La mediación en el conflicto de la Empresa Familiar debe realizarse en distintas fases o estadios (20), para que resulte progresiva y adecuada para conseguir alcanzar el acuerdo de mediación, que es el objetivo final de cualquier mediación, así como el Protocolo Familiar como culmen para autorregular conflictos futuros. En la primera fase, se define cada problema y se resume cada perspectiva personal para conocer la visión de las partes en conflicto, mediante el uso de las preguntas abiertas y de reformulaciones. En la segunda fase, se exploran los objetivos que tiene cada parte y las contribuciones que cada uno está dispuesto a hacer para resolver el problema, usando para ello preguntas abiertas (21). En la tercera fase, el objetivo es desestabilizar las historias y construir una historia alternativa, mediante la legitimación de las necesidades, intenciones y razones de cada parte con un reenfoque, con reformulaciones y preguntas circulares. Finalmente, en la cuarta fase, se procede a la búsqueda del acuerdo o alternativas, mediante preguntas circulares.

En este sentido, un diseño adecuado de la intervención debe partir de las siguientes actuaciones: el contacto o vía de acceso, mediante una sesión informativa a las partes del proceso de mediación; la elección del espacio de la mediación, que debería llevarse a cabo en las oficinas de los mediadores, como espacio neutral; la comediación y elección de los mediadores, ámbito en el que por la idiosincrasia de la Empresa Familiar es adecuada la elección de dos mediadores, en atención al número de personas que intervienen en la mediación; el análisis de la comunicación del mediador, en atención al encono derivado de las relaciones familiares; el análisis de alianzas, partiendo del examen de las relaciones familiares para identificar a las partes en conflicto; y el acuerdo de mediación y, en su caso, la elaboración del Protocolo Familiar.

IV. REFLEXIONES PROSPECTIVAS ACERCA DE *BLOCKCHAIN* PARA LA MEDIACIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

En particular, y por su trascendencia patrimonial, podemos señalar las principales ventajas que supone la mediación en la Empresa Familiar. La mediación aplicada de forma preventiva permite que la familia regule los aspectos que conciernen a la Empresa Familiar mediante la elaboración del Protocolo Familiar. Ello va a redundar en la mejora de la armonía familiar, en aras de la pervivencia de la Empresa Familiar. La mediación abarca de forma conjunta los tres tipos de conflictos que se producen en el ámbito de la Empresa Familiar: los personales, relativos a la propiedad de la empresa,

los concernientes a su gestión, así como los de carácter emocional. Este instrumento, en contraposición con la jurisdicción, supone un ahorro económico para la resolución de conflictos en la Empresa Familiar. La mediación reduce los costes económicos del mantenimiento del conflicto en el seno de la empresa, en relación con un descenso de la productividad. Asimismo, fomenta la participación de la familia en la toma de decisiones de la empresa, buscando aquellas soluciones más favorables para todos los implicados. Finalmente, permite acercar posiciones, disminuir la tensión y su coste, y ello tiene efectos positivos para el mantenimiento de la economía, por su presencia en el tejido productivo español.

La aplicación de la tecnología *blockchain* a la mediación en la Empresa Familiar presenta una serie de ventajas (22), relacionadas con la eficiencia material que implica la sustitución de la confianza de las partes en el cumplimiento del Protocolo Familiar por un control informático externo, que garantice su cumplimiento. Esta confianza virtual se sustenta en tres elementos: la inmutabilidad de los eventos, pues quedan registrados sin posibilidad de alteración en la cadena de bloques; el cumplimiento del contenido del Protocolo Familiar, que no se somete a la interpretación humana y se automatizan los remedios frente al incumplimiento, tanto de carácter civil como de carácter laboral; y la autoejecución del Protocolo Familiar conforme a lo pactado y programado. Para concluir podemos indicar que, en la mediación en la Empresa Familiar, la incorporación de la tecnología *blockchain* permitirá automatizar materialmente el *enforcement* de los acuerdos alcanzados y lo que dispone el art. 1256 Cc: que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de un de los contratantes.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABADI, J., BRUNNERMEIER, M., «Blockchain Economics», *CEPR Discussion Paper*, n.º 13420, 2016, [<https://ssrn.com/abstract=3310346>].

AL-BASSAM, M., SONNINO, A., BANO, S., Hrycyszyn, D., DANEZIS, G., «Chainspace: A Sharded Smart Contracts Platform», *NDSS*, 2018, pp. 1-16 [<https://www.semanticscholar.org/paper/Chainspace%3A-A-Sharded-Smart-Contracts-Platform-Al-Bassam-Sonnino/11628f59857d7a85971e8b68496016egd1737d9d>].

ALLAM, Z., «On Smart Contracts and Organizational Performance: A Review of Smart Contracts through The Blockchain Technology», *Review of Economic Business Studies*, vol. 11, n.º 2, 2018.

ALONSO DAL MONTE, C., NARANJO HERNÁNDEZ, M. J., «Mediación en empresas familiares», *Revista de Mediación*, n.º 10, 2012.

ARGELICH COMELLES, C., «Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual», *Indret*, 2, 2020, pp. 1-41, [<https://indret.com/smart-contracts-o-code-is-law-soluciones-legales-para-la-robotizacion-contractual/?edicion=2.20>].

BARRUETABEÑA ZENEKORTA, M., «La mediación en el contexto de los protocolos familiares», *Diario La Ley*, n.º 8479, 2015.

- BELLAMY, J., Hill, C., «Can the Blockchain Make Our Contracts Smarter?», *Cyberspace Lawyer NL 2*, vol. 21, n.º 11, 2016.
- BRIZ, M. J., FALCA, L., «Los conflictos en la empresa familiar y la mediación como forma de gestionarlos», *Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones: doctrina, jurisprudencia, temas procesales y registrales*, n.º 5, 2017.
- CHATZOPOULOS, D., GUJAR, S., FLTINGS, B., HUI, P. «Privacy Preserving and Cost Optimal Mobile Crowdsensing Using Smart Contracts on Blockchain», *2018 IEEE 15th International Conference on Mobile Ad hoc and Sensor Systems (MASS)*, 2018 .
- KEMP, R., «Legal Aspects of Artificial Intelligence (v2.0)», *Cyberspace Lawyer NL 2*, vol. 22, n.º 1, 2018.
- LUU, L., Chu, D. H., OLICKEL, H., SAXENA, P., HOBOR, A., «Making Smart Contracts Smarter», en *CCS 2016, Proceedings of the 2016 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security*, New York, ACM, 2016.
- MARTÍN NÁJERA, M. T., Pérez-Salazar Resano, M., Utrera Gutiérrez, J. L., «Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia». *Revista de mediación*, n.º 4, 2009.
- MARTÍNEZ MORENO, A., «El protocolo familiar en la familia empresaria», en Bouché Peris, J. H., Hidalgo Mena, F. L. (coords.), *Mediación Familiar*, Madrid, Dykinson, 2010.
- MELERO YNARAJA, J. L., «La mediación en la familia empresaria», *Revista de mediación*, n.º 4, 2009.
- O'SHIELDS, R., «Smart contracts. Legal agreements for the blockchain», *North Carolina Banking Institute*, vol. 21, n.º 1, 2017.
- OCARIZ, E. B., *Blockchain y Smart contracts. La revolución de la confianza*, Madrid, RC Libros, 2018.
- PÉREZ GIMÉNEZ, M.T., «La mediación en el marco del protocolo familiar», *Actualidad Civil*, n.º 9, 2010.
- REYERO SERRET, S., GIL BALLESTEROS, C., «Caso de Mediación: Mediación en una Empresa Familiar», *Revista de Mediación*, n.º 10, 2012.
- ROMAGOSA DANÉS, A., «La mediación en la empresa familiar», *Diario La Ley*, n.º 8699, 2016.
- TAPSCOTT, A., TAPSCOTT, D., *Blockchain revolution: how the technology behind bitcoin is changing money, business, and the world*, New York, Penguin Random House, 2016.
- TORRES FERRADÁS, A.M., «Mediación Compliance Officer (MCO): una nueva figura en la empresa», en Fariña, F. (coord.), *Construcción de paz a través de la mediación: conocimientos y prácticas de una*

metodología, Vigo, Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC), 2018 .

TORTAJADA CHARDÍ, P., SEBASTIÁ MAGANTO, E., «Empresa familiar y mediación», *Diario La Ley*, n.º 9248, 2018.

(1)

A. Martínez Moreno, «El protocolo familiar en la familia empresaria», en J.H. Bouché Peris y F.L. Hidalgo Mena. (coords.), *Mediación Familiar*, Madrid , Dykinson, 2010, pp. 387-412.

Ver Texto

(2) Para una explicación más detallada sobre la tecnología *blockchain*, vid. C. Argelich Comelles, «Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual», *Indret*, 2, 2020, pp. 1-41, disponible en: <https://indret.com/smart-contracts-o-code-is-law-soluciones-legales-para-la-robotizacion-contractual/?edicion=2.20>.

Ver Texto

(3) J. Bellamy y C. Hill., «Can the Blockchain Make Our Contracts Smarter?», *Cyberspace Lawyer NL* 2, vol. 21, n.º 11, 2016, pp. 6-12. L. Luu, D.H. Chu, H. Olickel, P. Saxena y A. Hobor, «Making Smart Contracts Smarter», en CCS 2016, *Proceedings of the 2016 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security*, New York, ACM, 2016, pp. 254-269.

Ver Texto

(4) J. Abadi y M. Brunnermeier, «Blockchain Economics», *CEPR Discussion Paper*, n.º 13420, 2016, pp. 2-6, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3310346>.

Ver Texto

(5) A. Tapscott y D. Tapscott, *Blockchain revolution: how the technology behind bitcoin is changing money, business, and the world*, New York, Penguin Random House, 2016 , pp. 56-92.

Ver Texto

(6) D. Chatzopoulos, S. Gujar, B. Fltings y P. Hui, «Privacy Preserving and Cost Optimal Mobile Crowdsensing Using Smart Contracts on Blockchain», *2018 IEEE 15th International Conference on Mobile Ad hoc and Sensor Systems (MASS)*, 2018 , pp. 442-450.

Ver Texto

(7) M.J. Briz y L. Falca, «Los conflictos en la empresa familiar y la mediación como forma de gestionarlos», *Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones: doctrina, jurisprudencia, temas procesales y registrales*, n.º 5, 2017, pp. 65-74.

Ver Texto

(8) A. Romagosa Danés, «La mediación en la empresa familiar», *Diario La Ley*, n.º 8699, 2016, pp. 1-5.

Ver Texto

(9) P. Tortajada Chardí y E. Sebastián Maganto, «Empresa familiar y mediación», *Diario La Ley*, n.º 9248, 2018, pp. 1-5.

Ver Texto

(10) J.L. Melero Ynaraja, «La mediación en la familia empresaria», *Revista de mediación*, n.º 4, 2009, pp. 6-11.

Ver Texto

(11) BOE 16.3.2007.

Ver Texto

(12) A.M. Torres Ferradás, «Mediación Compliance Officer (MCO): una nueva figura en la empresa», en Fariña, F. (coord.), *Construcción de paz a través de la mediación: conocimientos y prácticas de una metodología*, Vigo, Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC), 2018, pp. 414-418.

Ver Texto

(13) M. Barrietabeña Zenekorta, «La mediación en el contexto de los protocolos familiares», *Diario La Ley*, n.º 8479, 2015, pp. 1-5.

Ver Texto

(14) M.T. Pérez Giménez, «La mediación en el marco del protocolo familiar», *Actualidad Civil*, n.º 9, 2010, pp. 997-1019.

Ver Texto

(15) Existen otras plataformas como *Chainspace*. Vid. M. Al-Bassam, A. Sonnino, S. Bano, D. Hrycyszyn y G. Danezis, «Chainspace: A Sharded Smart Contracts Platform», *NDSS*, 2018, pp. 1-16 [disponible en: <https://www.semanticscholar.org/paper/Chainspace%3A-A-Sharded-Smart-Contracts-Platform-Al-Bassam-Sonnino/11628f59857d7a85971e8b68496016e9d1737d9d>].

Ver Texto

(16) *Blockchain*, disponible en: <https://www.blockchain.com/>.

Ver Texto

(17) *Ethereum*, disponible en: <https://www.ethereum.org/>.

Ver Texto

(18) E.B. Ocariz, *Blockchain y Smart contracts. La revolución de la confianza*, Madrid, RC Libros, 2018, pp. 111-112, concreta que este concepto alude al término «gasolina», porque pone en funcionamiento el *smart contract* de que se trate.

[Ver Texto](#)

(19) C. Alonso Dal Monte y M.J. Naranjo Hernández, «Mediación en empresas familiares», *Revista de Mediación*, n.º 10, 2012, pp. 34-41.

[Ver Texto](#)

(20) S. Reyero Serret y C. Gil Ballesteros, «Caso de Mediación: Mediación en una Empresa Familiar», *Revista de Mediación*, n.º 10, 2012, pp. 42-49.

[Ver Texto](#)

(21) M.T. Martín Nájera, M. Pérez-Salazar Resano y J.L. Utrera Gutiérrez, «Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia», *Revista de mediación*, n.º 4, 2009, pp. 12-35.

[Ver Texto](#)

(22) Sobre las ventajas, O'Shields, R., «Smart contracts. Legal agreements for the blockchain», *North Carolina Banking Institute*, vol. 21, n.º 1, 2017, pp. 177-194, indica que presenta una mayor rapidez y cuidado en las transacciones, mayor eficiencia y un mayor cumplimiento, reduciendo los costes por litigación. También se observa, como señala Kemp, R., «Legal Aspects of Artificial Intelligence (v2.0)», *Cyberspace Lawyer NL 2*, vol. 22, n.º 1, 2018, p. 48, una disminución de las tasas de error en determinadas operaciones, reducción de costos, retrasos injustificados, en virtud de más automatización, una reducción de la intermediación e intervención directa. Sobre las ventajas e inconvenientes en su conjunto, véase Allam, Z., «On Smart Contracts and Organizational Performance: A Review of Smart Contracts through The Blockchain Technology», *Review of Economic Business Studies*, vol. 11, n.º 2, 2018, pp. 137-156.

[Ver Texto](#)



Hacia la creación de tribunales transnacionales para las familias transnacionales: el ejemplo de la responsabilidad parental (1)

Towards the creation of transnational courts for transnational families: the example of parental responsibility

El presente estudio aborda la posibilidad de ofrecer a los miembros de las familias transnacionales el acceso a tribunales transnacionales, tanto arbitrales, como judiciales. Con ello no sólo se reducirá la sustracción y el traslado ilícito internacional de los menores sino, de manera más general, disminuirán los conflictos dentro de las familias transnacionales. El hecho de ofrecer la posibilidad de acceso a un tribunal supraestatal, donde ambos progenitores estén representados por igual, que refleje las dos identidades geográficas, culturales, lingüísticas y, a veces, religiosas de la familia, elimina situaciones dramáticas y la penalización para los que tratan de reanudar el diálogo con el propósito de alcanzar una solución concertada. La multinacionalidad del tribunal propicia esencialmente la prevención de los litigios contribuyendo con ello a la desconflictualización y desjurisdiccionalización de las relaciones humanas. Y ello en beneficio no sólo para el interés superior del menor, sino también en interés de los padres y de las comunidades involucradas.

Responsabilidad parental, Derecho de custodia y de visita, Tribunales transnacionales.

This study addresses the possibility of providing transnational family members with access to transnational courts, both arbitral and judicial. This will not only reduce the abduction and illicit international transfer of children, but more generally reduce conflicts within transnational families. Offering the possibility of access to a supranational court, where both parents are equally represented, reflecting the two geographical, cultural, linguistic and sometimes religious identities of the family, eliminates dramatic situations and the penalization of those who try to resume dialogue with the aim of reaching an agreed solution. The multinational nature of the tribunal essentially favours the prevention of disputes, thus contributing to the deconflictualisation and de-jurisdictionalisation of human relations. This is not only in the best interests of the child, but also in the interests of the parents and communities involved.

Parental responsibility, Custody and access rights, Transnational courts.



Gian Paolo ROMANO

Catedrático de la Universidad de Ginebra

1. El título de estas páginas sorprenderá a muchos. En el Derecho de familia, se acepta generalmente que los jueces «*mono-nacionales*» —o «*mono-estatales*», es decir, aquellos cuyos poderes emanan de *un solo* Estado soberano—, ejercen un monopolio de la jurisdicción internacional, es decir, la jurisdicción para resolver las controversias derivadas de las relaciones humanas multinacionales: las que tienen su origen y se extienden por el territorio de varios Estados, «*bi-territorialmente*» o «*multi-territorialmente*». Ello implica que un litigio ítalo-suizo o helvético-chino, que opone a los padres de un niño ítalo-suizo o helvético-chino, únicamente puede ser sometido a un tribunal «mono-nacional» —ya sea *italiano*, *suizo* o *chino*—, pero no a un tribunal *transnacional* «*bi-nacional*» o «*mixto*» —ítalo-suizo o helvético-chino—, simplemente, porque tal tribunal no existe.

Como apunté, ello es especialmente relevante en el Derecho de familia. No en vano existe la tendencia a considerar que la forma de justicia, conocida como arbitraje, no es compatible con las controversias relativas a los derechos subjetivos y las obligaciones de carácter familiar. Cabe precisar que el arbitraje *internacional* es administrado por tribunales que son *transnacionales* en diversos aspectos (2). También debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, los tribunales arbitrales son prácticamente los únicos de composición *multi-nacional* ante los que pueden acudir los particulares para resolver los litigios suscitados más allá de las fronteras entre personas privadas —*algunos* litigios, los que son arbitrables—, sin embargo, los tribunales arbitrales no son los únicos a los que se podría confiar tal tarea. Existen tribunales multinacionales que podrían calificarse de *judiciales* —o *interestatales*— por oposición a los *arbitrales*, aunque no pueda afirmarse que tal oposición sea siempre clara e incluso realmente útil (3).

Considero de interés suscitar la posibilidad de ofrecer a los miembros de las familias transnacionales el acceso a tribunales transnacionales, sean arbitrales o judiciales. Ciertamente, el Derecho de familia es de enorme amplitud. Abarca el sector del derecho *patrimonial* de la familia: régimen matrimonial, obligaciones de alimentos, sucesiones, etc. Mas las cuestiones que me interesan aquí no son las directamente patrimoniales, sino las que afectan, simplificando un poco, a la responsabilidad parental, al derecho de custodia y de visita y al derecho a las relaciones personales. En la medida en que tales relaciones no son directamente patrimoniales, se considera por lo general que son impermeables a la justicia arbitral internacional. Y, como consecuencia de ello se deniega a las personas humanas concernidas —en general, el menor y sus padres— el beneficio de unos tribunales de composición multinacional que reflejen la internacionalidad de la familia (4).

2. Para ilustrar mi propósito, comenzaré refiriéndome a dos historias: «*histoires vécues*», haciéndome

partícipe del libro que el narrador del Principito dice haber descubierto «*a la edad de seis años*». Precisamente al tratarse de niños ¿cómo no evocar este enriquecedor libro y la exaltación de la infancia que en él se contiene?: «*Les grandes personnes —en revanche— ne comprennent jamais rien toutes seules, et c'est fatigant, pour les enfants, de toujours et toujours leur donner des explications*» (5).

Resulta de interés suscitar la posibilidad de ofrecer a los miembros de las familias transnacionales el acceso a tribunales transnacionales, sean arbitrales o judiciales.

La primera historia tiene como protagonistas a dos esposos libaneses sunitas que se instalaron en Ginebra unos años después de su matrimonio, celebrado en Saïda (6). Fruto de esta unión, nació un niño, Naël. Naël vivió primero en Beirut y luego en Ginebra, por lo que habla fluidamente dos idiomas, árabe y francés. Lamentablemente cuando tenía ocho años se produjo una crisis de consecuencias irreversibles, regresando el padre a vivir al Líbano pero con la pretensión de que su hijo se reubicase allí con él. Por el contrario la madre desea que Naël siga creciendo a su lado en Ginebra. En suma, un desacuerdo entre los padres sobre el destino de su hijo como consecuencia de la separación que, desgraciadamente, es muy frecuente en todas las partes del mundo. Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo transaccional, sería muy adecuado que una autoridad —neutral, imparcial, «*equidistante*» de las partes— «*arbitrase*» y resolviese el conflicto. Pero en una situación de esta naturaleza únicamente los jueces de los dos Estados implicados en cuestión poseen «*vocación*» para realizar tal cometido. De hecho, la familia tiene vínculos con dos comunidades estatales, ambas implicadas en esta controversia y en principio «*co-interesadas*» en resolverla. Se trata de una familia transnacional, cuyos miembros transitan y están destinados a transitar «*transterritorialmente*». El ejercicio de los derechos subjetivos de custodia y visita, independientemente de cuál sea el progenitor que los posea, y el cumplimiento de las obligaciones resultantes por parte del otro progenitor, presuponen una pauta de comportamiento que se extiende tanto al territorio suizo como al territorio libanés..

La doble «*vocación*» jurisdiccional a la que anteriormente aludí se individualiza en este caso. El tribunal de primera instancia de Ginebra, al que recurrió la madre, declaró su competencia en virtud de la última residencia habitual del menor (7) y atribuyó la custodia de Naël a su madre ordenando que el menor se integrase al comienzo del curso escolar en el Collège du Léman. Hasta aquí la perspectiva suiza. Pero, desde la perspectiva libanesa, el padre se opone a que un tribunal integralmente *helvético* tenga la última palabra. Remite el asunto al juez suní de Beirut, que también se considera competente —e incluso exclusivamente competente— en virtud de la nacionalidad y la religión de todos los interesados, pasa por alto la litispendencia, concede la custodia al padre y ordena a la madre que le entregue el niño, que debe asistir a la Escuela Americana de Beirut. (8)

¿Se ha resuelto el conflicto parental? y, en tal caso ¿de qué forma?

Nos hallamos ante un conflicto helvético-libanés entre (supuestas) decisiones en las cuales cada Estado fija la futura residencia, de Naël, en el país de las que emanan y confía la custodia al progenitor que reside en dicho territorio. Se trata de un conflicto entre dos justicias estatales mono-nacionales que, en el fondo, se neutralizan mutuamente. La «cosa», es decir la concreta relación humana, se se ha juzgado. ¿Hasta qué punto una autoridad mono-nacional que resuelve a través de una decisión que no es válida más allá de las fronteras del «territorio interior» (*Inland*) del Estado del que derivan sus poderes, puede pretender «decir el derecho» (*ius dicere*) regular una relación humana que se extiende sobre un espacio multinacional, esto es, en un territorio que también incluye el territorio «soberano» como el del otro Estado? (9) La Justicia, con una «J» mayúscula, en realidad no se pronunció al respecto. Porque Naël todavía no sabe quién tiene su custodia, si debe vivir con su madre en Suiza o con su padre en el Líbano, si debe ir al Collège du Léman en Ginebra o a la American School en Beirut. Es rehén de las disensiones de los dos Estados que deben proveer su bienestar. Está inmerso en lo que parece ser una «denegación internacional de justicia».

Cabe señalar que es probable que se intensifiquen las hostilidades jurisdiccionales. El juez libanés puede adjuntar a la orden que dirige a la madre —que tiene propiedades en el Líbano— sanciones pecuniarias progresivas por cada día de retraso: cien dólares diarios por la primera semana de retraso, doscientos diarios por la segunda, trescientos por la tercera. Y como muestra un fallo del Tribunal Federal, los tribunales libaneses no dudan en invocar esas *multas coercitivas* (10). Por su parte, las autoridades de Ginebra pueden sospechar que en el momento en que Naël ponga un pie en territorio libanés, la policía de este país lo detenga por la fuerza y lo entregue a su padre. Consecuencia: para evitar que Naël sea retenido en el Líbano (acción que a pesar de ser totalmente lícita para este país, sería ilícita en Suiza), Suiza le retira el pasaporte a Naël hasta nuevo aviso, con la *prohibición de salir del territorio helvético* (11) y la imposibilidad de visitar, tanto a su padre en Líbano, como y a sus cuatro abuelos que viven todos en Beirut y con quienes mantuvo fuertes lazos a lo largo de sus primeros años de niñez (12). Al niño se le excluye su entorno libanés esencial para definir su identidad familiar, lingüística, cultural, social y religiosa.

3. El segundo caso discurre en el interior de la de la Unión Europea (13). La señora Sneersone de nacionalidad letona y el señor Campanella, italiano, se conocen en Roma. De su unión nace un niño, Marko: con una «k» para ser precisos, pues de ello depende su identidad. Marko tiene doble nacionalidad, letona e italiana. Los padres de Marko viven juntos en la «Ciudad Eterna». Pero lejos de ser eterna, su unión es incluso bastante efímera, porque Marko tiene apenas un año cuando sus padres se separan. Sintiendo sin recursos en Italia y necesitada de apoyo, incluido el financiero, que su antiguo novio precisamente no le proporciona, la Sra. Sneersone regresa a Letonia. Con Marko, por supuesto. Y todo esto sin pedir el permiso del padre. ¿De qué sirve preguntar lo que seguramente será rechazado? Técnicamente la madre de Marko sería culpable de una sustracción ilícita, según la Convención de la Haya de 1980, de la cual Italia y Letonia son parte. Tanto es así que el padre, irritado por la actuación unilateral y en principio ilícita de la señora Sneersone, acude al Tribunal de Riga que se negó, a ordenar la repatriación de Marko a Roma, invocando la «situación intolerable» a la cual sería expuesto el menor al regresar a Italia, así como la separación de su madre (14). A esto siguieron varios años de confrontación jurisdiccional en los escenarios italiano y letón. En una decisión posterior, el juez letón otorgó la custodia de Naël a la madre. Pero mientras tanto el

padre había acudido al Tribunal de Roma, que falló a su favor ordenando a la Sra. Sneersone que trajera a Marko de vuelta a Italia.

La desavenencia entre la madre y el padre de Marko produjo un desacuerdo —mejor, degeneró en un desacuerdo— entre el «*Estado de la madre*», la *madre-patria* en el sentido propio de la palabra, Letonia, y el «*Estado del padre*» —*Vaterland* en alemán— Italia. ¿Marko es el «*niño del país*» o es el niño de *dos* países? No sólo tiene dos padres, que son los *principales responsables de su bienestar*, sino también dos Estados de los que es el «*niño*», que son *subsidiariamente corresponsables*, ya que la responsabilidad subsidiaria de las autoridades estatales se pone en marcha precisamente en caso de conflicto entre los principales responsables, los padres y los padres del niño (15). Y los dos responsables *subsidiarios* —Letonia e Italia— tampoco estuvieron de acuerdo, al igual que los dos responsables *primarios*: la madre y el padre. Y lo que es más grave, al no estar de acuerdo para resolver este litigio familiar italo-letón, los dos Estados terminaron por *crystalizarlo*. Alimentaron con ello la guerra parental, en vez de aportar paz a las familias y orden a la vida «binacional» de Marko. Es obvio que el desacuerdo entre comunidades estatales es tan perjudicial para el interés del menor como el desacuerdo entre los mismos padres; y lo es en mayor medida, puesto que se corre el riesgo de que sea jurídicamente irresoluble.

Para superar este enfrentamiento jurisdiccional, la República de Letonia puso en marcha un proceso contra la República italiana ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por violación del denominado Reglamento «Bruselas II-bis» (16). Esto colocó en primer plano la dimensión interestatal del conflicto (17). El caso sería llevado más tarde ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Prefiero omitir aquí las conclusiones.

4. Lo que me interesa resaltar es que estos dos casos no tienen nada de excepcional. Para comprobar esto basta con consultar el resumen de las batallas jurídicas que ofrece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las decisiones sobre la interpretación del Reglamento Bruselas II-bis. Veamos una muestra:

Las dos sentencias *Purrucker* fueron motivadas por un caso hispano-alemán el cual, antes de ser sometido al Tribunal de Luxemburgo, había dado lugar a 16 decisiones, 11 en Alemania y 5 en España, y había generado un conflicto de decisiones hispano-alemanas: los tribunales españoles fallaron a favor del padre español y los alemanes a favor de la madre alemana (18). El caso *Rinau*, también produjo 16 decisiones (4 en Alemania y 12 en Lituania), derivando en un conflicto germano-lituano de decisiones, dado que los jueces alemanes se pronunciaron a favor del padre alemán y los tribunales lituanos a favor de la madre lituana (19). Pero de todos ellos acaso el más terrible sea el asunto *Povse*. Mauro Alpage, italiano, y Doris Povse, austriaca, se conocieron en Venecia donde Doris Povse fue aprender el italiano. Tuvieron una niña, Sofía, que vivió sus primeros años con sus padres en Venecia. A raíz de la separación de éstos, la madre regresó a Viena llevándose con ella a Sofía. Tras montar un escándalo el padre recurrió a la justicia. Durante la primera fase del litigio, antes de que el caso llegase al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se produjeron 14 decisiones: 3 en Italia y 11 en Austria: pese a la cantidad de apelaciones, recursos, medidas provisionales y cambios de circunstancias, los tribunales italianos confiaron la custodia de la niña al padre y

ordenaron su regreso a Italia. Por su parte, los tribunales austriacos, ordenaron que la custodia de la menor fuese confiada a la madre y que ésta permaneciese en Austria. El caso registró unas quince decisiones más, sumando un total de 30 (20) —¡treinta!— hasta llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (21) . También podemos citar el caso *Zarraga* que generó 10 procesos judiciales en total, 7 en España y 3 en Alemania que desembocaron en un conflicto hispano-alemán de decisiones con resultado predecible: los tribunales españoles confiaron la custodia de la menor Andrea al padre español y los tribunales alemanes a la madre alemana (22) . Con posterioridad, el caso *W, V c. X*, dio lugar a un fallo del Tribunal de Luxemburgo de 15 febrero 2017 (23) : madre lituana y padre neerlandés, 15 decisiones en total y seis años de guerra encarnizada... Las decisiones lituanas casi sistemáticamente a favor de la madre, que no fueron reconocidas por Países Bajos, puesto que los jueces holandeses se pronunciaron en favor del padre. Un último ejemplo: Stefano Liberato, italiano, y Luminita Luisa Grigorescu, rumana, se casaron en Roma en 2005, donde fijaron su domicilio conyugal y donde nació un niño en febrero de 2016; se separaron en 2007, y poco después la Sra. Grigorescu llevó al niño a Bucarest: siguieron *doce años* (¡ 12!) de batallas —en el curso de las cuales el Tribunal de Teramo (en Abruzzos) atribuyó la custodia exclusiva al padre italiano y el Tribunal de Bucarest confirió la custodia exclusiva a la madre rumana— hasta que el Tribunal de Luxemburgo resolviese en enero de 2019 (24) . Durante estos doce años, el niño, que seguramente es binacional, italiano-rumano, no pudo volver a pisar Italia.

En cada uno de estos casos, dos maquinarias judiciales mononacionales han estado en gran parte inactivas por enfrentarse infructuosamente *entre ellas*.

Tratemos de imaginar los costos. En primer lugar para los *contribuyentes*, que financian en gran medida los servicios prestados por las autoridades judiciales , las autoridades administrativas —incluidas las diplomáticas y policiales—, los servicios de protección del menor y todos los demás profesionales llamados a intervenir en los litigios transfronterizos. El litigio que enfrentó a Doris Povse contra Mauro Alpago costó a los contribuyentes *italianos* y a los contribuyentes *austriacos* varios cientos de miles de Euros: dinero público utilizado para financiar una guerra intrafamiliar con el consiguiente congoja de familias en vez de utilizarse para el mantenimiento de esas mismas familias y para construir y mejorar el estado de nuestras carreteras y puentes que, como evidencia el drama del Puente Morandi en Génova, necesitan desesperadamente esos recursos.

La Unión Europea en su conjunto está perdiendo bienestar.

Una parte de los costos están financiados por las propias partes del litigio. Durante una entrevista mantenida en diciembre de 2018, Doris Povse manifestó haber gastado más de 100.000 Euros en su cruzada judicial (25) . Podemos imaginar, que lo mismo le sucedió a Mauro Alago para llevar a cabo la suya. Es evidente que este dinero no pudo invertirse en la educación de su hija. Hace algunos meses tuve la oportunidad de entrevistarme, acompañado de dos colegas, con Isabelle Neulinger, protagonista del caso probablemente más famoso en los últimos años de sustracción ilícita internacional de menores (26) . Se trata de su hijo Noam Shuruk que Isabelle consiguió, ya al borde de la desesperación, llevarse de Israel a Suiza alejándolo de su padre. Este último tras su matrimonio se había adherido a una secta ultraortodoxa y había amenazado a desaparecer junto con Noam en el

seno de una comunidad Chabad-Lubavitch en cualquier parte mundo. Para hacer frente a los costos de los procesos judiciales —que se llevaron a cabo ante siete tribunales diferentes (27) — Isabelle Neulinger se vió obligada a pedir prestado sumas importantes que aun, al día de hoy, se encuentra en proceso de devolución.

Asimismo, cabe hacer referencia a los costos indirectos que acostumbran a no ser incluidos en este cálculo o que no pasan, como quien dice, «bajo el radar». Citemos un pasaje de un libro con el evocador título: «*En nombre del niño - Separar sin desgarrar*» («*Au nom de l'enfant - Séparer sans se déchirer*»). La autora, Anne Reiser, una de las más conocidas especialistas en litigios familiares internacionales, escribe lo siguiente: «*los gastos de la salud se disparan... Todo el mundo tiene su propio psiquiatra, la situación socio-profesional de [las personas] en litigio se está deteriorando por ... renunciar a sus empleos después de una prolongada licencia por enfermedad y terminan incapacitadas o precisadas de asistencia social*» (28). Béatrice Martha C., trasladó a su hija (29) de Túnez a Suiza a principios de los años noventa para alejarla de su padre tunecino, quien, con el apoyo de las autoridades tunecinas, había amenazado con impedir que saliera de Túnez hasta que alcanzara la mayoría de edad, vivió durante varios años en un estado de ansiedad y de angustia semipermanente ante el temor de que el padre viniera a Suiza para llevarse a la hija y la llevase por la fuerza a Túnez. Béatrice Martha C. está ahora gravemente enferma de cáncer, lo que, según su médico, se ha visto favorecido por años de angustia, lo que le ha obligado a jubilarse anticipadamente. Los residentes suizos con seguro médico pagan decenas de miles de francos al año por su tratamiento. Isabelle Neulinger también vivió durante varios años con el temor de un «contra-traslado ilícito» y, aún hoy, nos confesó que está «*en estado de alerta*». No es tampoco difícil imaginar el calvario vivido por los niños y los adolescentes que crecen «*desgarrados*» por los interminables procedimientos, por los prolongados conflictos entre los padres y por los continuos desacuerdos entre los Estados interesados acerca de cómo resolver los conflictos inter-parentales y la separación forzosa de uno de sus padres como resultado de la prohibición de que abandonen el territorio de uno de los Estados «*cointeresados*». Las cicatrices dejadas por tales tragedias son muy a menudo indelebles.

5. Nos referiremos también a la jurisprudencia suiza reciente. Un tribunal de Rumania confía la custodia de un menor a su padre, ciudadano rumano residente en Bucarest. La madre que vive en Suiza, obtiene la decisión de un tribunal del cantón de Vaud, que fija la residencia del niño junto a ella en Lausanne (30). Un conflicto helvético-rumano de decisiones. Podemos también citar este otro caso: un tribunal de Sousse decide que el menor deberá vivir en Túnez junto a su padre, tunecino. La madre, ginebrina, se opone al reconocimiento, en Suiza, de dicha sentencia que estima «*sesgada*» —volveré más adelante sobre este punto—. El Tribunal de Justicia de Ginebra, constata una falta de competencia judicial indirecta y rechaza el reconocimiento de dicha sentencia. El Tribunal federal confirma esta decisión (31). La puerta está abierta para que la madre obtenga una «*contra decisión*» suiza que le sea favorable, y que entraría en conflicto con la decisión tunecina, la cual, claro está, no dejará de ser ejecutoria en territorio tunecino por el simple hecho de no ser aceptada en Suiza. Este desacuerdo entre Suiza y Túnez sumergirá al menor y a los padres en un espacio internacional sin ley (32).

Dado que el Derecho se difumina, no hay nada que impida que este conflicto entre seres humanos se

resuelva mediante una *irrupción de la ley de la naturaleza* —la ley del más fuerte, del más rápido, del más duradero, del más temible, del más amenazador— la misma ley que domina en la selva, así como en la sabana, en la estepa y en los océanos. En un caso similar —franco-suizo, dado que este tipo de desacuerdo puede igualmente surgir entre buenos vecinos— el curador nombrado para el menor me confió que: *«El niño se encuentra en con alto grado de angustia. Se siente responsable del conflicto entre sus padres e igualmente, ahora, del conflicto estatal que existe con respecto a la mejor manera de dirimir conflictos entre sus padres. Todo esto es insoportable para él. Incluso ha intentado suicidarse en dos ocasiones».*

6. Creo que todo el mundo está de acuerdo: el bien de nuestros hijos y de sus padres exige que resolvamos, y en primer lugar que prevengamos, estas situaciones de desacuerdo entre las comunidades estatales sobre cómo resolver un conflicto entre los padres en relación con la determinación de la residencia de un menor, que es miembro de dos comunidades. ¿Pero cómo se puede hacer esto?

Por mi parte, me permití preguntar una opinión... ¿de quién? No de un adulto, sino... de una niña. ¿Acaso no insistimos en la importancia que tiene la «voz» de los niños, a sus puntos de vista en cuanto a un litigio que enfrenta a sus padres?

Esta niña me es cercana. Es mi sobrina, la hija de mi hermana gemela. Se llama Matilde y tiene casi catorce años. Es italiana y vive en Milán. Es inteligente, entrañable, «conectada» con el mundo, sensible, a pesar de que a veces se crea una estrella... Y como ciertas estrellas, suele ir a Suiza de vacaciones, en verano y en invierno. Le gustan muchas cosas de Suiza: el chocolate, obviamente, las pistas de esquí, el sol generoso del Engadina, los trenes de montaña, las cabañas con sus banderas... Y entonces, en medio de una caminata por el Valle de Aosta —cuando ella tenía once años— con todos estos asuntos en mi cabeza, le hice la siguiente pregunta: *«Imagínate por un momento que tu padre es suizo y que tu madre y tu padre viven separados. Tu madre quiere que vivas con ella en Italia y tu padre quiere que vivas con él en Suiza. Tu madre va a ver el juez italiano y tu padre al juez suizo. El juez italiano te dice: "vas a vivir con tu madre en Italia" y el juez suizo te dice: "vas a vivir con tu padre en suiza". ¿Qué hacemos Matilde?».*

Su respuesta inmediata fue la siguiente: *«Los despedimos a ambos»* (*«li licenziamo entrambi»*) (33) .

«Está bien. Pero... si los despedimos a los dos, ¿cómo lo hacemos? ¿tienes una respuesta para esto?».

«Llamamos a Obama» (*«Chiamamo Obama»*).

La respuesta de Matilde se inspiró probablemente en la percepción de la sabiduría del presidente americano de la época, y de su «equidistancia» tanto de Suiza y de Italia, como de su de su padre y su madre.

Imaginemos entonces que nuestros protagonistas se inspiren de dicha respuesta. Y que, en cuanto al primer caso, los padres de Naël, para superar el problema resultante de un conflicto helvético-

libanes de decisiones y de órdenes jurídicos, recurran a un «*panel*» helvético-libanes, de tres «*expertos*». En cuanto a la designación de los miembros de este panel, una primera opción sería permitir a los padres participar en igualdad de condiciones. Y así la madre designaría a un especialista suizo seleccionado a partir de una lista de prestigiosos nombres establecidos por Suiza, en caso de que el proceso sea «*publico-privado*», ya que participarían tanto los padres como los dos Estados interesados. Podría ser un juez, incluyendo jueces retirados, un profesor, un abogado... Los profesores Andrea Bonomi o Andreas Bucher, Anne Reiser, los jueces Grégory Bovet o Yves Donzallaz, por citar algunos. No conforme con la elección el padre podría escoger aun experto libanes —previsiblemente de confesión musulmana— dentro de una lista de personas calificadas para este fin que figuran en una lista de personas elaborada en el Líbano. Una segunda opción consistiría en confiar, *únicamente*, dicha nominación a los dos Estados interesados, sin que medie una participación directa de los dos padres. Prefiero no insistir en cuanto a los pros y contras de cada una de estas opciones.

En cuanto al tercer miembro, la elección podría recaer en el Secretario General de la Conferencia de La Haya, que tendría a su disposición las listas nacionales de potenciales miembros. Ahora bien —cabe advertir— el Líbano no es miembro de la Conferencia de la Haya. Podría entonces, haciendo prueba de un poco de imaginación —a partir de la creatividad de nuestros hijos, como Matilde— someter dicha tarea al Presidente del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Siguiendo el modelo de la cuasi-totalidad de nuestros tribunales internacionales, el presidente no podría ser en principio ni suizo, ni libanes: podría tratarse de un italiano, de un inglés, de un canadiense... ¿Pero no son Suiza y el Líbano «*naciones unidas*», unidas por la pertenencia —precisamente— a la Organización de las Naciones Unidas? Unidas estas dos comunidades estatales en tanto que contratantes de la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los derechos del niño. Al igual que prácticamente todos los Estados del mundo —es, en efecto, un tratado universal— Suiza y el Líbano, al ratificar este texto, están conjuntamente comprometidos con los derechos del niño consagrados en la Convención, a respetarlos y a hacerlos respetar. Sin embargo, en lo que concierne a Naël, un buen número de estos derechos están siendo violados por Suiza y por el Líbano (34). Se trata entonces de una violación conjunta entre Suiza y el Líbano que son «*corresponsables*» por su incapacidad de alcanzar un acuerdo sobre la suerte de Naël. «*Desunidas*» en este punto, estas dos naciones «*desunen*» nuestras familias helvético-libanesa.

No nos detendremos en cuanto al procediendo que deberá seguir dicho «*colegio*» binacional. Supongamos que su fallo sea el siguiente: Naël vivirá sus primeros 16 años en Ginebra; el padre tendrá amplios derechos de visita. que podrá ejercer en cualquier lugar que desee, incluido, por supuesto, el Líbano; la madre también podrá llevar a Naël al Líbano para que se reúna con sus abuelos maternos; cuando cumpla 16 años, a menos que se oponga, Naël asistirá a la escuela en Beirut y residirá con su padre durante un año; entonces podrá elegir dónde pasar el último año de escuela antes de alcanzar la madurez.

7. ¿Qué valor tendría una decisión de este tipo? En la medida en que se permita a los padres la designación de dos miembros del colegio «*supra-estatal*» —que sería la primera opción mencionada anteriormente— estaríamos probablemente tentados de llamarla «*arbitral*» o de «*semi-arbitral*» ¿Es

necesario recordar que los tribunales arbitrales internacionales son verdaderos *tribunales*, compuestos por *jueces* que ejercen la *jurisdicción* para dirimir un conflicto internacional por medio de una *decisión*?

Reparemos entonces que en otra Convención de las Naciones Unidas, la del 10 de junio de 1958, sobre el reconocimiento de los laudos arbitrales, no se impide a los Estados que la han ratificado, casi 160, aplicarla a las *controversias no comerciales*. El obstáculo —en caso de que lo hubiera— vendría más bien de los textos *nacionales* que definen la *arbitrabilidad*. Es bien sabido que una noción como esta puede variar según los Estados. Para la LDIP suiza, es la «*materia patrimonial*» la que determina la arbitrabilidad de los litigios (35). Recordemos que la decisión libanesa que amenazo a la madre con una multa pecuniaria (*astreinte*) por cada día de retraso en la entrega del menor al padre. ¿Bastaría esto para conferir al litigio un carácter patrimonial? Ciertamente no. Este aspecto fundamental de la responsabilidad parental, que es también una responsabilidad *financiera*, debería por lo tanto ser arbitrable en el sentido de la LDIP y de las otras leyes que hacen depender la arbitrabilidad de la naturaleza patrimonial de situaciones jurídicas controvertidas.

Si la arbitrabilidad de las controversias no patrimoniales se basa en la posibilidad de que los padres alcancen un acuerdo transaccional, deberían considerarse arbitrables una serie de litigios parentales

Otros Estados permiten que las personas enfrentadas en una controversia no patrimonial recurran a tribunales arbitrales. Dos ejemplos son Alemania y Portugal: las disposiciones de la ZPO y de la ley portuguesa sobre arbitraje indican que tratándose de *controversias no patrimoniales* es factible la vía del arbitraje siempre que se trate de asuntos en los cuales las partes sean libres de concluir un «*acuerdo transaccional*» (*Vergleich*) (36). Esta es la tendencia más moderna que parece tener más posibilidades de difundirse (37). Ahora bien, ¿satisface tal criterio las cuestiones inherentes a la responsabilidad parental? Si las «*partes*» son ante todo los *padres*, debe reconocerse que, hoy más que nunca, resulta de suma importancia *promover* un *acuerdo*, esto es, una solución amistosa entre ellos. Pensemos en los recursos crecientes que invierten los Estados en la mediación familiar (38). ¿No tiene por objeto la mediación promover que los padres encuentren por sí mismos una manera conjunta de organizar la residencia de su hijo y sus relaciones personales? A veces se trata de «*privatización*» —«*private ordering*» en la doctrina anglo-americana— o de «*contractualización*» del Derecho de familia. Sean cuales fueren estas categorías, seguiría siendo bastante paradójico si, por un lado, se dijera a los padres: «*Sería bueno que pudierais alcanzar un acuerdo*» y «*os animaremos a hacerlo*»; y que, por otro lado, se les dijera «*por cierto, aunque alcancéis este acuerdo, no tendrá gran valor porque no teníais poder para celebrarlo*», porque estas cuestiones no son «transigibles». Considero, por lo tanto, que si la arbitrabilidad de las controversias no patrimoniales se basa en la posibilidad de que los padres alcancen un acuerdo transaccional, deberían considerarse arbitrables una serie de litigios parentales.

Sin embargo, también considero que basarse en el texto de las disposiciones de una determinada ley no es realmente la mejor manera de abordar la cuestión. Es preferible llegar al meollo del asunto, identificando las reservas sobre el arbitraje internacional en nuestra materia desde una perspectiva de *política legislativa*. Digamos de entrada que una investigación superficial, tanto doctrinal como jurisprudencial, de tales reservas conduce a dos observaciones. La primera observación es que la mayoría de las veces, cuando así se hace, se citan de forma fugaz, mecánica o un poco por inercia, porque lo implícito supera en gran medida lo explícito; a veces se tiene la impresión de que se está ante un dogma —la no arbitrariedad de los litigios que afectan al menor— que no sería necesario demostrar y que ni siquiera sería demostrable. Segunda observación: con una controversia interna en mente, es decir, en relación con un menor cuya vida forma parte de una comunidad estatal única el análisis se llevaría a cabo esencialmente a través del arbitraje interno. Hasta donde se me alcanza, no se ha prestado mucha atención a si las preocupaciones que pueden suscitarse internamente son transferibles al ámbito internacional (39). Se carece de un análisis pormenorizado en orden al costo adicional en relación con el menor transnacional, que tenga en cuenta la ausencia de tribunales judiciales bi-nacionales o internacionales. Como demuestran los casos en estudio, los dos esquemas no son análogos en un aspecto fundamental: un tribunal arbitral nacional —incluido el tribunal arbitral formado por un árbitro *único*— es el *alter ego* del tribunal nacional, cuyo acceso a los litigantes está garantizado por las Constituciones nacionales; en cambio, un tribunal arbitral internacional no es *alter ego* de un tribunal judicial internacional, que no existe. En resumen, si la justicia interna es judicial o arbitral, la justicia internacional, mientras que no se establezcan tribunales internacionales de carácter *judicial*, solo puede ser *arbitral*.

Paso entonces a enumerar las reservas suscitadas por el arbitraje en el contencioso multinacional acerca del menor y para examinar su pertinencia, particularmente, con respecto de la situación de Naël y de Marko.

8. *a) Orden público*. Las cuestiones suscitadas (este es el primer argumento) tienen que ver con el orden público y esta implicación no sería conciliable con las características inherentes al arbitraje. A lo que es posible objetar que el conflicto entre los órdenes jurídicos libaneses y suizos en cuanto a la suerte de Naël refleja efectivamente un conflicto de órdenes públicos mono-nacionales. Cada uno de los Estados tiene su propio método de «ordenar» de la mejor manera el régimen transfronterizo de la custodia y de las relaciones personales. Sin embargo, un conflicto de órdenes públicos no pone «orden» en los destinatarios sino que les sumerge en un *desorden internacional*, que es, precisamente, la *negación* del orden, favoreciendo, como hemos visto, el advenimiento de una justicia *privada*, aquella hecha por uno mismo («*self-justice*»), que conduce a la quiebra del Derecho. Baste atender a un ejemplo trivial: si una pareja desea ordenar su vivienda, que se supone está desordenada, y la esposa tiene una visión de cómo ordenar las cosas, el marido una visión distinta y ninguno de los dos se encuentran dispuestos a hacer concesiones, lo más probable es que los espacios comunes se queden en desorden.

Aceptando remplazar sus contradictorias decisiones de justicia mononacional por una decisión de justicia internacional arbitral —una sola— Suiza y el Líbano conferirían realmente a Naël y sus padres los beneficios de un *orden público* digno de este nombre que no puede tener otro carácter que *bi-*

estatal.

b) *Derechos indisponibles*. El segundo argumento se refiere a la indisponibilidad de los derechos. Supongamos que los derechos subjetivos en cuestión sean verdaderamente *indisponibles*. Sería paradójico *asimilar* a una *disposición*, es decir a una *renuncia* de sus derechos de custodia y visita la iniciativa tomada por el padre y la madre de Naël quienes, constatando el conflicto internacional de decisiones, tratan de superarlo dirigiéndose a nuestro colegio bi-nacional. Al someterse a un tribunal helvético-libanes, nuestros personajes no están realmente «*disponiendo* de sus derechos». Se limitan a saber *cuáles* son sus derechos, para poder ejercitarlos, y cuáles son sus obligaciones para poder cumplirlas. La decisión suiza declaró: «*Es la madre la que tiene el derecho de custodia y el padre el derecho de visita*». Por contra, la decisión libanesa dispuso: «*No, es el padre quien tiene el derecho de custodia y la madre el derecho de visita*». Por consiguiente, los derechos subjetivos de custodia y de visita dignos de este nombre —que los padres tienen la posibilidad de ejercer y cuya observancia pueden reivindicar recíprocamente, incluso acudiendo a la fuerza pública— no existen todavía. En efecto, para que esos derechos subjetivos existan deben ser reconocidos y protegidos bi-nacionalmente. Precisamente para que los derechos de custodia y de visita puedan existir como *derechos* —protegidos bi-nacionalmente— los padres de Naël se dirigen a un tribunal «*supra-estatal*» esperando, de esta suerte, obtener una decisión que despliegue una eficacia bi-territorial, ejecutoria simultáneamente en el interior del espacio geográfico conformado por el territorio suizo y libanes, que es el territorio bi-nacional en el que está establecida y está llamada a vivir la familia conformada por Naël y sus padres.

c) *Interés estatal*. La tercera reserva se refiere al interés del Estado respecto al carácter supuestamente *privado* de un tribunal arbitral y de los árbitros que lo componen. Podemos citar al respecto una decisión neoyorkina de los años noventa que se negó a otorgar efecto a una cláusula de arbitraje —debo precisar: *interna*— en materia de *custody* debido a que «*the function of parens patriae cannot be usurped*» (es decir: por un árbitro): el juzgador cualificado de «*progenitor de la patria*», representante de la comunidad estatal de la que derivan sus poderes, responsable del bienestar de la juventud (40).

Lo anterior requiere algunas matricaciones.

En primer lugar cabe señalar una vez más, que el quid del problema es que hay dos «*patrias*», dos comunidades estatales con las cuales el niño tiene vínculos: Suiza y el Líbano, Italia y Letonia... Y, por lo tanto, hay dos *parentes patriae*, o *parentes patriarum*: el juez suizo y el juez libanes, el juez italiano y el juez letón, siendo cada uno de ellos el «*progenitor*», el representante de una de las «*comunidades estatales*» involucradas.

¿Pero en qué consiste, exactamente, este *interés estatal*? Si se trata de resolver el conflicto familiar de una vez por todas, es ciertamente un interés estatal *común* entre Suiza y el Líbano. Porque Suiza y el Líbano, como corresponsables del bienestar de Naël, tienen el *deber* común de resolver el conflicto entre sus padres y devolver la paz al seno de nuestra familia helvético-libanesa. Como decía George Del Vecchio, «*más nos vale siempre cumplir nuestro deber*» (41). Por lo tanto podemos afirmar con seguridad que, confiar la resolución del conflicto entre decisiones mono-nacionales a un

tribunal internacional funcionaría, precisamente, para satisfacer ese interés estatal «*compartido*» por Suiza y el Líbano. Se ignoraría dicho interés estatal si el conflicto helvético-libanes de cosas juzgadas no es resuelto jurídicamente: semejante conflicto perpetúa el conflicto de los padres y los dos Estados «*co-interesados*» incumplirían su respectivo deber común, de modo que, siguiendo a Georges Del Vecchio, los dos Estados infringen su interés *común*, que consiste precisamente en cumplir de la mejor forma posible su deber, en este caso —esencialmente— común.

Más cabe afirmar que el famoso «interés estatal» bien pudiera ser otro: no tanto un interés de naturaleza «formal», de que el litigio sea resuelto definitivamente, sino un interés de naturaleza igualmente «substancial», cual es determinar, o controlar, la *forma* en que se resolverá. Solamente, si el menor y los padres tienen vínculos con dos comunidades estatales, cada una de ellas puede tener un *interés* en que el conflicto sea resuelto por sus propios órganos de una *forma determinada*. El Líbano puede tener un interés —un interés estatal— en que el litigio helvético-libanés sea resuelto en favor del padre, es decir, fijando la residencia de Naël en Beirut. Pero Suiza puede tener un interés contrario, un «*contra interés*» si se quiere —también un interés *estatal*— en que el litigio sea resuelto en favor de la madre, es decir, fijando la residencia de Naël en Ginebra. Al producirse de esta forma, la implicación de un *interés estatal*, junto a la implicación de *dos Estados «interesados»*, se genera, como vemos, la posibilidad de una divergencia de estos intereses estatales, es decir, la posibilidad de un *conflicto de intereses estatales*. El conflicto entre dos decisiones estatales —el conflicto entre las jurisdicciones de las cuales éstas emanan— ¿no traduce la *realidad* de tal conflicto? Pero el juez de uno de los Estados que opone un conflicto de intereses estatales, el juez que administra la justicia «*en nombre de ese Estado*» solamente, y no también en nombre del otro, y en interés de esa comunidad solamente puede estar en una mala posición para decidir sobre el conflicto porque él mismo está afectado por un «*conflicto de intereses*».

Volvamos a nuestro segundo caso de estudio. Bajo la dimensión *inter-parental* del litigio sobre el niño ítalo-letón, que sigue siendo preponderante, podemos decir que como telón de fondo existe una dimensión *inter-social*, ciertamente subsidiaria pero, no obstante, perceptible. Las comunidades italiana y letona podrían estar interesadas no sólo en ejercer una responsabilidad subsidiaria sobre Marko, sino también en establecer la residencia principal de Marko en su propio territorio y verlo crecer principalmente en su medio, es decir, con el progenitor que, en virtud de su nacionalidad y residencia, tiene vínculos con él. En la medida en la que esto sea así, ¿no corre un juez italiano el riesgo de dejar de ser «independiente» en lo que respecta a esta dimensión interestatal subsidiaria del conflicto? Debemos insistir en este punto porque resulta capital. Si la comunidad italiana es también *parte subsidiaria* a la causa, *en competencia* con la comunidad letona, ambas candidatas para acoger la residencia futura de Marko —y es por ello que hay un «interés estatal»— el juez italiano no está realmente *por encima* de las partes, *super partes*: pero en tanto que «órgano» de la «República italiana» que decide «*En nombre del pueblo italiano*», «dependiente» de la comunidad italiana en la forma en la que los órganos que son dependientes del organismo al que están sujetos, termina siendo «*intra partem*», si me es permitida la expresión, es decir «parte de una parte». Atrevámonos a usar la palabra, *parcial* (42).

Constatemos entonces la paradoja: la presencia del *interés estatal* así entendido en la resolución del

contencioso alrededor del menor bi-nacional, y la presencia de *dos Estados*, lejos de descalificar la justicia *internacional* arbitral, parece más bien descalificar la justicia judicial *mono-nacional*.

La obra de Gabrielle Kaufmann-Kohler y Antonio Rigozzi sobre el arbitraje internacional enuncia sin rodeos desde sus primeras páginas que: «la ventaja principal del arbitraje internacional es su neutralidad» (43). Emmanuel Gaillard insiste en ello en un artículo recientemente aparecido en *Clunet* (44). A riesgo de recurrir a una obviedad, recordemos que la «neutralidad» de un tribunal no es un «plus», un «accesorio» al que se podría renunciar —como al techo corredizo cuando compramos un coche— sino una característica consustancial de la justicia. Esto *no es negociable*. ¿Por qué, entonces, tal garantía de neutralidad podría ser *denegada* a los individuos implicados en un litigio familiar donde el *componente inter-estatal*, y, por tanto, el riesgo de «dependencia» y de «parcialidad» del juez *mono-estatal*, podría ser aún más acusado que en los litigios, por ejemplo, *comerciales*?

¿Por qué esto es así?

Sería interesante hacerle a Naël y a Marko —a quienes suponemos capaces de discernir y de escapar a la influencia del conflicto de lealtades— la siguiente pregunta «¿*tu prefieres que el juez que dirá si es tu madre o tu padre quien vivirá contigo principalmente sea un juez elegido únicamente por tu padre o únicamente por tu madre o un juez escogido por ambos?*»

Le formulé la pregunta a Matilde. Dejo a su imaginación la respuesta.

Ya que hablamos de ello, ¿no es más conforme al interés, bien entendido, del niño transnacional que el tribunal que se pronuncie sobre su destino, logre elevarse —de su investidura y de la proveniencia de sus miembros, de sus culturas, de los conocimientos que tienen en conjunto de las dos comunidades concurrentes, de sus religiones— hacia una visión internacional, bi-nacional del entorno en el cual el niño ha vivido y está llamado a vivir? Incluso suponiendo que esté libre de la sospecha de parcialidad, un juez italiano dispone al menos de una perspectiva «parcial», monoterritorial (45). Puede que no sepa cómo sería la vida de Marko en Letonia: sistema de manutención de la infancia, escuelas, instalaciones recreativas, etc.. Un tribunal donde actúan conjuntamente un miembro italiano y un miembro letón tendrían una visión supra-estatal, bifocal, «gran angular», y no «sesgada», en el sentido, aquí, óptico del término, «sesgado». La justicia exige que el campo de percepción del tribunal sea lo más coextensivo posible con el espacio ocupado por la realidad humana sobre la cual está llamado a intervenir y se supone debe orientar. Lo que se necesita aquí es un tribunal que pueda adoptar una perspectiva suficientemente «elevada» para observar y evaluar los dos contextos prospectivos que los padres y las comunidades estatales involucradas prometen ofrecer a su hijo común.

La justicia exige que el campo de percepción del tribunal sea lo más coextensivo posible con el espacio ocupado por la realidad humana sobre la cual está llamado a intervenir y se supone debe orientar

9. d) *Árbitros, jueces privados*. Llego a la supuesta naturaleza *privada* del juez arbitral. La ecuación parece ser la siguiente: como juez *privado*, el árbitro únicamente puede resolver conflictos de interés *privados*. Dado que las controversias que implican a un menor son de interés *público*, un tribunal arbitral no es adecuado para resolverlas.

Los argumentos que pueden ser alegados para combatir tal razonamiento son tan abundantes que conviene ser selectivo.

Recordemos, en primer lugar, que la función encomendada al tribunal arbitral es una función *pública*, la de ejercer la jurisdicción, y resolver las controversias entre los miembros de la sociedad para evitar que tomen la justicia por su mano: en esto consiste la verdadera justicia privada, que es la que uno se hace a sí mismo (*self-justice, Selbstjustiz*).

En segundo lugar, el hecho de que la esencia del arbitraje internacional sea resolver los conflictos entre intereses privados solamente —típicamente entre sociedades comerciales— se contradice con la historia, tanto antigua como reciente, de este mecanismo de resolución de controversias. El llamado arbitraje de «Alabama» que, como es sabido, inauguró el protagonismo de Ginebra como lugar privilegiado a este respecto, enfrentó a los Estados Unidos y a Gran Bretaña entre sí: implicaba un conflicto de intereses estatales (46). ¿Eran el piemontés Federico Sclopis —que presidía este venerable colegio— y sus colegas jueces privados? (47). Si lo eran, y esto no les impidió arbitrar un conflicto con un componente inter-estatal *exclusivo*. ¿Por qué entonces, los jueces arbitrales estarían mal posicionados para resolver un conflicto con un componente inter-estatal *moderado* —subsidiario, como hemos dicho— del tenor de los que estamos considerando?

Atendamos también, a la difusión del arbitraje de *Derecho público*, de *Derecho administrativo* (48) y de *Derecho fiscal*. Con respecto a este último, la nueva generación de tratados de doble imposición, bajo el impulso de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos («OCDE»), incluyen una cláusula de arbitraje internacional. Acudamos al tratado que Italia concluyó con el Líbano, en vigor desde 2011. Supongamos que una persona tiene actividades comerciales tanto en Italia como en el Líbano y viaja constantemente de un Estado al otro. Supongamos que cada uno de los dos Estados «socios» considera que la residencia de esta persona se encuentra en su propio territorio de manera que pueden ejercer su competencia fiscal. Cada Estado intenta «llevar agua a su molino» porque, como el molino requiere agua, el Estado requiere dinero. Es un juego limpio. Sin embargo para resolver este conflicto ítalo-libanés de residencias fiscales, y para evitar a esta persona, cuya vida se desarrolla trans-territorialmente, un conflicto ítalo-libanés de competencias y de leyes fiscales, Italia y el Líbano han previsto recurrir a un tribunal de arbitraje internacional. Este tribunal, beneficiándose de un punto de vista supranacional, «*equidistante*» de las perspectivas propias de las administraciones fiscales mono-nacionales, resolverá de una vez por todas, de una manera que vincule en principio a los dos Estados y a sus órganos, con eficacia bi-territorial, manteniendo la residencia de nuestro personaje dentro de uno de los dos Estados. No vemos por qué no sería posible organizar un mecanismo semejante para resolver el conflicto entre dos residencias futuras hipotéticas de un menor cuya vida se discurre en el territorio de dos Estados, cuando cada

uno de los padres —y, subsidiariamente, los dos Estados interesados— intentan «*atraer*» al menor a él o a ella e insiste en que la residencia del niño se fije con él o con ella, en «*su*» propio territorio..

Retengamos que, en cuarto lugar, el arbitraje que se encuentra en curso entre Italia y la India en el asunto denominado des los «marineros italianos» («*marò*» en argot italiano) quienes, a bordo de la nave Enrica Lexie, habrían provocado la muerte de dos pescadores indios (49) . Cinco miembros forman el colegio —que ejercen sus funciones bajo los auspicios de la Corte Permanente de Arbitraje — competente para resolver esta controversia inter-estatal acerca de la cuestión de si es la India o Italia a quien asignar el ejercicio de la jurisdicción penal con respecto a los dos militares en cuestión. Dado que un tribunal arbitral internacional tiene el poder de resolver un desacuerdo inter-estatal con respecto a una cuestión de Derecho *penal* internacional, ¿por qué no podríamos confiarle el poder de resolver una controversia inter-estatal sobre la forma de decidir un desacuerdo entre dos padres con respecto de la custodia de un menor bi-nacional, cuestión esta que resulta comúnmente admitido que se sujeta al Derecho internacional *privado*?

Evoquemos finalmente el desarrollo espectacular del denominado arbitraje de «*inversiones*» que enfrenta , simplificando un poco, a un particular, el inversor, con un Estado. Precisamente porque el Estado puede tener un *interés* en la controversia resultante de estas transacciones, se permite al inversor sustraerse de los jueces mono-nacionales de aquel Estado —que, en tanto que órganos de una de las partes involucradas, podrían estar afectados por parcialidad— y recurrir a un tribunal de arbitraje internacional para obtener justicia (50) . Esto parece confirmar no solo que la presencia de un interés estatal no es incompatible con la justicia arbitral internacional, sino también que la presencia de un interés del Estado no es incompatible con la justicia arbitral internacional. Por el contrario la presencia de tal interés puede hacer aún más apremiante el recurso a esa justicia «sobre-estatal». Esto se confirma también, por el mecanismo de solución de controversias que figura en el proyecto de «acuerdo institucional» entre Suiza y la Unión Europea que tanto se ha debatido en los últimos meses (51) . En efecto, es a un tribunal arbitral, calificado a veces de «mixto» o «conjunto», «independiente» de las partes en litigio —o en todo caso igualmente dependiente de ambas: basta— al que prevé someter tales desacuerdos interestatales cuando los intercambios de opiniones en el seno de los «comités conjuntos», que también son conjuntos y constituyen la primera instancia del procedimiento de solución de esos desacuerdos, no logran superarlos (52) .

10. Si se decide abrir el acceso a un tribunal transnacional para superar un conflicto de justicias estatales, ¿por qué no permitir que los interesados tengan acceso a él desde el principio y evitar ese conflicto? El menor, los padres y las comunidades se ahorrarían una multitud de procedimientos a menudo innecesarios e incluso perjudiciales. Evitaría el desperdicio de recursos colectivos — humanos y financieros— al reducir el tiempo, la tensión y la incomodidad resultantes (53) .

Entre los beneficios que un sistema de este tipo pretende suministrar citaré uno adicional. Recordemos la acción desesperada de la Señora Sneersone, desplazando ilícitamente a Marko de Roma a Riga. ¿Por qué hizo tal cosa? Aunque sea difícil generalizar, una de las razones que, estadísticamente empujan a un progenitor a una retención ilícita, es su percepción de que, dada su condición de extranjero, no obtendrá justicia ante a los jueces de la residencia actual del niño. El

autor de una retención ilícita reacciona frecuentemente ante lo que percibe como una *injusticia* — ante un sistema que él considera injusto— perpetrando una *contra-injusticia*, una *injusticia igual y opuesta*, justificada ante sus ojos por esta primera injusticia y destinada a neutralizarla (54). Como recordase Giuseppe Chiovenda, el fundamento del contrato social que se traduce en la renuncia de cada uno de los miembros de la comunidad al derecho de tomar la justicia por su mano, únicamente es válido en la medida en que se ofrezca a cada uno de sus miembros el acceso a la justicia pública (55). Si se deniega la garantía de un juez imparcial e independiente —esto es una verdadera justicia de *super partes*—, la renuncia a realizar la justicia por su mano pierde su contrapartida y, por tanto, su justificación más poderosa.

Seguramente la señora Sneersone quería evitar ser sometida a la *justicia mono-nacional italiana*. Consideraba que corría el riesgo de que un tribunal de composición «italo-italiana» ejerciendo la justicia en nombre de la «República italiana» y del «pueblo italiano» pudiera ser parcial, que carecería de la altura de miras necesaria para pronunciarse con pleno conocimiento de causa sobre un litigio en el cual las dos autoridades estatales interesadas, italiana y letona, podrían tener —precisamente— un «interés» en el asunto y, por lo tanto, ser partes, aunque con carácter subsidiario como hemos dicho, en el mismo. ¿Por qué el señor Campanella no se sometió a un proceso en Riga sino que hizo todo lo posible para retrotraer el litigio ante los tribunales italianos? Debió pensar: «Tengo pocas oportunidades de ganar contra una madre letona en un tribunal letón que administra la justicia en nombre de la República de Letonia». Y los hechos le dieron la razón. Desde el inicio de la entrevista a la que ya me he referido, Isabelle Neulinger explicó lo que ya sospechaba: que el tribunal israelí se colocó desde el principio «del lado», sino del padre, al menos de la comunidad israelí. Y que, también debido a la política demográfica seguida por Israel, nunca se habría permitido a un niño israelí, hijo de un padre israelí, abandonar Israel e instalarse en Suiza con la madre en contra de la voluntad del padre. Por esta razón la madre comenzó a fraguar el plan de escapar de la justicia israelí, que percibía como «parcial», o si se quiere inadecuada para juzgar el caso, para resolver con la serenidad y objetividad necesarias acerca de la solicitud de autorización para el cambio de residencia de Noam de Israel hacía Suiza. Dado que la justicia mononacional no puede *recusarse a sí misma* sólo le quedaba colocarse fuera de su poder coactivo.

Si cambiamos la *mono-nacionalidad* del tribunal competente por una *bi-nacionalidad* del tribunal —o una «europeidad» en el seno de la Unión Europea— el riesgo de parcialidad, y la percepción del riesgo de parcialidad, deberían desaparecer. La señora Sneersone habría tenido menos razones para trasladar unilateralmente a Marko a Riga si hubiera podido desde el principio solicitar a un tribunal letón-italiano, un tribunal «inclusivo», ante el cual hubiera dispuesto de representación, o a un tribunal europeo de composición multinacional ante el cual solicitar permiso para reubicarse con su hijo en Letonia. Lo mismo puede aplicarse a Doris Povse y a Isabelle Neulinger —como ambas admitieron sin dificultad—: si se les hubiera concedido el derecho de solicitar a un tribunal italiano-austriaco (o a un tribunal europeo) o, respectivamente, suizo-israelí el permiso para trasladarse con Sofia y Noam, respectivamente, de Italia a Austria y de Israel a Suiza.

Permítanme subrayar que la *mera garantía del beneficio de un tribunal binacional promete reducir el número de sustracciones ilícitas de los menores, porque elimina uno de los motivos más poderosos que*

los originan. En la medida en que la *sustracción* refleja una contra-justicia, derivada de la percepción de una injusticia anterior —la ausencia de un tribunal «*equidistante*» de los padres y de las comunidades afectadas, lo que aseguraría la neutralidad y la «*superparcialidad*»— si se elimina esta primera injusticia, se puede esperar alejar el espectro de esta segunda (*contra-injusticia*). Si bien es utópico creer que es posible eliminar el traslado ilícito de niños de un Estado a otro, es sin embargo fundamental tratar de reducirlo, y éste es el objetivo primordial que persigue la Convención sobre la sustracción internacional de menores de 1980 y el centenar de Estados que la han ratificado. ¿El hecho de que sea impensable eliminar los accidentes de tráfico significa que las autoridades públicas no estén obligadas a trabajar para garantizar que su número, gravedad y los costes resultantes para la sociedad se reduzcan constantemente? Los gastos que ocasionan las sustracciones, que corren a cargo de las autoridades estatales, son asombrosos: no es raro que hasta cincuenta profesionales de los dos Estados afectados traten de paliar las consecuencias, a menudo sin éxito (56).

11. Pero las cosas no terminan aquí. Ya he señalado que el temor ante un traslado ilícito internacional, y el temor de que en caso de sustracción ilícita, el «*Estado refugio*» no prescriba la devolución del niño sino que «*ratifique*» el resultado del traslado ilícito, «*legalizando*» así, desde su punto de vista, la nueva residencia del niño en su territorio, conducen, en varios casos, al tribunal mononacional del Estado en el que se encuentra el niño —y en el que reside el progenitor al que las autoridades han confiado la custodia— a prohibirle que abandone su territorio. Esto fue, en efecto, lo que le ocurrió a Naël: temiendo que no pudiese volver a Suiza de habersele autorizado a pasar las vacaciones escolares con su padre en el Líbano, el juez suizo le retiró el pasaporte, evitando así dicha estancia. Sólo que, como se ha mencionado (57), la prohibición de abandonar el territorio impuesta a un menor inocente socava gravemente su libertad de movimiento multinacional, «*congelando*» su derecho subjetivo a viajar a su propio país (uno de sus países) y a visitar a su otro progenitor y a la otra parte de la familia que allí reside. Esto —como he señalado (58)— es contrario a la Convención de las Naciones Unidas de derechos del niño de 1989, a lo que cabe añadir ahora, en la Unión Europea, el principio fundacional de la libre circulación intra-europea de personas. Y una consecuencia a menudo sentida como injusta por el progenitor que la sufre, y a veces por el propio menor. Semejante injusticia, la percepción de tal injusticia, se justifica a los ojos del Estado que adopta la medida extrema que la provoca en el deseo de prevenir, impidiendo la «*contra-injusticia*» que constituye, desde la perspectiva de ese Estado, el traslado ilícito del menor al otro Estado interesado. En resumen, si se me permite utilizar una expresión un tanto confusa, se trata de una «*contra-contra injusticia*», de una medida adoptada para neutralizar la amenaza de esta otra contra-justicia de retención ilícita, que a su vez responde a la percibida *iniquidad de origen*, es decir, la ausencia de un tribunal «*equidistante*» geográfica y culturalmente de los padres y *superpartes* respecto de las dos comunidades involucradas. El acceso a un tribunal binacional, eliminando de raíz esta primera injusticia, elimina la fuente del incentivo para el desplazamiento internacional, es decir, la fuente de la *segunda* injusticia, y en consecuencia también elimina la tentación de pronunciar una prohibición de abandonar el territorio, fuente de la *tercera* injusticia.

Volvamos una vez más a Naël. Tan pronto como sus padres tengan la oportunidad de contar con un tribunal helvético-libanes, siendo indiferente que Naël se encuentre en Suiza o en el Líbano, el tribunal helvético-libanes, solicitado por la madre en Suiza —donde se encuentra la última residencia

habitual de Naël— no tendrá razón, en la mayoría de los casos, para retirarle el pasaporte, aunque solo sea a título de medida provisional, impidiéndole ir al Líbano a visitar a su padre. Porque en caso de que el padre se arriesgase a no traerlo de vuelta a Suiza, incumbiría a este mismo tribunal helvético-libanes, en principio compuesto equitativamente —y no un tribunal únicamente libanes— reaccionar y ordenarle, para ser coherente con su decisión anterior, devolverlo y, de ser necesario, sancionar su comportamiento. Y como la probabilidad de que el Líbano «ratifique» la nueva residencia del niño junto con su padre resulta en principio poco probable, puesto que la última palabra, incluso desde el punto de vista libanés, corresponde a este tribunal suizo-libanés (suponiendo que la residencia de Naël esté en Ginebra), la probabilidad de que el padre retenga ilegalmente al niño también es insignificante (59). Tanto es así que se hace innecesaria y, en cualquier caso, desproporcionada la medida extrema de prohibir la salida del territorio suizo. El beneficio que Naël obtendría de ello se mide en función de la eficacia de su derecho subjetivo a mantener un contacto directo con ambos padres y con ambas familias, y a tener no sólo una residencia *principal* en Suiza con la madre, sino también una residencia *secundaria* en el Líbano con el padre.

Cabe señalar que la cadena de injusticias causadas por el régimen actual —que sólo contempla a los jueces competentes de los tribunales de un solo Estado— incluye un «eslabón» suplementario. Una vez que el Estado refugio ha otorgado su *placet* al no retorno del niño y lo ha confiado al padre sustractor, «legalizando» tanto el traslado como la nueva residencia del niño, este último tendrá a menudo mayor dificultad para regresar y quedarse, aunque sea por unos pocos días, en el Estado de su antigua residencia, y mantener el contacto con el progenitor «abandonado» («*left-behind*») que, la mayoría de las veces, sigue viviendo allí. En algunos casos, el traslado sigue siendo ilegal para ese Estado, aunque el Estado receptor lo haya validado posteriormente; en consecuencia, el progenitor *abandonado* sigue teniendo, desde el punto de vista de ese Estado, el derecho de custodia y puede retener legítimamente al niño que retornase a su jurisdicción territorial. Para evitar la posibilidad de no retorno, el Estado receptor se verá predispuesto a impedir que el menor regrese al territorio del Estado en el que residía anteriormente. Una nueva prohibición de salir del territorio, pero en la dirección opuesta. Volvamos al caso de Noam Shuruk. Israel prohibió a la madre, Isabelle Neulinger, viajar al extranjero con Noam, especialmente a Suiza, por temor a que una vez en Suiza no regresara a Israel. Primera prohibición de salida, de Israel hacia Suiza. La madre logra, como hemos recordado, llevarlo a Lausana eludiendo la orden del juez de Tel Aviv y la vigilancia de las autoridades israelíes. La repatriación de Noam hacia Israel no se lleva a cabo, esencialmente como resultado de la decisión de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo, que considera que dicha repatriación sería contraria a los derechos humanos. Noam, desde el momento en que puso el pie en Suiza, es decir cuando tenía dos años —hoy tiene quince (60)— en la práctica nunca ha podido viajar a Israel, que sigue siendo su «patria», su *Vaterland*. Por lo tanto, hace trece años que no ha podido ver en Israel al padre cuyo nombre lleva, Shuruk, y a su familia paterna. El hecho es que, para Israel, el traslado a Suiza fue y sigue siendo ilícito, con independencia de que Suiza lo haya «validado» después. Por consiguiente, si Noam estuviera en suelo israelí —de acuerdo con Isabelle Neulinger— «*la policía israelí no le dejaría escapar por segunda vez*», es decir, podría impedir que volviera a Suiza con su madre, de acuerdo con la decisión israelí, que sigue vigente (61). De aquí la segunda prohibición —o, al menos, la imposibilidad fáctica— de abandonar el territorio, en este caso el suizo para ir a Israel,

con la finalidad de evitar una tercera prohibición de salida, de nuevo de Israel a Suiza. La consecuencia es que esta segunda prohibición de salida es en sí misma una injusticia, tanto para Noam como para el padre, es decir, una nueva violación de los derechos de Noam consagrados en la Convención de las Naciones Unidas de 1989 al que, no obstante, adhirieron Suiza e Israel. Sin embargo, el mero hecho de que los interesados puedan presentar su caso ante un tribunal suizo-israelí debería tener el efecto de evitar tanto la primera prohibición de salida, de Israel a Suiza, como la segunda prohibición de salida, de Suiza a Israel, y lógicamente también la tercera prohibición de salida. Mientras la decisión sobre la responsabilidad parental sea única y «binacional», tiene en principio una eficacia «bi-territorial» y Noam ya no corre el riesgo de un desacuerdo interestatal entre Suiza, el Estado de su madre, que le diría: «*Tu residencia legítima está ahora en Suiza*» e Israel, el Estado de su padre, que le diría: «*Tu residencia legítima es —y sigue siendo— Israel*». No sería necesario impedir que un menor binacional de madre suiza y padre israelí —«hijo» de ambos países— ejerza su derecho subjetivo a viajar libremente, si es necesario acompañado, entre su *madre-patria*, Suiza, y su *Vaterland*, Israel, entre la residencia de su *madre* en Lausana y la de su *padre* en Tel Aviv. Un derecho subjetivo que Suiza e Israel, despreciaron, a causa de su desacuerdo, durante trece años, es decir, durante prácticamente toda la vida de Noam —ahora adolescente— y que siguen despreciando todavía hoy.

Garantizar el beneficio de un juez transnacional probablemente no sólo reducirá la sustracción de niños sino, de manera más general, reducirá los conflictos dentro de las familias transnacionales

12. Garantizar el beneficio de un juez transnacional probablemente no sólo reducirá la sustracción de niños sino, de manera más general, reducirá los conflictos dentro de las familias transnacionales. El hecho de que los tribunales mononacionales de un solo país sean los únicos disponibles para sus miembros termina por *estimular la litigiosidad de los padres*. El *temor* a perder la carrera por el juez («*race to the courthouse*») y a verse desfavorecidos en la determinación de la futura residencia del niño, por un lado, y la *esperanza* de obtener una mayor benevolencia del juez mono-nacional de la propia cultura, nacionalidad, religión y residencia, por otro lado, animan a los padres a judicializar rápidamente sus diferencias. Un desacuerdo, que podría superarse mediante el diálogo o la mediación, se agrava cuando se recurre a jueces y abogados, especialmente cuando el foro es elegido por el progenitor que lo aprovecha para obtener una ventaja que el otro progenitor considera injusta. Las cosas empeoran. Los padres se están volviendo adversarios. La crisis se vuelve más radical. Con el fin de corregir la situación lo mejor posible, el progenitor demandado, a su vez, remite el asunto al otro juez mononacional o se opone en el tribunal de este último al reconocimiento de la decisión dictada por el juez que se ocupa del progenitor contrario, al que considera afectado por un prejuicio y, por tanto, injusto. Los procedimientos se multiplican. La *escalada* de la batalla aumenta en términos de intensidad, costo, duración y, con las inevitables secuelas para la salud física, psicológica y financiera de las personas y de las comunidades afectadas.

El hecho de ofrecer acceso a un tribunal *supraestatal* donde ambos padres están representados por igual, reflejando las dos identidades geográficas, culturales, lingüísticas y, a veces, religiosas de la familia, elimina tanto el «*plus*» para el primero que tome la iniciativa judicial como la penalización para los que tratan de reanudar el diálogo con el propósito de alcanzar una solución concertada. En cierto número de casos, la jurisdiccionalización de la controversia seguirá siendo, en todo caso, *virtual*: o bien la controversia no se plantea o bien se resuelve amistosamente. Menos conflictos, menos juicios, más supuestos en que los padres alcanzan un compromiso sin llevar el asunto ante el juez, por hipótesis transnacional, o simplemente pidiéndole que homologue tal acuerdo, sin poner en marcha una maquinaria judicial costosa para todos y sin infligirse a sí mismos y a sus hijos años de luchas que pueden resultar tan feroces como autodestructivas. La multinacionalidad del tribunal actúa ante todo para la *prevención de los litigios*, objetivo primordial del Derecho privado, y así *desconflictualizar* y *desjudicializar* las relaciones humanas. Con ello se beneficiará el interés superior del niño, así como los intereses de los padres y los de las comunidades involucradas.

Como señaló Pierre Lalive, el primer objetivo que persiguen dos partes cuando negocian una cláusula de arbitraje —cuando establecen conjuntamente un mecanismo para resolver las controversias que puedan surgir entre ellas, de manera que cada una de las partes pueda contribuir a la formación del tribunal que se encargará de ello, a fin de garantizar su equidistancia y supernacionalidad— es *reducir las probabilidades* de que surja una controversia entre ellas. Prevención del *conflicto de jurisdicciones*, disuasión de la carrera hacia el foro, del «*forum shopping*». La primera función a la que aspira el proceso de asegurar el acceso a un tribunal transnacional es «*desconflictualizadora*» y *pacificadora*: reducir el conflicto y alentar a las partes a superar las controversias por sí mismas. John Fitzgerald Kennedy dijo, en el punto álgido de la Guerra Fría, que «sólo cuando nuestras armas sean fuertes más allá de toda duda, estaremos seguros más allá de toda duda de que no tendremos que usarlas» (62). Recordemos también, y con mayor rotundidad, la máxima inscrita en la fachada del Palacio de la Paz en La Haya (63). «*Si quieres la paz, cultiva la justicia*» («*si vis pacem, cole iustitiam*»). Si las comunidades estatales desean garantizar la paz al mayor número posible de sus miembros que constituyen familias transnacionales, deben «cultivar» la justicia; y la búsqueda de la justicia, en un ámbito en el que la dimensión interestatal está presente, requiere la creación de un sistema de administración de justicia que sea superestatal, multinacional, independiente de los Estados o igualmente dependiente de ellos, equidistante, federativo, inclusivo.

13. El esquema de base organizado por la Convención de La Haya de 1996, en vigor en alrededor de un cuarto de los Países del mundo (49), y seguida por el Reglamento Bruselas II-*bis* que se aplica en 27 Países de la Unión Europea, contempla, como es lógico y natural, a los dos (o más) Estados, implicados en el proceso de decisión sobre el destino del niño transnacional, en cuyo territorio soberano vive y vivirá toda la familia. Cada uno de esos Estados, en particular los Estados de residencia de los padres, cada uno de los cuales es «*candidato*» a recibir la futura residencia del menor después de la separación, tiene «*voz*» y la facultad de participar en la determinación del régimen de custodia y de las relaciones personales. Sin embargo, los jueces de estos dos Estados no se pronuncian, al mismo tiempo, conjunta y colegialmente, sino separadamente, cada uno por derecho propio, mediante decisiones mononacionales, pronunciadas en momentos diferentes. El

Estado A decide en la instancia *directa*, y si considera que la residencia habitual se encuentra en su territorio, hace valer y ejerce su jurisdicción, determinando la residencia futura del menor. El Estado B suele decidir en una etapa posterior, en un procedimiento *indirecto*, tras la solicitud de reconocimiento o no reconocimiento. Y tiene la facultad de no reconocer la decisión del Estado A sobre la base de uno de los motivos legítimos de denegación de reconocimiento, el primero de los cuales se refiere al orden público mononacional (64). Ahora bien, el Estado B también puede adoptar una decisión en procedimiento directo, tras el no reconocimiento en el Estado B de la decisión del Estado A o tras el traslado ilícito del menor del Estado A al Estado B, si el Estado B no ordena la repatriación del menor con arreglo a la Convención de La Haya de 1980, como en el caso de Marko. En resumen, primero el Estado A, según su propia visión, es mononacional, y por lo tanto «parcial», y luego el Estado B, según su propia visión, igualmente mononacional, y por lo tanto igualmente «parcial». Y como cada Estado se pronuncia en su propio nombre y en momentos diferentes, los dos Estados y las dos «parcialidades» pueden expresarse en direcciones opuestas y dar lugar a un conflicto internacional de decisiones, lo que abre el camino a la anarquía en la vida internacional del niño y la familia.

Entonces, ¿por qué no asegurarse de que los órganos judiciales, como representantes de las dos comunidades involucradas, trabajen *conjuntamente* y no separados, *juntos* y no cada uno por su cuenta? Se trataría simplemente de *reunir* en un solo tribunal interestatal a los jueces, que en la actualidad tienen la facultad de pronunciarse en diferentes tribunales monoestatales, y permitirles, e incluso prescribirles, trabajar juntos de manera colegiada. Tendremos un procedimiento de prueba, no dos. Habrá un procedimiento de apelación, no dos. Una sola decisión final biestatal, que desplegará su eficacia biterritorial, la única capaz de crear derechos y obligaciones subjetivos, y no dos pseudo-decisiones que, por estar en conflicto, no *resuelven* nada pero *perturban* mucho y generan conflictos de derechos subjetivos de custodia y acceso que marcan la negación del derecho subjetivo.

14. En conclusión, considero que dar a las familias internacionales acceso a los tribunales internacionales, ya sean arbitrales o judiciales, es un paso muy importante en la dirección correcta, es moverse por el camino del progreso (65), contribuyendo a hacer nuestro mundo más justo, más apacible y más próspero. Confiamos en que el número de niños destinados a vivir transterritorialmente —Naëls, Markos, Noams, Sofias, Matildes, etc.— siga creciendo en el futuro de nuestro planeta cada vez más «integrado». Negarles el derecho a un tribunal «superestatal», «equidistante» de sus padres y de las comunidades nacionales a las que pertenecen, que integre la variedad y la riqueza de sus orígenes, culturas y contextos sociales, negarse a ahorrarles la agonía de los procedimientos mononacionales paralelos y los conflictos entre el «Estado de su madre» y el «Estado de su padre», es exponerse —por citar la misteriosa dedicatoria del Principito— a tener que «pedirles perdón» tarde o temprano.

BIBLIOGRAFÍA

BINGHAM, T., «The Alabama Claims Arbitration», *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 50, nº 1, 2002, pp. 1-25.

- BLOKHUIS, J., *Parents Patriae: A Comparative Legal Study of Sovereign Authority and Public Education in the Province of Ontario and the State of New York*, Dissertation University of Rochester, NY, 2009.
- CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 1, Nápoles, Jovene, 1933,
- DE SAINT-EXUPERY, A., *Le Petit Prince*, Reynal and Hitchcock, 1943.
- DEBOURG, Cl., *La contrariété des décisions dans l'arbitrage international*, París, LGDJ, 2011.
- DEL VECCHIO, G., *Philosophie du droit*, París, Dalloz, 1953, rééd. París, 2004.
- GAILLARD, E., «L'apport de la pensée française à l'arbitrage international», *Journal de droit international*, 2006, pp. 529-542.
- HANSSON, M., «The Mixed Courts of Egypt», *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret.*, vol. 5, 1934, pp. 104
- HOYLE, M.S.W., «The Mixed Courts of Egypt 1938-1939», *Arab. L. Q.*, vol. 3, 1988, pp. 83 ss.
- KAUFMANN-KOHLER, G. y RIGOZZI, A., *International Arbitration - Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2016
- KENNETT. W., «It's Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 30, nº 1, 2016, pp. 1-31
- MARCASTEL, A., *Le «private judging» comme mode alternatif de règlement des différends familiaux*, Master: Univ. Genève, 2017.
- McGREGOR, E., *L'arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les Etats-Unis et l'arbitrage d'investissements*, Zürich, Lextenso-Schulthess, 2015.
- REISER, A., «Propositions tendant à la régulation efficace des transitions familiales», *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement* (L. Hirsch y C. Imhoos, eds.) Ginebra-Zürich, Schulthess-Éditions Romandes, 2018, pp. 371-380.
- ROMANO, G.P., «Souveraineté "mono-nationale", relations humaines "transterritoriales" et "humanisation" du droit international privé. Libre propos», *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*, París-Madrid, Lextenso-Iprolex, 2018, p. 1415 ss.
- ROMANO, G.P., y «Successions internationales et (sémi-) loi fédérale sur le droit international privé: quelques défis», *RSDIE/SZIER*, vol. 28, nº 2, 2018, pp. 183-212.

(1)

Traducción de José Carlos Fernández Rozas. El texto se basa en un discurso pronunciado el 6 de marzo

de 2017 en Ginebra, por invitación de la *Société genevoise de droit et de législation*. Las reflexiones de este documento deben mucho a muchas personas, adultos y niños, entre ellos, pero no exclusivamente, Stephan Auerbach, Clément Bachmann, Vito Bumbaca, Andrea Bonomi, Céline Chateau, Christine Chappuis, Simona Florescu, Thomas y Joséphine Kadner Graziano, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Eva Lein, Corinne Montineri, Horatia Muir Watt, Isabelle Neulinger, Regiane Pereira, Gabrielle Peressin, Doris Povse, Ilaria Pretelli, Anne Reiser, Marc-André Régnold, Valentin Rétornaz, Adriana Schnyder, Angela Schnyder, Noam Shuruk y Matilde Valerio. A ellos quiero testimoniarles mi gratitud. También tengo que agradecer muy sinceramente a Aïda Kaffel por los numerosos debates y su valiosa asistencia en la investigación.

[Ver Texto](#)

- (2) Y esto con independencia de la naturaleza de la controversia internacional que deba resolver el tribunal arbitral: comercial, de inversiones, deportiva, interestatal, etc.

[Ver Texto](#)

- (3) La mayoría de los tribunales judiciales internacionales que existen en la actualidad —la Corte de Justicia del Benelux (que es un tribunal trinacional), la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte de Justicia de la Unión Europea, la Corte Común de Justicia y Arbitraje OHADA, la Corte Penal Internacional, y tantos otros— no tienen la misión de resolver controversias entre particulares. Sin embargo, en los últimos años ha aumentado el número de tribunales designados internacionalmente, inspirados en muchos aspectos en el arbitraje comercial, que se ocupan —o se ocuparán: porque a veces son proyectos— de las controversias entre partes privadas: la Corte Comercial Internacional de Singapur (SICC), los Tribunales Financieros Internacionales de Dubai (DIFC), la Corte Comercial Internacional de Bruselas (BIBC) y otros. Esta tendencia, que es previsible que aumente, se limita actualmente a las controversias comerciales. Entre los precedentes históricos de los tribunales internacionales que se ocupan de las controversias entre particulares, incluidas las controversias familiares, figuran los «tribunales mixtos» que funcionaron en Egipto entre 1876 y 1949 —cuya jurisdicción se amplió de hecho a los asuntos penales y fiscales (M.S.W. Hoyle, «The Mixed Courts of Egypt 1938-1939», *Arab. L. Q.*, vol. 3, 1988, pp. 83 ss)— sobre los que se escribió en su momento que «son ... sin comparación la mayor institución judicial internacional de todo el mundo» (M. Hansson, «The Mixed Courts of Egypt», *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret.*, vol. 5, 1934, pp. 104). Cf. *infra*, nota 64.

[Ver Texto](#)

- (4) Porque, precisamente, por un lado, el acceso a los tribunales transnacionales de tipo arbitral les está vedado y, por otro lado, porque los tribunales judiciales transnacionales no existen.

[Ver Texto](#)

- (5) Antoine de Saint-Exupéry, *Le Petit Prince*, Capítulo primero.

[Ver Texto](#)

- (6) La antigua Sidón, que fue en la antigüedad capital indiscutible de Fenicia, mencionada en varias

ocasiones por el Génesis, ubicada cincuenta kilómetros de Beirut.

