LA LEY Mediación y Arbitraje

Enero-Marzo 2021 | 05

Los sistemas adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia

La (des)protección de inversiones en el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido (TCA)

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@woltreskluwer.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: clienteslaley@wolterskluwer.es

http://www.wolterskluwer.es

LA LEY Mediación y Arbitraje

Revista de actualidad jurídica sobre métodos alternativos de solución de controversias

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

Director

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Universidad, árbitro internacional y miembro

del *Institut de Droit International*

Secretario

Gonzalo Stampa Casas

Socio Fundador de Stampa Abogados, Doctor en Derecho,

LL.M. Londres,

árbitro y mediador internacional

Consejo de redacción

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

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

Consejo asesor

José María Alonso Puig, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; **Silvia Barona Vilar,** Catedrática de Derecho procesal de la Universitat de València; **José Antonio Caínzos,** Presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid; **Begoña Castro Jover,** Presidenta de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; **Bernardo M. Cremades,** Socio fundador del Despacho Cremades & Abogados; **Juli de Miquel Berenguer,** Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona; **Urquiola de Palacio del Valle de Lersundi,** Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid; **Rafael Gil Nievas,** Abogado del Estado, Jefe-Adjunto de Arbitrajes Internacionales, Columbia LL.M, Diplomado por Harvard en Negociación y Mediación; **Javier Íscar de Hoyos,** Presidente 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 Associaçao Portuguesa de Arbitragem; **Leonel Pereznieto Castro,** Profesor de Carrera de la UNAM, Investigador Nacional Nivel III (México); **Eduardo Picand Albónico,** Profesor de la Universidad de Chile, Presidente de la Asociación Chilena de DIPr; **Mauro Rubino-Sammartano,** Presidente de la European Court of Arbitration; **Juan Sánchez-Calero Guilarte,** Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, Socio Director del Estudio Jurídico Sánchez Calero.

SUMARIO

TRIBUNA

— «*Los sistemas adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*», **Rafael Hinojosa Segovia,** Profesor Titular de Derecho procesal. Universidad Complutense de Madrid.

ESTUDIOS

— «*Sin ti no soy nada... o sobre cómo la tutela judicial declarativa convierte el arbitraje laboral en mecanismo eficaz de resolución de conflictos*», **Ixusko Ordeñana Gezuraga,** Profesor titular Derecho procesal. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

— «*Sobre la ejecución del laudo arbitral comercial internacional dictado en Chile. Algunas problemáticas no resueltas*», **María Fernanda Vásquez Palma,** Universidad de Talca (Chile) y **Jordi Delgado Castro** Universidad Austral de Chile

— «*Asterix, el caldero y el consejo de la aldea, o sobre el ejemplo galo de las comisiones mixtas como fórmula arbitral de resolución de conflictos tributarios*», **Irune Suberbiola Garbizu,** Profesora de Derecho Financiero y Tributario. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

— «*Arbitraje de inversiones vs. Arbitraje comercial internacional: la brecha tras el caso Achmea y los recientes trabajos en el marco de la CNUDMI*», **María del Carmen Chéliz Inglés,** Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza

REGULACIÓN

— «*La (des)protección de inversiones en el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido (TCA)*», **José Carlos Fernández Rozas,** Director de la Revista.

— «*El tercero neutral y el mediador evaluativo en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal*», **Antoni Vidal Teixidó,** Vidal–Cànovas & Associats. Advocarts, Barcelona

— «*El nuevo Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia y su repercusión en la protección frente a los conflictos sanitarios*», **Yolanda Aguilar Olivares,** Directora de Plataforma REDES - Resoluciones Extrajudiciales en Derecho Sanitario.

PRÁCTICA EN MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

— «*La mediación en remoto: cuestiones prácticas para hacer de la necesidad virtud*», **Manuel Díaz Baños,** Abogado Cuatrecasas. Secretario General del Centro de Mediación FIDE. Profesor

Colaborador Universidad Pontificia Comillas ICADE

- «*El procedimiento arbitral abreviado a la luz de las necesidades actuales*», **Frederic Munné Catarina,** Abogado. Doctor en Derecho. Miembro del Tribunal Arbitral de Barcelona.

- «*A enemigo que huye puente de plata: Conflicto de socios, mediación y M&A*», **José María Rojí Buqueras,** Árbitro. Mediador. Abogado. Socio. CMS Albiñana & Suárez de Lezo

- «*Del cisne negro Covid–19 a la mediación arrendaticia de vivienda habitual*», **Cristina Argelich Comelles,** Profesora Doctora de Derecho civil, acreditada a Profesor Contratado Doctor. Universidad de Cádiz

JURISPRUDENCIA

Sentencias seleccionadas

- «*A propósito de la responsabilidad civil del árbitro: STSJ Asturias de 3 de abril de 2018 y SAP Oviedo de 24 septiembre de 2020*», **José Fernando Merino Merchán,** Letrado de las Cortes y del Consejo de Estado (exc.). Profesor Titular de Universidad. Árbitro de CIMA. Árbitro internacional,

- «*Oscurecido por las nubes: el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se pronuncia sobre la interpretación del significado del término "tribunal arbitral": STSJ Madrid 23 octubre 2020*», **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

- «*Ley aplicable al convenio arbitral en el contexto de un arbitraje comercial internacional: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 9 de octubre de 2020*», **Alberto Manzanares Entrena,** Asociado Senior, Ashurst LLP y **Andrea Blanco Vázquez,** Asociada, Ashurst LLP

- «*La Sentencia Hallliburton vs. Chubb de la UK Supreme Court. Acerca del alcance de la obligación de disclosure de los árbitros en las designaciones de carácter sucesivo y conexo (Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido 27 noviembre 2020)*», **Roger Canals Vaquer,** Socio del Departamento Procesal y Arbitraje de ARCO Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P.

Notas de jurisprudencia

- «*El deber de revelación y la independencia del árbitro: Primeras contribuciones de la Sala de Comercio Internacional del Tribunal de Apelación de París (Sentencia de la Cour d'appel de París (CCIP) de 25 febrero 2020)*», **Anaëlle Idjeri,** Member of the Paris Bar, Soulier Avocats

- «*La inconstitucionalidad del requisito de autenticación de laudos arbitrales. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México de 14 octubre 2020*», **Jaime Roberto Rendón Graniell,** Abogado, árbitro y ex Presidente de la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México y. **Juan Carlos Guerrero Valle,** Abogado, árbitro y Coordinador de la Comisión de Derecho Internacional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados.

- «*El Tribunal Federal suizo decreta la anulación de laudo arbitral dictado por el TAS al apreciar parcialidad del presidente del tribunal arbitral: extensión y límites de la libertad de expresión de los*

árbitros en las redes sociales (Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 22 diciembre 2020)», **Juan José Álvarez Rubio**, Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Cronología de decisiones

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

ACTUALIDAD PROFESIONAL

- *«Un año de CIAM realidades y proyectos»*, **José Antonio Cainzos,** Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de Madrid
- «Reglamento de la CCI de 2021: Modificaciones y novedades», Documento de trabajo elaborado por «**Stampa Abogados**».

NOTICIAS

- *«Los efectos positivos del Covid-19 en el impulso de la mediación ¿hacia una* multi-door courthouse*?»*, **María Teresa Duplá**, Catedrática. Directora del Conflict Management Research Group ESADE. Mediadora y **Esther Vilalta,** Catedrática Universitat Oberta de Catalunya.
- Comunicado del Consejo General del Poder Judicial en el Día Europeo de la Mediación (21 enero 2021)
- El Grupo MedArb Valencia culmina como grupo investigador su Proyecto con un libro titulado «Psicoanálisis del Arbitraje: Solución o Problema en el Actual Paradigma de Justicia», **José Carlos Fernández Rozas,** Director de la Revista

Club Español del arbitraje

- El CGPJ y el Club Español del Arbitraje firman un convenio para impulsar el conocimiento de esta fórmula de resolución de conflictos

Corte Española de Arbitraje

- Acuerdo de Cámara de España y CEPYME para promover el arbitraje y la mediación

Centro Internacional de Arbitraje de Madrid

— CIAM firma un acuerdo con el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (HKIAC)

Corte Civil y Mercantil de Arbitraje

- Una nueva obra colectiva editada por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje sobre «El laudo arbitral»

TRIBUNA

Los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (1)

The adequate means of disputes in the draft law of the efficiency procedural mesaure of public justice service.

En el presente artículo el autor realiza un examen de los ahora denominados medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia pronunciándose por el carácter voluntario de los mismos al estar basados en la libertad de las personas.

Medios adecuados, Negociación, Mediación, Conciliación privada, Oferta vinculante confidencial, Opinión de experto independiente, Requisito de procedibilidad, Ley de Enjuiciamiento Civil.

In this article the author examines the adequate means of disputes in the draft law of the efficiency procedural measure of public justice service speaking out for the voluntary carácter being base on the freedom of people.

Adequate means, Negotiation, Mediation, Private conciliation, Confidential binding offer. Independent expert opinión, Procedural requirement, Civil Procedure Law.

Rafael Hinojosa Segovia

Profesor Titular de Derecho Procesal Universidad Complutense de Madrid

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El pasado 15 diciembre 2020 el Gobierno aprobó el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia

Procesal del Servicio Público de Justicia (en adelante, el Anteproyecto) en el Consejo de Ministros celebrado ese día.

Como señaló el Ministro de Justicia, el Excmo. Sr. D. Juan Carlos Campo Moreno, en la rueda de prensa posterior a dicho Consejo de Ministros, el Anteproyecto es «un nuevo instrumento normativo para avanzar en la mejora del servicio público de justicia, pensando en el ciudadano y poniendo al ciudadano en el centro de toda la gestión. Es un anteproyecto que quiere dar respuesta a los desafíos tradicionales, pero también a desafíos nuevos, fruto de la pandemia que nos asola, de tal modo que es necesario desarrollar mecanismos dentro de la Administración de Justicia para que pueda dar respuesta ágil, lo más ágil posible, al incremento de litigiosidad provocada por la pandemia» (2) .

Como se ha dicho, «el Anteproyecto constituye un nuevo instrumento integrado en la nueva arquitectura jurídica dentro de la Estrategia Justicia 2030, enmarcado y conectado con el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y el Plan de la Unión Europea *Next Generation*. Además, el Anteproyecto pretende dar respuesta a los desafíos surgidos como consecuencia de la pandemia de la Covid-19» (3) .

El Anteproyecto está basado en tres ejes: 1º) «Medios adecuados de solución de controversias» (MASC) [Título I]; «Modificación de leyes procesales» [Título II], tendente a una mayor agilización en la tramitación de los procedimientos judiciales; y 3º) «Transformación digital» [Título III]; y consta de 20 artículos, de 10 disposiciones adicionales (4) , de 3 disposiciones transitorias, de 1 disposición derogatoria y de 7 disposiciones finales.

Su trámite de «Audiencia e Información pública» en el portal web del Ministerio de Justicia está abierto desde el pasado 21 enero 2021 y finaliza el plazo para presentar aportaciones el próximo 11 febrero 2021 (5) , donde se puede acceder al texto del Anteproyecto (6) y a la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (7) .

En cuanto al régimen transitorio se dispone que «1. Las previsiones recogidas por la presente ley serán de aplicación exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor»; «2. En los procedimientos judiciales en curso a la entrada en vigor de esta ley, las partes de común acuerdo se podrán someter a cualesquiera medios adecuados de solución de controversias, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil» (Disposición transitoria primera).

La entrada en vigor de la nueva normativa se prevé a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (Disposición final séptima).

Tradicionalmente se ha utilizado la denominación de «Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos» (8) , o ADR (*Alternative Dispute Resolution*), o MASC «Métodos alternativos de solución de conflictos», dado que se consideraba que son sistemas alternativos al proceso judicial para resolver conflictos entre sujetos. Entre esos sistemas cabe destacar la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Esa distinta terminología obedece a una influencia anglosajona, en el primer caso, es decir, en los ADR, mientras que la de utilizar los MASC es más propia en países sin esa tradición jurídica.

No obstante, en los últimos tiempos, sobre todo en EE UU, se ha comenzado a utilizar la expresión ADR (*Adecuate Dispute Resolution*), es decir, como «Sistemas adecuados de solución de conflictos», o la de MASC, como «Métodos adecuados de solución de conflictos» (MASC).

Nuestro pre-legislador ha optado por seguir esta última denominación (MASC), pero en vez de utilizar «Métodos adecuados de solución de conflictos», se ha decantado por «Medios adecuados de solución de controversias». Ello obedece, en nuestra opinión, a que, como se recoge en el *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española* (9) , el término «medio», se define como «cosa», mejor instrumento en nuestro caso, «que puede servir para un determinado fin» (10) , en vez del término «método» que es el «procedimiento que se sirve en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla» (11) , por lo que es más preciso el primero para denominar a estos mecanismos. Y el término «controversias» frente al de «conflictos» se prefiere también, según nosotros, porque el primero no implica la confrontación que supone el segundo.

Estos medios se van potenciando cada vez más y, como consecuencia de ello, se utilizan más, pero a pesar de ello hay que reconocer que todavía no hay una cultura de ADRS en nuestro país (12) . La propia Exposición de Motivos del Anteproyecto [Apartado II, párrafo 9] lo destaca en relación a la mediación, al declarar que «desde la entrada en vigor de la ley, el 27 julio 2012 [se refiere a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en adelante LM] (13) , no se ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación». Y, nuevamente, la Exposición de Motivos [Apartado II, párrafo 9] lo explica basándose en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008, de fecha 26 agosto 2016, al exponer que «constituye un documento de indudable valor por sistematizar el estudio de los cuestionarios emitidos por operadores jurídicos de todos los Estados miembros y que viene en términos generales a evidenciar determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con la falta de una "cultura" de la mediación en los Estados miembros» (14) .

La razón de impulsar todavía más estos «medios» obedece, como ha señalado el Ministro de Justicia (15) , y ya hemos dicho, a la necesidad de reducir la litigiosidad que ha aumentado como consecuencia de la pandemia Covid-19.

> La reforma que se pretende con el Anteproyecto, objeto de nuestro análisis, responde a lo que se ha dado en llamar «utilitarismo judicial»

Litigiosidad que era ya muy elevada, con la consiguiente demora en la resolución de los asuntos. Son muy indicativos los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial relativos al año 2019

(16) , últimos conocidos, según los cuales los asuntos que ingresaron en los tribunales españoles, de todas las jurisdicciones, fueron un total de 6.279.302, que ciñéndonos a la jurisdicción civil, que es la que ahora nos interesa, fueron un total de 2.384.147 asuntos. Pero lo más preocupante es que al final del mencionado año continuaban tramitándose 1.564.183 asuntos en nuestros tribunales del orden civil.

La reforma que se pretende con el Anteproyecto, objeto de nuestro análisis, responde a lo que se ha dado en llamar «utilitarismo judicial». Se trata de eliminar «papel», es decir, asuntos de los órganos jurisdiccionales, dada la enorme cantidad, como acabamos de señalar, de asuntos nuevos que llegan a nuestros tribunales cada año que hacen la situación verdaderamente angustiosa. En nuestro caso, con el uso obligatorio de los medios adecuados de solución de controversias, dado que tienen categoría de requisito de procedibilidad (17) . Con su utilización se pretende evitar, en la manera de lo posible, que lleguen esos asuntos a los juzgados y tribunales. Es más, el previsible aumento de litigiosidad, como consecuencia de la pandemia y de la declaración del estado de alarma, hace más necesario, si cabe, que estos medios de solución de controversias sean cauce adecuado para solventar las controversias y descargar al mismo tiempo de asuntos a la jurisdicción estatal del orden civil (18) .

El propio Ministro de Justicia, aludiendo a estos medios, señala que «si lográramos que a través de estos mecanismos uno de cada cuatro asuntos no llegara a los tribunales, podríamos descargar al sistema judicial de más de medio millón de asuntos, lo que permitiría además recanalizar 380 millones de euros, que es lo que se calculan que nos podríamos ahorrar con esa pérdida de pleitos, para cuestiones (*sic*) y fomentar otros ámbitos» (19) .

Con esta finalidad, como ya hemos dicho, uno de los ejes principales del Anteproyecto es el fomento de los medios adecuados de solución de controversias (20) —conciliación privada, oferta vinculante confidencial, opinión de experto independiente, mediación— que permiten afrontar las situaciones de conflicto pero sin tener que acudir a los tribunales de justicia y cuya utilización se intentará fomentar por diversas vías, como veremos más adelante, incluso con incentivos fiscales (21) [*vid.*. Disposición final segunda Anteproyecto].

En nuestra opinión, como los ADRS se basan en la libertad de las personas, estos medios deberían potenciarse y divulgarse lo máximo posible para que los ciudadanos acudieran a ellos voluntariamente (22) por las bondades que presentan. Es verdad que en el Anteproyecto pueden elegir entre los diversos medios para tratar de evitar ir a los tribunales, pero se establece que el intento de alguno de esos instrumentos es requisito *sine qua non* para poder presentar la correspondiente demanda, es decir, es preciso haber intentado alguno de los medios adecuados de solución de controversias antes de ir al proceso.

Al respecto es conveniente recordar que, como ya ha sucedido con anterioridad, no se convierta en un mero trámite, lo que el pre-legislador quiere evitar (23) . Basta recordar que en la LEC de 1881 (redacción originaria) se preveía la conciliación como requisito necesario para promover un juicio declarativo (art. 460 LEC de 1881), que con la reforma llevada a cabo por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pasó a tener el carácter de facultativo

(art. 460 LEC de 1881, conforme a la reforma de 1984), y ello porque «como demuestra la experiencia, ha dado resultados poco satisfactorios» [Exposición de Motivos de dicha Ley, párrafo 21]. En definitiva, se consideró que el carácter preceptivo de la conciliación no era sino un obstáculo para el acceso a los tribunales, habida cuenta que, en la práctica, eran escasísimos los casos en que se obtenían acuerdos en virtud de este cauce.

Más recientemente se ha intentado establecer como requisito necesario para poder acudir al proceso el intento de mediación. Así ocurrió en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 19 febrero 2010 (24) , en el que en su disposición final segunda, modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [en adelante, LEC], n.º 10, se disponía en el nuevo ap. 3 del art. 437 que «en los juicios verbales a los que alude el ap. 2 del art. 250 que consistan en una reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el ap. 1 del mismo artículo y no se trate de una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición a la demanda». Es decir, en los juicios verbales sobre reclamaciones de cantidad, cuya cuantía era y es actualmente de hasta 6.000 euros (25) . En la misma disposición final segunda, n.º 11, en el nuevo ap. 2 del art. 439 LEC, se preveía que «en los casos del ap. 2 del art. 250, no se admitirán las demandas en que se reclame una cantidad si no se acompañase acta final acreditativa del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición».

En el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 8 abril 2011 (26) se mantenía la misma regulación que en el Anteproyecto, con alguna matización en su Exposición de Motivos respecto a la del Anteproyecto y que en vez de ser la Disposición final segunda era la cuarta, nºs 10 y 11 (27) .

En cambio en el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles ya no se hacía ninguna referencia al carácter obligatorio de la mediación en los juicios verbales sobre reclamación de cantidad (28) . Lo mismo sucedió en el Proyecto de Ley de Mediación de asuntos civiles y mercantiles procedente del anterior Real Decreto-ley (29) y, por tanto, en el texto de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles no se preveía dicho requisito en su articulado.

Por último, en esta evolución que estamos realizando sobre si estos medios de solución de controversias tienen carácter obligatorio o no para presentar la correspondiente demanda, el Gobierno sí preveía en el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación de 11 enero 2019 (30) , el carácter obligatorio de acudir a la mediación antes de presentar la oportuna demanda. Así se señala en su Exposición de Motivos [Apartado IV, párrafo 2] que «las modificaciones propuestas [se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Civil] (31) responden al deseo de impulsar el uso de la mediación para la resolución de los conflictos, de manera que se opta por superar el vigente modelo de mediación basado en el carácter exclusivamente voluntario de la misma, por otro comúnmente denominado de "obligatoriedad mitigada", que configura como obligación de las partes un intento de mediación previa a la interposición de determinadas demandas (las materias concretas donde se establece esta obligación se recogen en la Ley 5/2012, de 6 de julio (32)) o bien cuando el tribunal en el seno de un

proceso considere conveniente que las partes acudan a esta figura. En ambos casos la finalidad es la de lograr una solución más ágil y efectiva».

Dicho Anteproyecto recibió críticas, como la que se recoge en el Informe que emite el Consejo General de la Abogacía Española al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación febrero 2019, «por hacer obligatoria la mediación», ya que «es esencialmente voluntaria», porque «nunca debe imponerse al ciudadano, en su derecho de acceso a los tribunales, un requisito que, como ahora se verá, si no se construye más sutilmente, no hará sino constituirse en una rémora superflua, en un retraso innecesario al acceso a los tribunales, que dé lugar a algo parecido a lo que ocurrió en la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que derogó la obligatoriedad de la conciliación previa a los pleitos civiles» (33) .

Este Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación no llegó a convertirse en ley, aunque si ha sido tenido en cuenta a la hora de redactar el Anteproyecto que nos ocupa.

En las páginas que siguen llevaremos un análisis crítico de la regulación que se da a los medios adecuados de solución de controversias en el Anteproyecto desde una perspectiva técnica.

II. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y MODALIDADES

Como se establece en el Anteproyecto (art. 1), «1. Se entiende por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral (34) ».

A nuestro juicio, es incorrecto concretar estos medios de solución de controversias como cualquier tipo de «actividad negocial», porque la negociación, en sí misma, siempre se ha considerado uno de los sistemas alternativos o adecuados de solución de conflictos, como ya hemos dicho más arriba, que suele concluir en algún tipo contractual, como sería la transacción. Es más, si se nos permite, es mezclar el género con la especie. En nuestra opinión, sería más acertado utilizar el término «sistema», «mecanismo» o «instrumento» con lo cual no sucedería lo que acabamos de poner de manifiesto.

Como notas que caracterizan a estos medios, se pueden destacar que rige la libertad de las partes «para convenir o transigir, a través de estos medios», lógicamente «sobre sus derechos e intereses, siempre que no sea contrario a la ley, a la buena fe ni al orden público» (35) . También se prevé que los acuerdos pueden ser parciales o totales, con lo cual en los primeros las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto de aquellas cuestiones sobre las que se mantiene todavía controversia (art. 1.2º Anteproyecto).

Se prevé que «en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias para que sea admisible la demanda» y se añade que «para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones

sobre dicho objeto pudieran variar» (art. 1.3º.I Anteproyecto).

Consideramos, como ya hemos avanzado, que el establecer el requisito de acudir a alguno de estos medios adecuados como requisito de procedibilidad no es acertado, porque estos sistemas se basan en libertad de las partes y deberían, en su caso, acudir a ellos porque así lo decidieran con conocimiento de causa, pero no por una imposición legal para, en su caso, sino hay acuerdo, poder presentar la correspondiente demanda ante los órganos jurisdiccionales del orden civil.

El pre-legislador viene a precisar cuándo se considera cumplido este requisito de procedibilidad «si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si emplea cualquier otro tipo de actividad negocial no tipificada legalmente pero que cumpla lo previsto en el párrafo anterior y permita dejar constancia de la recepción de la parte de la propuesta de negociación, así como de su fecha, contenido e identidad de la parte proponente. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negocial se desarrolle directamente por las partes asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva» (art. 1.3º.II Anteproyecto).

Se establece que los conflictos que versen sobre materias no disponibles por las partes no podrán ser sometidos a estos medios adecuados de solución de controversias, ni incluso por derivación judicial. No obstante, si podrán ser de aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los arts. 102 [efectos de las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio] y 103 [medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio] Código Civil. Quedando exceptuados estos medios respecto de aquellas materias excluidas de mediación conforme a lo dispuesto en el art. 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [en adelante, LOPJ], que regula las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 1.4 1 Anteproyecto]. Entendemos que hay una imprecisión dado que se trataría de los asuntos civiles que se recogen en el art. 87 ter.2, sobre los que dichos Juzgados tendrían competencia exclusiva y excluyente cuando se dieran los requisitos del art. 87 ter.3, previéndose que en todos estos casos está vedada la mediación según el art. 87 ter.5. Pero hay que entender que la exclusión de la mediación se refiere a las materias civiles, por el ámbito del Anteproyecto que estamos examinando (art. 1.4 II Anteproyecto).

Y se vuelve a excluir la actividad negocial previa como requisito de procedibilidad cuando se pretenda iniciar un proceso para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, la adopción de las medidas previstas en el art. 158 Cc a favor de los hijos y cuando se solicite autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico conforme a lo dispuesto en el art. 753 LEC.

Por último, se prevé, en este art. 1.5º del Anteproyecto, que la iniciativa de acudir a estos medios puede proceder de una de las partes, de ambas de común acuerdo o bien de una decisión judicial de derivación de las partes a este tipo de sistemas.

En cuanto a las modalidades, como ya hemos dicho, en el Anteproyecto se señalan las siguientes: la mediación [regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio], la conciliación privada, la oferta vinculante confidencial, la opinión de experto independiente, así como cualquier otra actividad negocial no

tipificada legalmente (art. 1.3º II Anteproyecto) (36) , como no podía ser de otra forma, no se establece un *numerus clausus* o lista tasada. En el caso de «cualquier otra actividad negocial no tipificada legalmente» se exige que cumpla lo previsto en el art. 1.3º I del Anteproyecto. Es decir, en relación al requisito de procedibilidad, debe existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones sobre dicho objeto pudieran variar. Además, se considera la negociación directa entre las partes o, en su caso, a través de sus abogados.

El pre-legislador ha previsto que las actuaciones se desarrollen por medios telemáticos en el art. 5 «Actuaciones desarrolladas por medios telemáticos». En tal sentido se permite que las partes puedan acordar que todas o alguna de las actuaciones se desarrollen a través de estos medios telemáticos, por video conferencia u otro análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizado el respeto a las normas previstas en el Título I del Anteproyecto y, en su caso, en la normativa de desarrollo específicamente contemplada para la mediación. Si la cuantía de la reclamación de cantidad no supera los 600 euros se desarrollará preferentemente por medios telemáticos, salvo, como parece lógico, que no sea posible para alguna de las partes.

La obligación de la confidencialidad se extiende a las partes intervinientes y, en su caso, al tercero neutral que intervenga, quedando este sujeto al deber y derecho de secreto profesional

Como se declara en la Exposición de Motivos del Anteproyecto [Apartado II, párrafo 4], «con los medios alternativos o adecuados de solución de controversias se incrementa el protagonismo de las profesiones jurídicas, especialmente el papel negociador de los abogados que se garantiza en todo caso, pero también de los procuradores de los tribunales, los mediadores, los graduados sociales, los notarios y los registradores de la propiedad, entre otros profesionales».

III. PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD

El principio de confidencialidad se regula en el art. 6 del Anteproyecto. Se establece que el proceso de negociación y la documentación utilizada en él son confidenciales en cambio, no lo es la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de negociación previa y el objeto de la controversia. La obligación de la confidencialidad se extiende a las partes intervinientes y, en su caso, al tercero neutral que intervenga, quedando este sujeto al deber y derecho de secreto profesional, de modo que ninguno de ellos podrá revelar la información que hubieran podido obtener derivada del proceso de negociación (n.º 1).

También se dispone que las partes intervinientes y el tercero neutral no podrán declarar o aportar documentación derivada del proceso de negociación o relacionada con el mismo ni ser obligados a ello en un procedimiento judicial o en un arbitraje. Como excepciones a lo anterior se prevén: a) Cuando todas las partes de manera expresa y por escrito se hayan dispensado recíprocamente o al

tercero neutral del deber de confidencialidad; b) Cuando se esté impugnando la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas según lo previsto en el art. 245 LEC (37) ; y c) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal (n.º 2 I Anteproyecto).

Como consecuencia de lo anterior, el pre-legislador se preocupa de que al margen de dichas excepciones a las que nos acabamos de referir, si se pretendiese por alguna de las partes la aportación como prueba en el proceso de la información confidencial, no será admitida por los tribunales por aplicación del art. 283.3º LEC, el cual dispone que «nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley» (n.º 2 II Anteproyecto).

Concluye el precepto señalando que la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico (núm. 3 Anteproyecto).

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En cuanto al ámbito de aplicación de los medios adecuados de solución de controversias, las disposiciones del Título I del Anteproyecto son de aplicación a los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. Se dispone que a esos efectos tendrán tal consideración los definidos en el art. 3 LM. En defecto de sometimiento expreso o tácito a lo dispuesto en el Título I del Anteproyecto, su regulación será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la actividad negocial se realice en territorio español (art. 3.1º Anteproyecto).

Se establece que quedan excluidos, en todo caso, sin perjuicio de lo que ya hemos dicho, de lo previsto en el Título I del Anteproyecto, las materias laboral, penal y concursal, así como los asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al Sector Público (art. 3.2º Anteproyecto).

Seguidamente, se dispone dónde se regulan los distintos medios adecuados de solución de controversias. Así, la mediación se regirá por lo dispuesto en la LM, y en su caso, por la legislación autonómica que resulte de aplicación. Se incide además que la mediación es uno de los medios adecuados de solución de controversias con el que se podrá cumplir el requisito de procedibilidad del art. 1.3º del Anteproyecto (art. 3.3º Anteproyecto). La conciliación ante Notario se regirá por lo dispuesto en el Capítulo VII del Título VII de la Ley del Notariado, arts. 81-83, y en defecto de lo allí previsto, por las disposiciones del Anteproyecto (art. 3.4º Anteproyecto); y la conciliación ante el Registrador se regirá por lo dispuesto en el Título IV BIS de la Ley Hipotecaria, art. 103 bis, y, en defecto de lo allí previsto, por las disposiciones del Anteproyecto (art. 3.5º Anteproyecto).

V. ASISTENCIA LETRADA

Se establece el carácter facultativo de la asistencia letrada en los medios adecuados de solución de controversias (art. 2.1º Anteproyecto).

No obstante, se dispone el carácter obligatorio cuando se acuda a un medio adecuado de solución de

controversias, ya sea con el objeto de cumplir el requisito de procedibilidad o estemos ante un supuesto de derivación judicial cuando se esté en alguno de los siguientes casos: a) Cuando se acuda a la formulación de una oferta vinculante; b) Cuando se acuda a la conciliación privada o a la mediación, siempre que el conciliador o el mediador no sea profesional del derecho. En estos casos tampoco será obligatoria la asistencia letrada cuando la cuantía del asunto controvertido no supere los 2.000 euros o bien cuando una ley lo exceptúe expresamente (art. 2.2º Anteproyecto).

Como veremos más adelante, el art. 13.1 II LM, modificado por la Disposición final tercera del Anteproyecto, olvida la excepción en el caso de la mediación del carácter no preceptivo de la asistencia letrada cuando el mediador sea profesional el derecho con lo cual incurre en una contradicción con lo previsto en el art. 2.2º del Anteproyecto.

VI. MEDIACIÓN

Como se declara en la Exposición de Motivos del Anteproyecto [Apartado II, párrafo 19] «al lado de estos nuevos mecanismos, se potencia la mediación como medio adecuado de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente, a través de un procedimiento estructurado, alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de la persona mediadora, significando que la mediación continúa regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles así como en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de dicha ley».

La regulación de la mediación sufre un importante cambio que se recoge en la Disposición final tercera del Anteproyecto. Así se modifica el art. 1 LM recogiendo el concepto en los términos que acabamos de indicar. En definitiva, se adapta el concepto a la nueva denominación de sistemas adecuados de solución de controversias frente a la anterior de sistemas de solución de controversias y se acoge que es a través de un procedimiento estructurado.

Se modifica también el 4 LM sobre «efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad». En el Anteproyecto se dispone que «la solicitud de inicio de la mediación conforme al art. 16 interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso, reiniciándose o reanudándose respectivamente el cómputo de los plazos en el caso de que en el plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida, no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito. En el caso de que se abra la mediación, la interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta ley».

También sufre cambios el art 6.1º LM, sobre el «requisito de procedibilidad y libre disposición», estableciéndose que al ser la mediación uno de los medios adecuados de solución de controversias se puede acudir a él para cumplir el requisito de procedibilidad previsto en el art. 403.2º LEC. Entendiéndose cumplido dicho requisito «con la celebración, al menos de una sesión inicial ante el

mediador, siempre que quede constancia en la misma del objeto de la controversia y que las partes formulen su propuesta inicial de negociación. A dicha sesión habrán de asistir las partes, personalmente si se trata de personas físicas, y el representante legal o persona con poder para transigir, si se trata de personas jurídicas» (38) .

Asimismo, se añade un nuevo ap. 4 en el art. 11 LM en el sentido de que «para actuar como mediador en los supuestos exigidos en el art. 6.1º así como en los de mediación por derivación judicial, será necesaria la inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación dependiente del Ministerio de Justicia o, en su caso, en los registros de mediadores habilitados por las Comunidades Autónomas». La posibilidad de creación de este Registro estaba ya prevista en la Disposición final octava.1 LM, creándose por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (art 8), con lo cual el Anteproyecto lo que hace es recoger en el articulado de la LM dicho registro ya existente.

Otra modificación es la que se establece respecto al art. 13.1º LM, que realmente consiste en añadir un segundo párrafo a dicho apartado. En el primer párrafo en el que se dispone «1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y asesoramiento suficientes» con lo cual se mantiene igual que en el texto original. En cuanto al párrafo segundo se establece que «En todo caso, será preceptiva la asistencia letrada durante el procedimiento de mediación para aquellos asuntos en los que se opte por este medio como requisito de procedibilidad o se llegue a él por derivación judicial, salvo en los casos cuya transcendencia económica nº 2.000 euros. La asistencia de los abogados a cada una de las sesiones de mediación, de haber varias, será consensuada con las partes y el mediador y su inasistencia a alguna de ellas no invalidará el procedimiento de mediación cuando así se haya acordado». De lo anterior se prevé el carácter obligatorio de la asistencia letrada en los casos en que se opte por este medio adecuado de solución de controversias como requisito de procedibilidad y en los casos de derivación judicial a él, siendo facultativa cuando la cuantía del asunto no exceda de los 2.000 euros que coincide con el límite previsto en la LEC (art. 31). No obstante, como se acaba de ver, si no asisten los abogados a alguna sesión de la mediación, ello no será causa para invalidar el procedimiento cuando así se haya acordado. Como ya hemos señalado anteriormente, el art. 13.1º II incurre en contradicción con el art. 2.2 b) del Anteproyecto, dado que olvida que no es preceptiva la asistencia letrada cuando el mediador es profesional del derecho.

También sufre cambios el art. 16 LM sobre «Solicitud de inicio», en el sentido de que además de que pueda iniciarse de común acuerdo entre las partes, por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre ellas, ahora se añade «por derivación judicial, previa conformidad de las partes en los términos previstos en las leyes procesales». Se mantienen con la misma redacción los núms. 2 relativo a que «la solicitud de formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas» y 3 «cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal». Se añade un párrafo 4 en relación a los casos de derivación judicial durante el

curso del proceso, en el sentido de que «las partes designarán un mediador o institución de mediación debidamente acreditados ante los registros de mediadores del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas. Si no llegasen a un acuerdo en la designación en el plazo común de cinco días, se nombrará el que por turno corresponda de la lista de mediadores de cada especialidad que exista ante el Tribunal Superior de Justicia, la Audiencia Provincial o el Decanato de los juzgados unipersonales». Por último se prevé que «en todos los casos, la no aceptación por el mediador designado en primer lugar, salvo que sea justificada, se entenderá como renuncia automática a la designación efectuada, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias en que pueda incurrir por razón de dicha negativa».

El art. 17 LM que ahora lleva por título «Sesión inicial» frente al texto originario de la Ley en que lleva la leyenda «Información y sesiones informativas», igualmente se modifica. El n.º 1 se mantiene prácticamente igual, salvo que en la redacción originaria se utiliza la expresión «sesión informativa» mientras que el Anteproyecto se inclina por «sesión inicial». El párrafo 2 de este mismo número 1 se mantiene sin ningún cambio. Se añade un párrafo 3 a este número 1 en el sentido de que «las partes habrán de manifestar durante la sesión el objeto de la controversia para que el intento de mediación pueda entenderse como suficiente para considerar cumplido el requisito de procedibilidad previo a la interposición de la demanda».

En el n.º 2 del mencionado art. 17 ahora se dispone que «el mediador deberá expedir, a petición de cualquiera de las partes, un documento en el que deberá hacer constar: a) La identidad del mediador, su cualificación, colegio profesional o institución a la que pertenece; b) La identidad de las partes; c) El objeto de la controversia; d) La fecha de la sesión; e) La declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente; y f) En su caso, la inasistencia de cualquiera de las partes» (39) . Entendemos, que con base en esta letra f, también debería recogerse la inasistencia de los abogados en el caso de que compareciera la parte y no su abogado.

Concluye el art. 17 con un n.º 3 en el que se prevé «3. La certificación por el mediador de la asistencia de las partes a una primera sesión informativa, o el inicio del proceso de mediación de buena fe, aun cuando posteriormente se abandone por el desistimiento de cualquiera de las partes, satisface el requisito de procedibilidad negocial previo a la interposición de la demanda». Aquí el pre-legislador vuelve a utilizar el término sesión «informativa», cuando en el nº 1 se había decantado por el de sesión «inicial», retornando al término de la redacción originaria de la LM.