[Ver Texto](#)

- (7) En virtud del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996 (CLaHg6-RS o.211.231.011), en el que Suiza es parte, y que Suiza aplica en todos los casos, incluidos los casos en que intervienen Estados no contratantes (art. 85, párr. 1 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado, de 18 diciembre 1987, LDIP).

[Ver Texto](#)

- (8) Líbano no ratificó la Convención de la Haya de 1996. Por lo tanto, no se encuentra obligado a reconocer la primacía de las autoridades del Estado en el cual el menor tiene su residencia habitual en el momento del litigio.

[Ver Texto](#)

- (9) Me permito remitirme a «Souveraineté "mono-nationale", relations humaines "transterritoriales" et "humanisation" du droit international privé. Libre propos», *Mélanges B. Ancel*, París-Madrid, 2018, p. 1415 ss, y «Successions internationales et (sémi-) loi fédérale sur le droit international privé: quelques défis», *RSDIE/SZIER*, 2018, pp. 183 ss.

[Ver Texto](#)

- (10) ATF del 27 de Enero 2016, 5A_342/2015.

[Ver Texto](#)

- (11) Para ser exacto, la medida pronunciada por los órganos de uno de los Estados «cointerésados» de prohibir que el menor salga del territorio de ese Estado es en la actualidad bastante frecuente —y a menudo recomendada por los especialistas de manera bastante reiterada— para evitar la sustracción o la retención ilícita. El resultado es, sin embargo, incompatible con el art. 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que dice lo siguiente: «El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres». «Con tal fin (...), los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país». En resumen, un niño transnacional debe ser reconocido por uno de los Estados con los que tiene vínculos como poseedor del derecho a «abandonar» el territorio de ese Estado y, por lo tanto, también, y aún más, el derecho a abandonarlo temporalmente, a fin de «mantener relaciones personales y contactos directos [no, al parecer, sólo por teléfono, skype o whatsapp y medios de comunicación similares] de manera regular» con su familia establecida en el otro Estado con el que también tiene vínculos. ¿No es sorprendente que Naël, que sólo tiene nacionalidad libanesa, se vea impedido de viajar al Líbano, su «patria»? Mencionemos también el párrafo 2 del artículo 2 de dicha Convención, en el que se establece que: «Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares». Motivada por la «situación jurídica» que los

tribunales libaneses han reconocido al padre de Naël, el padre custodio, la prohibición de salida del territorio suizo pronunciada por el juez de Ginebra parece ser una «sanción» infligida al niño, que es inocente.

Ver Texto

(12)

Y de los cuales, dos de ellos, se encuentran en la imposibilidad de viajar por razones de salud —y por lo tanto, de ir a Suiza por razones de salud—. A. Reiser, «Propositions tendant à la régulation efficace des transitions familiales», en *Ordre des avocats de Genève - Commission ADR, Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Zúrich, 2018, pp. 371 ss, se refiere (p. 380, nota 37) a los «abuelos» como los primeros «*exclus du processus judiciaire... dont la situation est réglée par une procédure dans laquelle ils n'ont pas été entendus*».

Ver Texto

(13) Los hechos son relatados por la STEDH 12 octubre 2011, *Sneersone et Kampanella c. Italie*, solicitud 14737/09.

Ver Texto

(14) Con respaldo en el art. 13 b) del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Ver Texto

(15) Para más detalles *vid.* «Conflits entre parents et conflits d'ordres juridiques en matière de responsabilité parentale», *Enlèvement parental international d'enfants*, Neuchâtel / Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel / Helbing Lichtenhahn, 2015, pp. 85-127 [<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46496>].

Ver Texto

(16) Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Ver Texto

(17) No es infrecuente que los gobiernos de los dos Estados interesados —o uno de ellos— se ocupen del caso de sus nacionales o residentes después de los jueces. Uno de los casos más destacados de América es sin duda el de Sean Goldman, nacido en 2000 en Nueva Jersey de padre estadounidense, David Goldman, y madre brasileña, Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro. En 2004, la madre permaneció en el Brasil con Sean durante dos semanas y luego anunció a su marido que ya no volvería a los Estados Unidos y que mantendría al niño en el Brasil. El resultado fue una increíble serie de procedimientos, tanto en los Estados Unidos como en el Brasil, que se elevaría al más alto nivel en ambos países. Los tribunales brasileños conceden el divorcio, se niegan a ordenar el regreso de Sean a los Estados Unidos y conceden la custodia a la madre. El padre presentó una solicitud a los tribunales de Nueva Jersey, que le confiaron el niño y le ordenaron que residiera en los Estados Unidos. Conflicto de decisiones entre

Estados Unidos y el Brasil. Atrapado en el meollo de este conflicto entre padres, que se ha convertido en interestatal, Sean no puede salir de Brasil y su padre está prácticamente impedido por la familia de la madre de visitarlo. Bruna Ribeiro se casó con un abogado brasileño en 2007 y murió en 2008 mientras daba a luz a su hijo. Los jueces brasileños otorgaron inicialmente la custodia de Sean a su padrastro, el segundo marido de la difunta, que la ejerció de acuerdo con los abuelos maternos. A principios de 2009 el Congreso de los Estados Unidos movilizó, a instancias de un miembro republicano de Nueva Jersey, Chris Smith, quien, tras asistir a una entrevista con David Goldman transmitida por la NBC el 30 de enero de 2009, dio a su «conciudadano» todo su apoyo, y llegó incluso a presentar un proyecto de ley amenazando al Brasil con la suspensión de los acuerdos comerciales existentes entre los dos países en el marco de la OMC mientras Sean no sea repatriado a los Estados Unidos (para un resumen de este «proyecto de ley», *vid.* <<https://www.govtrack.us/congress/bills/111/hr2702/summary>>). Sólo el 22 de diciembre de 2009, cinco años y medio después de que el niño fuera trasladado al Brasil, tras la intervención del Congreso de los Estados Unidos, la Secretaria de Estado Hillary Clinton e innumerables contactos políticos entre los dos países, el Tribunal Supremo del Brasil retiró la custodia del padrastro y se la confió al padre, autorizando así a Sean a salir del Brasil. Hay razones para creer que si la madre no hubiera muerto, el «Estado de la madre», Brasil, no habría aceptado devolver este «hijo de dos países» al «Estado del padre», Estados Unidos. El nacionalismo de los tribunales brasileños y la parcialidad («parcialidad injusta») de los jueces en ellos han sido ciertamente señalados con frecuencia en los informes del Congreso de los Estados Unidos y el Parlamento Europeo. Este otro caso suizo-brasileño, informado en la RTS en septiembre de 2017 [https://www.rts.ch/play/tv/mise-au-point/video/parental_kidnapping?id=8907927] parece sugerir que la situación no ha mejorado mucho. Pero como atestiguan los casos europeos citados, el nacionalismo judicial está tan extendido en este ámbito que se hace creer que es casi *natural*, inherente a la naturaleza de las cosas, lo que lleva a cuestionar la aptitud *natural* de un juez mononacional, que se pronuncia «en nombre» de uno solo de los Estados interesados, para administrar justicia, en casos en que la dimensión interestatal está a menudo latente y a veces —como en los casos de Marko Campanella y Sean Goldman— pasa a primer plano.

Ver Texto

(18) STJUE 15 julio 2010, *Purrucker I*, C-256/2009, y 9 de nov. de 2010, *Purrucker II*, C-296/10.

Ver Texto

(19) STJUE 11 julio 2009, *Rinau*, C-195/2008.

Ver Texto

(20) STJUE 1 julio 2010, *Povse*, C-211/2010.

Ver Texto

(21)

Al que acude tanto la madre (STEDH, 18 juin 2013, *Povse c. Autriche*, nº 3890/11) como por el padre (TEDH, del 15 avril 2015, *M.A. c. Autriche*, nº 4097/13)

Ver Texto

(22) STJUE 22 de diciembre de 2010, *Zarraga*, C-491/10.

Ver Texto

(23) STJUE 15 febrero 2017, *W, V, c. X*, C-499/15

Ver Texto

(24) STJUE 16 enero 2019, *Liberato*, C-386/17

Ver Texto

(25) En una entrevista que fue llevada a cabo por Regiane Pereira doctoranda en la Universidad de Ginebra, en diciembre de 2018. Deseo agradecerle a Doris Povse por su disponibilidad y a Regiane Pereira por el tiempo invertido y por haber compartido los resultados obtenidos de esta entrevista.

Ver Texto

(26) El encuentro tuvo lugar en el hotel Palace de Lausanne el 14 septiembre 2018 y en él participaron Vito Bumbaca, asistente en la Universidad de Ginebra, y Simona Florescu, investigador en la Universidad de Leyden. Simona Florescu informo de ciertos temas tocados durante el encuentro, en un informe que puede ser consultado en [<https://strasbourgobservers.com/2018/11/12/justice-from-the-perspective-of-an-applicant-meeting-ms-neulinger>].

Ver Texto

(27) El relato de estos procesos se encuentra en la STEDH, Gran Sala, 6 julio 2020: *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07. Isabelle Neulinger cuenta su experiencia en el libro *Jamais vous n'aurez mon fils - Le combat d'une mère pour sauver son fils de l'emprise de religieux intégristes*, éd. La boîte à Pandore, 2011.

Ver Texto

(28) A. Reiser, *Au nom de l'enfant — Se séparer sans se déchirer*, éd. Favre, 2012; *vid*, asimismo, .A. Reiser, «Propositions tendant à la régulation efficace des transitions familiales», em *Ordre des avocats de Genève — Commission ADR, Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Zúrich, 2018, p. 371 s.

Ver Texto

(29) Que en la actualidad es estudiante em la Universidad de Ginebra

Ver Texto

(30) ATF 17 enero 2016, 5A_324/2015.

Ver Texto

(31) ATF del 17 junio de 2016, 5A_264/2016

Ver Texto

(32) En lo que respecta a las familias suizo-tunecinas, otro caso ilustra acerca de las consecuencias extremas que pueden derivarse del pulso entre el «Estado de la madre» y el «Estado del padre» sobre el destino de «su» hijo común que se mantiene como rehén («*hijo de los dos países*»). Una pareja, formada por una suiza y un tunecino, tiene dos niños pequeños (nacidos en 2004 y 2006), que son binacionales, suizos y tunecinos. La familia vive principalmente en Suiza. Los padres se separaron en 2009 y el padre logró regresar a Túnez en 2010 con los niños, sin el permiso de la madre. Durante los seis años consecutivos (de 2010 a 2016), se siguieron por lo menos diez procedimientos penales y civiles en Suiza (sin contar la participación de las autoridades consulares y el Ministerio de Relaciones Exteriores) y por lo menos cinco procedimientos en Túnez, hasta el Tribunal de Casación de Túnez (se informa al respecto en el *Obergericht Zurich*, 31 agosto 2016, LC150021, disponible en el sitio web de la judicatura de Zurich: [<http://www.gerichtezh.ch>]). En un intento de resumir la situación lo mejor posible, los tribunales civiles suizos a los que recurre la madre pronuncian el divorcio y confían los hijos a la custodia de la madre. Esta decisión es en gran medida ineficaz ya que no está reconocida en Túnez. Los tribunales penales suizos condenan al padre (que al parecer ha sido extraditado por Marruecos) a seis años de prisión por retención ilícita de niños. Desde la prisión de Zúrich, el padre logra, sin embargo, obtener una serie de decisiones tunecinas que le conceden la custodia, que de hecho ejercen en Túnez los abuelos paternos. Estas decisiones de Túnez no se reconocen en Suiza. Estamos, pues, ante un conflicto de decisiones suizo-tunecino. Como, de hecho, el *Obergericht* de Zúrich observó amargamente: «*los niños están en Túnez sin los padres, y los padres están en Suiza sin los niños*» («*Die Kinder sind... ohne Eltern in Tunesien und die Eltern ohne Kinder in der Schweiz*»; vid. p. 48 de la decisión mencionada). Más concretamente, desde 2010, los niños nunca han podido viajar a Suiza, a pesar de que es su «*madre patria*». Y, lo que es aún más grave: La madre no ha podido ver a sus hijos desde hace varios años porque es *persona non grata* en Túnez y el Departamento de Relaciones Exteriores le informó de que «*su seguridad personal no estaría garantizada*» («*Die Beklagte ist ihrerseits faktisch daran gehindert, nach Tunesien zu reisen... das EDA der Beklagten seit 2013 empfiehlt, nicht mehr nach Tunesien zu gehen, weil ihre persönliche Sicherheit nicht mehr gewährleistet erscheint*»). La oposición entre los órdenes públicos mono-nacionales de los dos Estados, y su radicalización, provoca un desgarramiento de la familia. En lugar de permitir que se mantenga el contacto directo con ambos padres y con los dos órganos estatales de los que son miembros —como exige la Convención de las Naciones Unidas de 1989— Suiza y Túnez mantienen a los niños alejados de ambos padres, tanto del padre como de la madre. ¿Cuántas horas de trabajo han invertido las autoridades suizas y tunecinas (cf. *infra*, nota 55), cuánto dinero público se ha movilizado para lograr un resultado tan desastroso para el bienestar de los niños y los padres, miembros de esta familia suizo-tunecina?

Ver Texto

(33) Realmente, no. En realidad, Antoine de Saint-Exupéry no se equivocó, cuando aludía a la lucidez de la infancia.

Ver Texto

(34) *Vid. supra*, nota 10. Esos derechos están, además, proclamados por el misterioso «Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República Libanesa sobre la cooperación en ciertos asuntos de familia», en vigor desde el 1º marzo 2006: misterioso porque al parecer no se publica ninguna información sobre su historia en ningún lugar, y también porque parece ser el único de ese tipo que Suiza ha suscrito con otro Estado. Al establecer normas «*biestatales*», este acuerdo suizo-libanés afirma en su preámbulo que «los asuntos familiares, incluidas las cuestiones de custodia y acceso, pueden representar con frecuencia

tragedias humanas y plantean un problema particular para encontrar una solución rápida, justa y humana a nivel bilateral». Por consiguiente, ambas partes declaran «su deseo de promover y fomentar la cooperación entre sus dos Estados para resolver estas cuestiones». A tal fin, Suiza y el Líbano han previsto la creación de una «comisión mixta» suizo-libanesa (art. 2), cuyas actividades se basan, de conformidad con el art. 3, en «a) los principios generalmente aceptados en el derecho internacional, los principios de equidad y el derecho de todo niño a vivir y compartir el afecto mutuo con ambos padres; b) el derecho del niño, separado de uno o ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular, a menos que, en casos excepcionales, ello sea contrario al interés superior del niño; y c) el respeto del derecho de visita del padre que no tiene derecho de custodia». Sin embargo, el tira y afloja jurisdiccional entre el tribunal suizo y el tribunal libanés, y la prohibición del tribunal suizo de que Naël salga del país, que impide que el padre ejerza sus derechos de visita en el Líbano, dan lugar a una importante restricción de los derechos subjetivos internacionales de Naël, que acaban de mencionarse. La idea de crear un «*tribunal mixto*» es conforme al espíritu que anima este acuerdo binacional y tal «*tribunal mixto*» no es básicamente más que una evolución, una «actualización» como decimos hoy, de la «*comisión mixta*» a la que se refiere el art. 2 y resulta de la atribución a ésta, por parte de los dos Estados «asociados», de una función jurisdiccional supraestatal, binacional.

[Ver Texto](#)

(35) Art. 177 de la LDIP.

[Ver Texto](#)

(36) Este es el texto par. 1030 del Libro de la *Zivilprozessordnung* de 1998: «§ 1030 *Schiedsfähigkeit (1) Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streitigen einen Vergleich zu schließen*». El art. 1 de la «*Lei da Arbitragem Voluntária*» (Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro 2011) enuncia por su parte lo que sigue: «*Artigo 1.º Convenção de arbitragem : 1 - Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. 2 - É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido...*».

[Ver Texto](#)

(37) Cf. l'art. 354 del Código de procedimiento civil: «*L'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties*».

[Ver Texto](#)

(38) Más recientemente *vid.* *Ordre des avocats de Genève - Commission ADR, Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Zúrich, 2018.

[Ver Texto](#)

(39) *Vid., v.gr., W. Kennett, «It's Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute*

Resolution», *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 30, nº 1, 2016, pp. 1-31.

[Ver Texto](#)

(40) Sobre la «*parens patriae doctrine*», *vid.*, por todos, J. Blokhuis, *Parents Patriae: A Comparative Legal Study of Sovereign Authority and Public Education in the Province of Ontario and the State of New York*, Dissertation University of Rochester, NY, 2009.

[Ver Texto](#)

(41) G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, Paris, 1953, rééd. Paris, 2004 (prés. D. Gutmann), p. 270.

[Ver Texto](#)

(42) Cómo un tribunal italiano que obra como órgano de la «*Repubblica italiana*» y se pronuncia «*In nome del popolo italiano*» —menciones que figuran en el epígrafe de las decisiones pronunciadas por los tribunales italianos— ¿puede ser éste «independiente» de la comunidad italiana que lo designa? ¿Cómo puede ser «independiente» de la comunidad letona el tribunal de Riga que decide en nombre de la «*Latvijas Respublika*»? ¿Cómo un tribunal alemán que se pronuncia «*im Namen des deutschen Volkes*» puede ser «independiente» del «pueblo alemán», de la comunidad alemana, así que comenzamos por admitir que podría haber un *interés* en el asunto?

[Ver Texto](#)

(43) G. Kaufmann-Kohler / A. Rigozzi, *International Arbitration - Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2016, p. 13: «... *the principal advantage of international arbitration is its neutrality*». Las cursivas son nuestras.

[Ver Texto](#)

(44) E. Gaillard, «L'apport de la pensée française à l'arbitrage international», *Journ. dr. int.*, 2006, p. 530: «*L'intérêt de l'arbitrage ne tient pas, comme on l'écrivait autrefois..., au fait que l'arbitrage serait rapide, peu onéreux et maintiendrait d'excellentes relations entre les parties.... L'avantage de l'arbitrage est ailleurs. Il tient à la neutralité, géographique et en termes de nationalité, des arbitres (personne ne voulant plaider chez l'autre), à la participation des parties à la nomination des arbitres...*».

[Ver Texto](#)

(45) La parcialidad anteriormente mencionada también se encuentra entre los servicios estatales de protección de la infancia, ya que ellos también dependen de uno de los Estados «*co-interesados*». Hace unos años, estuve en Bruselas en el Parlamento Europeo y, después de presentar un informe del Instituto Suizo de Derecho Comparado a la Comisión de Peticiones con algunas propuestas para la reforma del Reglamento Bruselas II-bis, se me acercó un hombre de unos cuarenta años que afirmaba ser un representante de una asociación de padres que había sufrido el nacionalismo de los poderosos *Jugendämter* alemanes. Me dijo algo así: «*Tan pronto como uno de los padres sea alemán, es poco probable que se le conceda la custodia al otro. Los jueces alemanes siempre siguen las recomendaciones de los Jugendämter. Y los Jugendämter están persiguiendo una 'germanización' de los niños franco-alemanes, italiano-alemanes, españoles-alemanes, polaco-alemanes y otros... ¡Debes hacer algo al respecto!*». «*Germanización*»... Usó ese término dos veces en pocos minutos. No es infrecuente que las decisiones

contradictorias del Estado A y el Estado B sobre la custodia de un niño binacional se basen en informes periciales psicosociales contradictorios de los servicios de protección del Estado A y el Estado B. Sin embargo, este *sesgo* —el riesgo de tal «*partisanismo*»— no afecta a la labor del Servicio Social Internacional, que es un organismo «*supraestatal*», trans-estatal, capaz de trabajar en la coordinación interestatal sin depender de uno de los Estados involucrados.

Ver Texto

(46)

Vid. un informe reciente: T. Bingham, «The Alabama Claims Arbitration», *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 50, nº 1, 2002, pp. 1-25. Las audiencias se desarrollaron en julio 1872 en una sala del Hotel de Ville, conocido hoy en día bajo el nombre de «Sala Alabama», es la misma en donde algunos años atrás, el 22 agosto 1864, se había firmado la Convención de Ginebra, acto fundador del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Ver Texto

(47) Mientras caminaba —la víspera de Pascua del año 2017— bajo las arcadas de la prefectura de Turín que se abre a la elegante place del Castillo («Piazza Castello»), descubrí una plaza conmemorativa dedicada al Conde Federico Sclopis di Salerano (1798 - 1878) y evocando, entre los «*nobili ricordi*» que deja de sí, el hecho de «*presiedette il Congresso degli arbitri che pacificò l'Inghilterra e gli Stati Uniti*».

Ver Texto

(48) Vid. E. McGregor, *L'arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les Etats-Unis et l'arbitrage d'investissements*, Zúrich, Lextenso -Schulthess, 2015.

Ver Texto

(49) Las audiencias deberían tener lugar el mes de julio de 2019. Para acceder a los escritos depositados hasta el momento por ambas partes, vid. [<https://pca-cpa.org/en/cases117>].

Ver Texto

(50) El tribunal competente a nivel de apelación también debe ser transnacional. Este es el caso del sistema de «tribunales mixtos» de Egipto: el glorioso «Tribunal Mixto de Apelación», con sede en Alejandría, tiene una composición no menos multinacional que los tres tribunales mixtos que administran justicia en primera instancia. Lo mismo ocurre hoy en día con el «comité *ad hoc*» de tres miembros, competente para pronunciarse sobre el recurso (en forma de solicitud de anulación) contra los laudos dictados por los tribunales de inversiones en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de 18 de marzo de 1965 (Convenio de Washington de 1965 - RS 0.975.2). En cambio, el arbitraje comercial se caracteriza por el retorno a la mono-nacionalidad del tribunal en la fase de apelación, ya que el recurso contra el laudo se presenta normalmente ante los tribunales judiciales mono-nacionales del Estado de la sede (ya sea un tribunal de apelación —como en Italia— o el tribunal supremo, como en Suiza).. Esto implica que un Estado B puede no «reconocer» la sentencia, no obstante internacional, proveniente de un tribunal arbitral de composición internacional con sede en el Estado A o que él no puede reconocer la decisión mono-nacional proveniente de un tribunal judicial del Estado A emitido sobre un recurso contra esta sentencia. En otras palabras, los Estados A y B pueden estar en desacuerdo con respecto de los

derechos subjetivos y de las obligaciones resultantes de una relación humana internacional que se desarrolla sobre sus territorios, y un tal desacuerdo inflige a las partes una denegación de justicia internacional. Cf. Cl. Debourg, *La contrariété des décisions dans l'arbitrage international*, Paris, 2011.

Ver Texto

(51) Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe, version qualifiée de finale du 23 nov. 2018 (DFEA: [www.eda.admin.ch]).

Ver Texto

(52) Protocole III sur le Tribunal arbitral, qui forme partie de l'Accord institutionnel (*vid.* nota anterior); *vid.* un comentario: Département fédéral des affaires étrangères, Accord institutionnel Suisse-EU, Document explicatif, 19 janv. 2019 (DFEA: [www.eda.admin.ch]), B.2.1.3, p. 8-9.

Ver Texto

(53) Los jueces mononacionales también se habrán librado de la frustración resultante del ejercicio de la jurisdicción internacional, que no sólo corre el riesgo de ser en gran medida inútil, ya que puede entrar en conflicto con el mismo ejercicio igual y contrario de la jurisdicción por parte de los jueces del otro Estado implicado, sino que incluso puede causar daño al niño, contribuyendo a su malestar, en lugar de hacerle el bien, contribuyendo a su bienestar. El hecho es que los jueces de los Estados suelen decir que ellos mismos están «desbordados» por este litigio transfronterizo porque «sobrepasa» los límites de su *imperium* para pasar a formar parte de un espacio binacional que está en gran medida fuera de su control.

Ver Texto

(54) ¿No decía Henri Lacordaire que «la injusticia llama la injusticia, la violencia engendra la violencia»?

Ver Texto

(55) G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 1, Nápoles, 1933, nº 12, cité par S. Guinchard / C. Chanais / F. Ferrand, *Procédure civile - Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30^e, Paris, 2010, nº 77.

Ver Texto

(56) Se trata del personal de los tribunales, civil pero a veces también penal, las autoridades centrales, los servicios nacionales e internacionales de protección de menores (como el Servicio Social Internacional), la policía, la Interpol, las embajadas y los consulados, el ministerio público, así como los custodios de niños, los psiquiatras de niños, los mediadores, los abogados, etc., en ambos Estados. Los sueldos y el equipo de todo este ejército de profesionales se financian en gran medida con dinero público.

Ver Texto

(57) *Vid. supra*, notas 10 et 31.

Ver Texto

(58) *Vid. supra*, notas 10 et 31.

[Ver Texto](#)

(59) Dicho de otro modo, el padre que resuelve «*sustraer*» su hijo al otro progenitor suele estar motivado por la perspectiva del cambio resultante en la composición, y la nacionalidad, del tribunal en cuya órbita territorial estará el hijo y que, por lo tanto, tiene la última palabra. El traslado del niño del territorio soberano del Estado A al territorio soberano del Estado B tiene como consecuencia que el destino del niño se transfiera a su vez de las manos de los jueces del Estado A las manos de los jueces del Estado B, de la órbita territorial donde se ejerce el poder coercitivo del Estado A a la órbita territorial donde se ejerce el poder coercitivo del Estado B. A menudo un padre se ve tentado a realizar el traslado ilícito porque, como hemos dicho, percibe a los jueces del Estado A como hostiles y a los jueces del Estado B como aliados potenciales. Pero si se asegura que el traslado del niño del Estado A al Estado B sigue sin influir en la composición del tribunal competente para decidir —pues siempre será un tribunal con un miembro del Estado A y otro del Estado B—, tanto el temor de tratar con jueces hostiles como la esperanza de tratar con jueces aliados deberían desaparecer, y con ello la doble incitación al traslado que ambos presuponen. Por consiguiente, es probable que se mantenga y no se traduzca *en acción*. Por descontado, este es el objetivo de prevención al que aspira principalmente la Convención de la Haya de 1980.

[Ver Texto](#)

(60) Noam nació el 10 de junio de 2003; la madre salió del territorio israelí con él el 24 de junio de 2005.

[Ver Texto](#)

(61) Y si la madre, que también tiene nacionalidad israelí (además de la suiza y la belga), se encontrara en territorio israelí, sería castigada en Israel con una pena severa por sustracción internacional de menores y desobediencia de una orden judicial.

[Ver Texto](#)

(62) Reflejando el espíritu del adagio: «*Si quieres la paz, prepárate para la guerra*» («*Si vis pacem, para bellum*»)..

[Ver Texto](#)

(63) Esta máxima también se encuentra en la primera piedra del edificio que alberga la sede de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ganadora del Premio Nobel de la Paz en 1969: *vid.* E. Senghaas-Knobloch, «*Si vis pacem cole justitiam*» - Die programmatischen Herausforderungen des IAO-Konzepts für weltweit menschenwürdige Arbeit, artec-paper, Nr. 139 Januar 2007.

[Ver Texto](#)

(64) Art. 23 de la Convención de La Haya de 1996 y art. 23 del Reglamento Bruselas II - *bis*.

[Ver Texto](#)

(65) Al parecer, el derecho de acceso a un tribunal transnacional debería corresponder no sólo a ambos progenitores por *acuerdo*, o a uno de ellos en virtud de un acuerdo parental previo, sino también a *uno de los progenitores en ausencia de acuerdo*, de manera muy parecida a como en los Estados Unidos el derecho de acceso a los tribunales *federales* en situaciones de «*diversity of citizenship*» (diversidad de residencia de los litigantes) depende de la voluntad de una u otra parte en la controversia. También sería apropiado permitir el acceso al propio niño. Cabe recordar que el tercer «*Protocolo Facultativo*» de la Convención de las Naciones Unidas de 1989, que entró en vigor en abril de 2014, permite que el propio menor presente «denuncias» al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en relación con las violaciones de sus derechos subjetivos en virtud de la Convención cometidas por los Estados que se han adherido a ella. La situación en la que se encuentran Naël y Marko, Noam y Sofía es incompatible —como se ha señalado anteriormente, notas 10 y 31— con muchos de estos derechos subjetivos. No está claro que si bastara con la voluntad de una sola parte individual para ponerlo en marcha, ese mecanismo jurisdiccional quedaría fuera del alcance del arbitraje: por una parte, el «*arbitraje forzoso*» es a veces una realidad y, por otra parte, y sobre todo, dada la *dimensión interestatal*, aunque subsidiaria, que puede tener un litigio relativo a un niño transnacional, el principio de consensualismo se respetaría en todo caso, al menos parcialmente, en la medida en que el mecanismo en cuestión sería *aprobado por los Estados potencialmente en conflicto entre sí* en relación con el destino de un niño transnacional y que cada uno aceptaría, de antemano, someterse a él si una de las partes individuales —uno de los padres o el niño— así lo solicita. Se trata de una especie de «*bilateralización*» del mecanismo consagrado en los tratados bilaterales de inversión, una especie de arbitraje recíproco y cruzado que los Estados contratantes se harían entre sí. Así pues, Suiza y el Líbano podrían convertir la «comisión mixta» prevista en el Acuerdo de 2006 en un «tribunal mixto» que ambos Estados se comprometerían a constituir —y cuya decisión ambos Estados se comprometerían a respetar y aplicar en sus territorios— si uno de los progenitores o el niño expresa el deseo de que la controversia sea resuelta por dicho tribunal (*vid. supra*, nota 26). En cualquier caso, creo que es bueno no detenerse en la superficie de las cosas, en las etiquetas —«*esto es un arbitraje, esto no es un arbitraje*»— que, ocultando en gran medida la diversificación de los modos de justicia arbitral, a veces nos impide llegar al fondo del asunto. Y lo que es esencial aquí es que los seres humanos —padres e hijos— que participan en una relación bi o multiterritorial puedan contar con un tribunal neutral y equidistante, superestatal, multinacional, que imparta justicia en nombre de dos autoridades estatales, capaz de pronunciar una decisión que sea directamente bi o multiterritorial en su eficacia. La denominación de dicho tribunal es, en última instancia, una cuestión secundaria. Por supuesto, hay que evitar que, mientras los abogados, cuya labor suele ser financiada por los contribuyentes, debatan y se peleen sutilmente por la cuestión de hasta dónde se extiende el poder judicial y cuándo comienza el arbitraje, los niños transnacionales siguen estando aislados de parte de su identidad e historia como resultado de los desacuerdos entre los «países» de los que son «niños» hasta el punto de tener tendencias suicidas, y que los padres están distanciados de sus hijos y viven en la angustia y desarrollan cáncer, y que los contribuyentes de ambos estados pagan millones por procedimientos de neutralización mutua y millones más por el tratamiento médico y el apoyo psicológico que necesitan los miembros de estas familias desgarradas. En el plano multilateral, un nuevo protocolo de la Convención de las Naciones Unidas de 1989 podría ser la sede natural para establecer estos tribunales multinacionales y organizar sus procedimientos. Este sería un paso más en el camino emprendido por las Naciones Unidas con el tercer «protocolo facultativo» que se acaba de mencionar. El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, al que el protocolo ya asigna una misión cuasi judicial, podría funcionar como «comité de apelación» («*appellate committee*») en segunda instancia. Sin embargo, también creo que sería ya un paso adelante ofrecer, para las controversias internacionales relativas a la custodia y el derecho de visita, incluida la «relocalización», el acceso a un tribunal de

arbitraje internacional en virtud de la voluntad concordante de los padres, que podría expresarse mediante una cláusula de arbitraje incluida, por ejemplo, en el caso de padres casados, en un acuerdo pre o post matrimonial. Por supuesto, habría que prever una serie de adaptaciones del procedimiento seguido en materia comercial, inspirándose también en el ejemplo del arbitraje de inversión, cuyo componente interestatal es más visible. Cf. el título de la contribución de W. Kennett, «It's Arbitration, But Not As We Know It», *loc. cit.* Además, ¿hay suficiente conciencia de que las ventajas que comúnmente se atribuyen al arbitraje internacional —confidencialidad, rapidez, menos conflictos, preservación de las relaciones futuras entre las partes— son de particular importancia en los litigios internacionales relativos a los niños? A este respecto, véase el estudio de A. Marcastel, *Le «private judging» comme mode alternatif de règlement des différends familiaux*, Master: Univ. Genève, 2017.

[Ver Texto](#)

La mediación en los conflictos societarios en la empresa familiar

Mediation in corporate conflicts in the family business

La mediación constituye un sistema alternativo de resolución de conflictos (ADR) basado en la participación voluntaria de las partes en un proceso estructurado y confidencial, con la intervención de uno o más mediadores, independientes y neutrales, sin autoridad para imponer un acuerdo. Las empresas familiares pueden someter sus controversias a mediación con el fin de beneficiarse de un procedimiento libremente elegido, flexible, no agresivo y de bajo coste, para tratar de alcanzar un acuerdo voluntario para resolver sus conflictos, acuerdo de mediación que puede incluir no solo aspectos de la controversia jurídica y que será ejecutable en los tribunales. Los conflictos societarios de negocios familiares pueden tener mejor solución en un procedimiento de mediación que en una reclamación judicial, fundamentalmente porque ello permite considerar aspectos de las dos dimensiones del conflicto, las cuestiones familiares y las de negocio. La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, será probablemente modificada en un futuro próximo con el objetivo de desarrollar e impulsar la mediación, particularmente en materias como los conflictos de socios.

Empresa familiar, Mediación, Conflicto, Controversias societarias, mayoría, Minoría, Mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Mediation is an alternative dispute resolution (ADR) based on the voluntary participation of the parties in a structured confidential process, with the intervention of one or more independent and neutral mediators without authority to impose an agreement. Family companies could submit their controversies to a mediation in order to benefit of a self-determinate, flexible, non-aggressive and cost-efficient way of trying to achieve a voluntary agreement to solve disputes, settlement agreement that should include not only strictly legal matters and that would be enforceable at the courts. Shareholders conflict of family business might be much better placed in a mediation proceeding than in a court claim, mainly because it allows dealing with both dimensions of the conflict, family matters and business controversies. Spanish Law 5/2012, of Mediation in Civil and Commercial Matters, will be probably amended in the near future in order to develop and promote mediation particularly in subjects as shareholders conflicts.

Family Business, Mediation, Conflict, Corporate disputes, Majority, Minority, Alternative Dispute Resolutions.



José María Rojí Buqueras

Árbitro. Abogado. Socio. CMS Albiñana & Suárez de Lezo

I. CARACTERIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS EN LAS EMPRESAS FAMILIARES

Los conflictos entre los socios son algo común en la vida de la empresa, al punto de constituirse en una etapa no necesaria pero cuasi inevitable en algún momento de su evolución y desarrollo y, en algunos casos, son la causa de que empresas dejen de ser familiares e, incluso, de que fracasen como proyecto empresarial. Lo cierto es que, con mayor o menor intensidad y virulencia, los conflictos societarios son frecuentes en la mayoría de las compañías mercantiles y que, en la empresa familiar, pese a que por su adjetivación podría pensarse que reina una mayor armonía, son, al menos, igual de comunes.

No es este el lugar para extenderse sobre las causas de los conflictos de socios, tema que ha sido tratado ampliamente por la doctrina y ha dado lugar a numerosos pronunciamientos de los tribunales. Se puede sintetizar la realidad del conflicto en que, en las sociedades en general, los enfrentamientos se derivan principalmente de las dinámicas minoría-mayoría, de la lucha por la participación en la gestión, de las distintas maneras de ver el negocio, de los variados umbrales de riesgo, de las diferencias en cuanto al suministro de información y de las distintas expectativas de retorno.

En las empresas familiares, a las anteriores razones para el conflicto derivadas de la condición de socios de sus partícipes, se suman las diferencias, los malentendidos y los agravios comunes en las familias, situaciones personales que permean a lo societario. En ocasiones, en esas relaciones de doble plano familiar/socio, la sociedad no es ni siquiera el motivo del conflicto, sino meramente un campo de batalla en el que el mismo se libra.

Numerosas son las cuestiones que agravan el conflicto cuando estamos ante empresas familiares, conviene señalar algunas particularmente comunes.

Control de la gestión por el familiar o grupo familiar mayoritario

En general, en las sociedades mercantiles, quien tiene la mayoría tiene la facultad de designar a los administradores, de monitorizar la gestión. Cuando se trata de empresas familiares, esa designación recae en numerosas ocasiones en el propio familiar mayoritario o sus allegados, convencido de que nadie mejor que él para gobernar la nave de la empresa familiar. El resto de los familiares, alejados de la gestión o con una presencia meramente testimonial o simbólica, suelen ver primero con suspicacia y luego con rechazo ese liderazgo, postulándose como alternativa o inclinándose por una gestión de terceros, sin que la experiencia demuestre que esa sea siempre la mejor solución.

Cuando además el mayoritario es el *pater familias* o quien por cualquier causa siente que tiene el liderazgo del grupo familiar, cualquier cuestionamiento de sus políticas o decisiones empresariales lo interpreta como un ataque personal, lo que conlleva que el resto de los socios / familiares no opinen libre y espontáneamente, incrementando su frustración, su desafección y, cuando estalla, agravando el enfrentamiento.

Confusión patrimonial

Determinados liderazgos de empresa familiar pueden confundir entre patrimonio empresarial y patrimonio personal, entre propiedad de la empresa y gestión integrada de esta. Se toman así decisiones puntuales o permanentes en las que priman objetivos de su familia empresaria por

encima de la empresa familiar o el resto de los familiares de la empresa. Esta confusión va más allá de la gestión y alcanza a familiares distintos a los propietarios directos. Ejemplo paradigmático de estas conductas lo ofrecen quienes contratan a sus hijos en la empresa, pero proscriben a los de los familiares no gestores, o quienes practican el mecenazgo con las instituciones a los que ellos están vinculados y no con otras análogas o comparables a las que son afines sus familiares o patrocinan los eventos o deportes en los que participan, pero no aquellos de interés de otros miembros de la familia, etc. Son probablemente conductas anecdóticas desde un plano de relevancia económica pero que tienen un importante impacto en las relaciones personales.

Otras conductas más graves, son las prácticas de *siphoning*, la financiación asimétrica a los socios o la utilización discriminatoria de los bienes sociales, incurriendo o no en las prohibiciones del art. 228 de la Ley de Sociedades de Capital.

Comunicación entre planos vitales

La no separación de hecho entre la vida empresarial, la familiar e incluso la social. En las sociedades mercantiles, socios enfrentados llegan a sus casas y están en entornos protegidos de ese conflicto. Por el contrario, el miembro de la empresa familiar, cuando abandona la empresa arrastra el conflicto a la familia. Incluso en muchos casos, miembros de la misma familia que entre sí tiene poca relación coinciden en los mismos entornos sociales. Veranean en los mismos lugares, pertenecen a los mismos clubes, viven en los mismos barrios y tienen amigos y conocidos comunes, consecuencia de la biografía compartida de la familia. Los conflictos, la existencia de diferentes roles en la gestión, los distintos protagonismos, trascienden de lo empresarial e incluso de lo familiar para impregnar todo el círculo vital del socio. La posición como socio y la solución del conflicto va a tener un impacto no solo patrimonial y personal, sino también familiar, social y reputacional.

La venta o separación de socio: una solución insatisfactoria

La solución más eficaz en los conflictos de socios es la venta de su participación por una de las partes en el conflicto, normalmente el socio minoritario. Pero esta solución no es muchas veces satisfactoria en la empresa familiar, aun cuando se fuera a pagar un precio de mercado, lo que en sociedades de carácter cerrado tampoco suele ocurrir.

Es frecuente que los estatutos o los protocolos familiares suscritos restrinjan el círculo de las personas físicas en cuyo favor es libre la transmisión.

El motivo es que en la empresa familiar el sentimiento de pertenencia del socio, el arraigo, es mucho más intenso que en otras corporaciones. El socio no quiere desvincularse de la empresa que pertenece a su familia, en ocasiones desde hace varias generaciones, que lleva en muchos casos su apellido, que forma parte de la historia familiar y de la biografía de sus individuos. Uno no quiere ser el único Pérez que no es titular de «Cárnicas Pérez e hijos». La venta no es una solución en estas

empresas. Por eso la solución para el atesoramiento de beneficios ofrecida por el 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital a través del reconocimiento de un derecho de separación no ha dado una respuesta eficaz en este tipo de empresas (1).

Las limitaciones a la transmisibilidad

En las empresas familiares, como consecuencia de su particular composición subjetiva, es frecuente que los estatutos o los protocolos familiares suscritos restrinjan el círculo de las personas físicas en cuyo favor es libre la transmisión. Si bien el régimen general es que sea libre la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio art. 107.1º RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, TR Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), se suelen pactar limitaciones para que los no carnales, los cónyuges, no puedan acceder a la condición de socios. También restricciones para que no se produzca una atomización, de modo que solo sean libres las transmisiones a uno de los descendientes y a ningún colateral, lo que obliga a un socio a preterir a sus hijos en beneficio de uno, o a someter el acceso a tal condición de socio a condiciones personales del familiar.

Restricciones de esta naturaleza —que en muchos casos son razonales, están justificadas e incluso son positivas— generan un rechazo y un enfrentamiento en aquellos familiares que se ven excluidos de la posibilidad de optar a la condición de socios, y violentan al socio que tiene que preterir a esos familiares, constituyendo todo ello una semilla para el conflicto.

Pactos sobre la sucesión

Junto a lo anterior, muchas familias empresarias regulan aspectos sucesorios tanto respecto a la gestión como a la propiedad. En cuanto a la gestión, poniendo una serie de condiciones que en ocasiones pretenden preservar la empresa exigiendo una cualificación determinada a quien pretenda entrar en el puente de mando y, en otras, estableciendo un perfil definido orientado en beneficio de algún familiar concreto y, en consecuencia, encaminadas a dar carta de naturaleza a una elección previa de sucesor. En cuanto a la propiedad, estableciendo criterios que tienden básicamente a dos objetivos: perpetuar el apellido como condición de acceso a la propiedad y evitar la atomización accionarial. En otros casos, tanto para la gestión como para la propiedad, se incluyen condiciones ligadas a una determinada concepción de la familia o de los atributos para ser socio, exigiendo por ejemplo la condición de casado o una edad concreta.

Situaciones como las mencionadas generan numerosísimos conflictos en los que, como se puede intuir y la experiencia enseña, abundan los aspectos subjetivos y emocionales, sin que el derecho disponga de recursos idóneos para darles respuesta, y en los que las partes difícilmente reconocen su propia culpabilidad o torpeza, cuando la una o la otra suelen estar presentes en distintos grados.

Igual que el conflicto mayoritario frente a minoritario tiene mucho que ver con la actitud y visión del mayoritario y la equilibrada percepción por el minoritario de su posición real, cuando incorporamos elementos familiares, personales y de sangre, la génesis, gestión y solución del conflicto va a verse enormemente influenciado por la cultura y los valores de dicha familia.

El objeto de estas notas es reflexionar sobre cómo puede contribuir la mediación en la gestión y resolución de estos conflictos societarios, en la convicción de que los sistemas alternativos de

resolución de conflictos, y la mediación en particular, tienen más que aportar que lo que la práctica ha demostrado hasta la fecha (2).

El conflicto societario en general pone en riesgo la continuidad de la empresa, particularmente cuando las acciones ejercitadas impugnan de acuerdos sociales, disolución forzosa, derecho de separación, le afectan directamente y no sólo a los socios. También las acciones de responsabilidad de administradores o la amenaza de emprenderlas, en la medida que condicionan la espontánea administración y la toma de decisiones empresariales.

Cuando el conflicto empresarial se suscita en el seno de la empresa familiar, los daños se extienden a la familia. Incluso cuando el conflicto provenía de esta y no de la empresa, el conflicto societario deteriora aun más la relación, y las acciones judiciales se perciben como una agresión de mayor intensidad que entre extraños o meros socios.

La significativamente menor duración de los procesos de arbitraje y mediación a los judiciales, la percepción de menor agresividad para las partes de una negociación mediada o incluso de un arbitraje que de un proceso judicial, sus elementos de voluntariedad, que en la mediación alcanzan al propio acuerdo, y la confidencialidad que legalmente se impone, constituyen elementos para preservar la empresa y las relaciones personales (3).

II. FUENTES Y ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA MEDIACIÓN

La mediación civil y mercantil, que es la que será de aplicación a los conflictos societarios, básicamente la mercantil, y la civil cuando estemos ante aspectos propios de la regulación de la familia en los conflictos en la empresa familiar, está regulada tanto en el ámbito comunitario como en el español. De hecho, la norma nacional es tributaria de la normativa comunitaria como consecuencia de ser de parte una norma de transposición, aunque su ámbito se haya extendido más allá de las previsiones comunitarias.

1. Regulación de la mediación en el ámbito comunitario

La norma europea de referencia es la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante la «Directiva de Mediación»). La Directiva de Mediación se aplica en los litigios transfronterizos en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente (art. 1.2 «Finalidad y ámbito de aplicación»).

La definición de mediación (art. 3.a «Definiciones») configura esta como un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Esta definición, que el legislador español ha hecho propia en lo sustancial, se completa con otros atributos de la mediación que se desprenden del texto de la Directiva como la confidencialidad y el carácter ejecutivo de los acuerdos.

La voluntariedad del sometimiento al procedimiento constituye una pieza clave de la mediación, sin perjuicio de que la misma pueda ser propuesta por el órgano judicial que conozca del asunto (art. 5.1º «Recurso a la mediación»).

Pero una vez en el seno de esa mediación voluntaria se alcanza un acuerdo, la Directiva de Mediación ordena a los Estados miembros que garanticen que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación, salvo que el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, o bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo; y permite que el contenido del acuerdo adquiera carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud (art. 6.1º y 6.2º «Carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación»).

El considerando (6) de la Directiva de Mediación enfatiza dos aspectos que refuerzan la utilidad de la mediación en los conflictos societarios: la flexibilidad del procedimiento y la mayor probabilidad de cumplimiento voluntario de los acuerdos resultantes de la mediación (4) . En cuanto a este segundo aspecto, resulta relevante destacar que no sólo el acuerdo va a tener la eficacia jurídica de un título ejecutivo o de un acuerdo homologado judicialmente, según los casos, sino que su contenido, a diferencia del que resulta de una sentencia o un laudo, ha sido acordado por las partes, por lo que al menos en el momento de su suscripción cada parte ha considerado que la solución que aportaba el acuerdo al conflicto era cuando no justa, al menos suficiente.

La Directiva de Mediación ha sido objeto de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 septiembre 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, que concluye, entre otros aspectos, que es obvio que los objetivos establecidos en el art. 1 de la Directiva de Mediación (a saber, promover el uso de la mediación y, en particular, lograr «*una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial*») no han sido alcanzados, ya que, en la mayoría de los Estados miembros, la mediación se utiliza en menos del 1 % de los casos llevados ante los tribunales. Esta realidad, como tendremos oportunidad de tratar, no ha sido distinta en España.

Para completar el cuadro de la normativa europea de mayor interés, conviene traer a colación normas de soft law, como el «*European Code of Conduct for Mediators*», Bruselas 2004; o el «*European Code of Conduct for Mediation Providers* » adoptado en el encuentro plenario de la *European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)* en Estrasburgo, 3-4 de diciembre de 2018. Se trata de códigos de adscripción voluntaria para mediadores e instituciones de mediación pero que aportan valiosos criterios.

2. Regulación nacional

La trasposición de la Directiva de Mediación al ordenamiento nacional se hizo tardíamente y a través de una norma de urgencia poco apropiada como fue el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, que fue casi inmediatamente sustituido por la norma actualmente en vigor: la Ley 5/2012, de 6 de julio,

de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante LM). Esta Ley no solo es una norma de trasposición, sino que incluye una regulación que va más allá del ámbito de la Directiva.

En lo que afecta a cuanto aquí interesa, la LM aplicable a los conflictos societarios, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes —como es el caso con carácter general en los conflictos societarios—, y será aplicable cuando al menos una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español. Las exclusiones previstas en la LM de su ámbito de aplicación son la mediación penal, la laboral y la que se mantenga con las Administraciones públicas. Aunque en los conflictos societarios puedan presentarse aspectos penales o laborales no son estos sus ámbitos naturales, por lo que se puede afirmar que esta será la norma de aplicación general a la mediación en los conflictos societarios en España aun cuando concurren aspectos transfronterizos.

Como destaca la Ley en su Exposición de Motivos:

«la mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia».

La LM se complementa con las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante «LEC»), cuyo art. 19 reconoce a los litigantes la facultad para disponer del objeto del juicio y para renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. Todo ello en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia (5).

Por lo tanto, cabe la mediación intrajudicial y cabe que ésta acabe con una transacción. De hecho, este es uno de los objetivos de la mediación, poner fin a conflictos judicializados. El acuerdo de mediación puede ser homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin (19.2º LEC).

La crisis desencadenada por el Covid-19 ha reforzado la convicción de que es preciso ampliar el uso de la mediación como instrumento de resolución conflictos civiles y mercantiles

Al igual que mencionamos respecto a la Directiva de Mediación, la LM no ha tenido el impacto

esperado de modo que los operadores jurídicos y económicos con carácter general no han prestado atención a esta fórmula de resolución de conflictos. Ello ha dado lugar a que recientemente y cómo veremos en el siguiente sub-epígrafe, se haya promovido el modificar la Ley, con el fin de tratar de buscar una mayor difusión y consecuente utilización de la mediación. Si esta era la voluntad del legislador hace apenas un año, la crisis desencadenada por el Covid-19 no ha hecho sino reforzar la convicción de que es preciso ampliar el uso de la mediación como instrumento de resolución conflictos civiles y mercantiles. Se espera que contribuya a ello el colapso se teme sufrirá la justicia ordinaria y una percepción que nos parece fundada de que la sacudida que ha supuesto esta crisis propiciará un clima de mayor voluntad de dialogo y, por ende, de resolución pacífica de conflictos (6)

3. Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación

El Consejo de Ministros de 11 de enero de 2019 aprobó, a propuesta de la ministra de Justicia, un Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, con el objetivo declarado de articular formulas abiertas y flexibles que contribuyan decididamente a implantar la mediación como institución complementaria de la Administración de Justicia y a incrementar su difusión y presencia en el desenvolvimiento ordinario de las relaciones jurídicas entre particulares.

En palabras de su Exposición de Motivos, el anteproyecto reconocía que: «Actualmente, la mediación en España se encuentra obstaculizada por una cultura ajena a esta forma particular de resolución de conflictos intersubjetivos. Continúa siendo una institución desconocida que no ha conseguido demostrar su operatividad».

Para entender la naturaleza del anteproyecto, obsérvese que la mayoría de las modificaciones de la normativa actual que promueve no son en sede de la LM sino de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La intención de la modificación normativa es, por un lado, fomentar que sean los propios tribunales quienes promuevan la mediación y, por otro, que, sin que la mediación como resultado deje de ser voluntaria, el intento de mediación se convierta en una condición de procedibilidad y, por lo tanto, un presupuesto previo necesario para poder interponer la demanda.

Entre los distintos supuestos que la norma sujeta al régimen anterior, se incluyen, en lo que aquí nos interesa, los conflictos societarios. Se modificaría para ello el actual art. 6a LM de modo que, declarando que la mediación es voluntaria, se matizaría dicha voluntariedad en el sentido de que los interesados estarán obligados a intentarla con carácter previo al inicio de un proceso declarativo, entre otros, en los casos de conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles.

Resulta difícil extraer de la dicción de la norma proyectada una concreción suficiente de cuál es el contenido concreto de ese concepto jurídico indeterminado de conflictos entre socios, del que quedarían por ejemplo fuera, entre otras, las acciones de impugnación de acuerdos sociales (art. 204 LSC), o las tendentes a la disolución de la sociedad (art. 366 LSC), o al ejercicio del derecho de separación (art. 346 LSC), ya que aunque puedan tener lugar en el seno de un conflicto entre socios, no se trata de acciones de estos entre sí, sino de un socio frente a la sociedad.

Tampoco resulta sencilla la exegesis de lo que debe entenderse como conflictos con los órganos de administración de las sociedades mercantiles. ¿Se refiere a los conflictos de los socios o la propia sociedad (acción social de responsabilidad art. 238 LSC) o alcanza también a los que tengan terceros contra los administradores en su condición de tales? Los terceros pueden impugnar acuerdos sociales (art. 206.1º LSC), exigir la responsabilidad de los administradores (art. 236.1º LSC) o instar la disolución en determinadas circunstancias (art. 366.1º LSC). Cuando el conflicto con los administradores dé lugar a la impugnación de sus acuerdos en cuyo caso la legitimación pasiva recae en la sociedad (art. 251 LSC), ¿se considera también conflicto con los órganos de administración? Convendría una mejor delimitación de qué acciones concretas están sometidas a este nuevo régimen.

De prosperar una norma como la prevista en dicho anteproyecto, que está siendo demandada por numerosísimos operadores para contribuir a reducir el colapso que va a provocar la situación generada por el Covid-19, se superaría el vigente modelo de mediación basado en el carácter exclusivamente voluntario de la misma, por otro denominado de «obligatoriedad mitigada», que configura como obligación de las partes un intento de mediación previa a la interposición de determinadas demandas, o bien cuando el tribunal en el seno de un proceso, una vez analizado el caso, considere conveniente que las partes acudan a esta institución siempre que no se hubiera intentado con carácter previo al proceso (7) .

Como se ha apuntado, la obligatoriedad se concretaría no en someterse a todo un proceso de mediación o de consensuar un acuerdo que ponga fin al litigio, sino únicamente en ser informado de la existencia y ventajas de la mediación y en participar en una primera sesión exploratoria del conflicto (8) .

Por otra parte, en el ámbito procesal, el anteproyecto propone la adopción de diversas medidas adicionales llamadas a mejorar el tratamiento de la mediación, unas en materia de costas procesales, otras destinadas a proteger la confidencialidad de los actos y documentos que formen parte de la negociación, y otras respecto a la posibilidad de adoptar medidas cautelares y a los órganos competentes para ello cuando exista pacto, proceso o un acuerdo de mediación (9) .

4. Regulación supracomunitaria

Si bien no es el objeto de este trabajo, conviene hacer una mención a la reciente aprobación de una norma internacional supracomunitaria que está llamada a jugar un papel clave en la mediación internacional.

Se trata de la resolución aprobada en Nueva York por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2018, que ha llevado a que el 7 de agosto de 2019, la UNCITRAL, Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, haya iniciado el protocolo de firma de un nuevo instrumento internacional: la Convención de las Naciones Unidas sobre Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, denominado Convenio o Convención de Singapur de 2019.

Probablemente se trate del instrumento internacional de mayor calado en materia de mediación.

Inicialmente han firmado el Convenio de Singapur cuarenta y seis Estados entre los que están China y Estados Unidos, pero, de momento, y en lo que atañe a España, no la Unión Europea y sí varios países de América latina, con quien tenemos una relación especialmente intensa en materia de ADR.

La Resolución trae causa de la consideración de que la adopción de una convención sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación que sea aceptable para Estados con ordenamientos jurídicos y sistemas sociales y económicos diferentes complementaría el marco jurídico vigente en materia de mediación internacional y contribuiría al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas. De ello se desprende que la vocación de este instrumento es ser el equivalente para la mediación de lo que ha supuesto para el arbitraje el Convenio de Nueva York de 1958.

III. DISTINTOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: EL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, ADR (en el acrónimo del término anglosajón *alternative dispute resolution*), constituyen instrumentos valiosos con carácter general, pero encuentran su mayor sentido y utilidad en ámbitos específicos y, en nuestra opinión, de manera muy significativa en los conflictos en la empresa familiar.

No vamos a detenernos aquí en las ventajas del arbitraje en la resolución de controversias societarias, ya tuvimos ocasión de hacerlo (10). El arbitraje es un equivalente jurisdiccional que se constituye en una alternativa idónea a los juzgados ordinarios en los conflictos en la empresa familiar, y su naturaleza y función es la resolución jurídica de litigios, resuelve controversias jurídicas, y ello aun cuando el laudo se dicte en equidad por haberlo pactado así las partes.

Sin embargo, como hemos comentado, en los conflictos empresariales, particularmente en las empresas familiares, existen agravios históricos, afrentas o simples malos entendidos a los que ni un tribunal jurisdiccional ni una corte arbitral podrán dar respuesta y que tienen con frecuencia para las partes más importancia y transcendencia que los aspectos societarios o patrimoniales. Muchas veces ni siquiera será conveniente ni «elegante» la invocación en el proceso de estas cuestiones personales, subjetivas, que el derecho no está llamado a resolver. Ello provoca frustración en la parte agraviada que ve cómo parte de sus principales cuitas no van a ser atendidas, ni tan siquiera escuchadas (11).

Por el contrario, en el entorno de la mediación, es posible, y en muchos casos conveniente y hasta necesario, incluir en las soluciones presentadas a las partes o en las que entre sí se propongan, modos de reparación, a veces no materiales, pero sí satisfactorios. La experiencia enseña que en muchas ocasiones la llave que abre el acuerdo societario y patrimonial es afectiva, y consiste en un desagravio o una reparación, en la disipación de afrentas y malos entendidos, en remover los elementos subjetivos que impiden un acuerdo que en el plano de lo objetivo es posible alcanzar.

Constituyendo las dos instituciones clave de los ADR, arbitraje y mediación, mecanismo heterocompositivo y autocompositivo respectivamente, tienen elementos comunes y a la vez

presentan muy relevantes diferencias en las que cabe detenerse por su trascendencia respecto a la cuestión abordada (12).

Distinto sentido del elemento de voluntariedad en la mediación y en el arbitraje

Entre ellas cabe destacar aspectos como cuándo se presenta la voluntariedad. El arbitraje por su naturaleza es originariamente voluntario, en el sentido de que las partes sólo quedarán sometidas a un procedimiento arbitral si previamente han consentido en ello. Pero el resultado arbitral de la controversia será impuesto finalmente por el árbitro —salvo en los supuestos de terminación por satisfacción *extra*-procesal—, siendo de obligado cumplimiento para las partes.

Por el contrario, la mediación también es esencialmente voluntaria en cuanto al sometimiento a la misma, aunque se puede imponer (art. 6 LM). Sin embargo, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación y el resultado propuesto por el mediador no se impone, sino que las partes son libres de aceptarlo, si bien, una vez aceptado, resulta también de obligado cumplimiento (13).

Siendo la mediación voluntaria, el legislador ha articulado mecanismos para promoverla, básicamente en los arts. 414 ss LEC, en sede de la celebración de la audiencia previa y también del juicio verbal, de modo que ya en la convocatoria, se informa a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma (14). Como se ha dicho, estos mecanismos se han demostrado insuficientes.

Engranaje entre la jurisdicción y la mediación y el arbitraje

Como principal diferencia junto a la voluntariedad, mientras el arbitraje es una alternativa a la jurisdicción, es excluyente de la misma, la mediación es complementaria a la jurisdicción y al arbitraje, antecediéndoles y sustituyéndoles sólo si resulta exitosa.

De hecho, para cuando no resulta exitosa, es cada vez más habitual establecer convenios que se conocen como escalonados y prevén precisamente la articulación sucesiva de una mediación y un arbitraje para cuando la primera no resulta exitosa (15).

De hecho, la mediación puede ser tanto extrajudicial como intrajudicial, conociéndose por tal la que se inicia una vez el conflicto está ya judicializado mientras que la primera, la extrajudicial es normalmente previa a la interposición de acciones judiciales o arbitrales (16).

Confidencialidad en la mediación y el arbitraje

Entre los aspectos comunes, ya hemos hecho referencia a la confidencialidad, cuestión clave en los conflictos societarios y muy particularmente en los de la empresa familiar, que está presente tanto en el arbitraje como en la mediación. En la mediación presenta aspectos críticos adicionales como algo tan fundamental para su preservación como que, salvo acuerdo contrario de las partes, ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, con

determinadas excepciones vinculadas al orden público o a la propia aplicabilidad o ejecutividad del acuerdo alcanzado (art. 7 «Confidencialidad de la mediación» Directiva de Mediación).

La LM en su art. 9 ha ampliado el ámbito subjetivo del deber de confidencialidad extendiéndolo a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. También la Ley de Arbitraje en su art. 24.2º incluye en el ámbito subjetivo de esta obligación a los árbitros, a las instituciones arbitrales y a las partes.

El principio de igualdad de las partes

Otro aspecto común es la igualdad de partes, que la LM refleja en su art. 7 y la Ley de Arbitraje en el art. 24.1º, y que obliga tanto al árbitro como al mediador a que en el diseño de cada procedimiento, dentro de su flexibilidad, se garantice que las distintas partes participen en igualdad de condiciones con igualdad de oportunidades de defensa de sus intereses (17).

Pese a que pudiera parecer lo contrario, este régimen de igualdad es más fácil de gestionar en el arbitraje, dada la mayor distancia que en el procedimiento tiene el árbitro respecto a las partes, y que se manifiesta en aspectos como que no se comunica con las partes por separado, no recibe información de una de ellas que no deba ser compartida con la otra parte, no propone soluciones durante el proceso —más allá de aspectos de puro procedimiento— sino que toma decisiones y lo hace en derecho.

Por el contrario, en la mediación, el mediador interactúa con las partes por separado, recibe información sobre sus intereses, su posición y sus expectativas que no conoce la otra parte, va a proponer soluciones a aspectos de fondo que las partes podrán o no hacer suyas, y, en fin, va a tener mayores posibilidades de romper por falta de la necesaria neutralidad con la igualdad de las partes. El mediador deberá huir de este riesgo siendo especialmente consciente del mismo y gestionando la relación de modo que evite incurrir en actuaciones que puedan propiciar un desequilibrio entre las partes debido a su acción o su omisión. Bien es cierto, en todo caso, que, si una parte advierte un trato desigual, por el principio de voluntariedad expuesto, podrá dar por terminada la mediación en cualquier momento, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje, pero no deja de ser un fracaso de la mediación y un demérito del mediador.

El papel del mediador en los conflictos societarios

Como destaca la Ley de Mediación en su Exposición de Motivos, del mediador se pretende una intervención activa orientada a la solución dialogada y voluntariamente querida de la controversia por las propias partes. La Ley utiliza el término mediador de manera genérica sin prejuzgar que sea uno o varios, permitiendo expresamente dicha pluralidad en el art. 18. En la medida en que no se trata de un órgano decisorio su actuación no se sujeta a un régimen de colegialidad sino de coordinación.

El mediador no ha de ser necesariamente un jurista (art. 11 LM), a diferencia de lo que ocurre en la Ley de Arbitraje, donde se prima la condición de jurista del árbitro, siendo necesaria en el arbitraje de derecho, no en el de equidad, salvo renuncia de las partes y también que dicha condición recaiga, al menos, en alguno de los árbitros, cuando se trate de un colegio arbitral (art. 15.1º LA). Sí se

requiere que esté en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas (18).

La independencia y la imparcialidad constituyen una condición necesaria del mediador en los términos previstos en el art. 13 LM que actúan como un mínimo, de modo que la elevación del estándar de contribuirá a la calidad de mediación. No basta con no tener una relación con las partes, es preciso no tener un interés en un resultado concreto más allá del acuerdo en abstracto.

Todo lo que suponga querer llevar a las partes a un acuerdo concreto implica separarse de la función de mediador para asumir una posición de parte, aunque sea una parte concreta distinta de las dos en conflicto. Son las partes quienes tienen que construir el acuerdo y el mediador orientarles para que lo alcancen. Nada obsta a que un mediador en una controversia tenga o se vaya formando una idea de cuál es la mejor solución, pero igual que no puede imponerla, no es un método heterocompositivo, no puede forzarla, sí sugerirla, ofrecerla y facilitarla.

IV. UTILIDAD DE LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS

Una vez expuestas las principales características de los conflictos societarios en la empresa familiar, la regulación y naturaleza de la mediación y sus principales similitudes y diferencias con el arbitraje, conviene centrarse en la utilidad de la mediación para resolver conflictos de esta naturaleza.

1. Ventajas según el Consejo General del Poder Judicial

El Consejo General del Poder Judicial en su guía sobre la mediación intrajudicial ha incluido la tabla que reproducimos y que es ciertamente ilustrativa de las diferencias entre la solución que ofrece un proceso judicial frente a la que se obtiene de alcanzarse un acuerdo de mediación:

MEDIACION	TRIBUNALES
Control proceso y resultado por las partes	Control del proceso y resultado por el Juez
Colaborativo	Adversarial
Ganar-ganar	Ganar-perder
Conflicto más amplio, puede abarcar conflictos personales u otros	Conflicto legal
Protagonismo de las partes en la solución	Decisión es del Juez
Más compromiso con el resultado	Poco compromiso de las partes con el resultado
Posibilidad de reanudar el diálogo entre las partes	Rompe todas las posibilidades de diálogo futuro entre las partes
Permite soluciones creativas	Soluciones más limitadas
Rápido	Larga duración
Menor coste económico y emocional	Mayor coste económico y afectivo
Facilita y conserva la relación	Crea distancia, costes emocionales
Genera empatía	Genera hostilidad
Probabilidad alta de cumplimiento	Más dificultad para cumplimiento
Previene de conflictos futuros	Reitera conflictos
Alto nivel de información	Menor información y más confusa
Mira al futuro	Se ancia en el pasado

Como se puede observar, se señalan básicamente ventajas, y entre ellas destacan todas las vinculadas a aspectos ya tratados, y que se pueden sintetizar en la voluntariedad y sus efectos

positivos (disposición a la ejecución del acuerdo); el ámbito más amplio del acuerdo y con él, la solución de conflictos más allá de lo estrictamente jurídico y la evitación de conflictos futuros; el entorno menos agresivo y más empático, con lo que supone de preservación e incluso posible sanación de las relaciones; y, los menores costes emocionales, temporales y económicos.

Sin perjuicio de que vayamos apuntando aspectos de cada uno de los puntos anteriores, nos centraremos en el impacto concreto de estas ventajas en las relaciones societarias en la empresa familiar.

2. Un único procedimiento y acuerdo para una multiplicidad de controversias

El conflicto societario es una guerra de batallas simultáneas y sucesivas y cada batalla se libra en múltiples frentes entre adversarios diversos.

El socio en su condición de tal ostenta legitimación activa para diversas acciones y suele ejercitar varias de ellas. Destaca la impugnación de acuerdos sociales de la junta y del órgano de administración arts. 93.c), 206 y 251 LSC); la acción individual de responsabilidad contra los administradores (art. 236.1º LSC); la acción social de responsabilidad con carácter subsidiario a la propia sociedad o directo cuando se trate de la infracción del deber de lealtad (art. 239.1 LSC), y también contra auditores (art. 271 LSC); las acciones en protección del derecho de información en la sociedad anónima (arts. 197.5 y 6 LSC); la acción para instar la disolución judicial en los supuestos legales de disolución obligatoria (art. 366.1º LSC); la acción para exigir responsabilidad por falta de realidad de las aportaciones no dinerarias (art. 74.2º LSC); la acción para instar la ejecución del acuerdo de exclusión (art. 352.3º LSC); o, la acción de resarcimiento de daños en sede de modificaciones estructurales (art. 47.1º LME).

Cada reunión del órgano de administración cuando el socio en discordia participa en él, cada acto de los administradores en todo caso, cada junta de socios, constituyen una ocasión para el recrudecimiento del conflicto, desde el mero enfrentamiento verbal y disidencia en el voto, hasta las impugnaciones y acciones de responsabilidad.

En ese conflicto los sujetos no son siempre los mismos: el socio contra el administrador en las acciones de responsabilidad, el socio o el administrador contra la sociedad en la impugnación de acuerdos sociales, los socios entre sí ante el incumplimiento del deber de lealtad o la vulneración de los pactos sociales.

Las batallas no sólo se libran entre distintas partes, sino que suele haber una multiplicidad de órganos conociendo del conflicto, los jueces de lo mercantil respecto a las acciones societarias, los de lo civil en cuanto a determinados aspectos de los pactos parasociales o los protocolos familiares, los de lo laboral cuando en el entorno del conflicto se ha despedido al socio disidente o a familiares del mismo, el letrado de la administración de justicia o el registrador mercantil cuando estamos ante expedientes de jurisdicción voluntaria —como la convocatoria judicial o registral de junta— y el propio registrador mercantil, cuando se trata por ejemplo de nombramiento de experto independiente para determinar el valor de la participación del socio que pretende separarse y, en fin,

en los casos más virulentos, los jueces de lo penal.

Incluso acciones que se deben resolver ante los mismos órganos jurisdiccionales no son con frecuencia objeto de acumulación, ya por la variedad de legitimaciones antes descritas, ya por falta de conexión causal, ya por razones temporales, como ocurre cuando se impugnan año tras año cuentas de la compañía a la espera de que la impugnación de las primeras quede definitivamente resuelta con una sentencia firme.

Adicionalmente, no es extraño que las partes hayan incorporado convenios arbitrales a pactos parasociales o protocolos familiares y/o a los estatutos, lo que suma nuevos actores en la resolución de las disputas que constituyendo múltiples frentes derivan de un único conflicto.

Lo anterior, provoca que ninguno de los llamados a decidir, los distintos juzgados, los registradores, eventualmente los árbitros, tengan una visión de conjunto ni, desde luego, competencia para dar una solución global y armónica, de modo que además cada litigio va alimentando el conflicto, y tienen unos procedimientos incidencia en los otros, siendo en ocasiones la causa de su interposición o mantenimiento, puramente táctica, sin que se espere una utilidad directa de los mismos, simplemente, por ejemplo, para evitar la generación de actos propios, o estratégica, para poner en «jaque» a los administradores.

Huelga decir que la multiplicidad de litigios agrava el conflicto y tiene un impacto letal en las relaciones personales. Además, encarece los costes de cada parte involucrada, lo que dificulta alcanzar una solución pactada, ya que el resarcimiento de dichos costes constituye una nueva pretensión a la que dar satisfacción.

El único beneficio es que, entre gentes sensatas, por obcecadas que estén con el conflicto y por mucha razón que puedan tener, el intrincado e incierto escenario que sumariamente se ha descrito, invita a pactar, aunque implique perder plumas y legitimar lo hecho de contrario. No es menos cierto que el saber que se puede provocar esa reacción incita a minoritarios sin opciones a adoptar estrategias querulantes de huida hacia delante.

La mediación va a poder ofrecer una visión de conjunto. Ver la totalidad del problema. Desbrozar los conflictos de fondo de los estratégicos y los tácticos, tratar todas las pretensiones poniéndolas ponderadamente en un mismo plano, con la importancia que cada una de ellas tenga individualmente considerada, pero tratadas todas como un único problema a solucionar (19) .

De esta manera, frente a la gestión de diversidad de procedimientos, con probablemente distintos resultados en términos de victoria para cada parte y en los que no se tratarán más que aspectos jurídicos, en un único procedimiento de mediación se van a poder tratar todos los frentes del conflicto, jurídicos, relacionales, societarios, familiares y de cualquier otra naturaleza, buscando una solución, un acuerdo, que de respuesta a todos ellos en un solo acto o que, al menos, y en términos que veremos en otro epígrafe, resuelva o evite el inicio de varios de ellos, limitando la contienda a las cuestiones jurídicas relevantes.

La experiencia en conflictos de socios demuestra que su judicialización avoca a un panorama de muy largo plazo, con mucho coste y con sucesivas batallas con distinto fin que retroalimentan y agravan el conflicto e incrementan el deterioro de las relaciones con, normalmente, un deterioro del proyecto empresarial y con él de la solución, del que recíprocamente se van a imputar la responsabilidad.

3. Los ahorros de la mediación

En el epígrafe anterior veíamos cómo se podían unificar todos los conflictos en un único proceso de mediación. No sólo eso, ese proceso unificado además estará constreñido en el tiempo. Este es uno de los principios de la mediación reconocido en el art. 20 LM, conforme al cual la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.

Lógicamente, cuanto más extenso y más complejo sea el conflicto mayor será la duración necesaria para alcanzar un acuerdo de mediación. Pero en todo caso, siempre será menor que cualquiera de los procesos judiciales individuales de cada una de las controversias que agrupadamente se pueden resolver en un proceso de mediación. La mediación reduce por lo tanto el tiempo del conflicto y el coste que lleva asociado.

En todo litigio el tiempo es clave, pero en los societarios y en la empresa familiar particularmente, ya que mientras dura el conflicto la sociedad se resiente patrimonialmente y se enquistan y extienden las diferencias familiares.

No sólo la mediación tiene un coste económico directo muy inferior a tener que sostener uno o varios procesos, sino que el coste indirecto queda reducido muy sustancialmente

Está por estudiar cuál es el coste económico y reputacional para una sociedad del conflicto de sus socios, es decir, qué peor desarrollo tiene respecto a lo que hubiera sido de esa sociedad y su negocio si no hubiera tenido que lidiar con el conflicto, perdiendo el foco y desviando recursos de lo principal, a la vez que se va constreñida su capacidad de decisión y actuación por la amenaza latente del socio en conflicto y por la incertidumbre sobre el resultado de los conflictos ya en curso. Hay que tener presente que aunque el conflicto sea societario suele impactar en el negocio (20).

De lo anterior resulta que no sólo la mediación tiene un coste económico directo muy inferior a tener que sostener uno o varios procesos, sino que el coste indirecto al que se ha hecho referencia queda reducido muy sustancialmente.

Desde la perspectiva del coste emocional, la mediación tiene un cuádruple impacto positivo: (i) reduce los tiempos durante los que se prolonga el conflicto durante los que se extiende la situación

de enfrentamiento abierto; (ii) deslocaliza el conflicto llevándolo de los juzgados a las salas de reuniones, lo que implica una percepción de menor agresión y lesividad; (iii) hace que un sujeto neutral, el mediador, ayude a ver y entender las posiciones de la otra parte y los riesgos de la prolongación del conflicto; y (iv) permite alcanzar acuerdos parciales que van a reforzar la idea de la utilidad del diálogo, de la posibilidad de acordar soluciones y va a permitir la reducción objetiva y/o subjetiva del conflicto.

Siendo los cuatro elementos importantes, a este último aspecto dedicaremos el siguiente epígrafe.

4. El acuerdo de mediación parcial como oportunidad

Ofrecer una solución exige capacidad para generarla, tener la visión para obtener contraprestaciones entre las partes que tengan menor coste para quien las da, que valor para quien las recibe, lo que se suele conocer como hacer la tarta más grande. Si el conflicto se ha extendido y son múltiples las controversias, en uno o varios planos, el mediador puede proponer una estrategia de troceo, de tratamiento separado de aspectos concretos dentro de un mismo conflicto global.

Mientras la solución no pueda ser completa por no llegar las partes a un convenio total, no es desdeñable un acuerdo que no sea global pero que al menos resuelva parte del conflicto o lo circunscriba a un ámbito determinado. Esos acuerdos de mediación parciales pueden concluir la mediación definitivamente o mantenerla abierta para las controversias no resueltas.

Este acuerdo, finalizador o no de la mediación, puede ser incluso de mínimos y estar integrado por deberes recíprocos de no hacer. Así, por ejemplo, uno de los peores efectos de los conflictos societarios es el mencionado daño causado a la empresa común que no beneficia a nadie y empobrece a ambas partes.

Se puede pactar por ejemplo una renuncia a la impugnación del acuerdo de aprobación de cuentas a cambio de una información completa. O aceptar no impugnar cuentas de ejercicios sucesivos contra el compromiso de que si, como consecuencia del litigio o la mediación, se modifican las del ejercicio impugnado se procederá a modificar en el mismo sentido las sucesivas. Se puede renunciar a acciones frente a administradores, llegar a acuerdos sobre inversiones o desinversiones para que no queden paralizadas por el riesgo de impugnación, pactando en su caso las cautelas o compensaciones adecuadas.

Incluso cabe pactar acuerdos con un contenido más moral. Se puede alcanzar un pacto entre caballeros para no interponer acciones penales por hechos pasados, téngase en cuenta que estas acciones suelen tener un efecto demoledor sobre las personas aun cuando se trate de acciones con poco fundamento que lo que pretenden precisamente es la pena de banquillo. Un pacto para no dañarse las partes reputacionalmente entre sí, con compromisos específicos de no involucrar a empleados y directivos. Un pacto de caballeros para evitar las testificales de familiares cuando sólo persiguen causar un daño al interrogado.

El acuerdo de mediación de parte del conflicto puede contribuir significativamente a disminuir su virulencia, abaratar sus costes y sus tiempos y preservar mejor la empresa y las relaciones.

V. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS

Una de las características básicas de la mediación es la autonomía de las partes para organizar el procedimiento del modo que tengan por conveniente (art. 10 LM), con sometimiento a los principios básicos de voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes, imparcialidad de los mediadores, neutralidad y confidencialidad. Además, las partes están legalmente conminadas a actuar entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, y a prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

La mediación es flexible pero no debe ser anárquica. Un buen mediador deberá proponer a las partes un proceso estructurado que permita a las partes entender hacia dónde se va, en qué condiciones con qué fin, y, por tanto, poder evaluar si se está avanzando o no en el proceso y en su caso redirigirlo o concluirlo. Para ello, la LM prevé un proceso básico, de mínimos, en sus arts. 16 a 24.

En nuestra opinión una estructura adecuada de un proceso de mediación en materia de conflictos societarios debe contener de un modo u otro las fases que sintetizaremos a continuación, adecuándose a la LM pero desarrollando la misma,

1. Fase introductoria

Esta fase debe iniciarse conforme lo previsto en el art. 16 de la LM mediante una solicitud de inicio:

«1. El procedimiento de mediación podrá iniciarse: a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones. b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas.

2. La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas.

3. Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal».

Esta fase introductoria tiene que servir para conocer los aspectos generales de la cuestión sometida a mediación que incluirá necesariamente a las partes, el conflicto entre ellas, las acciones ejercitadas hasta ese momento, sus objetivos generales y la causa que les ha conducido a la mediación.

En caso de que intervengan personas jurídicas, o cualquier persona o entidad en representación de intereses de tercero, como por ejemplo menores, debe contrastarse la suficiencia de su representación legal o voluntaria y la posible existencia de conflictos de interés de cualquier naturaleza. También debe valorarse si hay terceros cuya acción u omisión pueda tener impacto en la cuestión mediada o en el propio proceso de mediación, como por ejemplo los administradores o

socios distintos a los que están en conflicto, o familiares de los socios.

En esta fase, el mediador debe realizar el examen de su propia imparcialidad e independencia, poniendo de manifiesto a las partes cualquier hecho o circunstancia que pudiera poner en entredicho las mismas. Las partes deberán tener oportunidad de pronunciarse. Asimismo, el mediador investigará cualquier relación directa o indirecta que pueda tener con las partes o las sociedades implicadas.

Una vez hecho lo anterior, el mediador instruirá a las partes sobre en qué consiste la mediación y cuáles son sus elementos y características fundamentales, todo ello en línea con lo que resulta de la normativa de aplicación y lo que constituyen las mejores prácticas en la materia.

En este sentido, el art. 17 LM, referido a la información y sesiones informativas, establece que:

«1. Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial. En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

2. Las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el ap. 1».

Si las partes convienen en dar continuidad a la mediación, se deberá acordar una hoja de encargo con las partes en la que figuren los honorarios, en función del resultado de la mediación en términos de duración e hitos alcanzados, el modo en que deberán desistir las partes de la mediación y la posible concreción de causas por las que podrá desistir el propio mediador. Si el mediador piensa valerse de terceros, por ejemplo, valoradores o abogados, en el caso de que no sea jurista, deberá recoger en este documento la dispensa a estos efectos de la confidencialidad y las condiciones de contratación, si será contratación con cargo a sus honorarios, contratación con ampliación de honorarios o contratación directa por las partes o alguna de ellas. Junto a lo anterior, el contrato de mediación recogerá cuantos otros elementos deban regular lo que no deja de ser una relación contractual, así como cuestiones específicas sobre responsabilidad que deban ser reguladas.

Los honorarios pueden lógicamente establecerse por fases y no se aprecian obstáculos para que una parte de ellos sean contingentes, dependan del buen fin de la mediación, pero no pueden depender de la obtención de un resultado concreto por una de las partes.

Lo anterior se concretará en una sesión constitutiva celebrada al amparo del art. 18 de la LM de la

que se levantará un acta a la que se sugiere se adjunte como anexo integrante de la misma la hoja de encargo mencionada.

«Art. 19. Sesión constitutiva. 1. El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos: a) La identificación de las partes. b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes. c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación. d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación. e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos. f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas. g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

2. De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto».

Este documento da fin a lo que hemos denominado como fase introductoria y supone la formal constitución de la mediación. Aunque dicha acta debe recoger el programa de actuaciones, este puede ser meramente tentativo, estar abierto, dado que en una fase tan temprana no siempre es fácil formular de forma cabal y completa qué cabe esperar de la mediación. Este programa es susceptible de modificación posterior.

En cuanto a la duración, el art. 20 LM establece que el procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones. Sin embargo, esta idea de eficiencia que compartimos no debe ser un obstáculo para que la mediación, de aceptarlo así las partes, consuma más tiempo si la complejidad y naturaleza del asunto así lo requiere. No parece compatible una idea restrictiva en términos de duración con la voluntad de que se den soluciones completas, definitivas y, en muchos casos, imaginativas.

2. Fase de definición del objeto de la mediación y de ajuste de las pretensiones

En esta fase el mediador debe delimitar el terreno de juego. Para ello es preciso conocer todos los antecedentes del asunto, recopilar la información crítica y, por encima de todo, entender cuáles son las pretensiones de cada una de las partes y en qué se fundan, más allá de lo propiamente expresado en el acta de la sesión constitutiva que normalmente se ceñirá a la acción principal o a los aspectos más relevantes de la controversia.

Para ello, suele ser útil elaborar un genograma y un organigrama de la estructura corporativa, incluyendo eventuales filiales de la sociedad respecto a la que se produce el conflicto principal, e incluyendo en dicho organigrama a los socios y administradores de las distintas sociedades implicadas o afectadas.

Sin esa correcta composición de lugar previa será difícil dirigir adecuadamente la mediación. Para

recopilar esta información, cabe realizar comunicaciones que no sean simultáneas y celebrar sesiones con solo una de las partes, así lo prevé expresamente el art. 21 LM, pero el mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. Esta confidencialidad alcanza a que el mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta, preservando así la confidencialidad.

El mediador no es ni un árbitro ni un juez y, en consecuencia, no es su función calificar y decidir sobre las conductas de las partes. No debe hacerlo.

Una vez definido el marco del conflicto y escuchadas todas las partes, es un buen momento para ayudar a las partes para que sean autocríticas con sus propias posiciones y ajusten ante el mediador sus pretensiones finales, aunque de cara a las conversaciones con la parte contraria puedan mantener pretensiones de máximos a efectos «negociales».

El mediador no es ni un árbitro ni un juez y, en consecuencia, no es su función calificar y decidir sobre las conductas de las partes. No debe hacerlo. No obstante, sí puede ayudarles a que formulen un juicio autocrítico sobre los hechos y conductas que han llevado a la controversia, sobre la legitimidad y viabilidad de sus pretensiones y sobre los objetivos que se han marcado. Cuanto más realistas sean sus objetivos, más probable es que la mediación llegue a buen fin.

El mismo ejercicio de autocrítica, debe invitarse a que cada parte lo haga empáticamente respecto a la posición de la adversa, tratando de entender la legitimidad que pueda haber en sus pretensiones y la eventual viabilidad de las acciones interpuestas o a su alcance. Entender a la otra parte y asumir la legitimidad y fortaleza de las distintas posiciones se antoja un paso necesario para poder avanzar en un acuerdo de mediación. El mediador debe actuar en el difícil equilibrio de ayudar en este proceso sin dejar de mantener la neutralidad.

La mediación no deja de ser un modo estructura de negociación con la intervención de un tercero equidistante de las partes. No es desdeñable introducir en consecuencia en las conversaciones separadas con las partes el concepto de BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*). Este concepto de Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado, constituye una cuestión clave de cualquier negociación, de modo que la parte que pretende un acuerdo debe ser capaz de definir cuál es su escenario probable si tal acuerdo no prospera. De este modo se cualquier acuerdo que este por encima de su BATNA debiera ser aceptable antes que proseguir al conflicto y cualquiera que esté por debajo dependerá del análisis de riesgos asumibles.

A la vez, hacer entender a cada parte cuál es el probable BATNA del otro, permite que esa parte entienda cuál es el límite de lo que podrá ofrecer ya que ese umbral también debiera marcar su conducta negocial, su disposición a alcanzar un acuerdo.

En todo caso, el BATNA presenta escenarios de incertidumbre para ambas partes, no es posible conocer cuál es la probabilidad de los resultados de una estrategia litigiosa, el acuerdo por el contrario tiende a zanjar el conflicto y jurídicamente se pueden establecer las transacciones necesarias para limitar el alcance del mismo. El mediador debe poner en valor a las partes los beneficios de un eventual acuerdo en relación con los riesgos y con el efecto del tiempo sobre los conflictos.

La labor anterior, que normalmente desarrollamos también los abogados de las partes pero desde una perspectiva y con una posición distintas, debe permitir acercar las posiciones de los interesados y ofrece una visión clara sobre si hay una posibilidad de acuerdo. El mediador, al completar este ejercicio, particularmente cuando las partes han actuado con lealtad, puede formarse una opinión sobre las probabilidades de alcanzar un acuerdo y en qué dirección hay que trabajar para lograrlo.

3. Fase de rediseño y ejecución del procedimiento

Aunque como hemos dicho el calendario de actuaciones se elabora en una fase muy inicial, una vez completada la fase anterior, en la que normalmente habrán primado los encuentros unilaterales, deberán iniciarse las conversaciones entre las partes.

Como cuestión previa a dichas reuniones, es conveniente que el mediador haya elaborado y en la medida de lo posible consensuado un listado de cuestiones a dilucidar o acordar. La utilidad de ese listado de los problemas a resolver y su orden natural, debiera consistir en que se pueda organizar estratégicamente la mediación como un mecanismo de avance con hitos sucesivos. Lograr unos resultados positivos resolviendo cuestiones, aunque sean accesorias o poco relevantes frente al problema principal, facilita que las partes encuentren una utilidad a la mediación, viendo que da frutos, y se reafirmen en su capacidad de negociación y en el valor de la misma para resolver problemas.

Habrán casos en que estos avances podrán consolidarse y otros en que queden pendientes de un acuerdo sobre el conjunto. En el primer caso, debe hacerse un esfuerzo por consolidarlos y ponerlos en valor. En un conflicto societario en la empresa familiar, esos éxitos pueden consistir por ejemplo en que ante la voluntad del socio mayoritario de despedir de la compañía a un familiar del socio en conflicto por razones objetivas (en una disputa entre hermanos socios de una misma compañía supondría el despido del sobrino) —incapacidad para el puesto, bajo rendimiento, labor innecesaria para la compañía—, el pactar las condiciones de dicha salida pueden dulcificar la ejecución y reducir los daños y el conflicto. Así, por ejemplo, se puede pactar una compensación justa, un preaviso adecuado, una comunicación interna en la compañía gratificante, una carta de recomendación y menciones positivas en redes sociales. El mayoritario logra su objetivo y el minoritario, que en ningún caso hubiera podido evitarlo, obtiene unas condiciones mejores que facilitan futuros acuerdos en lugar de recrudecer el conflicto. En otros casos, ese acuerdo parcial, coyuntural, consistirá en pactar un dividendo o en facilitar una información, simplificando el conflicto y evitando acciones y procedimientos.

Tan importante como ser capaz de avanzar resolviendo asuntos y alcanzando acuerdos aun cuando

sean menores, es no atascarse en elementos de poca relevancia, o en aquellos que, siendo importantes, requieren una mayor maduración por las partes y es conveniente y posible posponer. El mediador, mientras siga creyendo que es posible un acuerdo, tiene que tener como objetivo el mantener vivo el proceso impidiendo que se rompa.

Contribuirá así al éxito de la mediación el marcar objetivos comunes. Uno, lógicamente, es tratar de alcanzar un acuerdo que de fin a la controversia, pero hay otros dos en los que en un conflicto societario en el seno de la empresa familiar las partes debieran coincidir sin demasiado esfuerzo: a) preservar la empresa que constituye el patrimonio común de modo que el conflicto no la deteriore, b) evitar en la medida de lo posible los ataques personales, el que el conflicto impregne a la familia o, al menos, y tratar de no involucrar a los hijos y los cónyuges de cada parte, a los ascendientes comunes, a otras ramas y estirpes, incluso evitar un daño reputacional más amplio, el referido a las relaciones empresariales —por ejemplo con los propios directivos y empleados de la empresa familiar— y a las sociales.

La empresa se resiente en aspectos tales como la reputación ante clientes o proveedores que ven en el conflicto una debilidad, que seguro tratará de aprovechar la competencia; la dispersión de esfuerzos de administradores y directivos que tienen que dedicar parte de su tiempo y energía a aspectos vinculados al conflicto y que ven cómo la gestión empresarial se ve mediatizada por el mismo; la fuga de talento, administradores y directivos huyen de proyectos donde hay una lucha, o toman partido, quedando estigmatizados para una parte de la familia, ya que es muy difícil permanecer «neutral» si no hay una voluntad manifiesta y consensuada de todas las partes en conflicto de no utilizarles como instrumento.

Este deterioro de la empresa perjudica gravemente a todos y dificulta una solución, de ahí lo perjudicial de los largos conflictos judicializados. El fin de preservar la empresa es mantener el valor del que dependerá además en gran medida que la solución final sea lo más beneficiosa que quepa para todos y cada uno de los sujetos en conflicto.

Otra cosa es estar de acuerdo en los medios para lograr esos fines, pero el mediador debe ayudar a las partes a ver la bondad de esas conductas y a conjurarse para mantenerlas, lo que dependerá en gran medida de la confianza que se tengan entre sí como grupo y en la capacidad individual de contención. En todo caso, si se está de acuerdo en los fines, es más fácil el que las partes acepten medios que objetivamente contribuyan a los fines que aceptaron como legítimos y de un interés común.

Dentro de este proceso será necesario descartar aquellas soluciones o parte de las mismas que no van a contribuir al acuerdo, ya por ser inasumibles para alguna de las partes, ya por no dar satisfacción alguna a las partes, por mucho que objetivamente esa propuesta concreta pueda parecer una solución óptima.

Por ejemplo, para un observador externo, en algunos conflictos societarios, la solución idónea a ciertos enfrentamientos es la venta conjunta de las participaciones de la sociedad en conflicto por las partes incursas en el mismo. No la salida de uno de los socios, sino la venta por todos ellos. Esta

solución suele ser inaceptable en la empresa familiar ya que por definición en ese proceso perderá tal adjetivo. Salvo que por descarte sea la última opción y el BATNA de no llegar a un acuerdo sea sustancialmente peor, no tendrá sentido tratar de avanzar por esta vía, pese a que el mediador en su experiencia considere que es la mejor alternativa.

Lógicamente cuando se van excluyendo soluciones se va reduciendo el ámbito del posible acuerdo hasta que puede llegar un momento en que habrá que descartar el que las partes sean capaces de alcanzarlo o inclinarse por el único restante, por mucho que para las partes pudiera resultar inicialmente inaceptable.

4. Fase de terminación con o sin acuerdo

Conforme prevé el art. 22 LM, el procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que haya aportado. Con los documentos que no deban devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses.

La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador.

El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen.

Si la mediación resulta exitosa y las partes alcanzan un acuerdo, el mismo debe documentarse adecuadamente. Ya hemos señalado que el mediador no debe ser necesariamente un jurista. No obstante, en la fase de documentación conviene que intervengan juristas con experiencia en acuerdos de esta naturaleza, ya sea el mediador, ya los abogados de las partes, ya un tercero contratado. El esfuerzo desarrollado con el proceso y el éxito alcanzado con el acuerdo no pueden devaluarse o envilecerse como consecuencia de que un déficit de calidad jurídica en la plasmación del mismo dificulte o impida su validez o ejecutabilidad.

Aspectos tales como la capacidad de las partes para cada uno de los pactos o convenciones, la legalidad de las mismas, su eficacia, el alcance de las transacciones y muchas otras cuestiones, exigen un rigor jurídico que será la mejor garantía para las partes de que el acuerdo alcanzado pone fin realmente al conflicto y puede implementarse de modo completo. Es cierto que en la elevación a

público, si se produce, el notario realizará un análisis de legalidad, pero con un alcance limitado y, en todo caso, *ex post*, una vez ya se ha cerrado el acuerdo, cuando su utilidad real se sitúa *ex ante*.

Como ya hemos indicado y conforme al art. 23 LM el acuerdo puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación. En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, su firma y la de sus representantes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de la LM, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación. El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo de conformidad con lo previsto en los arts. 517 y 518 LEC. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

Cabe destacar que el acuerdo de negociación tiene una triple eficacia: la obligacional, propia de su naturaleza contractual, la ejecutiva, cuando se otorgue en escritura pública o se eleve a público, y la procesal, derivada de su naturaleza transaccional y con los efectos previstos para la misma.

En cuanto a la eficacia obligacional, hay que tener presente que le aplica el principio de relatividad de los contratos por el que solo quedan obligados las partes en el mismo. De ahí, que en los conflictos societarios, donde como hemos explicado puede haber multitud partes y de interesados, es conveniente un análisis del alcance subjetivo de la mediación, de modo que no queden fuera del acuerdo personas que puedan ejercitar acciones que se ha pretendido quedaran transaccionadas ni tampoco acciones por otros títulos entre personas que sí han sido parte en la negociación. Así, si parte del acuerdo de mediación es la renuncia a acciones de responsabilidad ejercitada por un miembro de una estirpe frente al socio-administrador de otra estirpe, lo ideal es que todos los socios miembros de la primera estirpe que pudieran también ejercitar la acción renuncien a ella, aun cuando en el momento de iniciarse la mediación no la hubieran ejercitado y no fueran llamadas por tanto a la mediación.

Para la formalización del título ejecutivo el art. 25 LM prevé que se presente por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador, debiendo, el notario verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la LM y que su contenido no es contrario a Derecho.

Si el acuerdo se ha alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo adoptar la resolución que acuerda la homologación la forma de Auto conforme a la regla 2ª del art. 206.2º LEC.

La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se

instará ante el tribunal que homologó el acuerdo. Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (21).

5. La mediación y los medios electrónicos

Si hasta aquí nos hemos referido a los ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) conviene introducir un nuevo concepto, el de los ODR (*Online Dispute Resolutions*). Este último acrónimo no se refiere a la institución para la resolución sino al medio utilizado, los medios telemáticos.

La LM contiene un precepto, el art. 24, que regula la utilización de estos medios:

«Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos. 1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley.

2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes (22) ».

El confinamiento consecuencia del Covid-19 ha constituido un poderoso catalizador de las capacidades tecnológicas de la sociedad, las instituciones y las personas, elevando el conocimiento y la experiencia en el uso de herramientas de esta naturaleza, de modo que cabe prever que la posibilidad de utilizar estos mecanismos no constituya una barrera de entrada sino, muy al contrario, un incentivo a acudir a la mediación.

En el mundo estrictamente societario, el art. 40 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, mejorado posteriormente por el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19, ha introducido con carácter temporal pero con extensión a todas las Sociedades, lo que anteriormente era algo excepcional, la posibilidad de celebrar juntas y consejos sin presencia física de sus miembros en el lugar de reunión, pudiendo conectarse por medios telemáticos, que aseguren la autenticidad y la conexión plurilateral en tiempo real con sonido y, según los casos, imagen de los asistentes en remoto.

Lo anterior va a facilitar que en el ámbito societario en procedimientos de mediación se puedan utilizar medios telemáticos para reuniones, consultas, intervención de terceros, etc. No obstante, en nuestra opinión, en la mediación en conflictos societarios en la empresa familiar va a ser importante la presencialidad en la medida en que genera un entorno de mayor confianza, permite apreciar mejor los aspectos emocionales y supone una mayor garantía de protección de la confidencialidad (23).

Conviene detenerse siquiera brevemente sobre este aspecto de la confidencialidad y el uso de medios telemáticos.

Como hemos mencionado, la LM consagra en su art. 9 el deber de confidencialidad como un principio rector de la mediación. Este principio por sí mismo debiera descartar la conducta a la que nos referiremos, pero lo cierto es que la conexión telemática, independientemente de que se realice por audio o vídeo, comporta la posibilidad real de que se produzca una asistencia a la reunión a un tercero ajeno al procedimiento —un asesor, un familiar, un directivo, un proveedor, un competidor, etc.—, sin que el resto de las personas conectadas sea consciente de ello.

Adicionalmente, aunque con la tecnología actual cualquier reunión física se puede grabar por cualquiera de los asistentes, particularmente el audio de la misma, lo cierto es que el hecho de que la sesión se celebre con conexión telemática facilita enormemente la grabación, incluso de vídeo. Cuando esto es aceptado por todas las partes constituye una oportunidad; pero cuando no existe ese consentimiento en un entorno virtual es difícil evitarlo. No es extraño que en determinadas reuniones de mediación se haya llegado a obligar a firmar un compromiso de no grabar y una renuncia a usar en modo alguno lo que, incumpliendo el compromiso, se hubiera obtenido, junto a una penalidad elevada en el caso de quebrantamiento de los anteriores compromisos.

Como última cuestión a tener en cuenta está el que la conexión telemática facilita que la parte incomoda en una sesión on-line de mediación, por el motivo que sea, interrumpa la misma de forma abrupta pero aparentemente justificada, simplemente alegando un problema de conexión o una dificultad con las comunicaciones, lo que generarán frustración y desencuentro con el resto de los intervinientes.

Como conclusión de este epígrafe señalar que la utilización de los medios telemáticos constituye una herramienta más para agilizar la mediación, al facilitar las reuniones; abaratar su coste, al evitar desplazamientos; y simplificar el procedimiento; pero debe hacerse un uso prudente de los mismos para no perder las ventajas y oportunidades que se derivan del trato directo y evitar las conductas ventajistas descritas que pueden producirse en las conexiones telemáticas.

6. Consideraciones finales sobre el procedimiento: traje a medida e intervención de los abogados de las partes

Como cierre de este epígrafe, señalar que, lógicamente, las fases anteriores constituyen un marco tipo, pero habrá que adaptar la mediación y su procedimiento a la condición y posición de las partes, al rol que estén llamados a jugar sus asesores, a la naturaleza y extensión del conflicto, a lo que hayan avanzado en la vía negocial o la litigiosa al margen de la mediación y a toda una serie de elementos y circunstancias a los que habrá que estar caso a caso. Lógicamente, sea cual sea el procedimiento, deberá respetar los principios básicos de la mediación.

Este diseño deberá incluir elementos como decidir en qué momento y en qué condiciones se entregará la información, cuándo se autorizará compartirla con la otra parte si es el caso, quién va a ser el interlocutor de cada parte en las reuniones, de modo que sean las personas idóneas para

avanzar, y cuantas otras cuestiones convenga acordar con carácter previo para que contribuyan a allanar el camino hacia un acuerdo transaccional.

Dentro del aspecto subjetivo del proceso queremos introducir una reflexión adicional sobre una cuestión que no es pacífica: ¿deben intervenir en la mediación los abogados de las partes?

La realidad es que de hecho intervienen casi siempre, la cuestión es si conviene que lo hagan en primer o en segundo plano. Nuestra opinión es que, con carácter general, salvo que se trate de letrados que por su actitud o biografía en el conflicto exacerben a la otra parte, es positivo que participen, por los siguientes dos motivos: a) contribuirán a que las sesiones sean más fructíferas pudiendo dar el asesoramiento inmediato a su cliente, de modo que este no tendrá que condicionar su posición a poder contrastarla *a posteriori* con sus asesores; y b) podrán aportar con su experiencia general y su conocimiento particular del asunto soluciones adicionales para que las partes o poner de manifiesto, temporáneamente, las dificultades que planteen las propuestas que se están valorando. Lógicamente, siempre y cuando todo lo anterior se haga con voluntad constructiva, de contribuir a alcanzar el acuerdo. No es inhabitual que muchos clientes tengan distintos abogados para la negociación y el litigio, parece conveniente que en esta fase intervengan los primeros.

En todo caso, es bueno que tanto respecto a las partes como a los letrados, se le reconozca al mediador una cierta función moderadora en las sesiones, de modo que ordene el curso de las mismas, sin merma de su neutralidad y de la igualdad de armas, pueda evitar que los debates en el seno de las mismas se conduzcan por los cauces de la confrontación en lugar de los de colaboraciones. Son numerosas las técnicas para ello y particularmente útiles las que se refieren a que las partes expongan por orden y sin debatir, dejando un tiempo intermedio para la valoración pausada de las posiciones de las partes, de modo que no haya inmediatez entre la exposición y el debate, evitando así las respuestas en caliente e invitando a debatir sobre las cuestiones esenciales, y no sobre lo anecdótico o los ejemplos. Los conocidos como caucus son útiles a este fin.

En resumen, con carácter general nos inclinamos por la participación directa de los abogados pero condicionada a una actitud y al respeto de unas reglas de juego.

VI. INTERACCIÓN ENTRE LA MEDIACIÓN Y EL LITIGIO

Adicionalmente a lo expuesto, conviene introducir a modo de consideraciones finales tres elementos adicionales respecto al procedimiento.

1. Prescripción y caducidad

Tal y como exigía el art. 8 de la Directiva de Mediación, el legislador nacional ha incorporado una previsión respecto a los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, de modo que la solicitud de inicio de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso. Si en el plazo de quince días naturales a contar

desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva prevista en el art. 19, se reanudará el cómputo de los plazos. La suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en la LM.

En este sentido, en línea con lo ya apuntado en otros apartados anteriores es muy importante en los conflictos societarios que la Mediación se extienda a las partes frente a las que se tiene la acción cuya suspensión se pretende, así, no bastará con iniciar la mediación con otros socios para la suspensión del plazo de caducidad de impugnación de acuerdos sociales sino se implica a la propia sociedad en el propio procedimiento de negociación, ni la impugnación de acuerdos del órgano de administración si no se adopta la misma cautela.

2. *Stand Still*

Conforme al art. 10.2º LM, durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. Nuevamente, téngase presente el ámbito subjetivo, en el sentido de que mientras se negocie con los socios sí se podrán interponer por ejemplo acciones de responsabilidad frente a los administradores y, por lo tanto, habrá que machear el objeto de la mediación con el ámbito completo del conflicto.

Las medidas cautelares más comunes en los conflictos societarios son las de suspensión de los acuerdos sociales y la anotación preventiva de demanda

En cuanto a las medidas cautelares, téngase presente que las mismas se pueden interponer durante la sustanciación de un litigio pero también con carácter previo al mismo (730.2º LEC) si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad.

Las medidas cautelares más comunes en los conflictos societarios son las de suspensión de los acuerdos sociales y la anotación preventiva de demanda, aunque también excepcionalmente la de intervención o administración judicial, todas ellas previstas en el art. 727 LEC.

La LM establece que el procedimiento de mediación no impide la adopción de medidas cautelares. No obstante, nada se regula específicamente en la LM ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a cómo compaginar la solicitud y en su caso adopción y mantenimiento de las medidas cautelares con el devenir y terminación con o sin acuerdo del proceso de mediación (24).

La competencia para la adopción de dichas medidas será de jueces y tribunales, siendo de aplicación

las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil o, en su caso, de los árbitros en los términos de la Ley 60/2003, de Arbitraje.

La consecuencia de esta obligación legal de *stand still* es que tanto el compromiso de sometimiento a mediación como la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

3. Las cláusulas escalonadas

En otros trabajos hemos propugnado el arbitraje como mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos societarios en la empresa familiar, y aquí promocionamos la mediación. Ambos procedimientos son compatibles, pudiéndose abrir la mediación una vez iniciado un proceso arbitral o judicial, también cabe pactarla con carácter previo dentro del elenco de mecanismos para la solución de conflictos pactado contractualmente.

Dicha convención puede articularse como un mecanismo sucesivo, en el que se pacta el sometimiento a arbitraje, pero se acuerda el tratar de dilucidar y transaccionar la controversia en una mediación previa que deviene obligatoria como procedimiento para las partes por haberse sometido voluntariamente a ella antes del surgimiento del conflicto. Son lo que se conocen como cláusulas escalonadas.

De este modo, los socios de la empresa familiar, se obligarían a, con carácter previo a interponer acciones judiciales, someterse a un proceso de mediación, sin obligarse al buen fin de este, pero sí a intentarlo. Este mecanismo debe permitir abordar el conflicto en un momento temprano, antes al menos de que se haya iniciado la acción, con lo que de agresión y costes supone esta conforme hemos tenido oportunidad de exponer (25).

Esta solución no supone sino anticipar convencionalmente lo que ya se ha expuesto era una de las finalidades del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, obligar a las partes en un conflicto societario a someterse a una mediación previa.

Estas cláusulas escalonadas, cómo todas las que se refieren a resolución de controversias, deben armonizarse en los distintos documentos que afectan a relaciones jurídicas conexas —estatutos, pactos de socios, protocolos familiares, contratos con administradores, etc.— de modo que se simplifique la gestión del eventual conflicto y se unifiquen en lo posible los órganos y procedimientos para conocer las acciones en relación con el mismo. Así, en lugar de una solución será un problema, si por ejemplo se incluye la cláusula escalonada en el protocolo familiar pero no en los estatutos (26).

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ DÍAZ, M.A., «El derecho al dividendo y sus institutos de protección», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 57, 2019.

CAMPINS VARGAS, A., «Protección judicial frente al atesoramiento injustificado de beneficios», *La Ley mercantil*, n.º 65, enero 2020.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, S., «Problemática de la mediación societaria. Especial referencia a las sociedades cotizadas», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 143, 2016.

LÓPEZ BARBA, E., «La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la Ley 5/2012», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 30, 2013.

LUQUIN BERGARECHE, R., «Actualidad de la empresa familiar: protocolos, planificación estratégica y cláusulas ADR como instrumentos jurídicos de continuidad y empowerment», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n.º 11, 2017, pp. 51-82.

NURIA, F., «El derecho de separación como mecanismo de protección del socio: propuesta para combatir las situaciones de abuso», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 314, 2019.

ORTUÑO MUÑOZ, P., «La abogacía y la mediación: apuntes críticos al Anteproyecto de ley de impulso», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, 2020.

RAYÓN BALLESTEROS, C., «Mediación intrajudicial civil y mercantil en España», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2016, pp. 213-238.

RODRÍGUEZ-TIRADO, A.M., «Las medidas cautelares del proceso civil y la mediación», *Revista Práctica de Tribunales*, n.º 107, 2014, pp. 90-98.

ROJÍ BUQUERAS, J.M., «Utilidad y actualidad del arbitraje societario», *Anuario de Justicia alternativa*, vol. 15, 2019.

SEBASTIÁ MAGANT, E. y TORTAJADA CHARDÍ, P., «Empresa familiar y mediación», *Diario La Ley*, n.º 9248, 2018.

SIGÜENZA LÓPEZ, J., «Mediación en asuntos civiles y mercantiles y derecho fundamental a ser tutelado judicialmente de forma efectiva», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2/2020.

TALAVERA HERNÁNDEZ, J.A., «La figura del Mediador en la Mediación online», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 38/2015

VALIÑO CES, A., «Acerca del método híbrido o med-arb: otra forma de resolver los conflictos», *Diario La Ley*, n.º 9469, Sección Tribuna, 3 septiembre 2019.

(1)

Tres trabajos recientes en esta materia que abundan en esta línea: M.A. Alcalá Díaz, «El derecho al dividendo y sus institutos de protección», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 57, 2019; A. Campins Vargas, «Protección judicial frente al atesoramiento injustificado de beneficios», *La Ley mercantil*, n.º

65, enero, 2020 y N. Fachal, «El derecho de separación como mecanismo de protección del socio: propuesta para combatir las situaciones de abuso», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 314, 2019.

[Ver Texto](#)

- (2) Sobre esta misma cuestión *vid.* E. Sebastián Magant y P. Tortajada Chardí, «Empresa familiar y mediación», *Diario La Ley*, n.º 9248, 2018 y también, R. Luquin Bergareche, «Actualidad de la empresa familiar: protocolos, planificación estratégica y cláusulas ADR como instrumentos jurídicos de continuidad y empowerment», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, n.º 11, 2017, pp. 51-82.

[Ver Texto](#)

- (3) Es particularmente valiosa por cualificada la opinión formulada por P. Ortuño Muñoz, tratando precisamente de la mediación, en «La abogacía y la mediación: apuntes críticos al Anteproyecto de ley de impulso», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, 2020: «Una de las prioridades de los clientes es que no se hundan los negocios por una discrepancia o un conflicto que haya surgido en el desarrollo de su actividad. Se invierte mucho tiempo, mucho dinero y muchas ilusiones en poner en marcha una empresa. Si se ha de esperar a que la maquinaria legal se ponga en marcha para decidir en un lejano día quién tenía razón legal y quién no, se corre el riesgo de perder las oportunidades del mercado. Pero no solo el tiempo apremia, sino también la conveniencia de conservar las relaciones jurídicas y personales trabadas a lo largo del tiempo que conforman un patrimonio inmaterial que no puede dilapidarse. Las victorias judiciales son amargas en muchas ocasiones. Algunas sentencias son actas forenses de la defunción de negocios y de relaciones jurídicas que se extinguen. Lo mismo ocurre con la inmensa mayoría de los procesos concursales. No sirven para salvar empresas, sino para las liquidaciones por derribo».

[Ver Texto](#)

- (4) Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008: «(6) La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos.»

[Ver Texto](#)

- (5) Con ocasión de la LM se introdujeron diversas modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil, particularmente en los arts. 414 y 415 y 440 y 443, dichos preceptos, en sede de la regulación de la Audiencia Previa y del Juicio verbal, respectivamente, prevén una suerte de recuerdo de la existencia de la figura de la mediación y moderada invitación a la misma, que la práctica ha demostrado es un mecanismo insuficiente para que las partes se sientan motivadas a buscar la utilidad a este mecanismo de resolución de conflictos, por lo que, con carácter general, siguen adelante con el proceso. Voces autorizadas planteaban que al menos debiera haber sido impuesta la obligación de asistir a una sesión informativa que permitiera a las partes prestar mayor atención y mejor informada a esta posibilidad.

[Ver Texto](#)

- (6) Han sido numerosísimos los pronunciamientos habidos durante estos últimos meses en prensa, en medios especializados y en webinars sobre la materia, en apoyo de la mediación y de su necesario desarrollo e implementación para resolver la situación post Covid-19.

[Ver Texto](#)

- (7) Esta opción también tiene sus detractores, *vid.* J. Sigüenza López, «Mediación en asuntos civiles y mercantiles y derecho fundamental a ser tutelado judicialmente de forma efectiva», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2/2020 parte Estudios, 2020: «Por nuestra parte, consideramos desacertado que se trate de promocionar la mediación imponiéndola coactivamente (bien sea exigiendo que, al menos, se intente antes de ejercitar algunas acciones, bien sea exigiendo que, en otros casos, se acuda a ella por decisión judicial). Pensamos que es preferible que sus indudables ventajas vayan advirtiéndose poco a poco: tanto entre quienes están llamados a utilizarla, como entre quienes tienen la posibilidad de informar sobre ella y sugerirla. A nuestro entender, solo así podrán apreciarse sus auténticas posibilidades. Pues siempre es más rentable persuadir que forzar, convencer que constreñir, favorecer que obligar».

[Ver Texto](#)

- (8) Esta solución no sería contraria a lo resuelto por el TJUE, en su relevante Sentencia de 14 junio 2017, *Menini*, asunto C-75/16, dictada en relación con litigios de consumidores, y que señala que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional conforme a la cual, en determinados litigios, el recurso a un procedimiento de mediación constituya un requisito de admisibilidad de la demanda judicial, siempre que tal exigencia no impida que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial.

[Ver Texto](#)

- (9) Respecto a la confidencialidad en la mediación se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011: «De la lectura de dicha norma se desprende que el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a "informaciones confidenciales", que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de la partes y del mediador, pero no puede extenderse al caso presente en que se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial»

[Ver Texto](#)

- (10) J.M. Rojí Buqueras, «Utilidad y actualidad del arbitraje societario», *Anuario de Justicia alternativa*, vol. 15, 2019.

[Ver Texto](#)

- (11) Este es el sentido de la STS 3 julio 2009, en celebre expresión que luego fue reiterada por sentencias posteriores, siempre en el seno de conflictos familiares: «No es baldío tener presente que en éste, como en otros tantos conflictos, tanto familiares, como civiles o mercantiles en general (así, Directiva 2008/52 / CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008), sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la

resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica.»

[Ver Texto](#)

(12) Esta distinta naturaleza heterocompositiva —resolución por un tercero—, frente a autocompositiva —resolución por las propias partes— la destaca por ejemplo el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 10 de julio de 2014: «Una vez que la LM 5/2012, de 6 de julio (Disposición Final Tercera), ha asimilado la mediación al arbitraje en orden a sustraer el conocimiento del conflicto a los jueces mediante la fórmula de la declinatoria (art. 63.1 LEC), la principal diferencia consiste en que en el arbitraje el árbitro resuelve, como lo hace un juez, pero con un alcance más limitado; en todo caso, resuelve sobre el fondo del conflicto a través del laudo vinculante, aunque para su ejecución sea necesario acudir a la tutela judicial. Mientras que el mediador no tiene la capacidad de resolver de forma vinculante el conflicto; de hecho, no lo resuelve, sino que, incluso cuando se le dota de la posibilidad de emitir una propuesta de solución, son exclusivamente las partes las que deciden asumirlo o rechazarlo. El acuerdo es, por ende, el fin del proceso mediador, el cual también puede terminar por renuncia de las partes, ya que el art. 6.3 de la citada ley establece que "Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo", lo que debe ser puesto en relación con el art. 22.1 que señala que el procedimiento de mediación puede concluir por acuerdo, entre otras causas, porque alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones».

[Ver Texto](#)

(13) También obre la distinción entre mediación y arbitraje incidiendo en este aspecto de la voluntariedad, véase la STSJ Cataluña CP 1ª n.º 72/2013 de 9 diciembre: «El arbitraje puede ser definido como una institución que permite a las personas, sean naturales o jurídicas, y mediante una expresión libre de voluntad, someter las cuestiones litigiosas actuales o futuras de las que tengan libre disposición conforme a derecho a la decisión vinculante de uno o más árbitros, siguiendo el procedimiento arbitral. En definitiva, y con la vista puesta en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, la solución del árbitro es alternativa a la del juez en cuanto las partes, en materias sobre las que existe libre disposición, apuestan por desjudicializar la resolución de su contienda. El árbitro dicta un laudo, que surge de la previa declaración de voluntad de las partes de someterse a arbitraje contenida en el convenio arbitral. Una vez que la Ley 5/2012, de 6 de julio (Disposición Final Tercera), ha asimilado la mediación al arbitraje en orden a sustraer el conocimiento del conflicto a los jueces mediante la fórmula de la declinatoria (art. 63.1º LEC), la principal diferencia consiste en que en el arbitraje el árbitro resuelve, como lo hace un juez, pero con un alcance más limitado; en todo caso, resuelve sobre el fondo del conflicto a través del laudo vinculante, aunque para su ejecución sea necesario acudir a la tutela judicial. Mientras que el mediador no tiene la capacidad de resolver de forma vinculante el conflicto; de hecho, no lo resuelve, sino que, incluso cuando se le dota de la posibilidad de emitir una propuesta de solución, son exclusivamente las partes las que deciden asumirlo o rechazarlo. El acuerdo es, por ende, el fin del proceso mediador».

[Ver Texto](#)

(14) Recientemente, en el seno de un conflicto societario en una empresa familiar, en el Auto de resolución de medidas cautelares, Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, auto de 31 de marzo de 2020, la magistrada se dirigía así a las partes tras desestimar la solicitud de medidas cautelares por no haberse acreditado la apariencia de buen derecho: «Atendidas las especiales características del asunto que nos ocupa tras haber conocido esta Juzgadora de las circunstancias de este litigio sostenido en relación con

la empresa familiar, que puede reiterarse en las sociedades mercantiles en la que coinciden como socios/partícipes y siendo un conflicto susceptible de convertirse en otros muchos litigios pero que no dan una solución al propio conflicto puesto que se utiliza instrumentalmente así como considerando que el mismo es susceptible de mediación, se realiza la recomendación a las partes que acudan a dicha forma de resolución de conflictos con el fin de evitar un mayor crecimiento del conflicto y, con ello, futuras demandas que, probablemente, tampoco darán solución al conflicto de fondo y enturbiarán aún más las relaciones familiares.».

Ver Texto

(15) De una cláusula de esta naturaleza trae causa la Resolución de 25 junio 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la que, revocando la previa calificación del registrador mercantil, declara la validez de la sumisión estatutaria a mediación y a arbitraje de los conflictos que surjan entre administradores.

Ver Texto

(16) En relación con la mediación intrajudicial véase la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial [(<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>)] publicada por el Consejo General del Poder Judicial en su página web y, también, C. Rayón Ballesteros, «Mediación intrajudicial civil y mercantil en España», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2016, pp. 213-238.

Ver Texto

(17) Art. 7 de la LM: «Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores. En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.»

Ver Texto

(18) Los requisitos de dicha formación han sido desarrollados por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Ver Texto

(19) Nos venimos refiriendo básicamente a la mediación en las sociedades cerradas, categoría en la que se encuadran la práctica totalidad de las empresas familiares. Para un estudio sobre la mediación en las empresas cotizadas, *vid.* S. González Sánchez, «Problemática de la mediación societaria. Especial referencia a las sociedades cotizadas», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 143, 2016.

Ver Texto

(20) J.M. Rojí Buqueras, «Utilidad y actualidad del arbitraje societario», *Anuario de Justicia alternativa*, vol. 15, 2019: «La sociedad es una entidad viva al margen de sus conflictos, que opera en el mercado y se relaciona con terceros, estableciendo constantemente relaciones jurídicas y dependiendo de su situación y circunstancias las relaciones, no ya propiamente societarias entre socios y con

administradores, sino con directivos, trabajadores, proveedores, clientes, administraciones y demás operadores del tráfico mercantil. Es insostenible a medio o largo plazo el perjuicio de la incertidumbre por pendencia litigiosa sobre aspectos tales como si sus cuentas son correctas (cuando se impugnan), si su órgano de administración está bien constituido (cuando se denuncia su designación), sobre si está incurso en causa de disolución (cuando se insta), sobre quiénes son sus socios e incluso su capital (cuando se ejercitan acciones de separación y exclusión o cuando se cuestionan transmisiones de acciones y participaciones o se ejercitan eventuales derechos de adquisición preferente), sobre cuál es su capital y quiénes sus titulares (cuando se impugna su ampliación o reducción) y, en fin, en las muchas ocasiones en que la controversia afecta a un aspecto tal de la sociedad que no queda reducido a un elemento de responsabilidad de sus socios o administradores o a un conflicto de carácter horizontal entre los mismos, sino que afecta a la esencia de la propia sociedad y por tanto a su estructura, su continuidad, su credibilidad, su solvencia o su reputación. (...) ¿Qué coste tiene no poder hacer una operación corporativa por no tener certeza sobre quiénes son los socios cuando se están dirimiendo causas de separación o exclusión, transmisiones de acciones o participaciones, ampliaciones o reducciones de capital? ¿Qué coste tiene perder o no poder captar administradores o directivos de nivel por la presión o la incertidumbre que suponen las acciones de un socio? ¿Qué coste tiene en el mercado y en las transacciones comerciales tener una anotación de demanda en el registro respecto a las cuentas o los administradores (155 y 157 RRM)?».

[Ver Texto](#)

(21) Sobre la ejecución del acuerdo de mediación *vid.* E. López Barba, «La eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación según la Ley 5/2012», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 30, 2013.

[Ver Texto](#)

(22) La disposición adicional séptima de la LM preveía la creación de un procedimiento básicamente telemático para los supuestos contemplados bajo el 24.2º: «El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Las pretensiones de las partes, que en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho, quedarán reflejadas en los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación que el mediador o la institución de mediación facilitarán a los interesados. El procedimiento tendrá una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y será prorrogable por acuerdo de las partes». Dicho procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos ha sido desarrollado por los arts. 30 a 38 Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que desarrolla determinados aspectos de la LM. En clave europea y en materia de consumo cabe reseñar el Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

[Ver Texto](#)

(23) En materia de mediación electrónica se ha pretendido dar un paso más como refleja J.A. Talavera Hernández, «La figura del Mediador en la Mediación online», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 38, 2015: «La regulación de la mediación efectuada por la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, plantea, como hemos visto, la posibilidad de efectuar la misma por medios electrónicos. Esta posibilidad, que se desarrolla en el Proyecto de Real Decreto por el que se

regula el desarrollo de la mediación por medios electrónicos, de 13 de noviembre de 2012, en su art. 16, permite que se realice la misma mediante los llamados sistemas de puja ciega o de mediación automatizada —el Proyecto lo llama negociación automática—, sistemas en los que la figura del mediador —que es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, y ello porque es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes y por tanto esencial en nuestra regulación— se sustituiría por un programa informático que haría las veces de mediador, pero no mediando, sino ofreciendo alternativas de acuerdo a las partes en función de sus pretensiones y al programa informático elaborado para ello. Alternativas basadas en algoritmos matemáticos que elaborarían esa propuesta de acuerdo que, de ser aceptada por las partes, pasaría a definitiva para, posteriormente, y si las partes así lo acordaran, elevarlo a escritura pública. En estos casos, de nuevo surge la pregunta: ¿hablaríamos de mediación o de negociación asistida? Como vemos el propio legislador habla de negociación automática para referirse a ella lo que induce a más confusión. Y, además, en estos sistemas desaparece la figura del mediador que, de acuerdo con la LM y como hemos dicho, debe ser una persona física, con lo que nos cuestionamos si seguimos ante un procedimiento de mediación. Son estas cuestiones que surgen como consecuencia del uso de las nuevas tecnologías en estos procedimientos y que nosotros entendemos que daría lugar a una respuesta negativa.»

[Ver Texto](#)

(24)

Sobre esta cuestión *vid.* A.M. Rodríguez -Tirado, «Las medidas cautelares del proceso civil y la mediación», *Revista Práctica de Tribunales*, n.º 107, 2014, pp. 90-98.

[Ver Texto](#)

(25) Sobre esta cuestión *vid.* A. Valiño Ces, «Acerca del método híbrido o med-arb: otra forma de resolver los conflictos», *Diario La Ley*, n.º 9469, 2019.

[Ver Texto](#)

(26) Sobre las mejores prácticas para la redacción de cláusulas escalonadas véanse por ejemplo los comentarios y propuestas de las «*Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional*», pp. 33 a 37; o la «*Guía para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas*» del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD).

[Ver Texto](#)

Extensión del convenio arbitral a no firmantes: el acogimiento en España de una práctica comparada

Extension of the arbitration agreement to non-signatories: the adoption in Spain of a comparative practice

Como regla general, solo las partes que han suscrito un convenio arbitral están vinculadas por el mismo y podrán ser llamados al arbitraje; sin embargo, existen algunos casos excepcionales en los que un tercero puede ser parte del procedimiento arbitral. El propósito de este estudio es aproximarnos a la doctrina de la extensión subjetiva de los efectos del convenio a no firmantes y su tratamiento en el Derecho comparado y en nuestro país, donde la jurisprudencia viene reconociendo, de manera progresiva, la posibilidad de extender los efectos del sometimiento arbitral a terceros, siempre que concurren determinadas circunstancias.

ADR, Arbitraje, Convenio arbitral, Tercero no firmante, Derecho comparado, Legislación española, Jurisprudencia.

As a general rule, only the parties that have signed an arbitration agreement are bound by arbitration; however, there are exceptional cases in which a non-signatory party will be compelled to arbitrate claims. The aim of this paper is to study the extension of the arbitration clause to non-signatories parties both in comparative Law and in Spanish Law where the judicial doctrine point in a new direction towards the increasing recognition of extending the arbitration clause, under certain conditions.

ADR, Arbitration, Arbitration clause, Non-signatories parties, Comparative Law, Spanish Law, Judicial judgment.



Jesús Campo Candelas

Profesor Asociado de Derecho Procesal. Universidad de Alicante

Doctor en Derecho. Abogado

I. INTRODUCCIÓN

El convenio arbitral es, como es sabido, el acuerdo de las partes para someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica. En principio, como contrato que es, vincula exclusivamente a las partes que lo han suscrito, sin tener eficacia ni producir efectos sobre terceros, evitando así que se vea sometido a arbitraje quien no ha prestado su consentimiento para someterse a la decisión de los árbitros en aplicación del principio de relatividad de los contratos.

No cabe confundir lo dicho con que la jurisprudencia y doctrina actual otorguen validez a un criterio antiformalista al tiempo de suscribir el convenio arbitral (1), pues resulta siempre exigible, de acuerdo con el art. 9.3º de la Ley de Arbitraje (en adelante, LA) la forma escrita en un documento firmado por las partes o en un intercambio de comunicaciones que dejen constancia del acuerdo de las partes de someterse a arbitraje (art. 9.5º LA) (2). Es esencial, por tanto, que para el sometimiento válido a arbitraje resulte perceptible la voluntad de someterse al juicio privado, debiendo ser inequívoco el consentimiento de sumisión a arbitraje, condición de eficacia para que se repute válido el sometimiento (3).

Siendo lo expuesto válido como regla general, existen determinadas circunstancias en las que los efectos del convenio arbitral pueden llegar a ser aplicados, no solo a quienes lo han suscrito, sino también a sujetos no firmantes (4). En esa tipología de supuestos será cuando entre en juego la doctrina sobre la «extensión subjetiva de los efectos del convenio arbitral», «extensión subjetiva del pacto arbitral» o «extensión del convenio a no signatarios», expresiones que se emplearán indistintamente para referirnos a un fenómeno único: aquél en el que, quien no ha prestado su consentimiento, vendrá compelido a intervenir en el procedimiento arbitral por más que nunca se sometiera explícitamente a la cláusula arbitral (5).

II. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO COMPARADO

1. En la normativa procesal

En la LA no se encuentra referencia alguna a la extensión subjetiva del pacto arbitral y, por tanto, no resulta amparado por disposición legal que quien no ha suscrito el convenio arbitral sea parte de un proceso arbitral, en línea con la regulación asumida en la mayor parte de ordenamientos de nuestro entorno que, por lo demás, han seguido las disposiciones generales de la Ley Modelo Uncitral (LMU) que nada dice sobre la intervención de terceros no firmantes en el arbitraje.

Sin embargo, en algunos modelos comparados, si se quiere, como excepción a la regla general, se ha previsto expresamente el fenómeno de la extensión. Ejemplo de esa posición son los Países Bajos, donde se reconoce que el tercero afectado en el arbitraje pueda presentar un escrito interesando la intervención en el procedimiento arbitral si así lo estima oportuno; del mismo modo, resulta posible que el inicialmente vinculado por el convenio interese el llamamiento del no signatario para ser parte, pudiendo actuar como tal si se acepta la nueva constitución de la *litis* por el tercero. En ambos casos, no obstante, será necesario un nuevo acuerdo escrito que vincule al tercero y las partes inicialmente suscribientes, esto es, un consentimiento entre todos los potenciales afectados por el laudo que además habrá de contar con el visto bueno del tribunal arbitral (6). La regulación descrita es muy similar en Bélgica, donde también se permite la posibilidad de que un no firmante adquiera la condición de parte en el arbitraje a través de una intervención voluntariamente solicitada por aquél o provocada por los inicialmente suscribientes, pero que, en todo caso, debe ser formalizada y contar con la conformidad del tribunal arbitral esa ampliación subjetiva (7).

Por su parte, conforme al ordenamiento italiano, se permite la intervención voluntaria o la llamada

de arbitraje de un tercero, si bien se supedita igualmente a que se alcance un acuerdo entre quien no es inicialmente demandante o demandado, las partes que ya han formalizado el arbitraje y el árbitro para dar cabida a la extensión (8) .

Una destacable atención al problema de intervención de no firmantes se ha tenido tradicionalmente en Colombia (9) ; en la actualidad, se permite al órgano arbitral, cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida prevea que el laudo haya de afectar a personas que no estipularon el pacto arbitral, ordenar su citación a fin de que manifiesten si adhieren al pacto arbitral y, de no mostrar su conformidad, se tiene por extinguido los efectos del compromiso a fin de que el laudo no afecte a personas que no han querido someterse a arbitraje (10) .

Algunos reglamentos arbitrales posibilitan así la intervención de no firmantes del convenio al procedimiento arbitral

Igualmente lejos, aunque en una configuración distinta, llega la Ley Peruana de arbitraje que extiende directamente los efectos del convenio arbitral a aquellos cuyo consentimiento al arbitraje derive de su participación activa en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato o, incluso, a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, siempre bajo el prisma de la buena fe como criterio rector de la extensión del pacto arbitral (11) . La misma consideración asume el art. 14 del anteproyecto de Ley de Arbitraje presentado ante la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador en mayo de 2019 (12) .

2. En reglamentos arbitrales

Al margen de las disposiciones legales, resulta de interés dejar apuntado cómo algunos reglamentos arbitrales de prestigiosas instituciones arbitrales, sabedores de la posibilidad de que en el arbitraje puedan interferir no firmantes, incorporan referencias al fenómeno que venimos analizando, posibilitando así la intervención de no firmantes del convenio al procedimiento arbitral. Entre ellos, resulta de especial interés el Reglamento de la CCI, en cuyo art. 7, tras la modificación del año 2017, regula con detalle la denominada «solicitud de incorporación» mediante la cual la parte inicialmente interviniente en el arbitraje, podrá presentar una instancia contra el no firmante del convenio —la denominada «la parte adicional»— a fin de que comparezca en el arbitraje, regulando el trámite de oposición e, incluso, la facultad que tiene el interviniente no firmante en la fase de designación de árbitros (13) . Igualmente, la cuestión centra la atención en el Reglamento de la *London Court Of International Arbitration* en cuyo art. 22.1º que al tiempo de regular los «poderes adicionales» del órgano arbitral dispone en su apartado octavo la facultad que éste tiene de permitir la intervención de uno o más terceros al arbitraje, sea a solicitud del tercero, sea por la propia iniciativa del tercero (14) .

3. Algunos precedentes destacables

Antes de ocuparse de la cuestión en su reglamento, la posibilidad de extender las consecuencias del

acuerdo arbitral a terceros no firmantes venía siendo una cuestión admitida por instituciones arbitrales de gran prestigio como la ICC, incluso aunque no existiera conformidad del no firmante (15).

Para ello, se ha atendido al hecho de haber sido parte en la negociación del contrato litigioso, sobre todo cuando el tercero ha ocupado una posición preeminente en la contratación y/o ha participado activamente en el desenvolvimiento de la relación contractual litigiosa (Asunto ICC n.º 4131, 23 septiembre 1982 (16)) o cuando el firmante del convenio hubiera sido un organismo dependiente del tercero interviniente, como sucedió en el Asunto CCI n.º 4727 (17). En tales casos, se ha entendido por diversos pronunciamientos ICC que la buena fe y la protección de la legítima confianza obliga a extender subjetivamente los efectos del convenio.

Y ello ha sido especialmente significativo en supuestos en los que la sociedad a la que pretendía extenderse los efectos de la cláusula arbitral formaba parte del mismo grupo empresarial que la suscribiente, existiendo múltiples precedentes ICC que han acogido la teoría del grupo de sociedades para aplicar la doctrina de la extensión subjetiva sobre la base de la unidad económica del firmante y el tercero (18). Precedente de obligada referencia es el caso *Dow Chemical vs. Isover Saint Gobain*, arbitraje administrado por la CCI y finalizado mediante laudo septiembre 1982, conforme al cual: «la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos» (19). La doctrina expuesta fue seguida por otros laudos CCI que permiten vislumbrar, desde hace décadas, una práctica arbitral reconocible en la que resulta posible extender los efectos del pacto arbitral al no firmante siempre que concurren determinadas circunstancias (20).

La doctrina expuesta, además, recibió el espaldarazo de la propia Corte de Apelación de París que, en sentencia de 21 octubre 1983, reconoció la operatividad de la teoría sobre el grupo de sociedades en los usos mercantiles internacionales a fin de confirmar la validez de extender los efectos del convenio, siguiendo la doctrina que el mismo tribunal, en el asunto *KIS France c. Société Générale* estableció en la sentencia de 31 octubre 1989 en la que se confirmó, igualmente, el laudo que había aplicado adecuadamente la doctrina del grupo al admitir la intervención como parte de sociedades subsidiarias; por citar un último caso, el asunto *Elf Aquitaine vs. Grupo Orri*, en el que la Corte sostuvo la validez del laudo que había declarado personalmente sujeto a la cláusula arbitral al controlante de varias empresas —el Sr. Abdul Rahman Orri— al haberse acreditado que los negocios eran realizados a través de varias sociedades, todas ellas controladas (21).

Al margen de la teoría de grupos, la Corte de Apelación de París, en el asunto *Cotunav vs. Comptoir Commercial André*, consideró que el hecho de que el transportador demandado hubiera participado en la operación, implicaba su sumisión a la cláusula arbitral, de modo que la aplicación de la extensión no solo se vincula a la presencia de un grupo de sociedades, sino que puede provenir de la participación de una operación de comercio internacional, como ya había reputado varios laudos CCI

con anterioridad. Idéntico órgano desarrolló su tesis en el asunto *Jaguar*, donde aclaró que, en el Derecho del arbitraje internacional, los efectos de la cláusula compromisoria se extienden a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato «desde el momento en que sus situaciones y sus actividades hacen presumir que tenían conocimiento de la existencia y del alcance de esta cláusula, con el fin de que el árbitro pueda ser competente respecto de todos los aspectos económicos y jurídicos del litigio». Más recientemente, la Corte de Casación francesa en el año 2012 ha ratificado esa posición al declarar que el efecto de la cláusula de arbitraje internacional contenido en el contrato se extiende a quienes han estado directamente involucrados en la ejecución del contrato (22).

A la vista de tales precedentes, es normal que se haya destacado la posición de los tribunales franceses —y de la CCI, con una de sus sedes en París— como exponente de una posición laxa en relación con los requisitos en los que cabe apreciar la voluntad de la parte no firmante de someterse a arbitraje (23), en contraposición con el criterio más restrictivo que viene asumiéndose en países como Inglaterra donde, si bien resulta posible apreciar precedentes en los que se reconoce la posibilidad de la extensión subjetiva, se asume de manera más restrictiva su aplicación (24).

En similares términos, también resulta posible apreciar ejemplos de reconocimiento de tal doctrina de la extensión en EE UU, donde se localizan precedentes que consideran pertinente la prolongación de los efectos del convenio arbitral considerado en el laudo (25), aunque de manera restrictiva (26). Igualmente, cabe citar el caso de Suiza, donde el Tribunal Federal aceptó la extensión del arbitraje a terceros contra el criterio del árbitro único, reinterpretando el litigio de acuerdo con las normas de buena fe al sostener que «cuando una parte se ve involucrada en el cumplimiento del contrato que contiene la cláusula arbitral de tal manera que puede deducirse de su comportamiento el propósito de someterse al convenio» (27), posicionamiento asumido, recientemente, en varias resoluciones (28).

III. EL ACOGIMIENTO DE LA DOCTRINA SOBRE LA EXTENSIÓN SUBJETIVA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Como ya se adelantó, la LA no hace referencia a la posibilidad de que el convenio pueda entenderse de aplicación a terceros no firmantes, por lo que cualesquiera disquisiciones que quieran efectuarse sobre la admisión o no de la extensión de los efectos del convenio a no signatarios en nuestro país, ha de partir de la ausencia de regulación sobre la cuestión. Se hace obligado, por tanto, atender a la doctrina de los órganos judiciales españoles para ver si se ha asumido o no en nuestro país la práctica arbitral internacional que se ha venido analizando y, en su caso, las condiciones bajo las cuales resultaría posible la llamada del tercero al arbitraje.

Se entiende, en todo caso, que aludiremos a las llamadas al arbitraje que cuentan con la oposición del tercero, esto es, aquellas en las que no existe un sometimiento voluntario a participar en el arbitraje donde nada hay que decir. Ello sucederá, por ejemplo, cuando la intervención del no firmante derive de su voluntad de participar en el arbitraje por más que no suscribiera el convenio arbitral original (29).

1. El carácter restrictivo de la extensión

Siendo la regla la de que solo pueden quedar sometidos a arbitraje quienes han decidido acudir a tal sistema de resolución de conflictos, es claro el carácter excepcional de la doctrina cuyo estudio nos ocupa. Además, no debe olvidarse que la vigente LA exige que el convenio arbitral conste por escrito lo que establece, al menos de partida, una notable limitación a la posibilidad de que se acepte de forma tácita una cláusula arbitral o extensión de sus efectos a terceros no firmantes.

Debe entenderse, por tanto, que la posibilidad de extender el arbitraje a quienes no consta explícitamente que hayan querido someterse a la decisión de los árbitros ha de ser analizada restrictivamente, lo que no puede ser de otro modo si se consideran dos circunstancias relevantes: de un lado, que uno de los efectos consustanciales del convenio arbitral es la renuncia al derecho fundamental a la solución jurisdiccional de las diferencias de las partes; y, de otro, la jurisprudencia del TEDH (30), asumida también por el TC y el TS español, según la cual debe constatarse una voluntad inequívoca para apreciar el consentimiento de las partes someterse a arbitraje (31).

La práctica evidencia los problemas que puede llevar aparejados una interpretación extensiva de la cláusula arbitral a terceros que no la han suscrito

Ese carácter restrictivo ha sido destacado por nuestros tribunales, siendo exponente la STSJ Madrid n.º 28/2019, de 12 septiembre que subraya la importancia de la prueba de la extensión: En la misma línea de pensamiento esta Sala ha proclamado con reiteración que «es axioma incontrovertido que la interpretación extensiva de la cláusula arbitral —a terceros que no la han suscrito o a situaciones o ámbitos de aplicación no comprendidos claramente en ella— ha de estar sólidamente sustentada, no solo por la exigencia de la voluntad de sumisión y por escrito como fundamento de la existencia del convenio arbitral (arts. 9.1º y 9.3º LA) —lo que no excluye su emisión tácita, deducida de actos concluyentes, *v.gr.*, por falta de oposición al arbitraje incoado (art. 9.5º LA—, sino porque, al fin y a la postre, la inferencia de esa voluntad lleva aparejada una radical consecuencia jurídica: nada más y nada menos que la renuncia al derecho de acceso a la jurisdicción, "núcleo duro" —en locución del TC— o "contenido esencial" —en expresión de la Constitución misma— (art. 53.1º CE) del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE)» (32).

La cautela con la que debe ser entendida la figura en nuestro país se alinea con pronunciamientos del Derecho comparado que han advertido, en términos generales, los problemas que puede llevar aparejado una aplicación excesivamente generosa de los parámetros para entender aplicable la misma (33).

2. Precedentes nacionales de interés

El primer antecedente destacable viene dado por un caso resuelto por el Tribunal Supremo en

sentencia n.º 404/2005, de 26 mayo en el que se discutía si un banco, que actuaba como avalista de una suministradora, estaba vinculado por el convenio arbitral suscrito entre la compañía avalada y una sociedad extranjera, siendo la respuesta afirmativa. En concreto, dispone la resolución que: «en el presente caso la cláusula o convenio arbitral plasmado en el contrato de 31 julio 1992 supone la necesaria extensión de su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato» (34). La sentencia asume, de este modo, un criterio decididamente favorable a aceptar la intervención del no firmante de someterse a arbitraje, pues presumir que una entidad de crédito garante conoce del contrato del principal garantizado y, más aún, tiene por acreditada la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje por el mero hecho de ser garante resulta, cuando menos, discutible y se aleja de las consideraciones abrazadas en el extranjero (35).

Un supuesto distinto se resuelve por el Tribunal Supremo en la sentencia n.º 1097/2008, de 20 noviembre en el que reconoce la extensión subjetiva del convenio a una aseguradora que se subrogaba en la posición del asegurado, matizando, en cambio, la resolución, que el convenio arbitral no puede alcanzar a las aseguradoras que son llamadas en ejercicio de la acción directa (36).

Por lo que respecta a la doctrina de las Audiencias Provinciales, pueden citarse varias sentencias que han aplicado también la extensión subjetiva. Es el caso de la SAP Madrid (Sección 28ª) n.º 227/2010, de 15 octubre que avala la decisión del laudo que decretó su propia competencia para enjuiciar a un tercero aunque no hubiera firmado la cláusula arbitral en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, que la sentencia reputó suficientemente fundamentada como para justificar la extensión. Igualmente, el AAP Barcelona (Sección 4ª) n.º 8/2007, de 13 febrero 2007 que ratifica la decisión de la juzgadora que consideraba aplicable la cláusula arbitral inserta en un contrato de distribución en exclusiva en supuesto en el que el demandado, que estaba ejecutando el contrato de distribución, pertenecía al mismo grupo de sociedades que la sociedad proveedora firmante del contrato en cuestión. La resolución sostiene «cuando se trata de la compra de productos a los que se refiere el contrato de distribución acompañado por la demandada (...) se estima suficiente para que se aplique dicho contrato a una empresa que forma parte del grupo».

Diferente naturaleza tiene la SAP Islas Baleares n.º 65/2011, de 23 febrero que desestima la acción de anulación del laudo al reputar válida la conclusión de la decisión arbitral consistente en extender el convenio arbitral inserto en un contrato de arrendamiento de servicios al hijo del fallecido — inicialmente suscribiente del acuerdo arbitral— al entender novado el contrato por continuación de los vínculos entre las partes y, por tanto, dotando a la subrogación una eficacia determinante para reputar intactos los términos de la relación aun cuando se hubiera producido un cambio en la persona del obligado a prestar el servicio (37).

Rasgos particulares presenta la SAP Madrid 14ª n.º 438/2006, de 16 junio, en el que el impugnante de nulidad denunciaba inexistencia de consentimiento de un club de fútbol para otorgar el convenio arbitral por un interlocutor que carecía de facultades para vincularlo; se entiende, pese a la regla de que nadie puede contratar a nombre de otro, que en la medida en que el club aparentemente representado no desplegó toda la diligencia para deshacer el equívoco generado en los terceros al permitir que su interlocutor actuara públicamente como representante sin desautorización alguna

del principal, debía entenderse de aplicación la cláusula estimando así la extensión subjetiva acudiendo a la teoría de la representación en virtud del cual el representado —al caso, sin concurrir mandato específico— adquiere los derechos y las obligaciones que de la gestión llevada a cabo por su representante en relación con la suscripción del convenio (38) .

Tras la redacción de la LA dada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, cuando la competencia objetiva para resolver la acción de anulación del laudo comienza a recaer sobre los Tribunales Superiores de Justicia, se observa cómo la doctrina que se viene analizando encuentra igualmente acogida, siquiera con mayor impulso. Ejemplo de ello es la STSJ Madrid n.º 20/2018, de 24 abril que, en aplicación de la teoría de actos propios, llega a la conclusión de que la sociedad no firmante se subrogó tácitamente en el contrato donde se incorporaba la cláusula arbitral, recordando «que una sociedad no puede invocar su independencia jurídica para no quedar vinculada por una cláusula arbitral contenida en un contrato devenido litigioso, cuando se ha aprovechado de sus consecuencia y/o de sus beneficios, ya que dicha pretensión entra en contradicción, desde un punto de vista objetivo, con su anterior conducta».

Del mismo órgano judicial, pueden citarse varias sentencias en las que el TSJ de Madrid ha reputado válida la condena en el laudo del no firmante. Es el caso de la Sentencia n.º 64, de 16 septiembre 2015 que admitió la extensión o transmisión del convenio arbitral a tercero que no lo había suscrito, pero que, por su condición de avalista, se entendió estaba directamente implicado en la ejecución (39) . La STSJ Madrid n.º 6/2013, de 13 febrero 2013 en el que del demandante de nulidad considera que no puede reputarse válida su condena en el laudo puesto que el convenio arbitral no fue suscrito por su parte sino por su antecesora, lo que reputa irrelevante la Sala dada la perfecta validez del acuerdo novatorio consecuencia de la subrogó en la posición convencional que tenía su predecesora al sucederla en sus derechos y obligaciones. O, en similares términos, la Sentencia n.º 60/2013 de 22 julio en un supuesto en el que consta esa cesión del contrato entre empresas del mismo grupo (40) .

Igualmente, merece la pena destacar la doctrina del TSJ de la Comunidad Valenciana que ha amparado la posibilidad de que en el arbitraje se resuelvan pretensiones contra no firmantes del convenio, asumiendo en varias sentencias similar fundamentación acerca de la extensión subjetiva del sometimiento. Se trata de las SSTSJ n.º 14/2014, de 19 de noviembre y n.º 13/2015, de 5 de mayo entendiendo la primera de las resoluciones que la cuestión debe abordarse «desde un enfoque anacional o "mercatorista" seguida por la práctica arbitral conforme a la cual "la extensión *ratione personae* de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo de sociedades, está condicionada por principios específicos propios de la materia relativa a los grupos de sociedades. En concreto, en los grupos de sociedades se vislumbra una pluralidad y universalidad jurídica y económica, así como una identidad de intereses existentes entre las sociedades del grupo que pertenecen a un mismo grupo; aspectos estos que condicionan la resolución de la problemática"» (41) , asumiendo así la validez de la intervención del no firmante en un criterio asumido íntegramente después, en la segunda de las sentencias que fueron citadas (42) .

Siquiera para constatar las dificultades que lleva aparejada la extensión de los contratos a empresas del grupo por más que no sean firmantes y cómo, por tanto, la extensión ha de hacerse bajo una

aplicación cautelosa de la figura a que antes se aludía, baste con señalar que, en la primera de las sentencias citadas, las serias dudas de derecho apreciadas condujeron a la Sala del TSJ de la Comunidad Valenciana a no aplicar condena en costas, modificando posteriormente su criterio a la vista de la doctrina ya asumida en la primera (43).

3. Los títulos para la llamada de terceros no firmantes

Son varias las teorías a las que puede acudir para justificar la llamada de terceros no intervinientes, siendo esencialmente coincidentes las desarrolladas en la práctica comparada y las asumidas en nuestro país (44).

Constan incluso sistematizaciones de las categorías jurídicas que pueden dar lugar a aplicar la extensión subjetiva de los efectos del convenio desarrollados en algunos precedentes nacionales —e internacionales (45)— mediante catálogos de alcance más o menos general que, sin duda, sirven de referencia para contextualizar la figura. Es el caso de del ATSJ País Vasco n.º 22/2018, de 7 noviembre que considera que la extensión de la cláusula arbitral debe interpretarse conforme a la buena fe y conforme a las siguientes teorías: «1ª La del levantamiento del velo (...) 2ª La teoría de los actos propios, que implica que una parte que no ha firmado un contrato que contiene una cláusula arbitral, pero que ejercita derechos con base en el mismo, no puede luego pretender que no está sujeta la cláusula arbitral (...) Por otro lado, la cláusula arbitral se puede extender a terceros en base al consentimiento, por referencia, o mediante un consentimiento implícito, basado en la apariencia creada» (46). De manera análoga, la STSJ n.º 14/2014 de la Comunidad Valenciana de 19 noviembre 2014 para la que puede acudir a la «representación, estipulación en beneficio de un tercero, la doctrina los actos propios (*estoppel*) y a la del levantamiento del velo social» para extender los efectos del convenio a un no firmante, sin que ello quiebre los derechos fundamentales de la parte perjudicada. No debe olvidarse, además, la relevancia que en la extensión puede jugar la subrogación y/o la transmisión de un determinado contrato (47).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La LA guarda silencio sobre la intervención de terceras partes en el arbitraje y, más concretamente, sobre la posibilidad de que los efectos derivados de la suscripción del convenio arbitral alcancen a no firmantes. Sin embargo, resulta perfectamente posible que, al margen de quienes suscriben la cláusula arbitral, en la controversia terminen interfiriendo otros sujetos cuya participación en el arbitraje se repute conveniente para la adecuada adopción del laudo.

Por esa razón, otros modelos legislativos han optado por regular la situación descrita, si bien de manera dispar: mientras los escasos ordenamientos europeos que se ocupan de la cuestión, supeditan la intervención de los afectados no suscribientes a su previo consentimiento a someterse a arbitraje —posibilidad análoga a la recogida por prestigiosas instituciones arbitrales internacionales y extranjeras—, otros optan por dar por extinguido el compromiso arbitral si el tercero que vaya a ser afectado por el laudo no se adhiere a la solicitud de intervención. Y solo en algunos modelos se recoge la posibilidad de que los efectos del convenio se extiendan a no signatarios sin contar siquiera con el consentimiento del tercero. Al margen de la última opción, que lleva a derogar la

vinculación exclusiva del convenio a los firmantes cuando concurren determinadas condiciones, la aproximación al Derecho comparado demuestra un claro respeto al elemental principio de relatividad de los contratos al ser necesario el consentimiento del tercero para poder ser parte en el arbitraje.

Ahora bien, también se constata que al margen de que exista o no regulación sobre el fenómeno de la extensión subjetiva del convenio, la práctica arbitral y judicial de muchos países se ha visto obligada, desde hace décadas, a dar respuesta al problema analizado. Es cierto que existen divergencias en torno al carácter más o menos amplio de los requisitos que deben concurrir, según los distintos ordenamientos, para reputar válida la extensión cuando los no firmantes no muestren su conformidad a verse afectados por el laudo. En todo caso, se puede vislumbrar un cierto consenso en el Derecho comparado en torno a dos ideas básicas: de un lado, el carácter cauteloso con el que de aplicarse la extensión por parte de los órganos arbitrales y, de otro, la necesidad de contar con prueba contundente que permita justificar adecuadamente la intervención del no firmante, mediante actos que se reputen inequívocos como puede ser la participación en la negociación o terminación de convenio arbitral o la ejecución directa del contrato litigioso donde se incorporaba la cláusula arbitral.

Las dos directrices parecen haber sido acogidas en España, donde la jurisprudencia ha recogido las enseñanzas desarrolladas por la práctica arbitral y judicial extranjera antes de su tratamiento en nuestro país, subrayando —eso sí— el carácter cauteloso con la que debe ser aplicada la doctrina de la extensión pero, a la vez, normalizando progresivamente su aplicación, como lo muestra el creciente número de precedentes que asumen la tesis que se viene analizando. Por tal razón, y estando siempre condicionados por las particularidades del caso concreto, los órganos arbitrales podrán llamar a terceros no firmantes en la confianza de que podrán contar con el refrendo de la jurisprudencia siempre que, en los términos expuestos, concorra alguna de las categorías jurídicas que han servido a nuestros tribunales para dar cobertura legal a la aplicación de la extensión subjetiva de los efectos del convenio. Así ha resultado de varios precedentes en los que se ha aplicado la teoría sobre la unidad de acción o grupo de sociedades, representación, subrogación, estipulación en beneficio de un tercero, actos propios o levantamiento del velo social a fin de dotar de cobertura a la llamada del no firmante y, en tal medida, derogar la relatividad del convenio arbitral.

Lógicamente, cuando no concurren esas excepcionales circunstancias que justifiquen la extensión de los efectos a terceros no firmantes, no debieran los árbitros admitir la extensión, ni los tribunales declinar declarar la anulación del laudo, siquiera parcialmente respecto de aquellos pronunciamientos que afecten al no firmante (48).

En este sentido, se ha negado adecuadamente la aplicación de la extensión en supuestos en los que, existiendo cierta intervención del no firmante en la relación jurídica controvertida, no se ha entendido que aquella fuera de tal entidad como para romper el principio de relatividad de la cláusula o convenio arbitral. Sirve de ejemplo de lo anterior la certera respuesta dada a la cuestión en la STS 27 mayo 2007, donde no se permitió extender la cláusula arbitral que preveían los Estatutos de

una Comunidad para dirimir las controversias entre comuneros o la STS 11 diciembre 2010 (ROJ STS 1669/2010) que tampoco lo autorizó en un supuesto en el que el administrador había sido demandado conjuntamente con la sociedad que era la que, en efecto, había suscrito el convenio (49). En este tipo de supuestos pero, sobre todo, en aquellos en los que atendiendo a la naturaleza de la reclamación efectuada el tercero esté llamado a jugar un rol importante en la adecuada formalización del arbitraje, será donde aparezcan los problemas más relevantes, pues si aquél no accede libremente a formar parte del mismo —lo que sucederá en muchos casos—, se generará una situación no exenta de problemas a los operadores jurídicos habrán de enfrentarse (50).

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GRIEDER, H., *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2001.

BLANCO GARCÍA, A.I., *Árbitro y Partes: Los peligros y entresijos de la práctica del arbitraje*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

CAIVANO, R.J., «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario», *Lima Arbitration*, n.º 1, 2006, pp.121-141.

CORREA DELCASSO, J.P., «La extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo: análisis de la doctrina de la Corte de Arbitraje de la CCI» (M. Montaña y J. Sellarés, coords.), *Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa*, Madrid, Difusión Jurídica, 2011, pp. 66 ss.

DAELE, K., *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International BV, 2012.

GÓMEZ JENE, M., «El convenio arbitral: *statu quo*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, 2017.

GÓMEZ JENE, M., *International Commercial Arbitration in Spain*, Kluwer Law International, 2019.

HANOTIAU, B., *Complex Arbitrations. Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International BV, 2005.

MARGUERAT, J., «La competencia de los Tribunales arbitrales bajo el prisma del Tribunal Federal suizo: análisis de tres decisiones recientes», *Revista del Club Español del Arbitraje*. n.º 6, 2009.

MAYER, P., «The Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories - The Irreconcilable Positions of French and English Courts», *Am. Univ. Int'l L. Rev.*, 2012, n.º 4, pp. 831-836.

MAYER, P., *Extension of the Arbitration Clause to Non-signatories under French Law*, Oxford University Press, 2009.

PARK, W.W. «Non-Signatories and Inter-national Contracts: An Arbitrator's Dilema», en *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 9-25.

SANTABAYA GONZÁLEZ, J.I. y DOMÍNGUEZ ORTIZ, C., «La extensión subjetiva de la cláusula arbitral a sociedades no firmantes pertenecientes a un mismo grupo de sociedades. Comentario a las Sentencias n.º 14/2014, de 19 de noviembre, y n.º 13/2015, de 5 de mayo, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana», *Práctica Contenciosa para Abogados*, La Ley, Madrid. 2016,

TALERO RUEDA, S., «Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje», *Lima Arbitration*, n.º 4, 2010/2011.

(1)

Ejemplo del antiformalismo asumido en la jurisprudencia es, entre muchas otras, la STS 607/2010 de 7 octubre donde se recuerda, con cita de otras anteriores «lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta Sala se pronuncia en contra de las "fórmulas sacramentales" como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión».

[Ver Texto](#)

(2) En el mismo sentido, el art. II.2º del Convenio de Nueva York: «La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas». Igualmente, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, en cuyo art. I.2º a) de los fines de la aplicación del presente Convenio, se entenderá por: «a) "acuerdo o compromiso arbitral", bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes».

[Ver Texto](#)

(3) Nada tiene que ver en la consideración expuesta que el actual art. 9.1º LA haya hecho desaparecer la exigencia de que el convenio arbitral deba expresar la voluntad de forma «inequívoca» término éste que sí se recogía expresamente en el art. 5.1º de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, lo que tiene su sentido dada la proclamación del antiformalismo a que se refiere, incluso, la propia Exposición de Motivos de la actual Ley en su apartado III. Esto es, una cosa es el mayor o menor grado de formalismo para la suscripción del convenio —cuestión ya superada, en el sentido de sacudir formalismos enervantes para entender válidamente suscrito el convenio arbitral— y otra, bien distinta y que permanece intacta es que el sometimiento al arbitraje deba resultar patente.

[Ver Texto](#)

- (4) Una cuestión distinta que no cabe confundir con la expuesta es el fenómeno del arbitraje estatutario previsto en el art. 11 (bis) LA, pues cabrá que socios que no hayan participado de la votación a que alude el apartado segundo del artículo se vean sometidos a arbitraje o, incluso, que votando en contra de que las disputas sean resueltas mediante arbitraje, se vean obligados a ello.

[Ver Texto](#)

- (5) La obra más completa en nuestro país sobre la cuestión corresponde a H. Aguilar Grieder, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2001.

[Ver Texto](#)

- (6) Art. 1045 del Código de Procedimiento Civil: «*Third Parties: 1) At the written request of a third party who has an interest in the outcome of the arbitral proceedings, the arbitral tribunal may permit such party to join the proceedings, or to intervene therein. The arbitral tribunal shall send without delay a copy of the request to the parties. 2) A party who claims to be indemnified by a third party may serve a notice of joinder on such a party. A copy of the notice shall be sent without delay to the arbitral tribunal and the other party. 3) The joinder, intervention or joinder for the claim of indemnity may only be permitted by the arbitral tribunal, having heard the parties, if the third party accedes by agreement in writing between him and the parties to the arbitration agreement. 4) On the grant of a request for joinder, intervention, or joinder for the claim of indemnity, the third party becomes a party to the arbitral proceedings. Unless the parties have agreed there on, the arbitral tribunal shall determine the further conduct of the proceedings*».

[Ver Texto](#)

- (7) Puede leerse en el art. 1709: «*Any interested third party may apply to the arbitral tribunal to join the proceedings. The request must be put to the arbitral tribunal in writing, and the tribunal shall communicate it to the parties. 2. A party may call upon a third party to join the proceedings. § 3. In any event, the admissibility of such joinder requires an arbitration agreement between the third party and the parties involved in the arbitration. Moreover, such joinder is subject to the unanimous consent of the arbitral tribunal*».

[Ver Texto](#)

- (8) *Vid.* art. 818 *quinquies* del Código de Procedimiento Civil Italiano, según el cual: «*L'intervento volontario o la chiamata in arbitrato di un terzo sono ammessi solo con l'accordo del terzo e delle parti e con il consenso degli arbitri. Sono sempre ammessi l'intervento previsto dal secondo comma dell'articolo 105 e l'intervento del litisconsorte necessario*».

[Ver Texto](#)

- (9) La referencia a la intervención de «terceros» se hallaba prevista ya en el Derecho de Arbitraje Colombiano n.º 2279, de 7 octubre 1989 y, en concreto, en su art. 30 recogía ya la posibilidad de que la controversia debatida en el arbitraje puede afectar a terceros no firmantes del convenio.

[Ver Texto](#)

- (10) Art. 36 de la Ley n.º 1563, de 2012 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. También de gran

relevancia es el art. 37 del citado cuerpo legal que remite a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos: «*Intervención de otras partes y terceros*. La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición. La suma correspondiente deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Tratándose de interviniente excluyente que no haya suscrito el pacto arbitral, su demanda implica la adhesión al pacto suscrito entre las partes iniciales. En caso de que el interviniente excluyente que haya suscrito pacto arbitral o que haya adherido a él, no consigne oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el art. 27. Cuando el llamado en garantía o denunciado en el pleito, que ha suscrito el pacto arbitral o ha adherido a él, no consigna oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el art. 27. En los casos de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el párrafo del artículo tercero. Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de terceros. En este caso, el tribunal le dará aplicación al inciso primero de esta norma y el no pago hará improcedente su intervención».

Ver Texto

(11) Art. 14 Ley Peruana de Arbitraje: «El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos». Para un análisis del precepto, puede verse a S. Talero Rueda, «Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje», *Lima Arbitration*, n.º 4, 2010/2011, p. 75.

Ver Texto

(12) Según el cual y bajo la referencia a «*Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias*. Art. 14.- El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretenden derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos». El texto puede consultarse en [<https://www.asamblea.gob.sv/>].

Ver Texto

(13) La cuestión, además de en el art. 7 Regl. CCI, se completa con el art. 12 donde se regula la intervención en la fase de nombramiento de árbitros.

Ver Texto

(14) «*The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of any party or (save for sub-paragraphs*

(viii) (ix) and (x) below) upon its own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (as to costs and otherwise) as the Arbitral Tribunal may decide (...) to allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided any such third person and the applicant party have consented to such joinder in writing following the Commencement Date or (if earlier) in the Arbitration Agreement; and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration».

Ver Texto

(15) J.P. Correa Delcasso, «La extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo: análisis de la doctrina de la Corte de Arbitraje de la CCI» (M. Montaña y J. Sellarés, coords.), *Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa*, Madrid, Difusión Jurídica, 2011, pp. 66 ss.

Ver Texto

(16) Puede leerse en el laudo «*Considering that in point of fact Dow Chemical France at the time of signature of the 1965 contract as well as the negotiations which led to the 1968 contract, appeared to be at the center of the organization of the contractual relationship with the companies succeeded by the present Defendant. Moreover, this relationship could not have been formed without the approval of the American parent company, which owned the trademarks under which the relevant products were to be marketed in France; That this analysis reveals that neither the "Sellers" nor the "Distributors" attached the slightest importance to the choice of the company within the DOW Group that would sign the contracts. It is significant to note that none of the documents produced contains any trace of a discussion on this subject*». Y, después, Sobre la importancia de atender a las verdaderas personas y/o entidades que asumen la ejecución del contrato a los efectos de constituir la relación jurídico-procesal del arbitraje internacional, véase lo dispuesto en el asunto CCI n.º 4131, 23 septiembre 1982: «*Considering that - as it has been mentioned above - the distribution agreement of 1965 as well as the one of 1968 designated first of all Dow France for delivery of the products to distributor. Although it has been provided for that deliveries could also be effectuated, at the choice of the "seller", by other subsidiaries of Dow Chemical Company, it is to be noted that, in fact, it has not been sustained that this option has ever been used. It has always been Dow France which has assured the execution of the contracts (...) Dow France, therefore, played in the execution of the contracts an equally preponderant role as it did in the establishment of the contractual relations. Considering, moreover, that for exercising its contractual activities the distributor necessarily needed to make use of the trademarks belonging to the parent company, Dow Chemical Company, although no special license agreement appears to have been concluded. This situation shows the primary involvement of the parent company in the distribution agreements; The same significance can be attached to the clause which has already been mentioned and according to which deliveries could be made by any wholly owned subsidiary of Dow (USA). The clause shows in fact that the parent company was the pivot of the contractual relationship finally established*».

Ver Texto

(17) Citado en A.I. Blanco García, *Árbitro y Partes: Los peligros y entresijos de la práctica del arbitraje*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 171.

Ver Texto

(18) Pueden citarse, en precedentes CCI, los laudos n.º 5103/1988; n.º 5721/1990; n.º 8385/1995 referidos,

respectivamente, en *Journ. dr. int.*, 1988, pp. 1206-1215; *Journ. dr. int.*, 1990, pp. 1019-1026; *Journ. dr. int.*, 1988, pp. 1997, pp. 1061-1068; en el último supuesto, el árbitro fundamentó la decisión relativa a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad matriz no firmante que se oponía a la misma, no en base a la común voluntad de las partes, sino en el comportamiento ilegítimo del grupo de sociedades y, en última instancia, en la *lex mercatoria*. sin perjuicio de haber posteriormente comprobado —con el único ánimo de ratificar su decisión— que el resultado al cual llevaba la aplicación de la *lex mercatoria* coincidía con el apuntado por los Derechos estatales vinculados con el litigio.

[Ver Texto](#)

(19) Caso CCI n.º 4131, laudo interlocutorio de fecha 23 septiembre 1982, publicado en *Collection of ICC Awards, 1974-1985*, ed. Kluwer, p. 151 y siguientes. Previamente al dictado del referido laudo, puede citarse los laudos CCI 143 del año 1975, y CCI 2.375 del año 1975, por el que los árbitros levantaron el velo social frente a un no firmante.

[Ver Texto](#)

(20) Es el caso de los laudos CCI n.º 4972; en el caso CCI n.º 5721; en el caso CCI 5730; en el asunto CCI n.º 5103, *Collection of ICC Awards, 1986-1990*, ed. Kluwer, p. 361 y siguientes. Puede leerse en alguno de ellos que podrán extenderse los efectos jurídicos de un convenio arbitral a un no signatario «cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestran la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato, especialmente si lo reconoció expresamente» [*Collection of ICC Awards, 1996-2000*, pp. 510 ss]. O, por su carácter pedagógico, el laudo CCI n.º 6519/1991, donde se establecen tres condiciones alternativas que justifican la ampliación de la cláusula arbitral a una sociedad no suscriptora del grupo: la representación, entendida ésta en sentido amplio, quedando, por tanto, incluida la figura del mandato aparente; la estipulación en beneficio de un tercero; y, por último, la participación, tanto activa como pasiva, en la operación litigiosa [*Journ. dr. int.*, 1991, pp. 1065-1068].

[Ver Texto](#)

(21) Contra esta decisión de la Corte de Apelaciones, el Sr. Orri planteó recurso de casación invocando la violación al art. 1134 del Código Civil Francés [Sentencia del 11 de junio de 1991, la Corte de Casación denegó el recurso].

[Ver Texto](#)

(22) *Cour de cassation*, 7 noviembre 2012, *Rev. arb.*, 2012, p. 875.

[Ver Texto](#)

(23) En este sentido se pronuncia M. Gómez Jene «...en su interpretación, los tribunales franceses han rebajado ostensiblemente los requisitos para apreciar la voluntad de la parte no firmante de someterse a arbitraje. Hasta tal punto que, según su práctica actual, se conforma con apreciar la sola implicación directa de la sociedad no firmante en la ejecución del contrato —que contiene el convenio— para

vincularla al mismo», en «El convenio arbitral: *statu quo*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, 2017, p. 240, del mismo autor, *International Commercial Arbitration in Spain*, Kluwer Law International, 2019. Para un análisis detenido de la cuestión, *vid.* P. Mayer, *Extension of the Arbitration Clause to Non-signatories under French Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 189 ss.

[Ver Texto](#)

(24) Sirva de ejemplo, la decisión adoptada por parte de la *High Court of Justice, Queens Bench Division Commercial Court, Peterson Farms Inc. V. C & M Farming Limited*, 4 febrero 2004, [2002] EWHC 121 (Comm) conforme a la cual: «In my judgement, the tribunal's approach to the issue is open to a number of substantial criticism and is seriously flawed in law»; la resolución termina anulando parcialmente un laudo dictado en Londres por entender, por tanto, que el tribunal arbitral, en aplicación de la doctrina del grupo extendió su competencia de manera excesivamente amplia. Para un análisis comparativo de ambos modelos, puede *vid.* P. Mayer, «The Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories - The Irreconcilable Positions of French and English Courts», *Am. Univ. Int'l L. Rev.*, 2012, n.º 4, pp. 831-836.

[Ver Texto](#)

(25) En EE UU, también resulta posible encontrar precedentes en los que se entiende aplicable el convenio arbitral a entidades y/o personas no firmantes cuando, aunque no exista un documento expreso, pueda inferirse de las conductas de las partes, la necesidad de que aquellas sean obligadas a entrar en un proceso arbitral: en tal sentido, *US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Fisser v. International Bank*, 282 F.2d 231, 233, 2d Cir., 1960; *US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, in re Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc.*, 10 F.3d 753, 756-57, 11th Cir., 1993. *US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Thomson-CSF, S.A. v. American Arbitration Association*, 64 F.3d 773, 776, 2d Cir. 1995.

[Ver Texto](#)

(26) *US Court of Appeals, Second Circuit*, 14 abril 2005, *Yearb. Comm. Arb.*, 2005, pp. 1158 ss. se denegó el exequátur de una resolución arbitral por contrariar el orden público al entender que una de las sociedades condenadas no había otorgado consentimiento necesario para someterse a arbitraje.

[Ver Texto](#)

(27) DTF 4A_392/2008 del 22 diciembre 2008. Un análisis de la decisión puede verse en J. Marguerat, «La competencia de los Tribunales arbitrales bajo el prisma del Tribunal Federal suizo: análisis de tres decisiones recientes», *Revista del Club Español del Arbitraje*. n.º 6, 2009.

[Ver Texto](#)

(28) Se alude a las decisiones ATF 145 III 199, de 17 abril 2019 y 4A_636/2018, de 24 septiembre 2019, pudiendo ambas ser consultadas en internet.

[Ver Texto](#)

(29) *Vid.* Regl. CIMA (art. 13); Reg. CAM Madrid (art. 9) o Regl. Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Sevilla (art. 15).

[Ver Texto](#)

(30) El asunto de cita recurrente es *Suda vs. République Tchèque* (STEDH de 28 octubre 2010, n.º 1643/06) donde se dice «Nada impide a los justiciables renunciar a su derecho a un tribunal en favor de un arbitraje, a condición de que esa renuncia sea libre, lícita e inequívoca».

[Ver Texto](#)

(31) Entre muchas otras, *vid.* la STC n.º 1/2018 de 11 enero: «En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4)». Previamente, es de interés la STC n.º 65/2009, de 9 de marzo «concluimos, así, afirmando la posibilidad de considerar constitucionalmente legítima una renuncia al ejercicio de acciones, exigiendo, no obstante, para ello que la renuncia fuera expresa o deducida de una conducta inequívoca y que se fundamentara en el beneficio o ventaja que reporte al titular de la acción, [...]». Por tanto, el umbral de prueba que exige el TC para que se pueda apreciar esta renuncia es muy alto. De igual modo, el TS ha exigido para dar validez a una renuncia tácita de derechos que los actos realizados sean la manifestación clara e inequívoca de la voluntad de quien los efectúa, de modo que el acto ha de presentarse como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado, no ambiguo, ni inconcreto. Para un ejemplo de la asunción de esa doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.* STS n.º 409/2017, de 27 junio que, reproduciendo lo que ya había dicho con anterioridad, recuerda: «la cláusula de sumisión a arbitraje, para ser tenida por eficaz, es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros».

[Ver Texto](#)

(32) En similares términos, por citar algunas más recientes, *vid.* STSJ Madrid n.º 28/2019, de 12 septiembre o la STSJ País Vasco 8/2015, de 23 de septiembre.

[Ver Texto](#)

(33) En tal sentido, M. Gómez Jene: «La doctrina comparada también es prácticamente unánime en este ámbito: el punto de partida es —otra vez— la constatación de una voluntad inequívoca como prueba del consentimiento: la renuncia al juez predeterminado por la ley que la firma de un convenio arbitral a la postre supone, exige una prueba contundente para determinar si una parte formó parte del acuerdo de arbitraje (...) excepto los países en los que tenga gran influencia el sistema francés», en *International Commercial Arbitration in Spain*, Kluwer Law International, 2019.

[Ver Texto](#)

(34) Y, continúa la citada resolución: «en el presente caso la actuación del Banco Bilbao Vizcaya, como interviniente posterior como avalista, debe ser introducida en el arbitraje acordado. Por ello su situación procesal no debe impedir la sujeción de la presente cuestión de arbitraje, y es lógica la proclamación de la excepción dilatoria que impide que este proceso sea resuelto por la jurisdicción ordinaria».

[Ver Texto](#)

(35) Desde luego, cabe plantearse si ese mismo criterio se hubiera acogido por el Alto Tribunal si la entidad de crédito —que se allanó a la demanda al solicitar la misma, entre otros extremos, la liberación del banco al pago de la obligación garantizada—, en lugar de no personarse en el rollo de casación, hubiera manifestado su abierta oposición al hecho de intervenir en el arbitraje.

[Ver Texto](#)

(36) «El razonamiento de la Audiencia sobre la subrogación para rebatir el argumento del auto del Juzgado de instancia, yerra, al menos, respecto a uno de los colitigantes, la recurrente Catalana Occidente, ya que al no haber sido parte en el convenio arbitral resulta indiscutible que no puede oponerlo ni esgrimirlo en su propio interés procesal para forzar así a "los demás litigantes, que sí lo habían suscrito fuese originariamente o por subrogación", a tener que acudir ante una instancia, la arbitral, que sólo habían previsto para aquellas controversias que se pudiesen suscitar "entre ellos y sólo entre ellos", pero no frente a terceros, por cuanto la intromisión de terceras personas ajenas al pacto arbitral hubiese requerido necesariamente su previo y expreso consentimiento. Lo contrario supondría contravención del art. 1.257 Cc, siendo evidente que dicha aseguradora ni puede ser aquí asimilada a un heredero de su asegurada ni tampoco actúa por sucesión o subrogación de la misma. Como bien apuntó el auto de 20 febrero 2001 el convenio arbitral no puede producir efectos más que entre las partes que lo otorgaron, pues extender su ámbito subjetivo de aplicación dando entrada a terceros sin el expreso consentimiento de quienes sí fueron parte en el convenio supone una novación no consentida y vulnera el derecho constitucional de quien sí fueron parte en el convenio a obtener la tutela judicial respecto de los litigios que mantengan o vayan a mantener frente a quienes no lo fueron, ya que en relación a estos no vienen ligados por pacto arbitral alguno».

[Ver Texto](#)

(37) En efecto, la resolución considera aplicable considera que se produjo una novación subjetiva del contrato a través de un consentimiento tácito inferido de la continuación de la relación jurídica por parte del sucesor: «El problema radica en determinar si D. Pelayo debe considerarse parte de dicho contrato tras haber fallecido su padre. Es evidente que el contrato de arrendamiento de servicios es *intuitu personae* y que el fallecimiento de D. Hermenegildo comporta la extinción del contrato (...) en principio, atendido el principio de la relatividad de los contratos regulado en el art. 1.257 del Cc, comportaría que este último no podría hacer valer la aludida cláusula, pero la recurrente olvida un hecho esencial, y es que tras el aludido fallecimiento, y conocido éste por la actora, D. Pelayo continuó con el encargo profesional objeto del anterior contrato hasta la conclusión del procedimiento y levantamiento de la medida de suspensión de licencias (...) Ello pone de relieve que se produjo una novación subjetiva del contrato, y por acuerdo de ambas partes, no reflejado por escrito, pero inferido de los hechos concluyentes antes expuestos constitutivos de un consentimiento tácito, la entidad ahora recurrente consintió en dicha novación, con lo cual D. Pelayo se subrogó en la misma posición que su padre, y por tal motivo ostenta legitimación activa para reclamar los honorarios derivados de

una actuación profesional, en parte realizada por su padre, y en una parte, todavía más relevante, realizada por él, en base a un contrato que contiene una clara cláusula de sometimiento a arbitraje. Para que la postura de la parte ahora recurrente fuere admisible debió haber dado por extinguido el contrato coincidiendo con el fallecimiento de D. Hermenegildo, y en tal caso, los herederos del mismo ostentarían legitimación activa exclusivamente para la reclamación de honorarios».

[Ver Texto](#)

(38) Dispone la sentencia: «Permitió que Don Eloy acudiese solo a las reuniones de la liga, admitió las explicaciones que Don Eloy daba de sus gestiones, acudió con Don Eloy a buscar crédito en entidades bancarias con la copia del acuerdo de negociación de los derechos audiovisuales, y en la época de gestación y conclusión del contrato no hubo un solo acto que desautorizara las gestiones Don Eloy. No tenemos constancia de acuerdos de Consejo que censuraran esas actuaciones, o que de otra manera hicieran constar su desaprobación (...) la actuación de Don Eloy como factor notorio había perfeccionado la participación del Racing en los acuerdos, y en la cláusula arbitral».

[Ver Texto](#)

(39) Aclara la Sala: «Contenida la cláusula de sumisión en el condicionado general —cláusula 27.2 que expresamente menciona como afectados por la misma a "los avalistas solidarios, si los hubiere"—, no se puede sostener, con un mínimo fundamento —y sin perjuicio de lo que se haya de decir sobre la validez o no de dicho convenio—, que el Convenio no exista por falta de firma. Y esto es así —desde el prisma estricto de la existencia de convenio arbitral—, con mayor razón, cuando se repara, en la línea de lo expuesto por la Sala Primera y por esta Sala, entre otras, en su Sentencia 68/2014, de 16 de diciembre que, en ocasiones "cabe extender la aplicación del convenio incluso al tercero no firmante si éste se encuentra directamente implicado en su ejecución". Es de especial interés, por su aplicación *a fortiori* en las circunstancias de este caso, traer a colación la STS de 26 mayo 2005».

[Ver Texto](#)

(40) Dispone la sentencia, que además considera de aplicación la doctrina de la legitimación extraprocésal, lo siguiente respecto de la extensión: «La cesión del contrato operada por parte de Alain Afflelou Óptico S.A. a favor de Alain Afflelou España S.A., de donde devendría la falta de consentimiento de la demandante en orden al mantenimiento y existencia de dicha cláusula contractual atinente al convenio arbitral suscrito con la primera, lo que debe rechazarse de plano, habida cuenta que, en primer término, consta que respecto de esa cesión e íntegra subrogación de la primera respecto de la segunda, en los derechos y obligaciones del contrato, fue plenamente consentida y asumida por la demandante, quien a partir de esa fecha procedió a hacer efectivas las facturas presentadas al efecto, y realizar comunicaciones, dirigiéndose a la demandada sin que, en consecuencia, ahora pueda ir contra sus propios actos».

[Ver Texto](#)

(41) Y continúa: «Desde una perspectiva jurídica clásica, las dos posturas para hacer frente al problema de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a las sociedades no suscriptoras, pertenecientes a un grupo de sociedades, son la formalista y la no formalista. La formalista sostiene que el convenio arbitral extiende exclusivamente sus efectos a las partes firmantes del contrato al cual el mismo aparece referido. La no formalista, extensión de la cláusula arbitral a terceros y sociedades del grupo no

firmantes de la cláusula, depende del alcance que se le dé al principio de la interpretación estricta del convenio arbitral, esto es, del criterio más o menos flexible que se adopte en relación con dicho principio general del arbitraje comercial internacional. El convenio arbitral debe interpretarse de forma amplia y flexible, concediendo atención prioritaria al fondo sobre la forma, pudiendo la cuestión formal quedar dispensada en caso de concurrir la debida justificación de fondo».

[Ver Texto](#)

(42) Un análisis crítico de la aplicación de la teoría de grupos asumida por parte del TSJ la Comunidad Valencia que lleva al órgano judicial a extender los efectos del convenio, puede verse en J.I. Santabaya González y C. Domínguez Ortiz, «La extensión subjetiva de la cláusula arbitral a sociedades no firmantes pertenecientes a un mismo grupo de sociedades. Comentario a las Sentencias n.º 14/2014, de 19 de noviembre, y n.º 13/2015, de 5 de mayo, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana», *Práctica Contenciosa para Abogados*, 2016, La Ley, Madrid.

[Ver Texto](#)

(43) Puede leerse en el FJ 11º de la Sentencia de 5 mayo: «Habiendo pedido las partes la condena en costas respectivamente de las contrapartes, siendo de desestimar la demanda, habida cuenta de que la sentencia de esta Sala de 19 noviembre 2014 (n.º 14/2014) ya fijó los criterios interpretativos que sustancialmente se han vuelto a plantear en el presente caso y por tanto resueltas las dudas que determinaron que en aquella sentencia no se produjera condena en costas, siguiendo el criterio del vencimiento procede en presente caso hacer el pronunciamiento de condena en costas en el presente proceso a la parte demandante, conforme a lo establecido en el art. 394».

[Ver Texto](#)

(44) Además de las fuentes ya citadas, sobre todo, las referidas en la nota al pie 5, *vid.* B. Hanotiau, *Complex Arbitrations. Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International BV, 2005; W.W. Park, «Non-Signatories and Inter-national Contracts: An Arbitrator's Dilemma», en *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 9-25; K. Daele, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International BV, 2012 y R.J. Caivano, «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario», *Lima Arbitration*, n.º 1, 2006, pp.121-141.

[Ver Texto](#)

(45) Sirva de ejemplo la Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos de América, en el caso Thomson-CSF, S.A., v American Arbitration Association, recopiló los cinco criterios que esa Corte había aplicado para extender los efectos de la cláusula compromisoria a partes no signatarias, a saber: (i) incorporación por referencia; (ii) asunción; (iii) agencia; (iv) levantamiento del velo social; (v) *estoppel*. Es la resolución de la Corte de Apelaciones, Segundo Circuito, Estados Unidos de América. *Thompson CSF v. American Arbitration Association*, n.º 1565, Expediente 94-9118, 1995.

[Ver Texto](#)

(46) En similar sentido, el STSJ Madrid n.º 20/2018, de 24 abril.

[Ver Texto](#)

(47) Entre otras, SSTSJ Madrid n.º 20/2018, de 24 abril; n.º 60/2013, de 22 julio o SAP las Islas Baleares n.º 65/2011, de 23 febrero.

[Ver Texto](#)

(48) Por contravenir el apartado a) y f) del art. 41.1 LA.

[Ver Texto](#)

(49) En el mismo sentido, la STS de 7 de julio de 1998 en el que el Tribunal Supremo no permite extender al comprador el compromiso arbitral suscrito entre mediador y vendedor, aduciendo que ninguno de los posteriores actos de ejecución realizados por el comprador se refiere de forma directa al acuerdo arbitral o permite inferir de forma indubitada que su voluntad era aceptar dicha sumisión, pues las comunicaciones posteriores del comprador al vendedor, sólo se muestran significativos de la disconformidad de ésta con la calidad de la mercancía recibida, sin que en las comunicaciones aparezca referencia alguna al acuerdo sumisorio.

[Ver Texto](#)

(50) Sobre la cuestión, es de interés la reflexión contenida en la SAP Girona 14 febrero 2002 donde se discutía la posibilidad de efectuar el levantamiento del velo corporativo para extender el convenio arbitral a partes no signatarias pero se termina derogando tácitamente el convenio, concluyendo la resolución: «...Ante tal situación de discrepancia y la inviabilidad de dividir la contienda, ha de tenerse en cuenta que el arbitraje es un sistema alternativo de dirimencia de conflictos, frente al modo general o común que se desarrolla en el ámbito jurisdiccional, ante los jueces y tribunales (Poder Judicial), por lo que en el caso a debate el procedimiento se siguió acertadamente antes los Tribunales ordinarios».

[Ver Texto](#)



¿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* (1)

Is there still room in investment arbitration for jurisdictional objections based on the intra-EU nature of the dispute? Commentary on the dissenting opinion of arbitrator M.G. Kohen in *Adamakopoulos and others v. Cyprus*

La opinión disidente del árbitro M.G. Kohen en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre* pone de manifiesto que el debate en torno a la pertinencia de las objeciones jurisdiccionales basadas en la naturaleza intra-UE de las disputas en el arbitraje de inversiones, en contra de la impresión que podría uno extraer de la práctica arbitral que de forma sistemática las rechaza, no se encuentra definitivamente cerrado ni superado. El razonamiento empleado para fundamentar su opinión disidente resulta de gran interés y revela la necesidad, por un lado, de adecuar los argumentos de los tribunales arbitrales a las circunstancias concretas de cada controversia y, por otro, de refinar la motivación de las decisiones arbitrales dada la complejidad de la cuestión. Todo ello, con la vista puesta en el proceso de ratificación, aprobación o aceptación del Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, que vendrá a rediseñar por completo el escenario en el que se desarrolla este debate.

Arbitraje, Inversiones, Objeciones jurisdiccionales intra-UE, Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), *Achmea*.

The dissenting opinion of the arbitrator M.G. Kohen in *Adamakopoulos et al. v. Cyprus* shows that the debate on the relevance of jurisdictional objections based on the intra-EU nature of investment arbitration disputes, contrary to the impression one might draw from arbitral case-law which systematically rejects them, is not definitively closed or overcome. The reasoning used to support its dissenting opinion is of great interest and reveals, on the one hand, the need to adapt the arguments of the arbitral tribunals to the specific circumstances of each controversy and, on the other, to improve the motivation of the arbitration decisions given the complexity of the matter. All this, without losing sight of the process of ratification, approval or acceptance of the Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union, which will completely redesign the scenario in which this debate takes place.

Arbitration, Investments, Intra-EU jurisdictional objections, Bilateral Investment Treaties (BITs), *Achmea*.



Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga

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

I. INTRODUCCIÓN

1. «*I do not wish to associate myself with the contribution to a chaotic situation at the international adjudicative level and hence append this Statement of Dissent*» (2). Estas son las palabras que, como si de la manifestación de una necesidad personal de exculpación se tratara ante una práctica arbitral que persisten en su error, cierran la declaración de la opinión disidente del árbitro Marcelo G. Kohen en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre* y con las que se ha decidido dar comienzo al presente comentario, por entender que estas reflejan de forma nítida la dimensión y relevancia de la cuestión tratada.

2. Como bien es sabido, ante las controversias originadas entre un inversor de un Estado miembro de la UE y otro Estado miembro (disputas intra-UE) la práctica arbitral ha venido sistemáticamente rechazando las objeciones jurisdiccionales planteadas por los Estados demandados, muchas veces respaldadas por la participación de la Comisión Europea en calidad de *amicus curiae* en el procedimiento arbitral, que cuestionaban la operatividad de la disposición relativa al arreglo de diferencias de los tratados de inversión por considerarla incompatible con los Tratados de la Unión (3).

Esta posición se ha mantenido, incluso, tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto *Achmea* (4), donde la Gran Sala del Tribunal de Justicia ha señalado que los arts. 267 TFUE y 344 TFUE se oponen a las disposiciones de los Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), como la del art. 8 del APPRI entre Países Bajos y Eslovaquia, que permiten a un inversor de un Estado miembro iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro (5). La decisión del tribunal arbitral en el asunto que nos ocupa, adoptada el 7 febrero 2020 por mayoría de sus miembros (6), sigue la estela abierta por toda esta práctica arbitral.

3. En sus observaciones finales, Marcelo G. Kohen, reconoce que el tribunal ha decidido de la misma forma en que lo han hecho previamente otros tribunales arbitrales (7), pero afirma que, con el fin de lograr el objetivo de reconocer su jurisdicción, la mayoría del tribunal ha adoptado una interpretación extremadamente reducida del término «misma materia» contenido en el art. 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) (8). A su modo de ver, si esta interpretación extendiera su aplicación a otros ámbitos, crearía en las relaciones internacionales un «incommensurable» caos de tratados (9). Además, considera que no resulta de interés para el arbitraje de inversiones extender su jurisdicción allá donde no la tenga y donde no existan razones

políticas ni morales para ello; y termina afirmando, nada más y nada menos, que «(t)his policy only serves to discredit the system of international investment arbitration» (10) .