Asimismo, el art. 20 LM «Duración del procedimiento», aunque en el Anteproyecto se dice que «queda redactado así», en realidad se añade un n.º 2, con lo cual el párrafo único anterior pasa a ser el n.º 1. El n.º 2 es del siguiente tenor «En los casos en que se opte por el intento de mediación como requisito de procedibilidad, la duración de la mediación no podrá exceder de tres meses desde la recepción de la solicitud por el mediador».

Al art. 22 LM «Tramitación del procedimiento» se añade un nº 4 en el que se prevé que «cuando se opte por el intento de mediación como requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda, o cuando sea consecuencia de una derivación judicial, el acta final deberá hacer constar si aquel no

pudo llevarse a cabo por inasistencia injustificada de alguna de las partes y, en su caso, las causas de inasistencia». Entendemos, que debería recoger también, si la inasistencia hubiera sido de alguno de los abogados y, en su caso, las causas de inasistencia. Podría entenderse comprendida dicha inasistencia en el concepto amplio «de alguna de las partes» pero sería más acertado hacer esa precisión.

Por otro lado, se suprime el n.º 2 de la disposición adicional segunda que hace referencia a que «Las Administraciones públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes». Supresión lógica dado que se modifica dicho art. 6 de la Ley 1/996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante LAJG) por la Disposición final primera del Anteproyecto.

Y, por último, se modifica la disposición final octava.2 LM, sobre «Desarrollo reglamentario del control de los requisitos de la mediación exigidos en la Ley», que en vez de establecer la posibilidad de que el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, pudiera determinar «la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir», ahora se establece, con carácter vinculante, que «el Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, determinará la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir. Dicha formación incluirá, entre otras materias, un módulo de igualdad, de detección de violencia de género, de perspectiva de género y de infancia para todos los mediadores que deseen actuar en el ámbito del Derecho de familia». Manteniéndose con la misma redacción el párrafo II de dicho n.º 2, relativo a que «reglamentariamente se podrá desarrollar el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores».

VII. CONCILIACIÓN PRIVADA

La conciliación es el sistema de solución de controversias en el cual un tercero, el que actúa de conciliador, intenta que las partes, aproximando sus posiciones, lleguen a un acuerdo, no imponiendo la solución al conflicto pero que si puede ofrecerla.

Es uno de los medios adecuados de solución de controversias que se recogen en el Anteproyecto. Al utilizar el calificativo «privada (40) » se contrapone a la conciliación ante un órgano jurisdiccional. Esta última puede ser pre-procesal, es decir, antes del proceso, y se regula en los arts. 139-148 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), pudiéndose celebrar ante el Juez de Paz o ante el Letrado de la Administración de Justicia, conforme al art. 140.1 LJV (41) . La conciliación ante un órgano jurisdiccional puede ser también posible una vez que el proceso se ha iniciado: es la conciliación judicial intra-procesal, que produce el efecto de poner término al proceso y, de no cumplirse el acuerdo, el de poder ser exigido ejecutivamente. A ella se refieren los arts. 415 y 428.2 LEC, preceptos sistemáticamente ubicados en la regulación de la audiencia previa al juicio del

Proceso ordinario, lo cual no obsta para que pueda llevarse a cabo también en la vista del Juicio verbal (42) .

Se prevé en el art. 12 Anteproyecto, que lleva por título «Conciliación privada», que «1. Toda persona física o jurídica que se proponga ejercitar las acciones legales que le correspondan en defensa de un derecho que considere vulnerado, puede requerir a una persona con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate, para que gestione una actividad negocial tendente a alcanzar un acuerdo conciliatorio con la parte a que pretende demandar».

En el n.º 2 de ese mismo artículo se precisan los requisitos para ser conciliador. Así: «a) estar inscrito y en activo en uno de los colegios profesionales de la abogacía, procura, graduados sociales, notariado, en el de registradores de la propiedad, así como en cualquier otro que esté reconocido legalmente; o bien estar inscrito como mediador en los registros correspondientes o pertenecer a instituciones de mediación debidamente homologadas, al objeto de que se garantice su preparación técnica; b) ser imparcial; c) en el caso de que se trate de una sociedad profesional, deberá cumplir los requisitos establecidos en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, y estar inscrita en el Registro de Sociedades Profesionales del colegio profesional que corresponda a su domicilio».

En cuanto al encargo profesional al conciliador, el n.º 3 del art. 12 establece que «puede realizarse por las dos partes de mutuo acuerdo o solo por una de ellas. En el encargo se ha de expresar sucintamente, pero con la necesaria claridad, el contenido de la discrepancia objeto de conciliación, así como la identidad y circunstancias de la otra u otras partes. De la misma forma se procederá cuando sean las dos partes, de mutuo acuerdo, las que soliciten la intervención de la persona que hayan convenido para la realización de tal actividad. A efectos de comunicación entre el conciliador y las partes, se deberá indicar específicamente el teléfono, el correo electrónico a efectos de citaciones, así como, en su caso, el medio del que se dispone para la realización de los encuentros virtuales mediante videoconferencia». Por último, se dispone (n.º 4) que «la persona conciliadora debe aceptar de forma expresamente documentada la responsabilidad de la gestión leal, objetiva, neutral e imparcial del encargo recibido», estableciéndose que «estará sujeta a las responsabilidades que procedan por el ejercicio inadecuado de su función».

El Anteproyecto establece de una forma muy detallada las funciones del conciliador

También se cuida el Anteproyecto de precisar cuáles son esencialmente las funciones específicas de la persona conciliadora (art. 13) en el sentido siguiente: a) presidir las reuniones de las partes, bien sea presencialmente o por medio de instrumentos telemáticos; b) facilitar que las partes identifiquen y concreten el objeto de la controversia; c) dar la palabra de forma ordenada a cada una de las partes; d) solicitar de cada una de ellas las posibles propuestas de solución y que construyan un eficaz acuerdo común; e) formular directamente a las partes las posibles soluciones; f) en el caso de que exista acuerdo total o parcial, requerir a los abogados de las partes que redacten los documentos

que legalmente corresponda; g) firmar en su calidad de conciliador el acuerdo junto con las partes y sus abogados; h) en caso de desacuerdo, emitir una certificación acreditativa de que se ha intentado sin efecto la conciliación; i) si la parte requerida ha rehusado participar en el proceso conciliador, hacerlo constar en el certificado que emita; j) gestionar por sí mismo, o por las personas que le auxilien y le den soporte administrativo, la recepción de la solicitud, la invitación a la otra parte, la citación para las reuniones presenciales o virtuales que se precisen; k) informar a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar».

Como se ve, el Anteproyecto establece de una forma muy detallada las funciones del conciliador. Al respecto es conveniente señalar que dado que debe informar a las partes de las «características jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar» ello inclina claramente la balanza porque el conciliador tenga conocimientos jurídicos, que es lo que sucederá en la práctica, en detrimento de otras profesiones que no los tengan.

Y llama la atención que para ser conciliador no se exige ninguna formación específica, pero es verdad, que se señalan profesiones jurídicas de reconocido prestigio como posibles conciliadores. En cambio, sí se exige para el mediador, que sí puede ser conciliador, con lo cual en teoría se hace de peor condición al conciliador, salvo que se trate de alguna de esas profesiones jurídicas a las que acabamos de aludir y que además se hayan formado en la materia específica del correspondiente medio adecuado de controversias, lo que sí se hace con el mediador.

VIII. OFERTA VINCULANTE CONFIDENCIAL

En el Anteproyecto (art. 14) se recoge como uno más de los medios adecuados de solución de controversias la oferta vinculante confidencial. Así, se dispone que «cualquier persona que, con ánimo de dar solución a una controversia, formule una oferta vinculante a la otra parte, queda obligada a cumplir la obligación que asume, una vez que la parte a la que va dirigida la acepta. Dicha aceptación tendrá carácter irrevocable» (art. 14.1º Anteproyecto).

El pre-legislador se preocupa de cómo es la forma de llevar a cabo esa oferta vinculante. La forma de remisión tanto de la oferta como de la aceptación han de permitir dejar constancia de la identidad del oferente, de su recepción efectiva por la otra parte y de la fecha en la que se produce dicha recepción, así como de su contenido (art. 14.1º II Anteproyecto). La oferte vinculante tendrá carácter confidencial, siéndole de aplicación lo previsto en el art. 6 relativo a la confidencialidad (art. 14.2º Anteproyecto).

En el caso de este medio adecuado, si la oferta vinculante es rechazada, o no es aceptada expresamente por la otra parte en el plazo de un mes, la parte requirente podrá ejercitar la acción que le corresponda ante el tribunal competente, entendiendo que ha cumplido el requisito de procedibilidad (art. 14.3º).

En relación a las costas, se dispone respecto de la oferta vinculante confidencial que «en los casos en los que la parte que formuló la oferta vinculante resultase condenada en costas, cuando la oferta no

hubiera sido aceptada por la otra parte y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente similar al contenido de dicha oferta podrá, iniciado el trámite de tasación de costas, solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía (43) , presentando para ello la documentación íntegra relacionada con la oferta y tramitándose esta petición de acuerdo con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil» (art. 14.4º Anteproyecto).

IX. OPINIÓN DE EXPERTO INDEPENDIENTE

Como ya hemos dicho, la «opinión de experto independiente» es otro de los medios adecuados de solución de controversias. El Anteproyecto le dedica su art. 15. Se comienza describiendo en qué consiste este mecanismo. Así, «1. Las partes, con objeto de resolver una controversia, podrán designar de mutuo acuerdo a un experto independiente para que emita una opinión no vinculante respecto de la materia objeto de conflicto. Las partes estarán obligadas a entregar al experto toda la información y pruebas de que dispongan sobre el objeto controvertido». Continúa el precepto previendo que «2. El dictamen podrá versar sobre cuestiones jurídicas o sobre cualquier otro aspecto técnico relacionado con la capacitación profesional del experto. Dicho dictamen, ya se emita antes de iniciarse un proceso judicial o durante la tramitación del mismo, tendrá carácter confidencial con los efectos previstos en el art. 6 [relativo a la confidencialidad] de este Título». «3. En el caso de que las conclusiones del dictamen fuesen aceptadas por todas las partes, el acuerdo se consignara en los términos previstos en el art. 9 [sobre la formalización del acuerdo] de este Título y tendrá los efectos previstos en el art. 10 [relativo a la validez y eficacia del acuerdo] de este Título» (44) . Concluye este artículo, en cuanto al cumplimiento del requisito de procedibilidad, que «4. En los casos en los que no se haya aceptado el dictamen por alguna de las partes o por ninguna de ellas, es (*sic*), el experto designado extenderá a cada una de las partes una certificación de que se ha intentado llegar a un acuerdo por esta vía a los efectos de tener por cumplido el requisito de procedibilidad».

X. EFECTO DE LA APERTURA DEL PROCESO DE NEGOCIACIÓN Y DE SU TERMINACIÓN SIN ACUERDO

«La solicitud de una de las partes dirigida a la otra para iniciar un procedimiento de negociación a través de un medio adecuado de solución de controversias interrumpirá el plazo de prescripción o suspenderá la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por la parte requerida, reiniciándose o reanudándose respectivamente el cómputo de los plazos en el caso de que en el plazo de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida, no se mantenga la primera reunión dirigida a alcanzar un acuerdo o no se obtenga respuesta por escrito» (art. 4.1º I Anteproyecto). Sobre mediación, téngase en cuenta el art. 4 LM, al que ya nos hemos referido, que prácticamente reproduce este art. 4, aunque en el caso de la mediación, la interrupción de la prescripción o la suspensión de acciones es desde la fecha en que conste la recepción de la solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación, en su caso, y no desde que conste la recepción de la solicitud correspondiente por la parte requerida.

Continúa el art. 4.1º II Anteproyecto estableciendo que «la interrupción o la suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo o cuando se produzca la terminación del proceso

de negociación sin acuerdo».

«En el caso de que la propuesta inicial de acuerdo no tenga respuesta o bien de que el proceso negociador termine sin acuerdo, las partes deberán formular la demanda dentro del plazo de tres meses a contar, respectivamente, desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida o, en su caso, desde la fecha de terminación del proceso de negociación sin acuerdo, para que pueda entenderse cumplido el requisito de procedibilidad. Transcurrido dicho plazo sin que se haya presentado la demanda, las partes deberán iniciar un nuevo proceso de negociación para entender cumplido el requisito de procedibilidad» (art. 4.2º Anteproyecto).

Finalmente, sobre las consecuencias que se derivan en el caso de que se iniciara un proceso judicial con el mismo objeto que el de la previa actividad negocial intentada sin acuerdo, los tribunales deberán tener en consideración la actitud de las partes respecto a la solución amistosa y el eventual abuso del servicio público de Justicia al pronunciarse sobre las costas y asimismo para la imposición de multas o sanciones previstas, todo ello en los términos establecidos en la LEC (art. 4.3º Anteproyecto).

XI. ACREDITACIÓN DEL INTENTO DE NEGOCIACIÓN

Para acreditar que se ha intentado una actividad negocial previa y que, por tanto, se ha cumplido el requisito correlativo de procedibilidad, dicha actividad negocial debe ser recogida documentalmente (art. 7.1º Anteproyecto).

A estos efectos, el pre-legislador distingue si sólo han intervenido las partes, en cuyo caso la acreditación podrá cumplirse mediante cualquier documento firmado por ambas partes en el que se deje constancia de la identidad de las mismas, la fecha, el objeto de la controversia y la determinación de la parte o partes que formularon las propuestas iniciales. En defecto de lo anterior, podrá acreditarse el intento de negociación mediante cualquier documento que prueba que la parte requerida ha recibido dicha propuesta y en qué fecha, y que ha podido acceder a su contenido íntegro (art. 7.2º Anteproyecto). En el caso de que haya intervenido un tercero neutral gestionando la actividad negociadora, este deberá expedir, a petición de cualquiera de las partes, un documento en el que deberá hacer constar los siguientes requisitos: a) La identidad del tercero, su cualificación, colegio profesional o institución a la que pertenece; b) La identidad de las partes; c) El objeto de la controversia; d) La fecha de la reunión o reuniones mantenidas; y e) La declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente (art. 7.3º I Anteproyecto).

Por último, en el caso de que la parte requerida no hubiese comparecido o hubiese rehusado la invitación a participar en la actividad negociadora, se consignará también la forma en la que se ha realizado la citación efectiva, la justificación de haber sido realizada, y la fecha de recepción de la misma. Si quien no compareciese fuese la parte que promovió la actividad negociadora se consignará tal circunstancia (art. 7.3º II Anteproyecto).

XII. FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO

El art. 9 del Anteproyecto se ocupa de la regulación de la formalización del acuerdo. En el documento que recoja el acuerdo se deberá hacer constar la identidad y el domicilio de las partes y, en su caso, la identidad del tercero neutral que haya intervenido, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de negociación ajustado a las previsiones del Anteproyecto (art. 9.1º Anteproyecto). Echamos en falta, que no se prevea que se recoja la identidad de los abogados que hayan intervenido, si es el caso, salvo que en un sentido muy amplio se entienda que la referencia a la identidad de las partes incluye la de sus abogados, lo que no consideramos que sea técnicamente correcto.

El acuerdo deberá ser firmado por las partes o sus representantes y cada una de ellas tendrá derecho a obtener una copia. Si interviene un tercero neutral éste entregará un ejemplar a cada una de las partes y deberá reservarse otro ejemplar para su conservación (art. 9.2º Anteproyecto). Volvemos a echar en falta la referencia a los abogados de las partes, si hubieran intervenido, pero además, en nuestra opinión, sería muy necesario que el acuerdo sea firmado también por el tercero imparcial que hubiera intervenido, si ese fuera el caso. En cambio, en el art. 13 g del Anteproyecto, respecto a las funciones de la persona conciliadora, se establece «firmar en su calidad de conciliador el acuerdo junto con las partes y sus abogados».

Las partes podrán compelerse recíprocamente a elevar el acuerdo alcanzado a escritura pública, siendo los gastos notariales sufragados según lo acordado por ellas. En defecto de acuerdo sobre la asunción de tales gastos, serán sufragados por la parte que solicite la elevación a escritura pública, sin perjuicio de la repercusión que, en su caso, pudiera producirse en el proceso de ejecución en materia de costas, según lo establecido en los arts. 241.6º y 539 LEC, al tratarse de derechos arancelarios que deben abonarse para conformar el título ejecutivo (art. 9.3º I Anteproyecto). Si hubiera intervenido un tercero neutral se acompañará al acuerdo copia de las actas de las sesiones celebradas, sin que sea necesaria la presencia del tercero neutral en el acto de otorgamiento de la escritura (art. 9.3º II Anteproyecto).

Para elevar a escritura pública el acuerdo, se encomienda al Notario que verifique el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Anteproyecto y que su contenido no es contrario a Derecho (art. 9.4º Anteproyecto).

Cuando el acuerdo haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea (art. 9.5º Anteproyecto).

> El acuerdo tendrá el valor de cosa juzgada para las partes, según acoge el Anteproyecto, no pudiendo presentar demanda con igual objeto

Por último, cuando así lo exija la Ley o el acuerdo se hubiera alcanzado en un proceso de negociación al que se hubiera derivado por el tribunal en el seno del proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación (art. 9.6º Anteproyecto).

XIII. VALIDEZ Y EFICACIA DEL ACUERDO

El acuerdo puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a negociación, es decir, el acuerdo puede ser total o parcial, según los casos. El acuerdo tendrá el valor de cosa juzgada para las partes, según acoge el Anteproyecto, no pudiendo presentar demanda con igual objeto. Para que tenga valor de título ejecutivo el acuerdo habrá de ser elevado a escritura pública o bien homologado judicialmente cuando proceda en los términos previstos en el art. 9 (art. 10.1º Anteproyecto). Añadiéndose que contra lo convenido en el acuerdo sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art. 10.2º Anteproyecto).

Debemos señalar que el pre-legislador incurre en un error, ya que establece que «el acuerdo alcanzado tendrá el valor de cosa juzgada para las partes, no pudiendo presentar demanda con igual objeto» (art. 10.1º Anteproyecto), para establecer que «contra lo convenido en el acuerdo sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos» (art. 10.2º Anteproyecto), que será a través del proceso declarativo ordinario que corresponda por razón de la cuantía. Cuando lo único que cabría en puridad sería acudir a una acción de revisión por los motivos tasados del art. 510 LEC, que aunque prevista para las sentencias firmes (art. 510. LEC), y el acuerdo no lo es, si se admitiera dicha posibilidad, al igual que ocurre contra los laudos por *mor* del art. 43 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (en adelante, LA), por los motivos específicos que se contemplan en el art. 510 LEC), para atacar la cosa juzgada material. El error obedece a que han transcrito lo previsto en el art. 148.1º LJV sobre la acción de nulidad en el caso de la conciliación. Pero es más, según el art. 19.4º LJV «La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior sobre el mismo objeto que aquél, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria». Y la conciliación, como es sabido, es un acto de jurisdicción voluntaria. Pero también en la Exposición de Motivos del Anteproyecto [Apartado II, párrafo XVI), se incurre nuevamente sobre el particular en una imprecisión, cuando no en un error, porque se declara que «los efectos del eventual acuerdo, una vez homologado, tienen la misma eficacia que la sentencia firme», pero será cuando el auto de homologación haya devenido firme en su caso, por no recurrirse o por haberse agotado los recursos legalmente previstos (*vid.*. arts. 206.1.2ª y 455.1º LEC). Además, como se prevé en el art. 415.2º LEC que no sufre modificación «el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial».

XIV. HONORARIOS DE LOS PROFESIONALES

Se prevé que «cuando las partes acudan al proceso negociador asistidas por sus abogados habrán de abonar los respectivos honorarios» (art. 8.1º Anteproyecto).

A estos efectos se añade al art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, relativo al contenido material del derecho, un nuevo apartado 11 (Disposición final primera del Anteproyecto). Así el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende: «11. Los honorarios de los abogados que hubieren asistido a las partes, cuando acudir a los medios adecuados de solución de controversias sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, resulte de la derivación judicial acordada por los jueces o tribunales o sea solicitada por las partes en cualquier momento del procedimiento, siempre que tal intervención de los abogados sea legalmente preceptiva o cuando, no siéndolo su designación sea necesaria para garantizar la igualdad de las partes».

Cuando intervenga un tercero neutral, sus honorarios profesionales serán objeto de acuerdo previo con las partes intervinientes. Pero si la parte requerida para participar en el proceso de negociación no acepta la intervención del tercero neutral designado unilateralmente por la parte requirente, deberá éste abonar íntegramente los honorarios devengados hasta ese momento por el tercero neutral según lo previsto en el art. 8.2º Anteproyecto.

En los casos en que la utilización del medio adecuado de resolución de controversias sea requisito de procedibilidad antes de acudir a los tribunales de justicia y para aquellos otros en que la intervención del tercero neutral se produzca por derivación de dichos tribunales una vez iniciado el proceso, las Administraciones con competencias en materia de Justicia podrán establecer, en su caso, cuanto tengan por conveniente para sufragar el coste de la intervención de dicho tercero neutral, en todo o en parte, con cargo a fondos públicos y para aquellas personas en quienes concurran los requisitos que se establezcan a tal efecto, en la medida en que los medios adecuados de solución de controversias permitan reducir tanto la litigiosidad como sus costes, siempre de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias (Disposición adicional primera Anteproyecto).

XV. MODIFICACIONES EN LA LEC POR RAZÓN DE LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Como se recoge en la Exposición de Motivos del Anteproyecto [Apartado II, párrafo 21] «se producen también las modificaciones necesarias en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que se recogen en el art. 18 del Título II junto a otras modificaciones por razón de agilización procesal, para poder incluir en la tasación de costas la intervención de profesionales de los que se haya valido el consumidor o usuario aun cuando su intervención no resulte preceptiva y para que en la imposición de costas del pleito los tribunales puedan valorar la actitud de las partes en la utilización de los medios adecuados de solución de controversias y en el posible abuso del servicio público de Justicia (45) , regulándose a tal fin la posible solicitud de exoneración o moderación de las costas tras su imposición y una vez que el deber de confidencialidad ha cumplido toda la etapa necesaria hasta la firmeza de las sentencia y se puede ya acreditar la formulación de una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, que la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y que la resolución judicial

que haya puesto término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta».

Hay que tener en cuenta los arts. 244.3º LEC, 245 y 245 bis LEC, relativos al traslado a las partes y aprobación de la tasación de costas, impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración y moderación de las mismas y tramitación y decisión de la solicitud de exoneración o reducción, respectivamente.

Así, en el art. 264 LEC, relativo a los documentos procesales, en el que se dispone que «con la demanda o la contestación, habrán de acompañarse (...), añadiéndose un n.º 4, «el documento que acredite haberse intentado la actividad negocial previa a la judicial cuando la Ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad» (46) .

El art. 399 LEC, sobre «la demanda y su contenido» en lo que ahora nos interesa, se añade un párrafo 2 al n.º 3, en el sentido de que «asimismo, se hará constar en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo y se manifestarán los documentos que justifiquen que se ha acudido a un medio adecuado de solución de controversias, salvo en los supuestos exceptuados en la Ley de este requisito de procedibilidad».

Y el art. 403.2º LEC, sobre los casos de inadmisión de la demanda si faltare algún documento exigido, que se modifica en el sentido de que «no se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ellas los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquellas o no se haya intentado la actividad negocial exigida como requisito de procedibilidad en los casos establecidos por la ley, o efectuado los requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales».

También se modifica el art. 439 LEC, como se dice en la Exposición de Motivos del Anteproyecto [Apartado II, párrafo 29], «en cuanto a las medidas encaminadas a ordenar el gran flujo de demandas que tienen entrada en los Juzgados de lo Mercantil como consecuencia de las reclamaciones de los pasajeros contra las compañías aéreas».

Así, en dicho art. 439 el nuevo n.º 5 dispone que no se admitirán a trámite demandas de juicio verbal de reclamación de cantidad formuladas al amparo del art. 250.2º (47) LEC en los casos de cancelación, denegación de embarque o retraso susceptible de indemnización en los que no se haya interpuesto previa reclamación ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA). Según el nuevo número 6 del mismo artículo no se admitirán a trámite demandas de juicio verbal de reclamación de cantidad formuladas al amparo del art. 250.2º LEC en los casos de pérdida o retraso en la entrega del equipaje, así, como de cancelación, denegación de embarque o retraso fundadas en el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional hecho en Montreal el 29 mayo 1999, en las que no se acompañe acreditación de la reclamación previa formulada por el pasajero a la compañía aérea con al menos quince días de antelación.

Y, por último, respecto este art. 439 el nuevo n.º 7 «no se admitirán las demandas que tengan por objeto las acciones de reclamación de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por

el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuando no se acompañe a la demanda documento que justifique haber practicado el consumidor una reclamación previa extrajudicial a la persona física o jurídica que realice la actividad de concesión de préstamos o créditos de manera profesional, con el fin de que reconozca expresamente el carácter abusivo de dichas cláusulas, con la consiguiente devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor» (48) .

También se modifican los arts. 415, 429 y 443 LEC, que regulan la celebración de la audiencia previa en el juicio ordinario y de la vista en el juicio verbal, así como los arts. 565 y 776 LEC, para regular la posible derivación judicial a medios adecuados de solución de controversias cuando los procedimientos judiciales se encuentren en primera instancia o ejecución. Y también los arts. 722, 724 y 730 LEC sobre medidas cautelares en el caso de intento de medios adecuados de solución de controversias, en arbitrajes y litigios extranjeros [Exposición de Motivos Anteproyecto, Apartado II, párrafo 31]

En materia de costas durante la primera instancia también se han producido modificaciones de cara a dar eficacia a los nuevos medios adecuados de solución de controversias. Así, el art. 394.1º LEC dispone que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones, pero en el párrafo III de dicho número 1 se establece que «no obstante, cuando sea legalmente preceptivo o lo acuerde el tribunal durante el curso del proceso, no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en una actividad negocial, mediación o en cualquier otro medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado».

En los casos de estimación o desestimación parcial, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad. Pues bien, en el art. 394.2º.II LEC se establece que «no obstante, si la parte demandada no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias, cuando fuere legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso, se le podrá condenar al pago de las costas, en decisión debidamente motivada, aun cuando la estimación de la demanda sea parcial».

Asimismo, en el n.º 4 del mismo artículo se prevé que «si la parte requerida para iniciar una actividad negocial previa tendente a evitar el proceso judicial hubiese rehusado intervenir en la misma, la parte requirente quedará exenta de la condena en costas, salvo que se aprecie abuso del servicio público de Justicia».

En el caso de allanamiento se establece que «se entenderá que existe mala fe a estos efectos [cuando el demandado se allanare antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal razonándolo debidamente, aprecie mala fe en su conducta, o abuso del servicio público de Justicia] cuando, antes de presentada la demanda, se hubiese requerido de pago al demandado de forma fehaciente y justificada, o cuando hubiese rechazado el acuerdo ofrecido en un intento de conciliación, la participación en un proceso de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias» (art. 395.1º II LEC).

Y finalmente, el art. 395.3º LEC establece que «si la parte demandada no hubiere acudido, sin justa causa que lo justifique, a un intento de mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso y luego se allanare a la demanda, se le condenará en costas en decisión debidamente motivada».

Por otro lado, la Disposición adicional segunda Anteproyecto dispone que todas las referencias que en la LEC se hacen a la mediación hay que entenderlas referidas a cualquier otro de los medios adecuados de solución de controversias enunciados en el Anteproyecto.

XVI. CONCLUSIÓN

En conclusión, como ya hemos dicho en ocasiones anteriores, debe tenerse muy presente siempre que es conveniente examinar a la vista del caso concreto, cuál es el sistema más idóneo para resolver el conflicto de la forma más adecuada, como incluso se dice en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto. Potenciar los MASC es una de las finalidades pretendidas de operadores jurídicos y económicos —a semejanza especialmente de los países anglosajones—, a la vista de las ventajas que presentan sobre el proceso judicial, consistentes en sus menores duración y coste o la flexibilidad que les caracterizan. Y en esa línea se enmarca el Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia de potenciación de los medios adecuados de solución de controversias.

Pero en lo que no estamos de acuerdo es que sea un requisito necesario para poder presentar la demanda en la mayor parte de los asuntos que llegan a nuestros tribunales civiles y mercantiles con la finalidad de descargar de asuntos a ese orden jurisdiccional, cuando ese debería ser, en su caso, el fin mediato de los MASC, pero no su fin inmediato que es colmar las expectativas de los ciudadanos para resolver sus controversias siempre que hayan optado por alguno de ellos de forma libre, y no condicionados por la necesidad de que si no lo hacen no podrán acceder a los tribunales de justicia.

Además, el que el intento de negociación, en un sentido amplio, incluyendo los diversos medios adecuados, a pesar de los efectos que se les otorgan, al tener categoría de requisito de procedibilidad necesario sin el cual no se dará curso a una demanda en los ámbitos civil y mercantil, con los incentivos que se establecen para su utilización, no obstante lo cual puede hacer inoperativos a los distintos MASC, como ocurrió con la obligatoriedad del uso de la conciliación en la LEC de 1881, hasta que la Reforma Urgente de la LEC de 1984 le hizo devenir en facultativo por dicha inoperatividad, o la falta de éxito que ha tenido una medida similar en los últimos intentos de potenciar estos medios adecuados de solución de controversias.

Por último, espero que a lo largo de la tramitación legislativa de este Anteproyecto se reconsidere el que sean requisito de procedibilidad y que, en todo caso, se corrijan los defectos de falta de rigor técnico que hemos puesto de manifiesto, para que, si se aprueba finalmente por las Cortes, sea un texto legal con la mejor técnica jurídica posible.

(1) Este trabajo tiene su origen en la ponencia pronunciada en el «Webinar sobre El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», organizado por la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el 27 enero 2021.

Ver Texto

(2) Puede verse «Comparecencia de la Ministra de Hacienda y Portavoz del Gobierno y el Ministro de Justicia», Madrid, 15 diciembre 2020, en [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/Paginas/2020/rpcm15122020.aspx], p. 4.

Ver Texto

(3) Puede verse «Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», martes, 15 diciembre 2020, en [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/151220-justicia.aspx].

Ver Texto

(4) Sin embargo, en la Exposición de Motivos [Apartado IX, párrafo 12] se alude a una decimoprimera disposición adicional, relativa a las previsiones necesarias para las actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia en el orden jurisdiccional penal que no aparece en el texto articulado, ya que como hemos dicho, sólo consta de diez disposiciones adicionales.

Ver Texto

(5) Puede consultarse en [https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-tematicas/actividad-legislativa/normativa/participacion-publica-proyectos-normativos/proyectos-real-decreto].

Ver Texto

(6) En

[https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf].

Ver Texto

(7) En

[https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/MAIN%20APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf].

Ver Texto

(8) Puede verse *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos* [Coordinador, Hinojosa Segovia, R .], Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2006, 212 pp.

Ver Texto

(9) Edición del Tricentenario. Actualizada en 2020.

Ver Texto

(10) Acepción 11ª de la voz medio.

Ver Texto

(11) Acepción 4ª de la voz método.

Ver Texto

(12) Así lo señala el propio Ministro de Justicia al decir que son «mecanismos que lo que vienen es a fomentar una cultura de la que todavía estamos ayunos». En «Comparecencia de la Ministra de Hacienda y Portavoz del Gobierno y el Ministro de Justicia», Madrid, 15 diciembre 2020, en [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/Paginas/2020/rpcm15122020.aspx], p. 5.

Ver Texto

(13) El corchete es añadido.

Ver Texto

(14) En la Disposición adicional cuarta del Anteproyecto se avanza la organización de las unidades de métodos adecuados de solución de controversias a efectos de potenciar estos medios de solución de controversias.

Ver Texto

(15) En «Comparecencia de la Ministra de Hacienda y Portavoz del Gobierno y el Ministro de Justicia», Madrid, 15 diciembre 2020, en [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/Paginas/2020/rpcm15122020.aspx], p. 4.

Ver Texto

(16) En *Justicia Dato a Dato. Año 2019. Estadística Judicial*, pág. 36. Que puede consultarse en [https://www. poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/].

Ver Texto

(17) En relación a los litigios en que se ejerciten acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubieren contratado, sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, tanto las previstas en la legislación especial en materia de consumo como los generales previstos en el Anteproyecto. Se entenderá también cumplido el requisito de procedibilidad con la presentación ante el Banco de España, la

Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección de Seguros y Fondos de Pensiones en los términos establecidos por el art. 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (Disposición adicional sexta Anteproyecto).

Ver Texto

(18) *Vid.* Exposición de Motivos del Anteproyecto [Apartado II, párrafo 1].

Ver Texto

(19) En «Comparecencia de la ministra de Hacienda y portavoz del Gobierno y el ministro de Justicia», Madrid, 15 diciembre 2020, en [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/Paginas/2020/rpcm15122020.aspx], pág. 5.

Ver Texto

(20) Así se prevé en la Disposición adicional quinta del Anteproyecto «Estadística» la obligación por parte de los terceros neutrales de remitir la información que se establezca sobre su actividad a efectos, se supone, de conocer el número de medios adecuados de solución de controversias realizados y el resultado de dichos medios para control estadístico.

Ver Texto

(21) En la Exposición de Motivos [Apartado II, párrafos 28 y 29], se declara que «la implantación y fomento de los medios adecuados de solución de controversias exige también la modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y la modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. De esta manera, se revisa la exención prevista en dicho impuesto para las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales en la cuantía legal o judicialmente reconocida, con la finalidad de que pueda resultar aplicable cuando, sin fijarse su cuantía legal ni judicialmente, la indemnización sea satisfecha por la entidad aseguradora del causante de los daños físicos o psíquicos en cumplimiento de un acuerdo de mediación o de cualquier otro medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto».

«Igualmente, se revisa el régimen fiscal establecido para las anualidades por alimentos percibidas de los padres con el objeto de eliminar cualquier duda sobre la aplicación del mismo a las anualidades fijadas en los convenios reguladores a que se refiere el art. 90 del Código Civil formalizados ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, al tiempo que se recuerda que dicho convenio puede ser el resultado de cualquier medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto».

Ver Texto

(22) Así, se puede ver la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación [Apartado 1, párrafo 4] al declarar «por todo ello, se ha considerado que dicho proceso podría experimentar un significado impulso con medidas legislativas de índole procesal sin olvidar que una labor de concienciación y de formación de todos los actores involucrados en este ámbito puede ser una solución eficaz a largo plazo».

Ver Texto

(23) Como se declara en la Exposición de Motivos del Anteproyecto [Apartado II, párrafo 7] al decir «para ello es necesario introducir medidas eficaces que no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos».

Ver Texto

(24) Puede consultarse en [https://estaticos.expansion.com/estaticas/documentos/2010/04/mediacion.pdf].

En cuya Exposición de Motivos [Apartado II, párrafo 5] se declara que «para impulsar este instituto la Ley exige el inicio de la mediación en determinados casos en los que se exige como requisito necesario y previo para acudir a los tribunales o a un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos. En particular, así lo hace en el ámbito de las reclamaciones de cantidad, a cuyo fin se modifican las leyes procesales pertinentes».

Ver Texto

(25) En el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia se pretende elevar dicha cuantía hasta 15.000 euros. Véase art. 18. «Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», al modificar su art. 250.2.

Ver Texto

(26) Puede consultarse en [https://atymediacion.es/sites/default/files/2018-03/apl_de_mediacion__a_firma.pdf].

Ver Texto

(27) Así se declara que «para impulsar la utilización de este instituto la ley exige acudir a la mediación en determinados casos como requisito necesario y previo al proceso o a otro procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos. En particular, así se hace en el ámbito de las reclamaciones de cantidad» [Apartado III, párrafo 2].

Ver Texto

(28) «Que fue sometido a debate y votación de totalidad por el Congreso de los Diputados en su sesión del día 29 marzo 2012, en la que se acordó su convalidación» [BOE núm. 56, de 6 marzo 2012], «así como su tramitación como Proyecto de Ley», Véase *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley*, de 10 abril 2012, núm. 6-1, pág.1.

Ver Texto

(29) *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley*, de 10 abril 2012, núm. 6-1, pp . 1-12.

Ver Texto

(30) Puede consultarse en [https://www.aeafa.es/files/noticias/anteproyectoleyimpulsomediacion.pdf].

Ver Texto

(31) El corchete es añadido.

Ver Texto

(32) Art. tercero, Modificación de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, 2 que modifica el art. 6 apartado 1, donde se recogen los casos en los que los interesados estarán obligados a intentar la mediación con carácter previo al inicio de un proceso declarativo

Ver Texto

(33) Puede consultarse en [https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/02/Observadciones-Abogacia-ley-de-mediacion.pdf], especialmente pp. 2 y 3.

Ver Texto

(34) En la Disposición adicional tercera «Estatuto del tercero neutral» se dispone que «a propuesta del Ministerio de Justicia, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, un proyecto de ley que regule el estatuto del tercero neutral interviniente en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, incluyendo un régimen de incompatibilidades y de infracciones y sanciones para el caso de incumplimiento de las obligaciones y deberes establecidos en dicho estatuto.

Ver Texto

(35) *Vid.* arts. 6.2 Código Civil [en adelante, Cc] y 19.1º LEC.

Ver Texto

(36) En cambio, el art. 11 que lleva por título «Objeto», habla de «otras modalidades previstas en la legislación especial». La Disposición adicional octava dispone que «quedan comprendidos dentro del concepto de actividad negocial previa cualesquiera medios de solución alternativa de litigios que estén ya regulados en la legislación especial».