II. LA DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN, POR MAYORÍA, DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN EL ASUNTO ADAMAKOPOULOS Y OTROS C. CHIPRE

4. La controversia surge en el contexto del rescate del país chipriota en marzo de 2013, tras la adopción por parte del Gobierno de Chipre del denominado Plan B exigido por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional (la «Troika»). La controversia aglutina a 951 personas naturales y 7 empresas, todas ellas nacionales de Grecia excepto una empresa luxemburguesa, como demandantes; estas consideran que la adopción de este Plan B ha afectado negativamente a los instrumentos financieros y depósitos bancarios cuya titularidad ostentaban en *Laiki Bank* y *Bank of Cyprus*, dando lugar a la violación de obligaciones previstas en dos APPRI que vinculan a Chipre, por un lado , con Grecia (11) y, por otro, con Bélgica y Luxemburgo (12) .

5. A la hora de afrontar el análisis de las objeciones jurisdiccionales intra-UE, el tribunal señala que la cuestión consiste en establecer si son las reglas de la UE dirigidas a evitar las reclamaciones intra-UE o son las del APPRI que sí permiten este tipo de reclamaciones las que deben primar (13) . Al respecto, el tribunal adopta la perspectiva de análisis que ofrece el Derecho internacional para resolver si la cuestión de la jurisdicción del tribunal debe ser resuelta aplicando las reglas que emanan de los Tratados de la UE o aplicando las reglas de los APPRI implicados (14) . La solución a este conflicto de tratados vendrá mediante la aplicación de las reglas previstas en los arts. 59 y 30 de la CVDT, que regulan los supuestos, respectivamente, de la terminación de un tratado como consecuencia de la celebración de un tratado posterior sobre la misma materia y de la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

El principal argumento que emplea el tribunal para rechazar la objeción jurisdiccional basada en el Derecho de la Unión y en la aplicación de las reglas de conflicto de los arts. 59 y 30 CVDT descansa sobre la imposibilidad de considerar los APPRI y los Tratados de la UE como tratados sobre «la misma materia». Así, si bien el tribunal reconoce que estos dos artículos son potencialmente aplicables, que tanto los APPRI como los Tratados de la Unión tratan sobre inversiones y sobre arreglo de controversias y que, por tanto, «*at a certain, general, level the treaties deal with the same subject matter*», no obstante, el tribunal afirma que «*at a more specific level they deal with different subject matters*» (15) . Según el tribunal, los Tratados de la Unión no prevén el mecanismo de los APPRI que permite a los nacionales de una parte plantear una reclamación contra la otra parte. A su modo de ver, el Derecho de la UE solo permite reclamar ante los tribunales domésticos, y el hecho de que no se prevea una alternativa a los mismos, a semejanza de los APPRI, conduce a que los Tratados de la UE y los APPRI no puedan considerarse relativos a la misma materia a los efectos de la aplicación de los arts. 59 y 30 del CVDT (16) .

6. Para valorar si los Tratados de la UE y los APPRI versan sobre la «misma materia» el tribunal recurre al test establecido en el Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho internacional (CDI) sobre la fragmentación del Derecho internacional. De conformidad con este, «la

cuestión que si dos tratados versan sobre "la misma materia" se resuelve determinando si el cumplimiento de las obligaciones en virtud de un tratado tiene un efecto en el cumplimiento de las obligaciones en virtud de otro. Este "efecto" puede entonces consistir en impedir estrictamente el cumplimiento de la otra obligación o en menoscabar de una u otra manera su objeto y finalidad» (17)

Para la mayoría de los miembros que componen el tribunal, aplicando este test resulta difícil considerar los APPRI y los Tratados de la Unión como tratados sobre la misma materia. En su opinión, la inclusión de procedimientos de arbitraje inversor-Estado en los APPRI no impide que los Tratados de la UE funcionen; tampoco se ve afectada la operatividad de ninguno de los dos marcos normativos por el hecho de que ambos posean disposiciones relativas a obligaciones estatales respecto a los inversores extranjeros. Tal y como afirma el tribunal: «*They can both operate side by side. The object and purpose of neither treaty regime is undermined by the fact the two operate in parallel*» (18). En este sentido, el hecho de que el Derecho de la UE no prevea la opción del arbitraje de inversiones parece ser clave para el tribunal, dado que reconoce que en tal caso el conflicto hubiera sido manifiesto y los dos regímenes convencionales no podrían funcionar juntos (19).

Por su parte, el tribunal considera que el test de incompatibilidad aplicado por el TJUE en el asunto *Achmea* —relacionado con la posibilidad de que un tribunal arbitral se vea envuelto en la interpretación o aplicación del Derecho de la UE— no puede trasladarse a los arts. 59 y 30 CVDT, puesto que estos establecen un estándar distinto que exige que los tratados versen sobre la misma materia (20). En su caso concreto, el tribunal sostiene que no se encuentra involucrado en la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión. A su modo de ver, el hecho de que el tribunal pueda decidir si las medidas de rescate, adoptadas en el marco de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre reestructuración y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (21), han supuesto la violación de las previsiones del APPRI no significa que el tribunal esté interpretando y aplicando el Derecho de la UE; y ello porque las medidas de rescate son «hechos» para el tribunal arbitral (22).

7. Para reforzar la conclusión alcanzada, el tribunal arbitral sostiene que, incluso, si los Tratados de la UE y los APPRI se consideraran de la misma materia los arts. 59 y 30 de la CVDT no impedirían la aplicación de ambos cuerpos normativos. En relación con el art. 59 CVDT, el tribunal entiende que no podría deducirse que los APPRI hayan terminado, por una parte, porque no hay evidencias que indiquen que la intención de las partes haya sido que la materia se rija por los Tratados de la UE y, por otra, porque tampoco cabe considerar que las disposiciones de los Tratados de la Unión son hasta tal punto incompatibles con las de los APPRI que no pueden aplicarse simultáneamente (23).

En cuanto al art. 30 CVDT, este establece que «el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior». El tribunal señala que desde la perspectiva del Derecho de la Unión el arbitraje previsto en el APPRI y las previsiones de los arts. 344 y 267 TFUE no son compatibles. Sin embargo, considera que la conclusión es distinta si se aplica el estándar del art. 30.3 CVDT, dado que, en su opinión, los tribunales de inversión no están llamados a interpretar y aplicar el Derecho de la UE como tal, sino el derecho interno de una

parte fundamentada en aquel y, por tanto, no interfieren en la jurisdicción del TJUE (24).

III. LA OPINIÓN DISIDENTE DEL ÁRBITRO M.G. KOHEN

8. Frente a una decisión de la mayoría no excesivamente contundente ni dotada de un razonamiento especialmente bien desarrollado, la opinión disidente del árbitro M.G. Kohen presenta aspectos interesantes para el análisis.

1. El derecho que regula la jurisdicción del tribunal

9. Un primer aspecto a destacar de la opinión de M.G. Kohen se refiere a la cuestión de la determinación de la ley que regula la jurisdicción del tribunal arbitral. Si bien es cierto que su análisis comienza señalando que tanto el APPRI de Chipre y Grecia como el APPRI que se aplica entre Chipre y Luxemburgo prevén la aplicación del Derecho de la Unión —como parte del derecho interno de Chipre y como parte del Derecho internacional— (25), deja claro que estas previsiones se refieren al derecho aplicable al fondo de la diferencia y que, en este momento, de lo que se trata es de resolver el problema de la jurisdicción (26). En este sentido, es tajante al señalar que la única fuente de la jurisdicción del tribunal arbitral es el APPRI y que ni el derecho autónomo chipriota ni el Derecho de la Unión rigen la cuestión (27).

La cuestión relevante es si los Tratados de la UE, que son *lex posterior*, han reemplazado a los APPRI o si han convertido la oferta de arbitraje prevista en los mismos en inefectiva

Sin embargo, para Kohen, ello no significa que, en este caso, el Derecho de la Unión sea irrelevante a los efectos de determinar la jurisdicción del tribunal. De hecho, considera que supondría un análisis simplista afirmar que el tema está resuelto habida cuenta de que los APPRI confieren jurisdicción al tribunal arbitral y dado que el Derecho de la UE no se aplica a la jurisdicción. La relevancia del Derecho de la UE derivaría de la adhesión misma de Chipre a la UE; tratándose, la adhesión a los Tratados de la UE, de un hecho posterior a la celebración los dos APPRI implicados en este caso, esta adhesión podría haber afectado al estatus de los mismos, bien a su vigencia —por terminación tácita—, bien a la operatividad de algunos de sus preceptos —por incompatibilidad con los Tratados de la Unión—, en virtud de las normas aplicables a los conflictos de tratados. Por tanto, sin cuestionar el hecho de que la jurisdicción del tribunal se rige exclusivamente por los APPRI, la clave estaría en averiguar si estos APPRI pueden ser invocados o no de conformidad con las reglas que rigen los conflictos entre tratados. Según Kohen, las reglas aplicables para resolver los posibles conflictos entre los APPRI y el ordenamiento jurídico de la Unión son las que ofrece el Derecho internacional y, en particular, las de la CVDT; y es en este contexto donde las normas del Derecho de la Unión resultan pertinentes, dado que «*in order to apply these rules*» es necesario interpretar y, en caso de ser necesario, tener en cuenta las normas de los Tratados de la UE (28). En definitiva, en palabras del árbitro Kohen, la cuestión relevante es si los Tratados de la UE, que son *lex posterior*, han

reemplazado a los APPRI o si han convertido la oferta de arbitraje prevista en los mismos en inefectiva (29) .

10. Para resolver la cuestión relativa al estatus de los APPRI, M.G. Kohen entiende que no concurre ningún motivo para cuestionar la validez de los mismos (30) . Tampoco considera que se den las circunstancias necesarias para sostener que los APPRI deben darse por terminados en aplicación de lo previsto en el art. 59 de la CVDT (31) . No obstante, a su modo de ver, la aplicación del art. 30 CVDT, conjuntamente con el art. 351 TFUE, que prevé una regla específica de compatibilidad en relación con tratados anteriores celebrados por los Estados miembros, sí conduce a rechazar la jurisdicción del tribunal.

Respecto del art. 30 CVDT, M.G. Kohen considera que el caso se incluye dentro de los supuestos regulados en el apartado cuarto del precepto (32) , donde se establece la aplicación del tratado anterior (los APPRI) únicamente en la medida en que sus disposiciones son compatibles con las del tratado posterior (Tratados de la UE). La aplicación del art. 30 exige valorar dos aspectos: en primer lugar, si los Tratados de la UE y los APPRI versan sobre la «misma materia» y, en segundo lugar, si las previsiones de los APPRI que prevén el recurso a arbitraje y los Tratados de la UE son compatibles (33) .

En opinión de M.G. Kohen, el art. 351 TFUE, en tanto en cuanto se trata de una previsión específica del tratado ulterior sobre conflictos de normas, también resulta relevante para valorar la relación entre los dos APPRI de Chipre y los Tratados de la Unión. Rechaza la interpretación según la cual el art. 351 TFUE no se aplicaría a los tratados previos a la adhesión que vinculan a dos Estados miembros, como es el caso de los APPRI en cuestión, por considerar que esta conduce a un resultado absurdo. Al contrario, según reiterada jurisprudencia del TJUE, el Derecho de la Unión prevalece sobre las normas incompatibles contenidas en los tratados previos a la adhesión celebrados entre Estados miembros (34) . En este sentido, para Kohen, el art. 351 confirma y refuerza la solución del art. 30 CVDT; pero, además, el art. 351 TFUE en su apartado tercero aporta unas directrices o un marco de referencia para valorar las posibles incompatibilidades entre los Tratados de la Unión y los tratados celebrados por los Estados miembros. Según esta previsión: «(...) los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros». Según M.G. Kohen: *«In other words, the advantages of Member States granted by the EU Treaties, the creation of common institutions (including the CJEU and the whole judicial system of the EU), the respect of their powers and the fact that all members enjoy the same advantages constitute a whole that must be respected in their mutual relations and in the relations with third parties»* (35) . De esta forma, este tercer párrafo del art. 351 TFUE ofrecería una guía sobre la forma en que, a la luz de los Tratados de la Unión, los APPRI deben ser interpretados con el fin de determinar su compatibilidad (36) . En definitiva, en opinión de M.G. Kohen, el art. 351 TFUE *«simply specifies the content of the "compatibility test" and renders explicit the solution that in case of incompatibility of prior treaties with EU Treaties, the latter prevail»* (37) .

2. Los Tratados de la Unión y los APPRI versan sobre la «misma materia»

11. El principal argumento empleado por la mayoría que compone el tribunal arbitral para rechazar la aplicación del art. 30 CVDT se refiere a la imposibilidad de considerar los APPRI y los Tratados de la UE como tratados sobre la misma materia, especialmente, porque el Derecho de la Unión no contiene ningún mecanismo equiparable al arbitraje de inversiones previsto en los APPRI. Si bien M.G. Kohen comparte con la mayoría del tribunal la pertinencia de emplear el test previsto en el Informe del Grupo de Estudio de la CDI sobre fragmentación del Derecho internacional, la conclusión que alcanza tras la aplicación del mismo es diametralmente opuesta, al considerar que el cumplimiento de las obligaciones en virtud de los APPRI afecta a las obligaciones de los Estados miembros conforme a los Tratados de la UE, menoscabando su objeto y fin (38).

12. En primer lugar, M.G. Kohen entiende que los APPRI y los Tratados de la UE tratan sobre la misma materia en las cuestiones sustanciales relacionadas con el trato debido a las inversiones. En este sentido, señala que:

«What is considered free movement of capital within the EU is larger than what is considered as investment in the BITs. The Contracting Parties of the two BITs, and consequently their investors, since the time of the accession of Cyprus to the EU, enjoy all the privileges of the single European market. This includes the four fundamental freedoms, i.e. free movements of persons, goods, capital and to establish and provide services. The Charter of Fundamental Rights of the European Union, which according to Article 6 of the TFEU has the same legal value as the EU Treaties, specifically mentions the freedom to conduct a business, the right to property, equality before the law and non-discrimination, among others. Article 18 of the TFEU explicitly contains a rule of non-discrimination. Proportionality, legal certainty and even the controversial doctrine of legitimate expectations are recognized as general principles of EU Law and applied by the European judiciary. The right of property recognized within the EU Law includes the protection envisaged in BITs concerning the deprivation and limitation of ownership. Free transfers, as protected by BITs, are equally covered by the four fundamental freedoms, particularly the free movement of capitals» (39).

El voto particular considera incorrecto el argumento principal empleado por la mayoría del tribunal para rechazar que los APPRI y los Tratados de la Unión versan sobre la misma materia

Por ello, sostiene que las alegaciones de los inversores —relativas a medidas expropiatorias y medidas contrarias a la obligación de dispensar un trato justo y equitativo— pueden encontrar acomodo tanto en los APPRI como en el Derecho de la Unión. No solo eso; a su modo de ver, los inversores de la UE gozan de más derechos sustanciales y privilegios que los inversores de terceros Estados protegidos por un APPRI, hasta el punto de afirmar que *«it is a banality to state that EU-*

investors enjoy more privileges for conducting their businesses in the EU than non-EU investors» (40) . Además, observa que el hecho de que, con el fin de negar la identidad de la materia, otros tribunales arbitrales previamente hayan afirmado que los APPRI ofrecen a los inversores mayor protección que el Derecho de la Unión supone en sí mismo reconocer que se trata de la misma materia, porque «(i)t is elementary that something cannot be better than something else if they are substantially different» (41) .

13. En segundo lugar, M.B. Kohen considera incorrecto el argumento principal empleado por la mayoría del tribunal para rechazar que los APPRI y los Tratados de la Unión versan sobre la misma materia. Tal y como se ha señalado anteriormente, el tribunal arbitral ha considerado determinante el hecho de que los Tratados de la Unión únicamente permitan el recurso ante los tribunales internos de los Estados miembros y no prevean una alternativa a los mismos, como sucede en los APPRI con el arbitraje inversor-Estado. Así, la opinión disidente, en uno de sus puntos más interesantes, recuerda que,

«The subject-matter includes dispute settlement in both, as recognized by the Decision [apdo. 168 de la Decisión sobre jurisdicción]. Furthermore, both the BITs and EU Treaties allow EU investors to have recourse not only to an international adjudicative system, but even to reach international tribunals or courts. It is true that in the EU Judicial System domestic courts and tribunals play a primary role. However, this role is neither exclusive nor even decisive. The last word in the interpretation of EU treaties lies in a permanent international Court: the CJEU. Domestic judges must trigger a preliminary ruling of the CJEU if there is a question concerning the interpretation of an EU Treaty. Furthermore, Article 267 of the TFEU explicitly states that if that such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the CJEU. In both cases, national courts and tribunals must follow the decision of the CJEU» (42) .

Por tanto, los Tratados de la UE también recogen la opción de acudir a un tribunal internacional (el TJUE), más allá de la opción de los tribunales internos. Pero además, en virtud del principio de la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión (desarrollado por el TJUE en el asunto *Franovich y Bonifaci* (43)), un inversor puede reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños sufridos como consecuencia de dicho incumplimiento. Asimismo, cabría la posibilidad de denunciar el incumplimiento del Derecho de la Unión por parte de un Estado miembro ante la Comisión Europea, quien, a su vez, podría llevar el asunto ante el TJUE de conformidad con lo dispuesto en los arts. 258-260 TFUE (44) .

3. El arbitraje de inversiones previsto en los dos APPRI es incompatible con el ordenamiento jurídico de la Unión

14. Una vez resuelto que los APPRI y los Tratados de la Unión tratan sobre la misma materia, M.G. Kohen analiza si ambos marcos normativos son incompatibles o no. Su primera observación está dirigida a poner de manifiesto, o a advertir, que, atendiendo a la intensa actividad convencional de los Estados desarrollada durante muchos años, las situaciones de incompatibilidad entre tratados no deben considerarse excepcionales, menos aun cuando un Estado se integra en un sistema de

integración multilateral como es la UE. Así, afirma que no es necesario tirar de imaginación para darse cuenta de que con la adhesión a la UE muchas disposiciones convencionales (también de Derecho interno) pueden volverse incompatibles con los Tratados de la Unión (45). Preparado de esta forma el camino, para Kohen, la incompatibilidad de la disposición de los APPRI relativa al arreglo de diferencias inversor-Estado se fundamenta en dos motivos distintos: primero, en la competencia exclusiva del TJUE en relación con las controversias cubiertas por los APPRI intra-UE que prevén la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión y, segundo, en la prohibición de la discriminación entre nacionales de los Estados miembros, tal y como está recogido en el art. 18 del TFUE.

Esta incompatibilidad entre los APPRI y los Tratados de la Unión, según M.G. Kohen, debe resolverse, de conformidad con las reglas previstas en el art. 30 CVDT y el art. 351 TFUE, dando prevalencia a los Tratados de la UE (46), lo que supone que las disposiciones sobre arbitraje de inversiones de los APPRI afectados no pueden considerarse en adelante aplicables (47).

15. En cuanto al primero de los motivos, M.G. Kohen apunta que el TJUE en el asunto *Achmea* ha establecido que permitir a los tribunales arbitrales ocuparse de asuntos que requieran la aplicación del Derecho de la Unión amenaza la interpretación y aplicación uniforme y efectiva de este derecho, en violación del principio de cooperación leal recogido en el art. 4.3 TUE y del art. 344 TFUE. En contra de la opinión de la mayoría del tribunal, Kohen no duda de que en el presente caso el Derecho de la UE forma parte del derecho aplicable al fondo de la disputa. De hecho, afirma que: «*EU Law and EU action is omnipresent in this case. This would necessarily require examining EU Law, contrary to what the Decision states, contending that these are mere "facts". EU Law, as mentioned above, is part of both national and international law applicable to the "facts" of the case by virtue of the BITs*» (48). Por todo ello, en su opinión, el papel del TJUE tal y como viene reconocido en los Tratados de la Unión se vería socavado si las cláusulas arbitrales de los APPRI anteriores continuaran siendo aplicables (49).

16. Respecto al principio de no discriminación del art. 18 TFUE, la opinión disidente se lamenta de que la decisión de la mayoría no haya mencionado la importancia del mismo. No obstante, para M.G. Kohen conceder, a través de los APPRI, a los ciudadanos y empresas de algunos Estados miembros de la UE el derecho de acudir a arbitraje internacional y no conceder ese mismo derecho a ciudadanos y empresas de otros Estados miembros «*constitutes an elementary infringement of Article 18*» (50). A su modo de ver, junto con el respeto a la exclusividad del sistema judicial de la UE, esta es la mayor incompatibilidad entre los APPRI y los Tratados de la UE (51).

4. La relevancia de la interpretación auténtica de los Estados parte de los APPRI en relación con los Tratados de la UE

17. La opinión disidente reprocha a los árbitros que han adoptado la decisión que no hayan tenido debidamente en cuenta la interpretación auténtica hecha por los Estados parte en los APPRI. En este sentido, en opinión de M.G. Kohen, las Declaraciones de los Estados miembros de 15 y 16 de enero de 2019 (52), así como la Nota Informativa Conjunta de Chipre y Grecia (53), constituyen la expresión de la voluntad y entendimiento común de las partes respecto a los APPRI. Asimismo, precisa que:

«the crucial point here is not to exclusively focus on the interpretation of one article of the BITs or another of the EU Treaties. Indeed, the point is not to interpret the arbitration clauses: they clearly provide the possibility of arbitration. What the Parties to the BITs and the EU Treaties have done is an interpretation of the relationship of both conventional arrangements. Put differently, they have interpreted Article 30 of the VCLT and Article 351 of the TFEU and applied it to the relationship between the BITs and the EU Treaties. It is this conventional whole, including the arbitration clauses in the context of the EU Treaties to which the Parties became bound afterwards, that has been interpreted, not individual provisions of a treaty. This is how the Contracting Parties came to the conclusion of the incompatibility invoked in their common understanding» (54).

El art. 31 CVDT reconoce relevancia a la ulterior interpretación de los tratados que realizan los Estados partes; esta disposición, cuanto menos, exige que esta interpretación se «tenga en cuenta», lo que, en opinión de M.G. Kohen, no ha hecho la decisión de la mayoría (55). A lo que añade: esta decisión lo que le dice a las partes contratantes de los tratados es que han interpretado mal sus propios tratados (56).

5. La primacía del Derecho de la Unión

18. M.G. Kohen considera que la respuesta «natural» que se extrae de todo este análisis previo es que los Tratados de la Unión prevalecen sobre los APPRI. Para ello, se apoya en un fragmento del Informe del Grupo de Estudio de la CDI sobre la fragmentación del Derecho internacional, en virtud del cual, el TFUE contendría una cláusula dirigida a resolver los conflictos con los acuerdos celebrados entre los Estados miembros y terceras partes (art. 351 TFUE), que implica que el TFUE «prevalece absolutamente sobre los acuerdos que los Estados miembros hayan concluido entre sí» (57). Además, sostiene que la decisión del TJUE en el asunto *Achmea* no supone ninguna sorpresa y es coherente con la posición que viene manteniendo el TJUE desde hace mucho tiempo (58).

Sin embargo, sobre este punto, lo que, quizás, más llama la atención es la ausencia de referencias al art. 30 CVDT, como cauce para resolver la anunciada incompatibilidad entre los APPRI y los Tratados de la UE, centrándose exclusivamente en la perspectiva del Derecho de la UE, y olvidándose de su análisis previo que aportaba una visión complementaria de los arts. 30 CVDT y 351 TFUE.

IV. ¿EXISTE TODAVÍA ESPACIO PARA EL ÉXITO DE LAS OBJECIONES JURISDICCIONALES FUNDAMENTADAS EN LA NATURALEZA INTRA-UE DE LAS CONTROVERSIAS DE INVERSIÓN?

19. La opinión disidente del árbitro M.G. Kohen viene a responder afirmativamente la pregunta que encabeza este último epígrafe. Sin embargo, se podría pensar que esta opinión constituye una balsa errante en el vasto mar de las decisiones arbitrales que sistemáticamente vienen rechazando las objeciones jurisdiccionales intra-UE y, en consecuencia, no sería extraño sucumbir al impulso de dejarlo escapar de la vista sin detenerse a prestar mayor atención de la que se presta a una anécdota pasajera.

Si bien es cierto que la decisión de la mayoría del Tribunal se encuentra aparentemente respaldada

por una práctica arbitral monolítica, también lo es que no todos los casos son equiparables y, por tanto, los argumentos de tribunales arbitrales previos no necesariamente pueden ser trasladables al supuesto que nos ocupa. En este sentido, se ha de tener en cuenta, en primer lugar, que la práctica arbitral previa a la decisión del TJUE en el asunto *Achmea* se construyó, entre otros, sobre dos argumentos que luego el TJUE descartó: uno, que el art. 344 TFUE no es aplicable a las disputas mixtas que enfrentan a un inversor y un Estado miembro y, dos, que entre los APPRI y el Derecho de la UE no existen incompatibilidades que impidan la aplicación de los tratados de inversión, en general, y de su cláusula de arreglo de diferencias inversor-Estado, en particular. En segundo lugar, muchas de las decisiones de los tribunales arbitrales, también tras la sentencia *Achmea*, se refieren al Tratado de la Carta de la Energía (TCE), un tratado multilateral del que la UE también es parte. Para muchos Estados miembros, además, el TCE es un tratado posterior a su adhesión a la UE, lo que puede ser relevante en el marco de la aplicación del art. 30 CVDT. Asimismo, resulta difícil deducir de las Declaraciones de los Estados miembros de 15 y 16 de enero de 2019 la existencia de una interpretación auténtica del TCE en el contexto de la aplicación del art. 31 de la CVDT. En tercer lugar, las previsiones sobre la ley aplicable a los litigios contenidas en los tratados de inversión pueden ser distintas; tratándose del elemento clave para valorar la compatibilidad del arbitraje de inversiones y los Tratados de la UE, el razonamiento de las decisiones que se pronuncien sobre supuestos que no prevean la aplicación del Derecho de la UE no podrán extrapolarse al caso *Adamakopoulos y otros c. Chipre*.

El caso *Adamakopoulos y otros c. Chipre* presenta casi todos los elementos que, *a priori*, favorecen la viabilidad de las objeciones jurisdiccionales intra-UE: son tratados bilaterales anteriores a la adhesión de uno los Estados parte a la Unión; ambos APPRIs prevén, directa o indirectamente, el Derecho de la UE como parte del derecho aplicable a la controversia; es un caso posterior a la decisión del TJUE en el asunto *Achmea*, y; los Estados implicados han suscrito alguna de las Declaraciones del 15 y 16 de enero de 2019, donde se reconoce la incompatibilidad del arbitraje de inversiones con los Tratados de la UE. El único elemento que, quizás, dificulta algo la posición de M.G. Kohen se refiere al hecho de tratarse de un arbitraje CIADI (deslocalizado o anacional), en lugar de un arbitraje con sede en un Estado miembro de la UE y, por tanto, sometido a una *lex arbitri* que incluye al Derecho de la Unión.

20. Tratándose de un arbitraje CIADI, la jurisdicción del tribunal arbitral viene establecida en el Convenio CIADI y en los correspondientes APPRIs, en la medida en que estos últimos incorporan el consentimiento estatal requerido por el art. 25 del Convenio CIADI (59). En este sentido, la opinión disidente, tras diferenciar entre el derecho que regula el fondo de la diferencia y el derecho que regula la jurisdicción del tribunal, y asumiendo que el Derecho de la Unión no regula la cuestión de la jurisdicción, plantea adecuadamente el problema como un supuesto de conflicto de tratados. El mayor mérito de M.G. Kohen, en este punto, puede que consista en haber establecido el papel que juegan los Tratados de la Unión, en particular el apartado tercero del art. 351 TFUE, en el marco de la aplicación del art. 30 CVDT, en tanto en cuanto son «tratado posterior».

21. La opinión disidente choca frontalmente con la decisión de la mayoría cuando considera que los APPRI y los Tratados de la Unión tratan sobre la misma materia (60). Al respecto, es notable el

esfuerzo que hace M.G. Kohen para argumentar por qué respecto a la protección sustantiva de las inversiones y, de forma particular, respecto a los mecanismos de arreglo de controversias ambos marcos normativos versan sobre la misma materia.

No obstante, lo más sorprendente, quizás, sea que tal disparidad de conclusiones se haya alcanzado aplicando un mismo estándar, el que ofrece el Informe del Grupo de Estudio de la CDI. En virtud de este estándar, lo que se ha de observar es si el cumplimiento de las obligaciones de un tratado tiene un efecto en el cumplimiento de las obligaciones de otro; y «este "efecto" puede consistir en impedir estrictamente el cumplimiento de la otra obligación o en menoscabar de una u otra manera su objeto y finalidad». Dicho lo cual, no cabe duda de que, tal y como ha sido interpretado por el TJUE en el caso *Achmea*, el arbitraje inversor-Estado, como el previsto en el APPRI entre Países Bajos y Eslovaquia, impide que el TJUE ejerza su competencia de último intérprete del Derecho de la UE y cumplir, así, lo dispuesto en el art. 344 TFUE. El principio de la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión en todos sus Estados miembros, que salvaguarda el art. 344 TFUE, es una condición esencial para el desarrollo del proyecto de integración europeo. No cabe construir un mercado único, ni un espacio de libertad, seguridad y justicia, si no se garantiza la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en todos sus Estados miembros. Por todo ello, si los Estados miembros pudieran extraer controversias relativas a la interpretación y aplicación del Derecho de la UE de la competencia exclusiva del TJUE, con la consecuencia de que este derecho se aplicara de forma distinta en los Estados miembros, se estaría menoscabando el objeto y finalidad de los Tratados de la UE.

Todo lo anterior no obsta para que uno pueda mantener una posición crítica respecto a la sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* y que, como consecuencia de ello, la conclusión anterior pueda verse alterada. Así, si se considerara que la aplicación incidental del Derecho de la Unión en el contexto de una controversia relativa a la violación de previsiones de un APPRI no debe ser calificado como una disputa relativa a la interpretación o aplicación de los tratados de la UE a los efectos del art. 344 TFUE, se podría sostener la compatibilidad de este artículo con las disposiciones de arreglo de diferencias de los APPRI intra-UE.

22. Junto con el argumento de la competencia exclusiva del TJUE, M.G. Kohen sostiene que el derecho de recurrir a arbitraje previsto en los APPRI viola la obligación de no discriminar entre nacionales de los Estados miembros. Se trata de un argumento de peso que sorprendentemente contrasta con la poca atención que ha recibido en los distintos tribunales en los que se ha alegado hasta el momento. Por ello, hubiera sido deseable un mayor desarrollo de este argumento en la opinión disidente, sobre todo porque la obligación de no discriminar solo opera «en el ámbito de aplicación de los Tratados» y, por tanto, tiene una aplicación limitada.

Los APPRI dejan de tener sentido cuando los dos Estados que son parte en el mismo pasan a formar parte de la UE

23. Más allá de los argumentos jurídicos de corte más técnico, resultan interesantes algunas de las apreciaciones que realiza M.G. Kohen sobre la protección que ofrecen los APPRI en el contexto de las relaciones intra-UE. En este sentido, la opinión disidente es muy crítica con las opiniones que consideran los APPRI más protectores o beneficiosos para los inversores que los Tratados de la Unión —si entendemos estos últimos como un todo que abre a los inversores de los Estados miembros un mercado único y un espacio de libertad, seguridad y justicia en el marco de una estructura supranacional de integración que incluye al TJUE—. También lo es con aquellas manifestaciones que afirman que las cláusulas de arbitraje son en la práctica las previsiones más esenciales de los APPRI. Aunque llevando, quizás, demasiado lejos la crítica legítima, M.G. Kohen señala que si se diese por buena esta afirmación la ley aplicable se convertiría en algo secundario; lo esencial para la protección de las inversiones extranjeras sería el hecho de contar con árbitros internacionales interpretando y aplicando el derecho, sin importar lo que establezca la ley (61). M.G. Kohen cuestiona, incluso, si es posible considerar al arbitraje inversor-Estado más beneficioso que el sistema jurisdiccional previsto en los tratados de la Unión; y se pregunta si *«EU investors within the EU could validly enjoy all the privileges of their European capacity within the EU system while at the same time exclude one fundamental element of the Union: its judicial system»* (62).

De las palabras de M.G. Kohen también se desprende una idea que comparto, según la cual los APPRI dejan de tener sentido cuando los dos Estados que son parte en el mismo pasan a formar parte de la UE (63). En este sentido, respecto a su caso concreto, señala que sería posible considerar que el objeto y fin de estos dos APPRI se volvió obsoleto tras la adhesión de Chipre a los Tratados de la Unión (64); asimismo, cree que es muy simple la razón que explica la ausencia de APPRI adoptados entre Estados que fueran miembros de la UE en la fecha de su celebración: los APPRI son inconcebibles entre Estados miembros de la UE (65).

24. Para ir terminando, a uno le gustaría tener la fórmula jurídica que sirviera para afirmar, sin necesidad de introducir matices ni excepciones, que el arbitraje de inversiones intra-UE es (o no es) compatible con el Derecho de la UE y, por tanto, si cabe iniciar nuevos procedimientos arbitrales intra-UE sobre la base de las disposiciones contenidas en los tratados de inversión. Sin embargo, tal y como se ha tratado de poner de manifiesto en el presente trabajo, hoy por hoy, resulta imposible prescindir del análisis caso por caso. Las circunstancias concretas que rodean cada controversia condicionan el análisis jurídico de las objeciones jurisdiccionales intra-UE. A pesar de la práctica arbitral unánime que afirma la jurisdicción de los tribunales arbitrales, la opinión disidente de M.G. Kohen tiene la virtud de mantener —momentáneamente— abierto 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.

Para finalizar, resulta insoslayable mencionar la reciente firma por parte de 23 Estados miembros del Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 5 de mayo de 2020 (66). A medida que estos Estados vayan depositando sus instrumentos de ratificación, aprobación y aceptación, los APPRI intra-UE —también las cláusulas de remanencia (*sunset clauses*) incluidas en los mismos— se irán terminando (arts. 2 y 3 del Acuerdo). El Acuerdo ha servido, además, para que los Estados miembros firmantes confirmen, una vez más,

que, independientemente de la terminación de estos APPRI, las cláusulas de arbitraje son contrarias a los Tratados de la UE y, por tanto, no son aplicables desde el momento en el que la última de las partes de un APPRI se haya convertido en Estado miembro de la Unión (art. 4). En cualquier caso, aunque el Acuerdo suponga un paso francamente relevante y decisivo para la desaparición progresiva de las disputas inversor-Estado intra-UE (67), no hay que olvidar que tres Estados miembros que mantienen en vigor sus APPRI intra-UE no lo han firmado (68) y, sobre todo, que el Acuerdo no afecta al TCE (69), siendo este último el instrumento convencional en el que se fundamentan un gran número de los litigios de inversión intra-UE actualmente en marcha.

BIBLIOGRAFÍA

DE BOECK, M. «Disagreement on intra-EU BITs continues: Infringement actions over intra-EU BITs», *European Law Blog*, 15 de junio de 2020, disponible en <https://europeanlawblog.eu/2020/06/15/disagreement-on-intra-eu-bits-continues-infringement-actions-over-intra-eu-bits/> (última consulta: 18/06/2020).

FERMEGLIA, M. y A. MISTURA «Killing all birds with one stone: Is this the end of Intra-EU BITs (as we know them)», *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 26 de mayo, 2020, disponible en <https://www.ejiltalk.org/killing-all-birds-with-one-stone-is-this-the-end-of-intra-eu-bits-as-we-know-them/> (última consulta: 18/06/2020).

FERNÁNDEZ PONS, X.: «Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto y sus implicaciones», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 46, 2018, pp. 1-49.

IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I.: «La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *La Ley: Unión Europea*, sección Doctrina, núm. 60, 30 de junio, 2018, pp. 1-23.

IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA, I.: «Los APPRI en la Unión Europea Post-Lisboa», *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. X, 2010, pp. 759-791.

LÓPEZ MARTÍN, A.G.: «Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Análisis del art. 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados», *Anuario Colombiano de Derecho internacional*, vol. 10, 2017, pp. 51-84.

ODENDAHL, K.: «Article 30. Application of successive treaties relating to the same subject matter», *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary* (Eds. Or Dorr y K. Schmalenbach), Springer, Verlag Berlin Heidelberg 2012, pp. 505-518.

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 *Eureka* Investment Arbitrations'. *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, núm. 2, 2012, pp. 157-178.

SZCZESNIAK, A. y A. ZANOWSKA, «New Agreement Between EU Member States: Is This the

(Definite) End of Intra-EU Investment Arbitration?», *Global Arbitration News*, 19 mayo 2020, disponible en <https://globalarbitrationnews.com/new-agreement-between-eu-member-states-is-this-the-definite-end-of-intra-eu-investment-arbitration/> (última consulta: 18/06/2020).

VV. AA., «Special Section - The Achmea Case Between International Law and European Union Law» (ed. S. Barbou des Places, E. Cimiotta y J. Santos Vara), *European Papers - A Journal on Law and Integration*, vol. 4, nº 1, 2019, pp. 7-121.

(1)

Este trabajo se enmarca en las actividades del Grupo de Investigación (IT1296-19) del Gobierno Vasco / Eusko Jaurlaritza: «Organizaciones internacionales, Estados y empresas en una sociedad globalizada: nuevos retos para la protección de los derechos humanos».

Ver Texto

(2) Declaración de la opinión disidente del Profesor Marcelo G. Kohen en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, de 3 febrero 2020, ap. 82.

Ver Texto

(3) Existe, por tanto, una práctica arbitral consolidada, tal y como pone de manifiesto, por ejemplo, el tribunal arbitral en el asunto *Blusun c. Italia*, Caso CIADI nº ARB/14/3, laudo, de 27 diciembre 2016, aps. 292-303, en el epígrafe «*the state of the authorities*». Caben, entre otros muchos, destacar los siguientes asuntos: *Eastern Sugar c. República Checa*, SCC nº 088/2004, laudo parcial, de 27 marzo 2007; *Eureka B.V. c. República de Eslovaquia*, CPA Caso nº 2008-13, de 26 octubre 2010 (luego, *Achmea*); *AES Summit Generation Limited c. Hungría*, Caso CIADI nº ARB/07/22, laudo, 10 septiembre 2010; *Electrabel S.A. c. Hungría*, Caso CIADI nº ARB/07/19, decisión sobre jurisdicción, de 30 noviembre 2012; *European American Investment Bank AG (EURAM) c. República de Eslovaquia*, Corte Permanente de Arbitraje, Caso Nº 2010-17; *Charanne c. España*, SCC nº 062/2012, laudo final, de 21 enero 2016; *RREEF Infrastructure c. España*, Caso CIADI nº ARB/13/30, decisión sobre jurisdicción, de 6 junio 2016; *Eiser c. España*, Caso CIADI No. ARB/13/36, laudo de 4 de mayo 2017; *Isolux c. España*, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, caso nº V2013/153; *Novenergia II c. España*, SCC nº 2015/063, laudo de 15 febrero 2018.

Ver Texto

(4) *Vid.*, en particular, *Vattenfall c. Alemania*, Caso CIADI nº ARB/12/12, Decisión sobre la Cuestión de *Achmea*, de 31 de agosto de 2018; *Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L. et alt. c. España*, SCC Arbitration V (2015 /150), laudo final, de 14 noviembre 2018; *Eskosol c. Italia*, Caso CIADI nº ARB/15/50, Decisión sobre la Solicitud de Italia para la inmediata terminación y la objeción jurisdiccional basada en la inaplicabilidad del Tratado sobre la Carta de la Energía a las disputas intra-UE, de 7 mayo 2019; *NextEra Energy Global Holdigns c. España*, Caso CIADI nº ARB/14/11, decisión sobre jurisdicción y responsabilidad, de 12 marzo 2019; *gREN Holding c. España*, Caso CIADI nº ARB/15/15, laudo, de 31 mayo 2019; *Belenergia c. Italia*, Caso CIADI nº ARB/15/40, laudo, de 6 de agosto de 2019.

Ver Texto

- (5) Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 marzo 2018, Achmea, asunto C-284/16, EU:C:2018:158, ap. 62. Vid. X. Fernández Pons, «Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto y sus implicaciones», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 46, 2018, pp. 1-49. I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, «La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *La Ley Unión Europea*, sección Doctrina, nº 60, 30 de junio, 2018, pp. 1-23. VV. AA., «Special Section - The Achmea Case Between International Law and European Union Law» (ed. S. Barbou des Places, E. Cimiotta y J. Santos Vara), *European Papers - A Journal on Law and Integration*, Vol. 4, nº 1, 2019, pp. 7-121.

Ver Texto

- (6) El tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ha estado compuesto por los árbitros Donald M. McRae (presidente), Alejandro Escobar, y Marcelo G. Kohen.

Ver Texto

- (7) Respecto a las decisiones previas que ha rechazado los argumentos de las objeciones jurisdiccionales intra-UE vid. A. Reinisch, «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 Issues of Economic Integration*, vol. 39, nº 2, 2012, pp. 157-178.

Ver Texto

- (8) Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 mayo 1969, UNTS, vol. 1155, p. 331.

Ver Texto

- (9) Declaración de la opinión disidente del Profesor Marcelo G. Kohen en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, decisión sobre jurisdicción, de 7 febrero 2020, ap. 76.

Ver Texto

- (10) *Ibid.*, ap. 80.

Ver Texto

- (11) Disponible en «International Investment Agreements Navigator» de la UNTAD: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (última consulta: 15/06/2020).

Ver Texto

- (12) Disponible en «International Investment Agreements Navigator» de la UNTAD: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (última consulta: 15/06/2020).

[Ver Texto](#)

(13) *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, decisión sobre jurisdicción, de 7 febrero 2020, ap. 161.

[Ver Texto](#)

(14) *Ibid.*, ap. 162.

[Ver Texto](#)

(15) *Ibid.*, ap. 168.

[Ver Texto](#)

(16) *Ibid.*, ap. 168.

[Ver Texto](#)

(17) Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho internacional (CDI) *Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, A/CN.4/L.682, 13 abril 2006, ap. 254.

[Ver Texto](#)

(18) *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, decisión sobre jurisdicción, de 7 febrero 2020, ap. 170.

[Ver Texto](#)

(19) *Ibid.*, ap. 171.

[Ver Texto](#)

(20) *Ibid.*, ap. 172.

[Ver Texto](#)

(21) DO L 173 de 12 junio 2014, p. 190.

[Ver Texto](#)

(22) *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, decisión sobre jurisdicción, de 7 febrero 2020, ap. 174.

[Ver Texto](#)

(23) *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, decisión sobre jurisdicción, de 7 febrero

2020, apdos176-182.

[Ver Texto](#)

(24) *Ibid.*, ap. 185.

[Ver Texto](#)

(25)

El APPRI Chipre/Grecia no prevé ninguna disposición sobre la ley aplicable al fondo de la disputa. Por tanto, la determinación de la ley aplicable se realiza de conformidad con el art. 42 del Convenio CIADI (Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, UNTS vol. 575-I-8359, p. 159), que prevé, en ausencia de elección, la aplicación de «la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y aquellas normas de Derecho internacional que pudieren ser aplicables». Por su parte, el APPRI celebrado entre Chipre, por una parte, y Bélgica y Luxemburgo, por otra, dispone que el tribunal deberá decidir sobre la base de: «the national law, including the rules relating to conflicts of law, of the Contracting Party involved in the dispute in whose territory the investment has been made; the provisions of this Agreement; the terms of the specific agreement which may have been entered into regarding the investment; the principles of international law». En relación con este último APPRI, no cabe duda de que la aplicación del Derecho de la UE como derecho interno chipriota no plantea mayores problemas. Sin embargo, cabe discutir si el Derecho de la UE puede integrarse dentro del concepto de «principios de Derecho internacional». En este sentido, resultan de interés las apreciaciones de los tribunales arbitrales en los asuntos *Greentech Energy Systems c. Italia*, arbitraje SCC nº V (2015/095), laudo final, de 23 diciembre 2018, ap. 350, y especialmente 397; *Eskosol c. Italia*, Caso CIADI nº ARB/15/50, Decisión sobre la Solicitud de Italia para la inmediata terminación y la objeción jurisdiccional basada en la inaplicabilidad del Tratado sobre la Carta de la Energía a las disputas intra-UE, de 7 mayo 2019, aps. 114-123 y *CEF Energia c. Italia*, arbitraje SCC nº V (2015/158), laudo, de 16 enero 2019, ap. 96.

[Ver Texto](#)

(26) Declaración de la opinión disidente del Profesor Marcelo G. Kohen en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, de 3 febrero 2020, ap. 3.

[Ver Texto](#)

(27) *Ibid.*, ap. 5.

[Ver Texto](#)

(28) *Ibid.*, ap. 5.

[Ver Texto](#)

(29)

Ibid., ap. 5.

[Ver Texto](#)

(30) *Ibid.*, ap. 7.

[Ver Texto](#)

(31) *Ibid.*, aps. 8-10.

[Ver Texto](#)

(32)

La inclusión del supuesto en el apartado cuarto considero que es adecuada y está en consonancia con el sentido de los comentarios de la CDI relativos al art. 26 (aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia) del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966 (*Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II), donde se señala que «prescindiendo del art. 103, las cláusulas de los tratados encaminadas a otorgarles prioridad sobre otro tratado, ya sea anterior o posterior, no parecen alterar por sí mismas la aplicación de las reglas generales de prioridad enunciadas en los párrafos 3 y 4 del artículo» (ap. 5 del comentario al art. 26). Además, se especifica que «(a) veces esas cláusulas se refieren solo al pasado y establecen la prioridad del tratado sobre otros anteriores concernientes a la misma materia. Ese tipo de cláusulas no ofrece dificultad alguna cuando todas las partes en el tratado anterior son también partes en el nuevo tratado que prevalece sobre aquél. Como se señala en el comentario al artículo 56, las partes en el tratado anterior siempre tienen competencia para ponerle fin, en todo o en parte, concertando otro tratado con tal objeto. Siendo así, cuando conciben un segundo tratado incompatible con el primero, ha de presumirse que su intención ha sido poner fin al primer tratado o modificarlo en la medida en que resulta incompatible, salvo que existan pruebas de una intención contraria. En consecuencia, en estos casos la inclusión en el segundo tratado de una cláusula en la que expresamente se proclama su prioridad sobre el primero no hace más que confirmar la ausencia de toda intención contraria» (ap. 6 del comentario al art. 26). *Vid.* también, A.G. López Martín, «Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Análisis del art. 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados», *Anuario Colombiano de Derecho internacional*, vol. 10, 2017, p. 72.

[Ver Texto](#)

(33) Declaración de la opinión disidente del Profesor Marcelo G. Kohen en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, de 3 febrero 2020, ap. 12.

[Ver Texto](#)

(34) *Ibid.*, aps. 15-17.

[Ver Texto](#)

(35) *Ibid.*, ap. 20.

[Ver Texto](#)

(36)

Ibid., ap. 20.

[Ver Texto](#)

(37) *Ibid.*, ap. 21.

[Ver Texto](#)

(38) Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho internacional (CDI) *Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, A/CN.4/L.682, 13 abril 2006, ap. 254.

[Ver Texto](#)

(39) Declaración de la opinión disidente del Profesor Marcelo G. Kohen en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, de 3 febrero 2020, ap. 25.

[Ver Texto](#)

(40) *Ibid.*, ap. 27.

[Ver Texto](#)

(41)
Ibid., ap.31.

[Ver Texto](#)

(42) *Ibid.*, ap. 34.

[Ver Texto](#)

(43) Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 noviembre 1991, Francovich y Bonifaci/Italia, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428.

[Ver Texto](#)

(44) Declaración de la opinión disidente del Profesor Marcelo G. Kohen en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, de 3 febrero 2020, aps. 35-36.

[Ver Texto](#)

(45) *Ibid.*, aps . 40-41.

[Ver Texto](#)

(46) *Ibid.*, ap. 48.

[Ver Texto](#)

(47)
Ibid., ap. 51.

Ver Texto

(48) *Ibid.*, ap. 43.

Ver Texto

(49) *Ibid.*, ap. 42.

Ver Texto

(50) *Ibid.*, ap. 46.

Ver Texto

(51) *Ibid.*, ap. 46.

Ver Texto

(52)

Declaración de los representantes de los Gobiernos de 22 Estados miembros de la Unión, *On the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, de 15 enero 2019, p. 1, disponible en https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en (última consulta: 21/09/2019). Declaración de los representantes de los Gobiernos de 5 Estados miembros de la Unión, *On the Enforcement of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, de 16 enero 2019, disponible en <https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf>.

Ver Texto

(53) Nota informativa conjunta de la República Helénica y la República de Chipre sobre el Acuerdo entre el Gobierno de la República Helénica y el Gobierno de la República de Chipre para el Fomento y Protección Recíproca de Inversiones del 30 marzo 1999, de fecha 8 mayo 2019.

Ver Texto

(54) Declaración de la opinión disidente del Profesor Marcelo G. Kohen en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, de 3 febrero 2020, ap. 56.

Ver Texto

(55) *Ibid.*, ap. 58.

Ver Texto

(56) *Ibid.*, ap. 58.

Ver Texto

(57)

Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho internacional (CDI) *Fragmentación del Derecho internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, A/CN.4/L.682, 13 abril 2006, ap. 283.

[Ver Texto](#)

(58) Declaración de la opinión disidente del Profesor Marcelo G. Kohen en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, de 3 febrero 2020, aps. 63-68. En el ap. 67 señala que: «*No EU investor (and jurist as well, even those not specialized in the field) can ignore the fundamental basis by which this highly developed economic integration legal system operates. The fundamental characteristics of the EU legal system have been extensively addressed by the Luxembourg Court for decades, well before the problem of the BITs concluded by States that later became EU Members arose. That EU Law has direct effect and primacy over national law has been enunciated in historic well-known judgments. In EP v Council and Commission (Bangladesh), the Court also asserted that exclusive EU competence bars the Member States from exercising their own retained competences inter-se, outside the Treaty structures*».

[Ver Texto](#)

(59) Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, UNTS vol. 575-I-8359, p. 159.

[Ver Texto](#)

(60) En este sentido, la interpretación de M.G. Kohen del concepto de «misma materia» parece acomodarse mejor a la intención del CDI de formular un concepto amplio. *Vid.* K. Odendahl, «Article 30. Application of successive treaties relating to the same subject matter», *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary* (Eds. Or Dorr y K. Schmalenbach), Springer, Verlag Berlin Heidelberg 2012, pp. 510-511. Asimismo, *vid.* A.G. López Martín, «Aplicación de tratados sucesivos...», *loc. cit.*, pp. 60-62.

[Ver Texto](#)

(61) Declaración de la opinión disidente del Profesor Marcelo G. Kohen en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, de 3 febrero 2020, ap. 32.

[Ver Texto](#)

(62) *Ibid.*, ap. 51.

[Ver Texto](#)

(63) I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, «Los APPRI en la Unión Europea Post-Lisboa», *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. X, 2010, p. 791.

[Ver Texto](#)

(64) Declaración de la opinión disidente del Profesor Marcelo G. Kohen en el asunto *Adamakopoulos y otros c. Chipre*, Caso CIADI nº ARB/15/49, de 3 febrero 2020, ap. 38.

[Ver Texto](#)

(65) *Ibid.*, ap. 77.

[Ver Texto](#)

(66)

DO L 169/1, de 29 mayo 2020. *Vid.* M. Fermeiglia, A. Mistura «Killing all birds with one stone: Is this the end of Intra-EU BITs (as we know them)», *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 26 de mayo, 2020, disponible en <https://www.ejiltalk.org/killing-all-birds-with-one-stone-is-this-the-end-of-intra-eu-bits-as-we-know-them/> (última consulta: 18/06/2020). A. Szczesniak y A. Zanowska, «New Agreement Between EU Member States: Is This the (Definite) End of Intra-EU Investment Arbitration?», *Global Arbitration News*, 19 mayo 2020, disponible en <https://globalarbitrationnews.com/new-agreement-between-eu-member-states-is-this-the-definite-end-of-intra-eu-investment-arbitration/> (última consulta: 18/06/2020).

[Ver Texto](#)

(67) *Vid.* las apreciaciones sobre el escenario abierto con ocasión de la firma del Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea y los procedimientos por infracción iniciados por la Comisión contra el Reino Unido y Finlandia: M. De Boeck, «Disagreement on intra-EU BITs continues: Infringement actions over intra-EU BITs», *European Law Blog*, 15 junio 2020, disponible en <https://europeanlawblog.eu/2020/06/15/disagreement-on-intra-eu-bits-continues-infringement-actions-over-intra-eu-bits/> (última consulta: 18/06/2020).

[Ver Texto](#)

(68) En realidad son cuatro los Estados miembros que no han firmado el Acuerdo: Austria, Irlanda, Finlandia y Suecia. Sin embargo, Irlanda no cuenta con APPRIs intra-UE en vigor.

[Ver Texto](#)

(69) En este sentido, el preámbulo del Acuerdo señala que «el presente Acuerdo se refiere a los tratados bilaterales de inversión intra-UE; y no se aplica a los procedimientos intra-UE basados en el art. 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía. La Unión Europea y sus Estados miembros tratarán este asunto con posterioridad».

[Ver Texto](#)



Modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado

El BOE de 15 de agosto de 2020 publicó la Ley 9/2020, de 31 de julio, de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado, que tiene como objetivo fomentar la mediación y evitar que la falta de información y el desconocimiento de este medio de resolución alternativo de conflictos incline preferentemente a las partes y a los profesionales a recurrir a la vía litigiosa.



Con la presente Ley se pretende fomentar la mediación como método alternativo de resolución de conflictos que tiene ventajas acreditadas, tales como el ahorro de tiempo, el ahorro económico y la minoración de los costes emocionales, y que, además, implica y responsabiliza a las partes en la resolución del conflicto que les afecta y, por tanto, incrementa la eficacia en la ejecución de los acuerdos alcanzados. Más concretamente, se pretende potenciar la mediación en el ámbito de los conflictos familiares, especialmente en aquellos que afectan a los menores de edad, atendiendo a su interés superior, estableciendo la obligatoriedad de la sesión previa sobre mediación, salvo,

lógicamente, los supuestos en los que el recurso a la mediación esté legalmente excluido. En esta sesión previa se informa a las partes del funcionamiento, las características y los beneficios de la mediación, para que, libremente y de forma fundamentada, puedan analizar y decidir si desean iniciar el proceso de mediación. Asimismo, se prevé la posibilidad de que la sesión previa pueda continuar con una exploración del conflicto, si así lo acuerdan las partes, a las que hay que escuchar, opción que puede favorecer el ahorro de tiempo y trámites y acercar aún más a las personas afectadas a la mediación. De forma particular, la iniciativa también pretende proteger a los niños afectados por el conflicto, el interés superior que les es propio y su derecho a mantener las relaciones personales con sus progenitores y con otros miembros de la familia. Se convierte, por tanto, en una manifestación del art. 3 de la Convención sobre los derechos de los niños, adoptada por las Naciones Unidas en 1989, el cual obliga a los estados a adoptar todas las medidas legislativas y administrativas que sean adecuadas para asegurar a los niños toda la protección y la atención necesarias para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y los deberes de los padres. Y es también una manifestación del artículo 40 del Estatuto de autonomía de Cataluña, que obliga a los poderes públicos a garantizar la protección de los niños, con la precisión de que en todas las actuaciones que lleven a cabo el interés superior del niño debe ser prioritario. Por todo ello, resulta coherente que la autoridad judicial esté informada de la falta de asistencia a la sesión previa, tanto cuando la mediación se haya pactado expresamente entre las partes como cuando la autoridad judicial resuelva efectuar la derivación. Se trata de un principio que ya han adoptado otros textos legales sobre esta materia, tales como el art. 17 de la Ley del Estado 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La norma establece modificaciones en el libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Con relación a las disposiciones generales, ahora se hace explícito que la mediación es obligatoria cuando se haya pactado expresamente con anterioridad al ejercicio de acciones judiciales. También se establece que la asistencia a la sesión previa tiene carácter obligatorio y que la falta de asistencia no justificada no está sometida a confidencialidad y debe ser comunicada a la autoridad judicial. En la institución de la tutela, en cuanto al orden de la delación, en que ya estaba prevista la sesión informativa sobre mediación, se introduce el carácter obligatorio de esta sesión previa y se determina su objeto, consistente en conocer el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación. La modificación de este precepto relativo a la tutela se aprovecha para sustituir la expresión «incapacitada» por la expresión «con la capacidad modificada judicialmente», de conformidad con las líneas establecidas por la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad. En el mismo sentido, respecto a la sesión obligatoria, se establecen cambios en la potestad parental, en lo que se refiere a los desacuerdos. En último lugar, con relación a los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación legal, se incorpora de forma expresa la posibilidad de que el convenio regulador incluya pactos de sometimiento a mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos. En la actualidad, las partes pueden preverla en el plan de parentalidad, pero era necesario hacer una referencia más amplia, entendiendo que también puede ser particularmente útil para gestionar otros conflictos derivados de la crisis.

La norma también introduce modificaciones en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el

ámbito del derecho privado. De acuerdo con los cambios introducidos en el Código civil, se establece que la sesión previa sobre mediación tiene carácter obligatorio en los supuestos legalmente fijados y que la falta de asistencia no justificada no está sometida a confidencialidad y debe ser comunicada a la autoridad judicial. En cuanto a las funciones de los colegios profesionales, refuerza el cumplimiento de la función deontológica y disciplinaria respecto a los colegiados que ejercen la mediación, añadiendo la función de velar por que el conjunto de colegiados cumpla las obligaciones de información a los clientes y de fomento y sujeción a la mediación que le imponen las leyes o los códigos deontológicos respectivos. En los mismos términos, se remarca la obligación de los profesionales colegiados de informar a sus clientes sobre la mediación y otras fórmulas de resolución de conflictos y procurar resolver los conflictos que puedan tener en el ejercicio de la profesión con sus clientes o compañeros o con otras personas a través de la mediación u otras formas extrajudiciales de resolución de conflictos. Asimismo, el objeto del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña se extiende no solo a promover y administrar la mediación, sino también a la promoción y administración de otros métodos alternativos de resolución de conflictos.

Finalmente, se cambia la denominación del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña por la de Centro de Mediación de Cataluña, denominación más clara y ajustada a las funciones que tienen atribuidas el Departamento de Justicia y el propio Centro, y más coherente con el hecho de que la mediación y otros métodos análogos se utilizan o pueden utilizarse en todos los ámbitos y, también, en cualesquiera de los órdenes jurisdiccionales. En este sentido, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido por el art. 3.9 del Decreto 1/2018, de 19 de mayo, de creación, denominación y determinación del ámbito de competencia de los departamentos de la Administración de la Generalidad de Cataluña, corresponden al Departamento de Justicia, entre otros, tanto «las funciones relacionadas con la Administración de justicia en Cataluña y su modernización», como, particularmente, «la promoción y desarrollo de los medios alternativos de resolución de conflictos».

Esta ley se dicta al amparo del art. 129 del Estatuto de autonomía de Cataluña, según el cual corresponde a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de derecho civil, excepto en las materias que el art. 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. No obstante, la Generalidad puede establecer los instrumentos y los procedimientos de mediación y de conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia, le corresponde dictar las normas procesales específicas que deriven de las particularidades del derecho sustantivo de Cataluña y dispone, asimismo, de competencias exclusivas en materia de servicios sociales, protección de menores y promoción de las familias y de la infancia (arts. 106, 130 y 166 del Estatuto de autonomía).

Véase Pascual Ortuño, «Comentario de urgencia al Ley 9/2020, de 31 de julio, de modificación del Libro II del Código Civil de Cataluña y de la Ley 15/2009 de Mediación en el ámbito del Derecho Privado» en la Sección Información destacada.

Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea

El DO de 29 de mayo de 2020 publica el Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, suscrito por 23 Estados miembros. Dicho acuerdo entró en vigor el 29 de agosto de 2020, de conformidad con su art. 16, ap. 1.



I. ANTECEDENTES

Muchos de los tratados bilaterales de inversión intra-UE se celebraron en la década de los 90, antes de las ampliaciones de 2004, 2007 y 2013. Se concluyeron mayoritariamente entre Estados miembros de la UE y Estados que pasarían a ser de la «UE 13». Su objetivo era tranquilizar a los inversores que deseaban invertir en la futura «UE 13» en un momento en que los inversores privados, a menudo por razones políticas históricas, podrían haberse mostrado reticentes con respecto a la inversión en dichos países. Los tratados bilaterales de inversión estaban destinados, por tanto, a reforzar la protección de los inversores, por ejemplo mediante indemnización por expropiaciones y procedimientos de arbitraje para la resolución de conflictos de inversión.

No obstante desde la ampliación, la Comisión consideró que no se precisaban tales garantías «extraordinarias», puesto que todos los Estados miembros están sujetos a las mismas normas de la UE en el mercado único, incluidas las relativas a las inversiones transfronterizas (en particular, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales). Todos los inversores de la UE también se benefician de la misma protección gracias a la normativa de la UE (por ejemplo, no discriminación por razón de la nacionalidad). En cambio, los tratados bilaterales de inversión intra-UE confieren derechos sobre una base bilateral únicamente a los inversores de algunos Estados miembros: según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, tal discriminación basada en la nacionalidad es incompatible con la legislación de la UE.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) declaró en el asunto C-478/07 *Budějovický Budvar*

que las disposiciones contenidas en un acuerdo internacional celebrado entre dos Estados miembros no pueden aplicarse en las relaciones entre esos dos Estados si se constata que son contrarias a los Tratados de la UE. De conformidad con su obligación de adaptar sus ordenamientos jurídicos al Derecho de la Unión, los Estados miembros deben extraer las consecuencias necesarias del Derecho de la Unión tal como se interpreta en la sentencia del TJUE en el asunto C-284/16: *Achmea*.

II. ACUERDO SOBRE UN TRATADO PLURILATERAL PARA LA TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN (TBI) DENTRO DE LA UE

El 24 de octubre de 2019, los Estados miembros de la UE llegaron a un Acuerdo sobre un tratado plurilateral para la terminación de los tratados bilaterales de inversión (TBI) dentro de la UE. El acuerdo sigue las declaraciones del 15 y 16 de enero de 2019 sobre las consecuencias legales de la sentencia del Tribunal de Justicia en *Achmea* y sobre la protección de la inversión en la Unión Europea, donde los Estados miembros se comprometieron a rescindir sus TBI dentro de la UE. De conformidad con dichas declaraciones, la Comisión intensificó los debates con los Estados miembros con el objetivo de garantizar una protección completa, sólida y efectiva de las inversiones en la Unión Europea.

En esencia, el Acuerdo de Terminación regula dos cuestiones: a) cómo se van a terminar los TBI existentes dentro de la UE, y cómo van a operar las 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).

1. **Ámbito de aplicación**

Consideran los Estados miembros que las cláusulas de arbitraje entre inversores y Estados en los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros de la Unión Europea (tratados bilaterales de inversión intra-UE) son contrarias a los Tratados de la UE y, debido a esta incompatibilidad, no pueden aplicarse después de la fecha en que la última de las Partes en un tratado bilateral de inversión intra-UE se haya convertido en Estado miembro de la Unión Europea. De esta suerte, en el «Entendimiento común» contenido en el presente acuerdo entre las Partes de los Tratados de la UE y los tratados bilaterales de inversión intra-UE, de que, como consecuencia de ello, ese tipo de cláusulas no puede servir de base jurídica para un Procedimiento de Arbitraje. En concreto, el presente acuerdo

- abarca todos los procedimientos de arbitraje entre inversores y Estados basados en tratados bilaterales de inversión intra-UE bajo cualquier convenio o conjunto de reglas de arbitraje, incluidos el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI), las reglas de arbitraje del CIADI, de la Corte Permanente de Arbitraje, del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, de la Cámara de Comercio Internacional y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

(CNUDMI), y el arbitraje *ad hoc*.

- se refiere a los tratados bilaterales de inversión intra-UE; y no se aplica a los procedimientos intra-UE basados en el art. 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía. La Unión Europea y sus Estados miembros tratarán este asunto con posterioridad.

Cuando los inversores de los Estados miembros ejercen alguna de las libertades fundamentales, como la libertad de establecimiento o la libre circulación de capitales, actúan dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, por tanto, disfrutan de la protección que otorgan dichas libertades y, según el caso, la pertinente legislación derivada, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los principios generales del Derecho de la Unión, que incluyen, en particular, los principios de no discriminación, proporcionalidad, seguridad jurídica y protección de las expectativas legítimas (sentencia del TJUE en el asunto C-390/12, *Pfleger*, apartados 30 a 37). Cuando un Estado miembro promulga una medida que se aparta de alguna de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho de la Unión, dicha medida entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y los derechos fundamentales garantizados por la Carta también son aplicables (sentencia del TJUE en el asunto C-685/15, *Online Games Handels*, apartados 55 y 56);

2. Disposiciones relativas a la terminación de los tratados bilaterales de inversión

Los Tratados Bilaterales de Inversión enumerados en el anexo A se terminarán conforme a las condiciones establecidas en el presente Acuerdo. En aras de una mayor seguridad, las Cláusulas de Remanencia de los Tratados Bilaterales de Inversión enumerados en el anexo A se terminarán de conformidad con el apartado 1 del presente artículo y no surtirán efectos jurídicos (art. 2).

Las Cláusulas de Remanencia de los Tratados Bilaterales de Inversión enumerados en el anexo B se terminarán en virtud del presente Acuerdo y no surtirán efectos jurídicos, de conformidad con las condiciones establecidas en el presente Acuerdo (art. 3).

3. Contenido del Acuerdo

i) Disposiciones comunes. Las Partes confirman que las Cláusulas de Arbitraje son contrarias a los Tratados de la UE y, por lo tanto, no son aplicables. Como consecuencia de esta incompatibilidad entre las Cláusulas de Arbitraje y los Tratados de la UE, a partir de la fecha en que la última de las Partes en un Tratado Bilateral de Inversión se haya convertido en Estado miembro de la Unión Europea, la Cláusula de Arbitraje de dicho Tratado Bilateral de Inversión no podrá servir de base jurídica para los Procedimientos de Arbitraje (art. 4).

ii) Nuevos Procedimientos de Arbitraje. Las Cláusulas de Arbitraje no servirán de base jurídica para Nuevos Procedimientos de Arbitraje (art. 5).

iii) Procedimientos de Arbitraje Concluidos. El presente Acuerdo no afectará a los Procedimientos de Arbitraje Concluidos. Estos no serán reabiertos. Tampoco afectará a ningún acuerdo de resolución amistosa de un litigio que sea objeto de un Procedimiento de Arbitraje iniciado antes del 6 de marzo

de 2018 (art. 6).

iv) Obligaciones de las Partes Contratantes en relación con los Procedimientos de Arbitraje Pendientes y los Nuevos Procedimientos de Arbitraje. Cuando las Partes Contratantes sean Partes en Tratados Bilaterales de Inversión sobre cuya base se hayan iniciado Procedimientos de Arbitraje Pendientes o Nuevos Procedimientos de Arbitraje, deberán:

- a) mediante cooperación mutua y basándose en la declaración que figura en el anexo C, informar a los tribunales arbitrales sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia Achmea y
- b) cuando sean Partes en un procedimiento judicial relativo a un laudo arbitral emitido sobre la base de un Tratado Bilateral de Inversión, solicitar al órgano jurisdiccional nacional competente, incluso en un tercer país, si fuera el caso, que revoque el laudo arbitral, lo anule o se abstenga de reconocerlo y hacerlo cumplir (art. 7).

v) Medidas transitorias relativas a los Procedimientos de Arbitraje Pendientes. Cuando un inversor sea parte en un Procedimiento de Arbitraje Pendiente y no haya impugnado ante el órgano jurisdiccional nacional competente la medida litigiosa, serán de aplicación las medidas transitorias de los artículos 9 y 10. Cuando, antes de la entrada en vigor del presente Acuerdo, se dicte un laudo definitivo que concluya que la medida objeto del litigio no entra en el ámbito de aplicación del Tratado Bilateral de Inversión de que se trate, o no vulnera dicho Tratado, no serán de aplicación las medidas transitorias contempladas en el presente artículo. Cuando los Procedimientos de Arbitraje Pendientes incluyan demandas reconventionales formuladas por la Parte Contratante afectada, el presente artículo y los artículos 9 y 10 se aplicarán a ellas *mutatis mutandis*. La Parte Contratante afectada y el inversor también podrán acordar cualquier otra solución adecuada del litigio, incluida una resolución amistosa, siempre que se ajuste al Derecho de la Unión (art. 8).

vi) Acceso a los órganos jurisdiccionales nacionales .

1. El inversor tendrá acceso a los recursos judiciales previstos en el ordenamiento jurídico nacional contra toda medida impugnada en un Procedimiento de Arbitraje Pendiente, aun cuando los plazos nacionales para interponer acciones hayan expirado, dentro de los plazos a los que se refiere el apartado 2, siempre que:

b) el inversor renuncie al Procedimiento de Arbitraje Pendiente y a todos los derechos y pretensiones derivados del pertinente Tratado Bilateral de Inversión o renuncie a la ejecución de un laudo ya dictado, pero aún no ejecutado definitivamente, y se comprometa a abstenerse de iniciar un Nuevo Procedimiento de Arbitraje

- i) en un plazo de seis meses a partir de la terminación del Tratado Bilateral de Inversión sobre cuya base se haya iniciado el Procedimiento de Arbitraje Pendiente, cuando no se haya hecho uso del diálogo estructurado conforme al artículo 9,
- ii) en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que la Parte Contratante afectada rechace la solicitud del inversor de entablar un diálogo estructurado conforme al artículo 9, apartados 1 y 6,

o

iii) en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que la última de las partes comunique su decisión con arreglo al artículo 9, apartado 12, cuando se haya hecho uso del diálogo estructurado conforme al artículo 9;

c) el acceso al órgano jurisdiccional nacional sirva para presentar una demanda basada en el Derecho nacional o de la Unión, y

d) en su caso, no se haya alcanzado ningún acuerdo de conciliación a raíz del diálogo estructurado conforme al artículo 9.

2. Se considerará que los plazos nacionales para acceder a los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al apartado 1 comienzan a contar a partir de la fecha en que el inversor, según proceda, renuncie al correspondiente Procedimiento de Arbitraje Pendiente o renuncie a la ejecución de un laudo ya dictado, pero aún no ejecutado definitivamente, y se comprometa a abstenerse de iniciar un Nuevo Procedimiento de Arbitraje de conformidad con el apartado 1, letra a); dichos plazos tendrán la duración prescrita por el Derecho nacional aplicable.

3. En aras de una mayor seguridad, las disposiciones de los Tratados Bilaterales de Inversión terminados en virtud del presente Acuerdo no se considerarán parte de la legislación aplicable en los procedimientos incoados ante un órgano jurisdiccional nacional con arreglo al presente Acuerdo.

4. En aras de una mayor seguridad, no se considerará que las disposiciones del presente artículo crean nuevas vías de recurso judicial, de las que el inversor no podría disponer con arreglo al Derecho nacional aplicable.

5. Los órganos jurisdiccionales nacionales tendrán en cuenta toda indemnización anteriormente abonada en el Procedimiento de Arbitraje Pendiente, con el fin de evitar una doble indemnización (art. 10).

vii) *Entrada en vigor*: El acuerdo entró en vigor el 29 de agosto de 2020, de conformidad con su art. 16, ap. 1.

viii) *Aplicación provisional*: Las Partes Contratantes, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales, podrán decidir aplicar provisionalmente el presente Acuerdo. Las Partes Contratantes notificarán al depositario toda decisión en este sentido. Cuando ambas Partes en un Tratado Bilateral de Inversión hayan decidido aplicar provisionalmente el presente Acuerdo, las disposiciones de este se aplicarán a dicho Tratado en el plazo de treinta días naturales a partir de la fecha de la última decisión sobre la aplicación provisional (art. 17).

Unión europea



La obligación de informar de las entidades de resolución alternativa de litigios en las condiciones generales de contratación

Sentencia del TJUE de 25 de junio de 2020

La mejor doctrina ha puesto de manifiesto algunos de los problemas jurídicos que suscita la resolución de litigios en línea en materia de consumo y, en particular, la adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR) (1) . Un marco normativo por el que el legislador europeo pretende promover la resolución extrajudicial de litigios de consumo dando respuesta a la litigiosidad asociada al incremento del comercio electrónico (y no electrónico), así como facilitar la cristalización de un verdadero mercado común europeo, estimulando el comercio transfronterizo y reforzando la confianza (también la e-confianza) (2) de los consumidores (3) en el contexto de las transacciones electrónicas.



Francisco Miguel Bombillar Sáenz

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Granada

I. LA INFORMACIÓN A LOS CONSUMIDORES EN EL MARCO DE LA RESOLUCIÓN

ALTERNATIVA DE LITIGIOS

1. Acervo comunitario: Reglamento (UE) sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo

El art. 14 del Reglamento (UE) sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (4) (en adelante, RODR) dispone, en su apartado primero, que los comerciantes establecidos en la Unión que celebren contratos de compraventa o de prestación de servicios en línea y los mercados en línea establecidos en la Unión ofrecerán en sus sitios de internet un enlace electrónico (de fácil acceso para los consumidores) a la plataforma de resolución de litigios en línea de la Unión Europea (5) (plataforma ODR), informando también de sus direcciones de correo electrónico.

Aquellos de estos comerciantes que se hayan comprometido o estén obligados a recurrir a una o varias entidades de resolución alternativa para resolver los litigios con los consumidores (entidades RAL) informarán a éstos de la posibilidad de recurrir a tal plataforma para resolver sus litigios. Este mandato del apartado segundo del art. 14 RODR se cumplirá, se reitera, proporcionando los comerciantes en su sitio de internet un enlace electrónico a dicha plataforma. Si la oferta se realizase mediante correo electrónico, se incluirá allí este enlace. Se facilitará también esta información, en su caso, en los términos y condiciones generales aplicables al contrato en cuestión.

Lo hasta aquí dispuesto, aclara el art. 14.3 RODR, no limita el alcance del art. 13 de la Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante, DADR) (6) ni contradice el resto de las disposiciones relativas a la información del consumidor sobre procedimientos de resolución extrajudicial de litigios contenidas en otros actos jurídicos de la Unión, a las que los preceptos del RODR se vienen a sumar. Los comerciantes presentarán, en lo posible, toda la información a la que estén obligados por este acervo comunitario de manera conjunta (art. 14.7 RODR).

La información a los consumidores es, sin lugar a dudas, uno de los pilares en los que se sustenta el nuevo marco normativo europeo de protección de los consumidores, anclado sobre la base que proporcionan los artículos 169, apartados 1 y 2, letra a), del TFUE, y 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como viene a interpretar y clarificar el TJUE periódicamente a través de sus resoluciones (7). No en vano, el punto 47 DADR es tajante al dictaminar que, de cara a garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores: «Cuando surge un conflicto, es necesario que los consumidores puedan identificar rápidamente qué entidades de resolución alternativa son competentes para tratar su reclamación y saber si el comerciante afectado participará o no en el procedimiento sometido a una entidad de resolución alternativa».

Esta información, a la luz del art. 6.1.t) de la Directiva 2011/83, sobre los derechos de los consumidores (8), ha de llegarle al consumidor en tiempo oportuno para que le pueda ser de utilidad, esto es, antes de quedar vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera de establecimiento mercantil. En consecuencia, con anterioridad a la celebración del contrato, el consumidor ha de ser informado de la posibilidad de recurrir a un mecanismo no judicial de reclamación y recurso al que esté sujeto el comerciante, así como de los métodos para tener acceso

al mismo. Ello le permitirá decidir libremente si desea o no vincularse contractualmente.

En este sentido, el art. 13 DADR, relativo a la información a los consumidores por parte de los comerciantes, conmina a los Estados miembros a velar por que los comerciantes establecidos en sus territorios informen a los consumidores, indicándoles la dirección de su sitio web, acerca de la entidad o entidades RAL que les den cobertura cuando éstos se comprometan o estén obligados a recurrir a las mismas. Este apunte es sumamente interesante pues el RODR no obliga a los empresarios a informar de las entidades RAL a las que estén adheridos, a lo que los compele es a informar de la existencia de una plataforma de resolución de litigios en línea y de la posibilidad de recurrir ante la misma para resolver sus litigios (9) .

La información a la que se refiere *in totum* el art. 13 DADR se prestará de manera «clara, comprensible y fácilmente accesible» en el sitio web del comerciante y, si procede, apunta el apartado segundo de este precepto de la Directiva, en las condiciones generales aplicables a los contratos. Este aspecto es, precisamente, el que aborda la reciente Sentencia del TJUE, Sala Sexta, de 25 de junio de 2020 (asunto C-380/19, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*) que alienta estas líneas y cuyo dictado comentaremos más adelante.

2. Ley 7/2017, de 2 de noviembre

En el caso español, es la Ley 7/2017, de 2 de noviembre (10) (en adelante, LRAL), la que se ocupa de transponer los dictados de la DADR, las obligaciones de información generadas por el nuevo marco europeo. Lo cierto es que la LRAL no se consagra sólo a la transposición de la DADR también al desarrollo de todas aquellas partes del RODR que, aunque se aplican directamente, sin embargo, han de ser completadas con el Derecho nacional (11) . Sea como sea, es en sus artículos 40 y 41 LRAL, donde se recogen las obligaciones de información de los empresarios sobre las entidades acreditadas y las consecuencias de su incumplimiento.

Al socaire del art. 40.1 LRAL, el empresario que esté adherido a una entidad RAL acreditada en España (o en cualquier otro Estado miembro de la UE) o venga obligado por una norma (aunque no esté adherido de facto a ninguna de ellas) o código de conducta (como sucede en el terreno de la publicidad) a aceptar la intervención de una entidad RAL en la resolución de sus litigios, deberá informar a los consumidores de la posibilidad de recurrir a dicha entidad (o de la imposibilidad de recurrir a esta vía si es que no está adherido a ninguna entidad acreditada pese a estar obligado a ello), de modo que el consumidor sepa *ex ante* a qué atenerse si contrata con ese comerciante.

Con anterioridad a la LRAL, el art. 22, relativo a las obligaciones de información de los prestadores, de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida coloquialmente como *Ley Paraguas*), ya contemplaba, en su apartado tercero, que, a petición de un destinatario, los prestadores pondrían a su disposición (letra f): «Información detallada sobre las características y condiciones para hacer uso de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos cuando estén sujetos a un código de conducta o sean miembros de alguna organización profesional en los que se prevean estos mecanismos».

Volviendo a la LRAL, la información a suministrar (12), que deberá referir la identificación completa de la entidad RAL acreditada competente, incluyendo la dirección de su página web, se ofrecerá de manera clara, e identificable, comprensible y mediante un acceso fácil en su página web, debiendo constar también en las condiciones generales de los contratos de compraventa o de prestación de servicios que el empresario ofrezca al consumidor (art. 40.2 LRAL). En caso de no ser posible esta vía de comunicación, el suministro de esta información se efectuará de cualquier otra manera que permita al consumidor su conocimiento (en particular, a través de folletos informativos propios, carteles con la información en lugar accesible al consumidor o cualquier otra comunicación comercial).

De especial interés es el dictado del art. 40.3 LRAL: cuando una reclamación presentada directamente por el consumidor al empresario no haya podido ser resuelta, éste deberá facilitar al consumidor, en papel o en cualquier otro soporte duradero, la información relativa a si se encuentra adherido a una entidad RAL o si está obligado por una norma o código de conducta a participar en el procedimiento ante una concreta entidad. En caso de no estar adherido a ninguna entidad RAL, el comerciante deberá facilitar al consumidor la información relativa, al menos, a una entidad que sea competente para conocer de la reclamación, indicándole también si participará en el procedimiento ante la entidad o entidades referidas. Esta información se suministrará en el momento de la contestación de la reclamación o en el plazo máximo de un mes desde su interposición si el empresario no hubiera contestado la misma de forma expresa.

El último apartado de este precepto (el art. 40.4) reitera que el empresario que celebre contratos de compraventa o de prestación de servicios en línea, así como las plataformas de comercio electrónico o mercados en línea, deberán incluir en su sitio web un enlace que permita un acceso identificable y fácil a la plataforma de resolución de litigios en línea de la Unión Europea a la que se refiere el RODR en su art. 14.5.

El incumplimiento por los empresarios de esta obligación de información es abordado por el art. 41 LRAL, donde se estipula que esta omisión tendrá la consideración de infracción grave en materia de defensa de los consumidores y usuarios, aplicándose lo dispuesto en el régimen sancionador general previsto en los artículos 46 y siguientes de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (13) (TRLGDCU), así como en la normativa autonómica correspondiente, sin perjuicio de la existencia de otras posibles infracciones en materia de información al consumidor que vengán tipificadas en la normativa sectorial que resulte de aplicación (14). Este precepto parece que viene a sumar un nuevo tipo infractor, con la calificación de grave, al elenco de infracciones que recoge el TRLGDCU. Ahora bien, este dictado nos deja muchas preguntas en el aire, entre otras: ¿este es un tipo infractor autónomo o se subsume en uno de los ya existentes [como podría ser el art. 49.1.n)]?

3. Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

A mayor abundamiento, el art. 21.3 TRLGDCU, en los términos fijados tras su modificación por la Ley 25/2009 (15), dispone que los empresarios pondrán a disposición de los consumidores y usuarios información sobre la dirección postal (así como su dirección legal si esta no coincidiera con la dirección habitual para la correspondencia), número de teléfono (fax, cuando proceda) y dirección

de correo electrónico en los que el consumidor y usuario, cualquiera que sea su lugar de residencia, pueda interponer sus quejas y reclamaciones o solicitar información sobre los bienes o servicios ofertados o contratados; y ello en el plazo más breve posible y, en todo caso, en el plazo máximo de un mes desde la presentación de la reclamación.

Del mismo modo, el art. 21.4 TRLGDCU señala, en la redacción operada por la referida Ley 25/2009, de conformidad con el dictado de la LRAL y dentro de los deberes previstos para el régimen de comprobación y servicios de atención al cliente, que: «En el supuesto de que el empresario no hubiera resuelto satisfactoriamente una reclamación interpuesta directamente ante el mismo por un consumidor, este podrá acudir a una entidad de resolución alternativa notificada a la Comisión Europea». En consecuencia, y de acuerdo con el mandato del art. 41 LRAL, se reitera el deber de que los empresarios faciliten el acceso a este tipo de entidades proporcionando a los consumidores la información pertinente a estos efectos a la que vienen obligados por los instrumentos comunitarios transpuestos en España.

A nivel autonómico, destaca la transposición de la DADR, en consonancia con la LRAL, realizada por la Ley 7/2019, de 23 diciembre, que viene a modificar, en su art. 31, el tenor de varios preceptos de la Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias. Su art. 32.6º establece que las empresas deberán cumplir con los requisitos de información establecidos por la LRAL; y el art. 32.9º, que la acreditación del cumplimiento de esta obligación incumbirá a la empresa en cuestión.

II. OBLIGACIÓN DE INFORMAR DE LAS ENTIDADES DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

El Tribunal de Luxemburgo, una vez más, pone de manifiesto el importante rol que la creación jurisprudencial juega a la hora de fijar cómo han de interpretarse los dictados del Derecho de la Unión (en este caso, de la DADR). Esta resolución judicial, objeto de un acertado análisis por parte de Fernández Rozas (16) y cuyo sustrato fáctico es conocido, indica que es en las condiciones generales de los contratos de compraventa o de servicios que un comerciante ponga a disposición de los consumidores en su sitio web donde se ha de hacer constar, por *mor* del art. 13.2 DADR, la entidad o entidades RAL que den cobertura al mismo cuando éste se comprometa o esté obligado a recurrir a dicha entidad o entidades para resolver sus litigios con consumidores.

Para el Tribunal de Luxemburgo no se cumple con esta obligación si esta información se recoge en otros soportes (como las condiciones tarifarias en el caso de autos), distintos de las condiciones generales. No es posible subsumir dentro de las condiciones generales del contrato una amalgama de documentos y de cláusulas distintos, aunque ellos estén alojados en un sitio web ligado a este comerciante. En suma, en palabras del TJUE (apartado 36): «no basta que dicho comerciante presente esa información en otros documentos accesibles en el referido sitio o en otros despegables de este o facilite al consumidor tal información en el momento de la celebración del contrato sujeto a las referidas condiciones generales a través de un documento distinto de estas».

Y ello es así, se use o no este sitio web de un modo efectivo para celebrar contratos con

consumidores. La DADR «no limita la obligación de información que establece a los casos en los que el comerciante celebre con los consumidores contratos a través de su sitio web» (apartado 28). Fue necesario realizar esta precisión porque una de las dudas que motivó el planteamiento de esta cuestión prejudicial fue el hecho de que el art. 36.2.2) de la Ley de Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo de Alemania, de 19 de febrero de 2016, indicase que esta información debía de facilitarse junto con sus condiciones generales, si es que el comerciante las utilizaba.

Ergo, de existir un sitio web y de estar ahí disponibles las condiciones generales, allí es donde procede reseñar la información relativa a la entidad o entidades de resolución alternativa que den cobertura a este comerciante. Así interpreta el Tribunal de Luxemburgo el tenor literal del art. 13.2 DADR, que apunta que esta información se habrá de suministrar «si lo hubiere, y si procede, en las condiciones generales». Esta información no se ha de presentar en otro lugar distinto.

III. COROLARIO

Este pronunciamiento del TJUE pone de manifiesto, siguiendo a Santamaría Pastor, cómo «la doctrina jurisprudencial se adhiere a las normas como una segunda piel, limitando o ampliando su sentido, en todo caso, concretándolo y modificándolo, de tal forma que las normas no dicen lo que dice su texto, sino lo que los Tribunales dicen que dicen» (17). Tras esta resolución judicial del Tribunal de Luxemburgo de 25 de junio de 2020, en las condiciones generales de los contratos de compraventa o de servicios que un comerciante ponga a disposición de los consumidores en su sitio web se hará constar, sin ningún resquicio para la duda, la entidad o entidades RAL que den cobertura al mismo cuando éste se comprometa o esté obligado a recurrir a dicha entidad o entidades para resolver sus litigios con consumidores, pues así ha interpretado el TJUE el tenor del art. 13.2 de la Directiva de Resolución Alternativa de Litigios. Un mandato, así acotado, al que habrán de atenerse todos los comerciantes que operen en la Unión.

(1)

No podemos soslayar la referencia en esta sede de los siguientes trabajos doctrinales: F. Esteban de la Rosa (dir.) y O. Olariu (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018; P. Cortés, «A New Regulatory Framework For Extra-Judicial Consumer Redress: Where We Are And How To Move Forward», *Legal Studies*, vol. 35, n.º 1, 2015, pp. 114-141; o F. Esteban de la Rosa y P. Cortés, «Un nuevo derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo», en *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado* (Ed. F. Esteban de la Rosa), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 514-565.

[Ver Texto](#)

(2) Lo que puso de manifiesto la Comunicación de 13 de abril de 2011 titulada «Acta del Mercado Único — Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza— "Juntos por un nuevo crecimiento"».

Ver Texto

- (3) Sobre el ciudadano europeo como ciudadano consumidor, véase el trabajo de A. Aguilar Calahorra, «La Constitución de la Sociedad del Consumo: El Ciudadano Europeo como Ciudadano Consumidor», en *O constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global* (Coords V. Pereira Da Silva y F. Balaguer Callejón), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2015, pp. 218-259.

Ver Texto

- (4) 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 (DOUE L 165 de 18 de junio de 2013).

Ver Texto

- (5) El estudio de la Comisión Europea *Online Dispute Resolution: Web-Scraping of EU Traders» Websites*, de noviembre de 2017, analizó las páginas web de más de 19.000 comerciantes online. Sólo el 28% de los comerciantes analizados ofrecía el enlace electrónico de la Plataforma Europea ODR. Puede consultarse el estudio en la URL: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/odr-webscraping-study-executive-summary_nov2017_en.pdf (con acceso el 30 de agosto de 2020).

Ver Texto

- (6) Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (DOUE L 165 de 18 de junio de 2013).

Ver Texto

- (7) A modo de muestra, aquí podemos sacar a colación pronunciamientos como los del 10 de julio de 2019, *Amazon EU* (C-649/17) o el 23 de enero de 2019, *Walbusch Walter Busch* (C-430/17).

Ver Texto

- (8) Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 304/64, de 22 de noviembre de 2011).

Ver Texto

- (9) M.J. Catalán Chamorro, *El acceso a la justicia de consumidores: los nuevos instrumentos de ADR y ODR de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 332.

Ver Texto

- (10) Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva

2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (BOE n.º 268, de 4 de noviembre de 2017).

Ver Texto

(11) Por eso, habría sido más correcto decir que la LRAL es una ley de transposición de la DADR y de desarrollo del RODR. F. Esteban de la Rosa, «Challenges for the implementation of the Consumer ADR Directive in Spain», en P. Cortés, *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2016, p. 275-296.

Ver Texto

(12) Este precepto no invalida cualquier otra obligación de información adicional que sea exigible en materia de resolución extrajudicial de litigios de consumo de conformidad con la normativa vigente.

Ver Texto

(13) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE n.º 287, de 30 de noviembre de 2007).

Ver Texto

(14) A la luz de los artículos 18 RODR y 21 DADR, serán los propios Estados miembros quienes determinen el régimen de sanciones aparejadas a la infracción del mandato de información de los artículos 14 RODR, 13 DADR y demás preceptos concordantes, adoptando, en consecuencia, todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Estos preceptos sólo indican que las sanciones que se prevean deberán ser «eficaces, proporcionadas y disuasorias».

Ver Texto

(15) En la redacción operada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Ver Texto

(16) Me remito a su post «Una web sobre las condiciones generales de los contratos de compraventa o de servicios, debe hacer constar la información relativa a la entidad o entidades de resolución alternativa de litigios (STJ 25 junio 2020)», de 30 de junio de 2020, en la URL: <https://fernandezrozas.com/2020/06/30/una-web-sobre-las-condiciones-generales-de-los-contratos-de-compraventa-o-de-servicios-debe-hacer-constar-la-informacion-relativa-a-la-entidad-o-entidades-de-resolucion-alternativa-de-litigios-stj-2/> (con acceso el 30 de agosto de 2020).

Ver Texto

(17) J.A. Santamaría Pastor, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Universidad Pontificia Comillas, 1987, p. 312.

Ver Texto

Española

Condición de institución arbitral del Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol y anulación de un laudo pronunciado por ésta por indefensión

Sentencia del TSJM de 18 febrero 2020 (1)

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara la nulidad de la Resolución dictada con fecha 21 diciembre 2018, por el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol en el Expediente 16/2018 Temporada 2018-2019, dejando sin efecto dicho laudo



Víctor Bonnín

Árbitro internacional, miembro del panel de árbitros del Tribunal de Arbitraje Deportivo

I. ANTECEDENTES

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) de 18 febrero 2020 trae causa de un arbitraje ante el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol (CJRFEF) entre un agente y un jugador de fútbol en el que el agente le reclamaba al jugador cantidades adeudadas por tres temporadas en virtud de un contrato suscrito en septiembre de 2014. En dicho arbitraje se dictó un laudo condenatorio a favor del agente frente al que el jugador demandado instó la acción de anulación.

Los motivos esgrimidos por el jugador para anular el laudo fueron la inexistencia de sometimiento al arbitraje del CJRFEF y que se le había causado indefensión porque no se le habían notificado las actuaciones arbitrales.

Resulta curioso en este caso que el agente se opuso a la anulación del laudo alegando que el TSJM

era incompetente objetivamente porque el CJRFEF no es un tribunal arbitral ni sus acuerdos pueden ser considerados como laudos. Además, también alegó que el plazo para instar la anulación había expirado por haber transcurrido más de cuarenta días desde la notificación del laudo al jugador.

II. DECISIÓN DEL TSJM Y REFLEXIONES

El TSJM primero resuelve la cuestión de su competencia y examina si el CJRFEF es un tribunal arbitral y considera que sí lo es. Se trata de la primera decisión expresa que toma una posición sobre esta cuestión. En efecto, tal y como señala la sentencia, en el pasado la condición de institución arbitral del CJRFEF había sido reconocida implícitamente por las Audiencias Provinciales y por el Tribunal Supremo al conocer de acciones de anulación de laudos del CJRFEF cuando eran competentes para ello, e incluso por el TSJM. En esos casos no se cuestionaba la condición de órgano arbitral pero el reconocimiento implícito derivaba de la obligación de examinar de oficio la competencia ex art. 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

El TSJM justifica la naturaleza arbitral del CJRFEF de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (LD), cuyos arts. 87 y 88 prevén que las cuestiones de naturaleza jurídico-deportiva podrán ser resueltas mediante conciliación y arbitraje, y que los estatutos de los clubes deportivos, federaciones y ligas profesionales podrán prever un sistema de conciliación o arbitraje en el que consten como mínimo, las siguientes reglas:

- a) Método para manifestar la inequívoca voluntad de sumisión de los interesados a dicho sistema.
- b) Materias, causas y requisitos de aplicación de las fórmulas de conciliación o arbitraje.
- c) Organismos o personas encargadas de resolver o decidir las cuestiones a que se refiere este artículo.
- d) Sistema de recusación de quienes realicen las funciones de conciliación o arbitraje, así como de oposición a dichas fórmulas.
- e) Procedimiento a través del cual se desarrollarán estas funciones, respetando, en todo caso, los principios constitucionales y, en especial, los de contradicción, igualdad y audiencia de las partes.
- f) Métodos de ejecución de las decisiones o resoluciones derivadas de las funciones conciliadoras o arbitrales.

Además, la LD prevé que las resoluciones adoptadas en estos procedimientos tendrán los efectos previstos en la Ley de Arbitraje, de donde se deduce evidentemente que las resoluciones son consideradas como laudos y por tanto susceptibles de la acción de anulación.

En aplicación de lo anterior, el Reglamento General de la RFEF prevé que el CJRFEF es el competente para resolver conflictos que no tienen carácter disciplinario o competicional entre personas físicas o jurídicas en relación con las operaciones que registren en la RFEF, siendo también competentes

cuando esos conflictos afecten a intermediarios registrados en la RFEF siempre que sus actividades hayan sido registradas en la RFEF y de conformidad con el Reglamento de Intermediarios.

En el presente caso, el agente se había inscrito en el registro de intermediarios de la RFEF y había registrado también el contrato de representación con el jugador, de donde el laudo derivaba la competencia del CJRFEF, además del contrato. Por tanto, la resolución se consideró como un laudo. Otra cuestión es si realmente el CFRFEF tenía competencia para conocer esa disputa y si había habido un sometimiento al CJRFEF, pero dicha cuestión, alegada para anular el laudo, no ha sido resuelta por el TSJM como se explica más adelante.

En relación con el segundo motivo de oposición y la caducidad de la acción de anulación, el plazo de cuarenta días alegado por el agente se apoyaba en el RD 177/1981, de 16 de enero que prevé que los acuerdos y actos de los clubes contrarios al ordenamiento jurídicos o las prescripciones de sus estatutos podrán ser anulados judicialmente en el plazo de cuarenta días.

Sobre esta cuestión, acertadamente el TSJ aplica el plazo de sesenta días previsto en la Ley 60/2003, de Arbitraje (LA), y decimos acertadamente porque ese plazo de cuarenta días está previsto para actos de clubes y prescripciones de sus estatutos, pero no para las federaciones, como indica el TSJM. Para las resoluciones de federaciones, también se ofrece en el mismo RD 177/1981 la posibilidad de impugnar sus actos o las prescripciones de sus estatutos, pero no se establece un plazo específico.

A falta de plazo, la aplicación del plazo de sesenta días resulta correcta ya que ello es consistente con la consideración del CJRFEF como un órgano arbitral y de sus resoluciones como laudos y por tanto hay que aplicarles la Ley de Arbitraje. Además, a falta de una mención en el laudo impugnado sobre cuál es el plazo de impugnación, la aplicación del plazo de sesenta días resulta más garantista por cuanto que es más amplio.

Así pues, la decisión del TSJM sobre esta cuestión es muy acertada, aunque deja abierta una incógnita. Si las normas estatutarias de los clubes pueden prever un sistema de arbitraje, estos podrían establecer un sistema de arbitraje interno, en cuyo caso, ¿el plazo que imperaría serían los cuarenta días porque en ese caso se trataría de actos de un club o los sesenta días previstos en la ley de arbitraje? En realidad, la discusión parece más teórica que práctica porque los conflictos suelen referirse a un organismo de la federación.

Entrando en el fondo de los argumentos del jugador para anular el laudo, el TSJM obvia el primero de ellos, esto es, la falta de sometimiento al arbitraje del CJRFEF, y examina únicamente el argumento de indefensión por el que decide anular el laudo.

En este punto el laudo indicaba que la RFEF había enviado un fax al club del jugador solicitando que el club le diera traslado al jugador del expediente y del emplazamiento para realizar alegaciones. No obstante, el jugador alegó que no había recibido el fax y que el CJRFEF disponía de la dirección postal y electrónica del jugador, pero no se le notificó por este medio a pesar de que si le notificaron la resolución y las facturas directamente por estas vías.

El TSJM confirma que no se le notificó la demanda al jugador. Sí que acepta el TSJM que el fax se le notificó al club en el que militaba el jugador, pues iba dirigido al presidente del club, pero sin que conste que luego se le diera traslado al jugador. Es en este punto en el que el TSJM explica a quién corresponde la carga de la prueba de la notificación y explica que no se invierte la carga de la prueba en contra de quien no recibe la notificación, sino que debía de ser el CJRFEF el que debía asegurarse de que se daba traslado de la demanda al jugador y decide que la falta de notificación supone una vulneración del art. 24 CE.

Para el TSJM el traslado de la documentación es un imperativo constitucional, incluso si la normativa aplicable no lo previera, imperativo que prevalece sobre la agilidad del procedimiento.

Hay que señalar que la decisión sobre esta cuestión no modifica la jurisprudencia constante relativa a los casos en los que el demandado adopta una actitud pasiva que hace imputable a su falta de indefensión, y así lo indica la sentencia. En efecto, en este caso, de la prueba presentada no se deducía que el jugador hubiera actuado de forma pasiva o negligente para recibir la documentación. En cambio, donde sí podría considerarse una falta omisiva es en la actuación del CJRFEF por no haber dado traslado directo de la documentación al jugador. En efecto, normalmente se exige que un órgano arbitral adopte una actuación razonable para averiguar los datos de contacto y notificar una demanda a un demandado, pero en el presente caso no es siquiera necesario analizar si el CRFEF empleó un esfuerzo razonable en el traslado de la documentación porque resulta evidente que, si disponía de las direcciones física y electrónica del jugador, no lo hizo al no dirigir la documentación directamente al jugador. Así pues, es lógico que, si el CJRFEF no utilizó esta vía, sino una indirecta (la notificación al club en el que milita el jugador) que se le exija a la institución la carga de la prueba de la notificación.

Al anular el laudo por este motivo, la sentencia del TSJ deja de analizar el primer motivo de anulación alegado por el jugador sobre la falta de sometimiento a arbitraje, argumento mucho más complejo. Se ha perdido así una buena oportunidad para analizar bajo la perspectiva del derecho español si puede considerarse como válidamente consentido un arbitraje que deriva de una cláusula arbitral prevista en los estatutos o reglamentos de una federación.

Se trata de una discusión compleja porque podría afectar incluso a la consideración de las resoluciones del CJRFEF como laudos y del procedimiento como sistemas de arbitraje. Esto se debe a que alguno de los requisitos que exige la LD a los sistemas de arbitraje son discutibles, en particular el primero de ellos arriba mencionado: método para manifestar la inequívoca voluntad de sumisión de los interesados a dicho sistema.

En efecto, ese método de manifestación inequívoca de la voluntad es una cuestión típica de jurisdicción que determinará si una determinada institución es competente para resolver el conflicto, pero no un requisito para que un organismo pueda considerarse como una institución arbitral o un procedimiento como un arbitraje. El sometimiento de las partes no determina la naturaleza de una institución como órgano arbitral, sino simplemente expresa la voluntad de que una institución determinada conduzca el procedimiento.

Como se ha dicho, el laudo derivaba la competencia del CJRFEF por el hecho de que el agente estaba inscrito en el registro de intermediarios de la RFEF, porque el contrato entre el agente y jugador estaba registrado en la RFEF y porque en el contrato había un sometimiento expreso al CJRFEF.

No obstante, el contrato preveía que las reclamaciones se someterían «a la jurisdicción de la asociación o de la FIFA».

Bajo estas condiciones, es discutible si el sometimiento al CJRFEF fue inequívoco porque por asociación podría considerarse la federación en la que estaba inscrito el jugador o la que estaba inscrito el agente. Por tanto, si en la sentencia se hubiera tratado esta cuestión y determinado que bajo una perspectiva española no existía un sometimiento inequívoco al CJRFEF del jugador decaía esa primera condición prevista para que un sistema se considere arbitraje según la LD.

Pero incluso aceptando la naturaleza arbitral del CRFEF, es dudoso si puede considerarse un sometimiento inequívoco por parte del jugador. En efecto, quien estaba registrado en el RFEF era el agente y no el jugador, además de que el Reglamento General de la RFEF hacía referencia a un Reglamento de intermediarios que entró en vigor después del contrato entre el agente y el jugador, y difícilmente puede decirse que un registro suponga una expresión unívoca de sometimiento al CJRFEF.

Finalmente, la expresión utilizada en el contrato también puede prestar a equívoco por cuanto la referencia a la asociación no resulta clara en un caso en el que el agente y el jugador estaban inscritos en distintas federaciones.

A mi juicio, la problemática de la cláusula es una cuestión de interpretación de esta, como sucede en muchos casos de arbitrajes comerciales. Lo que es más propio del arbitraje deportivo son las referencias al arbitraje por medio de los estatutos y reglamentos de federaciones que abren la puerta a hablar del arbitraje obligatorio cuando una de las partes no ha consentido expresamente al arbitraje (se asume que la parte que inicia el arbitraje acepta ese sometimiento).

Y esa es la aparente contradicción de la legislación española. La legislación abre la puerta a la existencia de remisiones a arbitraje en los reglamentos y estatutos, por lo que aceptaría la existencia del llamado arbitraje obligatorio (como los arbitrajes obligatorios previstos por ley en algunos casos de consumidores en los Estados Unidos). Pero al mismo tiempo luego indica que el sistema arbitral debe de tener un método para manifestar la inequívoca sumisión de los interesados a dicho sistema.

No siendo una cuestión de fácil respuesta, habría sido una buena oportunidad para que los jueces hubieran aportado luz al respecto.

.....
(1)

Vid. el resumen de esta decisión en la «Selección de las resoluciones más destacadas dictadas recientemente por nuestros Tribunales», *infra*.

[Ver Texto](#)

Revocación de una sentencia de instancia que desestimó la efectividad y el cumplimiento de un laudo arbitral por apreciar la excepción de cosa juzgada

Sentencia AP Madrid 19 febrero 2020 (1)

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de febrero, estima parcialmente un recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º. 58 de Madrid que desestimó una demanda para la efectividad y cumplimiento de lo establecido en laudo dictado el 12 noviembre 2001, aclarado el 28 noviembre 2001, por apreciar la excepción de cosa juzgada.



Rafael Hinojosa Segovia

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

El presente asunto tiene su origen en un convenio arbitral firmado, entre los cinco hermanos litigantes, ante Notario el 13 noviembre 2000 «por el que acuerdan someter sus diferencias a arbitraje de equidad que sería resuelto por un solo árbitro, con objeto de determinar las últimas voluntades que han de regir las sucesiones de sus padres y la ejecución de las mismas y determinar las participaciones y derechos que corresponden a cada una de las partes del arbitraje en relación con las sociedades e inmuebles que se contiene en el citado documento. El arbitraje concluyó mediante laudo emitido el 12 noviembre 2001, aclarado el 28 noviembre 2001».

Contra el laudo arbitral, se recoge en la Sentencia objeto de comentario, «se interpuso recurso de nulidad (*sic*) [entiéndase recurso de anulación] (2) por los aquí demandados», se refiere a los demandados en el proceso judicial al que seguidamente haremos referencia. Y continúa la Sentencia señalando que «la nulidad instada fue desestimada por Sentencia dictada el 18 marzo 2003, por la

Sección 11ª de esta Audiencia Provincial» (3) .

Según la Sentencia comentada, «los ahora demandantes presentaron demanda de ejecución del laudo arbitral (los demandados pretendieron, también en demanda, la no ejecución). Con fecha 1 marzo 2005, el Juzgado de Primera Instancia n.º 74 dictó auto por el cual, acogiendo la oposición formalizada de contrario, acordó declarar la nulidad del despacho que se había acordado (...). Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado por auto de fecha 20 de febrero de 2006, dictado por la Sección 10ª de esta Audiencia Provincial (...); el auto, en definitiva, declaró la inejecutividad del Laudo».

El presente recurso de apelación, cuya Sentencia comentamos, se interpone ante la Audiencia Provincial de Madrid contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 58 de Madrid el 5 junio 2015, en autos de Juicio ordinario tramitado ante él, en el que se dicta sentencia por la cual se desestima la demanda íntegramente, sin imposición de las costas causadas.

En la demanda se solicitaba por los actores «sentencia para la efectividad y cumplimiento de lo determinado en el laudo de 12 noviembre 2001, aclarado el 28 de noviembre» sobre diversas pretensiones de carácter declarativo y de condena sobre acciones de varias compañías y determinados derechos. Los demandados se opusieron en la contestación alegando las excepciones de cosa juzgada e inadecuación del procedimiento, solicitando, «en cuanto al fondo, la desestimación de la demanda por apartarse ésta del contenido dispositivo del laudo, pidiendo los demandantes su cumplimiento en forma y manera no prevista en el mismo».

En su Sentencia, el Juzgado de Primera Instancia apreció la excepción de cosa juzgada, desestimando la demanda, y con fecha 20 abril 2016 la Sección Decimonovena, en su Sentencia sobre el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, apreció la inadecuación del procedimiento y se desestimó el recurso de apelación interpuesto.

Contra dicha Sentencia los demandantes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera (Pleno) del Tribunal Supremo, que en su Sentencia n.º 282/2019, de 23 de mayo (4) , decidió: estimar el recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que dejó sin efecto la Sentencia impugnada; y remitir los autos a la Sección de la Audiencia que había conocido del recurso de apelación, para que, partiendo de la adecuación del procedimiento, resolviera sobre el fondo del asunto.

La Sentencia objeto de nuestro comentario añade, que «procede reproduciendo parcialmente los fundamentos segundo y tercero de la sentencia dictada el 20 abril 2016, entrar a resolver en los términos decididos por el TS, partiendo también, por los argumentos de la repetida resolución del TS, de la desestimación de la excepción de cosa juzgada que, opuesta por los codemandados, fue acogida en la sentencia de primera instancia».

Llama la atención en este asunto que el laudo y su aclaración son noviembre 2001 y las partes han continuado litigando sobre la efectividad y cumplimiento del mencionado laudo en 2020, con la posibilidad de interponer recursos extraordinarios contra la Sentencia de la Audiencia de 19 de

febrero de 2020 recaída, cuando una de las ventajas que se señalan del arbitraje por autonomía es su celeridad por contraposición al proceso judicial. Aquí el retardo del asunto ha obedecido a los problemas derivados de la ejecución del laudo y no del arbitraje en sí, según los datos que se recogen en la sentencia.

A continuación, pasamos a examinar la cuestión relativa a la cosa juzgada que es el tema central de este proceso.

II. COSA JUZGADA

Los demandados opusieron en su contestación, las excepciones de cosa juzgada e inadecuación del procedimiento, siendo la primera de ellas como consecuencia del laudo dictado en su día.

La Sentencia declara que «entendemos que la desestimación de esta última excepción [se refiere a la de cosa juzgada] tiene su apoyo en los propios argumentos que la Sentencia del Tribunal Supremo acoge para rechazar la inadecuación del procedimiento al decir, con cita del art. 552.3º LEC, que "al margen de si pueden prosperar o no las pretensiones de los dos hermanos demandantes, en cuanto a su contenido y a su correcta adecuación a lo decidido en el laudo, no cabe negarles la posibilidad de hacerlas valer, y lo contrario supone privarles del acceso a la jurisdicción, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE... 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"». El art. 552.3º LEC dispone que «una vez firme el auto que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor sólo podrá hacer valer su derecho en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a éste la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución».

La cosa juzgada (5) (o cosa juzgada material) es el efecto más importante de las sentencias firmes, en nuestro caso de los laudos, hasta el punto de que para un importante sector doctrinal (6) constituye el elemento definitorio de la función jurisdiccional.

Como es sabido, la cosa juzgada material es la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, es decir, el cierre de toda posibilidad de que se emita, por la vía de la apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o se contradiga a la que goza de esta clase de autoridad, siempre que se den las tres identidades (personas, objeto y causa de pedir) definidoras de la acción (7). De este concepto se deduce la función negativa de la cosa juzgada, que supone la imposibilidad general de abrir nuevos procesos (*non bis in ídem*), y la función positiva que impide que un nuevo proceso se decida de modo contrario a como antes fue fallado (8).

El art. 222.1º LEC es lo que quiere decir, en relación con la función negativa, cuando señala que «la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo».

En realidad, la cosa juzgada no excluye un ulterior proceso por sí misma, ya que es difícil que el

tribunal pueda apreciarla de oficio *in limine litis*. Lo más habitual será que el demandado plantee la cosa juzgada como excepción al contestar la demanda y que se resuelva sobre dicha cuestión en la audiencia previa al juicio o en el acto de la vista, según se trate de un Juicio ordinario o verbal. No obstante, en la LEC la cosa juzgada tiene el mismo tratamiento que la litispendencia, lo cual puede hacer pensar que el tribunal puede apreciarla de oficio. En cualquier caso, si se apreciara la cosa juzgada, se dictará auto de sobreseimiento (*vid.* art. 421 LEC). La Sentencia denomina «anomalía procesal», que en vez de auto se decidió por sentencia, lo que se había destacado en el recurso de apelación, pero según la Sala «no conlleva, aparte de la conformidad con el apelante en la forma de la resolución, ninguna otra consecuencia, por cuanto ni se advierte, ni se denuncia, quebranto o infracción del principio de indefensión».

En cuanto a la función positiva o prejudicial, el art. 222.4º LEC dispone que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando 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».

Mientras que la firmeza es un efecto predicable de cualquier resolución judicial que le alcance, la cosa juzgada es un efecto exclusivo de las sentencias (o autos a los que la ley otorgue una eficacia equivalente). Precizando un poco más, cabría señalar que el efecto de cosa juzgada se produce en las sentencias sobre el fondo dictadas en procesos plenarios.

La cosa juzgada en sentido negativo se extiende a las partes, respecto de lo que haya sido objeto de debate en el proceso, y se mantiene inalterable en el tiempo. No obstante, lo anterior, cabe señalar límites a la cosa juzgada, que son límites subjetivos, objetivos y temporales (9).

En cuanto al arbitraje y cosa juzgada, como se recoge en la propia Sentencia, dictado el laudo «el 12 noviembre 2001, que conforme a lo que disponía el art. 37 de la Ley 36/1998 (*sic*) [léase 1988] vigente a la fecha del arbitraje, "produce efectos idénticos a la cosa juzgada"».

La autoridad de cosa juzgada derivada del laudo arbitral viene hoy día reconocida por el art. 43 LA/2003. Con anterioridad a la LA de 1988, la especial eficacia de los laudos era explicada por los «contractualistas» como consecuencia de la fuerza obligatoria de los contratos entre las partes, mientras que los «jurisdiccionalistas», al equiparar el laudo a una sentencia judicial, hacían derivar del pronunciamiento de los árbitros los mismos efectos que si de una sentencia judicial se tratara. La LA de 1988, establecía expresamente en su art. 37 que el «laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada», con lo cual no reconocía directamente al laudo firme los efectos de la cosa juzgada (argumento empleado por los «jurisdiccionalistas»), sino efectos «idénticos» a la cosa juzgada, es decir, el legislador no quiso equiparar el laudo a una sentencia judicial. Es más, nosotros mismos al referirnos a la cosa juzgada del laudo, utilizamos el término «cosa arbitrada» (10), si se nos permite esta expresión.

La LA/2003, al establecer que el laudo firme produce efectos de cosa juzgada, identifica la eficacia de los laudos con la de las sentencias judiciales. Conforme a una interpretación literal, las

consecuencias de este efecto derivadas del laudo, radican en la imposibilidad de que tanto un Tribunal judicial como arbitral conozcan del asunto ya resuelto (función negativa), o resuelvan de modo contradictorio a los pronunciamientos de los árbitros (función positiva) (11) .

Es necesario señalar que el art. 43 LA/2003 tuvo una modificación por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, según la cual «el laudo produce efectos de cosa juzgada». Es decir, actualmente, ya no es necesario que los laudos sean firmes para producir dicho efecto, lo que era una demanda de algunos círculos de arbitraje porque el laudo una vez dictado se consideraba que era firme (12) .

La Sección de la Audiencia estima parcialmente el recurso con las consideraciones que realiza en el Fundamento Jurídico Cuarto en el sentido de que la demanda rectora de las actuaciones debe ser parcialmente estimada. «En primer lugar, porque (...) los demandados transmitan a los actores todas las acciones de las que ellos son titulares directos o indirectos de las sociedades [determinadas] (...), mientras que los demandantes habrán de transmitirles a ellos las de las sociedades [otras diferentes] (...) de manera que ningún grupo de hermanos pueda en lo sucesivo interferir directa o indirectamente en las sociedades del otro grupo de hermanos, los impedimentos que se alegaban por los demandados para dar cumplimiento a lo que ellos mismos se avinieron a reconocer, no puede ser obstáculo para vetar la recíproca obligación. En segundo lugar (...) tampoco se advierte obstáculo para no dar cumplimiento a lo convenido por más que las participaciones estén en manos de terceros ajenos al laudo, extremo que, expresamente, ya era conocido y así se recogió en el documento al que se quiere dar efectividad. En tercer lugar (...) sin que, y por ello se ha anunciado una estimación parcial, sea procedente, para el supuesto de que dichas participaciones, en poder de terceros, no puedan ser adquiridas y, consiguientemente, ser transmitidas a los demandantes, condenar al citado demandado a indemnizar en otro tanto de la misma cantidad, cuando tal circunstancia es ajena a su voluntad y ya se le impone la obligación de abono».

Y prosigue la Sentencia, «por lo expuesto, habida cuenta que también conforme a lo que se concreta en el laudo, no procede establecer un precio para la transmisión (lo cual excluye la alegación de enriquecimiento injusto que se contiene en la contestación a la demanda) ni "ninguna otra transmisión ni compensación", y que las dudas que plantean los demandados en orden al cumplimiento por partes de los actores de sus obligaciones no es argumento para una oposición (si acaso hubiere debido plantearse por la vía de la reconvencción), la demanda debe ser parcialmente estimada con la consecuente revocación de la sentencia apelada».

Por último señalar que la Sala confirma, de acuerdo con la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que no juega en el caso el instituto de la cosa juzgada.

III. COSTAS

Según la Sentencia «no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada», ello es porque el recurso es parcialmente estimado, por lo que conforme al art. 398.2º LEC «no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes».

En relación a las costas de primera instancia al ser «parcialmente estimada la demanda rectora de

las actuaciones, no se hace expresa imposición de las costas causadas» en esa instancia, de acuerdo con el art. 394.2 LEC.

IV. DEPÓSITO

La Sentencia, dado que la estimación del recurso es parcial, determina la devolución del depósito de acuerdo a la Disposición Adicional 15ª.8 LOPJ, disposición añadida por el art. 119 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

V. INFORMACIÓN SOBRE LOS RECURSOS

Al notificarse la resolución, en este caso la sentencia, a las partes se indicará si la misma es firme o si cabe algún recurso contra ella, con expresión en este último caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que deba interponerse y del plazo para recurrir (arts. 248.4 LOPJ y 208.4º LEC. Estas disposiciones legales integran lo que se conoce, en términos forenses, «información sobre los recursos».

En el presente asunto, la Audiencia comunica, en la propia Sentencia, denominándolo «Modo de impugnación», que contra la misma «no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los arts. 469 y 477 LEC, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial...». Adviértase, que los arts. 469 y 477 se refieren, respectivamente, al otro recurso extraordinario citado.

Finalmente, se alude a la posible solicitud al Tribunal de la certificación de la sentencia que se impugna. Lo que sucede es que cita el art. 471 LEC, relativo al recurso extraordinario por infracción procesal, en el cual no se recoge nada sobre dicha certificación. Lo que sí ocurre en el art. 481.2 LEC, relativo al recurso de casación. Discrepancia que se critica porque no se entiende la razón de ser. Es verdad, que la certificación de la sentencia no sería necesaria ya que está en los autos correspondientes (13) . Cuestión totalmente distinta, es el texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional.

.....

(1)

Vid. el resumen de esta decisión en la «Selección de las resoluciones más destacadas dictadas recientemente por nuestros Tribunales», *infra*.

[Ver Texto](#)

(2) Dada las fechas de emisión del laudo y de su aclaración, 12 de noviembre y 28 noviembre 2001, respectivamente, regía la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, como se dice en la propia Sentencia, con lo cual el sistema de impugnación contra el laudo era el llamado recurso de anulación

(arts. 45-51 LA de 1988). Este recurso estaba previsto tanto si el laudo era de derecho como de equidad, lo que no sucedía en el régimen anterior a esta Ley. En concreto, el «recurso de nulidad» estaba previsto en la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulaban los Arbitrajes de Derecho Privado, en su art. 30 para los arbitrajes de equidad. Precepto que fue modificado por el art. 27 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sobre el particular, puede verse R. Hinojosa Segocia, *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*, Madrid, Edersa, 991, especialmente, pp. 24-36.

[Ver Texto](#)

(3) Roj: SAP M 3493/2003. Esta Sentencia también habla de «recurso de nulidad», en vez de la denominación legal de aquel momento, «recurso de anulación». Juzgado de Primera Instancia n.º 101 de Madrid de manera exclusiva, y excluyente, con mantenimiento de la competencia en ejecuciones de laudos arbitrales

[Ver Texto](#)

(4) Roj: STS 1635/2019.

[Ver Texto](#)

(5) Sobre este tema véase, A. De la Oliva Santos, *Sobre la cosa juzgada (Civil, contencioso-administrativa y penal con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, CERASA, 1991, especialmente las pp. 17-120, sobre la cosa juzgada en el ámbito jurisdiccional civil.

[Ver Texto](#)

(6) Así, M. Serra Domínguez, en «Jurisdicción», *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Barcelona, Ariel, Barcelona, 1969, p. 49, para quien «no basta con la emisión de un juicio jurídico para que exista jurisdicción, en cuanto tal característica es propia también de la Administración y de los particulares, sino que es indispensable que este juicio goce de la característica de la irrevocabilidad, tradicionalmente atribuida a la cosa juzgada».

[Ver Texto](#)

(7) J. Guasp, *Derecho Procesal Civil, Tomo Primero, Introducción y Parte general*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, p. 553

[Ver Texto](#)

(8) *Ibíd.*, p. 554.

[Ver Texto](#)

(9) Puede verse S. Aragonés Martínez, S. y R. Hinojosa Segovia, *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Introducción, parte general, procesos declarativos ordinarios y sus especialidades*, Madrid, CERASA, 2008, pp. 356-359.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁰⁾ R. Hinojosa Segovia, *El recurso de anulación...*, *op. cit.*, p. 149.

[Ver Texto](#)

⁽¹¹⁾ R. Hinojosa Segovia, «Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo. (Arts. 40-43)», en *Comentario a la Ley de Arbitraje* (A. De mMartín Muñoz, y S. Hierro Anibarro, coords.), Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 569.

[Ver Texto](#)

⁽¹²⁾ M.A. Fernández-Ballesteros, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Iurgium, 2001, p. 168.

[Ver Texto](#)

⁽¹³⁾ Así, I. Díez-Picazo Giménez, I., «Comentario al art. 482», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con A. de la Oliva Santos, J. Vegas Torres y J. Banacloche Palao), Madrid, Civitas, 2001, p. 838.

[Ver Texto](#)

Desestimación de declinatoria por sumisión a arbitraje por superar la cláusula de sumisión a arbitraje el control judicial

Auto AP Barcelona 22 abril 2020 (1)

La Audiencia Provincial de Barcelona, en el Auto de 22 abril 2020 confirma el auto de un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona que declaró la falta de competencia objetiva de este órgano judicial para conocer del asunto controvertido, teniendo en cuenta la existencia de una cláusula de sumisión a arbitraje que cumple las condiciones incorporación y transparencia.



María Carmen Barrón López

Abogada. Responsable del departamento jurídico del grupo inmobiliario Nederval

I. ANTECEDENTES

En el presente estudio examinaremos el reciente Auto de la Sección n.º 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona (AP Barcelona), de 22 abril 2020.

El Auto mencionado resuelve el recurso de apelación interpuesto contra un auto de fecha 17 de octubre de 2018 dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 46 de Barcelona, en referencia al planteamiento de una declinatoria por sumisión a arbitraje, declarando la falta de competencia objetiva de este órgano judicial para conocer del asunto y el derecho de las partes a usar su derecho ante los Tribunales de Arbitraje, concretamente, la Cámara de Comercio de Torrelavega.

El análisis del mencionado Auto nos va a resultar de especial interés, en cuanto, va más allá de la concreta materia controvertida y realiza una clara exposición acerca de la valoración de la cláusula de sumisión arbitraje.

Pues bien, en el procedimiento de juicio ordinario n.º 637/2018 que trajo origen al recurso de apelación, el actor interpuso demanda de juicio ordinario frente a la mercantil demandada, The Bymovil Spain, S.L., en relación con un contrato suscrito por ambas partes que contenía una cláusula

de sumisión expresa a arbitraje de derecho en favor de la Cámara de Comercio de Torrelavega. En la demanda se postulaba la inaplicación de esta cláusula de sumisión al amparo de lo dispuesto en el art. 54.2º Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y se interesaba la condena de la mercantil demandada al abono de determinadas cantidades por los daños y perjuicios derivados de la frustración de las expectativas de negocio como consecuencia de la extinción contractual.

La parte demandada propuso declinatoria basada en su consideración de que la relación contractual concertada entre las partes era un contrato de distribución y no le resultaba de aplicación el fuero imperativo incorporado a la Disposición Adicional 2ª de la Ley de Contrato de Agencia, por tratarse de una regla de competencia territorial que no excluye el sometimiento a arbitraje de las materias que regula la Ley del Contrato de Agencia.

El magistrado de instancia consideró que las partes eran empresarias y estaban legitimadas para incorporar la cláusula de sumisión a arbitraje al amparo de lo previsto en el art. 11 de la Ley de Arbitraje (en adelante LA); estimando la declinatoria planteada por la mercantil demandada, con la consiguiente declaración de competencia en favor de Cámara de Comercio de Torrelavega.

Las cuestiones planteadas se fundamentan en esencia en la naturaleza de la relación contractual entre las partes, como punto de partida para efectuar la valoración de la cláusula de sumisión a arbitraje.

II. EXAMEN DEL CONVENIO ARBITRAL: CLÁUSULA NO NEGOCIADA DE SUMISIÓN EXPRESA A ARBITRAJE DE DERECHO A FAVOR DE INSTITUCION ARBITRAL INSERTA EN UN CONTRATO DE ADHESIÓN. CONSUMIDORES

Como primera cuestión, nos centraremos en los hechos controvertidos en relación con la cláusula de sumisión expresa a arbitraje, que se recogía contractualmente en los siguientes términos:

«Para dirimir cualquier discrepancia con respecto a la interpretación y/o ejecución de lo establecido en el presente contrato ambas partes se someten al arbitraje de derecho de la Cámara de Comercio de Torrelavega, que actuará según su reglamento, actuando en ejecución y segunda instancia los Juzgados de Torrelavega, con renuncia expresa de cualquier otro fuero que les pudiera corresponder (...).»

En referencia al convenio arbitral plasmado como manifestación de la voluntad de las partes que da origen al proceso arbitral, son varias las pretensiones esgrimidas por el apelante para argumentar la invalidez de dicha estipulación:

- i) Por una parte, considera que dicha cláusula se incorpora a un contrato de adhesión y, en base al art. 54.2º LEC, no será válida la sumisión expresa integrada en los contratos de adhesión o en los que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios.
- ii) Por otra parte, estima que la cláusula no se somete al fuero imperativo que establece la Disposición Adicional 2ª de la Ley 12/1992, de 27 de mayo sobre Contrato de Agencia, que

atribuye con carácter imperativo el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia al Juez del domicilio del agente.

- iii) Finalmente, argumenta que la cláusula de sumisión a arbitraje no respeta las previsiones del art. 9 LA, ni la exigencia jurisprudencial de que la sumisión al arbitraje sea «*explícita, clara, terminante e inequívoca*».

Sobre la primera cuestión expuesta argumenta el Auto que, si bien, el apelante reconoce que no dispone de la condición de consumidor, sostiene que la sumisión de arbitraje se inserta en una cláusula no negociada incluida en un contrato de adhesión que, asimismo, está integrado por condiciones generales de la contratación y que, por tanto, no debe desplegar efectos al amparo del art. 54 LEC.

En línea con estas cuestiones, el Auto analizado manifiesta la similitud del supuesto con el resuelto por la misma Sección de la AP Barcelona, mediante Sentencia de 25 enero 2019. Así, analiza de forma clara que la circunstancia de que una cláusula incorpore una condición general de la contratación redactada por una de las partes con intención de ser incluida en una pluralidad de contratos, sólo llevará consigo la obligación de cumplimiento de las exigencias establecidas en el art. 5 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC). Por ello, la validez del convenio arbitral y su interpretación dependerán de las específicas normativas del contrato de adhesión en el que se encuentra incluido, sin que deba confundirse el ámbito de actuación y los requisitos de validez de los contratos de adhesión y los contratos de consumo; cuestión ya resuelta asimismo por la Sentencia de 18 julio 2013 de la misma Sección.

En referencia con la segunda cuestión suscitada sobre el fuero imperativo, el Auto referido trae a colación la resolución dictada por la Sección sobre una controversia similar mediante Auto de 24 abril 2018, en el que se apuntaban las siguientes consideraciones:

«Considera la mercantil demandante que la cláusula de sumisión contenida en el contrato de agencia que vinculaba a las partes, en concreto la estipulación 18a, iba contra la disposición de carácter imperativo contenida en la citada Ley de Agencia; la disposición adicional 2a de dicha norma dispone que la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario; sostiene la parte apelante que tal disposición contiene no solo una norma de competencia territorial, como razona la resolución recurrida, sino también de carácter objetivo, es decir de competencia objetiva».

En consecuencia, expone el Tribunal que el recurrente sigue un argumento erróneo basado en la disposición invocada, que únicamente establece una regla de competencia territorial que determina la competencia de este tipo de actuaciones en favor del domicilio del agente, sin que entre en su delimitación que la cuestión se dilucide por arbitraje o por la vía judicial.

Por lo expuesto, la Sección de la AP Barcelona sigue una línea expositiva clara sobre las cuestiones planteadas por la apelante referentes a la naturaleza de la relación contractual existente entre las

partes y los efectos sobre el fuero aplicable, de manera que, fundamenta la desestimación de dichas cuestiones en la línea propia jurisprudencial mantenida por el Tribunal, y ello, como punto de partida para valorar en *strictu sensu* la validez de la cláusula de sumisión a arbitraje.

III. VALIDEZ CLAUSULA SUMISION ARBITRAJE

Sobre la tercera cuestión argumentada por la actora apelante referente a la invalidez de la cláusula de sumisión a arbitraje, el mencionado Auto hace una valoración del convenio arbitral considerando que cumple los requisitos del art. 9 LA y supera el control de inclusión; exponiendo que:

«Tampoco consta indicio alguno de que la cláusula de referencia, como se sugiere en el escrito de recurso, resulte contradictoria con la intención evidente de los contratantes, ni que comporte una coyuntura de desequilibrio para el actor o resulte contraria a las exigencias de la buena fe, aspectos estos últimos que, se reitera, únicamente serían fiscalizables, en su caso, desde la perspectiva de los derechos de los consumidores.

En definitiva, la cláusula de sumisión cumple las condiciones de incorporación y transparencia a las que se refiere el art. 7 de la LCGC, y además el arbitraje hace referencia a una controversia referente a una materia de libre disposición conforme a derecho, tal como exige el art. 2 de la Ley de Arbitraje».

Inciendo de forma pormenorizada en las cuestiones expuestas por el Tribunal a la hora de interpretar la validez del convenio arbitral, son varios los parámetros considerados:

- i) A la luz del art. 9 LA, para que el convenio arbitral sea formalmente válido debe constatar la voluntad inequívoca de sometimiento a arbitraje, resultando conveniente su interpretación al amparo del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (2). Como reverso de dicha voluntad inequívoca se encuentra la vertiente negativa que supone la renuncia a la jurisdicción ordinaria, de forma que, dicha voluntad «ha de ser clara, terminante, incondicional e inequívoca, aunque no resulta imprescindible que sea expresa, ya que puede deducirse de actos inequívocos y concluyentes» (3).

En definitiva, el art. 9.1º LA es el marco general dentro del cual se engloba aquellos requisitos formales y esenciales o de contenido que debe cumplir un convenio para que sea sustento válido del sistema arbitral.

Sobre esta cuestión, frente a las alegaciones de la demandante referentes a que la cláusula arbitral no respeta las previsiones del art. 9 de la LA, ni la exigencia jurisprudencial de que la sumisión al arbitraje sea «*explícita, clara, terminante e inequívoca*», el referido Auto mantiene que la cláusula no sólo cumple las exigencias del mencionado precepto, sino que, la voluntad de las partes es inequívoca, clara y ha sido firmada por el actor; por tanto, supera los requisitos que dan validez a su inclusión, sin que haya indicio alguno en sentido contrario.

En línea con lo anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 27 junio 2017 (4) establece claramente los requisitos de validez de la cláusula de sumisión a arbitraje: «para ser tenida por

eficaz, es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros».

En consecuencia, podemos concluir que uno de los aspectos esenciales de valoración de dicha cláusula debe ser la manifestación del consentimiento de las partes de someterse a arbitraje, como medio de constatación de su voluntad de acoger una vía alternativa al proceso judicial para ejercer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con las mismas garantías constitucionales.

Sin que resulte necesario destacar alguno de los elementos configuradores del arbitraje, debido a su naturaleza autónoma (5), el arbitraje se asienta sobre el principio de autonomía de la voluntad reflejada en el convenio arbitral que cumple la doble función de base y límite del arbitraje (6).

- ii) En relación con la materia tratada, se encuentra dentro del marco legal que marca el art. 2 de la LA, siendo consiguientemente susceptible de someterse a arbitraje. Dicho artículo se limita a establecer que será arbitrable aquello que sea disponible conforme a Derecho, permitiéndole de esta forma a la LA adaptarse a los cambios de la sociedad y al mercado sin ser necesarias constantes reformas legales (7).
- iii) Por lo expuesto anteriormente, cuestión fundamental será el control judicial de la referida cláusula de sometimiento a arbitraje. En este sentido, el Auto estudiado destaca que la cláusula no resulta contradictoria con la intención evidente de los contratantes, ni les deriva un perjuicio que genere un desequilibrio al actor o resulte contraria a las exigencias de la buena fe, aspectos únicamente valorables, desde la perspectiva de los derechos de los consumidores. Asimismo, el Auto concluye que la citada cláusula cumple las condiciones de incorporación y transparencia del art. 7 de la LCGC.

En definitiva, el requisito formal que otorga validez a las cláusulas contractuales o condiciones estipuladas sobre dicha cuestión es, por tanto, su conocimiento y aceptación por el consumidor o usuario, por lo que, la falta de conocimiento y el consiguiente desequilibrio generado entre las partes, es lo que convertiría dicha cláusula en abusiva y, por ende, nula de pleno derecho.

IV. DECLINATORIA ARBITRAL

En el Auto referido se concluye de forma clara el alcance de las facultades del órgano judicial para corroborar la validez de la cláusula arbitral a fin de valorar si el convenio arbitral estipulado entre las partes se encuentra fundamentado en los principios de autonomía de la voluntad y disponibilidad, principios esenciales del arbitraje de Derecho privado. De forma que, que el convenio obliga a las partes a lo estipulado e impide a la jurisdicción ordinaria conocer de las controversias sometidas a arbitraje y sólo perderá eficacia por la renuncia expresa o tácita al arbitraje pactado (8).

La redacción del numeral 1 del art. 11 LA concluye «...e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante

declinatoria».

En suma, el hecho de haber suscrito un convenio arbitral no supone la obligación de cumplir dicho convenio, sino que, se refiere a las consecuencias de la obligatoriedad de todo contrato o convención que, con carácter general, sienta el art. 1.091 Cc y se concreta en la aplicación del art. 11.1º LA (g) .

Por ello, para que la cláusula arbitral pueda desplazar a la vía judicial, como en el supuesto que nos ocupa, se ha formular la correspondiente declinatoria (10) , a instancia de la parte demandada.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

En nuestra opinión, la resolución judicial estudiada es muy relevante a la hora de analizar los elementos esenciales de la cláusula de sumisión a arbitraje que la dotan de validez. De hecho, de su análisis se deducen los requisitos esenciales del convenio arbitral, corroborados por recomendaciones jurisprudenciales relevantes para su valoración.

Ciertamente, la Sección de la AP Barcelona sigue la línea jurisprudencial ya establecida por el propio Tribunal sobre cuestiones que, de forma clara y puntual, analizan y dan respuesta a los aspectos esenciales controvertidos.

Por todo ello, consideramos que el Auto estudiado y, por ende, cualquier resolución sobre la valoración de la cláusula arbitral tiene que ser analizada en su conjunto, estableciendo una revisión de fondo sobre los aspectos esenciales que han de ser imperativos para que no se produzca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

.....

(1)

Vid. el resumen de esta decisión en la «Selección de las resoluciones más destacadas dictadas recientemente por nuestros Tribunales», *infra*.

[Ver Texto](#)

(2) La STEDH 28 octubre 2010 n.º 1643/06, en el asunto *Suda c. République Tchèque* se interpreta la eficacia de la sumisión a arbitraje desde la perspectiva del art. 6 CEDH. *Vid.* M. Gómez Jene, «El convenio arbitral: *statu quo*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, octubre 2017, pp. 7-38.

[Ver Texto](#)

(3)

STSJ Madrid 13 diciembre 2016, ECLI:ES: TSJM:2016:13260.

[Ver Texto](#)

(4) STS Civil de 27 junio 2017.

[Ver Texto](#)

- (5) S. Barona Vilar, «Introducción», en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 71.
- [Ver Texto](#)
- (6) R. Verdera Server, *El convenio arbitral*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 15.
- [Ver Texto](#)
- (7) J.C. Fernández Rozas, «Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje», en *La Nueva Ley de Arbitraje*, Estudios de Derecho Judicial, n.º 102, 2006, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 77 ss.
- [Ver Texto](#)
- (8) J. Montero Aroca, J.L. Gómez Colomer, A. Montón Redondo y S. Barona Vilar, *Derecho Jurisdiccional II*, 27ª ed., Valencia, Tirant lo Blanc, 2019, pp. 879-880.
- [Ver Texto](#)
- (9) R. Verdera Server, «Del convenio arbitral y sus efectos», en S. Barona Vilar (ccord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, *op. cit.*, p. 556.
- [Ver Texto](#)
- (10) Sobre esta cuestión *vid.* C. Martín Brañas, «La declinatoria como instrumento adecuado para alegar en el proceso jurisdiccional el sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 3, n.º 1, 2010, pp. 160-171.
- [Ver Texto](#)

Del único fruto sano del manzano podrido o sobre el convenio arbitral que sobrevive al contrato nulo que lo cobija, de se fue el último tren o la renuncia tácita a las facultades de impugnación y de cuestiones sentadas hasta la saciedad o la naturaleza de la acción de anulación y el orden público (1)

Sentencia TSJ País Vasco 23 abril 2020 (2)

Al hilo de la Sentencia del Tribunal Superior del País Vasco de 23 abril 2020 que resuelve acción de anulación contra laudo arbitral, se comenta la argumentación ofrecida por el mentado tribunal para desestimar las tres causas de anulación alegadas: convenio arbitral inexistente o inválido (art. 41.1º.a) LA), resolución de cuestión no sometible a arbitraje (art. 41.1º.c) LA), e infracción del orden público (art. 41.1º.f) LA), por resolución arbitraria del árbitro y no motivar el laudo arbitral. Incide el autor en la renuncia tácita a las facultades de impugnación que se ordena en el arbitraje (art. 6 LA) por ser una cuestión que aborda la sentencia, bien a instancia de parte, como de oficio.



Ixusko Ordeñana Gezuraga

Profesor Titular Derecho Procesal

Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco

1. Nos proponemos, en este comentario, desgranar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País vasco (en lo sucesivo, TSJ País Vasco), de 23 abril 2020. Empezando por el final, en lectura de conjunto, esta resolución judicial acredita la función de la jurisdicción o Poder Judicial sobre el arbitraje: en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que estudia la solución de los conflictos jurídicos, el Poder Judicial viene a dotar de seguridad jurídica a los mecanismos extrajurisdiccionales. Lo advertimos sobradamente en la senda argumentativa que sigue la sentencia que nos ocupa para dilucidar (y desestimar) las tres causas de anulación alegadas: 1) la inexistencia de convenio arbitral; 2) la resolución de cuestión no sometible a arbitraje y 3) la infracción del orden público, por actuación arbitraria del órgano arbitral y por falta de motivación del laudo recurrido. Para probarlo, además de presentar el supuesto de hecho causante y deducido de la sentencia, vamos a reparar, sucintamente, en la tramitación de la acción de anulación que da lugar a

aquella. A continuación, proponemos, en primer lugar, fijarnos en el primer motivo de anulación alegado: «que el convenio arbitral no existe o no es válido» (art. 41.1º.a) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA). Sin solución de continuidad, y detectando una práctica habitual de la abogacía al redactar las demandas de acción de anulación del laudo arbitral, consistente en la integración de los mismos hechos en más de una causa de anulación, vamos a analizar cómo el relato fáctico que sirve para justificar la primera causa de anulación se aplica en la segunda: «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje» (art. 41.1º.e) LA). Nos fijaremos, después, en una cuestión que aparece en relación a las dos causas; ninguna de las dos fue alegada previamente por el demandante de anulación en el proceso arbitral del que trae causa y en el que él fue demandado, luego no se pueden traer ahora a la palestra ante el TSJ País Vasco. Nos exige ello una referencia al art. 6 LA. Por último, incidiendo de nuevo en la naturaleza jurídica de la acción de anulación (el TSJ País Vasco reconoce que es una cuestión que «ya ha dejado sentado hasta la saciedad»), y al tiempo que el órgano jurisdiccional solventa la tercera causa de anulación alegada («que el laudo es contrario al orden público») (art. 41.1º.f) LA), repararemos en este concepto y en sus dos manifestaciones alegadas en el supuesto que nos ocupa (la arbitrariedad del árbitro al resolver y la falta de motivación del laudo arbitral).

La relación sustantiva que da lugar, primero al arbitraje, y luego, a la acción de anulación, es un contrato de compraventa suscrito entre las partes (Macarena y Amadeo) el 5 mayo 1999. Este contrato recoge una cláusula de arbitraje, conteniendo su fundamento y eje (el convenio arbitral), y en su implementación, en el año 2018, acuden a un arbitraje institucional, concretamente, de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de la Abogacía de Bizkaia (ICABI), actuando en calidad de *third neutral* un único árbitro, mediante un arbitraje de derecho. El árbitro estima la pretensión interpuesta por la demandante arbitral (D.^a Macarena): declara nulo el contrato de compraventa mentado —ese mismo que recoge la cláusula arbitral— por falta de causa. El perjudicado por la decisión, demandado en el proceso arbitral (Don Amadeo), interpone, primero, una solicitud de corrección y aclaración del laudo, y tras obtenerla, la acción de anulación que analizamos.

Competencia del TSJ País Vasco (art. 8.5º LA), admitida la demanda de acción anulación, y contestada la misma, admitiéndose únicamente como prueba los documentos aportados por ambas partes junto a sus escritos principales, sin vista, se procedió directamente a deliberación, votación y fallo.

2. *Del fruto sano del manzano podrido* o sobre el convenio arbitral que sobrevive al contrato nulo que lo cobija: alega el demandante de anulación (Don Amadeo) «que el convenio arbitral no existe o no es válido» (art. 41.1º.a) LA). Presentada como causa primera y principal de anulación, la letrada postula que el órgano arbitral lauda la nulidad del contrato de compraventa por falta de causa, cuando aquél, recogiendo en su cláusula quinta un convenio arbitral, somete arbitraje «su interpretación, su cumplimiento o a cualquier otro extremo» pero no las cuestiones relativas a la validez, eficacia o nulidad del propio contrato. Obviamente, la abogada, consciente de que la nulidad del contrato perjudica a su cliente, para escapar de este resultado, pretende acreditar que el órgano arbitral no pueda entrar en esta cuestión, aludiendo al principio de conservación de los contratos, típica consecuencia sustantiva de éstos. Reinterpreta muy bien la causa de anulación

alegada la magistrada ponente, al tiempo que afirma que la parte demandante no niega la existencia del convenio arbitral, sino que la cuestión concreta de la nulidad del contrato no está comprendida en el convenio arbitral (demuestra que la magistrada está en lo cierto, el hecho de que su reinterpretación sea el contenido de la segunda causa de anulación presentada por el demandante). Con el mismo acierto, la magistrada ponente apunta que corresponde al demandante de anulación probar que el convenio arbitral (alfa y omega del arbitraje; su principio y su fin; su fundamento y límite) es inexistente o inválido. Recuerda, al tiempo, que conforme a la LA, existe convenio arbitral cuando las partes muestran la voluntad al efecto («de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias» dice literal el art. 9.1º LA). Y, en este sentido, con la misma fortuna, argumenta que el convenio arbitral se ha de valorar desde la naturaleza que posee el arbitraje (se cimienta sobre la autonomía de la voluntad, cuando la misma no sea contraria a normas imperativas). Alude, correctamente, al art. 22 LA que, además de permitir a los órganos arbitrales analizar las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral, dispone que la decisión de aquéllos de declarar nulo el contrato del que deriva el convenio arbitral (bien recogido en aquél como cláusula —como es el caso— bien recogido en un contrato independiente) no entraña por sí sola la nulidad de éste. Es lo que ocurre en este supuesto: justificando su existencia por la existencia de voluntad de sumisión a arbitraje (art. 9.1º LA), no acreditando la parte demandante lo contrario, el TSJ País Vasco mantiene, con acierto, que la validez y eficacia del convenio arbitral es independiente de la validez y eficacia del contrato principal del que trae causa, aplicándoseles a ambos, distinto régimen jurídico. Cierto es que compartiendo ambos la naturaleza de contrato (el sustantivo del que trae causa —la compraventa— y el convenio arbitral que legitima el arbitraje), origen ambos de derechos y deberes para las partes contratantes, mientras uno, en cuanto fuente y eje del mecanismo extrajurisdiccional de resolución de conflictos, se rige por la LA, el otro se rige por la ley sustantiva (Código Civil, en este caso). Y es por ello por lo que la cláusula arbitral, en definitiva, convenio arbitral, contenida en el contrato (de compraventa) perdura, aun cuando este contrato (anulado por el órgano arbitral) ha dejado de producir efectos. Estamos ante una peculiaridad procesal que ordena, en relación al arbitraje, la LA (art. 22.1º LA) y que se justifica, sin duda, en la necesidad de preservar los mecanismos de resolución de conflictos al tiempo que se les dota de seguridad jurídica. Por esta razón, acertadamente, el TSJ País Vasco desestima la primera causa de anulación alegada.

3. Incurriendo en una práctica letrada habitual, la abogada del demandante de anulación de laudo arbitral, presenta los mismos hechos alegados en la primera causa en la segunda. Como apuntábamos, así lo interpreta correctamente la magistrada ponente. Alega, concretamente, que la nulidad del contrato de compraventa mentado no está entre las cuestiones sometidas a arbitraje, por lo que, al resolver sobre esta cuestión, el órgano arbitral se está excediendo de sus facultades, otorgadas, como sabemos, en el convenio arbitral. Añade, en este sentido, la letrada del demandante que la nulidad del contrato únicamente puede ser conocida por la jurisdicción. Entendemos que la abogada hace esta afirmación basándose en su no inclusión (expresa) en el convenio arbitral, no por considerar que la nulidad del contrato es una materia de orden público, excluida, por tanto, del arbitraje. En cualquier caso, con fundamento adecuado y sucinto, la magistrada ponente argumenta que la materia contractual está regida por el principio de la autonomía de la voluntad (1.255 Cc), y que, por tanto, es de libre disposición y arbitrable, conforme

al art. 2 LA. Por tanto, también se desestima esta causa de anulación, entendiendo que el órgano arbitral actuó en materia disponible (lo es la materia contractual, en general, y el contrato de compraventa afectado en el caso, en particular), conforme a las facultades reconocidas por las partes en el convenio arbitral.

4. *Se fue el último tren*: aplica el TSJ País Vasco la disposición relativa a la renuncia tácita de las partes a las facultades de impugnación reconocida en el art. 6 LA («si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley») en relación a las dos primeras causas de anulación. Alude expresamente a este principio el demandado en el proceso judicial que conoce la acción de anulación del laudo arbitral, en relación a la primera causa de anulación (la inexistencia de convenio arbitral), y se refiere a él el TSJ País Vasco, en relación a la segunda (la resolución de cuestión no sometible a arbitraje). La problemática es sencilla: ¿se pueden alegar en el proceso jurisdiccional de anulación del laudo arbitral cuestiones que no se plantearon en el proceso arbitral? La respuesta es igual de simple y rotunda: no. No se puede hacer porque cuando las partes optan libremente por acudir al arbitraje renuncian a la solución del conflicto por un órgano jurisdiccional, renunciando a parte de la tutela declarativa que ofrecen éstos. Y, si bien es cierto que cuando los órganos jurisdiccionales (en este caso, el TSJ País Vasco) conocen de la acción de anulación del laudo arbitral, también están ofreciendo tutela declarativa, ésta no resuelve sobre el fondo del asunto —para ello, se acudió al arbitraje—, fijándose únicamente en la regularidad del proceso arbitral (principio de rogación, bilateralidad, contradicción, igualdad de partes, congruencia y proscripción de indefensión). Dedicaremos un apartado concreto a la naturaleza de la acción de anulación del laudo arbitral y a la correspondiente intervención judicial (aunque —reiteramos— como apunta el TSJ País Vasco es un tema que «ya ha dejado sentado hasta la saciedad»), si bien a esta luz tenemos que entender que el órgano jurisdiccional no entre a valorar la interpretación que hace el órgano arbitral sobre el contenido de la cláusula arbitral. Quede claro, en este punto, que lo que no se pueden hacer es presentar alegaciones en el proceso ante la jurisdicción que no se presentaron en el proceso arbitral; va en contra del consenso, acuerdo de voluntades, y buena fe que marca el arbitraje en su origen y desarrollo. De ahí que la LA exija que toda infracción de normativa dispositiva de la propia LA o de algún requisito del convenio arbitral (este segundo supuesto, podría ser aplicable en el caso que nos ocupa, según la versión de la letrada del demandante) sea denunciada dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como sea posible. De lo contrario, se considera que se renuncia a las facultades de impugnación (art. 6 LA). El legislador persigue, mediante este precepto, reforzar el arbitraje en cuanto vía alternativa a la jurisdicción, evitando que aquél se convierta en un elemento meramente dilatador del proceso judicial, hecho que acontecería si aquellas alegaciones no realizadas en el proceso arbitral se pudieran hacer, posteriormente, en el proceso jurisdiccional, convirtiendo este último en una verdadera segunda instancia. El precepto presenta una excepción fundamental: la infracción de normas imperativas o de orden público sí se podrá denunciar *a posteriori* en el proceso judicial que conoce de la acción de anulación. No en vano, es causa de la misma, alegada en casi todos los casos, también, en el que nos ocupa (art. 41.1º.f) LA).

5. *Cuestiones sentadas hasta la saciedad*: Como apuntamos, el tercer y último motivo de la acción de anulación presentada en el supuesto que nos ocupa es la contrariedad al orden público del laudo arbitral (art. 41.1º.f) LA), basada, a su vez, en dos alegaciones: la arbitrariedad del órgano arbitral en su decisión, por decidir, con total carencia de prueba y la falta de motivación del laudo arbitral. En el razonamiento para su desestimación, el TSJ País Vasco recuerda la naturaleza de la acción de anulación y el concepto de orden público. Nos fijamos en ambas en este apartado y dedicamos uno específico a las dos alegaciones concretas presentadas por el demandante de la acción de la anulación.

Persigue la letrada del demandante que el órgano jurisdiccional anule el laudo arbitral, aquél que, decidiendo en Derecho, anula el contrato de compraventa del que trae causa el arbitraje y la posterior intervención judicial. En otros términos, quiere que el TSJ País Vasco vuelva a analizar la cuestión de fondo sometida a arbitraje, realizando una valoración probatoria para decidir en sentido contrario a lo resuelto en el proceso arbitral. Se muestra, al respecto, tajante la magistrada ponente encargada de la redacción de la sentencia, y con aval de jurisprudencia del propio TSJ País Vasco (de 14 diciembre 2011, de 10 noviembre 2011, de 25 septiembre 2012, de 26 mayo 2015 y 6 julio 2016) y del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), recuerda la naturaleza de la acción de anulación: no es una segunda instancia, por lo que no puede el TSJ País Vasco hacer una nueva valoración de los hechos enjuiciados por el árbitro. Apunta, con mucho acierto, que no puede el perjudicado con el laudo arbitral, ahora demandante de acción de anulación, plantear la misma cuestión que ya planteó ante el órgano arbitral, pues ello frustraría el objetivo del arbitraje, que no es más que solventar de manera vinculante y con efecto de cosa juzgada el conflicto jurídico disponible que se le somete. Enfatiza, con cita de jurisprudencia del TC (STC 62/1991, de 22 de marzo, STC 295/1993, de 23 de julio, STC 228/1993, de 4 de octubre, STC 259/1993, de 23 de julio y STC 176/1996, de 11 de noviembre), que no se permite a los Tribunales Superiores de Justicia, cuando conocen de la acción de anulación, entrar a conocer del fondo del asunto, porque no se transfiere o atribuye a estos órganos judiciales la jurisdicción ordinaria y exclusiva de los árbitros. Al respecto, recuerda cuál es el ámbito de actuación del TSJ País Vasco a la hora de solventar la acción de anulación: controlar la regularidad del proceso y la correcta observancia de los principios por los que ha de regirse éste (rogación, bilateralidad, contradicción, igualdad de las partes, congruencia y proscripción de la indefensión). Señala muy bien que todos estos principios quedan recogidos en los motivos tasados de nulidad del art. 41 LA, añadiendo que su interpretación debe ser estricta. Luego, como apunta la sentencia, la acción de anulación no es más que «un juicio externo», «un control negativo ceñido», convirtiéndose el TSJ en «juez solo de la forma del juicio o de sus garantías procesales». En sentido contrario, no puede la acción de anulación «corregir las deficiencias que pudieran existir en la decisión de los árbitros ni discutir la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión», luego, «exclusivamente podrá valorar y referirse a los presupuestos materiales y las condiciones de forma que han dado origen al laudo arbitral, garantizando los principios esenciales que permiten obtener la tutela judicial efectiva».

Del mismo modo, y para desestimar las dos últimas alegaciones (en las que ahondaremos en los siguientes apartados), el TSJ País Vasco explica el concepto de orden público «nuevamente»: debe este concepto entenderse en clave constitucional, distinguiendo entre orden público material (el

correspondiente a las ramas o áreas del Derecho sustantivo) y orden público procesal, el correspondiente al proceso, bien arbitral o judicial. Apunta la sentencia, con aval constitucional (STC 43/1986, de 15 de abril, cuya doctrina han reiterado STC 54/1989, de 23 de febrero, STC 132/1991, de 17 de junio, y STC 91/2000, de 30 de marzo) que un laudo arbitral atenta al orden público procesal cuando vulnera derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente mediante el art. 24 de la Constitución española (en lo sucesivo, CE). Identifica así, correctamente, el orden público procesal con el derecho de defensa y con los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad.

6. Justifica la infracción del orden público, como causa de anulación del laudo arbitral (art. 41.1º f) LA), la letrada de la demandante, alegando que el árbitro infringe garantías esenciales del proceso a que obliga el art. 24 CE, al incurrir el *third neutral* en arbitrariedad al resolver la pretensión objeto del arbitraje con total carencia de prueba. En este sentido, el TSJ País Vasco argumenta excelentemente que si, en el caso concreto, el árbitro decidiera en base única y exclusivamente a una prueba y ésta demostrara lo contrario a la decisión que conforma el laudo arbitral, estaríamos ante un motivo de anulación de éste por atentatorio del orden público procesal, caso en el que (obviamente) la acción de anulación sería estimada. No obstante, en el supuesto concreto, el árbitro no lauda en base única y exclusiva a una única prueba, sino que lo hace en atención a pruebas y hechos diferentes que recopila y enumera la sentencia que comentamos. Reitera, además, el órgano jurisdiccional superior de la Comunidad Autónoma Vasca que mediante esta alegación el demandante de la acción de anulación únicamente muestra su disconformidad con la resolución arbitral, discrepando con la valoración, interpretación y fundamentación que de los hechos sometidos a arbitraje realiza el órgano arbitral. Enfatiza, en este sentido, que el desacuerdo con la valoración de la prueba no es causa de anulación porque no supone vulneración del orden público.

7. La última alegación de la letrada del demandante de la acción de anulación, basada en la infracción del orden público (art. 41.1º.f) LA), se justifica, otra vez, por la vulneración por el órgano arbitral de las garantías esenciales del proceso a que obliga el art. 24 CE, en esta ocasión, por la falta de motivación suficiente en una resolución (el laudo arbitral) fundada en Derecho. Al respecto, y para justificar la desestimación también de esta causa, el TSJ País Vasco aplica por analogía las normas y jurisprudencia sobre los requisitos internos y la finalidad de la motivación de las sentencias, sin perjuicio de que entiende discutible que aquélla sea extrapolable automáticamente y en toda su extensión al arbitraje, más cuando éste es de equidad (apunta, en este sentido, a la STSJ País Vasco 9 diciembre 2019). Tras recordar (de nuevo) que la acción de anulación no puede ser un cauce para cuestionar o revisar la decisión arbitral, apela a la jurisprudencia del TC y del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para acreditar que la exigencia de motivación no requiere de argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas del conflicto jurídico. En ese sentido, matiza que el art. 24 CE exige la consideración de las cuestiones que son sustanciales y que la falta de respuesta del órgano judicial a una cuestión planteada no es lo mismo que la falta de respuesta expresa, pues los requisitos mínimos de tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita. Matiza, acertadamente, a nuestro juicio, que se ha de entender como desestimación tácita, cuando de los razonamientos contenidos en el laudo arbitral pueden deducirse razonablemente los motivos fundamentales de la misma. Para añadir, de manera harto interesante,

que no hay incongruencia omisiva cuando la falta de respuesta judicial se refiere a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopte respecto de otras también planteadas en el proceso, que al ser de enjuiciamiento preferente hacen innecesario un pronunciamiento sobre aquéllas. Con todo, el TSJ País Vasco recuerda que el derecho a la motivación jurídica no conlleva que ésta sea «exhaustiva en sentido absoluto, de modo que alcance a todos los aspectos y perspectivas de la cuestión litigiosa». Además, remarca que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por defectos en la motivación, cuando ésta sea arbitraria, ilógica o absurda. Aplicando todo lo expuesto al supuesto y laudo concreto, el TSJ País Vasco deduce que en el laudo ahora impugnado no hay ni vicio, ni error, ni arbitrariedad, ni falta de motivación alguna. Por ello, desestima la acción de anulación en su totalidad con imposición de costas al demandante, resultando la sentencia firme, sin posibilidad de recurso alguno.

.....

(1)

Estudio realizado en el contexto del Proyecto de investigación DER2016-74945-R del Ministerio de Economía y Competitividad («Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia») y el Proyecto de investigación GIC IT675-13 y de la UFI, dedicados al estudio de la integración política y económica europea.

[Ver Texto](#)

(2) *Vid.* el resumen de esta decisión en la «Selección de las resoluciones más destacadas dictadas recientemente por nuestros Tribunales», *infra*.

[Ver Texto](#)

Cronología de decisiones

Selección de las resoluciones más destacadas dictadas recientemente por nuestros Tribunales

Selección de las resoluciones más destacadas dictadas recientemente por nuestros Tribunales.

PARECE CLARA LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE SOMETERSE A ARBITRAJE PROCEDRIENDO EL NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE ÁRBITRO CONFORME AL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO ARBITRAL (STSJ CANARIAS 13 DICIEMBRE 2019)

Arbitraje — Designación judicial de árbitro — Convenio de arbitraje: verificación — Favor arbitrandum — Formalización judicial — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 13 diciembre 2019 (Ponente: Carla María del Rosario Bellini Dominguez) procede a la designación judicial de un árbitro con las siguientes consideraciones:

«(...) también hemos de reseñar, a los efectos examinados, conforme lo dispuesto en el art. 15.6º LA, que el Tribunal confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado, teniendo en cuenta al confeccionar dicha lista los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar la independencia e imparcialidad. En el presente caso el sometimiento al arbitraje viene establecido en la cuarta estipulación del contrato de Préstamo de fecha 2 julio 2014, el cual establece que: "Cualquier cuestión que surja entre las partes sobre la interpretación o el cumplimiento del presente contrato será sometida a un arbitraje de equidad con arreglo a las normas que regulan este tipo procedimiento". Por lo expuesto parece clara la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, procediendo, por ende, el nombramiento judicial de árbitro. Nótese que conforme al principio de conservación del negocio jurídico arbitral, el favor arbitro resultara determinante cuando aparece clara la voluntad de sometimiento al arbitraje, siendo de reseñar, asimismo, que de lo solicitado por D. Blas y D.ª Estibaliz, lo que parece discutirse, precisamente, es el incumplimiento del contrato por D. Darío y D. Cosme».

INADMISIÓN DE UNA DECLINATORIA ARBITRAL POR NO HABERSE PROPUESTO EN FORMA Y POR NO EXISTIR UNA REMISIÓN EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE AL ARBITRAJE (AAP ASTURIAS

20 DICIEMBRE 2019)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Convenio de arbitraje — Cláusula patológica convenio arbitral — Juntas arbitrales de transportes — Declinatoria arbitral — Inadmisión.

El Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Quinta, de 20 diciembre 2019 (Ponente: María Jose Pueyo Mateo) estima un recurso contra una decisión del Juzgado que admitió una declinatoria arbitral concluyendo sus consideraciones legales con el siguiente razonamiento:

«(...) A la vista de cuanto antecede, la Sala estima que el recurso ha de prosperar, toda vez que la parte demandada no propuso en forma la declinatoria, por lo que cabe entender, a pesar del contenido del escrito de la contestación, que se producía una renuncia a la aplicación del convenio arbitral, renuncia que es clara en el supuesto de la parte demandante, no habiendo promovido la declinatoria la parte demandada; pero es que además los términos de la cláusula arbitral, en cuanto establece en la cláusula 15ª bajo el título de cláusula de sometimiento caso de conflicto: "En cuanto se refieren al cumplimiento y ejecución de este contrato las partes se someterán expresamente a Juntas Arbitrales de Transporte, a los juzgados y tribunales de Asturias", de cuya lectura se colige que A la vista de cuanto antecede, la Sala estima que el recurso ha de prosperar, toda vez que la parte demandada no propuso en forma la declinatoria, por lo que cabe entender, a pesar del contenido del escrito de la contestación, que se producía una renuncia a la aplicación del convenio arbitral, renuncia que es clara en el supuesto de la parte demandante, no habiendo promovido la declinatoria la parte demandada; pero es que además los términos de la cláusula arbitral, en cuanto establece en la cláusula 15ª bajo el título de cláusula de sometimiento caso de conflicto: "En cuanto se refieren al cumplimiento y ejecución de este contrato las partes se someterán expresamente a Juntas Arbitrales de Transporte, a los juzgados y tribunales de Asturias", de cuya lectura se colige que no existe una remisión exclusiva y excluyente a la resolución de los conflictos en el ámbito de las Juntas Arbitrales. Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación interpuesto. a la resolución de los conflictos en el ámbito de las Juntas Arbitrales. Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación interpuesto».

EL NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE ÁRBITRO ESTÁ SUPEDITADA A LA CONCURRENCIA DE LA OSTENTACIÓN DE LEGITIMACIÓN ACTIVA EN ESTOS PROCESOS CON SU PROPIO Y DETERMINADO OBJETO (STSJ MADRID 8 ENERO 2020)

Arbitraje convenio de arbitraje — Designación judicial de árbitro — Convenio de arbitraje: verificación — Principio de prueba sobre su existencia — Formalización judicial — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 8 enero 2020 (Ponente: Jesus María Santos Vijande) acuerda la designación de un árbitro, con las siguientes consideraciones legales:

«(...) El art. 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en su ap. 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción: que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes. En efecto, esta Sala viene afirmando explícitamente —y, desde siempre, de forma implícita— que el art. 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en su ap. 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción —es decir, en condición misma de la ostentación de legitimación activa en estos procesos con su propio y determinado objeto (en palabras, v.gr., del FJ 4º de la Sentencias de esta Sala 21/2017, 66/2017, y del FJ 2º de dos Sentencias de 13 marzo 2018, recaídas en autos 89/2017 y 3/2018 : "que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes". En el caso de que tal procedimiento no se haya pactado una de las circunstancias relevantes para la estimación de la demanda será la verificación de si ha mediado o no una oposición al arbitraje del demandado con carácter previo a su incoación... Tanto en uno como en otro caso —previsión o no de procedimiento de designación— la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante —de forma expresa o tácita— al cumplimiento efectivo del convenio arbitral».

«(...) Una vez desestimada la excepción procesal de falta de capacidad para ser parte, huelga decirlo, en el estricto ámbito del proceso en que nos hallamos, la Sala aprecia que la documental aportada a la causa, no impugnada, entraña un principio de prueba sobre la existencia de un convenio de sumisión a arbitraje en los términos supra reseñados, apareciendo en la cabecera del documento la denominación de la UTE aquí demandada. Demandada que no ha negado en esta causa la existencia de dicho convenio, sin perjuicio de lo que tenga a bien argüir o pueda resolverse al respecto en el eventual procedimiento arbitral. La referida cláusula compromisoria indica, prima facie, la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Conforme establece el art. 9 de la vigente Ley de Arbitraje del 2003, el convenio arbitral puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, y deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Pactado así inequívocamente el sometimiento a arbitraje de Derecho de "algún conflicto o diferencia de cualquier clase entre las partes en conexión con causa de este subcontrato" —sin que quepa apreciar, en el ámbito limitado de cognición propio de este procedimiento, restricción alguna de la voluntad de los demandados en la asunción de dicha cláusula compromisoria—, debe procederse a la designación de árbitro interesada — subsidiariamente aceptada por la demandada en el acto de la vista—, sin entrar a decidir otras cuestiones, puesto que la actora cumplió escrupulosamente con el requisito material de la acción a que hemos hecho referencia: consta acreditado que remitió los burofax supra indicados, con un contenido del todo inequívoco, instando en términos absolutamente diáfanos a llegar a un acuerdo sobre el nombramiento de árbitro para dar cumplimiento al convenio arbitral. Ante un proceder así, claro, ajustado a la buena fe, la callada por respuesta, a juicio de esta Sala, no entraña una conducta acomodada al principio general del Derecho que es el deber de actuar conforme a la buena fe. La demandante pudo razonablemente pensar, visto el lapso transcurrido

sin obtener respuesta, que la UTE se oponía a la designación de árbitro (...). Siendo procedente, pues, el nombramiento de un árbitro que decida, como árbitro único en Derecho, la controversia, el Tribunal, tal y como dispone el art. 15.6º LA, repara en lo expresamente manifestado por la actora en su escrito de demanda —la demandada nada precisa al respecto en el acto de la vista—, proponiendo la designación de un árbitro del Listado de la Corte de Arbitraje del ICAM, especialista en Derecho de la construcción».

EL JUEZ SÓLO DEBE DESESTIMAR LA PETICIÓN DE NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS EN EL CASO EXCEPCIONAL DE INEXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL (STJS PAÍS VASCO 13 ENERO 2020)

Arbitraje Designación judicial de árbitro — Convenio dearbitral — Principio de *kompetenz-kompetenz* — Formalización judicial — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 13 enero 2020 (ponente: Antonio García Martínez) procede a la designación judicial de un árbitro, estableciendo la siguiente doctrina:

«(...) A nuestro juicio, el examen del tribunal en el ejercicio de su función de apoyo para el nombramiento de árbitro debe limitarse a la comprobación de la existencia del convenio arbitral y de los presupuestos subjetivos y objetivos que, en principio, son necesarios para vincular a las partes y proceder al nombramiento sin que pueda extenderse a otros aspectos como la arbitrabilidad de la controversia o la validez o alcance exacto del convenio sobre los que, en su caso, podrá pronunciarse el árbitro al decidir sobre su propia competencia e incluso llegar a hacerlo el tribunal, pero a posteriori y no en el ejercicio de la función de apoyo, sino en la de control del arbitraje. La interpretación anterior es la que más y mejor se ajusta a lo prevenido por la LA, que establece: (i) en el art. 15.5º, sobre el nombramiento de los árbitros, que: "El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral"; (ii) en el art. 22.1º, sobre la potestad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, que: "Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia" y (iii) en la exposición de motivos, sobre el procedimiento de designación de árbitro(s) que: "el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello, 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 realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio". Lo que razonablemente se infiere del anterior conjunto normativo, y así lo han destacado a nivel doctrinal

numerosos autores, es que el legislador ha considerado la denegación del nombramiento de árbitros como un supuesto excepcional que concurrirá cuando el tribunal pueda apreciar de forma fehaciente y palmaria la inexistencia del convenio arbitral mediante un análisis prima facie del mismo, pero no cuando para ello resulte necesario un análisis más complejo o de mayor profundidad que no procede realizar, puesto que ello impediría la aplicación del art. 22 y privaría a los árbitros de la potestad de decidir sobre su propia competencia. (...). Subsidiariamente, la parte demandada se opone a la demanda alegando la falta de requerimiento para la designación de árbitro y, por lo tanto, de oposición por su parte al arbitraje con carácter previo a su incoación. Es cierto, que la intervención judicial solo está justificada cuando, pese a haberlo intentado, las partes no han conseguido ponerse de acuerdo para la designación del árbitro. De lo dispuesto por el art. 15.3º LA ("..."), que no ofrece, en este sentido, mucho margen interpretativo, no parece que pueda inferirse otra cosa. Ahora bien, intentar es tener ánimo de hacer algo, en este caso, designar árbitro, lo que era ajeno a los propósitos o intención de la parte demandada, que si algo ha dejado claro, incluso en este momento, es su voluntad contraria a dicha designación, por lo que no tiene ningún sentido dar pábulo a su objeción, que es de naturaleza puramente formal, al cuestionar la falta de lo que no hubiera servido para nada, y que, además, abocaría a las partes a intentar acodar una designación que ya se sabe de antemano que una de ellas rechaza, lo que carece de sentido, pues las devolvería a la jurisdicción reproduciéndose la actual situación o, cuando menos, y si fuera el caso de que la demandada se aviniese a acordar, retrasaría la designación sin causa justificada. De lo que ya se sigue no solo que este motivo de oposición carece de efecto útil, sino también que no resulta merecedor o digno de protección, dado que no responde a un interés legítimo de la parte demandada, cuya actuación abusiva no puede ser amparada (...). En definitiva, procede por todo lo anterior estimar la demanda y citar a las partes de comparecencia para la designación de árbitro».

ESTIMACIÓN DE UNA DECLINATORIA ARBITRAL POR INCLUIR EL «ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN» TODAS LAS CONDICIONES ENTRE LAS QUE SE ENCONTRABA LA OPCIÓN DE VENTA Y LA SUMISIÓN A ARBITRAJE (AAP MADRID 14 ENERO 2020)

Arbitraje — Convenio arbitral de arbitraje: verificación — Extensión — Declinatoria arbitral — Admisión.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimotercera, de 14 enero 2020 (Ponente: Luis Puente de Pinedo) confirma una declinatoria arbitral pronunciada por el juzgado con el siguiente razonamiento:

«(...) El auto recurrido expone los argumentos en base a los cuales fundamenta la estimación de la declinatoria. El hecho de que la argumentación concretamente relativa al caso no sea muy extensa, ni entre a analizar cada una de las alegaciones formuladas por los apelantes, incluso aunque existan errores materiales en los razonamientos recogidos en la resolución, no determina de manera automática que exista una ausencia de motivación determinante de la nulidad solicitada».

«(...) Tal y como con acierto se señala en la resolución impugnada, en la escritura pública de 8 noviembre 2017 ya se hacía referencia al Acuerdo de Reestructuración, que en su cláusula 19ª incluía una oferta irrevocable de compra de las participaciones sociales ejercitable por parte de Makro mediante notificación de su voluntad de vender en cualquier momento hasta el 31 diciembre 2023. La comunicación del ejercicio de esa opción de venta se verificó el día 20 octubre 2017 ejercitándose por parte de Makro la opción de venta irrevocable, produciéndose a través de esa escritura la aceptación de la oferta emitida, en cuya virtud vendió y transmitió la totalidad de participaciones sociales reflejadas en ese documento público. De ello se deriva que la escritura pública otorgada no es más que la mera consecuencia del ejercicio de un derecho reconocido en la escritura anterior tras el Acuerdo de Reestructuración. Queda en evidencia, pues, que la cláusula compromisoria se enmarcaba en el convenio, como una parte integrante del mismo, al tiempo que en sus cláusulas se incluía la opción de venta anteriormente reseñada. Siendo así, es igualmente evidente que no puede hablarse de dos negocios jurídicos independientes, ni de que se esté extendiendo la cláusula compromisoria a un objeto distinto del que fue pactado por las partes, ya que en el documento público de elevación a público del documento privado de Acuerdo de Reestructuración de 31 mayo 2017 se incluían todas las condiciones de ese acuerdo, entre las que se encontraba la opción de venta y la sumisión arbitraje, que se extendería a todas las cuestiones derivadas de ese acuerdo. La prueba más evidente de ello es que en la escritura pública de 8 noviembre 2017 se produjo la venta ejercitando la opción que le había sido reconocida sin intervención alguna de las entidades demandantes, lo que resultaría inconcebible si se tratase de dos negocios jurídicos autónomos o si se pretendiesen extender los efectos de la cláusula compromisoria a un objeto distinto al inicialmente establecido. En consecuencia, se entiende que la escritura pública de 8 noviembre 2017 trae causa en el Acuerdo de Reestructuración de 31 mayo 2017, siendo en realidad una consecuencia directa del mismo al ejercitarse los derechos reconocidos en ese acuerdo, de forma que no se pueden compartir los argumentos de la parte apelante en el sentido de que se está haciendo una aplicación extensiva de la cláusula compromisoria, puesto que, más bien al contrario, se entendían sometidas a arbitraje todas las cuestiones derivadas de ese Acuerdo de Reestructuración, entre las que evidentemente se encontraba la opción de venta obligatoria, parte esencial de ese Acuerdo de Reestructuración, de forma que las incidencias derivadas del ejercicio de ese derecho han de entenderse incluidas dentro de la cláusula de sumisión a arbitraje recogida en el mismo. Por ello, no puede prosperar este segundo motivo de recurso».

LAS ALEGACIONES PRETENDEN UNA REVISIÓN DE LA MOTIVACIÓN Y LEGISLACIÓN APLICADA EN EL LAUDO CON LA INTENCIÓN DE CONVERTIR EL RECURSO DE NULIDAD CONTEMPLADO EN LA LEY EN UNA ESPECIE DE RECURSO DE APELACIÓN (STSJ ASTURIAS 17 ENERO 2020)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Acción de anulación arbitraje — Incongruencia *extra petita* — Laudo arbitral: efectos de cosa juzgada — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 17 enero 2020 (Ponente: Ignacio Vidau Argüelles) desestima una demanda de nulidad de laudo arbitral con los siguientes argumentos:

«(...) La acción de nulidad a que se refiere el art. 40 LA solo puede prosperar cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que concurre alguno de los motivos referidos en el art. 41, es decir, se inclina la ley por un conjunto de motivos tasados fuera de los que no cabe que prospere la nulidad del laudo. En concreto estos motivos son los siguientes: "...". En este caso el demandante afirma en la fundamentación de derecho de su escrito de demanda que "la presente acción de nulidad se fundamenta en los siguientes motivos", reproduciendo a continuación todos los motivos de nulidad recogidos en el citado art. 41 LA, no obstante de la lectura de la demanda parece que el motivo de nulidad por el que se inclina es el recogido en el ap. c) de dicho artículo que establece como causa de nulidad del laudo arbitral el que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión (...). El demandante recibió una factura de la demandada EDP con la que mostró disconformidad al entender que era incorrecto el período facturado y tras las pertinentes reclamaciones a la demandada, el día 22 mayo 2019 realizó la solicitud de arbitraje que tras los preceptivos trámites terminó con el laudo ahora impugnado. Lo que el demandante mantiene es la irregularidad de la factura emitida y la Junta Arbitral en su laudo concluye que si bien la factura puede adolecer de claridad en cuanto a algunos datos que figuran en la misma no resulta irregular y que por tanto es debida. Es evidente que lo sometido a la decisión de la Junta Arbitral es la regularidad y consiguiente validez de la factura y que la Junta resuelve tal cuestión, otra cosa es que al demandante no le satisfaga la resolución dictada. No concurre en el presente caso ninguno de los motivos de nulidad del laudo legalmente previstos y en definitiva las alegaciones realizadas en el escrito de demanda pretenden una revisión de la motivación y legislación aplicada en el laudo, con la intención de convertir el recurso de nulidad contemplado en la Ley en una especie de recurso de apelación no previsto legalmente, pues, al contrario, el art. 43 dispone que el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá la acción de anulación por las causas tasadas anteriormente referidas. Procede en consecuencia con lo razonado desestimar la demanda».

DENEGACIÓN DE UN DESPACHO DE EJECUCIÓN PUES LA ACREDITACIÓN DOCUMENTAL DE QUE EL LAUDO HA SIDO NOTIFICADO A LAS PARTES INTEGRA EL TÍTULO EJECUTIVO (AAP VALENCIA 4 FEBRERO 2020)

Arbitraje — Laudo arbitral — Despacho de ejecución — Ausencia de notificación del laudo — Improcedencia.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Decimoprimera, de 4 febrero 2020 (Ponente: Manuel José López Orellana) estima un recurso de apelación contra una sentencia del juzgado que ordenó la ejecución de un laudo arbitral. La Audiencia fundamenta su parecer en la siguiente argumentación:

«(...) se alega nulidad radical del despacho de ejecución por no cumplir los requisitos legales exigidos en los arts. 550.1º y 559.1.3º LEC al no incluir la ejecutante con su demanda de ejecución, como documento necesario para poder ser admitido su despacho, la notificación del laudo dictado a la demandada, con la consecuencia prevista en el art. 552 LEC de haber tenido que ser denegado su trámite. Con relación a ello, en la línea de lo resuelto por esta Audiencia Provincial, Sección 6ª, A. 18 abril 2016, corresponde señalar que la cuestión controvertida es si se está en presencia de una infracción meramente formal, y por tanto subsanable, o la falta de un requisito indispensable a la ejecución, cuya falta no es susceptible de subsanación, y así el art. 550.1.2 LEC dispone que: a la demanda ejecutiva se acompañará el título ejecutivo, salvo que la ejecución se funde en sentencia, acuerdo o transacción que conste en los autos, y que, cuando sea un laudo, además, el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes. Normativa de la que cabe colegir que el laudo arbitral carece de fuerza ejecutiva si no se acompaña del convenio arbitral que le sirve de cobertura, extensible a los documentos que acrediten la notificación en forma del laudo a las partes. Por lo que la exigencia de la aportación de este conjunto documental con la demanda ejecutiva no es un mero formalismo sino un presupuesto procesal de ejecutividad sin poder considerar la ausencia de aportación con la demanda ejecutiva de cualquiera de ellos como un defecto formal subsanable —discrepando en este punto de lo que estima la Juzgadora de instancia—, pues los títulos base de ejecución forzosa, deben contener ab initio los presupuestos y requisitos procesales exigidos por la ley, y no adolecer de ninguna irregularidad formal (art. 551.1º LEC), ya que, de lo contrario, adolecen de nulidad radical conforme a lo dispuesto en el art. 559.1.1º LEC. Siendo buena prueba de ello el que el art. 552.1º dispone que si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución dictará auto denegando el despacho de la ejecución sin contemplar mecanismo alguno de subsanación. En efecto, como igualmente indica el AAP Madrid, Sección 9ª, 17 enero 2017: integra el título ejecutivo la acreditación documental de que el laudo ha sido notificado a las partes, pues, a falta de tal acreditación, el título ejecutivo está defectuosamente formado y procede estimar el motivo de oposición por no cumplirse los requisitos establecidos para el despacho de ejecución. Por lo que procede, sin necesidad de entrar en ulteriores consideraciones, estimar la apelación y revocar la resolución recurrida, dejándola sin efecto, para, en su sustitución, estimar la oposición a la ejecución. A salvo la posibilidad de la demandante de plantear nueva demanda contra la ahora apelante en ejercicio de sus derechos que entienda legítimos, subsanada la deficiencia adolecida que se ha puesto de manifiesto con ocasión de la apelación, acompañando la totalidad de documentos exigidos por el art. 550.1º LEC».

EN LA COMPETENCIA QUE LEGALMENTE TIENE ATRIBUIDA EL TSJ PARA EL NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS SE HA DE ENTENDER COMPRENDIDA LA FACULTAD DE DESIGNACIÓN DE LA INSTITUCIÓN ARBITRAL QUE HAYA DE LLEVAR A CABO EL ARBITRAJE (STSJ CANARIAS 6 FEBRERO 2020)

Arbitraje — Arbitrabilidad — Arbitraje societario — Designación judicial — Competencias del TSJ — Designación de una institución arbitral: competencias — Formalización judicial — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 6 febrero 2020 (Ponente: María Margarita Varona Faus), tras realizar unas extensas consideraciones en torno a la arbitrabilidad en materia de sociedades, procede a estimar una demanda de formalización judicial de arbitraje, para designación de árbitro, con las consideraciones siguientes:

«(...) Alega también la parte demandada que puesto que en la Cláusula 13 de los Estatutos no se designa la institución arbitral que habrá de dirimir la controversia, pues solamente se hace referencia a que el arbitraje se formalizará en Santa Cruz de Tenerife, la referida cláusula es nula, en atención a lo que establece el art. 11 bis) de la vigente Ley de Arbitraje. El art. 11 bis) dispone en su punto 3 que, "Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral". El art. 12 LA señala que las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar, y que a falta de acuerdo se designara un solo árbitro, y el art. 15.1º de la misma Ley establece que, "Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal". Considera este Tribunal que en la competencia que legalmente tiene atribuida para el nombramiento de árbitros, se ha de entender comprendida la facultad de designación de la institución arbitral que haya de llevar a cabo el arbitraje, siempre y cuando aquella no venga determinada expresamente en la cláusula de sumisión. Además de ello, la falta de designación en el convenio de la institución arbitral concreta a la que debe someterse el arbitraje no puede entenderse como supuesto de nulidad de la cláusula, pues, a tenor de lo dispuesto en el art. 9.1º LA, el convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, siendo ésta la única exigencia que, en cuanto al contenido del convenio arbitral, aparece imperativamente impuesta por la Ley. En atención a lo expuesto, y no constando en los Estatutos la designación de institución arbitral concreta, entendemos que corresponde a esta Sala tal designación, máxime cuando en el acto de la vista las partes no se han opuesto a la insaculación preventiva llevada a efecto en aquel acto. Para tal designación, la Sala ha considerado que el carácter de corporación pública que corresponde a un Colegio de Abogados (Administración pública corporativa), en este caso al de Santa Cruz de Tenerife, ofrece a este Tribunal mayores garantías que una institución arbitral de carácter privado, dado que, además, es incuestionable la condición de juristas de sus miembros, conforme exige la Ley en este caso».

TRAS LA CONTUNDENTE OPOSICIÓN AL NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS EN LA CORTE ARBITRAL PERTENECIENTE A LA CÁMARA DE COMERCIO DE TOLEDO, LA DEMANDADA SE ALLANA (STSJ CASTILLA-LA MANCHA 6 FEBRERO 2020)

Arbitraje — Designación judicial de árbitros — Solicitud por un Ayuntamiento — Allanamiento — Corte arbitral de la cámara de comercio — Formalización judicial — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, Sección Primera, de 6 febrero 2020 (Ponente: Eduardo Salinas Verdeguer) estima la demanda formulada por la representación procesal del Ayuntamiento de Torrijos, frente a Monkey Beer S.L. por la que se solicitaba la designación de árbitro por la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de Toledo. De acuerdo con esta decisión:

«(...) En este caso consta documentalmente un contrato de arrendamiento, con sumisión a arbitraje de controversias como la presente "mediante arbitraje que se somete al colegio arbitral, a quien se encarga la administración de este arbitraje conforme a su reglamento y estatuto, si bien se resolverá conforme a derecho no en equidad y el presidente del colegio arbitral designado será abogado en ejercicio". Tras un previo proceso, que terminó con la declaración de falta de jurisdicción del juzgado, por la sujeción arbitraje: el municipio demandante remitió escrito (presentado como documento número cuatro de la demanda) instando a la demandada a designar colegio arbitral y añadiendo "que la única institución arbitral en la Provincia de Toledo, se ubica en la Cámara de comercio sita en dicha localidad, de no atender acreditaría su mala fe respecto de toda pretensión de arreglo amistoso, procederemos a interponer la correspondiente demanda arbitral ante dicho colegio". La sociedad demandada contestó (con el documento cinco de la demanda) manifestando su "más firme oposición a la designación de la Corte Arbitral perteneciente a la Cámara de Comercio de Toledo, habida cuenta de las elevadas tasas que conlleva la intervención de dicha institución para la resolución de la controversia surgida, tasa que mis representada no está obligada a sufragar al no haberse previsto en el propio contrato suscrito la sumisión expresa a la Corte Arbitral que ustedes refieren": terminaba proponiendo "que señalen fecha y hora para mantener una reunión en las instalaciones del Excmo. Ayuntamiento de Torrijos, en la que deberá estar presente el actual Alcalde, en su condición de representante legal del Excmo. Ayuntamiento, a fin de tratar sobre este asunto" (...) Tras la contundente oposición al nombramiento de árbitros en la Corte Arbitral perteneciente a la Cámara de Comercio de Toledo, la demandada se ha allanado a la demanda en que se pide la designación de árbitro por esa Corte Arbitral a lo que se oponía por escrito, esta conducta es constitutiva de la mala fe del demandado allanado, prevista en el art. 395.1º LEC como causa de imposición a este de las costas, por lo que procede dicha condena».

SE DESTIMA UNA ACCIÓN DE ANULACIÓN, PUES NO DEBE CONFUNDIRSE LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE UN LAUDO EN EQUIDAD CON EL ACIERTO O DESACIERTO DE LA ARGUMENTACIÓN (STJS CASTILLA-LA MANCHA 10 FEBRERO 2020)

Arbitraje — Arbitraje arbitraje cooperativo — Acceso a la profesión — Acción de anulación — Motivación arbitraria — Motivación irracional — Valoración de la prueba — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 10 febrero 2020 (Ponente: Jesús Martínez-Escribano Gómez) desestima una acción de anulación contra un laudo dictado por un árbitro único en arbitraje administrado por la Comisión de Arbitraje, Conciliación y Mediación en el Ámbito de la Economía Social, adscrito al Consejo Regional de Economía Social de Castilla La Mancha, con la siguiente argumentación:

«(...) Dice el art. 37.4º LA, vinculado con los arts. 24.1º y 117.3º CE, que el laudo deberá ser siempre motivado; motivación que consiste en la expresión de los motivos o razones que explican la decisión y en qué se ha basado el tribunal. La resolución debe contener el proceso lógico que conduce a la decisión del pleito, que lo aleje de la arbitrariedad; y el juicio de suficiencia debe realizarse a la luz de las circunstancias concretas de cada caso, porque su exigencia no se opone a concisión, parquedad o brevedad del razonamiento. Tratándose de un arbitraje en equidad no puede sostenerse que no requiera motivación. La equidad comporta un juicio personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el "leal saber y entender" del árbitro; por lo que se entiende bien realizada la motivación en equidad cuando la resolución se apoya en razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios fundamentadores de la decisión, su ratio decidendi. Pues bien, el motivo decae porque el laudo que decide la controversia entre los litigantes supera el criterio de suficiencia de motivación al que no hemos referido. Tal como reflejamos en el primero de los fundamentos de esta resolución, sin valorar el acierto del razonamiento, queda claro por qué el árbitro decide excluir de la liquidación hecha al socio la partida referida a la deuda a largo plazo con la sección de Crédito de la Cooperativa, que es la única cuestión realmente sometida a debate. Se podrá compartir o no el fondo de la decisión; pero el razonamiento es claro y el demandante puede conocer (de hecho, así lo reproduce en su escrito de demanda ante este Tribunal) que simplemente lo decide porque el epígrafe utilizado en la liquidación no consta en el balance y cuentas auditadas a 31.08.2017, habiéndose eliminado del balance consolidado las deudas recíprocas entre las secciones, hecho para mostrar una imagen más fiel de la situación económica de la Cooperativa. La parte sí sabe por qué resuelve el árbitro, simplemente disiente de su parecer; pero no estamos ante un recurso revisorio del juicio arbitral, el de anulación es un recurso diferente. No debe confundirse la motivación de la resolución con el acierto o desacierto de la argumentación».