Ver Texto

(37) *Vid.* arts. 244.3, 245 y 245 bis LEC, relativos a la tasación de costas, según la redacción dada por el art. 18 veintinueve, treinta y treinta y uno del Anteproyecto.

Ver Texto

(38) Llama la atención que ahora se suprime en el título del art. 6 el carácter voluntario de la mediación, haciendo desaparecer su referencia en el párrafo 1 de este mismo artículo, aunque, como ya hemos señalado, en el art. 1 LM, modificado, se alude a dicho principio.

Ver Texto

(39) En la redacción originaria el art. 17.2º LM dispone «Las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apartado 1».

Ver Texto

(40) La regulación de la conciliación privada en el Anteproyecto ha sido criticada por Del Rio. A., en «Nueva apuesta por los medios adecuados de solución de controversias: El silogismo imperfecto», en *Confilegal*, del 30 enero 2021, que puede consultarse en [https://confilegal.com/20210130-opinion-nueva-apuesta-por-los-medios-adecuados-de-solucion-de-controversias-el-silogismo-imperfecto/]. «En primer lugar primer lugar porque el fundamento teórico de su existencia como procedimiento diferente de la mediación por el sólo hecho de que el tercero neutral puede proponer soluciones al conflicto, es del todo inconsistente. Por lo tanto, desde el punto de vista teórico, no debería reconocerse la conciliación privada como un medio de solución de controversias distinto de la mediación». «En segundo lugar porque supone ir en sentido totalmente contrario al criterio internacional vigente a este respecto. Este debate se ha producido en el seno de las instituciones internacionales responsables de su regulación, que utilizaban ambos términos, mediación, y conciliación por considerarlos intercambiables». Y, también destaca que «esta conciliación privada o mediación sui géneris podrá llevarse a cabo por cualquier profesional dado de alta en activo en su respectivo colegio profesional (art. 12.2º.a). No se le exige preparación alguna para abordar estas situaciones, carece de titulación como mediador, carece de responsabilidad civil específica para esta materia y no es preciso que conste inscrito en registro alguno».

Ver Texto

(41) Se declara en la Exposición de Motivos del Anteproyecto [Apartado II, párrafo 16] que «con independencia de la conciliación ante el Letrado de la Administración de Justicia prevista y regulada en los artículos 139 y sucesivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, las leyes de enjuiciamiento prevén la actividad conciliadora en diversos momentos del procedimiento...», lo cual no es exacto, dado que según el art. 140 LJV establece, como hemos recogido en el texto principal, que «será competente para conocer del acto de conciliación el Juez de Paz o el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia o del Juzgado de lo Mercantil, cuando se trate de materias de su competencia, del domicilio del requerido. Si no lo tuviere en territorio nacional, el de su última residencia en España. No obstante, lo anterior, si la cuantía de la petición fuera inferior a 6.000 euros y no se tratara de cuestiones atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil la competencia corresponderá, en su caso, a los Juzgados de Paz».

Ver Texto

(42) Puede verse mi capítulo «La conciliación», en *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos*, [Coordinador: Hinojosa Segovia, R.], Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2006. Aunque publicado antes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, son especialmente ilustrativas las pp. 91-93.

Ver Texto

(43) Téngase en cuenta, como ya hemos dicho, los arts. 244.3, 245 y 245 bis LEC, relativos a la tasación de costas,

Ver Texto

(44) Los corchetes son añadidos.

Ver Texto

(45) Como se declara en la Exposición de Motivos [Apartado II, párrafo 22] «Surge así la noción del abuso del servicio público de Justicia, actitud incompatible de todo punto con su sostenibilidad, como utilización indebida del derecho fundamental de acceso a los tribunales con fines meramente dilatorios o cuando las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación. Será indudablemente la jurisprudencia la que irá delimitando los contornos de este nuevo concepto, como ya lo ha hecho a lo largo de muchos años en el análisis de la temeridad o la mala fe procesal. El abuso del servicio público de Justicia se une así a la conculcación de las reglas de la buena fe procesal como acreedor a la imposición motivada de las sanciones previstas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

Ver Texto

(46) En la Exposición de Motivos del Anteproyecto [Apartado II, párrafo 23] se cita el art. 266 LEC «documentos exigidos en casos especiales», pero en el texto articulado se refiere ya al art. 264 LEC, por lo que hay una contradicción.

Ver Texto

(47) Téngase en cuenta lo que hemos dicho ya sobre la elevación de la cuantía en el juicio verbal ordinario.

Ver Texto

(48) *Vid.* Disposición adicional séptima del Anteproyecto sobre reclamación previa en los casos a los que se refiere el art. 439.7º LEC.

Ver Texto

ESTUDIOS

Sin ti no soy nada... o sobre cómo la tutela judicial declarativa convierte el arbitraje laboral en mecanismo eficaz de resolución de conflictos»

Without you I am nothing... or how judicial declarative protection turns labour arbitration into an effective dispute resolution mechanism

El estudio viene a acreditar la importancia de la tutela declarativa judicial para la eficacia y seguridad jurídica del arbitraje laboral, en el marco del sistema estatal de resolución de conflictos estudiado por el Derecho jurisdiccional diversificado.

Arbitraje laboral, Eficacia, Tutela declarativa judicial, Auxilio judicial, Control.

This reseach paper confirms the importance of judicial declarative protection for efficacy and legal security of labor arbitration, within the framework of state conflict resolution system studied by Diversified jurisdictional law.

Labor arbitration, Efficacy, Judicial declarative protection, Judicial assistance, Control.

Ixusko Ordeñana Gezuraga

Profesor titular Derecho procesal Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

I. EL ARBITRAJE LABORAL EN EL MARCO DEL SISTEMA ESTATAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO JURISDICCIONAL DIVERSIFICADO

1. Los mecanismos ADR en cuanto instrumento de mejora de la Jurisdicción y su nexo en el marco

del Derecho jurisdiccional diversificado

En cuanto jurisdiccionalistas, especialistas en la labor del Poder Judicial, conscientes de que el conflicto jurídico, en general, y el laboral, en cuanto especialidad de aquél, en particular, va a existir siempre (1) , nos preocupa especialmente su solución eficaz. Este planteamiento bebe de la configuración de la justicia como servicio público, entendiendo que este valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1 Constitución española (en adelante, CE)) y fin del Derecho (2) , requiere, en todo caso, que la ciudadanía vea solventados sus conflictos jurídicos de manera eficiente. Sin entrar en discusiones sobre la noción de eficiencia, optando por su identificación con la resolución del conflicto que satisface al justiciable al menor coste posible, y casando la realización de la justicia con la actividad del Poder Judicial, se nos plantea cuál es la forma de mejorar ésta. Con criterio reduccionista, y reconociendo que cualquier modificación únicamente puede realizarse conforme a ley, dos son las opciones posibles: dedicar más recursos, materiales y personales, a la propia jurisdicción o Poder Judicial (3) o desjudicializar la resolución de los conflictos, es decir, fomentar los mecanismos tradicionalmente llamados extrajurisdiccionales (*Alternative Dispute Resolution)*(en adelante, ADR). Nosotros somos partidarios de la segunda, razonando nuestra postura con varios argumentos concatenados. En primer lugar, somos plenamente conscientes de que los elementos esenciales de la jurisdicción, aquéllos que lo convierten en un sistema seguro, coherente y contundente de resolución de conflictos, son, al mismo tiempo, fuente de sus debilidades (4) . Asimismo, bebiendo de la experiencia norteamericana, del movimiento global *ADR*, estamos convencidos de que, por más recursos o medios que se dediquen al Poder Judicial, éste siempre va a funcionar igual, con las mismas virtudes y taras. Es, por ello, que proclamamos, igual que se hizo, el siglo pasado, en EE UU, la necesidad de la diversificación de los métodos de resolución de conflictos, correspondiendo al Estado ofrecer a la ciudadanía un cúmulo de mecanismos de resolución, para que los justiciables, libremente, en el caso concreto, opten por el que más les conviene (5) . Estamos seguros de que la posibilidad de elegir la forma o procedimiento de resolución, legitima más su resultado, convirtiéndose en eje de la verdadera solución eficaz de las controversias jurídicas. A continuación, no obstante, son necesarias las matizaciones, tanto en relación a los mecanismos extrajudiciales, como respecto al rol que le corresponde al Poder Judicial. Sobre los primeros cabe apuntar, que surgiendo y desarrollándose en libertad, en busca de la justicia más adecuada en el caso concreto «aquélla que satisface a los dos justiciables en conflicto», nunca pueden ser un ámbito o entramado de ilegalidad (6) . Del mismo modo, y reconociendo la esencialidad del Poder Judicial «no en vano, es eje del Estado Democrático y de Derecho» proclamamos que no puede haber justicia sin auxilio y control del Estado, correspondiendo, concretamente, a los jueces el auxilio y control de los mecanismos extrajudiciales. Por tanto, pregonando la convivencia y la mutua interdependencia de la jurisdicción y los mecanismos ADR (7) , traemos y condensamos todas estas ideas en lo que venimos identificando como sistema estatal de resolución de conflictos, ordenado por la rama del Derecho que llamamos *Derecho jurisdiccional diversificado* (8) .

2. El arbitraje laboral en cuanto especie de arbitraje. Particularidades y problemas derivados de la exclusión de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje

El arbitraje, en cuanto método de resolución de conflictos, es único e indivisible,

independientemente de que adquiera características dispares en función del ámbito del Derecho «y correspondiente conflicto» al que se aplica (civil, administrativo y laboral), tal y como ocurre con en la jurisdicción, que se organiza en cuatro órdenes jurisdiccionales, distinguiendo otros tantos procesos jurisdiccionales. De esta guisa, el arbitraje laboral, igual que el privado general, es un método heterocompositivo de solución de un tipo de conflicto jurídico (el laboral), en el que las partes, libremente, suscribiendo un convenio arbitral, y dejando de ejercer el prius de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (acudir, mediante una demanda, a los tribunales, en solicitud de una solución para su disenso), solicitan el auxilio de un tercero (órgano arbitral), en quien delegan la resolución del conflicto y quien, en cumplimiento de su obligación, les presenta una solución, en forma de laudo, que aquéllas deben acatar. No obstante, esta formulación (el arbitraje laboral como especie del arbitraje privado general), modernamente, ha tenido que hacer frente, en nuestro ordenamiento jurídico, a la labor del legislador estatal, quien, en las últimas leyes de arbitraje (de 1953, de 1988 y la actual (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) (en adelante, LA) ha ordenado el arbitraje patrimonial, civil y mercantil, dejando a un lado el arbitraje laboral (9) . Buscando las causas que justifiquen este proceder, unificamos todas las razones que presenta la doctrina, en el difícil encaje del conflicto jurídico-laboral y del Derecho sustantivo que lo regula (el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) en la regulación del arbitraje privado en la LA. Más concretamente, en cuanto elementos que separan el arbitraje laboral del privado común, podemos apelar a la «disponibilidad limitada» de los derechos laborales «derivados de la finalidad tuitiva del Derecho del Trabajo» (art. 3.5º Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)) (10) ; la necesidad de regímenes jurídicos diferentes en los distintos tipos de conflicto laboral (individual y colectivo, de interpretación y aplicación y de reglamentación) «lo que nos lleva a la existencia de distintas modalidades del arbitraje laboral»; las desemejantes fuentes del arbitraje laboral (la ley, el contrato individual y la autonomía colectiva en todas sus dimensiones) «lo que, igualmente, nos permite identificar dispares modalidades de arbitraje laboral, al tiempo que da lugar a una atomización o diversificación en su regulación» (11) ; la distinta eficacia que, en relación a cada uno de ellos, se debe reconocer al laudo; el consiguiente dispar régimen de impugnación del laudo en vía jurisdiccional «en el que nos fijaremos en líneas posteriores»; y la existencia de modalidades obligatorias, que denotan la falta de la bilateralidad y la libertad que caracteriza esta técnica extrajurisdiccional (12) .

Sea por lo que sea, el efecto principal derivado del apartamiento expreso, por parte del legislador, del arbitraje laboral de la LA, es la inexistencia de un régimen jurídico completo, en general, para éste, y en particular, la ausencia de regulación de cuestiones vitales y/o de orden público del mismo, como la eficacia de su laudo, los distintos tipos de laudo en atención a las distintas modalidades de conflicto laboral que solventa, su relación con la jurisdicción, etc. (13) . Causa ello, a nuestro juicio, una terrible inseguridad jurídica a las partes del conflicto laboral que acuden al arbitraje para su solución, sin que se pueda recurrir a la autonomía colectiva y a su fruto (el convenio colectivo, en genérico), en cuanto fuente especial del Derecho laboral (arts. 3.1º.b) ET y 37 CE), para suplir estas deficiencias, pues aquélla no puede entrar en materia de orden público, reservada exclusivamente a ley. Ante este panorama, parte de la doctrina postula la aplicación de LA, también en el ámbito laboral y a pesar de que aquélla lo excluya expresamente, especialmente en lo relativo a los principios generales que la informan y a la ordenación de su proceso (14) . Encuentran un argumento

a su favor, en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, que ordena un arbitraje laboral que permite fijar a las partes el proceso a seguir, aplicándose, en su defecto, la LA (art. 18.4º). Esta opción nos lleva calificar, de modo épico, al arbitraje laboral como «hijo pródigo», que es apartado del arbitraje privado genérico expresamente para luego volver a él indefectiblemente. Muestra, a nuestro juicio, igualmente el carácter especialísimo de aquél, en general, y de su ordenación, en particular, cuando la mayoría de los países del mundo, siguiendo el modelo UNCITRAL, regula de manera casi similar este mecanismo. En cualquier caso, nosotros vencemos el vacío legislativo mentado apelando a la naturaleza jurídica del arbitraje, en general, y del laboral en particular. Superadas las teorías meramente privatistas y publicistas sobre su naturaleza (15) , cuando prevalece la teoría ecléctica que, combinando elementos privados y públicos, describe el instrumento extrajurisdiccional como «equivalente jurisdiccional, parajurisdiccional o cuasijurisdiccional» (16) , nosotros entendemos el arbitraje como categoría autónoma en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado, proclamando la aplicación de la acción y el proceso «dos de las tres categorías principales del Derecho jurisdiccional» en el mismo (17) . Ello nos permite acudir, para cubrir las lagunas del arbitraje laboral, al proceso laboral y al proceso civil (DF 4 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en lo sucesivo, LJS) y art. 4 Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)).

Nos centraremos en la concreta asistencia y control que desempeña el Poder Judicial, mediante su tutela declarativa, respecto al arbitraje laboral

II. SOBRE LA IMPRESCINDIBILIDAD DE LA JURISDICCIÓN PARA EL ARBITRAJE, EN GENERAL, Y PARA EL ARBITRAJE LABORAL, EN PARTICULAR

Hilando con la última idea relativa a su naturaleza jurídica, reconociendo la autonomía del arbitraje, en general, y del laboral «como su especie», en particular, en el sistema estatal de resolución de conflictos, ordenado por el Derecho jurisdiccional diversificado, debemos reconocer el estrecho vínculo entre aquél y la jurisdicción. Corresponde, al efecto, apelar no únicamente a los dos elementos que comparten (el proceso (18) y la acción (19)), sino a que, a pesar de que el mecanismo extrajurisdiccional no está previsto en la CE (20) , surge para evitar la intervención del Poder Judicial, en materia disponible (art. 2.1º LA), en la que la tutela judicial no es obligatoria. Luego, el arbitraje surge de la renuncia libre y pactada a la jurisdicción por los justiciables. No obstante, este abandono del Poder Judicial, reflejo del efecto negativo del convenio arbitral (art. 11.1º LA), no es definitivo, ni tampoco, absoluto. Así, a pesar del efecto mentado y de la aplicación del principio de intervención judicial mínima en el arbitraje (art. 7 LA), se acude, con frecuencia, a la tutela declarativa judicial. Es más, ésta es obligatoria cuando el conflicto jurídico es indisponible, y a ella se *puede* acudir, facultativamente, para el nombramiento de los árbitros (arts. 8.1º y 15 LA), para la práctica de pruebas (arts. 8.2º y 33 LA) y para el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros (arts. 8.6º y 46 LA) (21) . Del mismo modo, y en ejercicio de la función de control que corresponde al Poder Judicial,

respecto a todos los mecanismos extrajudiciales «en cuanto sólo en nombre y con aceptación del Estado se puede hacer justicia», los justiciables que han optado por utilizar el arbitraje pueden acudir a la tutela declarativa judicial para la impugnación de su laudo arbitral, bien mediante el ejercicio de la acción de anulación, bien del recurso de revisión (arts. 8.5º y 40 a 43 LA). Nos centraremos en la concreta asistencia y control que desempeña el Poder Judicial, mediante su tutela declarativa, respecto al arbitraje laboral, en lo sucesivo. Antes, no obstante, conviene apuntar, tanto en relación al arbitraje general, como al laboral, en particular, que también se acude a la tutela judicial para ejecutar el laudo arbitral, pues solo los jueces pueden hacerlo cumplir por la fuerza, en ejercicio de la tutela judicial ejecutiva (art. 117.3º CE). Del mismo modo, tampoco sustituye el arbitraje la tutela cautelar ofrecida por los jueces. Aunque es cierto que los propios árbitros pueden dictar medidas dirigidas a proteger el objeto del proceso arbitral, salvo acuerdo contrario de las partes, siempre que lo solicite alguna de ellas, pudiendo, al efecto, exigir caución suficiente al solicitante (art. 23.1º LA), se ha de acudir a la jurisdicción, para su ejecución o para recurrir estas medidas mediante la acción de anulación. Trataremos, en otra ocasión, la intervención de la tutela ejecutiva y cautelar judicial en el arbitraje laboral, centrándonos, en esta investigación, en las funciones de auxilio y control que realiza el Poder Judicial, mediante su tutela declarativa, respecto a este mecanismo extrajudicial. Queremos llamar la atención sobre una última idea: si, en general, respecto al arbitraje común, la tutela judicial declarativa es fundamental, en cuanto principal fuente de garantías y seguridad jurídica de aquél, más lo es respecto al arbitraje laboral, debido a la falta de ordenación de éste que apuntábamos, convirtiéndose, al efecto, en esencial la LJS. Esta coyuntura, no obstante, nos exige un análisis *lege data* y *lege ferenda* de la intervención del Poder Judicial en aquél. Lo hacemos en las siguientes líneas.

III. EL ARBITRAJE LABORAL COMO OPCIÓN PARA SOLVENTAR EL CONFLICTO LABORAL: ÁMBITO DE ACTUACIÓN Y NEXO CON LA JURISDICCIÓN

1. Cuando el arbitraje laboral no es una opción

Surgido y desarrollado en libertad (22) , el arbitraje laboral únicamente puede actuar «convirtiéndose en una opción respecto a la tutela judicial», en materia disponible, es decir, en conflictos jurídico-laborales de esta naturaleza. Luego, en otros términos: no cabe opción de asistir a este mecanismo extrajurisdiccional cuando el derecho discutido o afectado hace referencia a una norma indisponible (derechos fundamentales, salud y seguridad laboral,...) (art. 3.5º ET), debiendo acudirse obligatoriamente a la jurisdicción, al efecto. Nos muestra este dato la trascendencia del Poder Judicial en el sistema estatal de resolución de conflictos, en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado, en la protección de las exigencias sociales del interés público.

2. Ámbito de intervención del arbitraje laboral

Sin solución de continuidad, es pues en la resolución de conflictos sobre materia disponible, es decir, aquéllos en los que se reconoce a sus protagonistas o partes plena capacidad de negociación, donde pueden concurrir el arbitraje laboral y la jurisdicción, dibujando el ámbito que comparten ambos mecanismos. Si bien, aunque como hemos apuntado, ambos comparten dos elementos (el proceso y la acción), al tiempo que ofrecen tutela declarativa «judicial o arbitral, respectivamente, resolviendo

el conflicto» es la posibilidad de configurar libre y flexiblemente el arbitraje laboral (eligiendo el órgano arbitral y marcando su labor y la tramitación a seguir), el principal atractivo de este último. Es, por ello, que nosotros, reconociendo la libertad de las partes para optar por uno u otro, somos, en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado, firmes defensores de la asistencia prioritaria al arbitraje laboral, especialmente por el empoderamiento de los protagonistas en la resolución de sus conflictos que conlleva y por suponer la extensión de la autonomía colectiva, como fuente del Derecho laboral, no sólo a la ordenación de la relación laboral, sino a sus situaciones o vicisitudes (pacíficas y conflictivas). Reservamos así, en nuestra construcción ideal, la intervención judicial para labores de auxilio y control (23) .

3. Interconexión entre la tutela declarativa ofrecida por los árbitros y los jueces

El legislador, además de permitir a los justiciables elegir entre ambos mecanismos (arbitraje laboral y jurisdicción), ordena expresamente los efectos de la suscripción del convenio arbitral en la jurisdicción. Debemos referirnos, al tiempo, a dos elementos no ordenados expresamente por el legislador: la protección del convenio arbitral respecto a la actuación judicial declarativa y la facultad de las partes de abandonar un proceso jurisdiccional laboral iniciado, para, de mutuo acuerdo, acudir a un arbitraje laboral. Son tres elementos que muestran el engarce o ensamble entre ambos mecanismos.

Ciertamente, el art. 65 LJS prevé los efectos de la suscripción de un convenio arbitral en la jurisdicción. Con referencia únicamente a los convenios arbitrales previstos en los acuerdos interprofesionales (24) , el precepto mentado dispone que la suscripción de «un compromiso arbitral» suspende los plazos de caducidad e interrumpe los de prescripción. Recoge, asimismo, tres normas en relación a la reanudación de los primeros, una general y dos específicas. Conforme a ellas, se prevé que el cómputo de la caducidad se reanuda al día siguiente de que adquiera firmeza el laudo arbitral, si bien, cuando se interponga un recurso judicial de anulación de laudo, «la reanudación tendrá lugar desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia que se dicte» y cuando el órgano arbitral dicta un laudo en el que no entra en el fondo del asunto por entenderse incompetente (entendemos por inexistencia de convenio arbitral o por ser otro órgano arbitral el competente) se reanuda desde la firmeza de la resolución que pone fin al arbitraje. Censuramos esta ordenación, por entender que, si el legislador pretende establecer los plazos para ejercer pretensiones ante la jurisdicción, solo se comprende en el último caso (25) . No le vemos sentido a que se reanude el plazo para actuación ante la jurisdicción al día siguiente a la firmeza del laudo arbitral, salvo que el legislador esté pensando en la ejecución del laudo arbitral. Igualmente, cuando el precepto mentado dispone que cuando se interpone recurso judicial de anulación de laudo se produce la reanudación desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia que se dicte, únicamente entendemos la referencia, cuando estimando el órgano judicial el citado recurso, las partes opten por acudir a la jurisdicción para solventar su conflicto «si bien, podrían acudir, de nuevo, al arbitraje laboral», o cuando desestimándolo, se acuda a sede judicial para su ejecución.

Por otra parte, y en relación a la prevalencia del convenio arbitral respecto al proceso laboral judicial, tenemos que recordar los dos efectos (típicos) del convenio arbitral: el positivo, que supone la obligación de las partes de acatar el laudo arbitral, y el negativo, que conlleva la obligación de

aquéllas de no acudir al Poder Judicial a resolver el conflicto. La LA reconoce ambos (Exposición de Motivos y art. 11), reforzando el negativo, y con ello la propia técnica extrajurisdiccional, permitiendo que quien, tras haber suscrito un convenio arbitral, se ve sorpresivamente demandado en un proceso judicial, interponga la declinatoria, en cuanto instrumento para hacer valer aquél, impidiendo a la jurisdicción conocer del conflicto concreto (26) . No ordena expresamente esta facultad la LJS para el arbitraje laboral, si bien la entendemos aplicable en cuanto instrumento esencial para hacer prevalecer el convenio arbitral y dotar de seguridad jurídica esta técnica extrajudicial (27) .

Por último, otra muestra de la conexión entre ambos mecanismos «aunque infrecuente en la práctica» el principio dispositivo que rige en el proceso laboral jurisdiccional permite que las partes, de mutuo acuerdo, abandonen el proceso laboral iniciado, suscriban un convenio arbitral e implementen un arbitraje laboral. Lo pueden hacer, actuando de buena fe (art. 75 LJS), en conflictos disponibles y siempre que no sea en fraude de ley o perjuicio de terceros (art. 85.7 LJS).

IV. LIMITACIONES EN EL AUXILIO DE LA TUTELA DECLARATIVA JUDICIAL AL ARBITRAJE LABORAL POR FALTA DE ORDENACIÓN

Como apuntábamos en el apartado segundo de esta investigación, la LA, bajo el paraguas del principio de mínima intervención de la jurisdicción en el arbitraje (art. 7), ordena expresamente funciones de auxilio que ha de acometer la jurisdicción respecto al arbitraje (el nombramiento y remoción de los árbitros (arts. 8.1º y 15 LA), la práctica de pruebas (arts. 8.2 y 33 LA) y el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros (arts. 8.6º y 46 LA)). No entendemos, *a priori*, trasladable esta realidad al arbitraje laboral, sin que se puedan legitimar legalmente estas labores de auxilio judicial en este último, debido a la falta de ordenación específica y del reconocimiento de las competencias judiciales correspondientes en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ni en la LJS. Ello nos lleva, indefectiblemente, a reconocer que el auxilio de la tutela declarativa es mayor en el arbitraje común que en su especialidad laboral.

V. LA TUTELA DECLARATIVA JUDICIAL COMO FUENTE DE GARANTÍA PRINCIPAL DEL ARBITRAJE LABORAL: LA IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL LABORAL

1. Generalidades

En el marco descrito (una modalidad de arbitraje con abundantes variedades; atomizado en su ordenación; falto de una regulación general, especialmente de sus cuestiones de orden público, y marginado de la LA) deviene especialmente importante la labor judicial en el control de su tramitación, en general, y de su resultado (el laudo arbitral), en particular, en cuanto fuente de seguridad jurídica. Está llamada a regular esta cuestión la LJS, si bien, a nuestro juicio, lo hace de forma farragosa y compleja. Repitiendo el esquema de control judicial del laudo arbitral previsto en la LA, la LJS regula su control ordinario, mediante la acción de anulación (art. 65.4 LJS), y su examen extraordinario jurisdiccional, mediante el recurso de revisión (art. 236 LJS). Duda el legislador al designar la primera, refiriéndose a «las acciones de impugnación y recursos judiciales de anulación de laudos arbitrales», creando inseguridad e incertidumbre (28) , cuanto, a nuestro juicio, está

regulando claramente aquélla que la LA designa como «acción de anulación de laudo arbitral». Muestra del entramado embrollado del arbitraje laboral y sus distintas modalidades, el legislador configura un régimen o procedimiento general para la anulación de los laudos arbitrales (art. 65.4 LJS) y otros específicos para laudos arbitrales laborales concretos. Entre estos últimos, prevé uno para la impugnación de laudos electorales (arts. 127 a 132 LJS) y otro para aquellos laudos que detentan eficacia de convenio colectivo, si bien «enredando más aún la cuestión», para estos últimos regula dos tramitaciones, o mejor, una mezcla de la que corresponde a la impugnación de convenios colectivos (arts. 163 y 166 LJS) y la relativa al proceso de conflictos colectivos (arts. 153 a 162 LJS). En lo sucesivo, nos encontramos con causas de impugnación, legitimación, procesos y procedimientos distintos, enmarañando la materia, en particular, y el régimen de control judicial del arbitraje laboral, en general.

Con carácter previo a explicar el «pluriregimen jurídico» previsto, y para no desmerecer el rol de la jurisdicción, queremos remarcar, otra vez, que los dos recursos (la acción de anulación y el recurso de revisión) son garantías esenciales que aporta la jurisdicción al arbitraje laboral, parte, ambos, del derecho a la tutela judicial efectiva de empresarios y trabajadores (29) , y, por ende, irrenunciables, si bien, en cuanto derecho, queda (lógicamente) en manos de aquéllos su ejercicio, en el caso concreto. Atacan, no obstante, ambos laudos diferentes: mientras la acción de anulación se interpone contra definitivos o no firmes, el recurso de revisión impugna laudos firmes. Muestra de su ligazón, es el no ejercicio de la acción de anulación, en el plazo previsto por la ley, el que otorga autoridad de firme y cosa juzgada al laudo arbitral.

Antes de ahondar en las cuestiones anunciadas, conviene apuntar que no cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en materia de arbitraje, en general, y de laboral, en particular, pues aquel medio de impugnación protege derechos fundamentales respecto a posibles infracciones de los mismos por parte de poderes públicos, y los órganos arbitrales «a diferencia de los judiciales», no lo son.

2. La anulación del laudo arbitral

A) Rasgos esenciales

Tenemos que matizar, en primer lugar, la naturaleza de la acción de anulación del laudo arbitral laboral «denominación que entendemos acertada a pesar del titubeo del legislador (art. 65.4º LJS)» Como ocurre en el arbitraje privado general, la acción de anulación no es una segunda instancia judicial o recurso propiamente dicho, y aunque «como venimos apuntando» la jurisdicción y el arbitraje comparten el elemento del proceso, en el arbitraje el demandante solicita la resolución del conflicto en un sentido concreto (30) , y en el proceso jurisdiccional que conoce la acción de anulación pide única y exclusivamente que se anule o rescinda el laudo arbitral obtenido en el proceso arbitral previo. Es, por ello, que, como norma general, el órgano judicial no puede entrar en el fondo del asunto, quedándole vetada la revisión de la aplicación del derecho o la equidad que ha realizado el órgano arbitral para resolver la pretensión arbitral. Desde su posición central en el sistema estatal de resolución de conflictos, reflejo de que no puede hacerse justicia fuera del Estado, el Poder Judicial únicamente va a analizar (y controlar) aquellos elementos previstos en la ley (concretamente, ET y LJS) que se entienden garantías mínimas e imprescindibles que la técnica

extrajurisdiccional debe ofrecer a los ciudadanos o justiciables que acuden a la misma. Así, concretamente, aspectos formales, y el respeto del orden público y del derecho de acción de las partes. Tras su análisis, el órgano jurisdiccional decretará la validez o nulidad del laudo arbitral; no valorará su fuente (el convenio arbitral) o su tramitación (proceso y su correspondiente procedimiento), sin perjuicio de que éstos sean la causa de aquella decisión. Al respecto, conviene remarcar que, cuando se impide al órgano jurisdiccional entrar en el fondo del asunto del proceso arbitral (a analizar la correcta estimación o desestimación de la pretensión arbitral), además de evitar que los órganos judiciales se conviertan en una segunda instancia «decidiendo finalmente del asunto (31) », se preserva la autonomía colectiva, fuente de la mayoría de los arbitrajes laborales (32) . Es, al tiempo, una forma de resguardar los arbitrajes de equidad, en los que los criterios de decisión del órgano arbitral se basan en parámetros distintos a la mera aplicación de la norma. Excepcionalmente, y cuando el arbitraje laboral es impuesto (33) , el órgano jurisdiccional puede entrar en el fondo del asunto, en cuanto forma de proteger el derecho a la tutela judicial efectiva.

B) Proceso jurisdiccional laboral ordinario para la anulación del laudo arbitral

Es el art. 65.4º LJS el que regula el proceso común o general para controlar judicialmente la validez del laudo arbitral laboral. Este precepto dispone, exactamente, la materia sometible al mismo; quienes pueden presentar la acción de anulación y contra quienes lo han de hacer (legitimación activa y pasiva); el órgano jurisdiccional competente para conocerla; las causas para su interposición y el plazo para realizarlo. Lo desarrollamos sin solución de continuidad.

> Por aplicación del principio de dualidad de posiciones, la contraparte en el proceso arbitral (empresario o trabajador) actuará como demandado (legitimado pasivo) en el posterior proceso judicial

Conforme al dictado del art. 65.4 LJS, se resolverá de acuerdo a la tramitación del procedimiento laboral ordinario (arts. 80 a 100 LJS) la acción de anulación de los laudos arbitrales laborales para los que no se prevea un procedimiento especial. Luego, todos «incluidos los laudos arbitrales fruto de los arbitrajes establecidos por acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependiente», salvo los que solventan una cuestión electoral (art. 76 ET) y los que detentan eficacia de convenio colectivo. Para estos dos últimos casos, como veremos en el apartado siguiente, la LJS regula procesos especiales.

¿Quiénes son los legitimados para interponer la acción de anulación? Como norma general, actúa como legitimado activo (demandante) la persona (empresario o trabajador) que considera que el laudo arbitral cumple alguna de las causas legales para su anulación, siempre que, además, conforme a la teoría general de los recursos, aquél le cause un gravamen. Obviamente, por aplicación del principio de dualidad de posiciones, la contraparte en el proceso arbitral (empresario o trabajador) actuará como demandado (legitimado pasivo) en el posterior proceso judicial. Excepcionalmente, se faculta al FOGASA para la interposición de la acción de anulación cuando el

laudo impugnado conlleve obligaciones de garantía salarial. Igualmente, a terceros posibles perjudicados por el fallo de aquél.

Por otra parte, se ha de interponer la demanda que contiene la acción de anulación ante el órgano jurisdiccional al que, de acuerdo a las normas de competencia (arts. 4 a 11 LJS), le hubiera correspondido el conocimiento de la pretensión (asunto) sometido a arbitraje laboral, es decir, un Juzgado de lo Social (art. 6 LJS), un Tribunal Superior de Justicia (art. 7 LJS), la Audiencia Nacional (art. 8 LJS) o el Tribunal Supremo (art. 9 LJS). Estando ante una norma imperativa de competencia, lo contraría conllevaría la nulidad de pleno derecho.

Cuatro son las causas que prevé el legislador para fundamentar la acción de anulación del laudo arbitral en este procedimiento ordinario: (1) el exceso sobre el arbitraje (*ultra vires*), esto es, que el laudo arbitral haya resuelva más cuestiones de las que someten a la técnica extrajurisdiccional las partes, en el convenio arbitral; (2) que el laudo arbitral haya resuelto aspectos no sujetos a arbitraje o que no puedan ser objeto del mismo (34) ; (3) vicio esencial del procedimiento (*in procedendo*), es decir, que, en el proceso y/o en su correspondiente procedimiento (35) , se hayan infringido las garantías mínimas (audiencia, contradicción y defensa de las partes, su indefensión, imparcialidad del órgano arbitral, ausencia o insuficiencia de motivación del laudo, falta de convenio arbitral o defectos graves del mismo...) y (4) la infracción de normas imperativas, que vinculamos, especialmente, con el orden público y que supone, al tiempo, una reiteración de las causas anteriores. Se apuntan dos causas más, para cuando la acción de anulación la interponen el FOGASA o terceros: (5) ilegalidad, interpretada como la infracción de una ley imperativa al solventar el fondo de la cuestión (36) y (6) lesividad o perjuicio al interés del tercero.

La acción de anulación se ha de presentar en un plazo de caducidad de 30 días hábiles a contar desde la notificación del laudo, excluyendo del cómputo sábados, domingos y festivos. Si es el FOGASA o un tercero perjudicado el que interpone la mentada acción el plazo para su presentación corre desde que pudieran haber conocido la existencia del laudo arbitral.

Fijándonos, por último, en la tramitación de la acción de anulación ventilada mediante el procedimiento laboral ordinario, aquélla se realiza conforme a la regulación de éste (arts. 80 a 100 LJS). Excluido de la obligación de conciliación o mediación preceptiva (art. 64.1 LJS), es posible que el demandante presente más de una causa para justificar su solicitud de anulación del laudo arbitral. Obviamente, conforme al principio dispositivo que informa el proceso (jurisdiccional) laboral, el órgano jurisdiccional ha de verificar todas ellas, sin que pueda de oficio examinar algún motivo diferente, por aplicación, igualmente, del principio citado (37) . Contra la sentencia que resuelve la anulación, cabe, conforme a ley, en su caso, el recurso de suplicación o casación ante los tribunales laborales. También se puede interponer, con respeto, igualmente, a la ley, el recurso de amparo ante el TC.

C) Procesos especiales para la anulación del laudo arbitral

En el complejo y farragoso sistema de impugnación del laudo arbitral laboral expuesto, el legislador ordena tres procesos y sus correspondientes elementos (legitimación, causas, plazo, legitimación): uno para la impugnación de laudos electorales (arts. 127 a 132 LJS) y sendos para aquellos que

detentan eficacia de convenio colectivo (el de impugnación de convenios colectivos «arts. 163 y 166 LJS» y el de conflictos colectivos «arts. 153 a 162 LJS»), combinándose los dos últimos conforme a la iniciativa del recurso (*ex* parte u oficio) y la naturaleza del laudo arbitral. Antes de exponerlos, y a modo de diagnóstico general, una valoración positiva y otra negativa. Afirmativamente, todos estos procesos son muestra de la seguridad jurídica con la que dota el Poder Judicial al arbitraje laboral. Plausibles, por tanto. Censurable, no obstante, la previsión de distintas modalidades procedimentales, en general, y la combinación de varias, en particular. Es, por ello, que *lege ferenda* abogamos por la simplificación de la impugnación del laudo arbitral laboral .