«(...) El segundo alegato que se sostiene en el recurso viene referido a la ausencia de la valoración de los medios probatorios practicados en el procedimiento arbitral (...) El motivo decae, aun siendo cierto que el fundamento de la resolución resulta únicamente de la documental aportada por las partes, que considera suficiente para resolver la única cuestión sometida a su consideración, que ciertamente tiene mayor contenido jurídico que fáctico. El árbitro debe realizar una libre apreciación de la prueba practicada y como dice la STS 9/6/2015 n.º 336/2015 "...". Y es que, en relación con el cumplimiento del requisito de motivación de la sentencia, es suficiente para una debida argumentación que el tribunal razone sobre aquellos elementos relevantes a partir de los cuales obtiene sus conclusiones sin necesidad de que se refiera de manera exhaustiva a todos los medios de prueba obrantes en los autos (SSTS de 8 julio 2009 y 5 abril 2010). La Jurisprudencia ya se ha encargado de asegurar que la valoración que se dé a la prueba no es causa de anulación del laudo arbitral».

«(...) Alega la demandante que la decisión del laudo está sustentada sobre un error técnico contable por considerar que la consolidación de cuentas (...). Todas las sucesivas leyes han prohibido a los tribunales que puedan conocer de los fondos de los asuntos que las partes libremente han decidido someter a un arbitraje (art. 19 Ley de 1953; art. 11.1º Ley de 1988 y de la Ley de 2003). Ni tan solo pueden los tribunales examinar o revisar los supuestos errores del árbitro. La explicación se encuentra en el argumento conforme al que, si el arbitraje es fruto de la libertad y la autonomía de la voluntad de las partes y éstas lo estipulan sobre una materia disponible, el poder judicial solo es preciso que haga tareas de soporte (designación de árbitros) o tareas de control externo (recurso de anulación) o tareas de auxilio (ejecución forzosa) (STS 22 junio 2009)».

NO CABE EN SEDE JURISDICCIONAL SOLICITAR LA NULIDAD DEL LAUDO POR EXTRALIMITACIÓN CUANDO EL DEMANDANTE NO INTENTÓ SU CORRECCIÓN A TRAVÉS DEL CAUCE DEL ART. 39 LA (STSJ GALICIA 13 FEBRERO 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Arbitrabilidad — Corrección — Extralimitación del árbitro de sus funciones jurisprudencia — Laudo arbitral laudo definitivo — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 13 febrero 2020 (Ponente: Pablo Ángel Sande García) desestima una acción de anulación de un laudo arbitral, con las siguientes consideraciones legales:

«(...) El motivo en que la demandante sostiene su pretensión impugnatoria, a saber, el recogido en la letra e) del art. 41.1º LA ("los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje"), no solo está abocado al fracaso por no encontrarnos en rigor ante una reclamación en que se solicita una indemnización por daños y perjuicios derivada de una demora en la activación de un alta de suministro de gas de la que no sería responsable la empresa comercializadora (ésta misma reconoce haber generado el 29/03/18 un abono de 30.06€ en concepto de "calidad del servicio"), sino también porque, como hemos puesto de relieve en no escasas ocasiones (por todas SSTSJG 45 y 60/2015, de 10 de noviembre y de 3 de diciembre, y 3 y 28/2018, de 24 de enero y 15 de noviembre), la parte actora no acudió en sede arbitral al remedio previsto en el art. 39.1º.d) LA respecto de la solicitud de rectificación de la supuesta extralimitación del laudo "cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión (de los árbitros) o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje"; constituyendo reiterada doctrina de esta Sala la que efectivamente enseña que no cabe suscitar ahora o en sede jurisdiccional el motivo de que se trata cuando el demandante no intentó la corrección del laudo a través del susodicho cauce del art. 39 LA, cuya finalidad última estriba en "agilizar el proceso arbitral y evitar actuaciones judiciales", siendo la demanda de nulidad un remedio excepcional que exige el agotamiento de los incidentes pertinentes, tal cual el mencionado de corrección, y de ahí que el art. 40 LA prevea que dicha demanda pueda ejercitarse sólo contra "un laudo definitivo", esto es, una vez intentado su complemento, aclaración o corrección».

DENEGADO UN DESPACHO DE EJECUCIÓN POR NO ACOMPAÑARSE CON LA DEMANDA DE EJECUCIÓN LA NOTIFICACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL AL EJECUTADO (AAP MADRID 13 FEBRERO 2020)

Arbitraje — Laudo arbitral — Despacho de ejecución — Notificación del laudo — Improcedencia.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoquinta, de 13 febrero 2020 (Ponente: Guillermo Cortés García-Moreno) confirma la decisión del Juzgado de Primera Instancia n.º 101 de Madrid que estimó la oposición a la ejecución de título no judicial (laudo arbitral), por cuanto no se acompañaba con la demanda de ejecución la notificación del laudo arbitral al ejecutado, como exige el art. 550 LEC. De acuerdo con dicho Auto:

«(...) El recurso debe ser desestimado, pues el art. 550 LEC exige que con la demanda en que se pida la ejecución de un laudo arbitral se acompañe, además del título ejecutivo (el laudo), el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes, no habiéndose aportado con la demanda documentación acreditativa de la notificación del laudo a la ejecutada, por lo que no procede el despacho de la ejecución solicitado, de conformidad con el arts. 552 y 559.3º LEC. No aparece justificada tal infracción».

CONDICIÓN DE INSTITUCIÓN ARBITRAL DEL COMITÉ JURISDICCIONAL DE LA REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL Y ANULACIÓN DE UN LAUDO PRONUNCIADO POR ÉSTA (STSJ MADRID 18 FEBRERO 2020)

Arbitraje — Arbitraje deportivo — Acción de anulación — Arbitrabilidad — Notificación deficiente — Comité jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 18 febrero 2020 (Ponente: Francisco Jose Goyena Salgado) declara la nulidad de la Resolución dictada con fecha 21 diciembre 2018, por el Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol en el Expediente 16/2018 Temporada 2018-2019, dejando sin efecto dicho laudo. La presente decisión contiene, entre otras, las siguientes consideraciones:

«(...) 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 septiembre 2017. Ciertamente no se cuestionaba, como en la presente ocasión la naturaleza de órgano arbitral y en consecuencia la competencia de la Sala para conocer de la demanda de anulación, pero dicho reconocimiento, por los citados órganos

jurisdiccionales, deriva de la obligación de examinar de oficio la propia competencia, que impone el art. 38 LEC. Por otra parte, la posibilidad de que las cuestiones de naturaleza jurídico deportiva puedan resolverse por vía de arbitraje, acomodado a lo que dispone el art. 2.1º Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, está previsto en el art. 87 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, a cuyo tenor: "Las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, Clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas, podrán ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje, en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia", estableciendo el art. 88: "1. Las fórmulas a que se refiere el artículo anterior estarán destinadas a resolver cualquier diferencia o cuestión litigiosa producida entre los interesados, con ocasión de la aplicación de reglas deportivas no incluidas expresamente en la presente Ley y en sus disposiciones de desarrollo directo. 2. A tal efecto, las normas estatutarias de los Clubes deportivos, Federaciones deportivas españolas y Ligas profesionales podrán prever un sistema de conciliación o arbitraje, en el que, como mínimo, figurarán las siguientes reglas: a) Método para manifestar la inequívoca voluntad de sumisión de los interesados a dicho sistema. b) Materias, causas y requisitos de aplicación de las fórmulas de conciliación o arbitraje. c) Organismos o personas encargadas de resolver o decidir las cuestiones a que se refiere este artículo. d) Sistema de recusación de quienes realicen las funciones de conciliación o arbitraje, así como de oposición a dichas fórmulas. e) Procedimiento a través del cual se desarrollarán estas funciones, respetando, en todo caso, los principios constitucionales y, en especial, los de contradicción, igualdad y audiencia de las partes. f) Métodos de ejecución de las decisiones o resoluciones derivadas de las funciones conciliadoras o arbitrales. 3. Las resoluciones adoptadas en estos procedimientos tendrán los efectos previstos en la Ley de Arbitraje". En concordancia con lo anterior el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas, en su art. 34, establece: "Las fórmulas específicas de conciliación y arbitraje a que se refiere el Título XIII de la Ley del Deporte, están destinadas a resolver cualquier diferencia o cuestión litigiosa producida entre los interesados, con ocasión de la aplicación de reglas deportivas no incluidas en dicha Ley y disposiciones de desarrollo, entendiéndose por ello aquellas que sean objeto de libre disposición de las partes, y cuya vulneración no sea objeto de sanción disciplinaria". La competencia, para conocer, entre otras materias, de cuestiones de mediación y arbitraje, corresponde en la RFEF al Comité Jurisdiccional, de acuerdo con el art. 41 del Reglamento General Real Federación Española de Fútbol, a cuyo tenor: "Competencia 1. El Comité Jurisdiccional es el órgano a quien corresponde conocer y resolver de las cuestiones, pretensiones o reclamaciones 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. Asimismo, el Comité Jurisdiccional será competente de las anteriores cuestiones cuando estas afecten a los intermediarios debidamente registrados en la RFEF siempre que sus actividades hayan sido registradas en la RFEF y de conformidad con el Reglamento de Intermediarios. Todo lo anterior, sin perjuicio de las competencias propias de la jurisdicción competente". En otro orden de cosas no cabe cuestionar la competencia de esta Sala, alegando que el Comité Jurisdiccional de la RFEF no es un órgano arbitral, cuando fue dicha parte la que instó demanda de reclamación de cantidad, frente al ahora demandante en el presente

procedimiento de anulación, ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF, sin que sea dado pensar que dicha reclamación se formulaba, para su resolución, frente a un organismo que constituyera una tercera vía, distinta de la jurisdiccional civil o de la arbitral».

«(...) Como cuestión, igualmente previa, debe analizarse el motivo que opone, de caducidad de la acción, al amparo del art. 41.1º LA, al entender la parte demandada que la demanda de anulación del Laudo debió interponerse dentro de los cuarenta días siguientes a la notificación del laudo. El motivo de oposición debe ser desestimado, ya que el plazo que debe regir es el de los dos meses, que previene el art. 41.4º LA, y ello por las siguientes razones: a) El plazo de cuarenta días, que sostiene la parte demandada que es de aplicación, se apoya en el art. 19.2º RD 177/1981, de 16 de enero, a cuyo tenor: "2. Los acuerdos y actos de los Clubs que sean contrarios al ordenamiento jurídico y a lo establecido en la Ley General de la Cultura Física y del Deporte, a las disposiciones del presente Real Decreto y demás normas de desarrollo de la Ley, o a las prescripciones de sus Estatutos, podrán ser suspendidos o anulados por la Autoridad judicial, a instancia de parte interesada o del ministerio público. La impugnación de dichos acuerdos deberá hacerse dentro del plazo de cuarenta días, a partir de la fecha de adopción de los mismos, instando su anulación y la suspensión preventiva, en su caso, o acumulando ambas pretensiones por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil". Dicho precepto se refiere a los acuerdos de los Clubs, no de las Federaciones, a las que se refieren los arts. 21 ss. del citado Real Decreto. La posibilidad de suspender o anular los acuerdos que adopten las Federaciones, se establece en el art. 24, en los siguientes términos: "...". Como es de ver, a diferencia del caso de los acuerdos de los clubs, en el caso de los acuerdos de las federaciones, no se establece ningún plazo específico, por lo que debe ser de aplicación el previsto en el Ley de Arbitraje de dos meses. b) Por otra parte, a la vista del Laudo que es objeto de la presente demanda de anulación, cabe comprobar que no se indicó a las partes cuál era el plazo para su impugnación, por lo que una interpretación garantista de la tutela judicial efectiva, en su modalidad de garantizar el acceso de las partes a los recursos que puedan ser interpuestos, contra la resolución de que se trate, debe llevarnos a aplicar el plazo de los dos meses, en cuanto que es más amplio que el alegado por la parte demandada. En consecuencia, dado que el acuerdo del Comité Jurisdiccional de la RFEF de fecha 21 diciembre 2018, le fue notificado mediante fax el día 26 diciembre 2018 a la parte demandante y que la demanda fue presentada en el Registro General de la Sala Civil y Penal del TSJ de Madrid el 26-2-2019, la misma está presentada en plazo. Procede, por lo expuesto, desestimarlos dos citados motivos de oposición planteados por la parte demandada».

[Véase Víctor Bonnín, «Condición de institución arbitral del Comité Jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol y anulación de un laudo pronunciado por ésta por indefensión. Sentencia del TSJM de 18 febrero 2020», supra]

REVOCACIÓN DE UNA SENTENCIA DE INSTANCIA QUE DESESTIMÓ LA EFECTIVIDAD Y EL CUMPLIMIENTO DE UN LAUDO ARBITRAL POR APRECIAR LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA (SAP MADRID 19 FEBRERO 2020)

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimonovena, de 19 febrero 2020 (Ponente: Maria del Carmen Garcia de Leaniz Cavalle) estima un recurso de apelación contra una sentencia del Juzgado que desestimó una sentencia, para la efectividad y cumplimiento de lo determinado en laudo dictado el 12 noviembre 2001, aclarado el 28 noviembre 2001, por apreciar la excepción de cosa juzgada. De acuerdo con la Audiencia:

«Partiendo de que los hermanos litigantes pactaron someter sus diferencias a un convenio arbitral y de que, en virtud de ello, se dictó el laudo de 12 noviembre 2001 que, conforme a lo que disponía el art. 37 Ley 36/98 vigente a la fecha del arbitraje, "produce efectos idénticos a la cosa juzgada", la demanda rectora de las actuaciones debe ser parcialmente estimada. En primer lugar, porque si resulta del laudo, en los extremos antes transcritos, que el objeto del arbitraje es, como dice el recurrente, que los demandados transmitan a los actores todas las acciones de las que ellos son titulares directos o indirectos de las sociedades C., S.A. I. S.A., mientras que los demandantes habrán de transmitirles a ellos las de las sociedades U., S.A., U., S.A., D., S.A. e I., S.A., de manera que ningún grupo de hermanos pueda en lo sucesivo interferir directa o indirectamente en las sociedades del otro grupo de hermanos, los impedimentos que se alegaban por los demandados para dar cumplimiento a lo que ellos mismos se avinieron a reconocer, no puede ser obstáculo para vetar la recíproca obligación. En segundo lugar, porque despejadas las razones que impidieron, entre otras, la ejecución del laudo instado en su momento (partición de la herencia de la madre) y especificadas las concretas participaciones que cada uno de los hermanos ostentan en las distintas sociedades, confrontadas con los respectivos documentos societarios y no expresamente negadas, tampoco se advierte obstáculo para no dar cumplimiento a lo convenido por más que las participaciones estén en manos de terceros ajenos al laudo, extremo que, expresamente, ya era conocido y así se recogió en el documento al que se quiere dar efectividad. En tercer lugar, en relación con lo anterior y con el concreto pedimento de que se condene a D. Ramón a adquirir, para su transmisión a los demandantes, las acciones de I., S.A., porque también el laudo expresamente concreta la obligación del codemandado de transmitir las citadas participaciones, estableciendo la obligación de adquirirlas, por lo que cualquier impedimento que pueda obstaculizar el cumplimiento del laudo debe traducirse, necesariamente, y teniendo en cuenta que son 75.000 las acciones y el valor contable de las mismas ha quedado fijado en demanda, —incluso, por debajo del valor pericial que se recogido en el dictamen aportado por los demandados—, en el equivalente al pago de su valor (1.149.000 €), sin que, y por ello se ha anunciado una estimación parcial, sea procedente, para el supuesto de que dichas participaciones, en poder de terceros, no puedan ser adquiridas y, consiguientemente, ser transmitidas a los demandantes, condenar al citado demandado a indemnizar en otro tanto de la misma cantidad, cuando tal circunstancia es ajena a su voluntad y ya se le impone la obligación de su abono. Por lo expuesto, habida cuenta que también conforme a lo que se concreta en el laudo, no procede establecer un precio para la transmisión (lo cual excluye la alegación del enriquecimiento injusto que se contiene en la contestación a la demanda) ni "ninguna otra transmisión ni compensación", y que las dudas que plantean los demandados en orden al cumplimiento por partes de los actores de

sus obligaciones no es argumento para una oposición (si acaso hubiere debido plantearse por la vía de la reconvención), la demanda debe ser parcialmente estimada con la consecuente revocación de la sentencia apelada».

[Véase Rafael Hinojosa Segovia, «Revocación de una sentencia de instancia que desestimó la efectividad y el cumplimiento de un laudo arbitral por apreciar la excepción de cosa juzgada. Sentencia AP Madrid 19 febrero 2020», supra]

EL LITIGIO QUE ENFRENTA A LAS PARTES EN EL ARBITRAJE, A LOS EFECTOS DE SU EXAMEN Y RESOLUCIÓN POR EL ÁRBITRO, PUEDE VALORARSE DESDE LA ESPECIALIZACIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL CIVIL (STSJ MADRID 21 FEBRERO 2020)

Arbitraje — Designación judicial de árbitros — Convenio arbitral: verificación Principio *kompetenz-kompetenz* tribunal — Formalización judicial: procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 21 febrero 2020 (Ponente: Francisco Jose Goyena Salgado) estima una demanda de designación de árbitro único de derecho, con las siguientes consideraciones:

«(...) la autonomía de la voluntad que es inherente al pacto arbitral permite de forma natural que las partes convengan un procedimiento de designación de árbitro bien en la cláusula arbitral, bien ulteriormente, cuando, surgida la controversia, llegue el momento de cumplir el pacto de sumisión. En este contexto es en el que ha de entenderse lo que esta Sala —y la generalidad de los Tribunales Superiores de Justicia— viene señalando desde siempre: que únicamente tiene atribuida la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, debiendo limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado; si se ha acordado un procedimiento de designación de árbitro que no haya podido culminar con el nombramiento; y, en su defecto, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, el desacuerdo entre las partes para el nombramiento, la negativa expresa o tácita a realizar tal designación por la parte requerida y el transcurso del plazo convenido o legalmente establecido para la designación... Asimismo, el ap. 5 de este art. 15 establece que el Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral. Previsión cuyo alcance vemos confirmado en la Exposición de Motivos de la Ley, cuando afirma —ap. IV, segundo párrafo in fine: "...". Atribuida así a esta Sala únicamente la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, y verificado que no se ha podido realizar dicho nombramiento, pese a haber sido realizado el pertinente requerimiento a la parte contraria, el Tribunal ha de proceder al nombramiento imparcial de los árbitros, sin que esta decisión prejuzgue la decisión que el árbitro pueda adoptar sobre su propia competencia, e incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación le impida entrar en el fondo de la controversia (art. 22.1º LA). En otras palabras: no es propio del ámbito objetivo de este proceso

suplantar la decisión del árbitro sobre su propia competencia, sobre el análisis de la validez del convenio arbitral — más allá de la verificación, prima facie, de su existencia y validez (Sentencia de esta Sala 4/2015, de 13 de enero), ni sobre la comprobación de la arbitrabilidad de la controversia; y mucho menos resulta competente esta Sala para entrar a decidir, como pretende la demandada con una radical subversión de lo que este proceso es, sobre la controversia misma que ha surgido entre las partes: será, con toda obviedad, el Árbitro que en su caso hayamos de designar quien deba pronunciarse sobre la real titularidad de los inmuebles supra identificados, sobre la validez o invalidez, por falta de causa, del contrato que la demandante aporta como doc. n.º 1, y/o sobre si media la prescripción de la acción que se dice ejercitada. Lo que decimos es también expresión de una regla claramente consagrada por el art. 22.1º LA, que, en palabras de la Exposición de Motivos de la L A —ap. V, segundo párrafo—, "la doctrina ha bautizado con la expresión alemana Kompetenz-Kompetenz ... Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral". En este sentido cabe citar, también nuestra sentencia de fecha 12 junio 2018, entre otras: "...".— Establecida la competencia territorial para conocer de la presente demanda, en virtud de lo resuelto en el Decreto de fecha 29 junio 2019, y comprobada la existencia de un convenio arbitral, en virtud del cual las partes, prima facie se comprometen y sujetan a resolver las discrepancias e interpretación de la cuestión litigiosa a través de dicha institución, a la vista de la cláusula décima del contrato de fecha 4 diciembre 2001, aportado con la demanda como documento n.º 1, procede la designación de árbitro interesada, sin entrar a decidir otras cuestiones, puesto que la actora cumplió escrupulosamente con el requisito material de la acción a que hemos hecho referencia. (...). Siendo procedente, pues, el nombramiento de un árbitro que decida, como árbitro único de derecho, la controversia anunciada en la demanda, el Tribunal, tal y como dispone el art. 15.6º LA, atendiendo a la naturaleza de la contienda que se pretende dirimir, y dentro de la potestad que tiene, acude para tal designación al Listado de la Corte de Arbitraje del ICAM, en cuanto que Corte idónea para ello, apuntada, por lo demás por las partes y, en concreto, de los árbitros especializados en Derecho contractual civil y mercantil. Entiende la Sala que la problemática litigiosa que enfrenta a las partes, a los efectos de su examen y resolución por el árbitro, puede hacerse desde la especialización en materia contractual civil, no siendo necesaria ni la propia de Urbanismo ni la de un contador-partidor, sin perjuicio de que el árbitro pueda asesorarse por un perito en dichas materias, sino es suficiente su especialización, de conformidad con lo que dispone el art. 32.1º LA».

SE ADMITE UNA DECLINATORIA ARBITRAL PUES NO SE CONSIDERA QUE LA LIQUIDACIÓN NO SE HAYA EFECTUADO CONFORME A LO PACTADO POR LAS PARTES (AAP MADRID 21 FEBRERO 2020)

Arbitraje — Cláusula de arbitraje — Ámbito — Declinatoria arbitral — Estimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoquinta, de 21 febrero 2020 (Ponente: Carlos López-Muñiz Criado) confirma la decisión del Juzgado que estimó una declinatoria arbitral declarando su abstención para conocer de la demanda interpuesta, a quien se reservan las acciones correspondientes para ejercitar su pretensión por el procedimiento arbitral que corresponda. El Auto razona su decisión del siguiente modo:

«(...) La parte contra la que se promueve la ejecución recurre el Auto que desestimó su oposición reiterando la infracción del art. 573.1.2º LEC, e insiste en que la liquidación realizada por M. contraviene lo pactado por las partes en el contrato, pues únicamente está autorizada en éste a realizar la liquidación de forma unilateral cuando hubiese resuelto el contrato, lo cual no ha ocurrido, y en otro caso la liquidación ha de someterse a arbitraje. Por eso, en cuanto la ejecutada no acepta y niega el devengo de los intereses reclamados no puede hacer la liquidación de manera unilateral (...) — La cláusula 5.3 del contrato de préstamo dice: "En el supuesto de que M. discrepare del cálculo de intereses establecido en la anterior Estipulación 5.1 que se haya efectuado por A.H., e hiciera constar fehacientemente dicha disconformidad en un plazo no superior a quince días (15) días a contar desde la fecha de pago por parte de A.H., las partes se comprometen a someter la controversia al arbitraje de una firma de auditoría de reconocido prestigio internacional, cuyo criterio será dirimente y vinculante para ambas partes. El coste de este arbitraje será soportado por M. si el cálculo de intereses efectuado por Arco Holding se revelara correcto o por A.H. si, por el contrario, se revelara incorrecto". La transcrita cláusula, según resulta de sus términos, prevé ese mecanismo de solución arbitral cuando se den las dos siguientes circunstancias: que A.H. realice el cálculo de intereses, y que M. no lo acepte. Según dice ésta en la demanda ejecutiva, la prestataria no hace liquidaciones de intereses desde 2008, negándose a facilitar las cifras de beneficios, necesarias para calcular el interés variable convenido. Por su parte la ejecutada no niega que no haya hecho liquidación de los intereses variables, manifestando que fue la prestamista quien el 15 diciembre 2016, un año después de terminado el contrato de préstamo y entregada carta de pago por el principal, realiza un saldo por los intereses variables devengados durante la vida del préstamo. Es decir, no se cumple el primero de los presupuestos necesarios para obligar a las partes a acudir al procedimiento liquidatorio, en cuanto éste está previsto para el caso de efectuarse la liquidación por la prestataria, lo cual tiene plena lógica, pues al disponer ésta de todos los datos contables y empresariales necesarios para elaborar las bases del cálculo del interés variable, sólo está justificado efectuar una auditoría cuando la liquidación se realiza sobre datos proporcionados por la prestataria no aceptados por la prestamista, y se pretende que ésta la asuma. Lo hecho por la prestamista en su demanda es llevar a cabo la liquidación aplicando la fórmula fijada en el contrato y de acuerdo con las bases económicas proporcionadas por la prestataria, pues aunque dude de ellas y no las comparta, las da por buenas a efectos de poder reclamar en el procedimiento de ejecución lo que con su aplicación resulte. Ante ese planteamiento, no puede admitirse que la liquidación no se haya efectuado conforme a lo pactado por las partes, pues ese pacto es la fórmula elaborada en la cláusula quinta, disponiendo la ejecutada de los medios suficientes para desvirtuar los cálculos liquidatorios en caso de existir errores o no haberse realizado siguiendo lo convenido, lo cual ni siquiera ha planteado. Por esas razones, al no estar desvirtuada la liquidación realizada por la demandante, procede rechazar la oposición a la ejecución, tal como lo hizo la Resolución apelada,

que confirmamos, aunque por otros fundamentos».

LA MERA PRESENTACIÓN DE UNA SOLICITUD POR PARTE DE CUALQUIER CONSUMIDOR AL AMPARO DE UNA OFERTA PÚBLICA DE ADHESIÓN AL SISTEMA ARBITRAL IMPLICA DE FORMA AUTOMÁTICA LA EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL (STSJ MURCIA 21 FEBRERO 2020)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Oferta pública de adhesión al sistema arbitral sistema arbitral de consumo — Acción de anulación — Convenio arbitral irregular — Incongruencia *extra petita* — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 21 febrero 2020 (Ponente: Julián Pérez-Templado Jordan) desestima íntegramente una demanda de anulación de un laudo arbitral dictado por el Colegio Arbitral de la Junta Arbitral de Consumo de Murcia, con las siguientes consideraciones:

«(...) La mercantil demandante encauza su pretensión de nulidad del laudo por la causal prevista en el art. 41.1º.e) LA, el cual establece que "el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe ... que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje". Obviando el hecho de la incorrecta formalización del reproche a través del apartado e) del citado precepto (cuyo alcance impugnatorio se contrae a aquellas materias excluidas legalmente —no convencionalmente del arbitraje), cuando debería haber sido articulado por la letra a) del mismo artículo (en la medida en que se pretende que la materia discutida no estaba incluida en la oferta pública realizada por la demandante y, por tanto, no habría sumisión a arbitraje), debemos partir del hecho indubitado de que la hoy actora efectuó una oferta pública de adhesión al sistema arbitral, por lo que por aplicación del art. 24 del Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero, la mera presentación de una solicitud por parte de cualquier consumidor al amparo de este sistema dentro de los límites de esa oferta implicaba de forma automática la existencia de convenio arbitral, siempre y cuando la reclamación estuviese incluida en el ámbito objetivo de dicha oferta. La oferta de adhesión al sistema arbitral de consumo realizada por Endesa Energía, S.A.U. era una oferta limitada pues incluía, entre otros, "aquellos conflictos relativos al proceso de ... facturación y cobros y las reclamaciones derivadas de estos procesos", pero excluía expresamente los litigios de otra naturaleza, entre los que enumeraba los relacionados con las redes de generación y/o distribución, lecturas, extensión de red, concesión de acceso a terceros, interrupciones del suministro, etc. Pues bien, el laudo impugnado contesta adecuadamente a la objeción articulada como motivo único de la presente demanda, que ya fue planteada y resuelta (párrafo cuarto del laudo impugnado) en el propio procedimiento arbitral. En la misma línea, concluimos nosotros que desde el momento en que Endesa Energía, S.A.U. facturó directamente a su cliente (el hoy demandado) en concepto de suministro de energía eléctrica, ha de entenderse que la discrepancia surgida entre empresa comercializadora y consumidor sobre dicha facturación cae dentro del ámbito objetivo de la oferta de adhesión presentada por aquella, cualquiera que fuera la causa determinante del concreto importe facturado, y aunque dicha causa fuera de las

excluidas en la oferta pública. Dicho de otro modo, solo si la cuestión conflictiva excluida de la oferta pública de adhesión no hubiese tenido reflejo en la facturación, podría la entidad adherida (en este caso Endesa Energía, S.A.U.) invocar con razón que la reclamación del consumidor quedaba fuera de los límites de dicha oferta y, por tanto, debía ser excluida del arbitraje de consumo. La redacción de la oferta es oscura en su redacción, y la interpretación que de la misma patrocina la entidad que la hace conduce a la inanidad de su adhesión al sistema arbitral de consumo. Pero como es sobradamente sabido, dicha oscuridad nunca podría favorecer las pretensiones de la demandante que es quien la ha impuesto (art. 1288 Cc, en relación al art. 6.2º Ley de Condiciones Generales de la contratación, y con el art. 10.2º Ley General para la Defensa de los Consumidores y Contratación, así como la doctrina jurisprudencial que los interpreta (...))».

NULIDAD DE UN LAUDO EN ARBITRAJE DE CONSUMO POR NO TENER EL DEMANDANTE LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR (STSJ MURCIA 21 FEBRERO 2020)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Características — Contratos de consumo — Acción de anulación — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Civil y Penal, de 21 febrero 2020 (Ponente: Julián Pérez-Templado Jordan) estima íntegramente la demanda de anulación de un laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral de Consumo, de Murcia, con las siguientes consideraciones:

«(...) En el laudo arbitral 273/18, el Colegio Arbitral acordó la admisión de la demanda presentada por el Sr. Anselmo contra Eurocar, S.L. por la compra de un vehículo que resultó averiado. Dicho laudo estima la petición del reclamante y declara resuelto el contrato, debiendo devolverse las prestaciones, esto es, el vehículo vuelve a Eurocar, S.L, y ésta abona al Sr. Anselmo los 4.500 euros pagados. La vocal D.ª Araceli presentó voto particular discordante, por entender en esencia dos razones que lo hacen nulo. En primer término, el requisito formal de que antes de diez días (del 26 diciembre 2017 al 4 enero 2018), plazo que se concedió a Eurocar para ratificar su primera aceptación, decidió rechazar el laudo. En segundo término, por la cuestión de fondo sobre la condición profesional del Sr. Anselmo que dedica el vehículo para su actividad de hacer portes, por lo que no tiene la condición de consumidor o usuario. Estos dos motivos son más que suficientes para estimar, sin entrar en más cuestiones, el recurso deducido por Eurocar S.L. contra el laudo arbitral, al haber sido rechazado en su momento, además de no poseer el apelado la condición de consumidor o usuario. En concreto, es la primera cuestión, la renuncia al arbitraje en plazo, la que resuelve el asunto. En consecuencia, debe anularse el laudo recurrido».

LA OPOSICIÓN AL DESPACHO DE EJECUCIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL DEBE ENCUADRARSE EN LAS CAUSAS O MOTIVOS LEGALMENTE PREVISTOS ENTRE LAS QUE NO FIGURA EL ORDEN PÚBLICO (AAP MADRID 25 FEBRERO 2020)

Arbitraje — Laudo arbitral — Despacho despacho de ejecución — Causales de oposición — Orden

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoquinta, de 25 febrero 2020 (Ponente: Angel Luis Sobrino Blanco) confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 101 de Madrid que procedió al despacho de ejecución de un laudo arbitral con las siguientes consideraciones:

«(...) El proceso de ejecución —todo proceso de ejecución— persigue la inmediata efectividad de un derecho a exigir una determinada prestación, que aparece expresamente reconocido en un título ejecutivo, mediante la realización, por el órgano jurisdiccional, de la actividad ejecutiva que debería haber realizado voluntariamente el ejecutado para dar cumplimiento a aquella prestación —que el propio título ejecutivo le imponía— integrada por una obligación de dar (o entregar), hacer o no hacer alguna cosa. El proceso de ejecución no es apto, por tanto, para pretender de los tribunales un pronunciamiento judicial, sino —únicamente— para recabar de los mismos la realización de una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior a fin de acomodar la realidad al contenido de un título ejecutivo (...). El ejercicio de la acción ejecutiva ha de fundarse, por tanto, necesariamente, en un título ejecutivo, esto es, en un título que tenga aparejada ejecución. Y, consecuentemente, la actividad ejecutiva ha de ajustarse y acomodarse plenamente al contenido del título ejecutivo que le sirve de fundamento. Únicamente tienen la consideración de títulos ejecutivos los expresamente enumerados en el art. 517 LEC (...). En el presente caso, el título ejecutivo que sirve de fundamento a la ejecución de la que dimana el incidente al que esta alzada se contrae no es otro que —por virtud de lo dispuesto en el art. 517.2.2.º LEC— el laudo o resolución arbitral dictado en Madrid, en fecha 18 septiembre 2018, por D.ª María del Mar Garvín López, designada árbitro por el Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España, en el Arbitraje de Derecho n.º 1/2018, en cuya parte dispositiva, se establece, por un lado, la obligación de la ejecutada, D.ª Marisol, de desalojar la vivienda N.º del edificio número ... de la ... de Setembre de Viladecans (Barcelona), poniéndola a disposición del ejecutante; y, por otro lado, la obligación de la misma ejecutada de abonar al ejecutante, las sumas de 8435,02 euros en concepto de rentas debidas y de 847?00 euros (700,00 más IVA) en concepto de costas del procedimiento arbitral (...). La oposición a la ejecución —concebida en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil como un incidente declarativo, de naturaleza sumaria, intercalado en un proceso de ejecución— tiene por objeto obtener del tribunal la declaración de improcedencia de la ejecución despachada a instancia del ejecutante, bien por concurrencia de defectos procesales, bien por razones de fondo, expresa y específicamente previstas en la Ley (...) La oposición a la ejecución fundada en resolución arbitral —como acontece en el presente caso—, única y exclusivamente puede fundarse y sustentarse, bien en la concurrencia de alguno de los defectos procesales expresamente enumerados en el art. 559 LEC: 1.º.— Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda. 2.º.— Falta de capacidad o representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda. 3.º.— Nulidad radical del despacho de ejecución por no contener el laudo arbitral, que integra el título ejecutivo invocado, pronunciamiento de condena o por no cumplir el laudo los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución—; bien, por motivos de fondo, en alguna de las causas taxativamente enumeradas en el art. 556.1º de la repetida Ley Procesal: El

pago o cumplimiento de la obligación objeto de condena, la caducidad de la acción ejecutiva, o el pacto o transacción convenido para evitar la ejecución que conste en documento público (...). En el supuesto enjuiciado, la oposición deducida por la ejecutada —como se desprende del correspondiente escrito promotor del incidente— se fundamenta sustancialmente en la oposición del laudo arbitral al orden público. En base a ello, resulta, en todo caso, totalmente evidente e incontestable que la oposición pretendida por la ejecutada no puede encuadrarse en ninguna de las causas o motivos de oposición legalmente previstos, por lo que es indiscutible su total y absoluta improcedencia. Por otra parte, ha de tenerse presente, a mayor abundamiento, que no cabe alegar como motivos de oposición a la ejecución, los motivos que pudieron y debieron haber fundamentado, en su caso, la oposición a la demanda de arbitraje, o un recurso de nulidad contra el mismo laudo (...). Por todo lo precedentemente expuesto, procede confirmar en su integridad la resolución apelada, con total desestimación del recurso de apelación interpuesto y expresa condena de la recurrente al pago de las costas causadas en esta alzada, de conformidad con lo prevenido por el art. 398.1º, en relación con el 394, LEC».

NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE UN ÁRBITRO ÚNICO QUE REÚNA LAS CONDICIONES DE JURISTA Y EXPERTO Y CONOCEDOR DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN PORTUGAL (STSJ CASTILLA Y LEÓN 18 MARZO 2020)

Arbitraje — Árbitros — Designación judicial — Abogados portugueses — Allanamiento — Formalización judicial — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Pena, Sección Primera, de 18 marzo 2020 (Ponente: Carlos Javier Álvarez Fernández) procede al nombramiento de un árbitro único con las siguientes consideraciones:

«(...) La LA establece, en su art. 15, que, si no resulta posible designar árbitro a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al Tribunal competente el nombramiento de los árbitros o en su caso la adopción de las medidas necesarias para ello, expresándose en su preámbulo 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 realmente no existe un convenio arbitral; pero que el Juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio (...). En el presente caso, según se deduce de la documentación aportada, y de las manifestaciones efectuadas por las partes en los escritos de demanda y de contestación, es un hecho conforme y admitido por las partes que ambas tienen suscrito un contrato de prestación de servicios jurídicos profesionales, en cuya cláusula Novena se establece que "Cualquier cuestión litigiosa o, en general, discrepancia que surja en relación con las obligaciones de cada parte derivadas de este contrato o en la interpretación, cumplimiento, incumplimiento y ejecución de cualesquiera estipulaciones del mismo, si no se soluciona por mutuo acuerdo, será resuelta, con exclusión expresa de jurisdicción, por arbitraje a petición de cualquiera de las partes mediante comunicación escrita a la otra. Las partes, de mutuo acuerdo, al amparo de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre,

de Arbitraje, ya desde ahora, nombran árbitros al que ejerza el cargo del Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca y su homólogo de Coimbra, quienes decidirán con arreglo de equidad..." (...). Igualmente, en la demanda se admite la nulidad parcial de la citada cláusula Novena del contrato, por entender que, al designarse por las partes únicamente dos árbitros, tal designación es contraria a lo dispuesto en el art. 12 LA, que establece textualmente que "las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro". A la vista de lo anterior, y dado que no ha sido posible llegar a un acuerdo entre las partes para la designación de un tercer árbitro, y a tenor de lo dispuesto en el art. 15.3º de la Ley, es por lo que se propone en la demanda que por este Tribunal Superior de Justicia se proceda a nombrar un solo árbitro que decida la cuestión litigiosa, y, teniendo en cuenta que la dicha cuestión tiene que ver con los servicios jurídicos profesionales prestados en procedimientos tramitados en Portugal, se propone igualmente que dicho árbitro único sea jurista, experto y conocedor del ejercicio de la Abogacía en Portugal (...). La parte demandada comparecida se ha allanado a la pretensión de designación judicial de un solo árbitro en las condiciones propuestas en la demanda, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 21 LEC, procede efectuarla conforme a las previsiones del n.º 6 del art. 15 LA, en relación con lo previsto en la cláusula compromisaria arriba transcrito. Se procederá, por tanto, al nombramiento de un perito único, que reúna las condiciones de jurista y experto y conocedor del ejercicio de la Abogacía en Portugal, debiendo insaculares tres nombres para la designación de uno solo por sorteo en las condiciones que dirán en la parte dispositiva».

LA ACCIÓN DE ANULACIÓN EJERCITADA ESTÁ CADUCADA, AL HABERSE PRESENTADO LA DEMANDA DE ANULACIÓN CON NOTORIA POSTERIORIDAD AL PLAZO PREVISTO DE DOS MESES (STSJ MADRID 24 MARZO 2020)

Arbitraje — Corte Civil y Mercantil de Arbitraje — Acción de anulación — Caducidad de la acción — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 24 marzo 2020 (Ponente: Francisco Jose Goyena Salgado) desestima una acción de anulación, formulada frente al Laudo arbitral con n.º de expediente 959, de fecha 6 junio 2019, en arbitraje administrado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje y, en consecuencia, confirma el mismo, con las siguientes consideraciones:

«(...) Al respecto conviene recordar lo que ya hemos afirmado, entre otras, en las SSTSJ Madrid 74/2013, de 8 de octubre, 30/2014, de 22 de mayo, 64/2014, de 18 de noviembre y 31/2016, de 13 de abril. Allí dijimos (FJ 2º, en todos los casos): "En primer lugar, que el artículo citado 41.4º LA establece un plazo de caducidad de la acción de anulación de laudos arbitrales de dos meses, a contar (dies a quo) desde la notificación del Laudo a la persona designada en el expediente arbitral, hasta el momento (dies ad quem) en que se presente la demanda de anulación ante el Tribunal Superior de Justicia, ya que el mismo dispone que: "La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya

solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud o desde la expiración del plazo para adoptarla". Por otra parte, el art. 5 LA preceptúa que: "Salvo acuerdo en contrario de las partes..., se aplicarán las disposiciones siguientes: Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado... Los plazos establecidos en esta Ley se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere festivo en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Cuando dentro de un plazo haya de presentarse un escrito, el plazo se entenderá cumplido si el escrito se remite dentro de aquél, aunque la recepción se produzca con posterioridad. Los plazos establecidos por días se computarán por días naturales". Y, finalmente, el art. 37.7º LA prevé que: "Los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3, dentro del mismo plazo establecido en el apartado 2". Según vienen entendiendo los diversos tribunales que actualmente ostentan competencias en la materia y que han resuelto cuestiones similares "... el mencionado plazo de dos meses desde la notificación del laudo para la interposición de la demanda de anulación es —al igual que los previstos para el ejercicio de las acciones de revisión de sentencias judiciales firmes (art. 512 LEC) o de reclamación de indemnización por error judicial (art. 293.1.a LOPJ), entre otras— un plazo de caducidad (no de prescripción) de naturaleza civil o sustantiva (no procesal). Por su condición de tal, y al hallarse fijado por meses, dicho plazo debe computarse de fecha a fecha, según lo previsto en el art. 5 Cc, debiendo iniciarse su cómputo el día siguiente al de la recepción de la notificación o comunicación del laudo (art. 5.b) LA), sin excluir el mes de agosto a este respecto véanse, entre otras menos recientes, las SSTs 1ª 171/2010, de 15 de marzo, FJ 2; 645/2010, de 21 de octubre, FJ 3; 837/2010, de 9 de diciembre, FJ 1; y 233/2011, de 29 de marzo, FJ 2, así como el ATS 1ª de 15 febrero de 2011 —, que únicamente es inhábil a efectos procesales (art. 183 LOPJ), como tampoco los días festivos, sin perjuicio de considerar prorrogado el plazo hasta el primer día laborable siguiente, si el último fuera festivo en el lugar de recepción de la notificación o comunicación (art. 5.b) LA), incumbiendo a la parte que demanda la anulación del laudo la alegación y la acreditación de la observancia del plazo en el ejercicio de dicha acción y, en especial, la del dies a quo (ATS, 1ª, de 4 diciembre 2012 y STS, 1ª, 43/2013, de 6 de febrero, FJ 3). Además, como tal plazo de caducidad, no es susceptible, como regla, de interrupción o suspensión, ni siquiera por el ejercicio de la propia acción ante órgano jurisdiccional incompetente (SSTs, 1ª, 23 septiembre 2004, 11 abril 2005, 30 abril 2007, 20 diciembre 2010 y 21 septiembre 2011) o por error judicial (SSTs, 1ª, de 11 mayo 2001, 4 noviembre 2002 y 11 abril 2005). Asimismo, la sujeción al breve plazo de caducidad establecido en el art. 41.4º LA alcanza a la acción anulatoria en su conjunto y a todos los motivos de anulación previstos en ella, según se desprende de la doctrina sentada en la STC 288/1993, de 4 de octubre". En el mismo sentido, verbigracia "...". Es claro, a la vista de la citada doctrina, que efectivamente, como opone la parte demandada, la acción de anulación ejercitada está caducada,

al haberse presentado la demanda de anulación con notoria posterioridad al plazo previsto de dos meses, que no de tres, que establece el art. 41.4º LA sin que, en cualquier caso, sea tenido el mes de agosto como tiempo que no deba computarse en el perentorio de los dos meses, como ya hemos expuesto. Procede por lo expuesto, estimar la cuestión previa formulada por la parte demandada y tener por caducada la acción de anulación formulada por la parte demandante, lo que conlleva la desestimación de la demanda planteada».

LA ALEGACIÓN DE SER EL LAUDO CONTRARIO AL ORDEN PÚBLICO POR EL ESTADO DE INSALUBRIDAD DE LA VIVIENDA ARRENDADA ES UNA CUESTIÓN DE FONDO, QUE NO PUEDE SER OPUESTA EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL (STSJ MADRID 24 MARZO 2020)

Arbitraje — Arbitraje de alquileres — Acción de anulación — Designación de los árbitros no ajustada al acuerdo de las partes — Incongruencia *extra petita* — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 24 marzo 2020 (II) (Ponente: Francisco Jose Goyena Salgado) desestima una demanda ejercitando la acción de anulación con los siguientes fundamentos jurídicos:

«(...) En el caso presente se constata la existencia de un convenio arbitral, establecido en un documento anexo, de la misma fecha que el contrato de arrendamiento litigioso, suscrito entre las partes y en el que se constata claramente la voluntad de las mismas de someterse a arbitraje para dirimir las discrepancias que pudieran producirse en relación con el contrato citado. Dicho anexo y convenio arbitral suscrito, nova el propio contrato de arrendamiento de 3 diciembre 2013, en lo relativo a su cláusula décima, párrafo segundo, ya señalada, dejando sin efecto la inicial sumisión a la Jurisdicción ordinaria. En otro orden de cosas, de acuerdo con el ya citado art. 9.1º LA, debe desestimarse la alegación de que en el contrato de arrendamiento debería constar que las partes se someten a arbitraje, pues es válida la forma acordada por las partes contratantes, de establecer la sumisión al procedimiento arbitral, en un documento coetáneo —como es el caso presente— o posterior, que deje sin efecto (nove) la inicial sumisión a la Jurisdicción ordinaria. Precisamente el problema se habría planteado, de establecerse en el mismo documento contractual dos cláusulas competenciales contradictorias. No concurre, en consecuencia, el motivo contemplado en el ap. a) del art. 41.1º LA. Desestimada la alegación de inexistencia o falta de validez del convenio arbitral, el segundo motivo, que anuda la demanda a lo anterior, contemplado en el ap. d) del art. 41.1º LA, debe seguir igual suerte desestimatoria, desde el momento en que la parte no alegó en su momento, esto es en el propio procedimiento arbitral, que el nombramiento del árbitro no se ajustaba al convenio arbitral pactado por las partes, ello sin perjuicio de que el propio árbitro y así se expresa en el Laudo, examinó de oficio su competencia».

«(...) Como tercer motivo, al amparo del apdo. d) art. 41.1º L.A., solicita la parte demandante la nulidad del laudo arbitral, ya que el Laudo debería haber resuelto, al menos sobre la cuestión del acuerdo al que llegaron las partes en junio de 2018, y haberse reflejado en el laudo final, siendo motivo de nulidad no haberse ajustado el mismo al acuerdo existente entre las partes. El motivo

debe ser desestimado por dos razones: a) En primer lugar porque hace supuesto de la cuestión, desde el momento en que parte de la existencia de un acuerdo, que dice se hizo en junio de 2018, entre la demandante y el representante legal de la demandada, para vincular la resolución de la cuestión litigiosa a dicha existencia. b) Y, en segundo lugar, unido a lo anterior, porque, como apunta la parte demandada, lo que en realidad plantea la parte para su análisis por parte de la Sala, es una cuestión de fondo y de valoración probatoria. El factum en que apoya la demanda el motivo de nulidad no integraría el que se contempla en el alegado apdo. d) del art. 41.1º LA, ya que nada tiene que ver con el vicio a que se refiere el precepto: "Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes". El acuerdo a que se refiere el motivo, viene referido al que hace nacer el convenio arbitral, expresando de forma clara la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, y en su caso, sin que esto sea esencial, a otros aspectos que puedan regular el procedimiento de elección de los árbitros, si debe ser en equidad o derecho, y otros aspectos propios del desarrollo del procedimiento arbitral, sin perjuicio de las facultades que le atribuyen al árbitro el art. 25 LA».

«(...) Como cuarto y último motivo se alega infracción del orden público, al amparo del ap. 41.1º f) L.A.. La fundamentación es confusa y en todo caso no determina que haya existido la denunciada vulneración por parte del laudo arbitral impugnado. Como cuestión previa llama la atención, que no se haya articulado, por esta vía, independientemente de su éxito, la cuestión analizada en el fundamento jurídico anterior, en la medida en que pudiera considerarse que no se ha resuelto sobre una cuestión deducida en la demanda: el alegado acuerdo entre las partes contratantes, que de alguna manera modificaría los términos de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento, y en la medida en que con ello se hubiera vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art 24.1º CE), sino que el motivo se centra en el tema de la situación de insalubridad de la vivienda arrendada. En cualquier caso, respecto de la cuestión del acuerdo suscrito por las partes, ya indicábamos que es un tema de fondo sobre la cuestión litigiosa, sin que la Sala pueda entrar a conocer del acierto o no de la respuesta dada por el árbitro, al ser de la competencia exclusiva del árbitro, sin perjuicio de que pudiera ser objeto de examen por la Sala, como contrario al orden público, cuando la valoración realizada sea incongruente, arbitraria o manifiestamente contraria a principios de derecho necesario, o simplemente no exista, pues dicha exigencia de valoración es predicable en cualquier caso, incluido en los laudos dictado en equidad. No es el caso presente, ya que el Laudo da respuesta fundada a la cuestión litigiosa planteada, en el sentido de no considerar acreditado el acuerdo verbal de suspensión del contrato. El Laudo estudia la cuestión desde la perspectiva del onus probando, es decir de la carga de la prueba, que correctamente sitúa en la parte demandada, en cuanto que alega un hecho/acuerdo que obsta al normal cumplimiento del contrato de arrendamiento suscrito por las partes. Y desde dicha obligación, tras analizar la prueba practicada, considera que no se ha acreditado dicho acuerdo. El resultado de la valoración y su plasmación argumental es ajustado a los parámetros exigibles de racionalidad, sujeción a las reglas de la lógica y experiencia, no revelándose arbitraria o contraria a los principios de valoración probatoria, estableciendo el resultado de cada prueba, sin que la Sala deba ni pueda, por la naturaleza del procedimiento en el que nos encontramos, entrar a reexaminar dicha valoración, conforme a nuestro criterio. Por lo que respecta a la otra cuestión fáctica, en que apoya la parte demandante la alegación de ser el Laudo contrario al orden público,

y que viene referida a las deficiencias y estado de insalubridad de la vivienda arrendada, nuevamente hemos de coincidir con la parte demandada en que es una cuestión de fondo, que pudo ser opuesta en el procedimiento arbitral, a los efectos de formular una reclamación frente al arrendador y en su caso, intentar justificar el impago de la renta. Dicha oposición debió formularse mediante la oportuna reconvencción. Sin embargo, no lo hizo la parte y así lo reconoce, si bien lo justifica en que no fue asesorada por un profesional por no ser preceptiva la asistencia letrada. Si bien esto es así, ello no le impedía haberse asesorado. Por otra parte, la cuestión es examinada por el árbitro, desde la perspectiva de las obligaciones del arrendador de entregar y mantener en buen estado la vivienda, al amparo del art. 21 LAU, llegando a la conclusión de que dicha denuncia de la arrendataria y en definitiva el incumplimiento alegado, no puede excluir el cumplimiento de su obligación de pago de la renta. Con independencia del acierto o no de dicha conclusión, en el que, repetimos, no puede entrar la Sala, lo cierto es que constituye una respuesta jurídica válida, por lo que no se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante, que ha obtenido una respuesta fundada y en derecho. Las limitaciones que, por lo expuesto, alcanzan a la Sala, nos impiden hacer una valoración ex novo de la prueba practicada en sede de este procedimiento, a los efectos de contraponerla a la llevada a cabo por el árbitro en su resolución. En consecuencia, no se aprecia la concurrencia del motivo alegado de nulidad. Procede por todo lo expuesto, desestimar la demanda y confirmar el laudo arbitral impugnado».

LA CLÁUSULA ARBITRAL CUMPLE RIGUROSAMENTE LAS EXIGENCIAS DEL ART. 9 LA Y ADEMÁS ES CLARA E INEQUÍVOCA, NO INDUCE A CONFUSIÓN, SUPERA EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y FIGURA FIRMADA EN SU MARGEN POR EL ACTOR (AAP BARCELONA 22 ABRIL 2020)

Arbitraje — Arbitraje institucional — Arbitrabilidad — Materia de libre disposición — Noción de consumidor — Cláusula no negociada inserta en un contrato de adhesión — Contrato de agencia — Convenio arbitral — Examen de la arbitrabilidad — Examen del convenio arbitral jurisprudencia verificación del convenio arbitral Declinatoria arbitral — Estimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosexta, de 22 abril 2020 (Ponente: Federico Holgado Madruga) confirma un auto de un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona que declaró la falta de competencia objetiva de este órgano judicial para conocer del asunto controvertido, porque el contrato concertado por las partes contenía una cláusula de sumisión expresa a arbitraje de derecho a favor de la Cámara de Comercio de Torrelavega. De acuerdo con el presente Auto:

«(...) el apelante, pese a reconocer que no goza de la condición de consumidor y que por tanto no resulta aplicable "principio alguno del derecho relativo a la protección de los consumidores y usuarios", parece sostener que, dado que la sumisión a arbitraje se regula en una cláusula no negociada inserta en un contrato de adhesión que, a su vez, está integrado por condiciones generales de la contratación, tal cláusula no puede gozar de validez. Se significa al respecto, en línea con lo que se exponía en la sentencia de esta Sección de 25 enero 2019, que la circunstancia

de que una cláusula incorpore una condición general de la contratación redactada por una de las partes con intención de ser incluida en una pluralidad de contratos no implica más que dicha estipulación "debe cumplir las exigencias de incorporación establecidas en el art. 5 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación". Y en la sentencia de 18 julio 2013 se declaraba que "como quiera que esa correcta incorporación al contrato no ha sido puesta en duda por el demandado, nada cabe oponer a su validez desde esa perspectiva, ya que no cabe confundir el ámbito de actuación y requisitos de validez de los contratos de adhesión y los de los contratos de consumo, sólo tangencialmente coincidentes, como subrayan las dos sentencias del Tribunal Supremo invocadas en el recurso (SSTS 20 noviembre 1996 y 31 enero 1998), por lo demás anteriores a la expresada LCGC". Argumentaba la representación de don Marcelino que la cláusula de sumisión a arbitraje no respeta las previsiones del art. 9 LA, ni la exigencia jurisprudencial de que la sumisión al arbitraje sea "explícita, clara, terminante e inequívoca". Sin embargo, la repetida cláusula, en juicio objetivo, cumple rigurosamente las exigencias de aquel precepto, y además es clara e inequívoca, no induce a confusión, supera el control de inclusión y figura firmada en su margen por el actor. Tampoco consta indicio alguno de que la cláusula de referencia, como se sugiere en el escrito de recurso, resulte contradictoria con la intención evidente de los contratantes, ni que comporte una coyuntura de desequilibrio para el actor o resulte contraria a las exigencias de la buena fe, aspectos estos últimos que, se reitera, únicamente serían fiscalizables, en su caso, desde la perspectiva de los derechos de los consumidores. (...). En definitiva, la cláusula de sumisión cumple las condiciones de incorporación y transparencia a las que se refiere el art. 7 LCGC, y además el arbitraje hace referencia a una controversia referente a una materia de libre disposición conforme a derecho, tal como exige el art. 2 LA».

[Véase María Carmen Barrón López, «Desestimación de declinatoria por sumisión a arbitraje por superar la cláusula de sumisión a arbitraje el control judicial. Auto AP Barcelona de 22 abril 2020», supra]

EL CONVENIO ARBITRAL EXISTE Y ES VÁLIDO, PESE A QUE EL ÁRBITRO HAYA DECRETADO LA NULIDAD DEL CONTRATO DONDE SE RECOGE EL CONVENIO ARBITRAL (STSJ PAÍS VASCO 23 ABRIL 2020)

Arbitraje — Corte Arbitral del Ilustre Colegio de Abogados de Bizkaia — Acción de anulación — Convenio arbitral — Deficiente valoración de la prueba — Falta de motivación — Incongruencia *extra petita* jurisprudencia — Principio de *kompetenz-kompetenz* — Orden público . — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 23 abril 2020 (Ponente: Nekane Bolado Zárrega) desestima una acción de anulación contra un laudo arbitral emitido por un árbitro único designado por la Corte Arbitral del Ilustre Colegio de Abogados de Bizkaia. Dentro del extenso razonamiento de esta decisión merece destacarse lo siguiente:

«(...) El motivo que invoca el demandante (art. 41.1º letra a) se refiere a que el convenio no exista o no sea válido, por lo tanto ha de probar que el convenio es inexistente o inválido. Conforme al art. 9.1º LA es evidente que la voluntad de las partes existe plasmada en la cláusula quinta del contrato, es decir, existe convenio, por lo que este motivo de inexistencia no puede prosperar; y es que cuando se habla de convenio inexistente se refiere a que no hubo nunca convenio, no a que existiendo un convenio en él los componentes o elementos determinantes en su esencialidad del mismo están viciados o no existen, dado que en estos supuestos nos encontraríamos más en el ámbito propio de la nulidad del convenio, pero teniendo en cuenta que, en cualquier caso, no es posible pretender valorar los elementos del convenio desde la teoría general del contrato sino preferentemente desde la misma naturaleza que posee el arbitraje, que se cimienta sobre la autonomía de la voluntad, cuando la misma no sea contraria a norma imperativa. Así, es sabido que el convenio arbitral, que puede formalizarse bien a través de una cláusula incorporada a un contrato —como es el caso—, o bien de forma independiente, cualquiera que sea la exteriorización del mismo, la validez y la eficacia del convenio arbitral es independiente de las referidas al contrato principal del que trae causa, de manera que es una figura cuyo régimen jurídico es diferente al del contrato por el que surge. Ello es recogido expresamente en el art. 22.1º LA que dispone: "Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia...". El fundamento de este principio se halla en que el convenio arbitral es un pacto independiente del contrato principal y sus efectos perduran aun cuando aquél ha dejado de producir efectos; lo importante de este principio de autonomía del convenio arbitral en sede de anulación se encuentra en que no por invalidar un contrato principal debe entenderse invalidado el convenio arbitral. En consecuencia, el convenio arbitral existe y es válido, pese a que el árbitro haya decretado la nulidad del contrato donde se recoge el convenio arbitral. En cuanto a la alegación en el presente procedimiento de que la validez, eficacia o nulidad del contrato litigioso no fue objeto del convenio arbitral, decir, como ya anunciábamos, que es una alegación nueva y como tal ha de ser desestimada, añadiendo —por agotar una respuesta fundada en derecho— que no corresponde a esta Sala de lo Civil analizar de nuevo el fondo del asunto, ni el acierto o desacierto del árbitro en su valoración probatoria, sino tan sólo nos incumbe decidir sobre la regularidad del proceso y la correcta observancia de los principios esenciales por lo que ha de regirse de rogación, bilateralidad, contradicción, igualdad de partes, congruencia y proscripción de cualquier situación de indefensión, y desde esta perspectiva a esta Sala no le incumbe analizar la correcta interpretación del árbitro sobre el contenido de la cláusula arbitral, pese a lo cual podemos afirmar que su lectura permite entender que su contenido autoriza al árbitro a resolver sobre la cuestión de nulidad que le fue pretendida por la parte demandante, por lo que este motivo, como ya anunciábamos, ha de ser rechazado».

«(...) Para justificar este motivo de anulación, el litigante vencido en el procedimiento arbitral, examinando el fondo del asunto, realiza una nueva valoración de la prueba desde su particular y subjetiva visión, pretendiendo ahora conseguir, que se anule la nulidad del contrato de compraventa y sus consecuencias decretada por el árbitro aduciendo razones como si se tratara de un recurso de apelación, tratando de que esta Sala vuelva a analizar la cuestión de fondo sometida a arbitraje, realice una revaloración probatoria y decida lo contrario a lo ya resuelto en el procedimiento arbitral. Esta Sala de lo Civil siguiendo la reiterada doctrina jurisprudencial ya ha

dejado sentado hasta la saciedad en numerosas resoluciones..., que el denominado recurso de anulación (o más correctamente, la acción de anulación), "(...) no es una segunda instancia, en que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de los hechos enjuiciados por el árbitro, de tal manera que la parte que se viera perjudicada por esa decisión de fondo pudiera de nuevo plantear la misma ante los Tribunales de Justicia, frustrándose así el objetivo que la institución de Arbitraje pretende conseguir (...)"., 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.. En definitiva, la jurisprudencia reiterada transcrita ha identificado la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por defectos en la motivación con aquella que sea arbitraria, ilógica o absurda (ATS de 28 enero 2014). Del examen del laudo arbitral y de las actuaciones posteriores (resolución sobre la corrección y aclaración del laudo), desde la perspectiva de los criterios anteriormente expuestos, pueden extraerse las siguientes conclusiones: (i) El laudo contiene los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos y las razones de justicia que fundamentan la decisión. (ii) Da respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las pretensiones causadas en el procedimiento y somete a consideración las que resultan sustanciales, en tanto que vertebran el razonamiento de las partes. (iii) No ha quedado justificada la hipotética indefensión consecuenta a la falta de motivación alegada, ni la avala el ejercicio de la acción de nulidad del laudo arbitral por parte del hoy demandante, formalizado en un sus escritos de alegaciones. Consecuencia de todo ello, es que no se ha producido ningún vicio o error, y mucho menos arbitrario, como denuncia la demandante, sino una valoración motivada de la prueba practicada por el único órgano competente para realizarla, que no es otro que el órgano arbitral. No se ha producido infracción del orden público, por lo que procede desestimar también este motivo de impugnación».

[Véase Ixusko Ordeñana Gezuraga, «Del único fruto sano del manzano podrido o sobre el convenio arbitral que sobrevive al contrato nulo que lo cobija, de se fue el último tren o la renuncia tácita a las facultades de impugnación y de cuestiones sentadas hasta la saciedad o la naturaleza de la acción de anulación y el orden público. Sentencia TSJ País Vasco de 23 abril 2020», supra]

LA AUDIENCIA CONFIRMA LA DECISIÓN DE INSTANCIA QUE ACORDÓ EL DESPACHO DE EJECUCIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL (SAP VALENCIA 23 ABRIL 2020)

Arbitraje — Arbitrabilidad — Laudo arbitral — Despacho de ejecución — Notificación del laudo — Procedencia.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Octava, de 23 abril 2020 (Ponente: María Fe Ortega Mifsud) desestima un recurso de apelación interpuesto contra un auto de 12 septiembre 2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Valencia, en autos de ejecución de un laudo arbitral. Dicho laudo había acordado la resolución del contrato de arrendamiento y el desalojo del inmueble, así como al pago de determinadas cantidades en concepto de rentas y gastos arbitrales. Despachada ejecución el ejecutado formuló oposición alegando al amparo del art. 559.3º LEC, la

nulidad del despacho de ejecución con fundamento en dos cuestiones. En primer lugar no puede someterse a arbitraje el contenido del laudo, porque es una cuestión controvertida el poder someter a arbitraje cuestiones relativas a arrendamientos urbanos y específicamente la resolución y desahucio por falta de pago. Dada la imperatividad de la LAU, la resolución contractual y el desahucio no pueden ser fruto de decisión arbitral. El demandado tiene el derecho a enervar la acción de desahucio y esta norma es indisponible para las partes. En segundo lugar, se alega que el laudo no es firme ya que no ha sido debidamente notificado. Así en la cláusula 10º del contrato se determina la forma de realizar las notificaciones, incumplándose lo establecido ya que la notificación se hace en dos domicilios diferentes. Además se dice que deberá intentarse en dos ocasiones pero solo en el domicilio que se reseña en el contrato, que es el de la calle... La falta de notificación le ha impedido ejercer los derechos que le asisten. La resolución de instancia desestima la oposición y contra dicha resolución se formula recurso de apelación. De acuerdo con la Audiencia:

«(...) El recurso de apelación del demandado es reproducción literal del escrito de contestación y ello aboca a que ha de ser desestimado, por que en ningún momento ha combatido las razones por las que la sentencia recurrida estima la demanda, de ahí que, al no invocarse fundamento alguno demostrativo de la posible equivocación sufrida. De modo que si lo pretendido con una apelación es la revocación de la resolución dictada, para que esa consecuencia se produzca, resultará imprescindible poner de manifiesto el desacierto del juez a quo al resolver el tema planteado, y esa valoración únicamente se obtendrá justificando que es errónea la argumentación en que se basó para desestimar, en este caso, la misma. Es decir la apelación no puede consistir en que el recurrente reproduzca los alegatos vertidos en la instancia, dado que sus planteamientos, tanto desde el punto de vista fáctico como desde la óptica jurídica, ya fueron estudiados y resueltos en la resolución combatida. Su finalidad es tratar de justificar el error en que incurrió, ya sea por una defectuosa apreciación de la prueba practicada o, en su caso, por la infracción de un precepto legal que forzosamente se habrá de invocar, lo que aquí no ha ocurrido, ya que, como se ha dicho, el recurrente se ha limitado a reproducir el escrito contestación efectuado en su día, no teniendo en cuenta que nos hallamos en el momento en otra fase ulterior, en la que se ha de tomar como punto de partida la resolución de primer grado, que al no ser consentida, ha dado paso al recurso de apelación que ahora se examina. Pero es que a mayor abundamiento aunque prescindieramos de lo anterior, la consecuencia sería la misma, por compartir plenamente la fundamentación de la sentencia y que damos y a cuya fundamentación nos remitimos la Sala hace suyos los completos y acertados razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia apelada y por los que se desestima la demanda, motivación que se considera suficiente y que ha de darse por reproducida a los efectos de su confirmación por no quedar aquélla desvirtuada por las alegaciones del litigante apelante».

NO ES RELEVANTE QUE EL CONTRATO NO SE DOCUMENTARA POR ESCRITO, PUES EL TRANSPORTISTA NO SE OPUSO POR CUALQUIER MEDIO Y EN EL MOMENTO LEGALMENTE OPORTUNO A SOMETER LA CONTROVERSIA A ARBITRAJE (AAP BARCELONA 27 ABRIL 2020)

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quince, de 27 abril 2020 (Ponente: Jose María Ribelles Arellano) confirma una decisión del Juzgado que admitió una declinatoria arbitral con el siguiente razonamiento:

«(...) El art. 38.1º de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en el que se sustenta la estimación de la declinatoria de jurisdicción, dispone lo siguiente: "...". La redacción del precepto se introduce con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 noviembre 1995, que declaró inconstitucional el art. 38.2º LOTT por ser contrario a los arts. 24.1º y 117.3º CE, en la medida que prescindía de la voluntad de una de las partes para el sometimiento de la controversia a arbitraje. El precepto, tras la modificación de 1996, excluye el consentimiento del contrario para ejercer la reclamación ante un órgano judicial, que se sustituye por una presunción legal de acuerdo entre las partes para someter la controversia a la Junta Arbitral de Transporte en reclamaciones de pequeña cuantía (que no excedan de 15.000 euros) y siempre que ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra, manifestación que en todo caso deberá emitirse antes de que se inicie o debiera haberse iniciado el transporte o la actividad contratada (...). En este caso, la cuantía (1729,48 euros) no supera el mínimo legal y no es discutido que la demandante no manifestó, antes de prestar los servicios contratados, su voluntad contraria a someter la controversia a arbitraje, por lo que debemos confirmar el criterio seguido por la resolución apelada. No es relevante, a estos efectos, que el contrato no se documentara por escrito. Basta con constatar que el transportista no se opuso, por cualquier medio y en el momento legalmente oportuno (con anterioridad a iniciar el transporte), a someter cualquier controversia relacionada con el transporte a arbitraje. La atribución por el art. 86 ter a la jurisdicción mercantil de las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes sirve para dirimir los conflictos entre Juzgados del mismo orden jurisdicción (Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de lo Mercantil). Lógicamente no otorga ninguna preferencia frente a aquellas controversias de las que deban conocer los órganos arbitrales, como es el caso».

PROCEDENCIA DEL DESPACHO DE EJECUCIÓN DE UN LAUDO POR CONSTAR ACREDITADO QUE LOS DOS INTENTOS DE NOTIFICACIÓN SE REALIZARON CORRECTAMENTE CUMPLIENDO CON LO DISPUESTO EN EL ART. 5 LA (AAP VALENCIA 27 ABRIL 2020)

Arbitraje — Despacho de ejecución — Notificación del laudo — Procedencia.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Octava, de 27 abril 2020 (Ponente: Pedro Luis Viquer Soler) confirma el despacho ejecución de un laudo arbitral acordado por el juzgado de primera instancia de Moncada, con las siguientes consideraciones:

«(...) el mal denominado recurso de anulación (propriadamente se trataría de una "acción o demanda de anulación") en ningún caso puede considerarse una cuestión prejudicial civil del art. 43 LEC sino

un proceso de revisión de resoluciones firmes cuyo planteamiento en modo alguno afecta a la ejecutividad del laudo como expresamente así lo establece el art. 45 LA; y en cuanto a la alegada nulidad del laudo por ser contrario al orden público por haber sido adjudicado el inmueble a otra entidad, se trataría en puridad de un supuesto de falta de legitimación que debería haberse incardinado en el momento procesal oportuno en el art. 559.1.1º LEC, si bien la parte ejecutada no lo hizo, sin que quepa plantear ahora esta cuestión sorpresivamente en apelación, siendo de destacar además que en todo caso precisamente uno de los motivos del recurso de anulación previstos en el art. 41.1º.f) LA es que el laudo sea contrario al orden público, siendo ésta y no otra la sede oportuna para analizar y resolver dicha cuestión».

«(...) Aclarado lo anterior, procede entrar en el examen y resolución de la cuestión nuclear planteada en la oposición a la ejecución y en el recurso, que se centra en la nulidad del despacho de la ejecución al amparo del art. 559.1.3º LEC por no llevar el título ejecutivo —en este caso el laudo— aparejada ejecución, debido a la falta de notificación del mismo al deudor ejecutado. A tal efecto alega éste en su escrito de oposición y reitera en el de apelación que sólo hubo un intento de comunicación y que no se agotaron las garantías y la diligencia exigibles para la efectividad de la notificación y añade que no se han cumplido los requisitos del art. 5 LA y de la cláusula 14ª del contrato de arrendamiento de fecha 16 abril 2014 que contiene el convenio arbitral, ya que deberían haberse justificado al menos dos intentos de notificación. Sin embargo examinada la documentación aportada con la demanda ejecutiva y en particular el documento n.º 5 que se acompaña a relativo a la aludida notificación, se constata que dicha notificación del laudo fue intentada en dos ocasiones, el día 26 de julio a las 17:54 horas y el día 27 de julio a las 11:14 horas, por lo tanto a distintas horas, por la tarde y por la mañana, y en el mismo domicilio que aparece correctamente consignado en dicha documentación (...), que además sigue siendo efectivamente el domicilio del ejecutado (se trata de la vivienda arrendada), y así resulta de las tres comparecencias efectuadas en autos en fecha 31 octubre 2018 en la que se le notificó el auto despachando ejecución y decreto de fechas 26 y 29 octubre 2018 respectivamente, la realizada en fecha 19 noviembre 2018 para formalizar el apoderamiento apud acta y en el propio Juzgado de Paz en fecha 29 noviembre 2018 (...), que evidencian que efectivamente el ejecutado sigue residiendo en dicho domicilio, por lo que es incuestionable que el ejecutado recibió los avisos, que no fueron entregados a otra persona sino depositados en su buzón. Es de reseñar además que para mayor garantía la notificación estuvo intervenida por la entidad Logalty como tercera parte de confianza conforme al art. 25 Ley 34/2002 sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, con el consiguiente depósito y verificación notarial de su contenido. En resumen, consta acreditado en autos que los dos intentos de notificación se realizaron correctamente cumpliendo con lo dispuesto en el art. 5 LA y lo pactado en la cláusula 14ª del convenio arbitral (...), según la cual las partes aceptaban conforme al art. 5 LA, que "cualquier notificación o comunicación se considerará recibida tanto si ha sido entregada al destinatario como si ha sido intentada la entrega en el domicilio designado en el contrato" añadiendo que "se entenderá intentada la entrega cuando al menos consten dos avisos infructuosos de entrega por parte de la empresa estatal Correos y Telégrafos S.A. o de un organismo o empresa similar en alguno de los domicilios señalados en el contrato, que en el caso del arrendatario es el domicilio arrendado". Por tanto, y en resumen, ha sido el propio demandado el que al desentenderse de los

avisos, consciente y voluntariamente, se ha situado fuera del procedimiento (...). En consecuencia procede desestimar el recurso y confirmar el auto apelado por sus propios y acertados fundamentos».

Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Octava, de 23 abril 2020.

EL ENSANCHAMIENTO DEL CONCEPTO DE «ORDEN PÚBLICO» QUE REALIZA EL TSJ PARA LLEVAR A CABO UNA REVISIÓN DE FONDO DEL LITIGIO POR EL ÓRGANO JUDICIAL PERTENECE EN ESENCIA SÓLO A LOS ÁRBITROS Y DESBORDA EL ALCANCE DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN (STC 15 JUNIO 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Ámbito — Allanamiento arbitraje — Orden público — Revisión de fondo del litigio — Solicitud tutela judicial efectiva — Tribunal Constitucional. — Declaración de vulneración de la tutela judicial efectiva.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 junio 2020 declara que el ensanchamiento del concepto de «orden público» que realizan las resoluciones impugnadas del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para llevar a cabo una revisión de fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia sólo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso. De acuerdo con esta decisión:

«Efectivamente, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, configura la institución arbitral como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes.

Por consiguiente, es claro que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros, "al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo" (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3; y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Por todo ello, ninguna de las causas de anulación previstas en el art. 41.1º LA puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues. "la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la — eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo" (ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3). A ello hay que añadir — a diferencia de lo afirmado por el órgano judicial — que es doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la de que las "exigencias relativas a la eficacia del procedimiento. arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la

anulación de un laudo en casos excepcionales" (STJCE de 26 octubre 2008, asunto C168/05, Mostaza Claro).

Es cierto que la contravención del "orden público" se establece en el art. 41.1º.f) de la Ley de Arbitraje como motivo de anulación y en el art. V.2º.b) de la Convención de Nueva York de 1958 como causa de denegación del reconocimiento de laudos extranjeros. Ahora bien, el problema que precisamente suscita este asunto es el de qué debe entenderse por orden público o si la interpretación llevada a cabo por el órgano judicial de lo que deba entenderse por orden público es arbitraria e irrazonable y con esa irrazonabilidad se ha vulnerado el derecho de las partes a la motivación razonable de las resoluciones judiciales.

Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio; y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá "ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende. los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente.

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.

En este contexto, este Tribunal entiende que la decisión del órgano judicial fue contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales, conclusión que se refuerza además por el comportamiento de la Sala, que no sólo rechazó la petición de archivo, sino que, además, como se pone de relieve en la demanda y subraya el ministerio fiscal, ni siquiera dio eficacia a la voluntad tácita de las partes de desistimiento por su no comparecencia al acto del juicio, demostrando con ello una pertinacia en decidir el fondo del asunto que, aparentemente, fue más allá de los límites constitucionales del deber de motivación y congruencia.

A mayor abundamiento, debemos advertir que, con la doctrina que emana de la decisión que se recurre, la interposición de la demanda de anulación generaría una suerte de "efecto dominó" que impediría a las partes ejercer su poder de disposición sobre el proceso. Dicha solución podría ser admisible de basarse la petición de anulación en que el objeto del laudo (en el caso, el contrato) regula una materia que no era susceptible de ser sometida a arbitraje por afectar al orden público, pero•no es el caso, dado que el orden público determinante de la decisión se refiere a la

vulneración del derecho al árbitro imparcial, un matiz aportado al proceso de oficio por la propia Sala, pues los demandantes fundaban la petición de nulidad en el carácter abusivo de la cláusula de sumisión a arbitraje.

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

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

[Véase Gonzalo Stampa, «El Tribunal Supremo advierte acerca de la incorrección que supone la aplicación maximalista e indiscriminada del concepto del orden público en el desarrollo de la función de control judicial del laudo (STC 15 junio 2020), en la Sección Informaciones destacadas», supra]

UNA WEB SOBRE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA O DE SERVICIOS DEBE HACER CONSTAR LA INFORMACIÓN RELATIVA A LA ENTIDAD O ENTIDADES DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS (STJUE 25 JUNIO 2020)

Procedimiento prejudicial — Protección de los consumidores — Directiva 2013/11/UE — Resolución alternativa de litigios — Artículo 13, apartados 1 y 2 — Información obligatoria — Accesibilidad de la información.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 25 junio 2020 (Asunto C-380/19: *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*) (Ponente: M. Safjan) considera que el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que un comerciante que pone a disposición de los consumidores en su sitio web las condiciones generales de los contratos de compraventa o de servicios, pero que no celebra contratos con consumidores a través de dicho sitio, está obligado a hacer constar en esas condiciones generales la información relativa a la entidad o entidades de resolución alternativa de litigios que den cobertura a ese comerciante, cuando este se comprometa a recurrir a dicha entidad o entidades o esté obligado a recurrir a ellas para resolver los litigios con consumidores. A este respecto no basta que dicho comerciante presente esa información en otros documentos accesibles en el referido sitio o en otros desplegables de este o facilite al consumidor tal información en el momento de la celebración del contrato sujeto a las referidas

condiciones generales a través de un documento distinto de estas.

En esencia, los hechos del litigio son los siguientes: DAÄB es un banco cooperativo que explota el sitio web www.apobank.de, a través del cual no es posible celebrar contrato alguno. En el aviso legal de dicho sitio figura la información de que DAÄB se compromete o está obligado a participar en un procedimiento de resolución de litigios ante una entidad de mediación en materia de consumo. Además, es posible descargar desde ese sitio, en formato PDF (*Portable Document Format*), las condiciones generales de los contratos que DAÄB celebra con los consumidores (en lo sucesivo, «condiciones generales controvertidas»). Dichas condiciones generales no contienen ninguna información sobre la sujeción de DAÄB a tal procedimiento de resolución de litigios. Cuando DAÄB celebra con un consumidor un contrato sujeto a las condiciones generales controvertidas, dicho consumidor recibe, además del documento con las referidas condiciones generales, las condiciones tarifarias, también establecidas por DAÄB, al dorso de las cuales este informa al consumidor de que se compromete a someterse a un procedimiento de resolución de litigios (en lo sucesivo, «condiciones tarifarias controvertidas»). La Bundesverband considera que la información de que DAÄB se compromete a acudir a las entidades de mediación en materia de consumo debería figurar en las condiciones generales controvertidas, por lo que la práctica comercial de DAÄB descrita en los apartados 10 y 11 de la presente sentencia es contraria al art. 36, ap. 2, de la VSBG. En estas circunstancias, la Bundesverband interpuso ante el *Landgericht Düsseldorf* (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania) un recurso por el que solicitaba que se ordenase a DAÄB, bajo pena de multa, cesar en su práctica de no indicar en las condiciones generales controvertidas que se compromete o está obligada a someterse a un procedimiento de resolución de litigios ante una entidad de mediación en materia de consumo. El *Landgericht Düsseldorf* (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf) desestimó dicho recurso, por entender que el art. 36, ap. 2, de la VSBG exige al comerciante que facilite al consumidor la información contemplada en el art. 36, ap. 1, de la VSBG junto con las condiciones generales de los contratos únicamente si las utiliza. Ahora bien, el mero hecho de publicar las condiciones generales del contrato en un sitio web no equivale a utilizarlas, puesto que su utilización supone que una de las partes contratantes las comunique a la otra parte al celebrar el contrato. Además, según el *Landgericht Düsseldorf* (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf), el hecho de entregar al consumidor en el momento de celebrar un contrato, junto con las condiciones generales, un documento de información distinto, como las condiciones tarifarias controvertidas, cumple los requisitos previstos en el art. 36, ap. 2, punto 2, de la VSBG. En efecto, en su opinión, las condiciones generales de un contrato pueden englobar un conjunto de documentos y de cláusulas distintas. La Bundesverband apeló la sentencia del *Landgericht Düsseldorf* (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf) ante el órgano jurisdiccional remitente, el *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania). Al considerar que la resolución del litigio principal depende de la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, el *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia que se dilucide si el art. 13, aps. 1 y 2, de la Directiva 2013/11 debe interpretarse en el sentido de que un comerciante, que en su sitio web pone a disposición de los consumidores las condiciones generales de los contratos de compraventa

o de servicios, pero que no celebra contratos con consumidores por medio de dicho sitio, está obligado a hacer constar en esas condiciones generales la información relativa a la entidad o las entidades de resolución alternativa que den cobertura a dicho comerciante, cuando este se comprometa a acudir a tal entidad o entidades o esté obligado a acudir a ellas para resolver los litigios con consumidores, o si basta a este respecto que dicho comerciante presente esa información en otros documentos accesibles en el referido sitio o en otras pestañas de este o facilite al consumidor tal información en el momento de la celebración del contrato sujeto a las referidas condiciones generales mediante un documento distinto de estas.

En la presente sentencia el Tribunal de Justicia afirma, entre otras cosas que:

«[...]

23. *A tenor del art. 13, ap. 2, de la misma Directiva, la información relativa a la entidad o las entidades de resolución alternativa que den cobertura a dicho comerciante, a que se refiere el art. 13, ap. 1, de esa Directiva, deberá ser "clara, comprensible y fácilmente accesible en el sitio web del comerciante, si lo hubiere, y, si procede, en las condiciones generales aplicables a los contratos de compraventa o de servicios [celebrados] entre el comerciante y el consumidor".*

24. *El tenor de dicha disposición es claro y prevé que la información a que se refiere el ap. anterior debe figurar "en" las condiciones generales, cuando estas se muestran en el sitio web del comerciante, y no en otros documentos accesibles en dicho sitio o en otras pestañas de este. Esta claridad viene corroborada por las distintas versiones lingüísticas de la referida disposición, en particular por sus versiones en checo (ve všeobecných obchodních podmínkách), alemán (in den allgemeinen Geschäftsbedingungen), inglés (in the general terms and conditions), francés (dans les conditions générales), italiano (nelle condizioni generali), neerlandés (in de algemene voorwaarden), polaco (w ogólnych warunkach umów), portugués (nos termos e nas condições gerais), finés (yleisissä ehdoissa) y sueco (i de allmänna villkoren).*

25. *Ahora bien, conforme a reiterada jurisprudencia, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión procede tener en cuenta, no solo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (véase, en este sentido, la sentencia de 8 mayo 2019, Inspecteur van de Belastingdienst, C-631/17, ap. 29 y jurisprudencia citada).*

26. *En lo que atañe al objetivo de la Directiva 2013/11, se desprende de su art. 1, interpretado a la luz de los considerandos 1 y 2 de la misma Directiva, que esta tiene por objeto lograr un alto nivel de protección del consumidor, garantizando que los consumidores puedan, si así lo desean, presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios.*

27. *Para poder hacer uso de tal posibilidad, los consumidores deben estar informados de las vías de recurso extrajudicial, como enuncian los considerandos 5 y 7 de la Directiva 2013/11. A este respecto, el considerando 47 de dicha Directiva precisa que, cuando surge un conflicto, es necesario que los consumidores puedan identificar rápidamente qué entidades de resolución*

alternativa son competentes para tratar su reclamación y saber si el comerciante afectado participará o no en el procedimiento sometido a una de estas entidades.

28. Por lo que respecta a la cuestión de si la información relativa a la entidad o las entidades de resolución alternativa que den cobertura a dicho comerciante debe figurar en las condiciones generales disponibles en el sitio web del comerciante incluso en el supuesto de que ese sitio no se utilice para celebrar contratos con los consumidores, procede observar que es cierto que el art. 13, ap. 2, de la Directiva 2013/11 se refiere a las condiciones generales aplicables a los contratos de compraventa o de servicios entre el comerciante y el consumidor. Sin embargo, esta disposición no limita la obligación de información que establece a los casos en los que el comerciante celebre con los consumidores contratos a través de su sitio web.

29. En efecto, a tenor de esa misma disposición, la información relativa a la entidad o entidades de resolución alternativa que den cobertura a dicho comerciante debe figurar en el sitio web del comerciante, "si lo hubiere, y, si procede, en las condiciones generales", indicando la expresión "y, si procede" que la referida información no solo debe figurar en ese sitio, sino que debe estar incluida también en dichas condiciones generales, si están disponibles en el sitio web.

30. Por lo tanto, de conformidad con el art. 13, ap. 2, de la Directiva 2013/11, la obligación de información que dicha disposición establece no se cumple si el comerciante que muestra las condiciones generales en su sitio web no hace constar en ellas la referida información, sino que la presenta en otro lugar en dicho sitio.

31. Además, tal como se desprende del art. 3, ap. 3, de la Directiva 2013/11, en relación con el considerando 48 de dicha Directiva, esta es aplicable sin perjuicio de las disposiciones sobre información al consumidor relativa a procedimientos extrajudiciales de recurso contenidos en otros actos jurídicos de la Unión, que se aplicarán por añadidura a la obligación de información establecida en dicha Directiva.

32. Pues bien, del artículo 6, ap. 1, letra t), de la Directiva 2011/83 se desprende que, "antes" de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, debe ser informado de la posibilidad de recurrir a un mecanismo no judicial de reclamación y recurso al que esté sujeto el comerciante y los métodos para tener acceso al mismo.

33. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el artículo 6, ap. 1, de la Directiva 2011/83 tiene por objeto garantizar que se comunique al consumidor, antes de la celebración del contrato, tanto la información relativa a las condiciones contractuales y a las consecuencias de dicha celebración, lo que le permitirá decidir si desea vincularse contractualmente con un comerciante, como la información necesaria para la correcta ejecución del contrato y, sobre todo, para el ejercicio de sus derechos (sentencia de 10 julio 2019, Amazon EU, C-649/17, EU:C:2019:576, ap. 43 y jurisprudencia citada).

34. Para que al consumidor pueda servirle dicha información con este fin, debe recibirla en tiempo

oportuno antes de celebrar un contrato y no solo en el momento de la celebración de este, ya que la información facilitada antes de la referida celebración tiene una importancia fundamental para el consumidor (véanse, por analogía, las sentencias de 18 diciembre 2014, CA Consumer Finance, C-449/13, EU:C:2014:2464, ap. 46, y de 23 enero 2019, Walbusch Walter Busch, C-430/17, EU:C:2019:47, ap. 36 y jurisprudencia citada).

35. Por consiguiente, a la luz tanto del art. 13, ap. 2, de la Directiva 2013/11 como del artículo 6, ap. 1, letra t), de la Directiva 2011/83, no basta que el consumidor reciba la información sobre la resolución alternativa de litigios a que se refieren dichas disposiciones únicamente en el momento de la celebración del contrato con el comerciante, ya sea en las condiciones generales del contrato o en un documento distinto de estas.

36. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el art. 13, apartados 1 y 2, de la Directiva 2013/11 debe interpretarse en el sentido de que un comerciante que pone a disposición de los consumidores en su sitio web las condiciones generales de los contratos de compraventa o de servicios, pero que no celebra contratos con consumidores a través de dicho sitio, está obligado a hacer constar en esas condiciones generales la información relativa a la entidad o entidades de resolución alternativa de litigios que den cobertura a ese comerciante, cuando este se comprometa a recurrir a dicha entidad o entidades o esté obligado a recurrir a ellas para resolver los litigios con consumidores. A este respecto no basta que dicho comerciante presente esa información en otros documentos accesibles en el referido sitio o en otros desplegados de este o facilite al consumidor tal información en el momento de la celebración del contrato sujeto a las referidas condiciones generales a través de un documento distinto de estas».

[Véase Francisco Miguel Bombillar Sáenz «La obligación de informar de las entidades de resolución alternativa de litigios en las condiciones generales de contratación. A propósito de la sentencia del TJUE de 25 junio 2020», supra]

Extranjera

Primera anulación de un laudo de protección de inversiones por el Tribunal Federal de Suiza

Sentencia del Tribunal Federal de Suiza de 25 de marzo de 2020 (1)

La presente Sentencia tiene por objeto resolver la solicitud de anulación del laudo dictado en el caso CPA No. 2015-30, entre *Clorox España S.L y la República Bolivariana de Venezuela* el 20 de mayo de 2019. Además de su impacto estadístico, el gran interés de la Sentencia radica en la interpretación extensiva que realiza el Tribunal Federal del término «inversión» previsto en el Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones firmado entre España y Venezuela el 2 de noviembre de 1995 («APPRI España-Venezuela»), aún a riesgo de no mitigar la posibilidad de *treaty shopping* por parte de nacionales de terceros Estados.



Enrique Linares Rodríguez

Stampa Abogados. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid

1. El arbitraje de referencia fue instado por Clorox España en el marco del APPRI España-Venezuela. Las partes acordaron que fuese aplicable a la controversia el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su versión de 2010 (el «Reglamento CNUDMI»), estableciéndose la sede en Ginebra. El 20 de mayo de 2019 el Tribunal Arbitral, compuesto por tres árbitros de reconocido prestigio, emitió el laudo, en virtud del cual decidió que carecía de jurisdicción para conocer de la disputa bajo los auspicios del APPRI España-Venezuela y condenó a la Demandante al pago de las costas del procedimiento y demás gastos de la contraparte.

Según el Tribunal Arbitral, la interpretación del término «inversión» previsto en el APPRI España-Venezuela, en concordancia con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, exigía una «acción de invertir» por parte del inversor. El Tribunal Arbitral constató, en el seno del procedimiento, que la inversión en Clorox Venezuela había sido realizada por dos mercantiles estadounidenses que posteriormente constituyeron la sociedad Clorox España para transferirle a

esta sus acciones en la entidad venezolana sin que constase contraprestación alguna. En consecuencia, la «acción de invertir» de Clorox España no había tenido lugar.

Al determinar que la inversión no estaba protegida por el APPRI España-Venezuela, el Tribunal Arbitral se declaró incompetente y estimó que no era necesario entrar a analizar otras objeciones a la jurisdicción que había planteado la Demandada en el procedimiento arbitral, señaladamente, la relativa al abuso del derecho en la búsqueda de protección del APPRI España-Venezuela.

2. En el marco de la solicitud de anulación, el Tribunal Federal rechazó el razonamiento establecido en el Laudo y determinó, en esencia, que el Tribunal Arbitral había introducido un nuevo requisito no previsto en el APPRI, denegando indebidamente la protección a la inversión. Sobre la base de las mismas fuentes tomadas en consideración por los árbitros —el texto del APPRI España-Venezuela y la interpretación de los términos «inversor» e «inversión» a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados— el Tribunal Federal consideró que no era exigible que Clorox España realizara una «acción de inversión» y procedía la anulación del Laudo.

El Tribunal Federal reconoció que el *treaty shopping* y el origen de los fondos constituye en efecto, una preocupación genuina en el arbitraje de protección de inversiones. Y en este sentido, destacó que muchos Tratados de inversión contienen cláusulas expresas de denegación de beneficios, para excluir tales acciones. Sin embargo, para el Tribunal Federal este no era el caso del APPRI España-Venezuela, que por su amplitud y en ausencia de disposición expresa en contrario, hacía razonable asumir que únicamente la nacionalidad del poseedor de la inversión —y no el origen de los fondos— fuera relevante para el establecimiento de la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

3. No obstante, a pesar de ampliar el alcance del concepto de inversión previsto en el APPRI, el Tribunal Federal consideró que una objeción relacionada con el abuso del derecho sí podría ser determinante para impedir la jurisdicción del Tribunal Arbitral en aquellas situaciones en que la adquisición de nacionalidad —asociada a la protección del APPRI aplicable— ocurriese en un momento en que la disputa ya era previsible. Sin embargo, el Tribunal Federal descartó entrar en el fondo de esta cuestión y decidió devolver el caso a los árbitros (a solicitud de la demandada) para que estos decidieran sobre las restantes objeciones a la jurisdicción que les habían sido planteadas y quedaron sin tratar.

4. La definición del concepto de inversión ha sido uno de los principales temas sustantivos de los laudos dictados en materia de protección de inversiones en los últimos años, con lo que se demuestra que la discusión sobre el alcance del término no es pacífica. La carencia de un contenido determinado del término, hace que el mismo únicamente pueda ser satisfecho a través de análisis casuísticos, especialmente los formulados por tribunales arbitrales al momento de solucionar un conflicto entre un inversionista y un Estado.

El Tribunal Federal acertó cuando puso de manifiesto la inexistencia de un concepto único de inversión, pues el manejado en el ámbito económico, donde tiene su origen el término, debe diferenciarse del concepto jurídico. Y por otra parte, en este último sector no existe acuerdo sobre una definición única e indubitada, sino que la amplitud y flexibilidad del concepto son rasgos que lo

caracterizan. Mientras los economistas fundamentalmente diferencian entre las inversiones extranjeras directas y las inversiones en cartera, en el marco de la ciencia jurídica, se pueden encontrar conceptos de inversión distintos entre las diferentes legislaciones nacionales, sistemas regionales, Tratados de inversión y en el propio Derecho internacional general, pues cada uno contiene su propio concepto de inversión.

5. En definitiva, la interpretación del término inversión determina el ámbito de aplicación del APPRI y se coloca en la base de toda futura interpretación del mismo. Los Estados receptores como en este caso Venezuela buscarán delimitarlo, ponerle coto a su interpretación extensiva que puede ir en perjuicio de su propia soberanía, los inversores extranjeros querrán todo lo contrario, y la práctica mayoritaria de los tribunales arbitrales y de jurisdicciones marcadamente pro-arbitraje como la Suiza, ha demostrado ser sensible a esta última postura.

Desde un punto de vista práctico, mientras más amplio y flexible sea el concepto de inversión, más operaciones económicas quedan cubiertas por el sistema internacional de protección de inversiones, con sus garantías y estándares de salvaguardia; más reclamaciones pueden someterse a arbitraje internacional. Esta visión pragmática es precisamente la que ha venido adoptando el Tribunal Federal de Suiza (*vid.* sección 3.4.2.2 de la Sentencia).

6. Sin embargo, llegados a este punto, se hace necesario un análisis de la definición concreta de «inversión» contenida en el APPRI España-Venezuela que permitirá al lector atento apreciar que la delimitación del alcance del concepto efectuada por el Tribunal Arbitral, y en especial la exigencia de una «acción de inversión» era perfectamente coherente con el texto del APPRI, máxime si se compara con lo previsto en otros Acuerdos de inversión suscritos por España.

El art. 1.2º del APPRI España-Venezuela establece que:

«Por "inversiones" se designa todo tipo de activos, invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante [cursiva añadida] y, en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

a) Acciones, títulos, obligaciones y cualquier otra forma de participación en sociedades...»

Esta disposición, interpretada por el Tribunal Arbitral de acuerdo con el art. 31.1º de la Convención de Viena (aplicable al caso como parte de la costumbre internacional, aunque Venezuela nunca la hubiese ratificado), requería que para constituir una inversión protegida, la tenencia de acciones resultase de un «acto de invertir por un inversor de una Parte Contratante». Para los árbitros ello no impedía la eventual tenencia indirecta de una inversión, pero en cualquier caso debía existir una acción de invertir, independientemente de cómo se organizara el inversor para administrar su inversión.

Otros APPRIs como el suscrito entre España y Cuba, son manifiestamente claros en no exigir tal «acción de inversión»:

«2. Por "inversiones" se designa todo tipo de activos tales como bienes y derechos de toda

naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: a) Acciones y otras formas de participación en sociedades...»

En el seno del procedimiento, el Tribunal Arbitral constató que Clorox España no había efectuado contraprestación alguna en la adquisición de las acciones de Clorox Venezuela, y como hemos visto, determinó que tal inversión no se encontraba protegida por el APPRI.

7. En conclusión, la interpretación pragmática dada por el Tribunal Federal de Suiza al término inversión tipificado en el APPRI España-Venezuela implicó una ampliación sustancial de su alcance y por tanto, de las inversiones que podrían estar cubiertas por el Tratado. Sin embargo, la interpretación que habían efectuado los árbitros en el Laudo anulado, con la exigencia de una «acción de inversión» al reclamante, resultaba a nuestro entender coherente con el APPRI España-Venezuela, con la Convención de Viena y con el objetivo de mitigar situaciones de «treaty shopping» y posibles prácticas abusivas para obtener la protección de determinados Tratados de inversión. Consciente de esto último, el Tribunal Federal decidió devolver el caso a los árbitros para que estos pudieran abordar otras objeciones como la relativa al eventual abuso del derecho, principio del Derecho internacional que forma parte del orden público suizo. Seguiremos atentos la evolución de esta controversia.

.....

(1)

Vid. en texto en [https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=4A_306%2F&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F25-03-2020-4A_306-2019&number_of_ranks=1039].

Ver Texto

Novedades jurisprudenciales sobre el uso de Cortes estadounidenses para obtener pruebas a ser utilizadas en arbitrajes extranjeros

La posibilidad de que una corte en Estados Unidos preste ayuda, con facultades coercitivas, para obtener pruebas a ser usadas en arbitrajes conducidos en otros países, puede ser un sueño o una pesadilla, dependiendo de la persona a la que se le pregunte. La interpretación que de esta facultad podría hacer próximamente la Corte Suprema de los Estados Unidos determinará el grado de potencial «americanización» de las pruebas ante la posible (e indeseable) importación de tediosos procedimientos de *discovery* probatorios al arbitraje o, en cambio y como consideramos deseable, el uso racional y constructivo del apoyo o auxilio judicial al arbitraje.



Camille R. Rieber (1)

Abogado en Venezuela y California

Este tema es de particular importancia ante las limitadas posibilidades con las que usualmente cuentan los árbitros para obtener o practicar pruebas en procedimientos arbitrales en caso de falta de colaboración de las partes.

El estatuto 28 U.S.C. §1782(a) («Estatuto» o «§1782(a)») constituye una de las herramientas procesales más particulares de derecho estadounidense. El mismo permite que una corte en Estados Unidos pueda ser usada por una de las partes en un procedimiento, en otra jurisdicción, para requerir pruebas de una persona o empresa ubicada en Estados Unidos (para su uso en el procedimiento en la otra jurisdicción). La parte relevante del Estatuto indica textualmente:

«§1782. Asistencia a tribunales extranjeros e internacionales y a litigantes ante dichos tribunales.

(a) La corte de primera instancia del distrito en el cual una persona resida o sea encontrada, puede ordenarle presentar testimonio o producir documentos u objetos para uso en un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional, incluyendo en investigaciones criminales conducidas antes de una acusación formal. La orden puede ser dictada con base en carta rogatoria enviada, o solicitud efectuada, por el tribunal extranjero o internacional o mediante solicitud efectuada por cualquier persona interesada, y puede indicar que el testimonio sea presentado o el documento u objeto producido ante una persona nombrada por la corte. En virtud de dicho nombramiento, esta persona tiene el poder de juramentar y recibir el testimonio. La orden puede establecer las prácticas y

procedimientos a seguirse, que pueden ser en todo o en parte los usados por el país extranjero o tribunal internacional para tomar testimonio, producir documentos u objetos. Siempre que la orden no prevea lo contrario, el testimonio deberá ser tomado y los documentos u objetos producidos de acuerdo con las Reglas Federales de Procedimiento Civil» (2) .

Su propósito legislativo es «proveer ayuda eficiente a los participantes en litigios internacionales y promover que los otros países brinden a las cortes estadounidenses una ayuda similar» (3) . Este es el llamado doble propósito del Estatuto, con respecto del cual se ha planteado la duda de si un tribunal extranjero o internacional incluye arbitrajes.

Para sustentar una solicitud bajo el Estatuto, que debe ser presentada en un tribunal federal estadounidense de primera instancia, se debe demostrar: (i) que la persona de la cual se pretenda obtener testimonio o documentos reside o puede ser encontrada en el distrito en el cual la corte tiene jurisdicción (ii) que la información buscada es para uso en un procedimiento ante un tribunal extranjero o internacional, y (iii) que la solicitud es efectuada por una persona interesada (4) .

Una vez efectuada una solicitud que cumple con los requisitos anteriores, según indicó la Corte Suprema en la decisión *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.* (5) (*Intel*) en 2004, la corte federal de primera instancia tiene discreción para concederla. En ejercicio de dicha discreción se deben analizar cuatro factores (6) : (i) si la persona de la cual se requiere información es participante en el procedimiento en el extranjero (ii) la naturaleza del tribunal extranjero y el carácter del procedimiento (iii) si la aplicación esconde un intento de evadir restricciones o políticas extranjeras relativas a la recopilación de pruebas, y (iv) si la búsqueda de la información pretendida resulta indebidamente intrusiva o difícil.

Como veremos de seguidas, una interpretación restrictiva del término «foreign or international tribunal» llevó a que inicialmente las cortes estadounidenses se opusieran a permitir el uso del §1782(a) con respecto de arbitrajes (7) . Una posterior referencia al arbitraje en la decisión *Intel*, referida arriba, dio pie a decisiones mixtas a este respecto. Más recientemente, dos decisiones, *Abdul Jameel Latif Transp. Co. Ltd. v. FedEx Corp.* (8) (*FedEx*) y *Servotronics, Inc. v. Boeing Co.* (9) (*Servotronics*), del Sexto y Cuarto Circuito respectivamente, han en cambio acogido una interpretación amplia e inclusiva de este término, permitiendo el uso del §1782(a) con respecto de arbitrajes. La Corte Suprema podría tener pronto una nueva oportunidad de pronunciarse sobre el particular y así lograr zanjar una controversia de criterios jurisprudenciales que tiene ya más de veinte años.

I. «TRIBUNAL EXTRANJERO O INTERNACIONAL» HASTA INTEL

En 1999, el Segundo Circuito (10) resolvió la apelación de una solicitud efectuada bajo el §1782(a) (concedida en primera instancia) para obtener información a ser usada en un arbitraje en México, auspiciado por la Cámara Internacional de Comercio. En esta decisión, conocida como *Nat'l Broadcasting Co. v. Bear Stearns & Co.* (11) (*National Broadcasting*), el Segundo Circuito indicó que la historia legislativa de la norma en cuestión dejaba claro que la misma se entendía destinada a cubrir tribunales arbitrales gubernamentales o intergubernamentales, así como cortes convencionales y

otros cuerpos adjudicadores del Estado, y que el silencio respecto de tribunales privados era relevante ya que, de pretenderse abarcados por el §1782(a), el Congreso los habría mencionado expresamente (12). Con base en ese razonamiento, la corte concluyó que «no fue la intención del Congreso que el estatuto aplicase a un tribunal arbitral establecido por partes privadas» (13).

Posteriormente el mismo año, en *Republic of Kazakhstan v. Biedermann Int'l* (14) (*Kazakhstan*), el Quinto Circuito, al resolver la apelación respecto de una solicitud de asistencia para un arbitraje llevado a cabo ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, siguió el razonamiento de *National Broadcasting* para indicar que el §1782(a) no aplicaba a arbitrajes internacionales. Señaló la corte que el término «tribunal» es impreciso y requiere ser interpretado de forma consistente con el propósito del Estatuto y que «no existe evidencia que el Congreso contempló extender el §1782(a) a la entonces novedosa área de arbitraje comercial internacional» (15).

A pesar de esto, el Quinto Circuito citó en un pie de página al profesor Hans Smit, quien fue líder del grupo de la Universidad de Columbia que apoyó al Comité sobre Reglas Internacionales de Procesos Judiciales (16) que trabajó en la enmienda del Estatuto en 1964. Smit indicó en diversos artículos doctrinarios que los arbitrajes comerciales se encontraban abarcados por la referencia a «tribunal» hecha en el Estatuto. Eso, sin embargo, no fue suficiente para que la corte de apelaciones arribase a la misma conclusión.

Kazakhstan también se refirió a los riesgos que pudieran derivarse de permitir esta clase de asistencia en un proceso arbitral y, más concretamente, a la posibilidad de que el arbitraje se viese desvirtuado de su naturaleza rápida, económica y efectiva en caso de permitirse que los árbitros o las partes busquen asistencia judicial por medios auxiliares como lo sería el §1782(a). Temió la corte que, de sucumbir las partes a discusiones sobre complicadas solicitudes de información, podrían quedar destruidas las principales ventajas del arbitraje.

La conclusión del Segundo y Quinto Circuitos no ha quedado sin crítica. Se ha señalado que la frase «tribunal internacional o extranjero» es clara y que el término «tribunal» incluye a los tribunales arbitrales, privados o no (17).

Cinco años después, en 2004, llegó la decisión *Intel* donde la Corte Suprema apoyó una interpretación amplia del concepto «tribunal internacional», la cual fue entendida por algunos como incluyente del arbitraje. Esta referencia en *Intel* ha sido usada eventualmente para indicar que *National Broadcast* y *Kazakhstan* ya no son precedentes válidos aunque, como veremos, la controversia permanece abierta.

Intel involucró una denuncia presentada por Advanced Micro Devices, Inc. («AMD») contra Intel Corp. ante la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. A pesar de la naturaleza administrativa del órgano y de sus actuaciones, la Corte Suprema, al revisar la decisión de la Corte de Apelaciones respecto de la solicitud bajo §1782(a) presentada por AMD, indicó que «el estatuto autoriza, aunque no requiere, que las cortes federales de distrito provean asistencia a un reclamante en un procedimiento ante la Comisión Europea que lleve a una decisión de fondo, i.e. una acción

administrativa como consecuencia de la denuncia y revisable en corte». Considerando que la única oportunidad para recabar pruebas sería durante la fase de investigación de la Comisión, la cual, además, tenía la potestad de tomar una decisión, concluyó la Corte Suprema que «la Comisión es un "tribunal" de conformidad con el estatuto [ya que] actúa como órgano decisor de primera instancia».

Para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema acudió al reporte del Senado emitido en 1964 cuando se enmendó el Estatuto y se sustituyó la frase «en cualquier procedimiento judicial pendiente en cualquier corte en un país extranjero» por la frase «en un procedimiento en un tribunal internacional o extranjero». El Senado indicó en dicho reporte que se incorporó la palabra «tribunal» para asegurar que la «asistencia no fuese restringida a procedimientos ante cortes convencionales» y que se extendiese a «procedimientos administrativos y quasi-jurisdiccionales» (18). El reporte del Senado no refirió al arbitraje en específico, y la idea de que *Intel* soporta la aplicación del §1782(a) al mismo se deriva de otros dos elementos.

El primero, que la Corte Suprema definió «tribunal» partiendo de sus características. Si un órgano es capaz de tomar una decisión que vinculará a las partes, ese órgano debe ser entendido como un tribunal a los efectos del §1782(a). Con base en esto debería concluirse que un panel arbitral sería un tribunal, al igual que lo es una comisión administrativa. El segundo, es que la Corte Suprema citó un artículo de 1965 de Hans Smit (19), en el cual se indicó que «el término tribunal reúne a todos los cuerpos con poderes de adjudicación y pretende incluir no sólo cortes civiles, criminales y administrativas (compuestas por un juez único o por un panel de jueces) pero también árbitros y tribunales arbitrales» (20).

Smit, por su parte, había señalado aún antes de la decisión *Intel* que esperaba «que la Corte Suprema enc[ontrase] apropiado rechazar el por ahora unánime pero claramente incorrecto criterio de las dos cortes de apelaciones respecto de la no aplicación de la Sección 1782(a) a tribunales arbitrales privados» (21).

II. «TRIBUNAL EXTRANJERO O INTERNACIONAL» POST INTEL

Entre 2004 y 2019 fueron muchas las decisiones de cortes inferiores que interpretaron «tribunal internacional o extranjero» en sentidos opuestos, a efectos de su aplicación al arbitraje (22).

Recientemente, el 25 febrero 2019, la corte de primera instancia del Distrito Sur de Nueva York resolvió una solicitud de asistencia bajo el §1782(a) para ser usada en un proceso ante la China International Economic and Trade Arbitration Commission («CIETAC»). La CIETAC, aunque establecida originalmente por el gobierno chino era, al momento de dictarse la decisión, una institución privada de arbitraje (23). La corte aplicó *National Broadcasting* para concluir que el CIETAC no calificaba como tribunal internacional a efectos del §1782(a) e indicó expresamente que el argumento del solicitante según el cual el precedente a seguir sería *Intel*, no era convincente ya que *Intel* se refirió al arbitraje solo al mencionar una fuente secundaria que incluyó arbitraje en la definición de tribunal (el artículo de Smit) lo cual bastaría para revertir *National Broadcasting*, también del Segundo Circuito (24).

Esta decisión fue apelada y mediante sentencia del 8 de julio de 2020, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito reafirmó la decisión de la corte de primera instancia del Distrito Sur de Nueva York. En su razonamiento, el Segundo Circuito indicó que el criterio de *National Broadcasting* «sigue siendo vinculante en este Circuito» (25). Apuntó además la Corte de Apelaciones, que *Intel* no revirtió o anuló el criterio de *National Broadcasting* ya que la pregunta sobre si un panel arbitral califica como tribunal a efectos de §1782(a) no fue analizada por la Corte Suprema en dicho caso.

El Segundo Circuito, sin embargo, no olvidó mencionar las decisiones del Sexto y Cuarto Circuitos en los casos indicados abajo y que como veremos soportan la presentación de una solicitud bajo §1782(a) para uso en un arbitraje. A estos efectos, señaló la Corte de Apelaciones que si bien estas decisiones concluyen en la extensión de esta herramienta al arbitraje, las mismas no indican que *Intel* haya socavado el criterio de *National Broadcasting* o que se requiera una lectura del Estatuto que incluya al arbitraje.

Por su parte, la corte federal de primera instancia de Delaware, el 17 marzo 2020, en el caso *In re EWE Gasspeicher GmbH* (26), decidió una solicitud de anulación de una orden emitida *ex parte* en la cual, en aplicación del Estatuto, se requirió a Halliburton Company proveer información para uso en un arbitraje en Alemania. En este caso, indicó la corte que dado que la solicitud de asistencia era para uso en un arbitraje y no en un procedimiento judicial o quasi-jurisdiccional, el razonamiento de *Intel* no era aplicable ya que «un arbitraje comercial privado no es un "tribunal" dentro del significado que de este provee §1782» (27). El 24 abril 2020 se apeló esta decisión ante la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito.

Sin embargo, antes de esta decisión, el 19 septiembre 2019, en el caso *FedEx*, cuando una parte presentó una moción basada en el §1782(a) a fin de obtener documentos y testimonio de FedEx Corp. (28), la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito «conclu(yó) que dicha provisión permite recabar pruebas para uso en arbitrajes comerciales privados» (29). Luego de un largo análisis del término «tribunal», la Corte indicó que «[A]quí, el texto, contexto y estructura del §1782(a) no proveen razón para dudar que la palabra "tribunal" incluye paneles privados de arbitraje comercial establecidos contractualmente y con autoridad para emitir decisiones vinculantes para las partes» (30). Lo interesante de este caso es que ambas partes usaron el criterio *Intel* en soporte de sus posiciones —contrarias—, tema que la corte resaltó antes de proceder a un análisis detallado de dicha decisión e indicar que ésta, lejos de arrojar una duda sobre su conclusión, es la que determinó que «§1782(a) provee asistencia para recabar pruebas en procesos no judiciales» (31).

La Corte de Apelaciones del Sexto Circuito en *FedEx* también reconoció que su decisión desafiaba a *National Broadcasting* y *Kazakhstan* e indicó que el Segundo y Quinto Circuitos no debieron acudir a la historia legislativa del §1782(a) tan temprano en su proceso interpretativo ya que el uso común de la palabra «tribunal» no solo permitía concluir que los tribunales arbitrajes están incluidos sino que ésta también es la lectura más apropiada de la palabra en el contexto, por tanto, la consulta de fuentes adicionales (como la historia legislativa de la norma) no habría sido apropiada. Esto se encuentra alineado con la crítica doctrinal del profesor Smit, a la que referimos arriba.

A todo evento, indicó el Quinto Circuito en *FedEx* que, de haber sido apropiada tal lectura de la

palabra «tribunal», la misma sin embargo no excluiría paneles arbitrales ya que, lo que se deriva del análisis de la voluntad del legislador es la intención de expandir el uso del §1782(a) más allá de los procesos judiciales tradicionales, lo que no puede entenderse como excluyente del arbitraje.

El criterio *FedEx* fue usado por la corte de primera instancia del Distrito Norte de California cuando, el 25 febrero 2020, al decidir el caso *HRC-Hainan Holding Co., LLC v. Yihan Hu* (32) («HRC») referente también a un arbitraje ante la CIETAC, esta corte analizó tanto esa decisión como *National Broadcasting* para concluir que el criterio establecido en *FedEx* era el aplicable y, por lo tanto, que la solicitud presentada bajo el §1782 (a) debía ser concedida.

Indicó la corte, por una parte, al igual que el Sexto Circuito, que la historia legislativa de la norma no sugiere que el Congreso haya querido excluir al arbitraje de la aplicación del §1782(a). Por la otra parte, indicó que el §1782(a) meramente permite a la corte autorizar que cierta información sea recabada en Estados Unidos pero no requiere al tribunal extranjero aceptar esta evidencia, el cual puede simplemente rechazarla en caso de que la misma afecte profundamente la eficiencia del proceso.

La apelación de esta decisión fue presentada ante el Noveno Circuito el 4 marzo 2020. Esperamos así que pronto en Noveno Circuito se incorpore a la batalla de interpretaciones respecto de la aplicación del §1782(a) al arbitraje.

Finalmente, el 30 marzo 2020, el Cuarto Circuito se sumó a la diatriba (o confusión) de criterios, con su decisión en el caso *Servotronics*. En ésta, se determinó que una parte en un arbitraje en Reino Unido podía, bajo el §1782(a), obtener testimonio de residentes en Carolina del Sur para uso en un proceso arbitral. La disputa de fondo en este caso se refiere a que Servotronics vendió a Rolls-Royce PLC una válvula que ésta instaló en un motor de avión que, a su vez, vendió a The Boeing Company. El motor se incendió en una prueba, dañando el avión de Boeing, quien demandó a Rolls-Royce. Luego de llegar estas dos partes a un acuerdo, Rolls-Royce pidió a Servotronic que le indemnizase, alegando que la falla en el motor se debió a la válvula proveída por ellos. Servotronic se negó a llegar a un acuerdo con Rolls-Royce y ésta dio inicio a un proceso arbitral en Reino Unido, en aplicación de la cláusula arbitral del contrato entre las partes, bajo las reglas del CI Arb.

Servotronics, en aplicación del §1782(a), solicitó a una corte en Carolina del Sur, que requiriese a tres empleados de Boeing prestar testimonio a ser usado en el arbitraje. La corte de distrito negó la solicitud, indicando que un arbitraje privado no calificaba como «tribunal» a efectos del §1782(a). La Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito reversó esta decisión.

En sus argumentos en apelación, Boeing y Rolls-Royce indicaron que el término «tribunal» se refería únicamente a una entidad que ejerce autoridad conferida por el Estado, lo que no aplica a un panel arbitral que deriva su autoridad del acuerdo de las partes. Adicionalmente, señalaron que permitir el uso del §1782(a) en un arbitraje privado generaría altísimos costos y retrasos y permitiría a las partes obtener mucha más información de la que tradicionalmente se puede obtener bajo las reglas tradicionales de arbitraje.

El Cuarto Circuito analizó la ley de regulación del arbitraje en Reino Unido, comparándola con la Ley Federal de Arbitraje estadounidense y concluyó que, al existir en ambos casos (pero, señala, aún más en el caso de Reino Unido) regulación detallada y supervisión de los árbitros por las cortes (refiriéndose a la posibilidad de que una decisión arbitral sea anulada) no podría entenderse que la autoridad de los árbitros no fuese, en última instancia y de alguna manera, conferida por el Estado. Con base en esto, indicó el Cuarto Circuito que, aún en la interpretación más restringida de «tribunal internacional o extranjero» usada por *National Broadcasting* y *Kazakhstan* «concluiríamos que el panel arbitral en Reino Unido encargado de resolver la disputa entre Servotronics y Rolls-Royce se adapta a dicha definición».

Respecto del segundo argumento de Boeing y Rolls-Royce, el Cuarto Circuito indicó que el §1782(a), contrario a lo tradicionalmente señalado, ni siquiera incluye el término *discovery* (33), y simplemente autoriza a la corte de circuito a actuar como subrogada (delegada) del tribunal extranjero y, en tal calidad, requerir testimonio o documentos. Esto, además, sólo sucedería de cumplirse con los cuatro filtros o factores discrecionales señalados en *Intel*. Finalmente, señaló la corte, que si bien el §1782(a) expande el área geográfica en la que un panel arbitral ejerce su autoridad, esto es el resultado de una decisión expresa del Congreso y que las eventuales cargas que puedan resultar de esto, pueden y deben ser manejadas por las cortes de primera instancia, en el marco de discrecionalidad que les confiere el §1782(a).

Rolls-Royce tenía en principio hasta el 28 de junio de 2020 para presentar solicitud de revisión (*certiorari*) ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Veremos si la Corte Suprema decide tomar el caso y resolver la contradicción de criterios existente entre, por una parte, el Segundo Circuito (*National Broadcasting* y más recientemente *Guo*), y el Quinto Circuito (*Kazakhstan*) que se inclinan hacia una interpretación restrictiva del término «tribunal» y por tanto de la aplicación del §1782(a) a procedimientos arbitrales privados y, por otra parte, el Cuarto Circuito (*Servotronics*) y el Sexto Circuito (*FedEx*) que al contrario se inclinan por una interpretación amplia. Esto, además de las apelaciones pendientes en el Tercer Circuito (*EWE*) y el Noveno Circuito (*HRC*).

La eventual decisión de la Corte Suprema en este asunto deberá balancear dos elementos a nuestro entender delicados. Por una parte, la naturaleza del arbitraje como método de resolución de conflictos con una base consensual, que en principio se entiende confidencial, eficaz y menos costoso. Esto podría, razonablemente, excluir la aplicación —sorpresiva, en muchos casos— de normas de una jurisdicción distinta a la escogida para la conducción del arbitraje y la posibilidad de una fase de pruebas amplia, larga y costosa, que se asimile al tedioso *discovery* propio de litigios judiciales en Estados Unidos.

Por otra parte, la voluntad del legislador estadounidense que, tal y como ha sido indicado en las decisiones recientes y como parece haber asomado ya la Corte Suprema en *Intel*, habría tenido la intención de aplicar el §1782(a) a arbitrajes de cualquier naturaleza. Puede argumentarse con seriedad, además, que el apoyo judicial es beneficioso para el arbitraje y que la naturaleza del arbitraje, al menos cuando es internacional, no lo limite a las leyes de una sola jurisdicción para todo propósito y efecto.

Respecto del primer elemento debemos resaltar que, al decidir las partes someter sus eventuales disputas a un arbitraje, éstas, al igual que determinan el órgano arbitral, número de árbitros y otros elementos del eventual procedimiento, podrían también acordar excluir expresamente la posibilidad de recurrir al §1782(a). Eso, en teoría, debería ser honrado por la corte ante la cual se haga una petición (34) .

Creemos que una decisión en la cual se resalte el verdadero alcance del §1782(a), explicando que su aplicación a un arbitraje no abriría la caja de pandora del conocido *discovery*; y en la que además se reafirme la necesidad de cumplir con los cuatro factores de *Intel*, entendidos como un filtro para una solicitud bajo el §1782(a), podría llevar al mantenimiento de la norma y su aplicación en o para arbitrajes de la forma en que el legislador parece haberla deseado y simultáneamente al apaciguamiento de los temores respecto de la potencial americanización del arbitraje en otras jurisdicciones.

En todo caso, si una conclusión debemos sacar de esta no finalizada controversia de criterios, es que las cortes estadounidenses continúan reconociendo y apoyando al arbitraje. Si bien algunos creen — no totalmente carentes de fundamento— que una aplicación indiscriminada del §1782(a) podría desnaturaliza el arbitraje, también es cierto que un tradicional obstáculo para que los árbitros ejerzan su labor a plenitud es lo relacionado con sus limitados poderes coercitivos respecto de la recopilación de pruebas ante la reticencia de las partes. No debemos olvidar lo señalado por la corte de primera instancia del Distrito Norte de California en el caso *HRC*, cuando acertadamente indicó que «aunque el valor de los tribunales arbitrales proviene de su eficiencia y su bajo costo, también viene de su habilidad resolver disputas con base en la evidencia y si el §1782(a) puede, de vez en cuando, ayudar a esos tribunales a obtener la evidencia que necesitan para alcanzar una decisión mejor informada entonces [el Estatuto] ciertamente contribuye con el propósito de tales procesos».

.....

(1) Abogado en Venezuela y California, egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Master 2 Recherche Droit Public Approfondi de Université Paris II (Panthéon-Assas) y LLM de University of Southern California. Socia en Recor Rieber y of counsel en WDA Legal.

Ver Texto

(2) El original en inglés lee: «§ 1782. Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals:

(a) The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement.

The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure.» 28 U.S.C.A. § 1782.

[Ver Texto](#)

- (3) *«Its legislative purpose is to provide efficient assistance to participants in international litigation and encourage foreign countries to provide domestic courts with similar assistance.» Deborah Sun, «Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.: Putting "Foreign" Back into the Foreign Discovery Statute» U.C Davis Law Review (noviembre 2005), citando *Advanced Micro Devices, Inc. v. Intel Corp.* , 292 F.3d 664, 669 (9th Cir. 2002); *In re Bayer AG*, 146 F.3d 188, 191-92 (3d Cir. 1998); *In re Malev Hungarian Airlines*, 964 F.2d 97, 99 (2d Cir. 1992).*

[Ver Texto](#)

- (4) *Vid.*, entre otros, *In re Bayer*, 146 F.3d p. 193, *Application of Esses*, 101 F.3d 873 (2d Cir. 1996).

[Ver Texto](#)

- (5) 542 U.S. 241, 249 (2004).

[Ver Texto](#)

- (6) *Vid. Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, 264 (2004), *In re EWE Gasspeicher GmbH*, 2020 WL 1272612 (D. Del. 17 de diciembre de 2020).

[Ver Texto](#)

- (7) Hoy en día no es debatido que el §1782 aplique a arbitrajes internacionales de inversión (también conocidos como «*treaty-based*», «*public arbitration*» o «*investor-state arbitration*»), por lo que en esta nota no nos referiremos a éstos. Esta nota se limita al tratamiento de una solicitud bajo §1782 en el marco de un arbitraje comercial, conocido también como arbitraje institucional, privado o contractual, ya sea entre partes privadas o entre un privado y un Estado actuando como un ente privado, por lo que cada vez que hagamos referencia a un arbitraje, debe entenderse que nos referimos a uno de esta última clase.

[Ver Texto](#)

- (8) 939 F.3d 710 (6th Cir. 2019).

[Ver Texto](#)

- (9) 2020 WL 1501954 (4th Cir. 30 de marzo de 2020).

[Ver Texto](#)

(10) Cuando mencionamos un «circuito», nos referimos a la corte federal de apelaciones de dicha circunscripción judicial.

[Ver Texto](#)

(11) 165 F.3d 184, 185 (2d Cir. 1999).

[Ver Texto](#)

(12) «Legislative history reveals that when Congress in 1964 enacted the modern version of § 1782, it intended to cover governmental or intergovernmental arbitral tribunals and conventional courts and other state-sponsored adjudicatory bodies. The legislative history's silence with respect to private tribunals is especially telling because we are confident that a significant congressional expansion of American judicial assistance to international arbitral panels created exclusively by private parties would not have been lightly undertaken by Congress without at least a mention of this legislative intention.» *Nat'l Broad. Co. v. Bear Stearns & Co.*, 165 F.3d 184, 190 (2d Cir. 1999).

[Ver Texto](#)

(13) *Nat'l Broad. Co. v. Bear Stearns & Co.*, 165 F.3d 184, 191 (2d Cir. 1999).

[Ver Texto](#)

(14) 168 F.3d 880, 881 (5th Cir. 1999). En este caso, Kazakstán solicitó a la corte de distrito que requiriese la deposición y presentación de documentos por parte de un individuo que no era parte del procedimiento que se estaba llevando a cabo ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

[Ver Texto](#)

(15) «There is no contemporaneous evidence that Congress contemplated extending § 1782 to the then-novel arena of international commercial arbitration.» *Republic of Kazakhstan*, 168 F.3d p. 882.

[Ver Texto](#)

(16) El nombre original en inglés es «U.S. Commission and Advisory Committee on International Rules of Judicial Procedure».

[Ver Texto](#)

(17) *Vid.* Arthur W. Rovine «Section 1782 and International Arbitral Tribunals: Some Key Considerations in Key Cases», *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2012.

[Ver Texto](#)

(18) *Vid.* S.Rep. No. 1580, 88th Cong., 2d Sess., 7 (1964), U.S.Code Cong. & Admin.News7 (1964), U.S.Code Cong. & Admin. News 1964, pp. 3782, 3788; *vid.* H.R.Rep. No. 1052, 88th Cong., 1st Sess., 9 (1963) citado en *Intel Corp.*, 542 U.S. p. 249.

Ver Texto

(19) H. Smit indicó públicamente varias veces que si alguien quería saber la historia legislativa de §1782 debían preguntarle a él pues él lo escribió y siempre fue su intención que el estatuto aplicase a arbitrajes. *Vid.* A.W. Rovine «Section 1782 and International Arbitral Tribunals: Some Key Considerations in Key Cases», *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2012.

Ver Texto

(20) «*The term tribunal encompasses all bodies that have adjudicatory power, and is intended to include not only civil, criminal, and administrative courts (whether sitting as a panel or composed of a single judge), but also arbitral tribunals or single arbitrators. International tribunals are specifically named in order that in these times of increasing adjudication on the international level an international adjudicatory body should be granted the same assistance as tribunals of individual countries*», H. Smit, «International Litigation Under the United States Code», *Colum. L. Rev.*, vol. 65, 1965, pp. 1015, 1021.

Ver Texto

(21) *Vid.* H. Smit «The Supreme Court Rules on the Proper Interpretation of Section 1782: Its Potential Significance for International Arbitration», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 14, 2003, citado también por A. Rovine.

Ver Texto

(22) Descartando la posición de Smit se pronunció la corte de primera instancia del Distrito Sur de Texas en su decisión *La Comision Ejecutiva Hidroeléctrica Del Rio Lempa v. El Paso Corp.* 617 F. Supp. 2d 481, 486 (S.D. Tex. 2008), *aff'd sub nom. El Paso Corp. v. La Comision Ejecutiva Hidroelectrica Del Rio Lempa*, 341 F. App'x 31 (5th Cir. 2009) al indicar «[E]sta es la trampa para el viajero distraído. Ya que, entre estar de acuerdo con el reporte del Congreso que indica que §1782 aplica a agencias administrativas y quasi-jurisdiccionales, Smit, no el Congreso, y no la Corte Suprema opinó que §1782 también aplicaba a tribunales arbitrales. La Corte Suprema no indicó que estuviese de acuerdo con Smit en este asunto (...) Smit no habla por la Corte Suprema». *Vid.* también *In re Arbitration between Norfolk S. Corp., Norfolk S. Ry. Co., & Gen. Sec. Ins. Co. & Ace Bermuda Ltd.*, 626 F. Supp. 2d 882, 885 (N.D. Ill. 2009) donde se indicó que «aunque el tribunal arbitral privado en consideración probablemente puede ser identificado como "un cuerpo que ejerce poderes de adjudicación" el lenguaje de la Corte en Intel no apoya una definición tan amplia de "tribunal". En consecuencia, interpreto que la referencia de la Corte Intel a "tribunales arbitrales" incluye cuerpos arbitrales promocionados por un estado pero excluye arbitrajes meramente privados»; *In re Dubey*, 949 F. Supp. 2d 990, 993-94 (C.D. Cal. 2013) donde se indicó que «Luego de revisar Intel y los casos relevantes, la Corte encuentra que arbitrajes privados no encuadran en la definición de "tribunal extranjero o internacional" bajo §1782. Primero, la Corte sigue las decisiones de las cortes de distrito que concluyen que Intel no pretendió expandir el significado de "tribunal extranjero o internacional" para incluir arbitrajes privados. La corte Intel nunca determinó este asunto y más bien enfocó su discusión en determinar si un "tribunal" incluye "agencias quasi-jurisdiccionales" tales como la Comisión Europea». *Vid.* en sentido opuesto *In re Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A.*, 685 F.3d 987 (11th Cir. 2012) donde el Onceavo Circuito en una opinión ahora anulada indicó que los arbitrajes privados calificaban para solicitudes de información usando el Estatuto; *In re Ex Parte Application of Kleimar N.V.*, 220 F. Supp. 3d 517, 521 (S.D.N.Y. 2016) donde la

corte de primera instancia del Distrito Sur de Nueva York indicó que la Asociación de Arbitraje Marítimo de Londres califica como tribunal a efectos de §1782.

[Ver Texto](#)

(23) *Vid. In re Application of Hanwei Guo for an Order to Take Discovery for Use in a Foreign Proceeding Pursuant to 28 U.S.C. §1782*, 2019 WL 917076, p.*1 (S.D.N.Y. 25 de febrero de 2019).

[Ver Texto](#)

(24) A pesar de esto, indica la corte en Guo, que varias cortes del mismo Segundo Circuito han rechazado aplicar el criterio de National Broadcasting en favor del criterio Intel. *Vid. In re Children's Inv. Fund Found. (UK)*, 2019 WL 400626, p. *5 (S.D.N.Y. 30 de enero de 2019); o *In re Kleimar N.V.*, 220 F. Supp. 3d 517, 521-22 (S.D.N.Y. 2016).

[Ver Texto](#)

(25) «*We now clarify that NBC remains binding law in this Circuit*» *In Re: Application and petition of Hanwei Guo for an order to take Discovery for Use in a Foreign Proceeding Pursuant to 28 U.S.C. 1782*. No. 19-781 (2nd Cir, 8 de julio de 2020).

[Ver Texto](#)

(26) 2020 WL 1272612 (D. Del. 17 de marzo de 2020).

[Ver Texto](#)

(27) «*Therefore, I find that a private commercial arbitration is not a "tribunal" within the meaning of § 1782*», *Id.* p. *3.

[Ver Texto](#)

(28) Estos documentos habrían de ser usados en dos procedimientos arbitrales pendientes contra FedEx International Incorporated, subsidiaria de FedEx Corp., uno en Dubai y el otro en Arabia Saudita.

[Ver Texto](#)

(29) «*Upon careful consideration of the statutory text, the meaning of that text based on common definitions and usage of the language at issue, as well as the statutory context and history of § 1782(a), we hold that this provision permits discovery for use in the private commercial arbitration at issue. Accordingly, we REVERSE the district court's denial of ALJ's application and REMAND for the district court to determine, in the first instance, whether the application should be granted under four discretionary factors the Supreme Court outlined in Intel to guide that determination.*» *In re Application to Obtain Discovery for Use in Foreign Proceedings*, 939 F.3d 710, 714 (6th Cir. 2019).

[Ver Texto](#)

(30) *Vid. In re Application to Obtain Discovery for Use in Foreign Proceedings*, 939 F.3d 710, 723 (6th Cir. 2019).

[Ver Texto](#)

(31) Vale resaltar que la representación de FedEx no niega que §1782 pueda ser usado para ayuda en un arbitraje, pero lo limita a arbitrajes de inversión sin extenderlo a arbitrajes privados. Indica, además, que el segundo factor en el análisis discrecional que deben realizar las cortes para determinar si conceden o no una medida §1782 refiere precisamente a la naturaleza del tribunal y a la receptividad del «gobierno extranjero, de la corte o de la agencia ... a la ayuda de una corte federa americana» lo que puede entenderse excluye arbitrajes privados que no guardan relación con un gobierno, agencia o corte extranjera. Ante esto, la corte indica que éste es solo un factor a considerar para tomar su decisión y que este factor es analizado luego de determinar que el procedimiento se encuentra ante un «tribunal» por lo que no altera la definición amplia que hace del mismo.

[Ver Texto](#)

(32) No. 19-MC-80277-TSH, 2020 WL 906719 (N.D. Cal. Feb. 25, 2020).

[Ver Texto](#)

(33) El llamado «*discovery* estadounidense es definido en la Regla 26(b)(1) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil», la cual indica «Ámbito General. A menos que sea de alguna forma limitado por una orden de la corte, el ámbito del *discovery* será el siguiente: Las partes pueden obtener *discovery* respecto de cualquier asunto no protegido por un privilegio, que sea relevante para el reclamo o defensa de esa parte y proporcional a las necesidades del caso, considerando la importancia de los asuntos en juego en la acción, el monto en controversia, el relativo acceso de las partes a la información relevante, los recursos de las partes, la importancia del *discovery* para resolver esos asuntos y si la carga o gasto del *discovery* propuesto excede sus posibles beneficios . La información abarcada por el *discovery* no necesariamente debe ser información admisible como evidencia para estar sujeta al *discovery*».

La regla original en inglés lee:

«*Rule 26(b) Discovery Scope and Limits.*

(1) *Scope in General. Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties "relative access to relevant information, the parties" resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable.»*

Como vemos para que una pieza de información pueda ser requerida, no es necesario demostrar que la misma vaya siquiera a ser admisible en el juicio como prueba, bastando que sea únicamente relevante para el reclamo, lo que amplía considerablemente el ámbito de la información «*sujeta a discovery*».

[Ver Texto](#)

(34) *Vid.* P.J. Martinez-Fraga , «The Future Of 28 U.S.C. § 1782: The Continued Advance of American-style Discovery in International Commercial Arbitration», *Univ. Miami L. Rev.*, vol. 64, 2009, pp. 89 ss quien

indica, además, que existe la posibilidad que una corte de distrito pueda encontrar que una solicitud bajo §1782 es convincente a pesar de que las partes hayan excluido esta posibilidad en su cláusula arbitral por lo que, aunque recomendable, acordar en esta exclusión no necesariamente implica que una solicitud de esta naturaleza no sea presentada y recibida.

[Ver Texto](#)



La Dispute Adjudication/Avoidance Board (DAAB) como método alternativo de resolución de conflictos en los nuevos modelos FIDIC para contratos de construcción internacionales

En 2018 la Federación Internacional de Ingenieros y Consultores (FIDIC) publicó las nuevas ediciones de sus modelos para contratos de construcción. Entre las novedades más significativas se encuentran las relacionadas con los métodos internos para la resolución de controversias, en especial la llamada *Dispute Adjudication Board* (DAB), que ha pasado a ser llamada *Dispute Adjudication/Avoidance Board* (DAAB). Estas modificaciones tienen la intención de perfeccionar las herramientas de las que disponen las partes para solucionar y evitar los conflictos que surgen durante la elaboración de los proyectos, y también aclarar algunos puntos oscuros de las anteriores versiones que provocaban ciertos desequilibrios en el contrato.



Alejandro Santos Príncipe

Profesor Asociado de Derecho Mercantil, Doctorando en la Escuela Internacional de Doctorado

Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos de construcción, en especial los contratos de ingeniería y afines, se han caracterizado desde siempre por una elevada conflictividad en su ejecución que hace que muchos proyectos pasen, antes de darse por plenamente ejecutados, por procedimientos arbitrales que derivan en interminables pleitos. Los factores que más inciden en esta conflictividad son la complejidad de los

contratos, las grandes sumas involucradas, las numerosas partes implicadas, los incontables riesgos que pueden afectar a la ejecución de las obligaciones y los posibles conflictos de interés que suelen emerger entre sectores públicos, sociedades de inversión y terceros asociados (1).

Ante esta necesidad, los modelos de contratos desarrollados por las instituciones privadas han venido incorporando diversos mecanismos para la resolución de conflictos de manera complementaria al arbitraje, especialmente a través de cláusulas híbridas como son las llamadas cláusulas *med/arb*, en las que se insta a las partes a la resolución amistosa del conflicto antes de acudir a arbitraje (2). Destaca, frente a todos, la labor realizada por la Federación Internacional De Ingenieros Y Consultores (FIDIC) a la hora de desarrollar estos modelos de contratos de ingeniería y construcción con un enfoque internacional. Los modelos FIDIC llevan desarrollándose desde los años 50 (la primera edición del *Red Book* es de 1957), aunque su estandarización llegó con la publicación de la *Rainbow Suit* en 1999, formada por el *Red Book* (libro rojo) sobre contrato de construcción en general, *Yellow Book* (libro amarillo) para contratos en la modalidad *Design and Build*, el *Green Book* (libro verde) modelo abreviado de contrato de construcción y el *Silver Book* (libro plata) para contratos de construcción de modalidad EPC/Llave en mano (3).

La mayoría de los autores destacan que los modelos FIDIC son los más usados en la actualidad en los contratos internacionales de construcción, si bien también existe una tendencia en algunos países a basarse en el modelo FIDIC para la elaboración de contratos de construcción en Ingeniería a nivel interno (4). La razón de su éxito se basa en su completitud y la elaborada regulación del régimen de responsabilidades, siendo una de las características definitorias de los modelos FIDIC sus mecanismos de resolución de conflictos para las disputas en los contratos, basados en un sistema de resolución previa a la vía arbitral, en adaptación del sistema del *Adjudicator* propio del derecho inglés (5).

Estos sistemas suponen un método alternativo de resolución de conflictos *sui generis* al combinar normas y principios propios del arbitraje, mediación, conciliación, la ya mencionada adjudicación, y las llamadas *Dispute Boards* o *Dispute Resolution Boards* (DB/DRB) (6), en las que se intenta ofrecer seguridad a las partes del contrato a través del establecimiento de un mecanismo de disputas rápido, flexible y eficaz, en la medida de lo posible (7). A pesar de su éxito, los modelos han recibido algunas críticas en lo que respecta a sus mecanismos de resolución de conflictos a la luz de algunos problemas no resueltos en el contrato y a resultados de interpretaciones diversas por parte de la jurisprudencia o de los propios operadores. La autonomía de la voluntad de las partes permite la acomodación de los modelos a las circunstancias particulares del proyecto y a las relaciones que surjan de las negociaciones entre las partes, pero agudiza los problemas interpretativos. Se señalan distintos problemas a este respecto, de los que destacan:

En primer lugar, la falta de flexibilidad para los mecanismos que eviten el conflicto. La mayoría de las cláusulas relativas a la resolución de conflictos en los contratos de Ingeniería fuera de los modelos FIDIC remiten a un sistema de negociación o mediación previa al arbitraje. En los modelos de 1999 no se prevé ningún mecanismo en la que un tercero intervenga para motivar un acuerdo entre las partes, ni se regula ningún procedimiento al respecto. La única excepción es la prevista en

la subcláusula 20.5 de los modelos *Red*, *Yellow* y *Silver*, que instan a las partes a la resolución amistosa del caso una vez ha habido resolución por parte de la mesa de resolución de disputas y si existe desacuerdo con la misma. No existe ningún sistema previo, más allá del aquel que pueda crearse *ad hoc*, que permita alcanzar acuerdos amistosos que puedan ser más fácilmente aceptados por las partes, al alcanzarse el famoso *win/win* de la vía negociada (8).

En segundo lugar, no se regula en detalle el régimen jurídico de los adjudicadores. Las normas procedimentales de la DAB en los modelos de 1999 sí que recogen una serie de incompatibilidades para los miembros, pero no se establece un régimen de responsabilidad para el incumplimiento de sus obligaciones ni un procedimiento de recusación. Remite, para ello el contrato, a las normas de la Cámara de Comercio Internacional, pensadas para el arbitraje más que para métodos que pretenden ser más ágiles.

A lo dicho se añade que no se regulan de manera suficiente los métodos para la ejecución provisional de decisiones firmes ni el alcance de las mismas. El problema principal se ha señalado respecto de la posibilidad de revisión de resoluciones del adjudicador acatadas (explícita o implícitamente) por la parte perjudicada, pero no cumplidas de manera voluntaria. Aunque la cláusula 20 del contrato deja clara que la decisión es vinculante para ambas partes, el incumplimiento de la resolución solo deja, como camino, el arbitraje para obtener un cumplimiento forzoso. Pero este arbitraje podría, según algunos laudos, revisar el fondo del asunto dejando, como resultado, una decisión final contraria a la decisión «recurrida», independientemente de si esta última ha sido aceptada o no por ambas partes (9).

Las nuevas ediciones de los modelos *Red*, *Yellow* y *Silver* en 2017, cuyo uso se empezó a producir a partir de 2018, responden a la necesidad de adaptación de los modelos FIDIC sobre la base del *feedback* recibido por los profesionales y los especialistas tras más de una década de uso, con la correspondiente suma de experiencias. Muchos de estos cambios están relacionados con los sistemas intrínsecos al contrato para la gestión y resolución de conflictos. Los más significativos son, como señalan las propias notas de la edición (10), los relacionados con la inclusión de mecanismos para evitar las disputas a través de sistemas amistosos, mecanismos previstos pero no regulados en las versiones de 1999. Conviene, antes de analizar las nuevas versiones, exponer sucintamente las características de los mecanismos de resolución de disputas en los contratos FIDIC.

II. EL DAB EN LOS MODELOS FIDIC PARA LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN

En palabras de Pablo Laorden, «Los modelos FIDIC ofrecen flexibilidad para adaptarse a las necesidades de cada proyecto. Sin embargo, la modificación de determinadas cláusulas en los modelos FIDIC puede provocar desequilibrios en los contratos, y la alteración o eliminación de algunos elementos supone la desnaturalización de los modelos hasta el punto de que pierden su carácter y no podrían seguir considerándose un modelo FIDIC. Una de las cláusulas cuya modificación sustancial supondría la desnaturalización del modelo sería la cláusula relacionada con el sistema de resolución de conflictos a través de la DAB (*Dispute Adjudication Board*)» (11). Esto se

ha visto reflejado también en las *FIDIC Golden Principles*, guía publicada por el organismo a efectos de otorgar una referencia sobre los principios básicos que rigen los modelos FIDIC, que puede tener relevancia a la hora de interpretar la voluntad de las partes que escogen dichos modelos. En dicha publicación se señala, como «principio de oro» n.º 5: *A menos que entre en conflicto con la ley del contrato, todas las disputas formales deberán ser remitidas un DAB/ DAAB, que emitirá una decisión provisional vinculante como condición previa al arbitraje* (12).

Los Métodos Alternativos a la Resolución de Conflictos (MASC o más comúnmente llamados ADR en inglés, *Alternative Dispute Resolution*), llevan años implantándose de manera habitual en todos los contratos relacionados con el comercio internacional o simplemente con cualquier tipo de contrato entre empresas a nivel internacional. La flexibilidad, rapidez, necesidad de seguridad jurídica en el ámbito transfronterizo, interés por la confidencialidad y la exigencia de una especialización por parte de los encargados de la resolución de disputas ante la complejidad técnica de los asuntos a dirimir serían los factores más influyentes en la proliferación de los ADR en este tipo de contratos. Todo lo anterior es predicable de los contratos de construcción, en especial los EPC (13), en los que se suman tres factores determinantes: las elevadas cantidades económicas en juego, la incidencia de terceros en los conflictos y el objetivo a conseguir de no paralizar las obras o paralizarlas el menor tiempo posible. Este último factor es sin duda lo que más ha motivado a algunos legisladores nacionales o, en este caso, a las asociaciones como FIDIC, para regular sistemas de resolución de conflictos en el marco de contratos de construcción que persigan, ante todo, la máxima agilidad para resolver conflictos entre las partes. Y dentro de los contratos de construcción, los contratos EPC o «Llave en mano» son los que exigen, en mayor medida, herramientas ágiles para la evitar que las desavenencias sobre cualquier asunto relacionado con el contrato provoque una paralización de los grandes proyectos que desarrollan bajo el amparo de estos contratos.

Las llamadas *Dispute Boards* (mesas de disputas), como método de resolución de conflictos en contratos de construcción, surgieron en EEUU en los años 60 (14). A partir de ahí diferentes y organismos internacionales han incluido sistemas similares para la resolución de conflictos en el marco de proyectos de construcción e ingeniería, especialmente en el entorno anglosajón (15). Más recientemente, en 2015, la Cámara de Comercio Internacional (ICC) publicó las normas modelo sobre *Dispute Boards*, con alusiones a los modelos FIDIC, donde además se incluían la mayoría de los cambios que han sido incorporados en las nuevas ediciones de los modelos (como el régimen jurídico de los adjudicadores, el sistema de remuneración o la posibilidad de emisión de dictámenes vinculantes).

Uno de los principios más importantes de las *Dispute Boards* se condensa en el aforismo *pay now, argue later* (paga ahora, discute después), que implica que las resoluciones de la mesa deben tener efectos inmediatos y poder ejecutarse provisionalmente, aunque sus resoluciones puedan ser revocadas. Este principio es necesario para mantener un flujo de liquidez en las empresas afectadas por estos conflictos, principalmente cuando se discute en términos de responsabilidad, pero obliga al establecimiento de una serie de garantías para asegurar el restablecimiento a la situación inicial en el caso de que dicha resolución sea revocada (16).

El DAB (ahora DAAB) se configura como una mesa de disputa y resolución de conflictos previa al arbitraje pero posterior a la consulta o negociación de las partes. Es, por tanto, un método heterocompositivo de resolución de conflictos que se sitúa a caballo entre una mediación y un arbitraje, que a menudo suele asociarse a los llamados *mini trials* (17).

En efecto, por un lado, no se trata de una mediación ni de una negociación asistida propiamente dicha, puesto que no rige el principio de voluntariedad ni las partes son dueñas del proceso (18); si bien es cierto que en ocasiones se puede incluir una cláusula que derive a las partes a una mediación previa al DAB. Pero la diferencia principal respecto a estos métodos es la capacidad de toma de decisión de la propia mesa (lo que hace que sea un método heterocompositivo). El DAB puede proponer reuniones con las partes y emitir propuestas no vinculantes, pero en última instancia tiene la capacidad de tomar decisiones respecto del conflicto que son vinculantes y de obligado cumplimiento por las partes, como se tratará más adelante.

Al mismo tiempo, tampoco puede calificarse como arbitraje, sobre todo, porque la resolución del DAB carece de capacidad ejecutiva directamente, al contrario que los laudos arbitrales (19). Además el DAB es permanente y no se constituye ad-hoc, si no que ya está constituido permanentemente. Tampoco se rige por la ley de arbitraje y sus resoluciones no tienen la consideración de laudos. Por fin, a diferencia del arbitraje, el DAB no tiene facultad solo para analizar las pruebas aportadas por las partes, si no que puede llevar a cabo sus propias pruebas, informes, análisis, estudios e investigaciones.

La DAB fue introducida por primera vez en los modelos FIDIC en el *Orange Book* o libro naranja en 1995, convertido posteriormente en el *Silver Book*, es decir, el modelo para proyectos EPC/Llave en mano (20). A partir de la publicación de la *Rainbow Suit* en 1999, este mecanismo fue incorporado en todos los modelos FIDIC salvo en el *Green Book*, que es el modelo más sencillo (21). El motivo principal de esta incorporación, además de los resultados positivos que venían señalándose desde EEUU y la generalización del DAB en los contratos sujetos al derecho británico (gran inspirador de los modelos FIDIC), es la necesidad de evitar los sobrecostes derivados de la paralización de los proyectos consecuencia de la excesiva formalidad y lentitud del arbitraje (22).

La segunda edición de los modelos FIDIC, publicada a finales de 2017, ha modificado los mecanismos de resolución de conflictos incluidos en el contrato para adaptarlo a la realidad que se ha venido observando durante los casi 18 años de aplicación de las primeras ediciones de la *Rainbow Suit*. Los fundamentos de dichos cambios se basan en potenciar las resoluciones amistosas de los conflictos, añadiendo trámites para la negociación y flexibilizando los procedimientos para dar cabida a estos mecanismos. De ahí que la propia denominación de DAB haya cambiado a DAAB (*Dispute Adjudication/Avoidance Board*) (23), añadiendo el concepto *Avoidance* (que podría traducirse como «evitación») para reforzar la idea de que estos métodos deben servir para facilitar el diálogo entre las partes y no como un estadio previo al arbitraje que termine convirtiéndose en un mero trámite.

El contrato no enumera los asuntos que pueden ser derivados al DAAB, si no que se refiere en general a «Disputas» (24) que puedan surgir entre las partes, pero a modo de ejemplo se pueden

señalar algunos de los conflictos más frecuentemente derivados a la mesa: cualquier variación (*Variation* (25)) que provoque una modificación en las condiciones originalmente pactadas, el desacuerdo con la resolución tomada por el Ingeniero o el Representante del Cliente en los supuestos en los que el contrato le asigna competencias, cualquier supuesto de fuerza mayor que obligue a la modificación de plazos o costes, falta de aceptación de cualquier *Variation* por parte del Contratista en tanto considere que no se ajusta a lo inicialmente pactado o supone un cambio tal de las circunstancias que obliga a la renegociación del contrato, cualquier reclamación de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones contractuales que pueda ser reclamada de manera individual previa a la finalización de las obras, especialmente el retraso en la entrega de alguno de los hitos de la obra, o el rechazo del *Taking-Over Certificate* (26) por parte del Cliente.

El propio contrato habilita a que cualquier disputa sobre el mismo, sea cual sea la naturaleza de la misma, deba pasar por el DAB/DAAB. El único supuesto en que el contrato expresamente permite que las disputas no deban ser resueltas a través del DAAB (a excepción de los casos en los que no se haya constituido la mesa) es el incumplimiento de una resolución (*determination*) final y vinculante del Ingeniero o el Representante del Cliente según el párrafo final de la subcláusula 3.5.5, que se tratará más adelante.

Aunque la base contractual del DAB/DAAB remite a la autonomía de la voluntad de las partes, se ha planteado antes los tribunales ingleses, en el caso *Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd* (27), si la propia elección del modelo FIDIC ya puede interpretarse como una manifestación de la voluntad de las partes en el sentido de ambas deciden decidir dirimir las disputas surgidas a través de este mecanismo por el mero hecho de seleccionar el modelo. El punto crucial es interpretar la voluntad de las partes que no hayan optado expresamente al DAB, situación que se prevé en el modelo FIDIC, cláusula 21.8. En ella se regula la situación en el que el DAB (DAAB en este caso), no haya sido constituido por cualquier motivo y señala, como resulta lógico, que las disputas surgidas podrán elevarse directamente a arbitraje. Ahora bien, cabe preguntarse cuál sería la situación en el caso de que una de las partes argumentara que, con carácter previo a la sustanciación de la disputa en vía arbitral, debiera constituirse un DAB y seguir el procedimiento habitual. En el caso en concreto antes mencionado, el tribunal termina adoptando una interpretación en el sentido de darle un carácter preferente a este mecanismo de resolución de conflictos. El razonamiento se sostiene en que el DAB no es un método ajeno al propio contrato si no que es característico del modelo FIDIC, de modo que puede desprenderse que la voluntad de las partes al elegir el modelo FIDIC es la de remitir sus disputas a un sistema como el DAB, previo al arbitraje. Sobre la base de esta jurisprudencia, el DAB únicamente sería eludible en los casos en que habiéndose sometido el contrato al modelo FIDIC y no se hubiera constituido, las partes expresamente renunciaran a él y ninguna de las partes lo alegara como excepción a la apertura de un procedimiento arbitral.

III. PAPEL DEL INGENIERO/REPRESENTANTE DEL CLIENTE EN LAS NUEVAS VERSIONES 2017

Una de las novedades más importantes que se incorporan en los nuevos modelos FIDIC es el procedimiento regulado en la subcláusula 3.5 en relación con las decisiones adoptadas por el

Ingeniero o Representante del cliente. Esta figura tiene una relevancia trascendental en la ejecución de la obra, pues su función principal es la de modificar el diseño original del proyecto cuando, por cualquier motivo, sea necesaria una readaptación del mismo, siempre que dichos cambios no sean sustanciales (28). Las demás funciones del Ingeniero o Representante no vienen prefijadas en las condiciones generales del contrato, lo que puede subsanarse a través de una determinación pormenorizada en las condiciones particulares (29), algo que, en atención a las circunstancias, puede ser recomendable.

Mientras que el Ingeniero es una figura característica de los modelos *Red* y *Yellow*, en el modelo EPC, el *Silver Book*, es sustituido por una figura llamada *Employers Representative* o Representante del Cliente. La diferencia entre ambos se encuentra, principalmente, en las atribuciones que el contrato les otorga. Mientras el Ingeniero carece, por regla general, de capacidad para modificar el contrato, el Representante del Cliente tiene transferidas todas las capacidades que tenga el Cliente en el contrato (excepto la finalización del contrato por incumplimiento grave del Contratista, función reservada únicamente al Cliente). Se indica, a su vez, que el Representante del Cliente deberá actuar bajo las instrucciones del mismo, salvo en aquellos puntos en los que el Contrato expresamente declara lo contrario, como es el caso del procedimiento regulado en la subcláusula 3.5, que pasaremos a detallar más adelante (30).

Los modelos de 1999 establecían que el Ingeniero debía remitir al Contratista las instrucciones y planos adicionales o modificados, siempre y cuando las modificaciones no sean de tal entidad que supusieran la aplicación del procedimiento establecido para las *Variations*. La única obligación del Ingeniero era cumplir con el trámite de notificación al Contratista y, en su caso, *deberá consultar con cada una de las Partes para alcanzar un acuerdo* (31): En caso de no alcanzarse ese acuerdo, el Ingeniero *decidirá en justicia según lo establecido en el contrato y teniendo en cuenta las circunstancias pertinentes*. Esta decisión debía ser aceptada por las partes, que en caso de disconformidad podían acudir al DAB. En el caso del *Silver Book*, las funciones del Ingeniero son sustituidas por el Representante del Cliente. Al carecer el Representante del Cliente de imparcialidad, las soluciones que puedan emerger de su intervención no tenían por qué ser aceptadas por el Contratista, y ante tales supuestos ambas partes podían acudir al DAB, si bien se diferencia de lo establecido en los modelos *Yellow* y *Red* en que solo se le otorga al Contratista la posibilidad de mostrar su desacuerdo con la decisión del Representante del Cliente (32), dando por hecho que el Cliente nunca podrá verse perjudicado por la misma. A la vista de lo anterior, está claro que en los modelos EPC las disputas que se elevaban al DAB no tenían por qué ser grandes controversias, sino simplemente pequeños problemas a los que se buscaba una solución que, objetivamente, favoreciera el desarrollo de la obra.

Este sistema, en la práctica, provocaba que los conflictos elevados al DAB fueran excesivos — especialmente en los contratos sobre el modelo EPC, *Silver Book*— ya que la figura del Representante del Cliente carecía de un procedimiento que pudiera permitirle la toma de decisiones consensuadas en el seno del proyecto, más allá de la mera obligación de notificación al Contratista. Teniendo en cuenta que estas decisiones técnicas son frecuentes en el desarrollo de la obra y que el Representante del Cliente tenía la última palabra en ese tipo de decisiones, el Contratista solo podía

acatar su decisión o, en caso de oponerse formalmente a la misma, acudir al DAB por leve que fuera su desavenencia o por insignificante que se tratase la decisión en relación con el total del proyecto. Esta estructura provocaba no pocos problemas:

El primero que se puede destacar es la posible falta de imparcialidad del Representante del Cliente a la hora de tomar decisiones que afectan al Contrato. Este problema no es exclusivo del modelo EPC, en el que existe esta figura. El Ingeniero, propio de los modelos Red y Yellow, también es elegido por el Cliente, por lo que no se le exige una actuación imparcial. No obstante, el Contratista tiene la obligación de seguir las instrucciones que el Ingeniero le remita por escrito, por lo que no se faculta al Contratista a oponerse a una decisión del mismo salvo la ya citada muestra de insatisfacción (que solo habilita a acudir al DAB pero no permite detener al Contratista la ejecución de la decisión del Ingeniero o Representante) o la excepción prevista en el contrato de que dichas instrucciones supongan cambios de entidad suficiente como para entrar dentro del concepto de *Variations*, que implicarían la aplicación de un procedimiento específico (33).

Al problema descrito en el párrafo anterior se unía la falta de concreción en las medidas a adoptar por el Representante para poner de acuerdo a las partes antes de tomar una decisión. El modelo no regulaba ningún procedimiento sobre cómo el Representante del Cliente debe intentar ese acuerdo, ya fuera mediante una reunión con las partes o a través de un cruce de comunicaciones informales. Tampoco se podría concretar el punto en el que puede darse por fracasada una negociación ni los plazos para poder tomar una decisión unilateral teniéndose por cumplido este requisito.

Por último, el procedimiento regulado en las anteriores versiones carecía de flexibilidad. Sin duda, la toma de decisiones rápida por parte del Ingeniero o el Representante del Cliente favorecía la inmediatez, al proponer una rápida resolución de las situaciones potencialmente conflictivas. Pero, como ya se ha señalado, esta unilateralidad abocaba a la remisión al DAB de conflictos o potenciales conflictos cuya solución podría haberse alcanzado a través de un mecanismo previo de resolución de disputas. La reforma ha intentado descargar el DAAB de este tipo de desacuerdos al entender que no requieren de un procedimiento tan complejo como el mencionado para su solución, por lo que se ha construido un nuevo sistema que permita al Ingeniero o Representante del Cliente poder alcanzar soluciones de consenso en sus intervenciones. Hay que tener en cuenta que estas son, sin duda, las más frecuentes disputas que pueden surgir entre Contratista y Cliente durante la ejecución del contrato, y que permitir su resolución a través de un método más sencillo supone un ahorro importante de tiempo y, sobre todo, de dinero (34). En todo caso, este mecanismo tiene un carácter complementario al procedimiento del DAAB.

Las versiones de 2017 de FIDIC han ampliado notablemente las funciones del Ingeniero o Representante del Cliente y han perfilado mejor los requisitos que deben cumplir estas figuras. Lo destacable, respecto de la anterior versión, es el desarrollo del procedimiento de toma de decisiones del Ingeniero o Representante cuando surgían los supuestos en los que era preceptiva su intervención. La nueva cláusula 3.5 articula un procedimiento dirigido por el Ingeniero o Representante del Cliente donde debe buscarse, de manera primordial, una solución amistosa entre Contratista y Cliente para estas pequeñas modificaciones del diseño; con la diferencia respecto de

anterior 3.5 en que dicho procedimiento es mucho más formal y permite la sustanciación de las posturas de las partes por escrito, así como la manifestación de la disconformidad con la resolución final adoptada por el Ingeniero o Representante.

El procedimiento se inicia con un intento de mutuo acuerdo instado por el Ingeniero o Representante. El 3.5 diferencia las decisiones del Ingeniero o Representante entre los *Agreements* (tomados de mutuo acuerdo por las partes) y las *Determination* (resolución tomada por el Ingeniero o Representante en caso de no alcanzarse un acuerdo). Primero deberá intentar un *Agreement* de mutuo acuerdo, reuniéndose con las partes por separado o conjuntamente. Para ello dispone de un plazo de 42 días, si bien puede reducirse en el caso de que ambas partes adviertan que no será posible alcanzar un acuerdo en ese plazo. El tenor literal de la redacción habla de que el Ingeniero o Representante deberá «incentivar» (*encourage*) un acuerdo entre las partes, siendo el encargado de dirigir las negociaciones. A este respecto podría cuestionarse hasta qué punto podría entenderse esta figura como un mediador en un sentido amplio (35). Hay que señalar que, en el caso del Representante del Cliente, la subcláusula 3.5.1 se indica que, para este procedimiento, el Representante «no deberá actuar en favor del cliente» si no en favor del contrato, por lo que se le exige una actuación neutral, a pesar de su no imparcialidad.

En caso de que no se alcance un acuerdo, el Ingeniero o Representante deberá emitir su resolución o *determination*. Como en los modelos de 1999, la subcláusula 3.5.2 indica que se deberá resolver «en justicia» (*a fair determination*), que será por escrito, motivada y deberá notificarse a las partes.

Para las situaciones en las que la resolución se alcance por mutuo acuerdo, no se permite impugnación de la resolución. En el caso que el Ingeniero o Representante haya emitido una *determination*, las partes pueden mostrar su disconformidad con un documento llamado NOD (*Notice of Dissatisfaction*). Si no se emite un NOD en 28 días se entiende que no muestran su desacuerdo con la resolución emitida por el Ingeniero o Representante. Es reseñable que se haya modificado el hecho de que solo el Contratista pueda mostrar su desacuerdo con la *determination* del Representante en el *Silver Book*, en tanto que se exige una actuación imparcial en tales supuestos (36). Sin embargo, aunque en teoría el Cliente podría mostrar su disconformidad con la decisión del Representante, cabe preguntarse hasta qué punto esto es posible en la práctica, en tanto que éste actuará, probablemente, en favor del Cliente.

En el caso de que una de las partes presente un NOD, la subcláusula 3.5.5 habilita al Ingeniero o Representante a modificar dicha *determination* o a volver a intentar una solución de mutuo acuerdo. Dado que ya se ha intentado un procedimiento amistoso anteriormente sin resultado y que la decisión tomada es vinculante según el contrato, la renegociación está condicionada por esta resolución, pero la flexibilidad del procedimiento permite a las partes una renegociación, que no es obligatoria (37).

Otra gran novedad de este procedimiento es que, en el caso incumplimiento de la resolución (tanto si se alcanza a través de mutuo acuerdo como si se hace a través de una *determination*), la contraparte puede acudir directamente a arbitraje sin pasar por el DAAB, aunque esta puerta permanece abierta (38). En caso de falta de conformidad con la resolución dictada y habiéndose

presentado un NOD, la parte que se considere perjudicada deberá acudir al DAAB o aceptar la decisión. El NOD se considera imprescindible para acudir al DAAB, ya que la ausencia del mismo se interpreta como aceptación de la resolución. La única excepción es la prevista en el último párrafo de la subcláusula 3.5.3 para el supuesto en el que el Ingeniero o Representante no presente su resolución en el plazo convenido.

Aunque el nuevo procedimiento se basa en la flexibilidad y en potenciar las resoluciones de mutuo acuerdo evitando que disputas de menor entidad terminen en el DAAB, en caso de desacuerdo con las resoluciones el conflicto sigue siendo elevado a este órgano, habiendo transcurrido, eso sí, un lapso de tiempo mucho mayor que el previsto en las anteriores versiones en las que no se preveía la revisión de la decisión tomada. El ahorro en costes de tiempo y dinero solo ocurre en tanto que las partes alcancen ese acuerdo que busca la cláusula 3.5, pero en caso contrario el procedimiento solo dilata la resolución de un conflicto a manos del DAAB o, en su caso, del arbitraje.

IV. PROCEDIMIENTO DEL DAAB

1. Constitución

Como ya se ha mencionado, el DAAB se configura como el método general de resolución de controversias derivadas del contrato. Por lo tanto, no se establecen requisitos para acudir al mismo, si bien se deduce del contrato que los conflictos elevados al DAAB pueden surgir de la disconformidad con el resultado de procedimientos específicos regulados en el contrato (39). El único supuesto de conflicto para el que no resulta obligatorio acudir al DAAB es el mencionado anteriormente respecto del incumplimiento de la resolución final y vinculante del Ingeniero o Representante. Sin embargo, el propio contrato prevé que pueda no estar constituido por algún motivo, situación en la que se permite acudir a arbitraje sin necesidad de que seguir el trámite ordinario de constitución.

Una de las importantes novedades respecto a las versiones de 2017 es la configuración del DAAB como permanente, constituido al comienzo del contrato, en lugar de constituirse *ad hoc* (40). La constitución permanente del DAB ya veía establecida por defecto en el *Red Book*, pero no así en los modelos *Silver* y *Yellow*, donde la antigua subcláusula 20.2 rezaba que «el DAB será nombrado conjuntamente por las partes antes de 28 días desde una parte haya comunicado a la otra su intención de referir un conflicto al DAB» (41). La nueva Redacción habla de un plazo de 28 días para la constitución del DAAB desde la firma del contrato (42). La decisión de hacer el DAAB permanente era ya reclamada por parte de la doctrina especializada, pues no solo agilizar enormemente los trámites de resolución de conflicto al suprimir el procedimiento de nombramiento, sino que, en palabras de Reig I. Fabado, «El hecho de que el DAB esté constituido de forma permanente y mantenga una comunicación fluida con las partes evita la sensación de rivalidad entre ellas» (43).

El DAAB podrá estar compuesto por uno o tres miembros, siendo más habitual este último modo. Dos de los miembros serán propuestos por cada parte y el tercero será elegido de mutuo acuerdo para actuar como presidente. Puesto que el nombramiento de este tercer miembro es el más potencialmente conflictivo, el contrato prevé un pequeño procedimiento para aquellos casos en los

que no se alcance el acuerdo necesario, designado para ello una entidad (44) que se encargará de la designación del presidente. De mismo modo se prevé el nombramiento de sustitutos, ya que en caso de baja de alguno de los miembros el contrato remite al procedimiento de nombramiento para su sustitución.

Una cuestión relevante de la que se encarga el contrato es la remuneración de los miembros del DAAB, regulado de manera pormenorizada en las normas de procedimiento del DAAB anexas al contrato. La regla general es que cada parte deberá ocuparse de la mitad de los honorarios totales, y que estos se devengarán por día de trabajo en tanto que el DAAB se reúna o realice deliberaciones (45). Aunque los honorarios se devengan solo en las situaciones en las que el DAAB sea convocado, el órgano es permanente y su constitución recomienda hacerse al comienzo del contrato, antes de que surja cualquier disputa. Los honorarios deberán pagarse antes de que el DAAB emita su decisión, pudiendo retrasar la misma en caso de que existan pagos no satisfechos (46).

2. Estatuto del miembro del DAAB (Adjudicador)

Otro de los grandes avances que ha supuesto las versiones de 2017 son las nuevas normas procedimentales del DAAB. En ellas se profundiza en el estatuto de los miembros que conforman el DAAB, que se basan en los principios de imparcialidad, independencia, confidencialidad y buena fe. Así pues, los miembros del DAAB no podrán tener intereses en el proyecto, ni tener relación con el contratista, el Cliente o su personal; no podrán haber trabajado para ninguna de las partes los 10 años anteriores, no podrán ser ni haber sido árbitros en ninguno de los asuntos que se hayan llevado del proyecto. La garantía de la imparcialidad se refuerza con la prohibición de aceptar regalos ni obsequios de ninguna de las partes implicadas más allá de su remuneración y de dar ningún consejo, recomendación o información a las partes fuera de las requeridas por los procedimientos reglados por el DAAB.

Además, se establece en las normas procedimentales que los miembros del DAAB están amparados por un deber de confidencialidad similar a un árbitro o mediador, lo que lleva a que no podrán ser llamados a juicio como testigos (47) no podrán servir como prueba los documentos utilizados durante las negociaciones y deliberaciones durante el procedimiento, salvo que exista mutuo acuerdo. Se incluye expresamente, además, que los miembros del DAAB no serán responsables de ningún daño derivado de sus actuaciones, con la excepción de actuaciones de mala fe o en caso de incumplimiento grave de sus obligaciones (48).

Por último, se ha añadido un pequeño procedimiento de recusación de los miembros del DAAB, tanto a iniciativa de las partes como de cualquier otro miembro de la mesa, si bien deberá ser resuelto por los demás miembros. Para evitar conflictos de intereses y poder solucionar situaciones de bloqueo, las normas procedimentales del DAAB remiten al arbitraje los conflictos relacionados con la recusación de los miembros del DAAB o los motivados por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones por parte de algún miembro.

3. Dictamen no vinculante del DAAB

La nueva subcláusula 21.3 ha extendido las funciones del DAAB para permitir un nuevo

procedimiento, complementario al procedimiento ordinario, para poder evitar disputas a través de un mecanismo más flexible (49) . Este nuevo mecanismo es titulado por el contrato como *Avoidance of Disputes* y permite que el DAAB emita un dictamen no vinculante a propuesta de las partes. La redacción de la cláusula, *If the Parties so agree* (a falta aún de traducción oficial al español, podría traducirse como «Si las partes así lo acuerdan») parece indicar que este mecanismo requiere de mutuo acuerdo previo, por lo que no sería posible que una sola de las partes solicitara este dictamen no vinculante sin autorización de la otra (50) .

La solución que emita el DAAB en aplicación de la cláusula 21.3 no será vinculante salvo que las propias partes así lo acuerden o sea aplicada en algunos de los procedimientos en los que se insta a las partes a alcanzar un acuerdo, con la excepción del procedimiento regulado en la cláusula 3.5 llevado a cabo por el Ingeniero o Representante del Cliente que se expuso en el anterior epígrafe, procedimiento excluido expresamente de la cláusula. Esta respuesta tampoco será vinculante para el propio DAAB si acaba conociendo del mismo asunto mediante el procedimiento ordinario, ya que la cláusula deja claro que cabe la posibilidad de que el DAAB emita una resolución contradictoria.

Por lo tanto, este mecanismo es meramente complementario al procedimiento ordinario, ya que no se establece como obligatorio, no es excluyente y no puede acudirse a él en cualquier situación previa a una disputa. La excepción prevista respecto del procedimiento del 3.5 puede justificarse al concebirse éste como un mecanismo más ágil para la toma de decisiones. Recuérdese que el dictamen del Ingeniero o Representante puede ser elevado al DAAB en el caso de que una o ambas partes se opongan a él, por lo que si se acudiera al DAAB para la emisión de un dictamen, que tampoco sería vinculante para el Ingeniero o Representante, podría dilatarse la emisión de la *determination* de manera excesiva, sin que ello evitara que el DAAB tuviera que conocer finalmente del asunto .

4. Resolución del DAAB

El procedimiento ordinario del DAAB está recogido en la subcláusula 21.4 y puede acudirse al él con independencia de si se ha acudido al anteriormente mencionado procedimiento del 21.3, si se acude tras la disconformidad con la *determination* emitida por el Representante del Cliente/Ingeniero, o si se acude como resultado de cualquier otra disputa surgida del contrato.

Para acudir al DAAB debe presentarse una *reference* (remisión) que, al contrario de lo que disponía la subcláusula 21.3 para la emisión de dictámenes no vinculantes, puede ser presentada por cualquier parte o por ambas a la vez. Si se acude tras el procedimiento ante el Ingeniero o Representante (subcláusula 3.5) debe hacerse en un plazo de 42 días desde el NOD presentado tras la *determination* (recuérdese que tras el NOD cabe la posibilidad de que el Ingeniero o Representante modifique su *determination* o inste a una renegociación). Deberá hacerse por escrito con copia a las partes y una novedad introducida en el contrato es que deberá interpretarse que la notificación de la *determination* a la contraparte interrumpe cualquier período de prescripción de las acciones (51) .

A partir de entonces comienza el período de prueba y resolución que el contrato establece en 84 días, aunque siempre es flexible. Durante este período las partes deberán remitir toda la

documentación y permitir a los miembros el acceso a las obras. Las obras, señala el contrato, continúan mientras el DAAB toma decisiones. La decisión es vinculante, a pesar de que haya posibilidad de recurso por parte de una parte o ambas que no estén de acuerdo. El DAAB, sin embargo, podrá retrasar la decisión hasta que las partes hayan abonado el importe correspondiente a su remuneración.

La decisión del DAAB deberá ser por escrito y estar razonada (52), con explicación de los hechos y los motivos que llevan al DAAB a tomar tal decisión. Lo más destacable es que el DAAB no tiene la obligación de resolver con base a la ley o al contrato, ni tampoco a favor de ninguna de las partes (no se aplica el principio de congruencia), si no que pueden resolver lo que estimen justo y sea mejor para el contrato, aunque esto suponga no dar la razón a ninguna de las partes (53).

Si una de las partes no está de acuerdo con la decisión del DAAB tiene 28 días para emitir su NOD. También puede emitirse si no ha resuelto en plazo el DAAB. Puede existir un desacuerdo parcial con la decisión del DAAB; en tal caso la parte de la resolución sobre la que no se emite el NOD se entiende que es definitiva, y, por lo tanto, no podrá ser revisada de fondo en vía arbitral. Del mismo modo, la no presentación de un NOD en dicho plazo convierte en inatacable la resolución del DAAB, ni tan siquiera por vía arbitral (54).

Otra de las novedades de las nuevas versiones está en la regulación de las medidas cautelares adoptadas por el DAAB o por los árbitros en casos de incumplimiento con la decisión del DAAB. La subcláusula 21.4.3 señala que las resoluciones del DAAB que implican el pago de una cantidad de dinero entre las partes son ejecutables directamente. Esto entra en consonancia con la máxima ya mencionada de los sistemas de adjudicación, el llamado «*pay now, argue later*». Además, las obras, si no han acabado, no deben suspenderse ni durante la decisión del DAAB ni durante su ejecución, acorde a la necesidad de evitar dilataciones innecesarias, que es uno de los principios inspiradores de la DAAB (55).

Del mismo modo se prevé la posibilidad de que dicho pago vaya acompañado con una fianza para el caso en el que el DAAB considere que no podrá deshacerse el pago realizado en el caso de que sea revocada la decisión en vía arbitral. Paralelamente, la subcláusula 21.7 establece que si una de las partes no cumple una decisión del DAAB la otra parte puede acudir a arbitraje para obtener unas medidas cautelares para conseguir la ejecución provisional del acuerdo del DAAB. Esas medidas cautelares dependerán de la ley del país del arbitraje (56), ya que la resolución del DAAB carece de eficacia ejecutiva (*enforceability*) por sí misma (57). Sin embargo, hay que recordar que una decisión del DAAB puede ejecutarse por vía arbitral, aunque no sea definitiva, según parte de la doctrina (58).

Si hay un NOD, el contrato remite a las partes a intentar llegar a un acuerdo antes de acudir al arbitraje. Esta cláusula ya se encontraba en las anteriores versiones de los modelos FIDIC, ya ha sido comentada por la doctrina, que señala que sería más lógico que este intento de acuerdo amistoso tuviera lugar antes del procedimiento del DAAB y no tras su resolución (59). Asimismo, se plantea la cuestión sobre la obligatoriedad de dicha cláusula. La propia redacción indica que el arbitraje empezará, salvo que se acuerde otra cosa, 28 días después de la notificación del NOD haya habido o no intento de arreglar la disputa de manera amistosa, lo que puede interpretarse como un plazo

mínimo de negociación en una cláusula escalonada (60) , pero el inciso «haya habido o no intento de arreglar la disputa de manera amistosa» permite deducir que el mecanismo previsto no resulta obligatorio (61) .

5. Arbitraje

Las condiciones generales establecen que el arbitraje será llevado a cabo bajo las normas de la Cámara de Comercio Internacional (en París o en Miami). Será llevado a cabo por tres personas y en el idioma del contrato. Una cuestión importante es que se señala que las partes no están limitadas a los documentos y argumentos presentados anteriormente en el DAAB o en sus negociaciones. El arbitraje puede resolver también sobre cosas no resueltas en el DAAB y sobre las resoluciones vinculantes del DAAB y las del Ingeniero o Representante del Cliente.

Así, por tanto, el arbitraje no se configura como una segunda instancia, si no como una instancia única de resolución de conflictos. El DAAB no es un mecanismo previo al arbitraje ni un arbitraje de primera instancia, es un método de resolución de conflictos alternativo al arbitraje y complementario al mismo. Si una de las partes no cumple una decisión del DAAB la otra parte puede acudir a arbitraje para obtener unas medidas cautelares para conseguir la ejecución provisional del acuerdo del DAAB (62) .

A este respecto se ha planteado un problema referente al alcance de las resoluciones de los árbitros para los casos en los que se acude al arbitraje como consecuencia del incumplimiento de la resolución del DAAB. Para los casos en los que se acude a arbitraje habiéndose presentado un NOD, pero cumpliendo con la resolución, está claro que los árbitros no están vinculados con las decisiones del DAAB (de hecho, se permite a las partes presentar documentos, pruebas y alegaciones distintas de las presentadas ante el DAAB). El problema es resolver si el laudo emitido a consecuencia de elevar el incumplimiento de la resolución del DAAB ya firme puede entrar en el fondo del asunto o, por el contrario, debe ocuparse solamente de emitir un laudo que permita la ejecución del mismo y abrir la puerta a la ejecución de medidas cautelares, al ser la resolución del DAAB inejecutable judicialmente (63) .

Este era un problema abierto de gran calado en las versiones anteriores. Las discusiones giraban en torno los conceptos *final and binding* referido a las resoluciones del DAB, ya que el contrato habla de dos tipos de decisiones : *binding decisions* y *final and binding decisions*. El concepto *binding* puede traducirse como «vinculante» y hace referencia a la obligatoriedad de las partes respecto de las decisiones tomadas el DAB. En el caso de las versiones de 1999, no existía el mecanismo ahora previsto en la subcláusula 21.3 para la emisión de un dictamen no vinculante, por lo que todas las decisiones del DAB pasaban por el procedimiento ordinario, donde se señalaba que «La decisión será vinculante para las Partes, que deberán ponerla en ejecución de inmediato, salvo y hasta que sea revisada por mutuo acuerdo o por arbitraje» (64) . Misma redacción se mantiene en las ediciones de 2017 para el caso de una decisión adoptada por el procedimiento ordinario. Por tanto, exceptuando lo previsto en la 21.3 (las resoluciones no vinculantes), todas las decisiones del DAAB son vinculantes (*binding*) y de inmediata ejecución, independientemente de si existe disconformidad o no con la misma, pues la decisión deberá ser ejecutada de inmediato (65) (en consonancia con el

principio *pay now, argue later* ya mencionado).

En lo que respecta al concepto *final*, que es traducido en las versiones oficiales como «definitivo/a», el contrato parece diferenciar las resoluciones «vinculantes y no definitivas» de las «vinculantes y definitivas». En las ediciones de 1999, la resolución del DAB pasará a ser *final and binding* si trascurren 28 días desde la notificación de la resolución sin que se hayan presentado una NOD por alguna de las partes, y una decisión definitiva (*final*) en este contexto no podrá ser elevada a arbitraje, ya que la propia subcláusula 20.6 solo permite que el arbitraje conozca de las decisiones «no definitivas». Sin embargo, esto entraba en contradicción con la subcláusula 20.7, que se encarga del caso del incumplimiento de la resolución *final and binding* del DAB, en la que permitía a la otra parte «someter el incumplimiento al arbitraje, en virtud de la cláusula 20.6». En virtud de esta subcláusula, se plantean dos posturas: Si debe aplicarse la norma recogida en el 20.6 que otorga a los árbitros «plenos poderes para reabrir, analizar y revisar cualquier decisión de la DAB» o si debe entenderse que, en el caso de decisiones definitivas incumplidas, los árbitros no pueden revisar el fondo del asunto (66). La primera postura parece ir más en consonancia con la redacción del contrato, pero puede suponer un quebranto del principio de seguridad jurídica al permitir que el laudo pueda ser contradictorio con una decisión definitiva del DAB, lo que podría reducir al DAB a un mero trámite, cuya resolución no tendría validez salvo que sea voluntariamente aceptada por las partes o refrendada por un arbitraje ulterior.

Las nuevas versiones parecen resolver el problema al inclinarse por la opción de no permitir la revisión el fondo del asunto cuando se trate de una resolución definitiva y vinculante del DAAB. Pude deducirse esto del tener literal de la nueva subcláusula 21.6, en la que indica, en su primer párrafo, que se acudirá a arbitraje en cuatro supuestos: Cuando exista desacuerdo con la resolución del Ingeniero o Representante (3.5), cuando exista desacuerdo con la resolución del DAAB, cuando se haya incumplido la resolución del DAAB y cuando el DAAB no se haya constituido. Así pues, parece entenderse que el contrato no hace distinción entre diferentes procedimientos de arbitraje, a lo que se aplicarían las mismas normas a todos sea cual sea la causa que motiva acudir a arbitraje, siendo el comienzo del párrafo una enumeración de los supuestos más que una clasificación de los mismos. Si esto es así, el párrafo 2º de dicha cláusula reza que «El(los) árbitro(s) tendrán plenos poderes para reabrir, revisar y analizar cualquier certificado, resolución y decisión del DAAB (que no sea final y vinculante)». Este último inciso, *other than a final and binding decision* (que no aparecía en las versiones de 1999) parece estar en consonancia con las voces doctrinales que apuntaban a que, en aras del principio de seguridad jurídica, los árbitros no debieran poder modificar resoluciones del DAAB que hayan devenido firmes según las normas del contrato. Al no permitirse la revisión de fondo de los casos en los que la decisión del DAAB sea definitiva, se le otorga a este instrumento de una mayor importancia, no estando sus resoluciones plenamente dependientes del arbitraje.

V. CONCLUSIONES

Las ediciones de 2017 de los modelos FIDIC han supuesto una evolución respecto de las anteriores ediciones en lo que respecta a los mecanismos de resolución de conflictos. Estos han sido un caballo de batalla recurrente tanto para la doctrina como para los operadores del sector, que han resaltado

durante estos años de vigencia de los modelos sus flaquezas y debilidades, de cuyos comentarios se han nutrido los redactores de los contratos FIDIC a la hora de la elaboración de los nuevos modelos. Dado que, en los contratos de construcción, los conflictos son inevitables, perfeccionar los métodos de resolución es una tarea clave para aumentar la seguridad de las partes y potenciar las inversiones en grandes proyectos. Aun con todo, la regulación de estos métodos en los modelos FIDIC sigue teniendo puntos débiles y problemas que no se han resuelto.

En primer lugar, el rol del Ingeniero y el Representante del Cliente en los nuevos modelos no resulta del todo compatible con su naturaleza no imparcial. Por mucho que se establezca que el Ingeniero o Representante tiene la obligación de actuar conforme a los intereses generales del proyecto y con imparcialidad, sigue siendo una figura no independiente y no percibida como neutral por el Contratista, lo que dificulta que el Contratista acepte sus resoluciones o tenga confianza en los procedimientos en los que actúa como mediador para alcanzar una solución negociada. Esto lleva a que muchas veces el procedimiento regulado en la subcláusula 3.5 solo sea un trámite que prolonga el momento en el que el DAAB se encargue del asunto.

En segundo lugar, los costes del DAAB han sido un asunto que no se ha flexibilizado en los nuevos modelos. El cambio de un DAAB permanente frente a un DAB *ad hoc* y las nuevas facultades atribuidas a la mesa son un elemento que puede facilitar, ciertamente, que se alcancen acuerdos negociados aceptados por ambas partes; pero los costes derivados de los gastos y honorarios de los miembros pueden resultar considerables y afectar a la financiación de los proyectos. Aunque estos costes sean menores que los derivados de elevar esos mismos conflictos al arbitraje, las cifras son tan elevadas que pueden suponer un desincentivo a las partes para elegir un DAAB tal y como se regula en los modelos (basados en las normas de la ICC). Es necesario que los costes de la misma sean mucho más flexibles para que puedan adaptarse a proyectos con una financiación más ajustada.

En tercer lugar, la posibilidad de emitir dictámenes no vinculantes por parte del DAAB a propuesta de las partes es un gran acierto para la evitación de disputas. Aunque dicho dictamen no sea vinculante ni tan siquiera para la propia mesa, si las partes tienen en sus manos una recomendación del DAAB sobre un asunto conflictivo, es probable que sea acatada por ellas sin que el conflicto se alargue. El éxito de esta fórmula dependerá de los buenos criterios que tenga el DAAB a la hora de tomar estas decisiones, que se basará en la experiencia y la profesionalidad de sus miembros.

Por último, la nueva redacción de la subcláusula 21.6 aclara el controvertido hecho de si la resolución del DAAB era revisable por vía arbitral aun cuando ésta había devenido en definitiva por la no presentación en plazo de un NOD. La solución adoptada por FIDIC en sus nuevas versiones resulta acorde con lo demandado por las voces doctrinales especializadas, en aras de darle mayor seguridad jurídica a las partes y dar pleno valor a la decisión del DAAB cuando esta no resulta impugnada. La alternativa hubiera provocado abusos por parte de los perjudicados por la decisión del DAAB y hubiera restado valor a la propia institución, al convertirla en un simple mecanismo «pre-arbitral» en lugar de un MASC con entidad propia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ADAME RIVERA, M.G., *La Cláusula Med-Arb en la solución de conflictos en el sector energético*, tesis doctoral, Universidad Autónoma De Nuevo León, 2018.
- ALMAGRO, I. y KLEE, L., *Los contratos internacionales de construcción, FIDIC*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BUNNI, G., «The Gap in Sub-Clause 20.7 of The 1999 FIDIC Contracts for Major Works», en *International Construction Law Review*, 2005, vol. 22, pp . 272-286.
- BURR A., *Delay and Disruption in Construction Contracts*, 5ª ed., Informa-law, Oxon, 2016.
- CABRERA MERCADO, R; QUESADA LÓPEZ, P.M., *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Dykinson, 2017.
- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (ICC), *Normas sobre Dispute Boards*, 2019.
- CHARRET, D., *Dispute Boards and Construction Contracts*, Victorian Bar, Society of Construction Law Australia and Dispute Resolution Board of Australasia Inc, 2009.
- CHERN, C., *Dispute Boards: Practice and Procedure*, Blackwell, Oxford, 2008.
- COPE, J., TCC grants stay to enable FIDIC dispute board to proceed», en *Thomson Reuter. Practical Law, Construction Blog*, 28 octubre, 2014.
- DABROWSKA, A.M., «Analysis of the FIDIC arbitration clause in the light of international jurisprudence», en *ASEJ - Scientific Journal of Bielsko-Biala School of Finance and Law*, vol. 23, n.º 1, 2019, pp. 5-9.
- DE MANUEL DASÍ, F y MARTÍNEZ, R.M.V., *Técnicas de negociación: un método práctico*, ESIC Editorial, 2009.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia», *Derecho privado y Constitución*, nº 19, 2005, pp. 55-91.
- GONZALO QUIROGA, M. Y BARRIGA VILLAVICENCIO, K., «El acuerdo de confidencialidad en la mediación» (SÁNCHEZ GARCÍA A. coord.), *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 113-137.
- GOTTHEI, J y SCHFFRIN, A., *Mediación: una transformación en la cultura*, Paidós, Buenos Aires, 1996.
- GROVE, J.B y APPUHN R., «Comparative Experience With Dispute Boards in the United States and

Abroad», en *The Construction Lawyer*; Chicago, vol. 32, n.º 3, 2012, pp. 6-10.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., «Los contratos Internacionales De Construcción "Llave en Mano"», en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, marzo, 2014, pp. 161-246.