Centrándonos ya en la impugnación del laudo electoral, conviene apuntar que, salvo las denegaciones de inscripción «que acceden directamente a la jurisdicción social (arts. 133 a 136 LJS)», el resto de las reclamaciones o conflictos en torno al proceso electoral laboral obligatoriamente se han de someter al arbitraje laboral previsto en el art. 76 ET (38) . Se salva la constitucionalidad de este arbitraje preceptivo (que, sin duda, desnaturaliza el mecanismo) por la previsión en la LJS de la impugnación del mismo, tanto por razones formales, como materiales (arts. 127-132 LJS) (39) . En relación a esta ordenación, en primer lugar, cabe apuntar que es semejante a la que recogía la anterior Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral) (en adelante, LPL) (arts. 127-132), con la única variación (y mejora, a nuestro parecer) de que la LJS ordena con naturaleza expansiva los laudos que pueden ser objeto de impugnación: pretensiones «relativas al proceso electoral desde la promoción de las elecciones, incluida la validez de la comunicación a la oficina pública del propósito de celebrar las mismas, así como todas las actuaciones electorales previas y posteriores a la constitución de la Mesa Electoral y las decisiones de ésta, y la atribución de los resultados, hasta la entrada de las actas en la oficina pública dependiente de la autoridad administrativa o laboral» (art. 127.2º LJS).

Se regula, además, la legitimación activa y pasiva para interponer la acción de anulación: se reconoce la primera a quien tenga interés legítimo, incluida la empresa, si en ella concurre (art. 127.3º LJS). Se otorga la facultad de interponer la acción mentada, incluso, a los sindicatos, el empresario y los componentes de candidaturas no presentadas por sindicatos, siempre que tengan interés legítimo (art. 131 LJS). Por su parte, son legitimados pasivos, y en cuanto tal, han de ser demandados, las personas y sindicatos que fueron parte en el proceso arbitral y cualquier otro afectado por el laudo cuya anulación se insta, sin que lo puedan ser los comités de empresa, los delegados de personal o la mesa electoral (art. 129 LJS). Respecto a estos últimos, se dispone la facultad del Letrado de la Administración de Justicia, cuando entiende que no se han demandado a todos los afectados «es decir, que existe defecto en el litisconsorcio pasivo necesario», para citar a las partes a una comparecencia ante el órgano judicial, al día siguiente. Será este último, tras oír a las partes en una audiencia preliminar, quien resolverá la cuestión en el propio acto (art. 130 LJS). En todo caso, se reconoce un plazo de caducidad de tres días, a contar desde que los legitimados activos tuvieron conocimiento del laudo, para presentar la demanda (art. 127.3º LJS), sin que los días del mes de agosto se consideren inhábiles (art. 43.4 LJS). Deberá, por lo demás, la demanda cumplir con los requisitos generales de las demandas laborales (arts. 80 ss. LJS), aludiendo específicamente a una de las causas legales para la anulación del laudo arbitral, en cuanto fundamento de la

pretensión de anulación que cobija. Concretamente, el art. 128 LJS ordena cuatro causas de anulación (40) : (1) la indebida apreciación o no apreciación de cualquiera de las causas para la impugnación de la elección mediante arbitraje laboral contempladas en el art. 76.2º ET, siempre que la/s misma/s haya sido alegada por el demandante en el proceso arbitral (41) ; (2) haber resuelto el laudo aspectos no sometidos a arbitraje (*ultra vires*) o que, de haberlo sido, no puedan ser objeto del mismo (por indisponibles) (3) la promoción del arbitraje fuera de los plazos previstos en su configuración (art. 76 ET) (42) y (4) no haber concedido el árbitro a las partes oportunidad de ser oídas o de presentar pruebas. Conviene remarcar, no obstante, que, si al tiempo que el demandante alega alguna de estas causas, apunta la lesión de algún derecho fundamental o libertad pública, en vez de seguir la modalidad procesal que estamos describiendo, se seguirá la ordenada por el legislador específicamente para aquéllos (arts. 177-184 LJS). Incluso, es posible la acumulación de pretensiones (la que exige la anulación del laudo y la que pretende proteger derechos fundamentales y libertades públicas), tramitándose ambas, en este supuesto, mediante la modalidad procesal correspondiente a la impugnación del laudo arbitral electoral con carácter preferente (arts. 26.2º y 184 LJS).

Centrándonos en esta modalidad, que es la que nos interesa a efectos de esta investigación, y en la que en todo lo no ordenado específicamente rige la regulación del proceso ordinario (art. 102 LJS), admitida la demanda, ésta se tramita con urgencia, sin que sea preceptiva la conciliación o mediación previa obligatoria (art. 64.1º LJS). Al tiempo que acepta la demanda, el órgano judicial, por su parte, ha de acordar recabar de la oficina pública el texto del laudo arbitral y copia del expediente administrativo correspondiente al proceso electoral, que, conforme a ley, se ha de enviar al día posterior. Dentro de los 5 días siguientes a la admisión de la demanda, se celebra el acto del juicio, dictándose la sentencia en plazo de 3 días. Esta sentencia, que se ha de comunicar a las partes y a la oficina pública, es firme, por lo que contra ella no cabe recurso alguno. Además, si el demandante hubiera sido la empresa y el juez estima que la acción de anulación se ha interpuesto para obstaculizar o retrasar el proceso electoral, impondrá una multa (art. 132.2º LJS) (43) , a la que habrá que sumar, cuando el condenado sea el empresario, en aplicación de la temeridad o la mala fe, el abono de los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hayan intervenido, hasta el límite de 600 euros (art. 97.3º LJS, por remisión del art. 132.2º LJS).

A pesar de que, como regla general, la impugnación del laudo arbitral no suspende el desarrollo del proceso electoral, excepcionalmente, lo puede hacer, siempre a petición de parte, si concurre alguna causa justificada y se solicita la pertinente tutela cautelar (art. 132 LJS con remisión al art. 180 LJS).

Mirando ahora a la impugnación del laudo arbitral con eficacia de convenio colectivo, es necesario, en primer lugar, apuntar que se reconoce eficacia de convenio colectivo a los laudos arbitrales que solventan conflictos de la misma naturaleza, debiendo distinguirse, entre aquéllos que detentan eficacia de convenio colectivo estatutario y extraestatutario, según la legitimación de los que, en su caso, han suscrito el convenio arbitral (art. 91 ET). En segundo, como venimos diciendo, equiparado el laudo arbitral al convenio colectivo, la ley remite la impugnación de aquél al previsto para la de los convenios colectivos. Por ende, la modalidad procesal ordenada para la impugnación de convenios colectivos (arts. 163 y 166 LJS) se aplica a la impugnación «de los laudos arbitrales sustitutivos de

éstos» (art. 163 LJS). No obstante, en las condiciones que dispone la ley «y que analizaremos, a continuación», la impugnación del laudo arbitral se tramitará, igualmente, conforme a la modalidad procesal prevista para los conflictos colectivos «de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IX del presente título» (art. 153 LJS). En resumen, y aclarando conceptos: se combinan ambas modalidades procesales, apuntando unas peculiaridades procesales la correspondiente a la impugnación de conflictos colectivos, para cuando se haya de tramitar conforme al proceso de conflictos colectivos (44) .

> Es posible impugnar de oficio ante el órgano judicial competente los laudos arbitrales sustitutivos de convenios colectivos estatutarios, si conculcan la legalidad vigente.

En aplicación de la combinación apuntada, siguiendo la regulación de la modalidad procesal relativa a la impugnación de convenios colectivos, es posible impugnar de oficio ante el órgano judicial competente los laudos arbitrales sustitutivos de convenios colectivos estatutarios, si conculcan la legalidad vigente «entendiendo, como tal, las normas imperativas» y/o lesionan gravemente el interés de terceros. Será la autoridad laboral pertinente (45) quien interponga la demanda mentada, cuando presentado ante ella el laudo arbitral con eficacia de convenio colectivo para su registro, divisa alguna (o ambas) de las causas apuntadas. Lo hará ante el órgano judicial correspondiente (juzgado de lo Social, Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Nacional), instando la nulidad del laudo arbitral (arts. 90.5º ET y 163.1º LJS). Cuando se alegue la ilegalidad del convenio colectivo, se ha de recoger la concreción de la legislación y extremos de la misma que se consideren infringidos por el laudo arbitral, una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la ilegalidad y la relación de partes del laudo arbitral. Por su parte, si se apunta la lesividad del laudo arbitral, además de la referencia a las partes, debe recogerse una relación de los terceros reclamantes presuntamente lesionados y señalar el interés de los mismos que se trata de proteger.

Además de los dos motivos de impugnación apuntados (ilegalidad del convenio y su lesividad), por aplicación del art. 91 ET, debemos señalar dos más: la inobservancia de los requisitos y formalidades establecidos en el desarrollo de la actuación arbitral (vicios *in procedendo*) y que el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión (*ultra vires*).

Sea cualquiera el motivo que se aluda para la impugnación del laudo arbitral con eficacia de convenio colectivo, la demanda que recoge esta pretensión debe satisfacer los requisitos que, al efecto, prevé la ley (art. 80 LJS), debiendo acompañarse a ella el laudo arbitral concreto y tantas copias de todo ello como partes actúan en el proceso. Recibida, el Letrado de la Administración de Justicia, señalará, en su caso, a la autoridad demandante, los defectos u omisiones de las que adolece aquélla, concediéndole 10 días para proceder a su subsanación. Serán parte del proceso judicial de impugnación, las partes del convenio arbitral, los denunciantes, los terceros presuntamente lesionados y el Ministerio Fiscal (46) , quienes serán citados a juicio, sin que sea

preceptiva la conciliación o mediación previa (art. 64.1º LJS). En el acto del juicio las partes alegarán si se oponen o aceptan la pretensión de anulación del laudo arbitral. Tres días más tarde, se dictará sentencia que es ejecutiva desde el primer momento «sin perjuicio de que sea recurrida, mediante recurso de suplicación o casación (arts. 191.3º y 205 LJS)» y que se comunica a la autoridad laboral. Además, una vez firme, produce efectos de cosa juzgada sobre todos los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos convalidados, anulados o interpretados en la misma y si anula el laudo arbitral con eficacia de convenio colectivo «en todo o en parte», y éste ha sido publicado, se publicará, igualmente, la mentada sentencia en el Boletín Oficial en el que se hubiera insertado aquél (art. 166 LJS).

Otra posibilidad es que, antes de que el laudo arbitral con eficacia de convenio colectivo haya sido registrado por la autoridad laboral, los representantes legales o sindicales de empresarios o trabajadores que entienden que es ilegal o perjudica a terceros, soliciten a aquélla que, antes de hacerlo, dirija al órgano jurisdiccional competente su demanda-comunicación *ex oficio* (art. 163.2º LJS). La ley prevé tres reacciones de la autoridad laboral a la solicitud mentada: que no conteste en plazo de 15 días, que la desestime o que, ciertamente, ya haya registrado el laudo arbitral. En esa coyuntura, la ley permite a los interesados impugnar directamente el laudo arbitral, siempre y cuando subsista su vigencia, mediante el proceso de conflicto colectivo (art. 163.2º LJS). Luego, el legislador realiza una remisión de esta modalidad procesal a la correspondiente a los conflictos colectivos, regulando, no obstante, expresamente la legitimación para acudir a aquélla (art. 165 LJS), que es diferente a la que se prevé en la segunda (arts. 154, 155 y 158 LJS). Por consiguiente, cuando el motivo de impugnación es la ilegalidad, se legitima activamente, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la de las respectivas CCAAs, en su respectivo ámbito. Se legitima, asimismo, para impugnar cláusulas que puedan contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo, al Instituto de la Mujer y a los organismos correspondientes de las CCAAs. Si es la lesividad la causa de la impugnación, se otorga legitimación activa a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado, sin que (obviamente) se tenga por tales a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio. Además, igual que en la demanda de oficio analizada, por aplicación del art. 91 ET, junto a las dos causas apuntadas, las partes pueden alegar que no se han observado los requisitos y formalidades establecidos en el desarrollo del proceso arbitral (vicios *in procedendo*) y/o que el laudo arbitral, con eficacia de convenio colectivo, ha resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión (*ultra vires*).

Además, cuando la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo (para nosotros, laudo arbitral con eficacia tal) remite la tramitación de la impugnación del laudo arbitral a la modalidad procesal de conflictos colectivos recoge unas especialidades procesales: la demanda ha de contener, junto a los requisitos generales, los que prevé la LJS para la demanda de oficio (art. 164 LJS) y el Ministerio Fiscal será parte del proceso (arts. 165.3º y 4 LJS, respectivamente). (47) . Por lo demás, la falta de impugnación directa del laudo arbitral con eficacia de convenio colectivo estatutario, en el proceso de conflicto colectivo, no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores (y sus correspondientes

demandas) que puedan instar los legitimados, alegando la ilegalidad de aquél. A mayor abundamiento, si un órgano jurisdiccional laboral advierte ilegalidad de alguna de las disposiciones del laudo arbitral con eficacia de convenio colectivo, lo ha de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad mediante la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos (art. 163.4º LJS).

Con todo, en la mezcla o mescolanza de ambas modalidades procesales (impugnación de convenios colectivos y proceso de conflictos colectivos) para la impugnación del laudo arbitral con eficacia de convenio colectivo, interpretamos que la tramitación correspondiente a los conflictos colectivos (arts. 153 y 162 LJS) se puede utilizar para impugnar directamente (48) cualquier laudo arbitral con eficacia de convenio colectivo, sin perjuicio de que sea estatutario o extraestatutario, obviamente por los legalmente legitimados ya mentados (art. 165 LJS). Cuenta este proceso con la ventaja de que su tramitación es urgente y preferente sobre cualquier asunto, excepto los relativos a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 159 LJS). Es, por ello, que contra las resoluciones que se dictan en su desarrollo no cabe recurso alguno, a excepción del de declaración inicial de incompetencia (art. 161 LJS). Igualmente, aunque en la modalidad procesal correspondiente a los conflictos colectivos es preceptivo el intento de conciliación o mediación (art. 156 LJS con envío al art. 63 LJS), la pretensión interpuesta cuando se impugna el laudo arbitral (su anulación) exime de este requisito (art. 64.1 LJS). Por lo demás, admitida la demanda, el letrado de la Administración de justicia cita a las partes para la celebración del acto del juicio que, tiene lugar, dentro de los 5 días siguientes, en única convocatoria. Se dicta sentencia en los tres días siguientes, notificándose, en su caso, a la autoridad laboral competente. Estamos ante una sentencia ejecutiva desde el primer momento, sin perjuicio del recurso que se interponga contra la misma, y cuando es estimatoria (es decir, anula el laudo arbitral, sin entrar en el fondo del asunto) y ello supone la estimación de una pretensión de condena susceptible de ejecución individual, ha de recoger la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto de conflicto y beneficiados por la condena, especificando la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado. Debe recoger, asimismo, en su caso, la declaración de que la condena ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Por último, el legislador dispone la repercusión de esta sentencia sobre procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, al tiempo que muestra su naturaleza normativa: ocasiona efectos de *res iudicata* sobre aquéllos, no solo en el orden social, sino, también, en el contencioso-administrativo, quedando cualquiera de ellos en suspenso durante la tramitación del proceso de conflicto colectivo. Es más, la suspensión se acuerda, aunque haya recaído sentencia de instancia y esté pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se halla invocado aquélla como sentencia contradictoria (art. 160.5º LJS). En cualquier caso, la iniciación del proceso de conflicto colectivo interrumpe la prescripción de las acciones individuales en igual relación con el objeto del mentado conflicto.

3. La revisión del laudo arbitral

Como apuntábamos, es el no ejercicio de la recién analizada acción de anulación del laudo arbitral lo

que convierte a este en firme, adquiriendo autoridad de cosa juzgada (*res iudicata*). (49) . Este efecto es la máxima seguridad jurídica con la que dota y blinda el ordenamiento jurídico la resolución del conflicto jurídico, al tiempo que impide que la pretensión resuelta sea objeto de análisis, otra vez, mediante cualquier mecanismo heterónomo (jurisdicción o arbitraje) «lo que denominamos efecto negativo de la cosa juzgada» y conlleva, igualmente, la vinculación de lo decidido, en la resolución de conflictos futuros relacionados «también llamado, efecto positivo de la cosa juzgada». No obstante, a veces, la seguridad jurídica que alimenta la cosa juzgada debe limitarse para garantizar la justicia. Esto, que es predicable de las sentencias, puede decirse, igualmente, de los laudos arbitrales, en general, y de los laborales, en particular, sean de Derecho o de equidad. En ambos casos, se ha de utilizar, al efecto, el denominado recurso de revisión, ordenado para el arbitraje privado en el art. 43 LA y para el laboral, en particular, en el art. 236 LJS. Concretamente, este último ordena, con remisión a la LEC, tanto la revisión de sentencias firmes dictadas por órganos jurisdiccionales del orden jurisdiccional social, como la de los laudos arbitrales laborales que detentan la misma naturaleza. Al respecto, en primer lugar, tenemos que aplaudir la previsión expresa de la cuestión en la LJS, aunque sea junto a las sentencias, pues la anterior LPL no previa nada, al efecto, con la consiguiente inseguridad jurídica para el arbitraje laboral y su fruto, el laudo arbitral. Además, es importante que identifiquemos correctamente el recurso de revisión: es un recurso en sentido amplio en cuanto ataca una resolución firme abriendo un nuevo proceso judicial «distinto al proceso arbitral previo» dirigido a decidir si el laudo arbitral impugnado debe, en su caso, anularse por existir motivos fundados y legales que lo invalidan. Estas causas, en todo caso, son posteriores y externas al proceso arbitral que ha culminado con el laudo arbitral ahora impugnado y no permiten nunca el examen del fondo de la cuestión solventada en aquél (50) . Establece las causas de revisión la LJS, en el artículo apuntado, con remisión a la LEC, concretamente, a su art. 510 LEC. Éste dispone cuatro motivos para la revisión de sentencias firmes civiles que interpretamos, a continuación, en relación al laudo arbitral laboral: (1) después de pronunciado el laudo arbitral, se recobran u obtienen documentos decisivos, de los que no se ha podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado aquél; (2) el laudo ha recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse, ignoraba una de las partes que habían sido declarados falsos en un proceso judicial penal, o que lo hayan sido después; (3) el laudo ha recaído en virtud de una prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos han sido condenados por falso testimonio otorgado en las declaraciones que sirvieron de fundamento al laudo, y (4) que se haya ganado injustamente el proceso arbitral (luego, también su laudo) en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta (51) .

En todo caso el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso de revisión del laudo arbitral laboral (también de las sentencias de este orden jurisdiccional) es la Sala cuarta o Social del Tribunal Supremo (art. 9 c) LJS), debiendo, al efecto, presentar el instante depósito semejante que para los recursos de casación (600 euros) (art. 236 LJS, con envío al art. 229 LJS).

Mirando a los plazos para interponer este recurso en vía judicial, no se puede instar la revisión de un laudo arbitral laboral una vez transcurridos 5 años desde la fecha de la publicación de aquél. Luego, se inadmite toda solicitud de revisión que se presente pasado este plazo (art. 512.1 LEC). Asimismo, y con respeto al término apuntado, únicamente se puede solicitar la revisión siempre que no hayan

transcurrido 3 meses desde el día en que se descubrieron los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude o en que se hubiera reconocido o declarado la falsedad (art. 512.2º LEC) (52) .

Fijándonos en su tramitación, una vez se presenta y admite la demanda (53) , en la que debe recogerse el motivo alegado para fundamentar la revisión, el letrado de la Administración de Justicia solicita al órgano arbitral que se le remitan todas las actuaciones, emplazando, al tiempo, a todos los que hubieran participado, como litigantes, en el proceso arbitral o a sus causahabientes, para que en plazo de 20 días contesten a la demanda, sosteniendo (lógicamente) lo que a su derecho convenga (art. 514.1º LEC). A pesar de que la LEC, tras la contestación a la demanda de revisión o transcurrido el plazo para ello sin hacerlo, regula la convocatoria a las partes a una vista (art. 514.2º LEC), con criterio dispar, la LJS dispone que, como norma general, en el conocimiento del recurso de revisión no se celebra vista, salvo que así lo acuerde el Tribunal Supremo o se solicite y acepte la práctica de prueba (art. 236.1º LJS). Debe, en todo caso, el Ministerio Fiscal informar sobre la revisión antes de que se dicte sentencia sobre si cabe o no la estimación de la pretensión relativa a aquélla (art. 514.2º LEC). Igualmente, si durante la tramitación de la revisión, se suscita alguna cuestión prejudicial penal, se aplica el régimen general ordenado, al efecto, en la LEC (art. 40), sin que la demanda de revisión suspenda la ejecución del laudo arbitral firme que lo motive (art. 515 LEC), a excepción de que, a instancia de parte, el Tribunal estime que las circunstancias del caso lo aconsejan (art. 566 LEC).

Cuando la sentencia del Tribunal Supremo estima procedente la revisión del laudo arbitral solicitada, rescinde este tras la pertinente declaración, mandado expedir certificación del fallo y devolviendo lo actuado a las partes. A partir de ese momento, éstas pueden volver a instar un arbitraje (o incluso, en su caso, si prefieren «saltándose el convenio arbitral previo», un proceso jurisdiccional laboral), en el que deben tomarse como base y no pueden discutirse las declaraciones hechas en la sentencia de revisión (art. 516 LEC). Impondrá la sentencia, además, las costas a la parte vencida (arts. 236.1º LJS y 516.2 LEC), salvo que goce del beneficio de justicia gratuita o se trate de sindicatos, integrando los honorarios del abogado o del graduado social colegiado de la parte contraria que haya actuado en el recurso en defensa o representación técnica de la parte, sin que pueda esta partida superar la cantidad de 1800 euros.

No cabe recurso alguno contra la sentencia que dicta el Tribunal Supremo resolviendo la revisión del laudo arbitral laboral (art. 516.3 LJS), a excepción del recurso de amparo ante el TC, motivado por la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

VI. ÚLTIMA PALABRA A MODO DE VALORACIÓN

Creemos que las líneas anteriores han demostrado sobradamente la esencialidad de la tutela declarativa judicial para el arbitraje laboral. Ahora podemos decir alto y claro, con referencia al título de este estudio, que el arbitraje laboral es lo que es gracias a la Jurisdicción o Poder Judicial. No nos puede ello, no obstante, cegar para divisar las taras del régimen jurídico actual que hemos puesto de manifiesto en la investigación (régimen de impugnación enrevesado, defectos de nexo entre este mecanismo y la jurisdicción,...). Requerimos, al respecto, al legislador a escuchar nuestras críticas

lege data y sugerencias *lege ferenda* para hacer del arbitraje laboral un mecanismo eficaz de resolución de conflictos laborales en el marco del sistema estatal de resolución de conflictos, estudiado por el Derecho jurisdiccional diversificado.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO, C.L., «Arbitraje laboral y solución autónoma de conflictos laborales», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 8, 2018.

ATIENZA, M., *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993, p. IX.

BALLESTER, M.A., *El arbitraje laboral*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993.

BARRIOS, G., «Impugnación judicial de los procedimientos autónomos de solución de conflictos», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 184, 2016.

CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional* , Pamplona, Aranzadi, 1995.

CREMADES, B.M., «El arbitraje en el siglo XXI», *La Ley*, vol. 4, 1990.

CRUZ, J., «El arbitraje como procedimiento de solución de conflictos laborales en España», *Ius et Veritas*, n.º 45, 2012.

DESDENTADO, A., «Sobre los problemas procesales de los medios no jurisdiccionales de solución de conflictos. Una crítica», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 123, 2016.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia», *Derecho privado y Constitución*, n.º 19, 2005.

HIERRO, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

IGLESIAS, M., «Administración del convenio y solución extrajudicial y judicial de los conflictos colectivos», *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º 20, 1995.

LACRUZ, M.L., «Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 8, 1996.

MARÍN, J.A., «Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje», *Derecho privado y Constitución*, n.º 16, 2002.

MARTÍNEZ, E., *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil (Novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

MOLINA, M.J., *La congruencia en los laudos arbitrales*, Málaga, Universidad de Málaga, 2002.

NIEVA, J., «La revisión frente a la cosa juzgada en el proceso civil», *Justicia: revista de Derecho procesal,* n.º 1-2, 2009.

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

ORDEÑANA, I., *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español* , Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

ORDEÑANA, I., «Bienvenidos arbitraje comercial y de inversiones y resto de mecanismos extrajurisdiccionales al Derecho jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que ordena la solución de los conflictos jurídicos», *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 10, n.º 3, 2017.

ORDEÑANA, I., «Propuesta de futuro para la justicia de paz en España», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 1, 2018.

ORDEÑANA, I., «¿Quién pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 30, n.º 3, 2018.

ORDEÑANA, I., «La desnaturalización del arbitraje o sobre el arbitraje obligatorio en el ordenamiento jurídico español, con referencia expresa al arbitraje laboral», *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 107-155.

ORDEÑANA, I., *Las muletas del arbitraje laboral*, Valencia , Tirant lo Blanch, 2021.

RAMOS, F., «La eficacia del proceso», *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 2, 1982.

RAMOS, F., «De cómo hacer las reformas procesales (Manual de aprendiz de legislador)», *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 3, 1988.

RODRÍGUEZ»PIÑERO Y BRAVO»FERRER, M., «Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 70, 2003.

ROMÁN, E., «El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo (Algunas cuestiones procesales y su tratamiento judicial)», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1993.

SAN MARTÍN, C. «Los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos laborales en caso de huelga», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* , n.º 123, 2016.

SANDER, F.E.A., *Conference on causes of popular dissatisfaction with the Administration of Justice,* Washington, National Center for State Courts, 1976.

TARUFFO, M., «La justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible?», *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 146.

(1) Por eso, mantenemos que, en vez de concebirlo como hecho patológico o negativo, se ha de aprehender como algo positivo, equilibrador del interés social y motor de cambio. Lo argumentamos, I. Ordeñana, *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajurisdiccionales para solventar el conflicto laboral*, Granada, Comares, 2009, pp. 51-52.

Ver Texto

(2) Por todos, mantiene que la justicia es la noción que orienta la producción y aplicación del Derecho, vinculando su ámbito material y procesal, M. Atienza, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993, p. IX. En la misma senda , L. Hierro, *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 50 y 54.

Ver Texto

(3) Con contundencia, F. Ramos, «La eficacia del proceso», *Justicia: Revista de derecho procesal*, n.º 2, 1982.

Ver Texto

(4) Muy gráfico y sarcástico, F. Ramos, «De cómo hacer las reformas procesales (Manual de aprendiz de legislador)», *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 3, 1988, apuntaba «no hay forma. La verdad es que ni con reformas (...) ni poniendo ordenadores por todas las partes, ni haciendo levas de personal a marchas forzadas, se ha conseguido desatascar los organismos judiciales sobresaturados». Lo ampliamos, I. Ordeñana, «Propuesta de futuro para la justicia de paz en España», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 1, 2018.

Ver Texto

(5) Tenemos que ubicar esta formulación en el contexto ideológico-práctico general autodenominado *Critical Legal Studies* de la Universidad de Harvard , que reivindicó la vuelta al realismo jurídico (el Derecho está al servicio del hombre y la mujer y no viceversa) y, en particular, de la conocida como Conferencia Pound (*The causes o popular dissatisfaction with the Administration of Justice*), celebrada en mayo de 1976. En el marco de esta última, partiendo de las debilidades de la intervención judicial, proclamaron la necesidad de crear y utilizar técnicas privadas o consensuales (*consensus decision making*), que funcionen siguiendo reglas flexibles e informales, que garanticen a toda la ciudadanía el acceso a la justicia, superando los defectos de la jurisdicción y solventando los conflictos con beneficios para ambas partes (*win-win*). Ello, sin negar la importancia e imprescindibilidad del Poder Judicial, postulando la necesidad diversificar los procedimientos de resolución de conflictos, reservando el ejercicio de la función jurisdiccional para los casos en los que su intervención no sea ineficaz. Entendemos la mejor fuente (y originaria) para conocer este concepto y su contexto, F.E.A. Sander, *Conference on causes of popular dissatisfaction with the Administration of Justice,* Washington, National Center for State Courts, 1976.

Ver Texto

(6) En este sentido, mostrando su miedo a que los mecanismos ADR se conviertan en una forma de justicia sin ley o «black box», M. Taruffo, «La justicia civil: ¿Opción residual o alternativa posible?», *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 146 .

Ver Texto

(7) En cuanto la jurisdicción mejora gracias a los mecanismos ADR, al tiempo de que éstos necesitan incondicionalmente de aquél, por ser el Poder Judicial el que les dota de seguridad jurídica. Luego, lejos de ser alternativos, son complementarios. Con más profusión, I. Ordeñana «¿Quién pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 30, n.º 3, 2018.

Ver Texto

(8) Que no es más que la evolución de aquella rama del Derecho que, primigeniamente, se denominó *práctica forense*, para evolucionar con el paso del tempo, primero, al *derecho procedimental* y, luego, al derecho procesal y, por último , al *derecho jurisdiccional.* Lo explicamos, I. Ordeñana, «Bienvenidos arbitraje comercial y de inversiones y resto de mecanismos extrajurisdiccionales al Derecho jurisdiccional diversificado, rama del Derecho que ordena la solución de los conflictos jurídicos», *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 10, n.º 3, 2017.

Ver Texto

(9) Si bien lo hizo de una manera ambigua en la ley de 1953 (art. 1.2º), lo hizo expresamente, tanto en la ley de 1988 (art. 2.2º), como en la vigente (LA) (art. 1.4º).

Ver Texto

(10) Ahonda en la cuestión con claridad y profusión, M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, «Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n .º 70, 2003.

Ver Texto

(11) Explicamos las distintas modalidades de arbitraje laboral en atención al conflicto jurídico a solventar y a su fuente jurídica, I. Ordeñana, *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español* , Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 189 ss.

Ver Texto

(12) Nos centramos en esta cuestión I. Ordeñana, «La desnaturalización del arbitraje o sobre el arbitraje obligatorio en el ordenamiento jurídico español, con referencia expresa al arbitraje laboral», *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia*, Valencia , Tirant lo Blanch, 2020, pp. 107-155

Ver Texto

(13) En nuestro apoyo, entre otros, C. San Martín, «Los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos laborales en caso de huelga», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 123, 2016.

Ver Texto

(14) Argumenta M.A. Ballester, *El arbitraje laboral*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, p. 269, que si las partes, en uso de su autonomía, manifiestan la voluntad de someterse a la LA, ésta resultará de aplicación obligada, no porque se constituya en norma imperativa, sino en cuanto pasa a formar parte del contenido de un pacto entre las partes. En la misma senda, M. Iglesias, «Administración del convenio y solución extrajudicial y judicial de los conflictos colectivos», *Cuadernos de Derecho judicial*, n.º 20, 1995.

Ver Texto

(15) Nos hacemos eco de ellas, mostrando sus fortalezas y debilidades, I. Ordeñana, *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, *op. cit.*, pp. 170-180.

Ver Texto

(16) Lo ha entendido, de esta guisa, el Tribunal Constitucional en abundantes sentencias. Entre otras, STC 43/1988, de 16 de marzo, STC 15/1989, de 26 de enero y STC 62/1991, de 22 de marzo.

Ver Texto

(17) Con más detalle, I. Ordeñana, *Las muletas del arbitraje laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 54-57.

Ver Texto

(18) Sin perjuicio de que el árbitro no es juez «en cuanto no detenta potestad jurisdiccional, sino la autoridad que le es atribuida por los justiciables en conflicto», en cuanto jurisdiccionales (públicos, similares a los de la sentencia) son los efectos del laudo arbitral (ejecutividad y cosa juzgada) (arts. 43 y 44 LA), se ha de seguir un proceso, similar al de la jurisdicción, para su consecución. Reconocemos, así, el proceso arbitral que, configurado por las propias partes (art. 25 LA) y regido por el principio dispositivo, es el espacio en el que actúan aquéllas «en dualidad de posiciones, igualdad, con audiencia y contradicción (art. 24 LA)» y el árbitro, debiendo éste decidir el conflicto heterónoma y vinculantemente (*supra partes*) mediante el laudo arbitral. Con nosotros, reconocen la existencia del proceso arbitral, entre otros, E. Martínez, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil (Novedades, lagunas jurídicas y propuestas de futuro)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000 , p. 16 y M.J. Molina, *La congruencia en los laudos arbitrales*, Málaga, Universidad de Málaga, 2002, p. 140.

Ver Texto

(19) Entendemos inherente al proceso (arbitral) el reconocimiento, a las partes, de unos derechos y garantías en el mismo, lo que nos lleva a aplicar la acción (otro eje del Derecho Jurisdiccional, que ordena la actividad del Poder Judicial) al arbitraje, en general, y al laboral, en particular. Constitucionalizado en el art. 24 CE, en referencia exclusiva a la jurisdicción, deben las garantías y derechos que incluye, en la medida que sea posible, aplicarse al arbitraje. En nuestro apoyo, entre

otros, B.M. Cremades, «El arbitraje en el siglo XXI», *La Ley*, vol. 4, 1990 , F. Cordón Moreno, *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 29 y J.A. Marín , «Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje», *Derecho privado y Constitución*, n.º 16, 2002.

Ver Texto

(20) Sin que ello nos lleve a negar la existencia y/o facultad de utilizar el arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico. Más cuando en la historia constitucional de nuestro país únicamente se ha reconocido en la Constitución de Cádiz de 1812. El reconocimiento de la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1 CE) y la configuración de la tutela judicial efectiva como derecho (fundamental) (luego, de libre ejercicio) abonan nuestra afirmación.

Ver Texto

(21) Todos ellos ejemplos de funciones de auxilio que realiza el Poder Judicial respecto al arbitraje, en el marco del Derecho jurisdiccional diversificado.

Ver Texto

(22) Por ello, nos gusta calificar la libertad como el «alfa y omega» del arbitraje.

Ver Texto

(23) En nuestro defensa, los acuerdos interprofesionales que, conforme a la legislación vigente (arts. 83.2º y 83.3º ET), han desarrollado la solución extrajudicial de conflictos en el ámbito laboral español. Así, por ejemplo, el preámbulo del VI Acuerdo Interprofesional de Cantabria sobre Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales apunta (literalmente) que «el cauce natural para la solución de los conflictos laborales ha de basarse en la negociación de las partes y, solo en última instancia, cuando lo anterior no sea posible, ha de acudirse a la vía judicial». En términos parecidos se muestra la Exposición de Motivos del II Acuerdo Interprofesional sobre renovación y potenciación del «Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Illes Balears». También nos apoya la doctrina. Por todos, contundente y visionario, hace casi tres décadas, E. Román, «El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo (Algunas cuestiones procesales y su tratamiento judicial)», *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 1993.

Ver Texto

(24) Lo que, al tiempo que muestra la preferencia, por parte del legislador, de estos instrumentos para fomentar el arbitraje laboral, crea inseguridad jurídica respecto a los creados en/mediante otras fuentes (propio contrato de trabajo, otros convenios colectivos,...).

Ver Texto

(25) Es decir, cuando habiendo fracasado el arbitraje laboral, sin entrar el órgano arbitral a dilucidar la pretensión correspondiente, interese a las partes acudir a la jurisdicción, al efecto.

Ver Texto

(26) En este sentido, describe la declinatoria como forma de apuntalar procesalmente el arbitraje, dotándole de garantías, J.C. Fernández Rozas «Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia», *Derecho privado y Constitución*, n.º 19, 2005.

Ver Texto

(27) De nuestra misma opinión, C.L. Alfonso, «Arbitraje laboral y solución autónoma de conflictos laborales», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 8, 2018. Se refiere expresamente a esta posibilidad el Acuerdo Interprofesional sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales de la Comunidad Foral de Navarra (art. 16.4º).

Ver Texto

(28) ¿Son medios de impugnación distintos? ¿cuántos?

Ver Texto

(29) En este sentido, postulando que la posibilidad de recurrir el laudo arbitral laboral «se manifiesta como una consecuencia indiscutible del reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva», J. Cruz, «El arbitraje como procedimiento de solución de conflictos laborales en España», *Ius et Veritas*, n.º 45, 2012.

Ver Texto

(30) En otros términos, solicita una tutela declarativa (arbitral) que estime su pretensión.

Ver Texto

(31) Algo a lo que han renunciado expresamente las partes del convenio arbitral (efecto negativo del mismo). En otros términos: han optado por la tutela declarativa arbitral y no judicial.

Ver Texto

(32) Recuérdese que la mayoría se crean por convenio colectivo y, en especial, mediante los acuerdos interprofesionales. *Vid.*, en este sentido , I. Ordeñana, *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, *op. cit.*, pp. 124 ss.

Ver Texto

(33) Por ejemplo, el electoral.

Ver Texto

(34) Entendemos el primer inciso como mera reiteración de la primera causa. La segunda conlleva que el órgano arbitral haya resuelto materia indisponible.

Ver Texto

(35) Sin perjuicio de que, en la práctica, se confunden ambos conceptos, en cuanto jurisdiccionalistas, concebimos el proceso como la sucesión de actos de las partes y del órgano arbitral con un objetivo material o sustancial y el procedimiento como la forma externa de aquél.

Ver Texto

(36) Luego, no deja de ser una reiteración del motivo cuarto.

Ver Texto

(37) Sí permite la LA apreciar de oficio al órgano jurisdiccional algunas causas de anulación (art. 41) Como apuntamos en el texto principal, la preeminencia del principio dispositivo y la falta de previsión expresa por el legislador, nos impide aplicar esta disposición en el arbitraje laboral.

Ver Texto

(38) Exponemos sus líneas principales y desarrollo, Ordeñana, *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, *op. cit.*, pp. 268-270.