FIDIC, *Rainbow Suit*, 1ª ed., Ginebra, 1999.

FIDIC, *Rainbow Suit*, 2ª ed., Ginebra, 2017.

FIDIC, *The FIDIC golden rules*, Ginebra, 2019.

LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A., «Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional», en *La Ley*, 5046, 2000, pp. 1767-1776.

MOLINEAUX, CH., «Settlements in International Construction», *Disp. Res. J.*, julio, 1995, pp. 80 ss.

NDEKUGRI, I., CHAPMAN, P., SMITH, N. y HUGHES, W., «Best Practice in the Training, Appointment, and Remuneration of Members of Dispute Boards for Large Infrastructure Projects», en *Journal of Management in Engineering*, vol. 30, n.º 2, marzo, 2014, pp. 185-193.

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

REIG FABADO, I., «La resolución alternativa de controversias en el sector internacional de la Construcción. El "Dispute Adjudication Board"», en BARONA VILLAR, S. (dir.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el paradigma actual de justicia*, Civitas, Cizur Menor, 2016, pp. 513-530

ROGEL VIDE, C. y LETICIA VILLALUENGA, L. (dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: Comentarios a la Ley 5/2012*, Instituto de mediación y resolución de conflictos, Madrid, 2012, pp. 23-30.

ROYCE, D., *Adjudication in Construction Law*, Informa-law, Oxon, 2016.

SEIFERT, B.M., «International Construction Dispute Adjudication under International Federation of Consulting Engineers Conditions of Contract and the Dispute Adjudication Board», *Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice*, vol. 131, n.º 2, 2005, pp. 149-157.

SEPÄLÄ, C., «An Engineer's / Dispute Adjudication Board's Decision Is Enforceable By An Arbitral Award», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19, n.º 2, 2008.

SEPÚLVEDA, D.P., «La Negociación Cooperativa, una Aproximación al Modelo Harvard de Negociación», *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, n.º 3, 2012, pp. 253-271.

STEFEEKK, F. y UNBERATH, H. et. all., *Regulating dispute resolution: ADR and access to justice at the crossroads*, Hart, Oxford, 2013.

- (1) Vid. I. Reig Fabado, «La resolución alternativa de controversias en el sector internacional de la Construcción . El "Dispute Adjudication Board"», en S. Barona Villar (ed.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el paradigma actual de justicia*, Civitas, Cizur Menor, 2016, p. 514. También, en el mismo sentido, Ch. Molineaux, «Settlements in International Construction », *Disp. Res. J.*, julio,1995, p. 80.
- [Ver Texto](#)
- (2) M.G. Adame Rivera, *La Cláusula Med-Arb en la solución de conflictos en el sector energético*, tesis doctoral, Universidad Autónoma De Nuevo León, 2018, p.65 y ss. Se destacan organismos como el *International Centre Of Dispute Resolution*, en EE UU o la *China International Economic and Trade Arbitration Commision* en China, que han recogido modelos de cláusulas híbridas med/arb para contratos en sectores de la construcción.
- [Ver Texto](#)
- (3) International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), *Rainbow Suit*, 1º ed. Ginebra, 1999.
- [Ver Texto](#)
- (4) Vid. A. Hernández Rodríguez, «Los contratos Internacionales De Construcción "Llave en Mano"», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2014 p. 171. En el mismo sentido, también I. Almagro y L. Klee, *Los contratos internacionales de construcción. FIDIC*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p.10. Posteriormente se han añadido otros modelos, como el *Golden Book*, en 2008 para proyectos BOT (*Build and Operate*) y el recientemente publicado *Emerald Book* (Libro esmeralda), en 2019, para construcciones bajo tierra.
- [Ver Texto](#)
- (5) I. Almagro y L. Klee, *op. cit.* p. 123 .
- [Ver Texto](#)
- (6) D. Charret, *Dispute Boards and Construction Contracts*, Victorian Bar, Society of Construction Law Australia and Dispute Resolution Board of Australasia Inc, 2009, p.10.
- [Ver Texto](#)
- (7) Vid. I. Ndekugri, P. Chapman , N. Smith y W. Hughes, «Best Practice in the Training, Appointment, and Remuneration of Members of Dispute Boards for Large Infrastructure Projects», en *Journal of Management in Engineering*, vol. 30, n.º 2, marzo, 2014, p.3.
- [Ver Texto](#)
- (8) Una de las características distintivas de los numerosos MASC, y de las posibles combinaciones entre ellos o uso escalonado, es que son mecanismos no adversariales (a excepción del arbitraje), esto es, no

hay ganadores ni perdedores, ni vencedores sin vencidos, se quiere evitar la confrontación y para ello se emplea una la estrategia integrativa y cooperativa en el procedimiento, de modo que permita llegar a acuerdos mutuamente satisfactorio consiguiendo así que todas las partes ganen. *Vid.* F. De Manuel Dasí y R.M.V. Martínez, *Técnicas de negociación: un método práctico*. ESIC Editorial, 2009, pp. 93-99.

[Ver Texto](#)

(9) *Vid.* A.M. Dabrowska, «Analysis of the FIDIC arbitration clause in the light of international jurisprudence», en *ASEJ - Scientific Journal of Bielsko-Biala School of Finance and Law*, vol. 23, n.º 1, 2019, p.5. En el mismo sentido, I. Reig Fabado, *loc. cit.* p. 528.

[Ver Texto](#)

(10) *Silver Book*, notas de la edición 2017, p. 7.

[Ver Texto](#)

(11) P. Laorden Mengual, *Uso práctico de los Contratos FIDIC*, Tecniberia, Madrid, 17 y 18 de octubre de 2017.

[Ver Texto](#)

(12) International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), *The FIDIC golden rules*, Ginebra, 2019, p. 10.

[Ver Texto](#)

(13) *Engineering Project and Construction*, o también llamados *Turnkey* o «Llave en mano», correspondientes al *Silver Book* de los modelos FIDIC.

[Ver Texto](#)

(14) La primera referencia al respecto es la «Joint Consulting Board», usada durante la construcción de la presa Boundary, en el estado norteamericano de Washington, en 1960. *Vid.* C. Chern, *Dispute Boards: Practice and Procedure*, Blackwell, Oxford, 2008, p. 8. En el mismo sentido, *vid.* A. Burr, *Delay and Disruption in Construction Contracts*, 5º ed. Informa-law, Oxon, 2016, p.1044.

[Ver Texto](#)

(15) Como es el caso del Reino Unido, en su *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*, art. 108 *in fine*. En esta ley se regula también el principio *pay now, argue later*, al establecer que «El contrato deberá establecer (por escrito) que la decisión del adjudicador es vinculante hasta que la disputa esté finalmente resuelta por los procedimientos legales, por arbitraje o por mutuo acuerdo» (traducción propia).

[Ver Texto](#)

(16) *Vid.* D. Royce, *Adjudication in Construction Law*, Informa-law, Oxon, 2016 p. 53 y I. Almagro y L. Klee, *op. cit.*, p. 126.

[Ver Texto](#)

(17) *Vid.* F. Stefekk y H. Unberath, *et. al.*, *Regulating dispute resolution: ADR and access to justice at the crossroads*, Hart, Oxford, 2013, p. 424. Los *mini-trials* son un ADR híbrido usado especialmente en algunos contratos en EE UU en el que se permiten a las partes presentar pruebas, testigos e informes, combinados con negociación o mediación, según el caso. Aunque el concepto *mini trial* es más amplio, la DAB puede encuadrarse dentro de este concepto.

[Ver Texto](#)

(18) La mediación se rige bajo una serie de principios informadores (consagrados en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles) que sirven de base y garantía mínima del procedimiento. Estos principios son: la voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. A este respecto, *vid.* J.C. Ortíz, «Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2135, 2011.

[Ver Texto](#)

(19) El arbitraje al ser un equivalente jurisdiccional está amparado bajo los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Es más, la resolución emitida en el procedimiento arbitral —el laudo— tiene una eficacia equiparable a una sentencia judicial cuya fuerza emana directamente del principio de autonomía de la voluntad de las partes bajo el cual se constituyó el arbitraje. En este sentido, *vid.* J.C. Fernández Rozas, «Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia», *Derecho privado y Constitución*, n.º 19, 2005, pp. 55-91.

[Ver Texto](#)

(20) I. Almagro y L. Klee, *op. cit.*, p. 133.

[Ver Texto](#)

(21) No obstante, se mantiene la «Adjudicación» en el *Green Book*.

[Ver Texto](#)

(22) B.M. Seifert, «International Construction Dispute Adjudication under International Federation of Consulting Engineers Conditions of Contract and the Dispute Adjudication Board», en *Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice*, vol. 131, n.º 2, 2005, p. 5.

[Ver Texto](#)

(23) Nota aclaratoria del autor: En adelante, se usarán las siglas DAB para referirse a la mesa de resolución de conflictos regulada en los modelos 1999, y DAAB para referirse a la misma institución en los modelos 2017. Al usar la expresión DAB/DAAB se referirá a que la afirmación que sea es predicable de ambas mesas.

[Ver Texto](#)

(24) El concepto de Disputas no estaba definido en las versiones de 1999. En las últimas ediciones, la subcláusula 1.1.16 define las «Disputas» de la siguiente manera: Cualquier situación donde: a) Una parte haga una reclamación (según lo definido en la subcláusula 1.1.3 del Contrato), b) La otra parte [...] rechaza la reclamación íntegramente o en parte; y c) La primera parte no cede. De esta definición se deduce que las disputas elevadas al DAAB, a parte de las que se derivan tras un procedimiento específico, requieren de, al menos, un cruce de comunicaciones entre Cliente y Contratista.

[Ver Texto](#)

(25) Las *Variations*, traducidas al español como «Cambios y ajustes», son definidas en el contrato como cualquier cambio al proyecto a propuesta del Cliente antes del *Taking-Over* (Momento en el que se dan por terminadas las obras, en su conjunto o hasta el hito que se haya marcado, en caso de *Taking-Over parcial*). En las ediciones de 2017 se encuentran reguladas en la cláusula 13 y, resumidamente, permiten al Cliente solicitar cambios al Contratista durante la ejecución de las obras, dando derecho a este último a solicitar una modificación en el precio, plazo y otras condiciones del contrato. La subcláusula 13.3 regula dos procedimientos para las *Variations*, uno denominado *Variations by Instruction* en el que el Cliente ordena que se ejecuten dichos cambios; y el denominado *Variation by Request of Proposal*, en el que simplemente se sugieren al Contratista si dichas modificaciones son posibles y cuáles serían los sobrecostos asociados. En ambos casos las modificaciones deben de ser de entidad suficiente para que sea necesaria una modificación de las condiciones del contrato. Por tanto, el procedimiento llevado a cabo por el Ingeniero se circunscribe a modificaciones de poca entidad o aquellas que no entren en la definición de la cláusula 13 en lo que respecta al concepto de *Variation*.

[Ver Texto](#)

(26) El *Taking-Over Certificate* o «Certificado de recepción», según la traducción oficial, es el documento emitido por el Cliente tras la recepción de las obras que pone fin al período de ejecución de las obras. A través de este certificado, el Cliente acredita haber realizado las pruebas necesarias y haber revisado las obras, por lo que el Contratista queda liberado de gran parte de su responsabilidad. El documento puede ser solicitado por el Contratista cuando considere que las obras ya se encuentran completas, pero si el Cliente rechaza la emisión del *Taking-Over Certificate* las obligaciones del Contratista no cesan y el plazo de entrega no se ve prorrogado. Es por esto último por lo que provoca que el rechazo del certificado pueda derivar en una disputa en el DAAB, cuando exista desacuerdo respecto de si las obras ya se encuentran completamente terminadas.

[Ver Texto](#)

(27) *Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd, 2014*, EWHC (High Court of Justice of England and Wales), 3193 (TCC), 10 octubre 2014. En este pleito, finalmente el juez resuelve devolver el procedimiento hasta que exista un intento de resolución amistosa del mismo por los cauces contractuales. El argumento del juzgador es que, debido a la complejidad del supuesto, el propio contrato regula un sistema de resolución de conflictos específico que permite dar más posibilidades de resolución satisfactoria, con el principio máximo de favorecer el proyecto. Sobre esto, *vid. J. Cope, «TCC grants stay to enable FIDIC dispute board to proceed», en Thomson Reuter. Practical Law, Construction Blog, 28 octubre, 2014.*

[Ver Texto](#)

(28) Los cambios más importantes sobre el proyecto que no sean consecuencia de fuerza mayor o circunstancias imprevistas si no del ejercicio del derecho a modificación del Cliente se realizarán a través del procedimiento establecido en el art.13: *Variations*. En el *Silver Book* este procedimiento solo puede ser iniciado por el Cliente o el Representante del Cliente, y permite ajustar el precio final del contrato en el caso de que las modificaciones supongan un sobrecoste. En caso desacuerdo con el sobrecoste, las partes deberán acudir al DAAB, siendo este un motivo frecuente de disputas.

[Ver Texto](#)

(29) A modo de ejemplo, las condiciones generales del «Contrato para el Diseño y Construcción del tercer juego de esclusas del Canal de Panamá» suscrito entre la Autoridad del Canal de Panamá y un consorcio de empresas, en 2009, se basa en el *Yellow Book* de FIDIC (modelo para contratos *Design and Build*) pero introduce la figura del Representante del Cliente, propia del *Silver Book*. La cláusula 3 de las condiciones generales regula de manera más detallada las funciones del Representante, permitiendo realizar los cambios necesarios para adaptar y corregir el diseño, pero también dándole facultades más amplias para iniciar el procedimiento de la cláusula 13, *Variations*.

[Ver Texto](#)

(30) Con el fin de abreviar, se utilizará la forma Ingeniero o Representante para referirse a aquellas afirmaciones que son predicables tanto del Ingeniero en el *Red Book* y *Yellow Book*, como del Representante del Cliente en el *Silver Book*.

[Ver Texto](#)

(31) Subcláusula 3.5 *Red Book* y *Yellow book*, Primera edición, Ed.1999.

[Ver Texto](#)

(32) Subcláusula 3.5 *Silver Book*.

[Ver Texto](#)

(33) *Vid.* B.M. Seifert, *loc. cit.*, p. 6, Al respecto, señala el autor que «La neutralidad del Ingeniero o Representante está en cuestión. En primer lugar, es el cliente el que paga al Representante, que actúa como un agente para el cliente y a menudo adjudica disputas que surgen de su propio trabajo de diseño. De hecho, el Ingeniero se define bajo la FIDIC como "la persona designada por el empleador para actuar como ingeniero a los fines del contrato". Por lo tanto, no está claro que el Ingeniero o Representante pueda considerarse imparcial o independiente incluso si el Ingeniero o Representante está obligado a su deber profesional de cuidado». En este sentido, *vid.* R. Cabrera Mercado y P.M. Quesada López, *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Dykinson, 2017, p. 39. La imparcialidad y la neutralidad deben ser entendidas como una garantía de igualdad y equilibrio de posiciones entre las partes y entre éstas y el mediador, de modo que no que pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellos. Estos principios salvaguardan la diligencia ordenada y actuación leal del mediador en el procedimiento de mediación encomendado.

[Ver Texto](#)

(34)

Sobre esto, *vid.* I. Ndekugri, P. Chapman, N. Smith y W. Hughes, *loc. cit.* p. 8. Se señala que los costes del DAB son un elemento disuasorio para proyectos de poco presupuesto, y que en estos casos suele optarse por la constitución de un DAB *ad hoc* y constituido por un solo miembro .

[Ver Texto](#)

(35) El art.1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (que traspone la Directiva 2008/52/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008) define mediación como *aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.* El inciso de *cualquiera que sea su denominación* para dejar claro que no es necesario que sea denominado como tal para que resulte de aplicación la ley, siempre que en enmarque dentro de su concepto. Sobre el concepto de mediador, *vid.* C. Rogel Vide, L. Leticia Villaluenga (dir.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: Comentarios a la Ley 5/2012*, Instituto de mediación y resolución de conflictos, Madrid, 2012, pp. 23-30. Por otro lado, es de destacar que el mediador en el procedimiento de mediación puede desempeñar diversos roles, desde el más básico como facilitador del proceso de comunicación, adoptando tanto una postura poco intervencionista y dejando a las partes que busquen una solución consensuada a su conflicto, como un rol más directivo, instructor e incluso resolutivo, aportando opiniones ideas, sugerencias o posibles soluciones al conflicto planteado por las partes y adoptadas en última instancia bajo la autonomía de la voluntad. Ello sin perjuicio de que suponga una vulneración a los principios de igualdad, neutralidad e imparcialidad. Como señala S. Barona Vilar, «el mediador directivo se implica de forma abierta en el trabajo de dirección del procedimiento, porque lo que importa es la conclusión determinada; ello lleva a que en las sesiones de puesta en común con cada una de las partes busca la manera de cuestionar las diferentes posturas, examinando sus declaraciones, planteando los puntos más débiles de los argumentos esgrimidos, discute con las partes, y trata de influir en ellas para arrancarles un compromiso. Esta modalidad de mediación cuenta evidentemente con un peligro, cual es la excesiva implicación que lleve, por un lado, a no ser capaz de convencer a las partes y que, como consecuencia de ello, pierda credibilidad ante las mismas. Obviamente tiene una ventaja y es que ofrece, si tiene éxito, una visión de una persona con encanto que tiene habilidades suficientes como para conseguir acuerdos de adversarios muy enconados», S. Barona Vilar, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 258. Bajo este contexto, el estilo de la mediación llevada por el Ingeniero o Representante se identifica con el modelo de negociación Harvard, también conocido como modelo tradicional, lineal o de negociación orientada al acuerdo. Este es el modelo más utilizado en las mediaciones de carácter mercantil, y se caracteriza por una mayor estructuración del proceso y un mayor enfoque en la búsqueda de soluciones. *Vid.* D.P. Sepúlveda, «La Negociación Cooperativa, una Aproximación al Modelo Harvard de Negociación», *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, n.º 3, 2012, pp. 253-271.

[Ver Texto](#)

(36) La subcláusula 3.5 del *Silver Book*, ed. 2017 reza: «Mientras esté llevando a cabo sus obligaciones según esta subcláusula, no se considerará que el Representante del Cliente actúa a favor del Cliente». Aunque se exija una actuación imparcial, se ha criticado que es imposible garantizar dicha imparcialidad en el caso del Representante del Cliente. *Vid.* B.M. Seifert, p. 6.

[Ver Texto](#)

- (37) La mediación, al ser un MASC de carácter voluntario, presenta como ventaja relevante, frente a un arbitraje o a un proceso jurisdiccional, la flexibilidad del procedimiento, consistente en la capacidad de las partes y del propio procedimiento de mediación para adaptarse a las necesidades de las partes y a la evolución de las circunstancias presentes en el conflicto y que permitan aumentar las posibilidades de un acuerdo. *Vid. J. Gotthei y A. Schffrin, Mediación: una transformación en la cultura, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 44.*
- Ver Texto
- (38) Subcláusula 3.5.35 *Silver Book*.
- Ver Texto
- (39) Así por ejemplo, las cláusulas 13 (*Variations*), 15 y 16 (Terminación del Contrato) y 20 (Reclamaciones) remiten a procedimientos para tales situaciones que derivan en el DAAB en caso de discrepancia con la solución finalmente adoptada.
- Ver Texto
- (40) Esta característica separa el DAAB de la mayoría de las DRB y del arbitraje. Así, por ejemplo, en ya citada en este trabajo *Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996*, art. 108 prohíbe que las DB se constituyan con carácter previo al conflicto. *Vid. D. Royce, op. cit., p. 293.*
- Ver Texto
- (41) Subcláusula 20.2, *Silver book*, 1999.
- Ver Texto
- (42) Subcláusula 21.2, *Silver book*, 2017.
- Ver Texto
- (43) I. Reig Fabado, I., *loc. cit.*, p. 524.
- Ver Texto
- (44) El contrato no especifica qué características debe tener esta entidad, pero lo común en la práctica es que sea la propia institución arbitral que resuelve el conflicto la que se encargue de ese cometido
- Ver Texto
- (45) Las tarifas no vienen estipuladas en las condiciones generales, pero en contratos internacionales suelen usarse los criterios del CIADI, que establecen una remuneración diaria de 3000 \$, más los gastos en los que incurran. Disponible en [<https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx>]. Fecha de consulta 25 de febrero de 2020. Esto puede disparar los costes del DAAB (calcúlese, para una resolución ordinaria de un DAAB 9000* tantos días de reuniones, pruebas o deliberaciones, sin contar otros gastos). Si bien algunos autores señalan que estas remuneraciones se justifican por el deber de

imparcialidad y neutralidad, se destaca también que puede resultar un freno en proyectos de poco presupuesto, *vid.* I. Ndekugri, P. Chapman, N. Smith y W. Hughes, *loc. cit.* p. 190.

[Ver Texto](#)

(46) 21.4.3 *Silver Book*, 2017.

[Ver Texto](#)

(47) La confidencialidad de la mediación y del mediador en el ejercicio de sus funciones constituyen una garantía de confianza y seguridad jurídica sobre la información revelada y salvaguardada bajo el secreto profesional, lo cual implica que posteriormente el mediador pueda ser llamado a testificar en un juicio para revelar dicha información. Este principio/deber, se ha recogido como tal en distintos instrumentos nacionales e internacionales: art 9 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Internacional (CNUDMI), art 7 de la Directiva 2008/52/Ce, apartado 3.1 y 4 del Código de Conducta Europeo para Mediadores, art 9 de la ley española de Mediación 5/2012, de 6 de julio, en asuntos civiles y mercantiles. *Vid.* M. Gonzalo Quiroga y K. Barriga Villavicencio, «El acuerdo de confidencialidad en la mediación», en A. Sánchez García (coord.), *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016. p. 93-111. Asimismo, la confidencialidad en el arbitraje también está reconocida como un deber institucional dentro de su propia naturaleza, afectando a todas las partes implicadas en el procedimiento a pesar de que no está reconocida de forma expresa en las legislaciones nacional ni en las internacionales, nada señala al efecto el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, ni el Convenio de Ginebra de 21 abril 1961, sobre arbitraje comercial internacional. Convenio de Panamá de 1975, ni la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial internacional, ni tampoco la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional aprobada el 21 de junio de 1985. Sin embargo, la normativa española lo contempla, aunque sucintamente, en el párrafo 2 del art 24 de la ley 60/2003, de Arbitraje española. *Vid.* M. Gonzalo Quiroga y K. Barriga Villavicencio, *loc. cit.*, p. 113-137.

[Ver Texto](#)

(48) Cláusula 8 de las DAAB Procedural Rules (*Silver Book 2017*). En esta cláusula se añade, además, que en caso de algún miembro del DAAB sea reclamado con éxito por terceros, las partes, a partes iguales, deberán indemnizar los daños que terceros le hayan reclamado. Su responsabilidad se limita, por tanto, al incumplimiento de sus funciones y solo respecto de las partes. No se regula, sin embargo, el régimen de responsabilidad específico al que está sometido el miembro del DAAB que incumpla sus obligaciones. Lo máximo que se recoge es la posibilidad determinar el contrato con un miembro del DAAB que, sin razón justificada, no cumpla con sus obligaciones (10.4).

[Ver Texto](#)

(49) Esta novedad ha sido incorporada siguiendo las recomendaciones de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), en su *Reglamento De La CCI Relativo A Los Dispute Boards*, 2015, art. 15.

[Ver Texto](#)

(50) Esta interpretación está en consonancia con la norma 5.1 b) de las DAAB procedural rules, en la que se

prohíbe a los miembros del DAAB dar consejos, asistencia o recomendaciones a las partes por separado.

Ver Texto

(51) A este respecto, deberá considerarse que la presentación de esta *reference* deberá revestir las formalidades necesarias para producir tal efecto para considerarse una reclamación extrajudicial que interrumpa los plazos. En nuestro derecho, el régimen de prescripción de las acciones de esta índole estaría regulado en el art.1964 Código Civil, al tratarse de una acción personal derivada de un contrato. Dado que en el orden civil no se requiere formalidad alguna respecto de la notificación extrajudicial que interrumpa el plazo, la notificación de la *reference* no exigirá un medio fehaciente, pero todo esto dependerá de la ley aplicable al contrato.

Ver Texto

(52) Sobre esto, International Chamber of Commerce (ICC), *Reglamento relativo a los Dispute Boards*, Publicación ICC 873-0,2015, disponible en [<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Spanish-version.pdf>] en su art. 24, establecen unas pautas sobre la forma de las resoluciones. Se indica, de manera orientativa, que las resoluciones deberán contener:

- un resumen de la Desavenencia, de las posiciones respectivas de las Partes y de la Conclusión que se solicita;
- un resumen de las disposiciones pertinentes del Contrato;
- una cronología de los hechos relevantes;
- un resumen del procedimiento seguido por el DB, y
- una lista de los escritos y de los documentos proporcionados por las Partes durante el procedimiento.

Ver Texto

(53) B.M. Seifert, *loc. cit* p. 6. También, en este sentido, las normas de procedimiento del DAAB, en su apartado 5 estipulan que el DAAB tendrá plenos poderes para establecer el procedimiento, las pruebas a practicar y para revisar cualquier decisión de las partes que sea pertinente en el caso, haya sido o no llevada a la mesa por alguna de las partes.

Ver Texto

(54) Sobre esto, suele citarse el caso *PT Perusahaan Gas Negara (Persero) TBK v CRW Joint Operation, 2015*, en Singapur. EL tribunal arbitral interpretó dos cuestiones respecto de la subcláusula 20.4 de los modelos FIDIC (en este caso, un *Red Book*): Por un lado aclaró que si no existe un NOD la decisión del DAB pasaba a ser definitiva (*final and binding*). Por otro, que la existencia de un NOD no desplaza el efecto vinculante de la decisión del DAB y la obligación de las partes de aplicarlo de inmediato.

Ver Texto

(55) Así lo recoge la subcláusula 21.6: «El arbitraje puede comenzar antes o después del final de las obras. Las obligaciones de las partes y del DAAB no se verán afectadas por motivo de cualquier arbitraje que sea llevado a cabo durante la ejecución de las obras» (traducción propia). En este sentido, en el caso

The Cannel Tunnel mGroup vs Balfour Beatty 1992, en Reino Unido, ambas partes planteó la paralización de una ejecución del DAB hasta que se resolviera por vía arbitral, por parte del Cliente, y la suspensión del procedimiento hasta que se terminaran las obras, por parte del Contratista. Finalmente el alto tribunal, tras resoluciones contradictorias, resolvió que no era pertinente ni una cosa ni la otra, en base a lo dispuesto por las partes en el propio contrato.

[Ver Texto](#)

(56) En España, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje permite la ejecución judicial de medidas cautelares adoptadas por arbitraje: Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia [...]. Aunque en algunos ordenamientos, como el inglés y el suizo, permiten que sea en propio árbitro el que adopte las medidas cautelares, en el ordenamiento jurídico español esto no es posible, si bien el árbitro puede instar al juez competente la ejecución de las medidas cautelares, instadas a su vez por las partes. Sobre medidas cautelares en el arbitraje, *vid.*, A. López de Argumedo Piñeiro, «Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional», en *La Ley*, 5046, 2000, p.5-13

[Ver Texto](#)

(57) Sobre la *enforceability* en los ADR, *vid.* F. Stefekk y H. Unberath, *et. al.*, *op. cit.*, p. 28.

[Ver Texto](#)

(58) C. Sepälä, «An Engineer's / Dispute Adjudication Board's Decision Is Enforceable By An Arbitral Award», en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19, n.º 2, 2008, pp. 85-90.

[Ver Texto](#)

(59) I. Reig Fabado, *loc. cit.*, p. 526.

[Ver Texto](#)

(60) Con respecto al plazo en el que se van a desarrollar los MASC de forma escalonada, atendemos, una vez más a, los principios rectores de las instituciones aplicables en el conflicto. Así, en un procedimiento med-arb, en tanto que estamos ante mecanismo voluntarios, serán las partes, en virtud del principio de voluntariedad o autonomía de la voluntad, las que determinen el plazo en el que se va a desarrollar el procedimiento de mediación en primera instancia y seguidamente de arbitraje. La legislación española de mediación señala al efecto que, en cualquier caso, será «lo más breve posible y con el mínimo número de sesiones» (ex art 20 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

[Ver Texto](#)

(61) I. Reig Fabado, *loc. cit.*, p. 526.

[Ver Texto](#)

(62) Subcláusula 21.7 *Silver Book* ed. 2017.

[Ver Texto](#)

(63) *Vid.* I. Reig Fabado, *loc. cit.*, p.528 y p. 529. En el mismo sentido, A.M. Dabrowska, *loc. cit.* y A. Hernández Rodríguez, *loc. cit.*, p. 228.

[Ver Texto](#)

(64) Subcláusula 20.4 *Silver Book*, ed.1999.

[Ver Texto](#)

(65) *Vid.* J.B. Grove y R. Appuhn, «Comparative Experience With Dispute Boards in the United States and Abroad», en *The Construction Lawyer; Chicago*, Vol. 32, n.º 3, 2012, p.12. Los autores hacen referencia al caso ya mencionado en este trabajo *Perusahaan Gas Negara v. CRW Joint Operation*.

[Ver Texto](#)

(66) *Vid.* G. Bunni, «The Gap in Sub-Clause 20.7 of the 1999 FIDIC Contracts for Major Works», en *International Construction Law Review*, 2005, vol. 22, p. 272. El autor sugiere que la anterior cláusula 20.6 debe interpretarse como un procedimiento especial que no permite la revisión del fondo del asunto, aunque también reconoce que la cláusula debiera cambiar su redacción.

[Ver Texto](#)

La Asociación Europea de Arbitraje crea un Comité de expertos en Industria del Deporte y Entretenimiento

La Asociación Europea de Arbitraje ha creado en enero de 2020 un Comité de Expertos en Industria del Deporte y Entretenimiento, un sector en plena expansión en la economía española y que representa el 2,4 por ciento del Producto Interior Bruto (PIB) nacional y se prevé que siga creciendo en la próxima década hasta alcanzar el 4 por ciento de la Unión Europea (UE).



El sector del deporte y toda la industria asociada al mismo es uno de los más potentes en todo el mundo y también en España, con importantes ratios de crecimiento antes del coronavirus y relativamente menos afectado por esta crisis internacional. La Corte de Arbitraje Asociación Europea de Arbitraje se convierte así en una entidad que introduce el arbitraje como fórmula de resolución de conflictos con validez legal dentro del sector. La principal ventaja será la reducción del tiempo actual de conflicto, desde una media de varios años a un máximo de seis meses.

Los conflictos más habituales en la industria del deporte tienen que ver con los incumplimientos en los contratos de patrocinio en España y el extranjero. La mayoría de los problemas están relacionados con la vinculación de las marcas patrocinadoras a los valores deportivos, la llamada cláusula de moralidad. La solución de dichos problemas a través de la justicia ordinaria puede demorarse hasta ocho años, con los consiguientes perjuicios tanto para los deportistas que tienen el patrocinio congelado, como para la estrategia comercial y de marketing de la marca patrocinadora.

La necesidad de agilizar y mejorar el funcionamiento en un mercado en crecimiento y cada vez más profesionalizado, con casi 35.000 empresas vinculadas al sector en España, ha llevado a crear desde la Corte de Arbitraje Asociación Europea de Arbitraje el Comité de Expertos en Industria del Deporte y el Entretenimiento, para ofrecer a dichas empresas una herramienta sofisticada y eficaz para la solución de sus conflictos.

El recién creado Comité de Expertos en Industria del Deporte y del Entretenimiento AEA supone un importante impulso para un sector que representa ya en España el 2,4 por ciento del Producto Interior Bruto, según coincidieron los participante en LO. El sector, además, está en expansión,

mueve casi 14.000 millones de euros, con 214.000 empleos anuales y 34.500 empresas. El nuevo Comité está dirigido por Juan Ramón Montero.

La Cámara de Comercio de España crea el Centro Español de Mediación bajo la presidencia del exministro de Justicia, Rafael Catalá

El Comité Ejecutivo de la Cámara de Comercio de España ha aprobado el 19 de junio de 2020 la creación del Centro Español de Mediación (CEM), que nace con vocación de ser una institución de mediación empresarial de referencia. El impacto de la crisis ocasionada por el COVID-19 hace más necesario que nunca poner a disposición de las empresas un servicio de mediación independiente, eficiente y transparente que facilite la resolución de controversias empresariales y ofrezca una alternativa efectiva a los tribunales de justicia.



El CEM estará liderado por Rafael Catalá como Presidente y Adolfo Díaz-Ambrona como Vicepresidente. El Secretario General del nuevo centro de mediación será José María Fernández de la Mela.

El Pleno del CEM está formado por cinco profesionales de reconocido prestigio en el mundo jurídico y empresarial: María Emilia Adán, María Jesús Fernández-Cortés y Antonio Sáinz de Vicuña, además de Rafael Catalá y Adolfo Díaz-Ambrona.

El presidente del Centro Español de Mediación, Rafael Catalá y el vicepresidente del Centro Español de Mediación, Adolfo Díaz Ambrona, realizaron un conversatorio en el que pusieron de manifiesto la importancia que la mediación tiene para la Cámara de Comercio y la apuesta por impulsarla en el mundo empresarial. Para ello va a realizar una difusión para que las empresas conozcan la mediación. Igualmente importante es la formación de calidad para ofrecer un servicio de calidad.

José Creuheras, presidente del Grupo Planeta y del Grupo Atresmedia el Centro consideró que la mediación, tanto del proceso como de su filosofía como cultura de paz necesaria en el mundo empresarial es importante y apropiada para el momento de crisis actual al ofrecer a las empresas un mecanismo alternativo a la vía judicial más flexible, ágil y económico.

El ministro de Justicia, Juan Carlos Campo clausuró el acto reivindicando la cultura de la mediación como medida para reducir la litigiosidad de los juzgados siendo una iniciativa tremendamente oportuna y relevante en el contexto que tenemos. Campos apostó por la promoción de soluciones amistosas que transformen el conflicto y en este sentido la mediación puede resultar mucho más

eficiente que una resolución judicial.

Guía del CIAM sobre Cuantificación de Procedimientos Arbitrales, aprobada por el Pleno en sesión del 11 de marzo de 2020

El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) es el resultado de la fusión de la actividad internacional de la Corte de Arbitraje de Madrid, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje y la Corte Española de Arbitraje, a la que también se ha sumado el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid como socio estratégico y a una realidad con la llegada de 2020. El Centro es ya una realidad y entre los documentos de funcionamiento que ha producido para su gestión figura la «Guía Sobre Cuantificación de Procedimientos Arbitrales, aprobada por el Pleno en sesión del 11 de marzo de 2020».



I. INTRODUCCIÓN

1. Esta Guía tiene como objetivo facilitar a los usuarios pautas sobre cuantificación de procedimientos arbitrales de conformidad con el Reglamento de Arbitraje [«Reglamento»] así como las prácticas del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid [«CIAM» o «Centro»].

2. De acuerdo con lo previsto en el artículo 9.1 del Reglamento:

«Corresponderá al Centro la fijación provisional de la cuantía del procedimiento teniendo en consideración las pretensiones reclamadas en cada arbitraje, el interés económico de éste y su complejidad. El Centro fijará el importe de la provisión de fondos para atender los costes del arbitraje, incluidos los impuestos que les sean de aplicación. Corresponde al Centro, previa consulta con los árbitros, la fijación de la cuantía definitiva del procedimiento arbitral en cualquier momento anterior al cierre de la instrucción».

3. En el ejercicio de esa función de fijación de la cuantía del procedimiento, el Centro seguirá las pautas que se explican a continuación.

II. COMPETENCIA PARA LA FIJACIÓN DE LA CUANTÍA

4. El Centro invita a las Partes del procedimiento a consensuar una propuesta de cuantía, si bien su

fijación corresponde al Centro, previa consulta con los árbitros, de acuerdo con el indicado artículo 9.1 del Reglamento.

5. El órgano del Centro encargado de la fijación de la cuantía será la Secretaría General, que en el desempeño de esta función podrá consultar, si lo considera oportuno, a su Comité de Apoyo.

III. MOMENTO DE FIJACIÓN DE LA CUANTÍA

6. Como regla general, la cuantía definitiva del procedimiento se fijará tras la presentación de los escritos de contestación a la demanda o contestación a la reconvencción.

7. Sin perjuicio de lo anterior, la cuantía podrá ajustarse más adelante, en función de la evolución del procedimiento. A título meramente ejemplificativo, esta actualización procederá en casos en los que se reclamen daños que sigan aumentando en el transcurso del arbitraje.

IV. CRITERIO PRINCIPAL: PRETENSIONES RECLAMADAS

A. Introducción

8. Con carácter general, la cuantía del procedimiento será el resultado de sumar las pretensiones de condena al pago planteadas en la demanda.

9. Sin embargo, cuando la demanda incluya pretensiones principales y subsidiarias, a efectos de la fijación de la cuantía del procedimiento, se tomará en cuenta la pretensión de mayor valor, sea principal o subsidiaria.

10. En caso de que se plantee una pretensión declarativa relativa al reconocimiento del derecho al cobro de una cantidad o de cualquier otro derecho, la cuantía de esa reclamación será la misma que si se solicitara la condena al pago de esa cantidad o la satisfacción de ese derecho.

B. Reconvencción y acumulación

11. En el caso de que se plantee una demanda reconvenccional, ésta se considerará, a efectos de cuantificación, como un procedimiento separado, y en consecuencia, el Centro fijará una cuantía específica para esa reclamación reconvenccional.

12. Esa cuantía específica no se añadirá a la de la demanda de manera que la suma de ambas determine la cuantía total del procedimiento. De este modo, la cuantía de la demanda dará lugar al cálculo y reclamación por el Centro de las correspondientes provisiones de fondos, de acuerdo con los aranceles del Centro, y la cuantía de la reconvencción dará lugar a un cálculo y reclamación separada de sus correspondientes provisiones de fondos, de acuerdo con esos mismos aranceles (1).

13. En caso de acumulación de procedimientos, se aplicará la regla de cuantificación detallada en los puntos 11 y 12, es decir, las reclamaciones provenientes de cada procedimiento acumulado se cuantificarán por separado y darán lugar al cálculo y reclamación independiente de las provisiones de fondos que correspondan.

C. Intereses

14. Con carácter general, los intereses reclamados en el procedimiento no se tomarán en cuenta por el Centro a la hora de fijar su cuantía. No obstante, en casos en que la reclamación de intereses tenga especial trascendencia en el conjunto del arbitraje, el Centro podrá considerarlos a efectos de cuantificar el procedimiento.

15. Normalmente, se considerará que los intereses son de especial trascendencia en el procedimiento si representan más del 25% de la reclamación total de la demanda (o la reconvencción), si lo que se reclama es la aplicación de un tipo de interés agravado superior al interés legal del dinero o si las cuestiones relativas a los intereses presentan una especial complejidad jurídica.

16. A los efectos de valorar la concurrencia de las circunstancias anteriores, el Centro podrá solicitar de las Partes que precisen la fecha desde la que reclaman el pago de intereses. A este respecto, se recuerda a las Partes lo previsto en el artículo 45.7 del Reglamento.

V. CRITERIOS ADICIONALES: INTERÉS ECONÓMICO EN DISPUTA Y COMPLEJIDAD DEL PROCEDIMIENTO

17. A falta de unas pretensiones claras de condena al pago o cuando lo considere oportuno, atendidas las circunstancias del caso, el Centro podrá acudir al criterio de interés económico contemplado en el artículo 9.1 del Reglamento para cuantificar el procedimiento.

18. En ese caso, el Centro podrá requerir a las Partes que le faciliten la información necesaria para la determinación del interés económico que subyace en el arbitraje. A este respecto, se recuerda a las Partes lo previsto en el artículo 45.7 del Reglamento.

19. El Centro podrá tomar en consideración la complejidad del procedimiento cuando considere que ni el criterio principal —la fijación de la cuantía sumando las pretensiones de condena al pago— ni el criterio adicional vinculado al interés económico del arbitraje conducen a una cuantificación razonable, habida cuenta de las exigencias que plantea para los árbitros.

20. Al valorar la complejidad de un procedimiento, el Centro podrá tomar en consideración, entre otros, los siguientes factores: (i) el número de Partes del arbitraje; (ii) el número de pretensiones formuladas; (iii) el número de escritos presentados por las Partes; (iv) el número y volumen de documentos aportados al expediente; (v) el número de órdenes procesales y laudos dictados; y (vi) el número de horas dedicadas por los árbitros o que éstos tienen previsto dedicar hasta la terminación del procedimiento.

.....

(1)

A modo de ejemplo, si se presenta una demanda reclamando el pago de 1 millón de euros y una

reconvención reclamando a su vez el pago de 1 millón de euros, a efectos de cuantía, no se considerará que existe un único procedimiento por valor de 2 millones de euros, sino dos procedimientos, cada uno por valor de 1 millón de euros, y por los que se reclamarán las correspondientes provisiones de fondos a las Partes.

[Ver Texto](#)

Reglas de Corte Civil y Mercantil de Arbitraje para las audiencias de pruebas testificales y periciales por medios audiovisuales, de 8 de abril de 2020

Reglas de la CIMA para las Audiencias de pruebas testificales y periciales por medios audiovisuales 2020

La Corte Civil y Mercantil de Arbitraje ha elaborado unas Reglas para la llevanza de las audiencias de pruebas testificales y periciales en aquellos arbitrajes cuya administración se le encomiende. En su elaboración la Corte ha tenido en Cuenta la experiencia acumulada a lo largo de estos años, así como las opiniones de expertos en técnicas y sistemas audiovisuales y de árbitros internacionales. También ha considerado las pautas contenidas en el Protocolo de Seúl. Con ello la CIMA continúa ofreciendo a la comunidad arbitral los servicios que mejor se acomoden a los nuevos tiempos en su deseo irrenunciable de adaptarse a los mismos y a las exigencias de los usuarios en un mundo donde las nuevas tecnologías ofrecen, a la par que un reto, claras oportunidades de mejora y de progreso.



I. INTRODUCCIÓN

1. El arbitraje, como modo alternativo de solución de conflictos, no debe quedar indiferente a los nuevos avances tecnológicos y las instituciones arbitrales deben propiciar y disponer de los adecuados sistemas que permitan la celebración no presencial de comparecencias y audiencias con las máximas garantías de calidad y fiabilidad, especialmente cuando se trata de las audiencias de prueba, en las que es necesario encontrar las fórmulas y métodos que mejor garantía ofrezcan a los árbitros, usuarios e instituciones arbitrales y que aseguren la ausencia de injerencia externa en los testigos y peritos.
2. En efecto, de nada sirve disponer de un sistema fiable de comunicación audiovisual para la celebración de las audiencias de prueba, si no es posible garantizar que el testimonio de los testigos o las declaraciones de los peritos se lleven a cabo sin auxilio o intervención de terceros, ajenos a la prueba, que puedan condicionar en un sentido u otro las respuestas de los mismos, desvirtuando con ello la esencia misma de su práctica y, en consecuencia, el resultado final del litigio.

3. No puede desconocerse que el importante avance en las técnicas de comunicación puede ser utilizado con fines ilícitos, sobre todo cuando quien esté prestando declaración no se encuentre bajo el control presencial del tribunal arbitral, toda vez que existen las más sofisticadas fórmulas de comunicación virtual que pueden permitir la conexión del declarante con elementos externos que pueden incidir en sus manifestaciones o respuestas.

4. Es evidente que los medios audiovisuales venían siendo utilizados por la mayoría de las instituciones arbitrales antes de que se produjese la situación de pandemia que afecta a numerosos países. CIMA tiene prevista tal posibilidad en el art. 32.5 del reglamento de procedimiento y son frecuentes los supuestos en los que los testimonios de testigos se han venido realizando por este medio (1). El Protocolo de Seúl se redacta y firma en el año 2018.

Sin embargo, ha sido con la especial situación derivada del denominado COVID-19, cuando se está planteando de un modo claro e incuestionable la conveniencia de utilizar dichos medios, al objeto de facilitar la tramitación de los arbitrajes, ante las graves consecuencias que pudieran derivarse de su paralización o retraso.

5. CIMA considera imprescindible para una buena llevanza de las audiencias virtuales poner a disposición de los usuarios del arbitraje (árbitros, partes, abogados, testigos y peritos), tanto los medios técnicos audiovisuales que permitan la calidad de las comparecencias y audiencias (con las mayores garantías de seguridad y confidencialidad), como las indicaciones (reglas) para el uso de los mismos y la práctica de las pruebas testificales y periciales, de suerte que se ofrezca a la comunidad arbitral una combinación que armonice la seguridad y calidad de las audiencias audiovisuales, con la garantía de la pureza del procedimiento, asegurando la ausencia de injerencias exteriores en las declaraciones de los testigos y peritos, evitando cualquier forma de comunicación de estos entre sí o entre ellos y sus letrados o terceros.

6. No obstante, es necesario reconocer la conveniencia y utilidad, como regla general, de que las audiencias para la práctica de las pruebas testificales y periciales se lleven a cabo, si ello fuera posible, de manera presencial y que, por tanto, solo se utilice el sistema audiovisual para supuestos especiales en los que la dificultad, tanto física como económica (elevados costes) de las audiencias presenciales así lo aconsejaran.

7. En efecto, en las audiencias presenciales, la inmediatez de la relación de los tribunales arbitrales y de los letrados con los testigos y peritos, conlleva el estudio y análisis directo de sus gestos, dudas, respuestas y multitud de matices que es posible no percibir cuando se utilizan medios telemáticos. De ahí, la importancia de la vía presencial y, en su caso, la importancia de la calidad del sistema audiovisual utilizado para el supuesto de audiencias no presenciales.

8. Sin embargo, no puede ignorarse la importante reducción de costes y de tiempo que la utilización de los sistemas audiovisuales puede suponer para las partes. Por ello, el uso de los medios audiovisuales supondrá la conveniencia y necesidad para las instituciones arbitrales de implantar, como un servicio más, aquellos sistemas telemáticos que faciliten la realización de las audiencias no presenciales que los usuarios demanden.

9. Ambas partes o una de ellas podrán proponer, en cada caso, el modo, presencial o no, de llevar a cabo la audiencia para la práctica de las pruebas testificales y periciales, y los árbitros y las instituciones arbitrales deberán decidir, de modo coordinado con aquellas, la oportunidad, conveniencia o posibilidad de su práctica por medios audiovisuales. En todo caso, las instituciones arbitrales deberán disponer de los sistemas que permitan su práctica con las mejores garantías de seguridad y confidencialidad, junto a las reglas (protocolos o pautas) que aseguren la garantía del procedimiento y el cumplimiento de los principios de igualdad y contradicción de las partes.

10. Es por ello, que para CIMA, el método más fiable para las audiencias de prueba realizadas por medios audiovisuales es el de disponer de lugares donde se lleve a cabo el control de los testigos y peritos con plenas garantías, de suerte que ningún elemento externo pueda interferir en la práctica de la prueba.

11. A tal fin, es útil que CIMA, en cuanto institución encargada de la administración de arbitrajes disponga de delegaciones o suscriban convenios de colaboración con otras instituciones arbitrales o corporaciones y asociaciones (o gabinetes) ubicadas en el lugar donde estén presentes los testigos y peritos, que faciliten, no solo un local donde llevar a cabo las declaraciones de unos y otros, sino que, además garanticen el control de la identidad de los mismos y su aislamiento, sin posibilidad de comunicación interior o exterior, debiendo servirse para su testimonio o declaración de los medios técnicos facilitados por la propia institución colaboradora.

II. SISTEMA AUDIOVISUAL DE CIMA

1. El sistema que La Corte pone a disposición de usuarios, árbitros, letrados, testigos y peritos es el «Microsoft Teams», cuyas características técnicas, con la garantía de Microsoft, son las siguientes:

2. Microsoft Teams es un sistema que posibilita la realización de videoconferencias (audio/vídeo) garantizando la privacidad y seguridad de aquellos usuarios que se conectan de forma remota, permitiendo la realización de reuniones de hasta 300 personas. Permite decidir quien, desde fuera de CIMA, puede unirse a nuestras reuniones de forma directa y quien debe esperar hasta que le demos acceso. Los organizadores de la reunión pueden, en todo momento, unir nuevos participantes y eliminar aquellos que formaban parte de la reunión pero que ya no pueden continuar en la misma.

3. Microsoft Teams ofrece la posibilidad de grabar reuniones, apareciendo siempre un mensaje para que todos los presentes tengan constancia de que dicha grabación se está efectuando. La información de organizaciones y las personas en ella no es utilizada para otros fines.

4. Finalizada la reunión, pueden acceder a la grabación todas aquellas personas que formaron parte de la reunión, así como aquéllas otras a las que dé acceso el organizador. Por otro lado, Microsoft Teams dispone de un sistema de protección de identidad y de información de las cuentas de aquellas personas que forman partes de sus reuniones pues cuenta con:

Autenticación multifactor (MFA) que requiere que los usuarios proporcionen formas adicionales de verificación para demostrar su identidad, lo que ayuda a proteger sus cuentas de ataques que

aprovechan contraseñas débiles o robadas. De esta forma se aseguran las identidades y la seguridad de las personas que acceden a la aplicación

Acceso condicional que permite establecer políticas basadas en el riesgo para el acceso en función del contexto del usuario, el estado del dispositivo, la ubicación y más.

Microsoft Endpoint Manager que permite administrar dispositivos y aplicaciones y aplicar el acceso condicional en cualquier dispositivo.

Acceso seguro para invitados que permite a los usuarios colaborar con personas ajenas a su organización y al mismo tiempo controlar su acceso a los datos de la organización.

Acceso externo que proporciona una conexión autenticada a otra organización, lo que permite la colaboración entre organizaciones.

5. La información de cada persona es eliminada una vez la suscripción se suprime o expira.

6. De forma periódica y transparente, se ofrecen informes sobre cómo se trata la información que terceros solicitan a la empresa.

7. En cuanto a la seguridad, las comunicaciones de red de Teams se cifran de forma predeterminada, al requerir que todos los servidores usen certificados y al usar OAUTH, TLS, el protocolo de transporte seguro en tiempo real (SRTP) y otras técnicas de cifrados estándares del sector, incluido el Estándar de cifrado avanzado (AES) de 256 bits. Por ello, todos los datos de Teams están protegidos en la red.

8. Por otro lado, Azure Active Directory (Azure AD), proporciona un único repositorio de back-end de confianza para cuentas de usuario. La información de perfil de usuario se almacena en Azure AD a través de las acciones de Microsoft Graph.

9. La seguridad de la capa de transporte (TLS) y TLS mutua (MTLS) cifran el tráfico de mensajes instantáneos y permiten la autenticación de extremos. Las secuencias de audio, vídeo y uso compartido de aplicaciones punto a punto se cifran y se comprueba su integridad con el protocolo de transporte seguro en tiempo real (SRTP). También se puede el tráfico de OAuth en el seguimiento, especialmente en torno a los permisos negociables mientras se cambia entre pestañas en Teams, por ejemplo, para desplazarse de publicaciones a archivos.

10. Teams, asimismo, usa protocolos estándar del sector para la autenticación de usuarios, siempre que sea posible y cuenta con los estándares ISO 27001, ISO 27018, SSAE16 SOC 1 y SOC 2, HIPAA y las cláusulas de modelo de la UE (EUMC).

III. REGLAS PARA GARANTIZAR LA FIABILIDAD Y TRANSPARENCIA DE LAS AUDIENCIAS NO PRESENCIALES

1. Identificación de los intervinientes en la comparecencia

1. Una vez celebrada la comparecencia prevista en el art. 31 del reglamento de la Corte y fijado el calendario y fecha para la práctica de las pruebas testificales y periciales admitidas por el tribunal arbitral, este, de acuerdo con las partes, facilitará a la Corte el número de testigos y de peritos cuyos testimonios o declaraciones deban llevarse a cabo por el sistema audiovisual, así como sus nombres y apellidos, tarjetas de identificación y cualquier documento así lo acredite (DNI, Pasaporte, etc), así como el lugar (país, ciudad y ubicación de la sala) desde el que prestarán declaración.
2. El tribunal arbitral podrá llevar a cabo, al comienzo de cada intervención, la correspondiente comprobación sobre la IP del ordenador emisor, identidad del testigo o perito, al objeto de su constancia en la causa. Igual comprobación se llevará a cabo para identificar a aquellas personas (traductores, transcritores o técnicos) que vayan a estar presentes en la respectiva audiencia.
3. Fuera de estas personas, no se permitirá a nadie más el acceso a la audiencia. El acceso de los intervinientes o presentes se hará a través de la correspondiente contraseña. El control de acceso se llevará a cabo por los servicios de la Corte.

2. IP desde la que se emite el testimonio o la declaración

1. Antes de comenzar la sesión los intervinientes facilitaran por correo electrónico la IP de la conexión utilizada al tribunal arbitral y este a la Corte, así como el sistema técnico de comunicación audiovisual que vaya a ser utilizado por cada uno de ellos y, muy en particular, por los testigos y/o peritos, siendo las partes responsables de que dicho sistema ofrezca las necesarias garantías de calidad de la imagen y sonido que aseguren y dejen constancia de que el tribunal arbitral y los letrados podrán llevar a cabo con la debida fluidez la práctica de la prueba.
2. Antes de iniciar la sesión los servicios de la corte comprobarán la idoneidad de los sistemas telemáticos que vayan a ser utilizados en los mismos.
3. Si no pudiese obtenerse la calidad de imagen y sonido exigible, el Tribunal Arbitral oídos los servicios técnicos de la Corte y de las partes, podrá suspender su práctica y adoptar el acuerdo (Orden Procesal) que mejor se acomode a la tramitación del arbitraje, evitando que las posibles deficiencias técnicas pudieran ser un medio dilatorio utilizado por cualquiera de las partes para impedir su práctica y/o retrasar el procedimiento arbitral.

3. Medidas que garanticen la visibilidad simultánea de todos los partícipes

Aunque el sistema Microsoft Teams permite la visión simultánea de todos los intervinientes, así como la visualización en pantalla solo de quien esté en uso de la palabra, es aconsejable que el sistema esté en situación de visualización simultánea para que el tribunal arbitral y los letrados tengan una visión global y conjunta de todos los partícipes. Sin embargo, será el tribunal arbitral el que, en cada caso concreto, resolverá lo más adecuado para el buen desarrollo de la audiencia.

4. Medidas que garanticen la fiabilidad de los testimonios y declaraciones

CIMA considera que el método más fiable para las audiencias de prueba realizadas por medios

audiovisuales es no facilitar la contraseña de acceso a los testigos hasta el momento de su intervención.

5. Medidas a adoptar para garantizar el aislamiento de los testigos y peritos

1. Cada uno de los testigos y peritos citados a la audiencia deberá comparecer solo al prestar su testimonio o declaración, evitando la comunicación entre los mismos, antes y después de sus testimonios y/o declaraciones. Se colocarán frente a la pantalla del ordenador (o medio equivalente), a la distancia suficiente que permita escucharlos con claridad. No podrá auxiliarse de ningún instrumento o medio técnico que permita su contacto con el exterior y, a ser posible, en una posición que permita observar la mayor parte de la sala desde la que preste su testimonio o declaración. Los peritos podrán servirse de sus dictámenes o informes. En caso de careo de testigos y peritos, el tribunal arbitral decidirá, de acuerdo con las partes y con la debida antelación, el modo y forma de proceder a su práctica.
2. El tribunal les requerirá, no solo, a decir verdad, sino también para que manifiesten que no utilizarán ningún medio técnico o de otra naturaleza que les permita conectarse y/o recibir información de otros testigos o peritos y de terceros.

6. Medidas sobre exhibición de documentos

1. En el supuesto de que los letrados de las partes pretendan que a los testigos o peritos se les exhiban documentos incorporados a los distintos ramos de prueba, deberán hacerlo constar al tribunal arbitral y a la contraparte, reseñando los mismos e identificándolos en la audiencia, exhibiéndolo al letrado de la contraparte y al tribunal para que corroboren que coincide con los documentos reseñados. Una vez identificados, el letrado los exhibirá al testigo o al perito, sin acotaciones, tachaduras o cualquier signo que pueda influir en las manifestaciones del declarante.
2. Si se dispone de ella, se utilizará una pantalla/ventana independiente (distinta de la pantalla/ventana utilizada para mostrar la transmisión de vídeo) para mostrar al testigo o al perito los documentos pertinentes durante el interrogatorio.

7. Grabación de la audiencia

1. Con independencia de que las partes pueden guardar la sesión de video en el correspondiente ordenador emisor, los servicios de la corte realizarán la correspondiente grabación, de la que se remitirá lo antes posible una copia al tribunal arbitral y a los letrados de las partes, teniéndose como original la grabación de la Corte a todos los efectos.
2. Si el tribunal, a petición de parte, considerase necesario autorizar la presencia de un intérprete durante la audiencia, se resolverá sobre la misma con la antelación suficiente al objeto de que por los servicios de la Corte se coordine con el intérprete el modo y forma de facilitar la presencia de este, poniendo a su disposición el espacio y medios necesarios para el normal ejercicio de su actividad.

Madrid, a 8 de junio de 2020

.....

(1)

El tribunal arbitral —de conformidad con la Corte— podrá practicar la prueba testifical acordada sirviéndose de medios audiovisuales que no precisen la presencia física de los testigos en la audiencia, sin menoscabar las debidas garantías del procedimiento.

[Ver Texto](#)

La Corte de Arbitraje del ICAM articula un procedimiento de arbitraje de urgencia para la resolución de controversias surgidas en las relaciones negociales como consecuencia del Covid-19

Reglas del procedimiento de arbitraje de carácter urgente y sumario, aprobadas por la Junta de Gobierno del ICAM en mayo de 2020

Con la finalidad de coadyuvar a la solución de la infinidad de conflictos que la aplicación del estado de alarma ha provocado en el desarrollo de las relaciones negociales de toda índole, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM), a través de su Corte de Arbitraje, ha articulado el presente procedimiento de arbitraje de carácter urgente y sumario, a través del cual las partes pueden ver resueltas sus controversias en un breve plazo y a un coste razonable, siendo necesario para ello el acuerdo de las partes para someter su controversia a este arbitraje aun cuando en la relación comercial de que se trate no existiera un previo convenio arbitral.



Primero. *Inicio del arbitraje.* El procedimiento se iniciará mediante solicitud formulada por ambas partes, manifestando, aun cuando existiera un previo convenio arbitral, su voluntad de someter la controversia existente a arbitraje a administrar por la Corte de Arbitraje del ICAM, a través del Procedimiento de Arbitraje de Urgencia, conteniendo, al menos, las siguientes menciones:

- a) El nombre completo, dirección postal, cuenta de correo electrónico y demás datos relevantes para la identificación y contacto de las partes y de las personas que vayan a representarlas en el procedimiento.
- b) Una breve descripción de la controversia.
- c) Las peticiones que se formulan y, a ser posible, su cuantía.
- d) El acto, contrato o negocio jurídico del que derive la controversia o con el que ésta guarde relación.

Segundo.- *Nombramiento y aceptación del árbitro.* Recibida la solicitud, la Corte designará un árbitro único de la especialidad a que corresponda la controversia, el cual deberá aceptar en el plazo de cinco días.

Tercero.- *Procedimiento.* 1. Al notificarse a las partes el nombramiento y aceptación del árbitro, se les concederá un plazo común de cinco días para efectuar la provisión de fondos que se les requiera y de quince días para alegaciones, si por los términos de la controversia fuera posible tal modalidad de alegaciones simultáneas.

2. Si no lo fuera, a falta de acuerdo de las partes, los plazos para formular demanda, contestación y, en su caso contestación a la reconvenición, serán de diez días, diez días y cinco días, respectivamente.

3. En sus escritos de alegaciones, las partes propondrán la prueba de la que intenten valerse. En el caso de que únicamente se propusiera prueba documental, y siempre que las partes así lo decidieran, bien a instancia de ellas mismas bien a instancia de los árbitros, no se celebrará la audiencia a que se refieren los apartados siguientes, estableciéndose un plazo de cinco días para que las partes formulen por escrito sus conclusiones y aporten al árbitro y a la Corte un listado de los gastos incurridos en su defensa, así como los justificantes de los mismos.

4. Terminada la fase de alegaciones, dentro de los quince días siguientes, se celebrará una audiencia en la cual la parte a quien incumba conteste a las excepciones que hayan sido planteadas por las demás, así como para que las partes propongan los medios de prueba que estimen necesarios y que sean complementarios a los ya propuestos en sus escritos de alegaciones, decidiendo el árbitro en el acto sobre la admisión, pertinencia y utilidad de los medios de prueba propuestos, practicándose la prueba propuesta y admitida distinta de la documental, formulando a continuación las partes sus conclusiones.

5. Si el árbitro o Tribunal arbitral estimara que alguna prueba relevante no puede practicarse en la audiencia, la suspenderá señalando en el acto nuevo día y hora para su reanudación.

6. Las partes en el plazo de los tres días siguientes a la notificación del señalamiento de la audiencia, deberán indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por la Corte de Arbitraje, en calidad de partes o de testigos.

7. Si no fuera posible la celebración de la audiencia de forma presencial, la misma se celebrará de forma telemática a través de la plataforma de la Corte de Arbitraje del ICAM.

8. Dentro de los cinco días siguientes a la finalización de la audiencia, las partes aportaran al árbitro y a la Corte un listado de los gastos incurridos en su defensa, así como los justificantes de los mismos

9. El árbitro dictará el laudo dentro de los tres meses siguientes a la presentación del último de los escritos de alegaciones o de la finalización del plazo para efectuarlo. El árbitro sólo podrá prorrogar el plazo para dictar laudo por un único plazo adicional de un mes.

10. Todas las comunicaciones, incluida la notificación del laudo, se realizarán por correo electrónico a las cuentas de correo designadas por las partes, el árbitro y la Corte. Para la remisión de escritos o documentos que por su volumen no puedan ser remitidos por correo electrónico, se utilizará una plataforma de intercambio de datos (Wetransfer, Accellion, OneDrive o similar) que permita la descarga instantánea de todos los que se pretendan aportar al procedimiento.

Cuarto.- *Aplicación supletoria del reglamento de arbitraje del ICAM y costas.* En todo lo no previsto en este procedimiento, será de aplicación el Reglamento de Arbitraje del ICAM, si bien la Corte moderará los honorarios de los árbitros contemplados en el anexo de costas de dicho Reglamento, para que el coste del arbitraje no constituya un obstáculo para el buen fin del mismo.

En esta conferencia del 5º Congreso de la Abogacía de Barcelona, se ha puesto de manifiesto la necesidad de buscar soluciones alternativas de resolución de conflictos, como el procedimiento Fast-Track ofrecido por el Tribunal Arbitral de Barcelona, tomando en cuenta la previsión avalanchas de demandas judiciales con motivo de la pandemia por la Covid-19, y a la que tendrá que hacer frente la Administración de Justicia.

Acuerdo del Comité Español de la CCI con la Cámara de Comercio de Madrid

La Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Madrid estrecha sus lazos con la Cámara de Comercio Internacional con el objetivo de aunar esfuerzos en el apoyo a la internacionalización empresarial. Esto es posible gracias al acuerdo alcanzado entre el presidente de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, Ángel Asensio y el presidente del Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, Sebastián Escarrer.



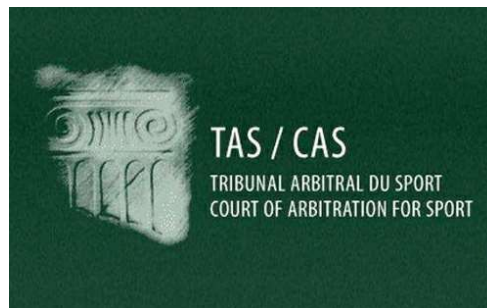
El presidente del Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, Sebastián Escarrer, aseguró que este acuerdo «les permite contar con una institución de referencia para la internacionalización de las empresas madrileñas como es la Cámara de Madrid».

Gracias a esta firma de acuerdo de colaboración, ambas instituciones establecen la cesión del uso de espacios y la presencia en las oficinas de la Cámara de Comercio de Madrid, de la Sede Central, la Presidencia y la Consejería Técnica del Comité Español de la CCI. Además, le permite actuar como centro de conexión entre América y Europa facilitando así la celebración de numerosos eventos internacionales y congresos en la capital de España, un punto estratégico, ya que Madrid alberga las sedes centrales de organizaciones internacionales como la Secretaría General Iberoamericana, y de Naciones Unidas, como la Organización Mundial del Turismo.

Entre las ventajas del acuerdo entre la Cámara de Madrid y CCI está el incremento del desarrollo de actividades, eventos y reuniones del Comité Español de la CCI en la capital de España, en particular las celebraciones de las nuevas Comisiones de dicho Comité creadas para seguir los trabajos de la sede internacional de la Cámara de Comercio Internacional sobre responsabilidad social corporativa y anticorrupción, derecho mercantil y prácticas comerciales, asuntos fiscales y temas bancarios, entre otros.

El español se ha convertido en uno de los tres idiomas oficiales del Tribunal Arbitral del Deporte, a partir de 1 de julio de 2020

El Consejo Internacional de Arbitraje del Deporte (CIAS por sus siglas en francés), órgano de gobierno del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS en sus siglas en francés), ha aprobado adoptar al español como uno de los idiomas oficiales de los procedimientos arbitrales del TAS. El español será ahora uno de los tres idiomas de trabajo del TAS, junto al francés y al inglés, con ello se reconoce la importancia creciente de este idioma en el mundo del arbitraje deportivo.



El TAS gestiona más de 600 procedimientos arbitrales cada año, de los cuales, aproximadamente el 10% concierne a partes de habla hispana. Con anterioridad, las partes podían solicitar que los procedimientos arbitrales se tramiten en español, pero dicha solicitud estaba sujeta al acuerdo de todas las partes y árbitros del arbitraje en cuestión. Desde la fundación del TAS, se han gestionado en Español más de 400 procedimientos arbitrales.

La adopción formal del español como tercer idioma oficial de trabajo del TAS se plasma en la nueva versión del Código de Arbitraje Deportivo (el «Código»), que entró en vigor a partir del 1 de julio de 2020.

Otras modificaciones adoptadas en el Código están relacionadas con el uso de la plataforma electrónica y las video-conferencias, cuyo uso ha aumentado de forma significativa en los últimos tiempos.



Open de Arbitraje 2020: Apostando por la tecnología y la innovación

Este año el evento se desarrollará de forma íntegramente virtual, con un formato único e innovador nunca visto hasta la fecha. El Congreso tendrá lugar los días 7 y 8 de octubre en horario de 15,30 a 19,30 h.

No podíamos dejar de hacerlo. Un año sin eventos presenciales y en el que los seminarios virtuales vía Zoom, Teams o Google han ocupado nuestras agendas exigía una respuesta original, distinta y acorde a nuestros tiempos.

Después de cinco ediciones en formato presencial en el que se ha convertido en un referente internacional, **vuelve el Open de Arbitraje con todas las novedades del arbitraje internacional de la mano de expertos de cuatro continentes.** Una ocasión única para informarse y debatir sobre los apasionantes desafíos que este nuevo escenario mundial nos plantea, en un evento que se ha convertido ya en punto de encuentro para árbitros, peritos, abogados, centros de arbitraje y empresas a nivel internacional

En esta ocasión y por motivos excepcionales, **el evento se desarrollará de forma íntegramente virtual, con un formato único e innovador nunca visto hasta la fecha que llegará cargado de novedades y sorpresas en su forma y contenido.** Las fechas elegidas para la realización del congreso son el 7 y 8 de octubre (15:30 – 19:30 CEST).

Como en anteriores ocasiones, el Open de Arbitraje 2020 contará con una temática que sirva de hilo conductor entre las diferentes ponencias y mesas. **El tema elegido para esta edición no es otro que la tecnología e innovación,** una temática de rigurosa actualidad que ocupa un espacio central en la agenda de todas las empresas, instituciones y estados en un año tan especial como está siendo 2020.

Algunos de los temas que trataremos serán:

- Arbitraje internacional. Audiencias en remoto. ¿Crisis? ¿Futuro?

- Online Dispute Resolution.
- Conflictos societarios como método de resolución de controversias en el sector de la tecnología.
- La anulación de laudos en la jurisdicción norteamericana.
- Peritos y abogados, condenados a entenderse.
- El perito ante la alta litigiosidad consecuencia del COVID19.
- La importancia de la elección de la sede en Arbitraje Internacional.
- Retos del Arbitraje en el S.XXI
- Acquisition of awards: Market trends and challenges.
- Los efectos del arbitraje en los concursos de acreedores.
- Ética e Inteligencia Artificial.

Manteniendo nuestra firme voluntad de seguir haciendo del Open un punto de encuentro para los profesionales del sector, en esta edición virtual hemos querido seguir proporcionando a nuestros asistentes **la posibilidad de hacer networking y ampliar su red de contactos**. Para ello contaremos con una **sala de reuniones en la que podrás contactar con cualquiera de nuestros asistentes y ponentes a través de reuniones on line administrados por el equipo del Open**. Una innovadora iniciativa que busca garantizar que la distancia no sea un impedimento para ampliar nuestros horizontes a nivel profesional y personal.

Y también juntaremos experiencia y juventud en una Sala Mentoring que será punto de encuentro de distintas generaciones que servirá para compartir experiencias e inquietudes que, sin duda, sumarán.

Además, todos los inscritos al Open de Arbitraje 2020 obtendrán una **suscripción anual gratuita a la revista "LA LEY Mediación y Arbitraje"**, de nuestro Media Partner, **Wolters Kluwer**, una publicación teórico-práctica centrada en la práctica de la justicia alternativa, haciendo especial mención a la mediación y al arbitraje.

Sobran razones para **inscribirse al Open de Arbitraje 2020** en este enlace... ¿Estás preparado? ¡No te lo puedes perder! ¡Te esperamos!



Quinto Congreso de la Abogacía de Barcelona en formato 100% online

El 29 de junio de 2020, el ICAB inauguró el 5º Congreso de la Abogacía de Barcelona en formato 100% online. Estas conferencias se desarrollaron hasta el 3 de julio. Se organizaron un total de 45 conferencias gratuitas con más de 175 ponentes con un amplio abanico de propuestas formativas sobre las diferentes áreas del Derecho, que cuentan con más de 5.600 inscripciones.



Este evento se ha logrado situar como un referente en cuanto a contenidos formativos se refiere con ponentes de primera categoría y personas referentes del sector; siendo una cita ineludible para los abogados y abogadas de la ciudad y un referente en contenidos formativos y ponentes de primer nivel, que en esta edición ofrece 45 conferencias en las que intervinieron más de 175 ponentes.

La inauguración corrió a cargo de la decana del Colegio de la Abogacía de Barcelona, M.^a Eugènia Gay, que puso de relieve que el Congreso fue el resultado del trabajo que llevaron a cabo las secciones y comisiones del ICAB, motor de la formación y piedra angular de la corporación. La decana dejó patente el agradecimiento especial a los compañeros y compañeras de las secciones y las comisiones, que trabajan de manera incansable y desinteresada, aportando un valor extraordinario en la formación, la transversalidad y la pluralidad de la institución y se ha transmitido el máximo respeto y reconocimiento por la labor que desarrollan. En este sentido, destacó que para la Junta de Gobierno del ICAB preservar y respetar la libre elección de los temas y los ponentes propuestos por las secciones y las comisiones, elegidas democráticamente por la abogacía de Barcelona y no interferir ni vetar su decisión es la mejor manera de expresar la defensa de los valores

de respeto, la convivencia, la paz social y la libertad, para garantizar y mantener intacta la esencia de la institución, donde toda la ciudadanía tiene cabida.

El panel inaugural del Congreso versó sobre «El sector turístico hotelero en tiempos de crisis: ¿El arbitraje fast track como posible solución?», moderada por Pedro del Rosal, periodista jurídico de Wolters Kluwer para Cinco Días y el País y Jesús M. Sánchez García, secretario de la Junta de Gobierno del ICAB,

Participaron como ponentes Juli de Miquel, presidente del TAB; Roger Pallarols Taylor, presidente del Gremio de Restauración de Barcelona; Mercè Pigem i Palmés, vocal del Tribunal Arbitral de Barcelona y Jordi Sánchez Sánchez-Crespo, abogado. Durante la misma se ha puesto de manifiesto la necesidad de buscar soluciones alternativas de resolución de conflictos en previsión de la avalancha de demandas judiciales de todo tipo —dada la transversalidad en términos jurídicos de la incidencia de la COVID-19, a la que tendrá que enfrentarse la Administración de Justicia—.

Jornada en el ICAM sobre «Arbitraje en Europa y en América Latina» (29 junio 2020)

El 29 de junio de 2020 se celebró en el Salón de Actos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid una sesión dedicada al «Arbitraje en Europa y en América Latina» y que fue transmitida digitalmente vía streaming.



El evento estuvo organizado por la Sección de Colegiados No Ejercientes y por la Sección de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (ADR) del ICAM. Inició el acto el Embajador Javier Jiménez-Ugarte comentando dos importantes obras sobre la cuestión, el «Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina» (2008), del Catedrático de Derecho Internacional Privado José Carlos Fernández Rozas explicó el proceso de creación de su tratado, que recoge toda su experiencia y aprendizaje sobre el arbitraje y la creación del sistema arbitral en América Latina.

A pesar de su proyección y de la importancia del mismo para los expertos y árbitros, tal y como explicó José Carlos Fernández Rozas, «el libro no se difundió en América Latina y tuvo escasa proyección». Sin embargo, Fernández Rozas aseguró que no está interesado en hacer una segunda edición ya que, en su opinión, «las obras hay que quemarlas y escribirlas de nuevo». Por esa razón el catedrático ahora está trabajando en un nuevo tratado que agrupe todo lo que ha escrito sobre arbitraje español. Por su parte, Miguel Gómez Jene explicó que su obra nació gracias a su vocación de profesor universitario, al darse cuenta de la escasez de «volumen doctrinal» que existía en España en comparación con otros países de la Unión Europea. Además, según explicó Gómez Jene, con este tratado intentó «introducir una nueva forma de estudiar» entre los licenciados, incluyendo los pies de página dentro del libro para «marcar los problemas, apuntar soluciones y dar alternativas doctrinales para que el alumno por sí mismo se vaya formando juicios de qué le convence o qué le deja de convencer».

La segunda parte de la jornada se desarrolló a través de una mesa redonda moderada por el co-presidente de la Sección de ADRs del ICAM y formada por la profesora de la Universidad Carlos III de Madrid Tatiana Arroyo; y por los abogados y árbitros Javier Íscar y Santiago Martínez Lage. Tatiana Arroyo expuso a los presentes los retos a los que se han enfrentado con la celebración virtual del Moot Madrid 2020, una competición de arbitraje organizada por la UC3M y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en la que se simula un procedimiento

arbitral. En esta competición participan estudiantes de todas las partes del mundo y, como explicó Arroyo, se intenta «tender un puente con Latinoamérica y en esta ocasión más de la mitad de los alumnos extranjeros eran de allí».

Por su parte, Javier Íscar abordó durante su intervención dos temas de gran interés. Por un lado, la sentencia del 15 de junio de 2020 en la que el Tribunal Constitucional acoge la petición de Amparo contra la Sentencia 33/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 4 de mayo de 2017, sobre la que Íscar reconoció el mérito de la abogada de su despacho Ana Barriga e incidió en el mensaje que se lanza con ella: «Creo que es un aviso a navegantes para que el resto de los TSJ de las Comunidades Autónomas apliquen de verdad lo que es la corriente internacional en lo que es la interpretación de las causales de anulación y, por tanto, nos deja aliviados esperando esa nueva resolución que estará al llegar», aseguró. A continuación, hablando de CIAR, Íscar mencionó la reciente inauguración del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, del que el ICAM es socio estratégico, y recordó que hay que hacer ver a la comunidad arbitral que ambas Cortes son distintas y dan «un servicio magnífico a partes distintas y a conflictos diferentes». «CIAR es puramente iberoamericana. Nació por y para Iberomaerica; no es una Corte Española y su mérito es que no hay protagonismo de ningún Estado (...) y hay una sensación de que nos pertenece a todos», explicó.

Para concluir con la mesa intervino el abogado y árbitro Santiago Martínez Lage que, tal y como anunció el presidente de la Sección de Colegiados No Ejercientes, va a dedicarse a partir de ahora con exclusividad al arbitraje y otras soluciones extrajudiciales de conflictos. Durante su intervención, Martínez Lage habló sobre el arbitraje y el Derecho de la Competencia con el objetivo de «concienciar, a los que no lo estén todavía, sobre lo importante que es tener encendida una luz, un foco, mirando hacia el Derecho de la Competencia, porque la liebre salta donde menos se lo espera uno» y habló durante su intervención sobre la arbitrabilidad del Derecho de la competencia, entre otras cuestiones.

Clausura del curso de Verano Universidad de Alcalá 2020 (edición virtual): «Madrid: punto de encuentro del arbitraje internacional entre España y América latina», patrocinado por CIMA

Con un webinar dedicado al Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, se clausuró el 3 de julio de 2020 el Curso de Verano de la Universidad de Alcalá dedicado a «Madrid: punto de encuentro del arbitraje internacional entre España y América latina», dirigido por la profesora Ana Fernández Pérez, profesora de Derecho internacional de esa Universidad. El curso, de desarrolló entre los días 29 de junio y 3 de julio y estuvo patrocinado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje.



La presentación corrió a cargo del Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, José María Alonso y contó con una intervención de gran interés a cargo de Martín Sanz, Jesús, Presidente de la Asociación de Empresarios del Henares, Vicepresidente y Presidente de la Comisión de I+D+i de CEIM.

La modalidad virtual, debido a la actual pandemia ocasionada por Covid-19, permitió alternar las enseñanzas teóricas y prácticas con cuatro webinar, que fueron seguidos por varios centenares de participantes de Europa y América Latina: a) Próximos retos del arbitraje en Latinoamérica; b) Arbitraje y mediación: los nuevos retos de la abogacía; c) La Corte Civil y Mercantil de Arbitraje y d) El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid: punto de encuentro del arbitraje internacional entre España y América latina.

En el curso participó un amplio panel de especialistas españoles y extranjeros: Bjorn Arp, American University, Washington College of Law, USA; José Antonio Cainzos, Presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid; Luis Felipe Castresana, Abogado del Estado (ex.) Director de la CIMA; Ignacio Coloma Garrido, Secretario de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; Urquiola de Palacio del Valle de Lersundi, Presidenta de la Corte de Arbitraje de Madrid;

Adolfo Díaz-Ambrona, Abogado del Estado (ex.). Secretario General de la Cámara de Comercio de España y Secretario General de la Corte Española de Arbitraje y Secretario General de la Corte Española de Arbitraje; José Carlos Fernández Rozas, Catedrático. Árbitro de CIMA y miembro de la Junta de Gobierno de la Corte de Arbitraje del ICAM; Javier Fernández Samaniego, Socio Director de Samaniego Law, Miami, USA; Miguel Gómez Jene, Catedrático de la UNED, Consejero de Cuatrecasas; Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga Profesor agregado de Derecho internacional público Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea; Enrique Linares Rodríguez, Doctor en Derecho, Stampa Abogados; Alberto José Montezuma Chirinos, Socio del Estudio Montezuma Abogados, Perú; Dário Moura Vicente Catedrático de la Universidad de Lisboa. Presidente de la Associação Portuguesa de Arbitragem, Portugal; Elena Otero Novas, Abogada del Estado (ex.) Presidenta de la Corte Española de Arbitraje; Francisco G. Prol, Socio Director de Prol & Asociados Luis Fernando Rincón Cuellar, Rincón Cuellar & Asociados, Colombia Francisco Ruiz Risueño Abogado del Estado (ex.), Secretario General de CIMA; Sixto A. Sánchez Lorenzo Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada. Secretario General de Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional. Árbitro de CIMA; Walker San Miguel, San Miguel abogados, Bolivia; Juan Serrada Hierro, Abogado del Estado (ex.), Presidente de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje; Carlos Alberto Soto Coaguila Árbitro y Profesor de Derecho Civil y Arbitraje. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI. Fundador del Instituto Peruano de Arbitraje, Perú; Gonzalo Stampa Casas, Doctor en Derecho, Socio Director de Stampa Abogados; Ricardo Vásquez Urrea, Socio Fundador Vásquez Urrea Abogados, Chile.

El CGPJ y la Abogacía renuevan su compromiso para colaborar en la implantación de la mediación como vía complementaria para resolver conflictos

El presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Carlos Lesmes, ha firmado con la presidenta del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), Victoria Ortega, un convenio de colaboración cuya finalidad es promover en toda España el desarrollo de la mediación intrajudicial como medio complementario para la solución de conflictos.



Con la rúbrica de este acuerdo de 24 de julio de 2020, el órgano de gobierno de los jueces y la Abogacía cumplen las normas europeas sobre mediación y la recomendación dirigida por el Parlamento Europeo a los Estados miembros para que intensifiquen sus esfuerzos en el impulso del uso de la mediación en litigios civiles y mercantiles y en la mejora de la colaboración entre los profesionales de la justicia con este mismo fin.

La colaboración entre el CGPJ y el CGAE en materia de mediación se remonta a 2016, fecha en la que suscribieron un primer convenio que ha ido renovándose. El acuerdo firmado hoy en la sede del Consejo General del Poder Judicial deroga los anteriores y responde a la necesidad de adaptar el texto a la legislación vigente.

El objetivo común de ambas partes es contribuir a la implantación de la mediación. Para ello, el CGPJ se compromete a promover e impulsar la mediación entre los jueces y magistrados y a favorecer la adecuada coordinación entre los diferentes proyectos que se pongan en marcha a partir de la firma del convenio y los órganos jurisdiccionales. También se compromete a superar los obstáculos que dificulten la colaboración institucional en la puesta en marcha de las iniciativas de mediación y a velar por que la mediación que se desarrolle en los juzgados sea de calidad. Finalmente, a promover la suscripción de códigos de conducta de los mediadores.

Por su parte, el Consejo General de la Abogacía Española se compromete a fomentar e impulsar la mediación promoviendo el uso de esta herramienta entre los abogados para que puedan informar y asesorar a las partes en litigio. También, a dar a conocer y difundir el convenio entre los 83 Colegios de Abogados, que podrán adherirse al mismo; a velar por que se garantice que la mediación desarrollada en los distintos colegios sea conforme con los protocolos que se diseñen a tal efecto en los partidos judiciales, teniendo como base la Guía Práctica para la mediación elaborada por el CGPJ; y a colaborar en la difusión de material divulgativo dirigido a los usuarios de la Administración de Justicia.

Una comisión de seguimiento, que deberá reunirse al menos una vez al año, velará por el cumplimiento del convenio, cuya vigencia es de cuatro años.

Bernando Cremades se incorpora al Comité de Expertos sobre Industria del Deporte y del Entretenimiento de AEA

El recién creado Comité de Expertos sobre Industria del Deporte y del Entretenimiento creado por la Asociación Europea de Arbitraje (AEA), que reúne a casi ochenta profesionales relevantes, acaba de recibir un importante impulso con la incorporación de Bernardo Cremades, una de las figuras más relevantes del arbitraje comercial. Dicha integración deja patente que la industria del deporte y del entretenimiento será una de las más activas para el arbitraje en el futuro, especialmente en el entorno en lengua castellana.



(Lawyerpress, 30 julio 2020) La mejor muestra del inmejorable posicionamiento del arbitraje en el sector deportivo y de entretenimiento en el entorno en lengua castellana es que el español acaba de ser admitido como lengua oficial del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS). Así lo explica el propio Bernardo Cremades: «Este anuncio del TAS tiene enorme importancia para el arbitraje deportivo en nuestro entorno y será un importante catalizador. Es algo por lo que habíamos batallando en los últimos años y que abre la puerta a los árbitros españoles».

El Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) o Court of Arbitration for Sport (CAS) fue creado por el Comité Olímpico Internacional (COI) en 1984 para dirimir disputas durante los Juegos Olímpicos. Actualmente, el TAS resuelve conflictos jurídicos relacionados con todos los deportes.

Posicionamiento del arbitraje que seguirá mejorando con la llegada del Comité de Expertos sobre Industria del Deporte y del Entretenimiento de AEA al que se acaba de incorporarse Bernardo Cremades, socio y fundador de la firma B. Cremades y Asociados, pionero y líder en España del arbitraje Internacional, así como Bernardo Cremades Jr. que ya cuenta con una importante trayectoria.

Cremades fue designado en 2019 mejor abogado de arbitrajes de España. Su reconocimiento internacional también es elevado y Global Arbitration Review lo incluye en 2016 en «Who is the Most Influential Arbitrator in the World?». Cremades destaca como una de las cualidades del arbitraje la proximidad de los árbitros, según destacó en la reciente jornada de presentación del Comité: «la proximidad de los árbitros es fundamental en comparación con lo que puede ser plantear un caso

ante la FIFA. Algo que puede convertirse en un auténtico caos. Proximidad que aporta el nuevo Comité de Expertos».

El libro «Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. Doctor José Carlos Fernández Rozas» incluye un amplio repertorio de estudios en torno al arbitraje y la mediación

Coincidiendo con su jubilación, académica, un grupo de colegas, amigos y antiguos discípulos, cualidades muchas veces compartidas, han preparado una extensa obra homenaje al profesor José Carlos Fernández Rozas, cuando inicia una nueva etapa en su vida, presidida por la misma ilusión que puso cuando desempeñó su cátedra de Derecho internacional privado en la Universidad de León (1982), en la de Oviedo (1982-1987) y en la Complutense de Madrid (1987-2020)



La obra ha sido editada por Santiago Álvarez González, Rafael Arenas García, Pedro A. de Miguel Asensio, Sixto A. Sánchez Lorenzo y Gonzalo Stampa. Las valiosas aportaciones de sus participantes han convertido este libro en una colección de textos, cuyo valor científico y práctico, debería ser conocido por un amplio sector del mundo jurídico. Tal vez, por esta razón, su primer discípulo y buen amigo el profesor Sixto Sánchez Lorenzo, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada, ha querido subrayar la estrecha relación entre la figura del homenajeado y la calidad de los artículos subsiguientes, haciendo preceder su lectura de un perfil académico y bibliográfico y de una emotiva semblanza personal del profesor Fernández Rozas.

El carácter multidisciplinar de la labor académica del profesor Fernández Rozas y la pluralidad de sus actividades, como investigador, maestro de varias generaciones de juristas, gestor al servicio de la administración pública, editor, abogado y árbitro internacional, se refleja en el abultado y variado número de contribuciones (66) que integran el volumen que tengo el gusto de reseñar. Junto con la colaboración del antiguo secretario de la Corte Internacional de Justicia, Santiago Torres Bernárdez,

el bloque principal de dichas contribuciones está integrado por compañeros del mundo académico del Derecho internacional privado, algunos de ellos discípulos de homenajeado: Santiago Álvarez González, Juan José Álvarez Rubio, Rafael Arenas García, Pilar Blanco-Morales Limones, Alegría Borrás, Núria Bouza Vidal, Alfonso Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, M.^a Victoria Cuartero Rubio, Pedro Alberto De Miguel Asensio, Manuel Desantes Real, M.^a Pilar Diago Diago, José María Espinar Vicente, Ángel Espiniella Menéndez, Carlos Esplugues Mota, Fernando Esteban de la Rosa, Ana Fernández Pérez, Quim Forner Delaygua, Víctor Fuentes Camacho, Francisco Garcimartín, Federico F. Garau Sobrino, Eloy Gayán Rodríguez, Cristina González Beilfuss, Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, Pilar Jiménez Blanco, Guillermo Palao Moreno, Elisa Pérez Vera, Marta Requejo Isidro, Sixto Sánchez Lorenzo y Blanca Vilà Costa. La participación académica extranjera está integrada por las contribuciones de Bertrand Ancel (Francia), Marie Elodie Ancel (Francia), Jürgen Basedow (Alemania), David Bochatay (Suiza), Andrea Bonomi (Suiza), Adriana Dreyzin de Klor (Argentina), Emmanuel Gaillard (Francia), Rui Manuel Moura Ramos (Portugal), Dário Moura Vicente (Portugal), Leonel Pereznieta Castro (México), Eduardo Picand Albónico (Chile), Jürgen Samtleben (Alemania), Jorge Alberto Silva (México), Benedetta Ubertazzi (Italia) y Amalia Uriondo de Martinoli (Argentina). Y cierran este bloque aportaciones de académicos de otras disciplinas jurídicas: Paz Andrés Sáenz de Santa María, Silvia Barona Vilar, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, María Paz García Rubio, Rafael Hinojosa Segovia, Manuel Medina Ortega y Alberto J. Tapia Hermida. Por último, el mundo del arbitraje internacional está presente en esta obra homenaje a través de los trabajos firmados por Roque J. Caivano (Argentina), Luis Felipe Castresana Sánchez, Natalia M. Ceballos Ríos (Argentina), Bernardo M. Cremades, Hernando Díaz-Candia (Venezuela), Mercedes Fernández Fernández, Josep Maria Julià, Enrique Linares Rodríguez, Pedro J. Martínez-Fraga (Estados Unidos), José Fernando Merino Merchán, Jorge Alejandro Mier Hernández (México), Francisco G. Prol, Mauro RubinoSammartano (Italia), Francisco Ruiz Ruiseño, Juan Serrada Hierro y Gonzalo Stampa.

El libro se estructura en tres bloques temáticos claramente definidos. En primero centrado el Derecho internacional privado, el segundo en el Derecho de los negocios internacionales y en el arbitraje comercial internacional y el tercero en el Derecho internacional público, Derecho europeo y Derecho uniforme.

En orden a la materia de esta Revista «Mediación y Arbitraje», interesa resaltar una serie de trabajos en los que predominan las aportaciones referidas a estas materias. Se incluyen con carácter previo los estudios de carácter general; el relativo a la crisis y la deconstrucción del arbitraje (Silvia Barona Vilar), el atinente a la reivindicación de su carácter institucional, despojado previamente de adherencias indeseables (José Fernando Merino Merchán), el que atiende a la viabilidad de un sistema de arbitraje comercial obligatorio en España (Josep Maria Julià) y el que se ocupa del desarrollo conceptual y doctrinal de la inmunidad del árbitro (Pedro J. Martínez Fraga). A continuación figura un conjunto de estudios centrados en las actuaciones arbitrales que abarcan temas de sobresaliente interés. El ámbito del principio de la buena fe en el arbitraje comercial internacional (Hernando Díaz-Candia). La existencia y validez del consentimiento de las partes como pilar esencial de este procedimiento de solución de controversias (E. Gaillard). Las consecuencias de la negativa de las partes a participar y a darse por enteradas de la existencia de un procedimiento

arbitral (Mercedes Fernández Fernández). Los mecanismos de obstrucción, dilación y presión frente a la contraparte en el arbitraje (Francisco Ruiz Risueño). El discovery arbitral de documentos almacenados digitalmente (Gonzalo Stampa). La posibilidad de que los árbitros remedien algún defecto del laudo una vez pronunciado (Roque J. Caivano y Natalia M. Ceballos Ríos). La utilización del arbitraje como arma procesal frente al adversario (Francisco Ruiz Risueño). Y, finalmente, la impugnación del laudo arbitral en el centro de arbitraje (Juan Serrada Hierro). También las relaciones entre jueces y árbitros cuentan con un especial tratamiento al abordarse cuestiones como el control judicial de la validez del convenio arbitral (Francisco G. Prol). La litispendencia y los procesos paralelos (Andrea Bonomi y David Bochatay) y el exequátur de laudos extranjeros desde la perspectiva de la Convención de Nueva York de 1958 (Mauro Rubino-Sammartano) y desde la perspectiva española (Rafael Hinojosa Segovia) En función de su compleja evolución, se presta especial atención al arbitraje de inversiones desde distintas perspectivas, a propósito de la aplicación del Derecho internacional por los tribunales CIADI en controversias entre Estados y nacionales de otros Estados relativas a inversiones (Santiago Torres Bernárdez), del papel Entidades paraestatales en el arbitraje de protección de inversiones (Bernardo M. Cremades), en orden al ámbito de la reconvención por parte de los Estados demandados (Luis Felipe Castresana Sánchez), a la aplicación del Derecho de la Unión Europea en el arbitraje de inversiones (Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga), a la normativa de la Unión Europea en materia de arbitraje tras los nuevos acuerdos de comercio e inversiones (Manuel Medina Ortega) y a la posición de España frente al cumplimiento de los laudos en materia de renovables (Enrique Linares Rodríguez). Cierran esta sección: un estudio dedicado al sistema español de arbitraje de consumo donde se desarrolla un diagnóstico y se dan claves para un nuevo diseño europeo (Fernando Esteban de la Rosa), otro centrado en el Centro de Mediación y Arbitraje en materia de patentes europeas (Manuel Desantes Real) y el que brinda Carlos Esplugues Mota a la ejecución de los acuerdos alcanzados en el marco de un procedimiento de mediación en Iberoamérica.