Ver Texto

(39) Argumentación empleada por el TC, en relación al arbitraje obligatorio en transportes terrestres, STC 174/1995, de 23 de noviembre. Al respecto, la doctrina justifica que el arbitraje electoral solo incorpora un trámite previo a la judicialización del conflicto, excusando la dilación consiguiente en el acceso a aquella, apelando a la elusión de litigios innecesarios y la potenciación de los mecanismos extrajudiciales. Por todos, calificando a este arbitraje laboral como «pseudoarbitraje» y «simple vía previa administrativa-sindical», A. Desdentado, «Sobre los problemas procesales de los medios no jurisdiccionales de solución de conflictos. Una crítica», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 123, 2016.

Ver Texto

(40) Luego, *numerus clausus*.

Ver Texto

(41) Este artículo apunta las causas de impugnación de las elecciones mediante arbitraje laboral: (1) la existencia de vicios graves que pudieran afectar a las garantías del proceso electoral y que alteren su resultado (2) la falta de capacidad o legitimación de los candidatos elegidos (3) la discordancia entre el acta y el desarrollo del proceso electoral, y (4) la falta de correlación entre el número de trabajadores que figuran en el acta de elecciones y el número de representantes elegidos.

Ver Texto

(42) Conforme al art. 76 ET, la demanda arbitral se ha de interponer en el plazo de 3 días hábiles contados desde el siguiente a aquel en que se hubieran producido los hechos o resuelto la reclamación por la mesa (art. 76.5 ET); ésta ha de actuar, tras impugnar el interesado sus actos, dentro del día laborable siguiente al acto, debiendo resolverlo en el posterior día hábil (art. 76.2 ET). Conviene matizar que, conforme al precepto mentado, cuando las impugnaciones se promueven por sindicatos que no

hubieran presentado candidaturas en el centro de trabajo en el que se hubiera celebrado la elección, los tres días se computan desde el día en que se conozca el hecho impugnable y si se impugnan actos del día de la votación o posteriores al mismo, el plazo será de 10 días hábiles, contados a partir de la entrada de las actas en la oficina pública dependiente de la autoridad laboral. Asimismo, la ley paraliza la tramitación de un nuevo proceso arbitral hasta que no finalice el iniciado y, en su caso, la posterior impugnación judicial, interrumpiendo el planteamiento del arbitraje los plazos de prescripción (art. 76.5 ET).

Ver Texto

(43) Esta multa, en armonía con la ordenación de los deberes procesales de las partes, responde a una vulneración de las reglas de la buena fe en el proceso; se ha de motivar y ha de respetar el principio de proporcionalidad, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o terceros. Por lo demás, tendrá una cuantía de entre 180 y 6000 euros.

Ver Texto

(44) Ello lleva a la doctrina a mantener que la impugnación de los convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de los mismos no es más que una submodalidad procesal de la genérica modalidad procesal de conflictos colectivos (arts. 153 a 162 LJS). Por todos, G. Barrios, «Impugnación judicial de los procedimientos autónomos de solución de conflictos», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 184, 2016.

Ver Texto

(45) Concretamente, la Subdirección General de Relaciones Laborales dependiente de la Dirección General de Trabajo, cuando el laudo arbitral se extienda a más de una CCAA, o la Administración periférica del Estado o el correspondiente servicio de la CCAA concreta.

Ver Texto

(46) Legitima la intervención de este último su función constitucional de defensa de la legalidad (art. 124 CE). Si no hay denunciante, será parte la autoridad laboral que ha interpuesto la demanda de oficio (art. 164 LJS), actuando representada por el Abogado del Estado. Obviamente, si del laudo arbitral impugnado se derivan obligaciones de garantía salarial será también parte el FOGASA (art. 23.4º LJS).

Ver Texto

(47) También lo podría ser el FOGASA, en los términos expuestos.

Ver Texto

(48) Luego, no de oficio.

Ver Texto

(49) Sin perjuicio de que parte de la doctrina mantenga que el laudo arbitral es firme *ab initio*, por no considerarse la acción de anulación verdadero recurso. Por todos, en relación al arbitraje privado, en

general, M.L. Lacruz, «Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 8, 1996.

Ver Texto

(50) Encontramos aval claro en la jurisprudencia: STS de 20 de octubre de 2009.

Ver Texto

(51) Ahonda en estas causas, con apoyo jurisprudencial y doctrinal, J. Nieva, «La revisión frente a la cosa juzgada en el proceso civil», *Justicia: revista de Derecho procesal,* n.º 1-2, 2009.

Ver Texto

(52) Este último plazo es de caducidad, por lo que el Tribunal lo ha de analizar de oficio, sin que sea necesario que lo alegue alguna de las partes.

Ver Texto

(53) El recurso de revisión no se admite cuando no concurran los requisitos y presupuestos procesales exigibles o cuando no se hayan agotado, previamente, los recursos jurisdiccionales que la ley ordena para que el laudo pueda considerarse firme (luego, la acción de anulación).

Ver Texto

LA LEY Mediación y Arbitraje nº 5, enero-marzo 2021, Nº 5, 1 de ene. de 2021, Editorial Wolters Kluwer España

Sobre la ejecución del laudo arbitral comercial internacional dictado en Chile. Algunas problemáticas no resueltas

On the enforcement of international commercial arbitration awards rendered in Chile. Some unresolved issues

El presente estudio responde a la controvertida cuestión de qué legislación corresponde aplicar a un laudo de un arbitraje comercial internacional con sede en Chile. El problema concreto surge porque la normativa que regula estas situaciones, la ley n.º 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, no distingue, en orden a su ejecución, si el laudo internacional fue dictado en Chile o en el extranjero, lo que provoca que la solución planteada por la normativa en cuestión sea cuestionada. Así, se plantea con justa razón que no pueden ejecutarse por vía de execuátur, porque no se trata de un laudo extranjero, pero al mismo tiempo tampoco se pueden utilizar las normas que devienen de una sentencia nacional.

Arbitraje, Chile, Arbitraje comercial internacional, Laudo arbitral, Legislación aplicable.

The present study responds to the controversial question of which legislation should be applied to an award of an international commercial arbitration seated in Chile. The specific problem arises because the legislation that regulates these situations, Law N.º 19.971 on international commercial arbitration, does not distinguish, in order to enforce it, whether the international award was rendered in Chile or abroad, which causes the solution proposed by the legislation in question to be questioned. Thus, it is rightly argued that they cannot be enforced by way of execuátur, because it is not a foreign award, but at the same time the rules arising from a national judgement cannot be used either.

Arbitration, Chile, International commercial arbitration, Arbitral award, Applicable law.

María Fernanda Vásquez Palma

Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile)

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. mfvasquez@utalca.cl

Jordi Delgado Castro

Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile (Chile)

Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. jordi.delgado@uach.cl

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Probablemente el mayor nudo crítico del que adolece la justicia se refiere a la ejecución de la sentencia, y este se agrava cuando de arbitraje se trata (1) . Esto ocurre porque, en general, es difícil que el sistema de ejecución sea efectivo y eficiente. A ello debemos sumar que en Chile existen algunos óbices en la relación que se da entre la justicia estatal y el arbitraje y que se tornan especialmente patentes cuando las decisiones provenientes de arbitrajes deben ejecutarse (2) .

Indudablemente debemos distinguir las diferentes aristas y variables que emergen de este problema, pues la normativa aplicable es diversa y la solución no ha parecido tan clara, lo que ha obligado a efectuar un necesario ejercicio de disección e interpretación. Hecho ello, podremos hablar de un sistema de ejecución, que develaremos al finalizar este texto.

De modo general, la legislación chilena distingue tres tipos de procedimientos para la ejecución de laudos: laudos o sentencias de un arbitraje interno; laudos o sentencias extranjeras, y laudos provenientes de un arbitraje comercial internacional (ACI).

Frente a la pregunta de qué legislación corresponde aplicar a un laudo de un arbitraje comercial internacional con sede en Chile, la respuesta no ha sido unívoca, lo que proponemos develar en las siguientes líneas (3) . El problema concreto surge porque la normativa que regula estas situaciones, la ley N.º 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, no distingue si la ejecución del laudo internacional fue dictado en Chile o en el extranjero, lo que provoca que la solución planteada por la normativa en cuestión sea cuestionada. Así, se plantea con justa razón que no pueden ejecutarse por vía de execuátur, porque no se trata de un laudo extranjero, pero al mismo tiempo tampoco se pueden utilizar las normas que devienen de una sentencia nacional (4) .

La importancia de este cuestionamiento es relevante porque la ejecución forzada de las resoluciones judiciales y extrajudiciales resulta ser un aspecto fundamental dentro de lo que entendemos por una tutela judicial efectiva. Debe ser el legislador el que debe construir un sistema jurídico eficaz en favor del acreedor de la obligación incumplida (5) que, una vez que ha sido declarada, debe ser ejecutada. Se trata de un derecho fundamental en orden al derecho de acción y el debido proceso (art. 19 nº 3 y 76 CP), en tanto la ejecución se entiende como el corolario de aquello. A pesar de su importancia, el tema no ha sido mayormente tratado por nuestra doctrina (6) ..

II. SOBRE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN CHILE

La ley N.º 19.971 sobre arbitraje comercial internacional fue dictada en Chile con fecha 29 de

septiembre de 2004, de manera que a la fecha, lleva más de 15 años vigente (7) . Esta ley se inspira en la Ley Modelo de Arbitraje (LMU) de la Comisión de las Naciones Unidades para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), en su versión correspondiente al año 1985. El legislador nacional decidió aplicar íntegramente el texto de la ley modelo en nuestra normativa patria, con el objetivo de alcanzar la uniformidad propuesta por la UNCITRAL y lograr que Chile se constituyese en una importante sede arbitral en la Región, tal como lo expresó el Presidente Lagos en su mensaje ante la Honorable Cámara de Diputados (8) .

La Ley nº 19.971 se aplica únicamente al arbitraje comercial internacional, sin afectar ninguno de los tratados internacionales vigentes en Chile, ya sea multilaterales o bilaterales, así como tampoco se introducen modificaciones en el sistema de arbitraje interno.

Para que la ley sea aplicable esta ley deberán concurrir los presupuestos que aquí se señalan (art. 1º). En particular, que se trate de un conflicto privado (contractual o no contractual) de carácter comercial, entendiendo esta noción en un sentido amplio, e internacional, de acuerdo a la definición que la misma norma efectúa.

> En Chile el arbitraje internacional se rige por los principios modernos de esta institución, mientras que el doméstico sigue siendo normado por leyes decimonónicas que mantienen una estructura y contenido anacrónico en esta materia

A partir de la entrada en vigencia de esta ley se creó un sistema jurídico dualista de arbitraje (9) , uno para el arbitraje comercial internacional y otro para el arbitraje interno (10) , situación que difiere de aquellos países que decidieron seguir el modelo de la UNCITRAL en ambos escenarios, como ocurre con Alemania, México, España, entre otros, ya sea porque unificaron su legislación en un solo cuerpo normativo, o bien, porque —aún cuando decidieron conservar dos cuerpos legales diferenciados— ambos se nutren de los mismos principios estructurales.

El quid del asunto no se centra en la decisión de legislar de manera independiente ambos bloques de arbitraje, sino la distancia que se deja entre estos. En Chile el arbitraje internacional se rige por los principios modernos de esta institución, mientras que el doméstico sigue siendo normado por leyes decimonónicas que mantienen una estructura y contenido anacrónico en esta materia. En otras palabras, no se trata de una cuestión reduccionista sobre si el arbitraje debe o no estar regido por una o más leyes, sino en la construcción de un sistema arbitral moderno y armónico en sus distintas esferas. Esta es la cuestión de fondo, pues forjar un instituto fuerte requiere de un andamiaje adecuado, sin el cual, todo intento de modernización cae por su propio peso, o por la falta de este (11) .

La LACI es una norma especial y preferente de aplicación, respecto de la normativa general que

regula el arbitraje interno (12) . En tanto norma especial presenta un ámbito de aplicación reducido. El legislador estipuló expresamente en su primer artículo los parámetros dentro de los cuales se aplicaría. En lo que nos importa, el arbitraje tiene el carácter de internacional (1) si las partes, al momento de la celebración del acuerdo, tienen sus establecimientos en Estados diferentes; (2) si el lugar del arbitraje o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones está fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos; o (3) si las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo está relacionada con más de un Estado. Más adelante la ley explica, a partir su numeral 4º, que para todos los efectos del numeral 3º (13) , si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, éste corresponderá a aquel que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje, y si una de las partes no posee ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual. Es interesante el numeral 5 que prescribe que «Esta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley», expresión que deja de manifiesto, una vez más, el sistema dualista al cual queda sometido el arbitraje en Chile y que se mantiene hasta el día de hoy (14) .

En relación al laudo el art. 31 de la LACI establece que: 1) El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas. 2) El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al art. 30. 3) Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1) del art. 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar. 4) Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el numeral 1) de este artículo. La validez de esta sentencia exige una determinada formalidad y motivación, a menos que las partes hayan acordado otra cosa, lo que subraya que este punto es disponible y no esenciales, a diferencia de lo que ocurre de la gran mayoría de los procedimientos.

Dentro del diseño y estructura del arbitraje comercial internacional, se prevé que las partes deben elegir una sede de arbitraje, en su defecto, lo hará el árbitro, pero ello en ningún caso implica que el arbitraje internacional se vuelve nacional por esta sola circunstancia.

La elección de sede arbitral sólo implica un lugar (no un Estado) jurídico de conexión con tribunales estatales específicos, los que se definen en cada ley de arbitraje para cooperar con el procedimiento de arbitraje internacional.

En el caso chileno, la LACI plantea en su art. 20 que: (1) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes y; (2) el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los

peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

La sede del arbitraje tiene importancia jurídica para dos cuestiones específicas, atendida la carencia de facultades de imperio de los árbitros: apoyo y control del arbitraje. La primera hace referencia al soporte que recibe el árbitro o las partes por un tribunal estatal, de manera que el juicio arbitral pueda seguirse sin mayor inconveniente (hay varias diligencias que pueden servir para ilustrar el ejemplo, como nombrar a un árbitro sustituto, decretar medidas cautelares, etc.); el control, en cambio, se refiere a la fiscalización que un tribunal estatal puede realizar respecto del laudo dictado en dicha sede, en relación a las leyes aplicables (forma y fondo) y las normas de la sede que no pueden pasarse por alto por el juez árbitro (especialmente, la contravención del orden público).

A estos efectos, se manifiesta el principio de intervención mínima (15) , con el objeto de advertir que el tribunal estatal en cuestión no puede inmiscuirse más allá de lo permitido en la ley de arbitraje comercial internacional, específicamente no puede revisar con carácter general las decisiones del árbitro, por ser aquél incompetente a estos efectos, de manera que sólo debe abocarse a las concretas cuestiones que faculta la norma. Las funciones de la jurisdicción estatal, como dijimos, se reducen a auxilio y control, ambas dos con límites muy precisos para evitar que termine desvirtuándose la institución arbitral.

En el caso chileno, la LACI plantea el principio de intervención mínima en los arts. 5 y 6. El art. 5 es claro al establecer que los tribunales estatales no intervendrán, salvo que la ley así lo disponga, en el curso del arbitraje, mientras que el 6º define cada una de estas actuaciones en el siguiente sentido: la designación de árbitro a falta de acuerdo de las partes (art. 11 nºs 3 y 4); decidir sobre la procedencia de una recusación cuando el árbitro ya la ha rechazado (art. 13 n.º 3); pronunciarse sobre la excepción de incompetencia cuando el árbitro ya la ha rechazado (art. 16 n.º 3); en caso de que exista desacuerdo sobre si se dan los motivos para considerar que el árbitro ha cesado en sus funciones, deberá decidir si ha cesado el mandato (art. 14) y pronunciarse sobre la petición de nulidad de la sentencia arbitral (art. 34, n.º 2). Las primeras funciones serán ejercidas por el Presidente de la Corte de Apelaciones del lugar donde debe seguirse o se sigue el arbitraje, mientras que la última será desempeñada por la respectiva Corte de Apelaciones.

Este principio se funda en el hecho que la institución arbitral requiere consagrar su autonomía e independencia de cualquier otro orden establecido, pero los tribunales estatales no quedan completamente al margen de este procedimiento. En esta línea, debe comprenderse que las relaciones entre los tribunales judiciales y arbitrales se desarrollan en dos dependencias diferentes de un mismo edificio (16) donde el arbitraje no se presenta en ningún caso como una posición contraria a aquélla, ni como un «compartimiento estanco», al contrario, entre ambas vías de resolución de conflictos existe un amplio abanico de posibilidades (17) .

Conscientes de esta necesidad, en los aspectos mencionados, se requerirá de la jurisdicción estatal una cierta colaboración para el éxito de sus actuaciones, pues se entiende que entre ambos se da una especie de sinergia o complementariedad en estos dos planos (18) . De ningún modo esto podrá implicar que los tribunales estatales asuman un control respecto de las decisiones de fondo de los tribunales arbitrales, se trata de una colaboración que no cuestione la decisión de ningún modo,

mientras que respecto del recurso existente, su vocación residirá en resguardar la validez del laudo a partir de ciertos principios fundamentales básicos, más no cuestionar lo resuelto en cuanto al fondo, pues la función de resolver el conflicto es privativa del árbitro que nace de la voluntad de las partes.

Aquí se encuentra la clave para considerar el arbitraje como una competencia privada que toma la forma de un equivalente jurisdiccional y que, al provenir de un ámbito exterior al servicio público de la justicia estatal, necesita de ésta para lograr su plena efectividad material (19) . Desde esta perspectiva, el principio de intervención mínima es el corolario del efecto negativo del contrato arbitral, que implica la exclusión voluntaria de la jurisdicción estatal en el marco de ciertas materias y derechos (20) .

La esencia de este mecanismo de arreglo de controversias deriva directamente del reconocimiento del Estado y del apoyo de éste pueda brindarle. Como contrapartida, se exige que los jueces que intervengan en asuntos arbitrales mantengan la corrección técnica precisa y cumplan estrictamente con las normas estatales para que el arbitraje se desarrolle con normalidad (21) . En tal sentido, el juez estatal requerido limitará sus funciones a practicar la prueba admitida por el árbitro, sin formular mayores consideraciones acerca de la pertinencia de la realización de aquellas (22) . Esta es la correcta situación que debiera darse en materia arbitral, por cuanto, si así no se hiciere, lo normal será que se presenten puntos de fricción o conflictos entre ambos estadios, y se planteen numerosas confusiones sobre la institución arbitral, provocando muchos malestares a aquélla (23) .

Estos tribunales no pueden negarse a prestar la asistencia necesaria para la prosecución del arbitraje, excepto si aparece manifiesta la inexistencia *prima facie* del convenio arbitral (24) , con lo que se pone en evidencia que el tribunal estatal no puede examinar *a priori* ni la validez del convenio arbitral, ni la arbitrabilidad de la controversia. En resumen, el principio de intervención mínima es básico para cuidar la eficacia del instituto arbitral, en cuanto busca una actuación limitada de los tribunales estatales de justicia en el procedimiento arbitral.

Dicho ello, vemos que la ejecución del laudo no se encuentra dentro de las posibles intervenciones estatales para apoyar la misión del árbitro, lo que nos muestra que la ejecución no forma parte del proceso arbitral. En otras palabras, la labor del árbitro concluye con el laudo, y la ejecución de aquel es privativa de los tribunales estatales respectivos.

Finalmente, hemos de considerar que en este arbitraje las partes puedan elegir distintas leyes aplicables, tanto para la forma de tramitación, como para las reglas que se aplican a la decisión de la cuestión deducida. Así, la ley plantea que las partes son libres para fijar las normas del procedimiento, mientras que el art. 28 LACI posibilita que las partes puedan elegir una norma distinta para resolver el fondo del conflicto (25) . Adicionalmente, hay que observar el «sistema de cierre», que consagra el art. 34 LACI, que permite que los laudos sean controlados en Chile. En concreto, la LACI solamente prevé la petición de nulidad como único recurso contra el laudo arbitral. Para que aquello suceda, la Corte de Apelaciones competente deberá dar por acreditado que alguna de las partes (art. 7 LACI) estaba afectada por alguna incapacidad, o que el acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o en atención a la ley de Chile; o bien, que no ha sido debidamente notificada la designación de un árbitro, o de las actuaciones arbitrales. También

son causas de acogimiento de la petición de nulidad el hecho que una parte no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos; que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; que la composición del tribunal o el procedimiento no se ha ajustado a lo pactado por las partes; que según la ley chilena la controversia no era susceptible de ser sometida a arbitraje; o, finalmente, que el laudo es contrario al orden público en Chile.

III. NORMATIVA APLICABLE A LA EJECUCIÓN DE LOS DIFERENTES ARBITRAJES

1. Diferencia entre el arbitraje internacional, extranjero y nacional

a. El término internacional (26) se utiliza para referirse a los arbitrajes que tienen ese cariz, es decir, son de índole internacional y comercial, de manera que se rigen por una normativa especial, en Chile la n.º 19.971. Antes de esta ley, este arbitraje se reconocía sólo a partir de ciertos Tratados internacionales, entre las que destacan: la Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 10 de julio de 1958 (Convención de Nueva York), ratificado por nuestro país, sin reservas, con fecha 04 de septiembre de 1976; la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá), que entró en vigencia el 04 de mayo de 1975; el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI), de 18 marzo 1965; los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por Chile con unos 50 países, aproximadamente; y el DL. n.º 2.349 de 1978, que autoriza contemplar en los contratos internacionales para el sector público, estipulaciones por las cuales se sometan los diferendos derivados de tales contratos a la jurisdicción de tribunales arbitrales.

Este arbitraje se diferencia del doméstico o interno porque trasciende los límites de la nacionalidad (27) , de hecho, el arbitraje internacional debe ser entendido como «anacional» (28) . Esta diferencia es capital a la hora de entender cuál es la ley aplicable a la ejecución del laudo.

b. El arbitraje interno, a diferencia del internacional, se rige íntegramente por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (art. 628 y ss) y del Código Orgánico de Tribunales (art. 222 ss.) (29) . Debido a la desprolijidad de su construcción y la ausencia de una necesaria reparación legislativa, existen enormes confusiones en esta materia al considerar, entre otras cosas, que el árbitro es una especie de funcionario público que ejerce jurisdicción, cuyos laudos son — cuando han sido pronunciados en derecho— revisables por diferentes recursos ante los tribunales estatales, y sus actos sancionables a partir de la fiscalización disciplinaria que ejercer los máximos tribunales del país (recurso de queja). Este arbitraje no sólo se inicia por medio de un acuerdo, sino que varias cuestiones se someten a un arbitraje forzoso, de manera que este tipo de arbitraje tiene escasas similitudes con el sistema moderno.

c. Las sentencias arbitrales extranjeras no se encuentran definidas en la legislación de manera especial. El CPC se refiere a la ejecución de sentencias extranjeras de manera general, de forma que tal tratamiento se formula tanto para sentencias arbitrales como estatales pronunciadas en un lugar distinto al chileno. En tal sentido, lo extranjero se contrapone a lo nacional, pero el laudo arbitral

internacional podría ser dictado en Chile o fuera de este país, de manera que no puede encasillado como un laudo nacional o extranjero.

2. Normativas existentes para la ejecución de sentencias arbitrales

La ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hayan pronunciado en primera o en única instancia. Se procederá a ella una vez que las resoluciones queden ejecutoriadas o causen ejecutoria en conformidad a la ley (art. 231 CPC). La ejecución de una sentencia arbitral en Chile plantea dos vías: Un cumplimiento incidental solicitado ante el mismo tribunal que dictó el fallo dentro de un año desde que se hace exigible su ejecución (art. 233 CPC) (30) ; y un juicio ejecutivo, en el caso que se solicite el cumplimiento de una sentencia después de vencido el plazo de un año o cuando se solicite a otro tribunal que no fue el que se pronunció sobre el fondo del asunto (art. 237 CPC).

En el caso del arbitraje interno el art. 635 CPC dispone que

> *«para la ejecución de la sentencia definitiva se podrá ocurrir al árbitro que la dictó, si no está vencido el plazo por el que fue nombrado, o al tribunal ordinario correspondiente, a elección del que pida su cumplimiento. Tratándose de otra clase de resoluciones, corresponde al árbitro ordenar su ejecución. Sin embargo, cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto».*

La ejecución de sentencias extranjeras se rige por el art. 242 ss. del CPC. El art. 242 dispone que las resoluciones pronunciadas en país extranjero tendrán en Chile la fuerza que les concedan los tratados respectivos (31) ; y para su ejecución se seguirán los procedimientos que establezca la ley chilena, en cuanto no aparezcan modificados por dichos tratados. Si no existen tratados relativos a esta materia con la nación de que procedan las resoluciones, se les dará la misma fuerza que en ella se dé a los fallos pronunciados en Chile (art. 243 CPC); mientras que si la resolución procede de un país en que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales chilenos, no tendrá fuerza en Chile (244 CPC). En caso de que no pueda aplicarse lo anterior, tales sentencias tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieren dictado en el país, con tal que reúnan ciertos requisitos (art. 245 CPCP): a) que no contengan nada a lo dispuesto a las normas sustantivas de Chile; b) que no se oponga a la jurisdicción nacional; c. que haya sido debidamente notificada; y d. que se encuentre ejecutoriada de acuerdo a las normas de su dictación.

De conformidad al art. 246 CPC, las reglas de los artículos precedentes son aplicables a las resoluciones expedidas por jueces árbitros. En este caso se hará constar su autenticidad y eficacia por el visto-bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo. Finalmente, en todos los casos a que se refieren los artículos precedentes, la resolución que se trate de ejecutar se presentará a la Corte Suprema en copia legalizada o apostillada para el execuátur correspondiente (art. 247 CPC). art. 248 (245). En los casos de jurisdicción contenciosa, se dará conocimiento de la solicitud a la parte contra quien se pide la

ejecución, la cual tendrá para exponer lo que estime conveniente un término igual al de emplazamiento para contestar demandas. Con la contestación de la parte o en su rebeldía, y con previa audiencia del fiscal judicial, la Corte Suprema declarará si debe o no darse cumplimiento a la resolución.

En estos casos, la sentencia extranjera es homologada a una sentencia pronunciada en Chile por medio de su debido reconocimiento. Previo a la LACI se aplicaban estas disposiciones al arbitraje comercial internacional.

La LACI en su art. 35 dispone que: «1. Un laudo arbitral, cualquiera sea el país en que sea haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del art. 36.2º. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución, deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el art. 7º o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de Chile, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos». El art. 36, por su parte, plantea las causales para denegar el reconocimiento o ejecución, norma que es similar a lo dispuesto en el art. 34, a propósito del recurso de nulidad del laudo. Entonces, la ejecución de un laudo podrá denegarse, en primer término, cuando una parte pruebe que estaba afecta a causal de incapacidad, o que el acuerdo no es válido en virtud de la ley que las partes pactaron; que la parte no fue debidamente notificada o no pudo hacer valer sus derechos; que el laudo resuelve alguna cuestión no prevista en el arbitraje o, en definitiva excede los términos del acuerdo; que la composición del tribunal o el procedimiento no se han ajustado al acuerdo; que el laudo no es todavía obligatorio o ha sido anulado; que la controversia no es susceptible de arbitraje o que es contrario al orden público.

> Se establece un control del laudo que difiere del de ejecución, pues el legislador se pone en el caso que las leyes aplicables puedan diferir entre ambos

Como se puede observar, el árbitro deberá respetar las normas elegidas por las partes respecto de la forma y el fondo, y si no las eligen, deberá hacerlo en su defecto. Además deberá considerar los usos, las disposiciones del contrato, las normas del Estado sede y también las del Estado de ejecución, con el objeto de resguardar la validez y ejecutabilidad del laudo. Esta es la razón por la cual se establece un control del laudo que difiere del de ejecución, pues el legislador se pone en el caso que las leyes aplicables puedan diferir entre ambos.

Nótese que el art. 35 se refiere a la ejecución del laudo arbitral internacional «cualquiera sea el país en que se haya dictado» (32) , sin embargo, no se refiere expresamente al caso que dicho laudo se haya dictado en Chile. Esta situación se produce porque el legislador no se detuvo suficientemente a

pensar en este problema, considerando la normativa existente y el hecho que la ley imitada (Ley Modelo Uncitral) sólo constituye un paradigma que debía ser adaptado a los requerimientos de cada Estado.

En otras palabras, a partir del art. 35 podemos entender que los laudos, en general, no debiesen seguir requiriendo la práctica del execuátur, entendiendo que la LACI ha reformado esta materia en este punto (33) , provocando una suerte de ejecución automática (34) . Esto implica que la normativa sobre el procedimiento para reconocer sentencias arbitrales internacionales se ha vuelto más flexible, en sintonía con el art. III del Convenio de Nueva York (35) y lo dispuesto en la propia Ley Modelo Uncitral (36) . Esta idea aboga por la superación de las restricciones propias del territorialismo en atención a la escasa importancia que tiene el lugar material donde se desarrolla el arbitraje, por ello se suprime el criterio de la reciprocidad como requisito para otorgar o denegar el execuátur (37) . En este escenario, estos laudos tendrán mérito ejecutivo.

Al aceptarse que el laudo arbitral extranjero se puede ejecutar de manera directa o «automática» de acuerdo al art. 35, y que el art. 36 de la LACI no establece un tribunal competente para conocer de la ejecución, el sistema debiese integrarse a partir de normas internas. En tal sentido, debemos tener presente las reglas de competencia establecidas en el COT en materia de ejecución, en especial sus arts. 113 y 114. El primero dispone que la ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hubieren pronunciado en primera o en única instancia. El segundo señala que siempre que la ejecución de una sentencia definitiva hiciere necesaria la iniciación de un nuevo juicio, podrá éste deducirse ante el tribunal que menciona el inciso primero del artículo precedente o ante el que sea competente en conformidad a los principios generales establecidos por la ley, a elección de la parte que hubiere obtenido en el pleito.

De este modo, para determinar el juez natural se debieran observar ciertas pautas (38) :

a) El cumplimiento de un laudo arbitral debiese pedirse, a través de un juicio ejecutivo (art. 434 CPC), directamente al tribunal de única o primera instancia, sin necesidad de execuátur previo.

b) La parte ejecutada puede oponerse a que se conceda la ejecución, ejerciendo su derecho de defensa ante el juez natural antes indicado.

Con todo, de aquí surgen varias interrogantes: ¿este sistema sería aplicable a los laudos arbitrales internacional dictado en sede chilena?; ¿cómo se opondrán las causales de denegación establecidas en el art. 36 LACI en la práctica?; ¿si el laudo es pronunciado en sede chilena es factible la interposición de estas causales de denegación?; y, por último, ¿este sistema podría aplicarse con preferencia a lo dispuesto en el CPC?

La primera interrogante ha de responderse en términos afirmativos a partir de lo dispuesto en el art. 35 LACI, en la medida que no distingue el lugar de su dictación.

La segunda nos permite reflexionar en las fisuras del sistema expuesto, toda vez que la solución brindada a partir de la conjunción de estas normas resulta forzada. El art. 464 del CPC dispone la oposición del ejecutado sólo será admisible cuando se funde en alguna de las excepciones que allí se

mencionan, de manera que el art. 36 no tendría cabida. Siendo así, el sistema de ejecución establecido en el CPC sería incompatible con el de la LACI, al menos en lo relativo a las causales de denegación del execuátur, siendo así, debiese aplicarse el derecho más favorable.

En este orden de ideas, podríamos pensar en tres opciones: a. Sólo aceptar las causales del 464; b. integrar las causales del art. 36 forzosamente en el art. 464 CPC; o c. aceptar sólo las causales del art. 36 LACI, en reemplazo. Nos decantamos por el segundo escenario atendiendo a la tutela judicial efectiva, en orden a entregar las herramientas más completar para la defensa del ejecutado.

La tercera interrogante tampoco está resuelta en la normativa, en tanto el art. 36 no plantea una exclusión de estas causales en el caso que el laudo se haya dictado en sede chilena. En este caso debemos considerar que el potencial ejecutado tendrá la posibilidad de accionar la nulidad del laudo que plantea prácticamente las mismas causales contempladas en el art. 36, de manera que se trataría de un doble control, lo que tampoco tiene sentido. Frente a ello, cabe recordar que un laudo anulado podría ser potencialmente ejecutado, pero esto sólo ocurre sólo cuando los lugares de la sede y de ejecución son diferentes, atendiendo a los distintos derechos que pueden aplicarse. Es por ello que la defensa de la tesis de la deslocalización y la inutilidad del recurso de nulidad, sólo tiene importancia cuando el lugar de ejecución y de la dictación del laudo no sean los mismos, pues en este caso habrá de considerar el derecho más beneficioso al arbitraje internacional.

Finalmente, consideramos que el sistema planteado en la LACI, aún cuando presenta vacíos que deben integrarse por el CPC, nos parece el camino que debiese haberse ejercido desde el año 2004, principalmente considerando que se trata de una norma especial que prima sobre la general, de manera que las normas del código sólo serían aplicables a otros laudos extranjeros, no internacionales. A pesar de ello, como veremos, la jurisprudencia no ha innovado en esta materia, profundizando la confusión existente.

IV. REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y UNA PROPUESTA A CONSIDERAR *DE LEGE FERENDA*

Podemos observar, entonces, que el art. 35 plantea una ejecución de pleno derecho lo que nos obliga a sostener que este sistema, por su especialidad, debe prevalecer por sobre el contemplado en el CPC respecto de las sentencias extranjeras, que requieren de execuátur para su reconocimiento y ejecución.

En este camino debemos considerar que:

a) El Art. 35 adopta un sistema deslocalizado, donde el laudo internacional se observa como «anacional».

b) La LACI Es especial respecto del CPC, de manera que su aplicación es preferente.

c) El principio de intervención mínima implica que los tribunales nacionales no pueden intervenir en más funciones de las señaladas por la ley 19.971, de manera que recurrir a un procedimiento de ejecución ajeno al establecido en esta ley, vulnera absolutamente este principio.

El art. 35, si bien no distingue el lugar en que se ha dictado el laudo, plantea un sistema que no resulta completo, primero porque la LACI no establece el tribunal ni el procedimiento que deberán aplicarse a este sistema, y, por otra parte, tampoco es posible colegir qué ocurre con las causales de denegación contempladas en el art. 36, si el laudo ha sido dictado en sede chilena.

El sistema de ejecución de los laudos internacionales se conforma, entonces, por la LACI de manera preferente y se integra por las normas del CPC en lo que resulten aplicables. En este camino, podríamos considerar que el laudo se debe ejecutar a partir de un juicio ejecutivo, se haya dictado en sede chilena o extranjera, y las causales del art. 36 tendrían que ser consideradas en esta etapa, aun cuando resulte forzoso y contrario a la literalidad del art. 464 del CPC.

No obstante lo anterior, en la práctica no se ha dejado de usar el procedimiento de execuátur para ejecutar un laudo arbitral internacional en Chile. Esto podemos observarlo en el caso M*ax Mauro Stubrin v. Sociedad Inversiones Morice* del 11 de enero de 2007 donde la parte solicita que se conceda execuátur a la sentencia de 16 de mayo de 2003 pronunciada por el Tribunal Arbitral perteneciente a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. La Corte expresamente señaló que existen tratados internacionales que regulan el arbitraje comercial internacional y la forma de reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, debiendo recurrir a ellas a la luz del art. 242 del CPC. En otras palabras, la Corte aplicó directamente la Convención de Nueva York, pero sin hacer referencia a la LACI como norma aplicable al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Otro tanto ocurrió con el caso *Gold Nutrition Industria e Comercio con Laboratorios Garden House S.A.*, oportunidad en que la Corte dispuso que la solicitud debía ser resuelta a la luz de los arts. 242 ss. del CPC y especialmente atento a lo estatuido en la ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, sin perjuicio de las normas de la Convención de NY. En fallos más recientes la Corte en la Causa Rol N.º 7854/2013, señaló:

> *«SÉPTIMO: Que atendido lo referido, corresponde precisar, por consiguiente, que los consabidos arts. 35 y 36 de la Ley n.º 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional que rigen el Reconocimiento y Ejecución de los Laudos arbitrales dictados en el extranjero, que son normas especiales que priman respecto de las generales y cuyos preceptos por lo demás son similares a los establecidos en las disposiciones de la Convención de Nueva York y en la que la primera, por lo demás, se inspiró para su dictación (...)».*

La vía del execuátur no es posible de aplicar en ningún caso si el laudo internacional ha sido pronunciado en sede chilena

Asimismo, la Corte Suprema, con 29 de noviembre de 2016, en causa Rol N.º 24348/2016, confirmó que el execuátur es un trámite necesario. En otras palabras, la LACI ha sido considerada en el execuátur por la Corte Suprema, pero no en orden a declararse incompetente para conocer de este asunto, sino como una mención de sus fallos. Esto nos obliga a pensar que esta materia no ha sido suficientemente abordada por el máximo tribunal de la República con la seriedad que merece. La

labor interpretativa de este tribunal podría ser esclarecedora y servir de pauta frente a los conflictos que puedan suscitarse. En tal sentido, reconocer que no se requiere del trámite de execuátur a partir de lo dispuesto en el art. 35 de la LACI, resulta necesario aplicando la especialidad de esta ley y, más aún, la celeridad que requiere la ejecución de una sentencia, en cuanto derecho fundamental y adecuada tutela judicial.

Por otra parte, la vía del execuátur no es posible de aplicar en ningún caso si el laudo internacional ha sido pronunciado en sede chilena, lo que provoca una distinción contra ley, pues como hemos explicado reiteradamente, el art. 35 de la LACI no distingue la ejecución del laudo en relación al lugar de su dictación.

La labor en cuestión es necesaria en vista que el legislador ha preterido abordar este asunto y la necesaria reforma del arbitraje interno. Cuando ello se formule, sugerimos considerar lo planteado por las legislaciones más avanzadas en la materia. A modo de ejemplo, en España, Ley 60/2003 distingue claramente dos vías de ejecución: de una parte, los laudos pronunciados en territorio nacional y, de otra, todos aquellos que se hubieran pronunciado en el extranjero. La primera ventaja que propone esta solución es que a diferencia los laudos pronunciados en territorio nacional (no laudos nacionales) y llama extranjeros a todos aquellos que no se dicten en España. Esta forma de plantearlo logra soslayar el problema de aplicación que se nos presenta a nosotros: una vez hecha la correcta distinción, queda claramente establecido que a los laudos (no dictados en el extranjero) les corresponde la aplicación de las normas de cumplimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Debemos tener presente que se regula un régimen especial para los casos de suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución, y aquellos supuestos en que alguna parte promueva la acción de anulación del laudo. Básicamente, la ley prevé un escenario en que exista ejecución, sin que la interposición de la anulación genere el efecto suspensivo. Podrá, con todo, lograrse la suspensión si es que se consigna caución suficiente para responder de la condena, más los daños y perjuicios.

En segundo lugar, también se regula en forma muy simple la forma en que ejecutarán los laudos dictados fuera del territorio español. Para este caso, se aplicarán los convenios y tratados internacionales suscritos al efecto y, procesalmente, se cumplirán conforme a las normas que el ordenamiento procesal civil (LEC) contempla para las sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Una norma equivalente, en Chile, significaría el esclarecimiento de un panorama que, por esa ausencia de regulación específica, provoca que la parte perdedora pueda realizar una maniobra meramente dilatoria.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto, presentaremos en un orden de jerarquía de importancia algunas de las ideas tratadas:

1. Un laudo pronunciado en un arbitraje comercial internacional se rige por su ley aplicable. Dicho laudo, con independencia del lugar que le ha servido de sede, no puede ser calificado como

nacional.

2. La ley de arbitraje comercial internacional fue dictada en Chile en el 2004 (Ley 19.971) replicando la Ley Modelo Uncitral, a fin de constituirse como una sede arbitral, sin embargo, esta norma —aplicable a los arbitrajes comerciales internacionales que sean llevados en Chile— no contempla especialmente el caso de la ejecución del laudo que ha sido dictado en sede chilena. Por el contrario, su art. 35 se refiere a la ejecución del laudo internacional en términos amplios.

3. La normativa interna tampoco se refiere a la ejecución de los laudos provenientes del arbitraje comercial internacional, sino que lo hacen en relación a las sentencias arbitrales dictados en arbitrajes internos y las sentencias dictadas fuera de Chile.

4. El art. 35 plantea una ejecución de pleno derecho lo que nos obliga a sostener que este sistema, por su especialidad, debe prevalecer por sobre el contemplado en el CPC respecto de las sentencias extranjeras, que requieren de execuátur para su reconocimiento y ejecución.

5. En este camino debemos considerar que:

   a. El art. 35 adopta un sistema deslocalizado, donde el laudo internacional se observa como «anacional».

   b. La LACI es especial respecto del CPC, de manera que su aplicación es preferente.

   c. El principio de intervención mínima implica que los tribunales nacionales no pueden intervenir en más funciones de las señaladas por la ley 19.971, de manera que recurrir a un procedimiento de ejecución ajeno al establecido en esta ley, vulnera absolutamente este principio.

6. El art. 35, si bien no distingue el lugar en que se ha dictado el laudo, plantea un sistema que no resulta completo, primero porque la LACI no establece el tribunal ni el procedimiento que deberán aplicarse a este sistema, y, por otra parte, tampoco es posible colegir qué ocurre con las causales de denegación contempladas en el art. 36, si el laudo ha sido dictado en sede chilena.

7. El sistema de ejecución de los laudos internacionales se conforma, entonces, por la LACI de manera preferente y se integra por las normas del CPC en lo que resulten aplicables. En este camino, podríamos considerar que el laudo se debe ejecutar a partir de un juicio ejecutivo, se haya dictado en sede chilena o extranjera, y las causales del art. 36 tendrían que ser consideradas en esta etapa, aún cuando resulte forzoso y contrario a la literalidad del art. 464 del CPC. Este sería el camino más adecuado, mientras no se reforme esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

BIGGS, G., «El proceso hacín al arbitraje comercial internacional en Chile», *Ponencias del Seminario Arbitral Internacional Amcham 29-30 julio de 1998*, American Arbitration Association, Nueva York, 1999.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., «La intervención jurisdiccional del arbitraje», en *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva ley de arbitraje*, Instituto vasco de Derecho Procesal, 2005, p. 68.

CARRILLO VENEZIAN, V., *Régimen de Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales en Chile: Análisis de su regulación y del sometimiento a execuátur a la luz de la Ley 19.971* , Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, UCV. 2018.

CONEJERO ROOS, C., *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general, Marco legal y jurisprudencia*, Bogotá, Legis Editores, 2009.

ESPLUGUES MOTA, C., «Sobre la aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras y la necesidad de su reforma», *Revista de Derecho (Valparaíso)*, vol. 43, n.º 2, pp. 297-353.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, pp. 605-637.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (ed.), *La nueva Ley de arbitraje*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 102, 2006, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

GOSWAMI, L. «Interim Reliefs: The role of the Courts», *Internacional Arbitration and Nacional Courts: The Never Ending Store, en ICCA International Arbitration Conference*, La Haya, 2001.

HERNÁNDEZ BURRIEL, J., en *Comentarios a la ley de arbitraje* (coord. R. Hinojosa Segovia), Editorial Grupo difusión, 2004.

MANTILLA-SERRANO, F., *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*, Editorial Iustel, 2005.

MEREMINSKAYA, E, *Arbitraje Comercial Internacional en Chile, desafíos y desarrollo,* Editorial LegalPublishing, 2014.

MERINO MERCHÁN, J.F., *Estatuto y responsabilidad del árbitro*, Cizur Menor, Aranzadi S.A., 2004.

PICAND ALBÓNICO, E., *Arbitraje Comercial Internacional,* Santiago , Editorial Jurídica de Chile, 2005.

ROMERO SEGUEL, A. y DÍAZ VILLALOBOS, J.I., *El arbitraje interno y comercial internacional*, Santiago, Ediciones UC, 2016.

SÁNCHEZ LORENZO, S. «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones,* vol. IX, nº1, 2016, pp. 13-144.

SANTOS BELANDRO, R., «Brisas favorables de orientación estatal impulsan, a vela desplegada, el arbitraje comercial internacional en la región», en *Estudios de arbitraje: en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Editorial LegalPublishing, 2014.

SENES MOTILLA, C., *La intervención judicial en el arbitraje*, Cizur Menor, Civitas, 2007.

STAMPA CASAS, Gonzalo, «El juez de apoyo al arbitraje: nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de Medidas cautelares», en *La nueva ley de arbitraje* (J.C. Fernández Rozas, ed.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

VÁSQUEZ PALMA, M.F., «Ley chilena de arbitraje comercial internacional: Análisis de las doctrinas jurisprudenciales, a diez años de su vigencia», *Ius et Praxis*, vol. 21, n.º 2, 2015, pp. 523-552.

VÁSQUEZ PALMA, M.F., *Tratado de arbitraje en Chile. Arbitraje interno e internacional*, Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2018.

VÁZQUEZ SOTELO, L. «De la "iurisdictio in sola notione consistit" a la prevalencia de la ejecución», *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, Barcelona, Atelier , 2014, pp. 29-42.

VERDERA Y TUELLS, E., «Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1994, pp. 137-177.

(1) Por años ha habido una significativa postergación de la importancia de la fase de ejecución. Esto ha conducido a que, en excesivas ocasiones, la efectividad de esta etapa no pase de ser una mera ilusión que desvanece los intereses de las partes. Especialmente, dramático se torna este panorama cuando, ha existido una fase declarativa previa en la que pareciera haberse logrado la razón. Una excelente explicación de este fenómeno puede consultarse en: J.L. Vázquez Sotelo, «De la "iurisdictio in sola notione consistit" a la prevalencia de la ejecución», *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, Barcelona , Atelier, 2014, pp. 29-42.

Ver Texto

(2) Por cierto, se trata de aspectos compartidos con otros sistemas. Para una visión comparada, se sugiere revisar: S. Sánchez Lorenzo, «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IX, nº1, 2016, pp. 13-144.

Ver Texto

(3) Esta polémica no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, sigue suscitando dudas. El problema se da, específicamente, cuando el arbitraje se lleva a cabo en Chile. Respecto de los arbitrajes internacionales pronunciados en el extranjero la Corte Suprema tiene claro que no le corresponde a la jurisdicción nacional enjuiciar el fondo de la cuestión. Daremos solo un ejemplo con cierto tiempo, por todas baste la sentencia de la Corte Suprema, de 15 de septiembre, de 2008, Causa Rol 6615-2007.

Ver Texto

(4) En un análisis del conjunto del sistema, ya detectaba significativas falencias C. Esplugues Mota, «Sobre la aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento y ejecución de resoluciones

extranjeras y la necesidad de su reforma», *Revista de Derecho (Valparaíso)* , vol. 43, n.º 2, pp. 297-353.

Ver Texto

(5) En esta misma línea, el TCE, en reiterados fallos, ha incluido en su jurisprudencia una especial referencia a la ejecución como aquella que da lugar a una verdadera tutela judicial efectiva cumpliendo, en el plano fáctico, con el derecho declarado en la sentencia por el juez de la instancia. Es así como la Sentencia TCE 114/2000 ilustra el punto recientemente explicado, al declarar que «(...) la doctrina reiterada de este Tribunal según el cual el derecho a la ejecución de Sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y por tanto no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial». ver Sentencia TCE 202/1998; Sentencia TCE 240/1998; Sentencia TCE 108/1999.

Ver Texto

(6) Con la excepción de contados trabajos.

Ver Texto

(7) Para una descripción general, *vid.:* Vásquez Palma, Tratado de Arbitraje en Chile. Ed. Thomson Reuters , 208; M.F. Vásquez Palma, «Ley chilena de arbitraje comercial internacional: Análisis de las doctrinas jurisprudenciales, a diez años de su vigencia», *Ius et Praxis*, vol. 21, n.º 2, 2015, pp. 523-552.

Ver Texto

(8) Mensaje del Ejecutivo Nº 15-349, enviado al Congreso con fecha 02 de junio de 2003. Historia de la Ley nº 19.971, p. 8, disponible en [www.bcn.cl].

Ver Texto

(9) En extenso, véase: M.F. Vásquez Palma, *Tratado de arbitraje en Chile. Arbitraje interno e internacional* , Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2018.

Ver Texto

(10) E. Mereminskaya, *Arbitraje Comercial Internacional en Chile, desafíos y desarrollo,* Editorial LegalPublishing , 2014, p. 7.

Ver Texto

(11) A. Romero Seguel y J. Díaz Villalobos, *El arbitraje interno y comercial internacional*, Santiago, Ediciones UC, 2016.

Ver Texto

(12) En este sentido, véase la sentencia de la Corte Suprema, Causa Rol 19.568-2020.

Ver Texto

(13) Literalmente, establece: «3) Un arbitraje es internacional si:

a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, o
c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

Ver Texto

(14) A. Rey Vallejo, «Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio», *Vniversitas*, n.º 128, pp. 245-284.

Ver Texto

(15) Sobre este principio, entre otros, G. Stampa Casas, Gonzalo, «El juez de apoyo al arbitraje: nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de Medidas cautelares», en *La nueva ley de arbitraje*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 197; F., Mantilla-Serrano, Fernando, *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional,* madrid, Iustel, 2005, pp. 70-71; J. Hernández Burriel, *Comentarios a la ley de arbitraje» (*coord. R. Hinojosa Segovia), Editorial Grupo difusión, 2004, pp. 59-60.

Ver Texto

(16) Tal como señala J.C. Fernández Rozas, no es factible desvincular la institución arbitral de la actividad jurisdiccional del Estado y, en contrapartida, debe exigirse que los jueces que intervengan en asuntos arbitrales mantengan la corrección técnica precisa y cumplan estrictamente con el arbitraje a fin de que éste se desarrolle con naturalidad., *Derecho de los negocios internacionales,* Madrid, Iustel , 2016, p. 626; *id.*, «El arbitraje y jurisdicción: una intervención necesaria para la realización de la justicia», *Revista Derecho Privado y Constitución*, nº 19, 2005, p. 84.

Ver Texto

(17) En este sentido, E. Verdera y Tuells plantea que el éxito del arbitraje depende del buen funcionamiento de la justicia y el peor enemigo del procedimiento arbitral es la eficacia de la jurisdicción, «Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial», *Revista de la Corte española de arbitraje*, 1994, pp. 137-177. En la misma dirección, A. Bernardo San José, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada, Comares, 2002, pp. 2 ss.

Ver Texto

(18) L. Goswami, «Interim Reliefs: The role of the Courts», *Internacional Arbitration and Nacional Courts: The*

never ending store, en ICCA International Arbitration Conference, La Haya, pp. 111 ss.

Ver Texto

(19) A título meramente ejemplificativo, es relevante considerar que el tribunal constitucional español ha calificado el arbitraje como una «actividad sustitutiva de la función jurisdiccional» siempre y cuando concurran determinados requisitos que fundamenten esa equivalencia. J.F. Merino Merchán, *Estatuto y responsabilidad del árbitro*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, pp. 32 y 33.

Ver Texto

(20) C. Senes Motilla, Carmen, *La intervención judicial en el arbitraje,* Cizur Menor, Civitas, 2007, p.24 .

Ver Texto

(21) J.C. Fernández Rozas, *La nueva ley de arbitraje,* Madrid, Consejo General del Poder Judicial-Centro documentación, 2007, p. 73.

Ver Texto

(22) J. Burgos Ladrón de Guevara, «La intervención jurisdiccional del arbitraje», en «*Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva ley de arbitraje»,* Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005, p. 68.

Ver Texto

(23) R. Santos Belandro, ejemplificando la situación respecto de los países latinoamericanos (especialmente Argentina, Brasil, Uruguay, Perú), ha señalado que en éstos no existe una línea clara de intervención, o bien vacíos legales sobre estas materias podrán originar conflictos con las autoridades estatales de no fácil solución. Agrega que quizás el mayor problema existente aún en las legislaciones latinoamericanas sea el hecho que a pesar de que una gran mayoría de ellas aceptan como único recurso contra el laudo el de nulidad o anulación, todavía persiste un grupo importante de países que admiten otros recursos, especialmente el de apelación. «Brisas favorables de orientación estatal impulsan, a vela desplegada, el arbitraje comercial internacional en la región», en *Estudios de arbitraje: en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Editorial LegalPublishing, 2014, pp. 561-563.

Ver Texto

(24) Así lo establece, por ejemplo, la exposición de motivos de la nueva ley de arbitraje española.

Ver Texto

(25) En concreto, la norma, señala: «1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso».

Ver Texto

(26) La inexistencia de una definición mundialmente aceptada sobre el término «internacional» en el contexto del arbitraje comercial internacional puede generar problemas, ya que cada Estado aplica su propio criterio para determinar si un laudo es nacional o extranjero. Así, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) adoptó el carácter de la controversia como criterio aplicable a efectos de decidir si, de conformidad con su reglamento, determinado arbitraje constituía o no un arbitraje internacional; mismo criterio empleó la legislación francesa (DL de 1981). Por su parte, el Convenio Europeo de 1961 adoptó la nacionalidad de las partes como criterio diferenciador, al igual que la legislación suiza y otro tanto ocurre con la Convención de Nueva York. La Ley Modelo UNCITRAL, por su parte, combina ambos criterios, empleando adicionalmente uno alternativo cuando, por ejemplo, el lugar con el que se relaciona el objeto del litigio resulta extranjero respecto de las partes, asimismo, el factor de la internacionalidad puede derivarse de la elección de una sede extranjera para el arbitraje o de un acuerdo entre las partes según el cual el objeto del acuerdo arbitral es de carácter internacional. Sobre el particular, *Vid.*. A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides , *op. cit*., pp. 73 ss.

Ver Texto

(27) El desarrollo del arbitraje internacional ha sido vertiginoso en las últimas décadas especialmente de manos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través del trabajo sistemático de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI/UNCITRAL).

Ver Texto

(28) Concepto trabajado por la doctrina comparada desde hace bastante tiempo: J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005, pp. 605-637. En Chile, M.F. Vásquez Palma, *Las sedes en el arbitraje comercial internacional*, Ed. Thomson Reuters, 2015.

Ver Texto

(29) En virtud del art. 32 Ley n.º 7.200 de 21 de julio de 1942, fueron refundidas en un solo texto la Ley Orgánica de Tribunales de 1875 y sus distintas modificaciones y normas complementarias, cuyo texto fue promulgado como Código Orgánico de Tribunales por Ley n.º 7241, de 15 de junio de 1943. Las disposiciones sobre arbitraje del COT incorporaron con leves cambios aquéllas de la ley de organización y atribuciones de los tribunales de 1875, cuyo Título XI, arts. 172 al 191, es el primero que reglamentó sistemáticamente el arbitraje en nuestro país. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil, fue promulgado el 28 agosto 1902 y reglamentó el Juicio Arbitral en su Título VIII. En este punto G. Biggs recalco tempranamente que la legislación chilena sobre arbitraje interno es seguramente la más antigua del hemisferio, «El proceso hacía el arbitraje comercial internacional en Chile», *Ponencias del Seminario Arbitral Internacional Amcham 29-30 julio de 1998*, *American Arbitration Association*, Nueva York, 1999, p. 40.

Ver Texto

(30) En este caso la parte vencida sólo podrá oponerse alegando algunas de las siguientes excepciones: pago de la deuda, remisión de la misma, concesión de esperas o prórrogas del plazo, novación, compensación, transacción, la de haber perdido su carácter de ejecutoria, sea absolutamente o con relación a lo dispuesto en el artículo anterior, la sentencia que se trate de cumplir, la del art. 464, n.º 15 y la del art. 534, siempre que ellas, salvo las dos últimas, se funden en antecedentes escritos, pero todas en hechos acaecidos con posterioridad a la sentencia de cuyo cumplimiento se trata. También podrá alegarse la falta de oportunidad en la ejecución. Esta excepción y las del artículo 464 Nº 15 y del artículo 534 necesitarán, además, para ser admitidas a tramitación, que aparezcan revestidas de fundamento plausible. La oposición sólo podrá deducirse dentro de la citación a que se refiere el artículo precedente. El tercero en contra de quien se pida el cumplimiento del fallo podrá deducir, además, la excepción de no empecerle la sentencia y deberá formular su oposición dentro del plazo de diez días. La oposición se tramitará en forma incidental, pero si las excepciones no reúnen los requisitos exigidos por el inciso 1º se rechazará de plano (art. 234 CPC).

Ver Texto

(31) El art. VII de la Convención de Nueva York dispone que: 1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque. 2. El Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927 sobre la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras dejarán de surtir efectos entre los Estados Contratantes a partir del momento y en la medida en que la presente Convención tenga fuerza obligatoria para ellos. De esta manera, el Artículo VII de la Convención, que rige la relación de la Convención de Nueva York con otros tratados y el derecho interno, es considerado como una de las piedras angulares de la Convención. En virtud de este artículo, la Convención no afectará la validez de otros tratados relativos al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales y al facilitar la aplicación de normas sobre el reconocimiento y la ejecución que puedan ser más liberales que la Convención, el art. VII 1) garantiza la compatibilidad de la Convención con otros instrumentos internacionales, así como su durabilidad, para que los laudos arbitrales extranjeros puedan reconocerse y ejecutarse en la mayor medida posible. La segunda parte del artículo VII 1) permite a cualquier parte interesada hacer valer un tratado o ley nacional más favorable sobre el reconocimiento o la ejecución en lugar de la convención. Así, se consagra la idea del «derecho más favorable».

Ver Texto

(32) A diferencia de lo que sucede con el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York (1958).

Ver Texto

(33) Previo a la LACI se aplicaba el art. 246 CPC, que hace aplicables las normas de reconocimiento y ejecución del código a los laudos arbitrales, de manera que estos se llevaban a cabo usando estas normas, las cuales contemplan el exequátur previo a la ejecución. Pero a partir de la lectura del art. 35 LACI, es posible plantear que ésta ha cambiado drásticamente el panorama de reconocimiento y

ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en Chile, al eliminar el trámite del exequátur como trámite previo a la ejecución de laudos arbitrales provenientes de un arbitraje comercial internacional llevado a cabo fuera de la República. En términos similares lo ha planteado V. Carrillo Venezian,, «Régimen de Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales en Chile: Análisis de su regulación y del sometimiento a exequátur a la luz de la Ley 19.971», memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, UCV. 2018.

Ver Texto

(34) Así lo señaló la Corte Suprema en la Causa Rol 82.442-2016.

Ver Texto

(35) El art. III de esta convención expresa que no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas que las establecidas para reconocer o ejecutar sentencias arbitrales nacionales. A partir de esta disposición es posible reforzar la igualdad que establece la Convención a laudos extranjeros con los nacionales, al igual que la LACI. Esto demuestra que ambos cuerpos normativos confluyen en armonía para regular el reconocimiento y ejecución de laudos en Chile, dejando atrás la añeja regulación del CPC chileno. Así, de la lectura de dicho art. 35, no queda duda que el cumplimiento de laudos extranjeros ha sido homologado para su cumplimiento al mismo trato del laudo dictado en un arbitraje comercial internacional seguido en Chile si cumple con las condiciones.

Ver Texto

(36) La secretaría de la UNCITRAL, en su nota explicativa acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión de 2006, se pronunció respecto de este capítulo señalando sus aspectos esenciales: (a) Promoción de un tratamiento uniforme de todos los laudos independientemente del país en que sean dictados: La Ley Modelo hace una distinción entre «laudos internacionales» y los «no internacionales», en sustitución de la tradicional diferenciación entre laudos «extranjeros» y «nacionales». Esta nueva orientación se basa en motivos de fondo y no en las fronteras territoriales, que resultan inadecuadas por la poca importancia que el lugar de arbitraje reviste en los casos internacionales. A menudo se elige el lugar del arbitraje por razones de conveniencia de las partes y es posible que la controversia tenga escasa o ninguna relación con el Estado en que se substancien las actuaciones conforme a la ley. En consecuencia, el reconocimiento y la ejecución de los laudos «internacionales», sean «extranjeros» o «nacionales», deberían regirse por las mismas disposiciones. (b) Requisitos procesales del reconocimiento y de la ejecución: En virtud del párrafo 1) del art. 35, todo laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y podrá ejecutarse, en conformidad con las disposiciones del párrafo 2) del art. 35 y del art. 36 (que establece los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución). Habida cuenta de la escasa importancia del lugar del arbitraje en los casos internacionales y con el deseo de superar las restricciones territoriales, no se incluye la reciprocidad como requisito para el reconocimiento y ejecución. Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, S.08.V.4,

Ver Texto

(37) E. Picand, *Arbitraje comercial internacional*, 2005.

Ver Texto

(38) *Vid.*. A. Romero y J. Díaz, *El arbitraje interno y comercial internacional*, Sntiago, Ed. Lexis Nexis, 2007, pp. 243 y 271 y ss.

Ver Texto

Astérix, el caldero y el consejo de la aldea, o sobre el ejemplo galo de las comisiones mixtas como fórmula arbitral de resolución de conflictos tributarios

Asterix, the Cauldron and the Council of the Village, or the Gallic Example of Mixed Commissions as an Arbitral Formula for the Resolution of Tax Disputes

El ordenamiento francés contempla distintas figuras de resolución y prevención de conflictos tributarios entre las que destacan las comisiones mixtas formadas por expertos de origen y representación diversos que, como en consejo de la aldea gala del cómic de Goscinny y Uderzo, arbitran una solución basada en su experto conocimiento. Los siguientes párrafos recogen las líneas maestras del modelo del país vecino y su eventual traslación a nuestro sistema tributario.

Tribunales Económicos-Administrativos, ADR tributario, Comisiones mixtas francesas.

The French legal system owns different instruments for the resolution and prevention of tax conflicts, among which stand out the mixed commissions made up of experts of diverse origin and representation who, as in the council of the Gallic comic strip village of Goscinny and Uderzo, arbitrate a solution based on their expert knowledge. The following paragraphs collect the main lines of the model of this neighboring country and its eventual transfer to our tax system.

Economic and Administrative Courts, Tax ADRs, French joint commissions.

Irune Suberbiola Garbizu

Profesora de Derecho Financiero y Tributario. Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

I. CONTEXTUALIZACIÓN

Estamos en el año 50 antes de Jesucristo. Toda la Galia está ocupada por los romanos... ¿Toda? ¡No! Una aldea poblada por irreductibles galos resiste, todavía y como siempre, al invasor. Así comienzan todas las aventuras de Astérix y Obélix, y así damos inicio a la nuestra, una historia en la que partiendo esa aldea gala, y más concretamente de su consejo de sabios, trasladamos su experiencia al ámbito tributario y tomamos ejemplo de las comisiones arbitrales mixtas francesas como muestra de las

vías alternativas de resolución de los conflictos que se puedan suscitar en esta materia.

En el libro número trece de la saga, *Astérix y el caldero*, Moralelástix, líder de una tribu vecina, le encomienda el cuidado de un caldero lleno de sestercios, para que el dinero no caiga en manos del recaudador de impuestos del imperio romano. Sin embargo, bajo la custodia de Astérix, el dinero es robado y nuestro héroe es sometido al escrutinio del consejo de la aldea, una suerte de órgano consultivo en el que están presentes los principales representantes de la misma (el jefe Abraracúrcix, el druida Panorámix, el bardo Asurancetúrix, el anciano Edadepiédrix), y que, dado que se ve comprometido el honor de su pueblo, tras analizar la situación, destierra a Astérix hasta que devuelva el peculio desaparecido.

En un contexto en el que el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia contempla como medios adecuados de solución de controversias tanto la mediación como otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, conviene plantearse la implementación de este tipo de recursos en el ámbito tributario patrio, también en sede administrativa. Como adelantábamos, la historia de Astérix nos sirve de excusa para traer a colación un modelo actual, el que nos facilitan dentro del derecho comparado, las comisiones de impuestos directos e impuesto sobre volumen de negocios en las que, como en *Astérix y el caldero*, un consejo de sabios resuelve sobre cuestiones relacionadas con determinados tributos.

Para comprender el alcance del ejemplo que el ordenamiento tributario galo nos proporciona, comenzaremos por hacer una breve referencia a su marco procedimental, procediendo, a continuación, a analizar las dos grandes figuras que conforman la *résolution amiable des différentes* (resolución amistosa de diferencias) en Derecho francés, primero, mediante un breve apunte a la *Juridiction Gracieuse*, y, después, a través de un análisis más completo de lo que conforma el objeto de nuestro estudio, el «arbitraje» realizado por las *commissions mixtes* o comisiones mixtas. En efecto, el ordenamiento galo ha ido introduciendo estas técnicas tendentes a conciliar posiciones con el objetivo de resolver o evitar conflictos tributarios de forma alternativa al proceso contencioso (1) . Nacen así los conocidos como *«Règlement Alternatif des Différents»* o *«Résolution Amiable des Différents»* (RAD) y los «*Modes Alternatifs de Règlement des Conflits*» (MARC, Métodos alternativos de resolución de disputas), como serie de instrumentos que pretenden dar una solución más justa a los conflictos tributarios por medio de una resolución consensuada que, en cualquier caso, no cierra la vía a una ulterior revisión jurisdiccional ante un órgano judicial en aquellos supuestos en los que no se llegue a un acuerdo.

A diferencia de los modelos de gestión tributaria anglosajones, en los que es el propio contribuyente el que cuantifica sus obligaciones tributarias a través de la calificación de los hechos imponibles que realiza y la aplicación de la normativa pertinente mediante las correspondientes autoliquidaciones, el modelo de gestión francés se basa en las declaraciones que efectúa el obligado tributario ante la Hacienda, quien será la encargada de determinar, en atención a los hechos declarados, la cuantía de sus obligaciones fiscales. Así pues, en el ordenamiento francés, cuna del derecho continental, es el contribuyente quien, de forma general, declara los hechos con relevancia tributaria a la Administración competente para liquidarlos (2) . En este sentido, si bien este punto de partida

pudiera llevar a posicionamientos distintos en cuanto a la aplicabilidad del ADR en los procedimientos tributarios, lo cierto es que, en la práctica, tanto el *Internal Revenue Service* (IRS) estadounidense como la *Direction générale des Finances publiques* francesa han desarrollado ejemplos de procedimientos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito financiero. En el primer caso, porque la generalización de autoliquidaciones, los problemas de interpretación y aplicación de la normativa tributaria, y el elevado coste de los litigios en sede jurisdiccional han propiciado una cultura del pacto que ha generalizado instituciones como el arbitraje en el *Appeals Office* (Oficina de Apelaciones) del IRS (3) o dentro de los *settlement procedures* del *Tax Court* (procedimientos de liquidación del Tribunal Fiscal). En el segundo, porque las enormes facultades de las que goza el *Trésor Publique* (4) y su brazo ejecutor, la *Direction générale des Finances publiques,* pueden suscitar multitud de controversias que tratan de evitarse mediante el establecimiento de sistemas que se basan en la transacción o la convención.

En las siguientes líneas trataremos de encuadrar cuáles son esas facultades para, posteriormente, analizar los MARC en Derecho Tributario galo. Como punto de partida, debemos recordar que la estela del Derecho administrativo galo y sus poderes exorbitantes se extiende, también, al ámbito tributario, de forma que el *Trésor Publique* dispone de prerrogativas tales como el privilegio de ejecución previa (*privilège de la décision exécutoire* (5)), es decir , la posibilidad directa e inmediata de ejercitar sus propias decisiones sin necesidad de recurso previo a los tribunales. Este privilegio tiene dos vertientes, la primera, el *privilège du préalable,* consiste en el poder de la Administración de determinar unilateralmente los derechos y obligaciones de los contribuyentes sin necesidad de acudir a un juez. La segunda, el *privilège du exécution*, provoca una modificación inmediata en el ordenamiento jurídico en sus precisos términos de forma que los derechos y obligaciones determinados previamente por la Administración son ejecutivos e inmediatamente aplicables aunque la decisión administrativa sea objeto de recurso.

Siendo un régimen en el que, según comentábamos, la liquidación tributaria se cimienta en las declaraciones previamente efectuadas por el contribuyente, es lógico que se haya consagrado un sistema en el que el control de las mismas se base en la idoneidad y sinceridad de lo anotado por el obligado tributario. Se trata de un control que se fundamenta, por un lado, en la investigación de los hechos ocultos, y, por otro, en comprobar la conformidad de los relacionado en dichas declaraciones (*vérification*). Esta investigación se constituye como el primer eslabón de la cadena de auditoría fiscal: su misión es detectar mecanismos de fraude, recopilar, centralizar y enriquecer la información externa facilitada por los propios contribuyentes (6) . En este sentido, el segundo eslabón de la inspección estaría conformado por lo que se conoce como *contrôle sur pièces* o control documental, que es el que se realiza sobre los individuos e implica un análisis crítico y exhaustivo de las declaraciones realizadas y se lleva a cabo utilizando toda la información y documentos del expediente del contribuyente, así como la información adicional que le haya sido solicitada o sea recopilada de terceros (clientes, proveedores, administración, etc.), en el ejercicio de la obligación de comunicación da datos con importancia fiscal.

El control documental tiene como doble objetivo, la detección de contribuyentes que no hayan suscrito una declaración, y corregir errores encontrados en declaraciones realizadas, ya sea en

términos de ingresos o de activos. Asimismo, todos los casos de alto riesgo de incumplimiento tributario se controlan durante un período de tres años, como parte de una verificación correlacionada y cruzada entre activos e ingresos, que implica un abordaje integral de la situación del contribuyente. La responsabilidad del control se atribuye a las direcciones nacionales, principalmente, a la Dirección de Auditorías Nacionales e Internacionales, a los diez departamentos de Auditoría Tributaria Interregional y a las Direcciones de Finanzas Públicas regionales y departamentales. En cualquiera de los supuestos, estos procedimientos de investigación y control pueden revestir una forma oral o escrita que inicia, en su caso, un nuevo procedimiento administrativo cuando se utilizan para requerir una nueva documentación, sustanciándose en solicitudes de esclarecimiento (*demandes d'éclaircissements*) o en demandas de justificación (*demandes de justifications*), según se requiera una aclaración o una prueba que acredite lo referido (o no) en la pertinente declaración.

Cuando del ejercicio de los derechos de control resulta que la Administración Tributaria constata la existencia de omisiones, insuficiencias, y ocultaciones en los elementos del hecho imponible que permiten efectuar el cálculo del tributo, determinará el grado de responsabilidad del contribuyente. De igual forma, podrá realizar las correcciones de las declaraciones presentadas y valorar si la modificación de la materia imponible declarada se desarrollará en un marco de colaboración con el contribuyente. Luego, como regla general, el procedimiento de revisión es un procedimiento de naturaleza contradictoria (*redressement contradictoire* (7)) , en el que, antes de aplicar ninguna sanción o modificación tributaria, la Administración deberá sanar esas omisiones, insuficiencias y errores, realizando las pertinentes correcciones (*redressements*) «en diálogo» o colaboración con el contribuyente (8) . Es precisamente aquí donde, empiezan a jugar las vías transaccionales y convencionales en el ámbito tributario galo. En puridad, no existe un procedimiento único para efectuar modificaciones sobre las declaraciones de los contribuyentes, pero cuando ese diálogo no es posible, porque el obligado tributario no se muestra receptivo a colaborar, se establece uno de oficio, lo cual da lugar a que existan, en suma, dos procedimientos de rectificación: el *redressement contradictoire* antes referido y *l'imposition d'office* (9) .

El primero de ellos, el *redressement contradictoire* puede tener por objeto los principales impuestos del sistema, el *impôt sur revenu, impôt sur les sociétés, taxes sur le chiffre d'affaires* y los *droits d'enregistrement*. Se inicia con el envío de una notificación con la propuesta de rectificación de la declaración tributaria por parte de la Administración, donde consta el ejercicio, impuestos, naturaleza, motivos y montante de las correcciones. Como decíamos su característica principal es su naturaleza contradictoria, por eso, tras la recepción de la notificación el contribuyente tiene un plazo de 30 días para responder formulando sus observaciones o aceptando las correcciones formuladas. El rechazo de dichas alegaciones debe ser debidamente motivado por la Administración. Si así lo hiciera, el contribuyente puede reaccionar presentando una apelación contenciosa o bien, en determinadas ocasiones a las que luego nos referiremos, puede acudir a la *Commission départementale dés impôts et des taxes sur le chiffre d'affaires.* De no hacerlo, en el término de 30 días se entenderá que ha aceptado la corrección efectuada por la Administración.

Por su parte, *l'imposition d'office* se utiliza en caso de ausencia de colaboración, esto es, cuando

existe un retraso en la presentación de las declaraciones, cuando no se aclaran los términos solicitados por la Administración en las *demandes d'éclaircissements...* A diferencia del procedimiento anterior *l'imposition d'office* no es contradictoria por lo que la materia tributaria es fijada unilateralmente por la administración.

> El ordenamiento tributario francés recoge distintos sistemas, ajenos a los recursos administrativos o judiciales, para resolver, evitar y apaciguar los eventuales conflictos que puedan suscitarse entre los contribuyentes y la Administración

II. EL PRAGMATISMO DE LOS GALOS: LA *JURIDICTION GRACIEUSE* COMO MECANISMO PARA REDUCIR LA CONFLICTIVIDAD TRIBUTARIA

De lo expuesto hasta ahora podemos inferir que el ordenamiento tributario francés recoge distintos sistemas, ajenos a la revisión realizada en base a recursos administrativos o judiciales, para resolver, evitar y apaciguar los eventuales conflictos que puedan suscitarse entre los contribuyentes y la Administración. El primero de ellos, la *juridiction gracieuse,* jurisdicción graciable por estar basada en la gracia o el favor, supone un mecanismo que introduce cierto elemento de equidad en los procedimientos tributarios y que permite, incluso en ausencia de error en la comisión de un ilícito tributario por parte del contribuyente, la obtención de una condonación o reducción de la deuda tributaria o de los intereses de demora o sanciones pertinentemente establecidos, siempre que se aleguen dificultades económicas o cualquier otro motivo como, por ejemplo, la existencia de deudas excesivas en relación con la cuantía de su patrimonio.

La regulación contenida en los arts. L247 y siguientes del *Livre des Procédures Fiscales* (LPF) (10) establece un procedimiento sin excesivos formalismos que, si bien no está dirigido a resolver conflictos tributarios como tales, sí que pretende reducir la litigiosidad en la materia (11) . Para ello a solicitud del contribuyente (pues es quien inicia el procedimiento, aunque en determinadas ocasiones también pueden iniciarse de oficio o por un tercero responsable de la deuda del obligado tributario principal) la Administración podrá otorgar:

Quitas totales o parciales de los impuestos directos que se establezcan periódicamente, cuando el contribuyente no pueda pagar por dificultades o indigencia (12) ;

- Condonación total o parcial de multas tributarias o recargos tributarios cuando estas sanciones y, en su caso, los tributos a los que se agregan sean definitivas. Igualmente, podrá otorgar una transacción (13) , una reducción de las multas fiscales o aumentos de impuestos cuando estas sanciones y, en su caso, los impuestos a los que se agregan, no son definitivos. En ambos supuestos, la condonación, la transacción o la reducción puede también referirse a los intereses de demora a que se regulan en el art. 1727 del CGI.

- Reducciones totales o parciales de las costas procesales mencionadas en el art. 1912 del CGI y los intereses moratorios previstos en el art. L209 de la LPF.

- Descuentos sobre sanciones fiscales y, también, en determinadas condiciones, sobre impuestos directos, pero solo por motivos de inconveniencia o indigencia que imposibiliten a los contribuyentes hacer frente a su crédito con la Hacienda. En efecto, el último párrafo del art. L247 de la LPF establece que ninguna autoridad pública puede otorgar una condonación total o parcial de las tasas de registro, impuesto de registro de tierras, derechos de timbre e impuestos sobre el volumen de negocios y tributos asimilados a estos derechos e impuestos. Por ende, en estas materias, la jurisdicción graciable no será posible.

Las liquidaciones que pueden acogerse a la *juridiction gracieuse* deben ser firmes, aunque la concesión de la condonación o la reducción puede condicionarse a la presentación o pago de las declaraciones extemporáneas pendientes del contribuyente. Una vez realizada la presentación de la solicitud por parte del obligado tributario, o en su caso del tercero, la Administración valora discrecionalmente su situación y otorga (o no), con un amplio margen de maniobra, la condonación/reducción solicitada. El plazo para resolver es de dos meses, transcurrido el cual debe entenderse denegada la solicitud pudiéndose presentar el correspondiente recurso administrativo o un recurso judicial por exceso de poder.

Dentro de la *juridiction française*, se contempla, igualmente, la posibilidad de transaccionar en determinados supuestos, siempre que la transacción no dé lugar a una reducción del tributo principal (tasa, impuesto, gravamen, regalía, etc.), cualquiera que sea su naturaleza. Al igual que en las actas con conformidad patrias, la transacción se aplica cuando la Administración consiente al contribuyente una reducción de las sanciones y renuncia a la vía judicial. A cambio, el contribuyente beneficiario de la transacción se compromete a pagar a la Hacienda, en concepto de penalidad, además de los derechos y costos que puedan ser pagaderos, una suma fijada por el servicio, menor a las penalidades en que haya incurrido o que se dictaran en su contra, renunciando a todo proceso contencioso (presente o futuro) relativo a las sanciones o derechos que le conciernen.

En este sentido, de acuerdo con lo dispuesto en el art. L251 de la LPF, previa aprobación por parte de la autoridad competente y ejecución por parte del contribuyente, la transacción es definitiva, tanto en lo que respecta a derechos, como a las sanciones. Este procedimiento se inicia mediante solicitud del contribuyente, que reviste la forma de carta, en la que se insta a la Administración a que la sanciones e intereses de demora que le son aplicables sean objeto de transacción. La solicitud debe ir acompañada de los documentos necesarios para identificar los derechos y sanciones en cuestión (el aviso de imposición, *avis d'imposition*, o el de recaudación, *avis de mise en recouvrement*). La Administración analizará las circunstancias del caso y en el plazo de cuatro meses valorará la situación del contribuyente otorgando (o no) la transacción (el silencio es negativo), y concediéndole un plazo de treinta días para que la acepte y firme o, en su caso, para que la rechace. Si el acuerdo se acepta, deviene firme y tendrá efecto de cosa juzgada, por lo que no se podrá impugnar la liquidación practicada, ni la Administración podrá aumentarla ni aunarle sanciones. Si, por el contrario, no hay acuerdo, el contribuyente podrá interponer el pertinente recurso ante la jurisdicción contenciosa, lo cual no implica la suspensión automática de la ejecución del acto

administrativo (lo que obligará a solicitarla junto con el recurso administrativo y mantenerla hasta la primera decisión del tribunal jurisdiccional) (14) .

Como vemos si bien la *juridiction gracieuse* no constituye un procedimiento de resolución de conflictos tributarios como tal, es un mecanismo que gracias a la idea de equidad antes referida, a su simplicidad y a sus escasos formalismos, justo lo contrario del alambicado lenguaje utilizado en *Astérix y el Caldero* por la figura del recaudador de impuestos romano, parodia de Valéry Giscard d 'Etaing, Ministro de Finanzas y Economía en Francia en los primeros sesenta del siglo pasado, reduce la conflictividad entre la Administración y los administrados (15) . En cualquier caso, comoquiera que, dentro de los MARC, la fórmula arbitral más importante que nos ofrece el modelo francés es el de las comisiones mixtas, en las siguientes líneas nos centraremos en su estudio, para extraer después, como cierre, en qué medida puede ser utilizados como modelo para un eventual arbitraje tributario en el ordenamiento español.

III. EL CONSEJO DE LA ALDEA: LAS COMISIONES MIXTAS COMO FÓRMULA ARBITRAL PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS TRIBUTARIOS

Junto con la *Juridiction Gracieuse,* la aportación más importante del derecho galo al ADR tributario es el de las comisiones arbitrales mixtas. En efecto, es imposible realizar un estudio del RAD francés sin referirnos a las comisiones mixtas en las que una tercera figura trata de aproximar los intereses de la Administración y el contribuyente con el objetivo de resolver el litigio suscitado entre ambas. Con esta finalidad, la de arbitrar en el conflicto acercando posiciones que eviten el recurso a la vía judicial, el legislador francés recoge hasta cuatro instituciones de resolución pre-contenciosa que disponen de una naturaleza cuasi-jurisdiccional en sus reglas de funcionamiento y en el ejercicio de sus facultades.

En este contexto, el art. L59 LPF (modificado por Ley Nº 2016-1918, de 29 diciembre 2016) establece que cuando en un procedimiento de rectificación contradictorio, en una auditoría o inspección fiscal de las descritas en el primer epígrafe, se genera y persiste un desacuerdo con la Administración en torno al Impuesto sobre las ganancias o el Impuesto sobre el Volumen de Negocios, la disputa puede ser sometida, a petición del contribuyente o de la propia Administración, a opinión de la Comisión Departamental o de la Comisión Nacional de Impuestos Directos e Impuestos sobre el Volumen de Negocios (arts. 1651 y 1651H CDI), a la Comisión Consultiva prevista en el art. 1653 F, o la Comisión Departamental de Conciliación prevista en el art. 667.

1. Litigios objeto de resolución

En *Astérix y Obélix*, el consejo de la aldea era único y trataba de resolver cualquier cuestión que afectara a la misma. Las comisiones mixtas, sin embargo son varias, y cada una de ellas tiene encomendada la resolución de determinados litigios en función de la materia tributaria objeto de litigio, su origen geográfico o el alcance de sus funciones. De este modo, según hemos mencionado, el art. L59 LPF refiere hasta cuatro comisiones para resolver conflictos tributarios: las Comisiones de Impuestos Directos e Impuestos sobre el Volumen de Negocios en su vertiente departamental o nacional, la Comisión Departamental de Conciliación y la Comisión Consultiva. Veamos cuál es el

cometido de cada una de ellas.

La Comisión de Impuestos Directos e Impuestos sobre el Volumen de Negocios interviene cuando el desacuerdo tiene por objeto el monto de los ingresos industriales y comerciales, no comerciales, agrícolas o de facturación, determinado según un método real de tributación (no forfaitario); las condiciones de aplicación de determinados regímenes de exención o desgravación fiscal a favor de nuevos negocios; y, sobre todo, el valor de mercado de edificios, fondos de comercio, intereses, acciones o partes de sociedades inmobiliarias que sirvan de base para el impuesto al valor agregado. En las áreas mencionadas, sin resolver cuestiones de derecho (16) , la Comisión puede, igualmente, pronunciarse sobre los hechos susceptibles de ser tomados en cuenta para el examen de esta cuestión de derecho.

La diferencia entre la Comisión Departamental y la Comisión Nacional de Impuestos Directos estriba en la cuantía de los litigios objeto de arbitraje. Así, para las propuestas de rectificación enviadas a partir del 1 julio 2008, el art. 1651 H CGI establece una Comisión Nacional competente para los litigios relacionados con la determinación del beneficio y la facturación de las empresas que desarrollan una actividad industrial o comercial, y cuya facturación sin impuestos supere los 50.000.000 de euros si se trata de empresas cuya actividad principal es la venta de bienes, objetos, suministros y alimentos para llevar o consumir *in situ* o para proporcionar alojamiento. Para el resto de empresas, el importe a superar, para que la Comisión Nacional conozca del caso, es de 25.000.000 de euros.

Por su parte, la Comisión Departamental de Conciliación se ocupa de las disputas relacionadas con precios o valoraciones insuficientes que sirvan de base para el cobro de las tasas y derechos de registro y el Impuesto Solidario sobre la Fortuna. El recurso a la Comisión Departamental de Conciliación se enmarca exclusivamente en el marco del procedimiento de rectificación contradictorio, que es el que se habilita cuando la Administración pretende efectuar una alteración de los precios y valoraciones que servirán de base de cálculo a los tributos antes indicados. Precisamente, cuando las partes (Administración/administrado) no lleguen a un acuerdo puede solicitarse la intervención de la comisión.

Finalmente, la Comisión Asesora prevista en el art. 1653 F del Código General Tributario interviene cuando el desacuerdo se refiere a la existencia real de los gastos tomados en cuenta para la determinación del crédito fiscal en la investigación tributaria.

2. Composición y rasgos propios de las comisiones mixtas como instrumento cuasi-arbitral de resolución de conflictos

A) Composición del tribunal arbitral

El consejo de la aldea de Astérix y Obélix estaba compuesto por un heterogéneo grupo de sabios. Pues bien, una de las características más importantes de las comisiones mixtas es su composición paritaria conformada por miembros tanto de la Administración como por personas ajenas a ella. En el caso concreto de las Comisiones Departamentales de Impuestos Directos y de Impuestos sobre la Cifra de Negocios (art. 1651 CGI), la comisión está presidida por el presidente del tribunal

administrativo, por un miembro de este tribunal designado por él, o por un miembro del Tribunal Administrativo de Apelación. También incluye a tres representantes de los contribuyentes (de los cuales uno deberá ser titulado mercantil, *expert comptable*, si se dirimen cuestiones relativas a impuestos directos) y dos representantes de la Administración con al menos el rango de inspector divisional o inspector regional. Cuando la comisión es la nacional, está presidida por un miembro del Consejo de Estado designado por el vicepresidente del Consejo de Estado (aunque podrá ser sustituido por un magistrado administrativo designado en las mismas condiciones). En ambas coyunturas el presidente tiene voto de calidad.

En lo que atañe a la Comisión Departamental de Conciliación, a tenor del art. 1653 A CGI, ésta está formada por un magistrado de la sede, designado por decreto del Ministro de Justicia, quien asume las funciones de presidente; el director departamental de finanzas públicas o su delegado; tres funcionarios de la Dirección general de finanzas públicas que tengan al menos el grado de inspector departamental; un notario designado por la cámara o cámaras de notarios del departamento; un inspector de impuestos que ejerce labores de secretaria y que tiene voz pero no voto; y tres representantes de los contribuyentes. Estos últimos, los tres representantes de estos contribuyentes, serán, respectivamente:

- Un titular y dos suplentes designados por la cámara o cámaras de comercio e industria regionales entre comerciantes o fabricantes, o ex comerciantes o fabricantes, elegibles para tribunales comerciales. Si este titular no pertenece a la profesión que ejerce el contribuyente cuya situación se examina, éste podrá solicitar su sustitución por un representante de una de las organizaciones profesionales a las que pertenezca.
- Un titular y dos suplentes designados por las federaciones departamentales de sindicatos de explotadores agrícolas del departamento, de entre los propietarios rurales sujetos al impuesto sobre las ganancias de la explotación agrícola. Cuando existen varias federaciones de sindicatos de agricultores en un departamento, los miembros de la comisión son nombrados por el prefecto, a propuesta de estas federaciones.
- Y, finalmente un titular y dos suplentes elegidos por el sindicato o cámaras de propietarios del departamento.

Por último, en lo que respecta a la Comisión Consultiva, este comité está presidido por un miembro de la jurisdicción administrativa designado por el vicepresidente del Consejo de Estado. El presidente puede ser reemplazado por uno o dos magistrados administrativos designados en las mismas condiciones.

> El hecho de que se cuente con la participación de personal ajeno a la Administración tributaria confiere cierta aura de imparcialidad a estos órganos que, si bien es consustancial a cualquier ente que el se diriman discrepancias

Como vemos, se trata de comisiones en las que existe un alto grado de especialización no sólo en lo que concierne a los miembros designados por la Administración sino, también, en los representantes de los contribuyentes y sociedad civil, lo que, sin duda, les confiere una naturaleza eminentemente técnica que coadyuva en la resolución de los conflictos presentados. Por su parte, el hecho de que se cuente con la participación de personal ajeno a la Administración tributaria, al igual que en el Consejo de la aldea de Astérix y Obélix, confiere cierta aura de imparcialidad a estos órganos que, si bien es consustancial a cualquier ente que el se diriman discrepancias, lo cierto es que además de coadyuvar al desarrollo de un sentimiento real de justicia entre los contribuyentes cuyos asuntos estudian, permite evitar las objeciones que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hiciera sobre los Tribunales Económico-Administrativos patrios en su Sentencia de fecha de 21 enero 2020 (Asunto C-274/14, Gran Sala) (17) , mudando el criterio mantenido hasta entonces en pronunciamientos anteriores (*vid.* sentencia de 21 marzo 2000 Asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa, S.L., y otros vs. Agencia Estatal de Administración Tributaria*).

B) Rasgos definitorios de su naturaleza

A tenor de lo señalado hasta ahora, el rasgo principal de estas comisiones mixtas es, como su nombre indica, que se trata de comisiones de composición heterogénea en las que participan, tanto representantes de la Administración, como representantes de la sociedad civil y contribuyentes.

Una segunda característica es que, por lo general, se trata de comisiones paritarias: el peso de los representantes de la Administración (salvo en lo que se refiere al voto de calidad de quien ostenta la presidencia, por lo general un representante de ésta) es el mismo que el de aquellos que representan a la «otra parte», a los contribuyentes, expertos...

Ciertamente, la tercera peculiaridad propia de estos órganos de resolución de conflictos deriva de la condición de expertos de todos sus miembros. En efecto, además de los conocimientos que se les suponen a los miembros de la Administración y de los tribunales de distinta índole que participan en las comisiones, los comisionados que representan a los obligados tributarios deben poseer una *expertise* en la materia que confiere a estos órganos una eminente carga técnica. Es, precisamente, esta especialización en el ámbito tributario, junto con la exigencia de cierto bagaje y formación en ADR de sus miembros, la que dispensa a las comisiones mixtas de los recursos necesarios para resolver los conflictos que se le presentan con la solvencia y pericia necesarias.

Finalmente, la cuarta característica, y en lo que nos incumbe la más importante, es la naturaleza eminentemente cuasi-arbitral de las comisiones mixtas. Según veremos a continuación al mencionar el funcionamiento de las mismas, las partes, en este caso la Administración y el contribuyente, se someten a un tercero que no es juez, de forma voluntaria, con ánimo de que este tercero resuelva un conflicto que de otra suerte acabaría en la jurisdicción administrativa. En este sentido, se trata también de un procedimiento contradictorio, una suerte de segunda oportunidad para la revisión de las pretensiones perseguidas por la Administración. Más aún, las partes no sólo acuerdan su sometimiento a la decisión de este tercero, el cuerpo conformado por los distintos miembros de la comisión mixta, sino que, además, una vez este tercero resuelve, su resolución tiene efectos de cosa

juzgada para la Administración y no es recurrible ante esa jurisdicción administrativa, salvo que así se decida por parte del contribuyente en los supuestos que luego veremos.

3. Funcionamiento de las comisiones mixtas

En *Astérix y el caldero*, el consejo de la aldea se reúne detrás de una mesa vestida de pieles ante la que comparece nuestro héroe galo. El funcionamiento de las comisiones mixtas, pese a ser igualmente sencillo, evidentemente, se complica algo más, y es distinto para cada uno de las comisiones, veamos en qué consiste.

A) Comisiones sobre Impuestos Directos e Impuestos sobre la Cifra de Negocios

En lo que se refiere a las Comisiones Departamentales (y a la Comisión Nacional) de Impuestos Directos y de Impuestos sobre la Cifra de Negocios, su finalidad es buscar, en la medida de lo posible, una solución consensuada sobre el objeto de litigio y, en segundo término, evitar litigios posteriores.

De este modo, la comisión interviene en el contexto de un procedimiento de rectificación contradictoria, en una inspección o auditoría fiscal, en el que el contribuyente no ha aceptado el ajuste propuesto por la Administración tributaria. En este supuesto, una vez ha recibido las observaciones correspondientes por parte de la Administración, en caso de que desee la intervención de la Comisión Departamental, pues le queda también la opción de ir directamente al contencioso, el contribuyente debe solicitar por escrito (que puede adoptar la forma de una simple carta) su intervención remitiendo el mismo, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la recepción de la respuesta de la administración, a la Administración Tributaria o al secretario de la comisión del departamento de su lugar de tributación, o en su caso, si se superan los umbrales preceptivos, dirigiéndolo a la Comisión Nacional. Para que las Comisiones Departamentales y la Comisión Nacional puedan estudiar el asunto, tienen que ser competentes tanto material como (en el caso de las primeras) territorialmente. La remisión de la solicitud tiene el efecto de suspender la recaudación del impuesto.

Antes de la remisión, el contribuyente puede consultar la lista de personas que probablemente se sienten en la formación de la comisión que tratará el tema en la secretaría de la misma, pero desde el momento en que el Presidente decida su composición, el contribuyente no tiene derecho de oposición (salvo el de solicitar la remisión de otra comisión por razones de confidencialidad).

La convocatoria de los comisionados (oficiales o no oficiales) debe llegar a ellos al menos 5 días antes de la reunión, aunque en la práctica, se envía 15 días antes de la fecha de la misma.

> Como norma general, la Administración soporta la carga de la prueba, salvo las cuentas del contribuyente contengan graves irregularidades

Una vez recepcionado el expediente, éste es examinado por el comité durante una reunión en la que

el contribuyente podrá expresarse sobre los extremos que estime oportunos. Para ello, se le notificará la fecha de dicha reunión 30 días antes de su celebración, informándole de la posibilidad de ser asistido por un abogado de su elección. La asistencia letrada no es, en el ínterin, obligatoria. Entre tanto, el informe mediante el cual la Administración somete la controversia a la comisión, así como todos los demás documentos que la Administración pone a disposición para sustentar su tesis, se mantienen a su disposición en la secretaría durante este período de treinta días anteriores a la reunión, de forma que el contribuyente pueda analizarlos y formular las alegaciones oportunas oralmente, en la reunión a la que es convocado, o previamente de forma escrita. Como norma general, la Administración soporta la carga de la prueba, salvo las cuentas del contribuyente contengan graves irregularidades. También incumbe al contribuyente en ausencia de documentos contables o justificativos, como en el caso de la tributación automática.

La reunión o «vista» no es pública y el orden del día lo determina la secretaría por delegación del presidente, quien también es responsable de la organización de los debates. Al inicio de la reunión se recuerda a los presentes la obligación de secreto profesional a la que se someten los miembros no funcionarios de la comisión. El secretario proporciona a sus miembros cualquier información que permita a los comisionados tomar una decisión informada. Igualmente, se le permite al contribuyente presentar sus observaciones así como estar asistido por dos abogados de su elección o representado por un representante debidamente autorizado. Tras la intervención del contribuyente y del inspector fiscal, los miembros de la comisión pueden realizar preguntas para aclarar puntos oscuros del caso o explicar las cifras cuestionadas. Del mismo modo, el funcionario que participó en la determinación de la base imponible impugnada podrá ser oído a solicitud de uno de los miembros de la comisión y, a menos que se le solicite, no puede intervenir en la discusión entre la comisión y el contribuyente, ni puede asistir a las deliberaciones propiamente dichas, lo cual garantiza la neutralidad del procedimiento.

Después de la celebración de la «vista», la comisión delibera a puerta cerrada con voto de calidad del presidente. Para ser válida, la deliberación requiere que esté presente al menos la mitad del número de miembros convocados. Al final de las discusiones de cada caso, el presidente identifica las razones de las conclusiones a las que se ha llegado para que el secretario las mencione en la comunicación dirigida al deudor. La resolución ha ser, siempre, motivada, y, por tanto, debe permitir al contribuyente conocer la naturaleza y cuantía de las propuestas de la comisión e indicar los argumentos que la fundamentan. La notificación debe ser comunicada al contribuyente por carta certificada con acuse de recibo.

Las consecuencias de la intervención de la comisión varían en función de si esta intervención se traduce en una decisión o en una simple opinión. En el caso de que se trate de una decisión, ésta es vinculante para la Administración, que debe establecer el impuesto de acuerdo con las bases establecidas por la comisión. Por su parte, el contribuyente puede solicitar una reducción de los elementos que sirvan de base para determinar la figura de negocio que subyace en el hecho imponible, proporcionando todos los componentes, contables y otros, susceptibles de permitir evaluar la importancia de los beneficios industriales y comerciales, o del volumen de negocios que su empresa puede lograr normalmente teniendo en cuenta el monto de los beneficios no comerciales

obtenidos. En apoyo de su recurso, el contribuyente puede, en su caso, invocar la irregularidad de la decisión. Esta irregularidad, que puede resultar, en particular, del incumplimiento de las normas relativas a la composición (o al funcionamiento) de la comisión, vicia el procedimiento tributario y, en principio, obliga a la Administración a reducir el impuesto resultante de la intervención y a reanudar dicho procedimiento desde sus inicios. Por el contrario, cuando, en lugar de una decisión, la resolución de la comisión se sustancie en una opinión o dictamen, éste no es de obligado cumplimiento para la Administración. En aplicación de lo dispuesto en el inciso 1º del art. L192 de la LPF reformado y cualquiera que sea el dictamen emitido por la Comisión Departamental, la Administración correrá con los gastos de la prueba salvo en los casos expresamente previstos en los párrafos 2 y 3 de dicho artículo.

B) Comisión de Conciliación

El procedimiento ante la Comisión de Conciliación es un procedimiento contradictorio que se da dentro de la revisión administrativa. El comité se reúne cuando es convocado por el Director de Finanzas Públicas mediante carta en la que se adjunta el listado de asuntos del orden del día informando a los comisionados que pueden conocer, en la secretaría de la comisión, de los informes que elabore la Administración sobre estas materias (18) . Al igual que ocurriera con la Comisión de Impuestos Directos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. R 59 B-1 de la LPF, los contribuyentes interesados se convocan al menos treinta días antes de la fecha de la reunión, indicándoles que en ese período pueden examinar el informe del departamento y sus documentos justificativos. Asimismo, se les comunica que el día de la vista pueden formular las alegaciones que estimen oportunas oralmente, siendo asistidos por una persona de su elección o nombrando un representante debidamente autorizado, o enviar sus observaciones por escrito

Las condiciones en las que se desarrolla la reunión de la comisión se establecen en los arts. 1653 A, 1653 B y 1653 BA CGI, 350 A del anexo III CGI, R 59 B-1 y R. 59 B-2 del LPF. Durante la sesión, la comisión puede escuchar a todas las personas que considere oportunas con el objeto de esclarecer las cuestiones litigiosas. En particular escuchará al agente que realizó las correcciones relativas al valor de los bienes cuya estimación se impugna. Si fuera necesario, puede también acudir al establecimiento o domicilio fiscal del obligado tributario o delegar en uno de sus miembros esta posibilidad. Para ello, deberá notificar al contribuyente el día y hora en que se realizará la visita. A solicitud (y cargo) del contribuyente, el presidente de la Comisión de Conciliación podrá recurrir a un perito que aporte sus conocimientos sobre las cuestiones litigiosas. Comoquiera que entre los comisionados representantes de los contribuyentes hay un titular y dos suplentes designados por la cámara o cámaras de comercio o industria, de entre comerciantes o fabricantes o ex comerciantes o fabricantes, el art. 1653 A-5 CGI abre al contribuyente, la posibilidad de solicitar la sustitución de dicha persona si es que el representante designado por la cámara de comercio o industria desarrolla una actividad distinta a la suya, de forma que se pueda designar a un representante de una de las organizaciones profesionales de las que él mismo sea miembro. De este modo, se evita el pago de un perito y se asegura la presencia de un experto en la materia. Esta posibilidad, tomada del art. 1651 A del CGI relativo a la Comisión Departamental de Impuestos Directos e Impuestos sobre el Volumen de Negocios, solo se concede a comerciantes, fabricantes y artesanos.

Para que la Comisión de Conciliación quede válidamente constituida se requiere un quórum de, al menos, cinco miembros, incluido el Presidente, sin distinción entre su condición de representante de la Administración o de los contribuyentes. Las deliberaciones se realizan a puerta cerrada, con la única presencia del secretario y sin que pueda estar presente el funcionario de finanzas públicas que llevó a cabo la inspección. Como en el resto de las comisiones, el voto del presidente es de calidad.

Tras la deliberación, la Comisión de Conciliación emite dictámenes que la Administración es libre de no seguir y que no afectan el derecho del contribuyente a impugnar la propuesta de liquidación. Ello no obstante, el dictamen debe estar siempre motivado (19) para permitir que las partes, en caso de no haber acuerdo, continúen de manera su discusión ante el juez sobre la base de las pruebas que se han considerado a lo largo del procedimiento administrativo (20) . En otras palabras, el alcance de la obligación de motivar el dictamen debe evaluarse en función de su finalidad, que es proporcionar al juez fiscal los medios para verificar las apreciaciones fácticas de la comisión y resolver la controversia en pleno conocimiento de todos los elementos de debate.

Una vez se ha adoptado una decisión, la secretaría transmite al director del órgano del que emanó el procedimiento inicial un acta del dictamen. De igual modo, se le comunica al contribuyente por carta certificada con acuse de recibo. Al mismo tiempo, la Administración le da a conocer la cifra que pretende retener como base imponible (art. R 59-1 de la LPF). Esta cifra puede ser superior a la sugerida por la comisión pero en ningún caso puede superar la que figura en la rectificación inicialmente propuesta.

La notificación del dictamen permite la exigencia del tributo y es el punto de partida para que el contribuyente inicie una acción legal en el contencioso. En efecto, los dictámenes de la comisión sólo pueden ser impugnados con motivo de denuncias presentadas de conformidad con el procedimiento previsto en los artículos R 190-1 y siguientes de la LPF. Se entiende que la opinión del comité es irregular en los casos en que se formuló a pesar de la inadmisibilidad de la solicitud; no estaba debidamente constituida; no se respetaron sus reglas de funcionamiento; cuando se pronuncia sobre un punto ajeno al litigio; y, finalmente cuando no está motivada. En este sentido, si bien los dictámenes de la Comisión de Conciliación no pueden desvincularse del procedimiento tributario que los motiva, la ausencia o irregularidad de la notificación no da lugar a la irregularidad del procedimiento tributario (21) . Ello no obstante, mediante sentencia de 21 octubre 1997, el Tribunal de Casación consideró que la falta de motivación en el dictamen constituye una formalidad sustancial que da lugar a la irregularidad del propio procedimiento fiscal.

C) Comisión Consultiva/Asesora

La Ley Modificativa de Finanzas de 2015 establece la creación de un Comité Asesor para el crédito fiscal por gastos de investigación encargado de intervenir en los desacuerdos relacionados con la imputación de los gastos de investigación tenidos en cuenta para la determinación del crédito fiscal por investigación e innovación en el contexto de un procedimiento contradictorio.

El funcionamiento del comité asesor de gastos de investigación se rige por los artículos R 59-1 y ss. LPF en los que se regulan la remisión al comité asesor, la convocatoria del contribuyente, y el procedimiento aplicable ante el comité consultivo. En este contexto normativo, siempre que esté

dentro de un procedimiento de subsanación contradictoria que aún no ha concluido, en el que persista un conflicto sobre los beneficios fiscales relacionados con la investigación e innovación referidos en el art. 244 quater B CGI, el contribuyente podrá someterlo a la opinión del comité. La remisión al comité asesor solo es posible en los casos en que no se haya completado el procedimiento de control. Así, la Comisión Consultiva ya no podrá intervenir válidamente tras el establecimiento del padrón o la emisión del aviso de tasación correspondiente a la rectificación propuesta. En esta etapa, la disputa solo puede resolverse en el marco de una demanda contenciosa. En este sentido, cuando no sea probable que se aplique el procedimiento de rectificación contradictorio, se excluye, en principio, el recurso al comité consultivo. De igual modo, la Comisión Asesora del crédito fiscal por gastos de investigación no es competente en la aplicación del procedimiento tributario de oficio o en la aplicación del procedimiento de abuso tributario (LPF, art. L. 64).

Según referíamos en apartados precedentes, una vez el contribuyente recibe la respuesta de la Administración a sus observaciones en el procedimiento contradictorio de inspección o investigación, dispone de un plazo de treinta días (art. R 57-1 LPF) desde la recepción de la propuesta de rectificación para formular su aceptación o presentar sus observaciones sobre los incrementos propuestos, ya que la aceptación, formal o tácita de la propuesta, excluye, en ausencia de desacuerdo, el recurso al comité asesor. Pues bien, la recepción de dicha propuesta constituye el punto de partida del plazo preclusivo de 30 días para la remisión al comité asesor del crédito tributario por gastos de investigación. El plazo no se puede extender más allá, ni se puede solicitar la intervención del comité antes de la recepción de las propuestas de la Administración. Así, en el caso de solicitudes de remisión claramente prematuras, es decir, realizadas en un momento en el que aún no se ha propuesto una rectificación, el contribuyente deberá renovar su solicitud de remisión de manera suficientemente explícita y oportuna. Por su parte, cuando el interesado se limite a dar a conocer en sus observaciones su intención de someter la controversia a la Comisión Consultiva, la obligación material referirla a este organismo recae en la Administración. En principio, la Administración está obligada a responder a las solicitudes de derivación al comité asesor que le envíen los contribuyentes. Solo puede abstenerse de hacerlo cuando no se cumplan las condiciones de admisibilidad de tales solicitudes, como, por ejemplo, cuando el desacuerdo se refiere a una cuestión de derecho.

Cuando el contribuyente presenta observaciones simples que son plenamente tomadas en cuenta por el servicio, ya no hay desacuerdo y no se puede consultar al comité asesor. Por el contrario, si el servicio mantiene total o parcialmente las modificaciones previstas, el desacuerdo permanece, debiendo el servicio informar al contribuyente de los puntos sobre los que persiste la disconformidad.

En cuanto a la solicitud de intervención de la Comisión Consultiva, no se prevé ninguna condición formal específica por lo que, al igual que ocurriera con las solicitudes de intervención del las Comisiones sobre Impuestos Directos e Impuestos sobre el Volumen de Negocios, la solicitud puede consistir en una simple carta del contribuyente al servicio tributario o al secretariado del comité asesor.

El funcionamiento del comité asesor secunda dos principios fundamentales. Por un lado, el procedimiento es contradictorio: el contribuyente siempre debe poder recabar la información necesaria para defender su punto de vista y presentar sus observaciones. Por otro, el comité asesor debe poder informarse como crea conveniente, pudiendo recabar información para poder pronunciarse con pleno conocimiento de los hechos, tanto de los contribuyentes como de la Administración. En cuanto a la información propiciada por esta última, el informe lo elabora el autor (o sustituto) de la rectificación propuesta y debe destacar la naturaleza y alcance de los distintos puntos en disputa, el monto del crédito fiscal que se está dispuesto a aceptar, así como las respectivas posiciones del contribuyente y de la Administración y cualquier otra información que pueda iluminar al comité asesor. Se adjuntan al informe, igualmente todos los documentos procesales y todos los documentos base a disposición de la administración: notificaciones al contribuyente, respuesta de este último, declaraciones... Cuando no se cumplen las condiciones de admisibilidad y, no obstante, se ha remitido la Comisión Consultiva, la administración se limita a informar a esta última de las razones que se oponen a su intervención y le solicita que se declare incompetente.

Una vez recepcionada toda la información, de acuerdo con lo dispuesto en el art. R 60-1 LPF, se convoca al contribuyente, por cualquier medio, incluso por correo electrónico, al menos treinta días antes de la fecha de la junta. Entre tanto, el informe mediante el cual la Administración somete la controversia entre ella y el contribuyente a la Comisión Asesora, así como todos los demás documentos a los que la Administración se refiera en apoyo de su tesis, deberán estar a disposición del interesado en la secretaría de la Comisión Asesora, aunque también se le podrán facilitar por correo electrónico. En la carta de invitación enviada al contribuyente, además de las referencias a la disponibilidad de estos documentos, se le indicará que puede ser asistido por dos abogados de su elección o estar representado por un representante debidamente autorizado. Igualmente, se le indicará que puede enviar al comité sus observaciones escritas antes de la reunión del comité asesor o ser escuchado en la sesión.

Los miembros de la Comisión Consultiva son convocados y elegidos por el presidente o, por delegación por el secretario, para cada caso. En la carta de convocatoria se indica a los comisionados que podrán conocer, en la secretaría del comité asesor, de los asuntos incluidos en el orden del día de la sesión. Los miembros de la Comisión Consultiva, que en todo caso deben ser imparciales, pueden utilizar la asistencia de cualquier persona (que no participa en las votaciones) que pueda aportar su experiencia sobre la calificación de los gastos tomados en cuenta para la determinación del crédito fiscal. Del mismo modo, pueden solicitar antes de la celebración de la reunión, los servicios del ministerio responsable de la investigación e innovación, un informe complementario de conocimientos técnicos sobre la calificación del gasto en investigación. Este informe es enviado por el ministerio encargado de la investigación o por el ministerio encargado de la innovación al presidente del comité asesor quien lo comunica al contribuyente y la Administración Tributaria en un plazo razonable antes de la celebración de la reunión.

El art. R. 60-2 LPF dispone que, a solicitud de uno de sus miembros, el Comité Asesor del Crédito Tributario para Gastos de Investigación podrá, si lo estima conveniente, recabar información directa

de cualquier funcionario o agente que participó en la calificación de los gastos tomados en cuenta para la determinación del crédito fiscal. Como las deliberaciones del comité asesor no son públicas, el funcionario o agente que esté en el origen de la controversia bajo consideración y cuya audiencia haya sido decidida por el comité asesor deberá retirarse antes de la deliberación de este último. En estas reuniones, los agentes de la administración de las finanzas públicas, el ministerio encargado de la investigación e innovación quedan relevados de su obligación de secreto profesional respecto al comité.

La comisión delibera válidamente cuando se encuentran presentes, al menos, la mitad de los miembros convocados, incluidos los miembros que participan en los debates mediante conferencia telefónica o audiovisual. Cuando no se alcanza el quórum, el comité asesor delibera válidamente sin condición de quórum después de una nueva convocatoria relacionada con el mismo orden del día y especificando que no se requerirá quórum (22) Como ocurriera con el resto de las comisiones, en caso de empate, el voto del presidente es de calidad y la decisión adoptada debe estar fundamentada.

Una vez se ha adoptado una decisión, la secretaría de la comisión envía a la dirección del contribuyente copia minuciosa del *avis* al que se adjunta el expediente. Los dictámenes motivados de la Comisión Consultiva son registrados en acta por el presidente y el secretario y se guardan en la secretaría del servicio que notifica entonces al contribuyente el *avis* en su totalidad por correo postal mediante carta certificada con acuse de recibo. Al mismo tiempo que notifica el dictamen de la Comisión Asesora y en la misma carta, la Administración informa al contribuyente de la cifra que se propone retener como monto del crédito contributivo definido en el art. 244 quater B del CGI. Esta cifra, que puede ser superior a la retenida por el comité asesor, no puede superar la que figura en la última correspondencia del servicio. Con ello se retomaría, de nuevo, el procedimiento contradictorio inicial para, en su caso, seguir con los recursos procedentes.

IV. LAS ENSEÑANZAS QUE PODEMOS EXTRAER DEL CONSEJO DE LA ALDEA GALA

Nuestra Administración Tributaria ha seguido la estela del Derecho Administrativo francés haciendo uso, no solo de las exorbitantes prerrogativas propias del *Trésor Publique*, sino también, de una suerte de jurisdicción retenida que se sustancia en los Tribunales Económico-Administrativos cuyo recurso, salvo en lo que atañe a determinados tributos locales, es preceptivo antes de llegar al contencioso y ralentiza, sobremanera, el acceso a la Justicia de los contribuyentes (23) . Sin embargo, el ordenamiento galo también nos muestra la posibilidad de agilizar los trámites para dirimir conflictos suscitados entre Administración y administrados a través de las comisiones mixtas hasta ahora descritas. Según apuntábamos en párrafos precedentes el TJUE ha venido a excluir la posibilidad de que nuestros Tribunales Económico-Administrativos presenten cuestiones prejudiciales al cuestionar su independencia respecto de la Administración Tributaria. Este pronunciamiento, junto con el elevado índice de litigiosidad que padecen estos órganos cuasi arbitrales y el atasco de nuestros juzgados de lo contencioso (24) nos invitan a tomar ejemplo de las comisiones mixtas y ver en qué medida puede trasladarse su experiencia a nuestras tierras.

En este sentido, la fórmula que proponemos sigue, en cierta medida, el modelo propiciado por las comisiones mixtas del *Livre des Procédures Fiscales* francés, y supone una reformulación del papel y configuración de nuestros Tribunales Económico -Administrativos. Por tanto, estamos hablando de un arbitraje que se da en sede administrativa, y con dos peculiaridades basilares. La primera es que no es un arbitraje que se construya como una alternativa a los recursos ordinarios a plantear ante órganos exclusivamente administrativos. Bien al contrario, este mecanismo ADR debe sustanciarse ante órganos de naturaleza «cuasi-administrativa» o en otros términos, cuasi-jurisdiccional (25) , lo que, a la postre, les conferirá ese halo de justicia que referíamos al hablar de la aceptación de su labor por parte de los contribuyentes en el entendimiento de que son realmente independientes. La segunda es que se trata, a diferencia del arbitraje tributario que se da en otros ordenamientos como el *arbitragem tributário* luso, de una vía que discurre en una fase anterior al contencioso -administrativo, y que en ningún caso se presenta como un trámite que necesariamente hay que cumplimentar para llegar al mismo. En otras palabras, en el viaje que nos lleve a resolver los conflictos tributarios suscitados en el camino, este arbitraje tributario, no es un visado que debamos estampar en nuestro pasaporte.

1. Imbricación en el sistema de recursos tributarios

El sustrato normativo que habilita la posibilidad del establecimiento de la fórmula arbitral que proponemos no se fundamenta en una aplicación literal del art. 112.2º de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPACAP), por cuanto éste está pensado para un arbitraje que sustituye a los recursos ordinarios de revisión en la vía administrativa, y lo que nosotros ahora planteamos es uno que sustituye al mecanismo que conoce de unos recursos especiales, una suerte de recursos de alzada o reposición impropios: las reclamaciones económico-administrativas. En este sentido, comoquiera que optamos por no desarrollar un arbitraje tributario intra-administrativo, aquel que se desarrollaría al amparo estricto del art. 112.2º LPACAP con las pertinentes adaptaciones sectoriales en razón de su materia, la tributaria, el modelo ahora propuesto se ciñe sólo a eso, a ser sustituto de la vía económico-administrativa. En ningún caso se pretende que se articule como sustituto del recurso de reposición, y esto por distintas razones, siendo la más importante, indubitablemente, que se trata de un arbitraje que podríamos llamar como cuasi-jurisdiccional, y no de un arbitraje intra-administrativo, que es el tipo de arbitraje en el que se convertiría de sustituir a la reposición, un recurso que, aunque potestativo, no deja de ser un recurso «ordinario» dentro de los procedimientos de revisión en la esfera tributaria.

Con todo, existe un terreno en el que esta afirmación tal vez no puede ser absoluta, el ámbito de los tributos locales, expliquemos por qué. Como sabemos, el art. 108 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local suprimió en este ámbito la vía económico administrativa al establecer que «contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos locales podrá interponerse ante el mismo órgano que los dictó, el correspondiente recurso de reposición contra la decisión expresa o tácita de dicho recurso, los interesados podrán interponer directamente recurso contencioso-administrativo». Poco más tarde, la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas locales, incluyó la revisión en vía administrativa de los tributos locales, remitiendo la revisión contenida en la Ley General Tributaria (LGT), pero bajo la competencia de la Entidad local, y estableciendo el recurso de

reposición como vía ordinaria de impugnación. Sin embargo, esto no fue así para todos los casos, ya que el propio texto normativo resucita la reclamación económico-administrativa contra determinados actos de gestión de tributos locales cuya competencia se atribuía a la Administración estatal: la formación de la matrícula de contribuyentes y el señalamiento de cuotas a efectos del IAE; aquellos casos en que, por delegación la gestión tributaria local se desarrolla por la Administración del Estado; y, finalmente, la gestión del Catastro y la valoración de inmuebles a efectos del IBI (y, por ende, del IIVTNU). El art. 14 de la ley fue de nuevo objeto de una modificación en 1998 para regular más detalladamente el recurso de reposición, de forma que se configura ya, sin lugar a dudas, como un recurso preceptivo y previo al contencioso, despejando las incertidumbres sobre su posible carácter potestativo (26) .

Al día de la fecha, el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales señala que la gestión del censo del IAE (en los términos antedichos respecto a la calificación de la actividad y el señalamiento de la cuota mínima), la gestión de la matrícula de vehículos a motor y la gestión catastral del IBI (en cuanto a la calificación del suelo y la valoración catastral de la finca) competen a la Administración estatal, de forma que los actos que se dicten en estas materias deben someterse a su propia vía económico-administrativa, incluso en el caso de que los dicten las Corporaciones locales gracias a una delegación. Por el contrario, la gestión tributaria de esos impuestos (tipos, exenciones, beneficios, modificación de cuotas y recaudación) y del resto de tributos que integran la Hacienda local es competencia del mismo ente local, debiendo someterse los actos dictados en aplicación de la misma al recurso de reposición obligatorio y previo al contencioso. Por decirlo brevemente, en el ámbito de los tributos locales, cuando no esté habilitada la vía económico-administrativa, el recurso de reposición será obligatorio y, como la reclamación económico-administrativa el paso previo al contencioso-administrativo. En abstracto, si bien es cierto que esta circunstancia no le hace perder su condición de recurso ordinario, esto es, un recurso cuya sustitución por un arbitraje sería, en principio, a través de un arbitraje intra-administrativo, el hecho de que cumpla la misma función que la reclamación económico-administrativa, ser una suerte de último recurso obligatorio para llegar a los jueces convierte este recurso de reposición ordinario en un procedimiento administrativo inusual, en un recurso atípico que con tal consideración puede llegar a sustituirse por un arbitraje cuasi-jurisdiccional. En efecto, no debemos olvidar que el segundo inciso del art. 112.2º LPACAP expresamente refiere el carácter voluntario del recurso de reposición (27) , una cualidad que se pierde en algunos supuestos en el ámbito de la tributación municipal, lo que hace que podamos tratarlo, en estos casos, como un recurso de reposición impropio que, por ende, permite su sustitución por un arbitraje tributario cuasi-jurisdiccional.

Ello no obstante, lo antedicho no supone que la introducción de este arbitraje cuasi-jurisdiccional en el ámbito de la tributación municipal pueda hacerse de forma absoluta. Comoquiera que el último inciso del referido art. 112.2º. LPACAP exige que la aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no suponga el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley, la aplicación de este arbitraje cuasi-jurisdiccional en el ámbito de la tributación local va a requerir ciertas adaptaciones. La primera, una adaptación normativa (paralela a la que debiera hacerse en la LGT para introducir la figura propuesta) en la Ley de Haciendas Locales de forma que se disponga legalmente la

implantación de esta técnica en el ámbito municipal (28) . La segunda, su voluntariedad. Sólo si el recurso al arbitraje tributario cuasi-jurisdiccional es potestativo quedaría salvaguardada la autonomía municipal en materia de revisión según dispone el art. 112.2 LPACAP, pues, siempre restaría la posibilidad alternativa de acudir al recurso de reposición como recurso en el que se sustancia los poderes resolutorios de los órganos electos.

Finalmente, y para terminar con lo que atañe a este arbitraje cuasi-jurisdiccional en relación con la fiscalidad municipal, no debemos olvidar que este modelo de arbitraje ya existe, en la práctica y como posibilidad, desde la introducción del art. 137 de la Ley 57/2003 de una vía-económico administrativa en los municipios de gran población. Tampoco que el *Consell Tributari* arraigado en Barcelona muestra que es un modelo cuya implantación generalizada en el ámbito de los tributos locales, además de terminar con cualquier tipo de discriminación, entre ciudadanos que habitan en municipios con Tribunales Económico-Administrativos y aquellos que viven en otros en los que no los hay,puede ser muy efectiva a la hora de resolver conflictos tributarios (29) .

2. Ámbito objetivo de aplicación

Pese a que en ocasiones se han llegado a formular propuestas a favor del arbitraje limitando el ámbito material de los litigios objeto de su conocimiento, desde nuestra posición nos mostramos partidarios de extender este ámbito material y cuantitativo del conflicto al contenido propio de la revisión en vía administrativa, y más concretamente, a aquél que es consustancial a la vía económico-administrativa que, en los márgenes descritos en el apartado precedente, estaría llamado sustituir.

En este sentido, la redacción de los arts. 226 y 227 LGT, en relación con el ámbito de las reclamaciones económico-administrativas y los actos susceptibles de reclamación, son los faros que marcarán el camino del objeto de este arbitraje tributario cuasi-jurisdiccional con ciertas matizaciones. De esta forma, entrarían dentro del ámbito de actuación de este tipo de arbitraje la aplicación de los tributos y la imposición de sanciones tributarias que realicen la Administración General del Estado y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la misma y las Administraciones tributarias de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía, así como, los Entes Municipales en los términos señalados en el epígrafe anterior.

> Debieran poder ser objeto de arbitraje cuasi-jurisdiccional los actos que impongan sanciones y las obligaciones entre particulares resultantes del tributo

En particular, y siguiendo el esquema de admisibilidad de la reclamación económico-administrativa, debieran ser objeto de arbitraje tributario cuasi-jurisdiccional los actos que provisional o definitivamente reconozcan o denieguen un derecho o declaren una obligación o un deber; los de trámite que decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto o pongan término al

procedimiento administrativo; en materia de aplicación de los tributos las liquidaciones, las resoluciones derivadas de una solicitud de rectificación de una autoliquidación (30) o de una comunicación de datos, aquellas comprobaciones de valores en las que exista una previsión legal para realizar esa impugnación, los actos que denieguen o reconozcan exenciones, beneficios o incentivos fiscales, los que aprueben o denieguen planes especiales de amortización, los que determinen el régimen tributario aplicable a un obligado tributario, en cuanto sean determinantes de futuras obligaciones, incluso formales, a su cargo, los actos dictados en el procedimiento de recaudación y aquellos otros en su caso se establezcan en la normativa tributaria.

Del mismo modo, debieran poder ser objeto de arbitraje cuasi-jurisdiccional los actos que impongan sanciones y las obligaciones entre particulares resultantes del tributo, según se dispone en el art. 24 LGT, así como las relativas a la obligación de expedir, entregar y rectificar facturas que incumbe a los empresarios y profesionales y las derivadas de las relaciones entre el sustituto y el contribuyente. Finalmente, y de forma paralela a lo señalado en la disposición adicional 11ª de la LGT, se someterían a este mecanismo ADR los actos relativos a las obligaciones del Tesoro.

Por su parte, la posibilidad de arbitrar sobre las materias referidas debiera conjugarse con el entramado de recursos ordinarios y extraordinarios contenidos no solo en la LGT sino, también en el resto del ordenamiento administrativo cuando la materia objeto de recurso está encauzada por otras vías de reclamación. Así, no serían objeto de arbitraje cuasi-jurisdiccional por estar conducida su revisión en otros procedimientos los actos que den lugar a reclamación en vía administrativa previa a la judicial, civil o laboral o pongan fin a dicha vía; los dictados en virtud de una ley que los excluya este tipo de arbitraje; los de mero trámite cuando no decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto o pongan término al procedimiento (como por ejemplo, las actas de inspección) y cualquier otro cuya resolución que ultime la vía Administrativa esté reservada a los órganos superiores de la Administración de la que dependan los miembros del tribunal arbitral que sean parte de la misma (31) .

3. Ámbito subjetivo de aplicación

A) Composición del tribunal

Como hemos venido adelantando, a la hora de configurar la composición del órgano arbitral, cualquiera que sea el tipo de arbitraje que consideremos partimos de una doble premisa. Por un lado, hemos de cumplir con los designios del art. 112.2º LPACAP, en cuanto a que dicha entidad debe ser un órgano colegial o una comisión. Por otro, la especialidad de la materia (también referida en el mismo artículo) exige que, según apuntábamos en apartados precedentes, los miembros de dichas comisiones sean expertos o técnicos en la materia.

Pues bien, partiendo de esta doble exigencia, en lo que atañe a los órganos arbitrales del arbitraje cuasi-jurisdiccional, como en *Astérix y el caldero*, abogamos por implantar un modelo similar a las comisiones mixtas francesas, de modo que exista una pluralidad de miembros que sean representantes, tanto de la Administración, como de los contribuyentes y profesionales en la materia. Igualmente, se requiere cierta institucionalización, es decir, cierto pragmatismo exige que se trate de un tribunal conformado en un marco estable preestablecido por un organismo que puede

ser de distinta índole. Puede, así, tratarse de un organismo integrado en el Ministerio de Hacienda y Función Pública, adscrito a la Secretaría de Estado de Hacienda, de forma que en cada Administración y Delegación de la AEAT haya un tribunal arbitral, cuyos miembros en ningún caso estarán sometidos a instrucciones jerárquicas.

Este organismo no tiene por qué ser de nueva creación, pues, como bien ha señalado parte de la doctrina (32) , podrían reconvertirse los actuales Tribunales Económico-Administrativos en verdaderos tribunales arbitrales mediante la introducción, entre sus miembros, de personas ajenas a la Administración. Del mismo modo, podría dotarse de funciones arbitrales a otra entidad que asimismo está bajo el paraguas de la Secretaría de Estado de Hacienda y está conformada, también, por miembros que no pertenecen a la Administración Tributaria: el Consejo para la Defensa del Contribuyente. En efecto, la composición paritaria de esta institución (33) , en la que la mitad de los vocales representa a la AEAT y la otra mitad a profesionales relacionados con el ámbito tributario y la sociedad, en general, cumple a la perfección con el espíritu de neutralidad que acompaña a las comisiones mixtas de nuestro país vecino. Sin embargo, la falta de una estructura territorial que despliegue su trabajo en el modo en el que lo hacen los Tribunales Económico-Administrativos, de forma sectorizada, a través de los tribunales económico administrativos locales, regionales, y el tribunal económico administrativo central, aconsejan hacer uso de estos últimos modificando su composición para lograr una estructura orgánica análoga a la del Consejo para la Defensa del Contribuyente.

Así, comoquiera que deseamos que la composición del tribunal arbitral cuasi-jurisdiccional sea semejante a la de las comisiones mixtas francesas, las modificaciones a introducir en la composición de los Tribunales Económico-Administrativos debieran abundar en la disposición paritaria de sus miembros, de suerte que se conformaran por un idéntico número de representantes de la AEAT y de los contribuyentes, lo cual, por otra parte, nos obliga a hacer cuatro reflexiones. La primera, que en este punto concreto el arbitraje tributario cuasi-jurisdiccional se apartaría de la dicción del art. 12 de la Ley de Arbitraje (LA), pues, esa composición paritaria implica, de suyo, un número par de árbitros. La segunda, que en atención a esa igualdad en número de representantes, como en el caso francés, la presidencia debiera poder tener un voto de calidad en las ocasiones en las que no se llega a un consenso, o en aquellas otras en las votaciones en las que las posiciones están bloqueadas (34) . La tercera, que la agilidad en la conformación de tribunales arbitrales, tal vez haga necesaria la disminución del número de árbitros contemplados en las comisiones mixtas francesas a la mitad: cuatro árbitros en lugar de los ocho con los que cuentan las Comisiones de Impuestos Directos y de Impuestos sobre la Cifra de Negocios o las Comisiones de Conciliación en el hexágono galo. Finalmente, la cuarta y última reflexión gira en torno al carácter estable de los miembros designados como árbitros: quienes lo hayan sido lo serán para todos los casos que se presenten ante la institución de forma generalizada y, salvo recusación, no se crearán tribunales *ad hoc* para cada supuesto controvertido.

B) Designación del tribunal

La designación del tribunal debiera realizarse por la propia institución encargada del arbitraje, conformando el órgano que fuera a dirimir el litigio de entre la lista de árbitros en su haber. En este

punto, más allá de realizar una referencia genérica a la posible recusación de los árbitros (en relación con lo que de forma global se dice en los arts. 23 y 24 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP), nos interesa, ahora, aludir a la competencia territorial del órgano arbitral encargado de dirimir el conflicto que se le presenta.

Como apuntaba hace ya lustros algún autor (35) , pudieran plantearse dos formas de atribuir la competencia al órgano arbitral, asignando todos los casos a órganos arbitrales centralizados, o, bien al contrario, establecer órganos descentralizados encargados de la resolución del arbitraje cuasi-jurisdiccional en función del lugar donde se hubiera suscitado el litigio, lo cual, consideramos más oportuno, además de más fácilmente adaptable a la reconfiguración de los Tribunales Económico-Administrativos en los órganos arbitrales que estamos propugnando. En este sentido, habría que tener en mente que si el resultado de las deliberaciones del órgano arbitral se configura como no impugnable en sede administrativa, la segunda instancia a la que hace referencia el art. 229 LGT respecto del Tribunal Económico-Administrativo Central desaparecería en cuanto que no habría posibilidad de revisión de los laudos dictados por lo que ahora se conocen como Tribunales Económico-Administrativos regionales y locales.

De esta forma, el arbitraje tributario cuasi-jurisdiccional vendría a desplegarse en distintos planos geográficos desarrollados de forma correlativa a su concreta materia objeto de estudio. Así, tratándose de impuestos estatales serían órganos arbitrales estatales los encargados de su estudio; cuando se tratara de tributos cedidos o recargos sobre impuestos estatales, su atribución correspondería a órganos autonómicos, que serían, de igual modo, los encargados de dirimir conflictos suscitados en torno a tributos propios de la Comunidades Autónomas; y, finalmente, en lo que se refiere a los tributos locales, y comoquiera que debe salvaguardarse la autonomía de los entes locales en los márgenes establecidos por el último inciso del art. 112.2º LPACAP, sería necesaria la creación de órganos arbitrales municipales, o, en su defecto, que la corporación municipal realizara las pertinentes delegaciones a los órganos encargados de este arbitraje cuasi-jurisdiccional en el ámbito autonómico.

C) Legitimación activa para solicitar el arbitraje y aptitud para la firma del convenio arbitral

Antes de continuar con el contenido de este epígrafe debemos realizar una puntualización que entendemos necesaria, pues, por un lado vamos a analizar los supuestos de legitimación activa para solicitar un arbitraje cuasi-jurisdiccional, y, por otro, la aptitud de los sujetos capaces de firmar un convenio que de inicio al procedimiento.

En cuanto a la primera de las cuestiones, siguiendo los dictados del procedimiento aplicable a la revisión económico-administrativa, entendemos que en este procedimiento arbitral cuasi-jurisdiccional, que como decíamos es el llamado a sustituirla, debieran, de forma genérica, seguirse los postulados que se exigen para la interposición de una reclamación económico-administrativa a la hora de determinar quiénes son legitimados como partes. En este sentido, la legitimación activa para solicitar este tipo de arbitraje sería la que viene determinada en el art. 232 LGT, según el cual son personas (físicas o jurídicas a través de su representante, e incluso los entes sin personalidad jurídica contemplados en el art. 35.4 de la LGT) aptas para solicitar el inicio de este procedimiento

los obligados tributarios afectados y los sujetos a los que se les haya impuesto una sanción tributaria, e, igualmente cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por actos o actuaciones impugnables (en vía económico-administrativa). Pues bien, pese a que hay autores que admiten esta remisión genérica para determinar quién está capacitado para solicitar el inicio de este procedimiento arbitral (36) , junto con la doctrina más asentada en la materia (37) , no creemos que se deba hacer una aplicación paralela de los términos exactos de dicho art. 232 LGT. En efecto, entendemos que sólo cuando estos terceros demuestren un interés directo, una vinculación personal con la situación objeto de litigio podrán esas otras personas cuyos intereses resulten afectados solicitar el inicio de un arbitraje sobre aquello que les suscita un conflicto (38) . Del mismo modo, y aunque no esté relacionado directamente con un acto administrativo, comoquiera que en el objeto de este arbitraje tributario cuasi-jurisdiccional hemos incluido los conflictos que puedan suscitarse entre particulares con ocasión de la aplicación de los tributos, entendemos que, igualmente, debieran estar legitimados para solicitar una revisión en esta sede aquellos sujetos afectados por conflictos relacionados con retenciones, ingresos a cuenta, y repercusiones (39) .

Finalmente, no estarían legitimados para solicitar esta revisión arbitral cuasi-jurisdiccional los funcionarios y empleados públicos que hubieran participado en los procedimientos objeto de revisión (40) , los particulares cuando actúen por delegación o como agentes o mandatarios de la Administración Pública y los organismos y los órganos que hayan dictado el acto impugnado (por las mismas razones); los denunciantes; y, los que asumen obligaciones tributarias en virtud de pacto o convenio.

Por su parte, y en lo que atañe a la capacidad para la firma del convenio arbitral que dé inicio al procedimiento, estimamos que una vez el particular, en los términos antedichos, haya solicitado su iniciación, tanto éste como el órgano administrativo afectado por el litigio ostentan la capacidad para firmar el convenio por el que se someten a arbitraje. En este sentido, entendemos que en el caso concreto de la Administración, esa capacidad le corresponde, estrictamente a aquel órgano que dio origen (expresa o tácitamente) al acto que se pretende contrariar o, en su caso, a aquel otro cuyos intereses puedan verse también afectados por «capilaridad» (41) . Ello no obstante, como adelantáramos en líneas precedentes, habida cuenta de que este arbitraje tributario cuasi-jurisdiccional se da, en cierta manera, en terreno amigo, dado que la institución que organiza el sistema arbitral pertenecería a la estructura orgánica del Ministerio de Hacienda, en este caso en concreto podríamos admitir la posibilidad de que la suscripción del convenio arbitral por parte de la Administración fuera automática, al modo de las «ofertas públicas de adhesión» del arbitraje de consumo antes referidas.

Por último, no quisiéramos dar por terminado este apartado sin referirnos a aquellos casos en los que el conflicto afecta a más de un obligado tributario, por tratarse de obligaciones solidarias... En estos supuestos, entendemos con Gonzalez-Cuéllar Serrano que el convenio arbitral suscrito por alguno de ellos sólo afecta a quienes lo hayan suscrito ya que no tienen poder de disposición sobre los derechos e intereses del resto de obligados tributarios (42) .

4. Ámbito procedimental

A) Inicio del procedimiento: el convenio arbitral y la aceptación de los árbitros

Siguiendo el ejemplo francés de las Comisiones Departamentales y la Comisión Nacional de Impuestos Directos y de Impuestos sobre la Cifra de Negocios, así como el que nos ofrecen los tribunales económico administrativos, el interesado en solicitar la intervención del tribunal arbitral debiera hacerlo en el muy razonable plazo de un mes contemplado en el art. 235 LGT, a contar desde el día siguiente al de notificación del acto o el día en que produzca sus efectos el silencio administrativo; en el caso concreto de los tributos periódicos de notificación colectiva (tan usuales en el ámbito municipal) desde que finalizó el período voluntario de pago; y, finalmente si se tratara de obligaciones entre particulares derivadas de la aplicación de tributos, desde que hay constancia de la realización u omisión de la retención, repercusión o sustitución o, en el caso del deber de facturación, desde que se requirió formalmente su cumplimiento (43) .

En nuestra propuesta, la solicitud de arbitraje implicaría la afección al convenio arbitral de modo que en el marco de una «oferta pública de adhesión» de arbitraje por parte de la Administración Tributaria, solicitud y adhesión a la oferta serían coetáneas. En este sentido, la presentación de la solicitud, paralela a la perfección del convenio de arbitraje por tratarse de lo que antes hemos venido a llamar «arbitraje en frío», implicaría las consecuencias que hemos adelantado en páginas precedentes, la suspensión del acto administrativo, con la aportación de las garantías en su caso exigibles, la aceptación de sus efectos positivos y negativos y, como no, la interrupción del período de prescripción. En este caso, comoquiera que este arbitraje sustituye a la vía económico-administrativa, que pasaría a desaparecer, la presentación de la pertinente demanda ante el correspondiente órgano de lo contencioso-administrativo implicaría el abandono por parte del obligado tributario de su obligación someterse a esta técnica ADR.

Aunque en principio la designación de los árbitros no debiera ser una preocupación en este tipo de arbitraje, habida cuenta de que la composición del órgano colegial quedaría en manos de la institución encargada de administrarlo de forma estable y predeterminada, en el caso de que se dé alguna de las circunstancias para su recusación (cuyo conocimiento va a requerir una comunicación de la designación del tribunal a las partes), debiera hacerse saber tal contingencia en el mismo momento antes de suscribir el convenio arbitral que viene, entre otras cosas, también a designar los nombres de sus dos vocales, secretario y presidente. En este caso en concreto, la aceptación de su designación como árbitros se sobreentiende, toda vez que estas comisiones se crean con vocación de continuidad para todos los litigios que, salvo recusación, se les presenten, por lo que no consideramos necesario un acto formal de aceptación.

B) Desarrollo

Una vez constituido el tribunal, la secretaría del órgano arbitral comunicará al contribuyente que tiene a su disposición el expediente así como todos los demás documentos remitidos por la Administración para su examen, de forma que pueda analizarlos para sustentar su pretensión, indicándole la fecha en la que se celebrará la reunión para su conocimiento por parte del tribunal, una fecha que siguiendo el ejemplo francés de las comisiones mixtas, nunca será anterior a los treinta días contados desde la remisión de la comunicación que le informa de tal extremo.

En esa reunión, el tribunal arbitral examinará el expediente remitido por la Administración y el contribuyente podrá expresarse sobre los extremos que estime oportunos, bien directamente o a través de su representante (que no tiene por qué ser letrado, aunque en la práctica pudiera ser interesante que fuera, al menos un experto en la materia tributaria), formulando las alegaciones oportunas oralmente, en la reunión a la que es convocado en el caso de que no lo haya hecho previamente de forma escrita en su solicitud de arbitraje.

Como en Francia, la reunión o «vista» no tendría por qué ser pública (aunque con las debidas matizaciones se pueda llegar a publicar su resultado) y su orden del día lo determinaría la Secretaría de la comisión por delegación del Presidente, quien como allí, sería también responsable de la organización de los debates. Tras la intervención del contribuyente y en su caso del representante de la Administración Tributaria implicado en la fijación del acto objeto de conflicto, los miembros de la comisión podrían realizar las preguntas que estimasen oportunas para aclarar las dudas que les suscitan sus intervenciones. Igualmente, la secretaría del órgano arbitral debiera proporcionar a sus miembros cualquier información que les permita tomar una decisión informada.

Después la celebración de la reunión, la comisión deliberaría a puerta cerrada y en la votación que lleve al laudo, en caso de empate o dificultad se contaría con el voto de calidad del presidente. Al final de las discusiones de cada caso, se identificarían las razones de las conclusiones a las que se ha llegado para que la secretaría de la institución las recoja motivadamente en la comunicación dirigida contribuyente, que debe ser dirigida al mismo en el plazo máximo de un mes desde la celebración de la «vista».

C) Terminación del procedimiento

Al igual que en nuestro país vecino, las consecuencias de este arbitraje cuasi-jurisdiccional variarán en función de si su intervención se traduce en un laudo, o el equivalente a las decisiones en el ámbito de las comisiones mixtas francesas, o en una «opinión arbitral» o dictamen.

En el caso de que se trate de un laudo, éste sería vinculante para ambas partes, obligando a la Administración, en caso de que se acepte la pretensión de contribuyente, a establecer bajo nuevos parámetros, el tributo, valoración u objeto concreto del litigio de acuerdo con las bases establecidas por la comisión arbitral.

Por el contrario, cuando en lugar de un laudo la resolución de la comisión se sustancie en una opinión arbitral o dictamen éste no será de obligado cumplimiento para ninguna de las partes, lo que, de suyo, abriría la vía para una ulterior revisión del acto objeto de litigio en el contencioso-administrativo.

De usual, salvo en el caso que a continuación señalaremos, la elección entre laudo y opinión arbitral dependería exclusivamente del órgano encargado del arbitraje, y las razones y supuestos que fundamenten uno u otra obedecerían varios factores no siempre relacionados con una materia en concreto. En nuestra formulación, por lo general las decisiones de estos órganos arbitrales revestirán la forma de laudos, y por tanto serán vinculantes, pero, en ocasiones, adoptarán la forma de opiniones arbitrales cuando, por ejemplo, sean equivalentes a los «autos» en sede jurisdiccional,

esto es, cuando diriman cuestiones que se entienden no definitivas. En estos casos, la necesidad de que los actos administrativos objeto de litigio engalanen las vestiduras del principio superior de justicia requiere que puedan ser objeto de revisión, de forma que el contribuyente pueda tener respuesta a su «necesidad de justicia tributaria», aquella que fue origen del conflicto. Otro ejemplo de opinión arbitral pudiera darse para casos en que ésta haya sido expresamente determinada en el convenio arbitral, y podría darse, *V. gr.,* en aquellos supuestos en los que el objeto de litigio sea una valoración que, si bien puede considerarse un acto de mero trámite, en determinadas ocasiones puede decidir, directa o indirectamente, el fondo del asunto, con lo que, si bien se requeriría alguna especificación en la normativa de cada tributo en los términos señalados en el art. 134.4º LGT, se daría cumplimiento al objeto de arbitraje cuasi-jurisdiccional antes definido. En otras palabras, en supuestos en los que la normativa específica de cada tributo señale la obligación de notificar a los interesados el valor comprobado de un bien o derecho para que puedan promover su impugnación, el arbitraje cuasi-jurisdiccional podría servir como una alternativa a la tasación pericial contradictoria que, en este caso, tendría al igual que ahora, la posibilidad de una revisión ulterior por sustanciarse en una opinión y no en un laudo arbitral.

D) Vías de revisión

Según venimos adelantando, la revisión de la decisión adoptada por el tribunal arbitral en el arbitraje cuasi-jurisdiccional sólo será posible en aquellos casos en los que, siguiendo el ejemplo de las comisiones mixtas francesas, el tribunal haya emitido una opinión arbitral, un dictamen en lugar de un laudo arbitral. Por tanto, al tratarse de un estadio previo al contencioso-administrativo, el último que puede sustanciarse en antes de llegar al mismo, el recurso contra la opinión arbitral seguirá su camino en el órgano contencioso-administrativo pertinente según la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA): el juzgado de lo contencioso de la plaza donde se dirima la opinión sobre un tributo local (art. 8.1 LJCA) y la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad Autónoma (art. 10.1 LJCA).

La experiencia de las comisiones mixtas francesas, con matizaciones, puede ser implementada en nuestro sistema tributario. La actual coyuntura, reflejada en la filosofía del anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, la palpable necesidad de encontrar medios adecuados de solución al ingobernable número de controversias tributarias existente, permite pensar que el ejemplo galo del consejo de la aldea de Astérix y Obélix puede ser perfectamente trasladable a nuestro ordenamiento. *Estamos en el año 2021 después de Jesucristo. Toda la Hispania está invadida por la sensación de injusticia en la exacción de sus tributos ... ¿Toda? ¡No! Una aldea poblada por irreductibles contribuyentes resiste, todavía y como siempre, a la desazón gracias a la labor de su consejo de sabios*.

BIBLIOGRAFÍA

AGULLÓ, A., «Recursos no formales y *Consell Tributari* de Barcelona : una función quasi-arbitral», en G. Elorriaga Pisarik (coord.), *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1996, pp. 277-290.

ALONSO, L.M. (dir.), Informe «Propuestas para disminuir la litigiosidad fiscal en España», Barcelona, Colegio Oficial de Gestores de Cataluña, 2014.

CRUZ, I., «¿Es posible el arbitraje tributario?», *Impuestos, Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, n.º 11, 1999

CRUZ, I y GARCÍA, Y., «El arbitraje tributario su posible viabilidad», *Quincena Fiscal*, 2002, pp. 7-14.

GONZÁLEZ-CUELLAR, M.L., «El arbitraje en el Derecho tributario», *Revista Contabilidad y Tributación CEF*, n.º 167, 1997, pp. 11-44.

INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES, *Informe para la reforma de la Ley General Tributaria*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2001.

MARCHESSOU, P. y GROSCLAUDE, J., «Les procédures fiscales en France», *Revue générale du contentieux fiscal,* n.º 1, 2019, pp. 5-54.

MARTÍNEZ, G., SERRANO, A. y CHICO, P., «Una propuesta para introducir el arbitraje en el ordenamiento tributario español», en Chico, P. *Una propuesta para la implementación de medidas alternativas de solución de conflictos (ADR) en el sistema tributario español con especial referencia al arbitraje*, Madrid, Fundación Impuestos y Competitividad, 2015.

MATA, M.T., «De la independencia de los tribunales económico-administrativos: cuestionamiento por el tribunal de justicia de la Unión Europea y consecuencias», *Crónica Tributaria*, n .º 174, 2020, pp. 61-87.

OLANO, D. (coord.), «Inseguridad Jurídica en España: situación actual y propuestas para el futuro», *Papers AEAT*, 2018, pp. 38 ss.

PETIT, M., «Le Service de conciliation fiscale: des litiges fiscaux aux créances non fiscales et au droit de grâce fiscale», *Revue générale du contentieux fiscal*, n.º 2, 2019, pp. 75-86.

ROMERO, L.M., «En busca de la naturaleza olvidada de las actas con acuerdo», *Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos,* n.º 410, 2017, pp. 5-22.

TOVILLAS, J.M., «Derechos y garantías de los contribuyentes en Francia», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 25, 2002, pp. 1-18.

TOVILLAS, J.M., «Revocaciones de actos tributarios en Francia», en E. Andrés Aceujo (coord.) *Els sistemes alternatius de resolució de conflictes tributaris i la seva aplicació a l'Administració tributària de Catalunya,* Barcelona, Universitat de Barcelona , 2015 pp. 148-150.

VICENTE-ARCHE, P., *El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 125.

.....

(1) En Francia se reserva una jurisdicción especial distinta de la ordinaria para el contencioso-administrativo. En esta jurisdicción administrativa no existen juzgados especializados en materia tributaria y, al igual que en el caso español es necesario agotar previamente la vía administrativa para poder acudir a la misma. *Vid.*. al respecto el Capítulo Primero (*Le contentieux de l'établissement de l'impôt et les dégrèvements d'office*) del Título III (*Le contentieux de l'impôt*) del LPF, en el que se regula la actuación del *Tribunal administratif* y *la Cour administrative d'appels.*

Ver Texto

(2) En el impuesto sobre la renta de las personas físicas, la gestión del mismo se asienta sobre el tándem constituido por la declaración del contribuyente y la liquidación realizada por la Administración Tributaria, a la que se asocia la obligación de declarar los rendimientos anuales, varios deberes formales de comunicación de determinada información y de facilitación de innumerables documentos de distinta índole. Por su parte, en lo que respecta al impuesto de sociedades y el IVA, la regla general es la autoliquidación.

Ver Texto

(3) Suprimido en septiembre de 2015 mediante la *Revenue Procedure* 2015-44.

Ver Texto

(4) Hasta 2008, la Administración Tributaria, el *Trésor Publique*, de este país se estructuraba a partir de una triada conformada por tres direcciones, la Dirección General de Impuestos (*Direction General des Impôts*), la Dirección General de Contabilidad Pública (*Direction générale de la comptabilité publique*) y la Dirección General de Aduanas e Impuestos Indirectos (*Direction générale des douanes et des impôts indirects*). En la actualidad las dos primeras conforman la Dirección General de Finanzas Públicas, *Direction générale des Finances publiques* (DGFiP) un departamento central de la administración pública francesa que depende del Ministerio de Acción y Cuentas Públicas y participa en la gestión de las finanzas públicas en Francia, en términos de gastos e ingresos. En efecto la DGFiP gestiona la fiscalidad de las autoridades estatales y locales francesas, define las normas en materia tributaria, se asegura el cobro de tributos a través de su red regional e investiga y resuelve disputas fiscales. En otras palabras, podríamos decir que es la encargada de la gestión y recaudación de los impuestos más importantes del sistema tributario francés, y que asegura el diálogo con el contribuyente en forma de un único interlocutor fiscal dentro de los «centros de finanzas públicas». Por su parte la Dirección General de Aduanas y de Impuestos Indirectos, también dependiente del Ministerio de Acción y Cuentas Públicas, se ocupa del cobro de aranceles e impuestos debido a la entrada de bienes en territorio nacional y comunitario, del control de impuestos indirectos, así como del control fronterizo de transferencias físicas de capital, y de la lucha contra el fraude en estos ámbitos.

Ver Texto

(5) *Vid.*. art. P-951 y ss. *Code général des impôts* (CDI).

Ver Texto

(6) Corresponde a los servicios de investigación aprehender la información necesaria para programar las auditorías fiscales a realizar a las empresas e individuos en el siguiente estadio de la inspección, la comprobación.

Ver Texto

(7) Arts. L 57 y ss. del *Livre des procédures fiscales* (LPF).

Ver Texto

(8) Para una información más detallada sobre los procedimientos tributarios franceses *vid.* P. Marchessou y J. Grosclaude, «Les procédures fiscales en France», *Revue générale du contentieux fiscal,* n.º 1, 2019, pp. 5-54.

Ver Texto

(9) En cualquiera de ellos, en el supuesto de que la Administración constate una violación de las normas tributarias, para garantizar su cumplimiento y completar los poderes de control del Fisco, se prevé la aplicación de un procedimiento sancionador con dos derivadas, una administrativa, para las infracciones menos graves, y otra penal, para las más graves. Correlativamente debe hacerse una distinción en el desempeño de los tribunales en este ámbito sancionador, es decir, si dichos organismos intervienen para evaluar la legalidad de la decisión administrativa que aplicó una sanción o si reprimen penalmente la violación de las obligaciones tributarias. En la primera vertiente, los tribunales controlan la legalidad de la decisión administrativa sancionadora en términos coincidentes con su comportamiento en la apreciación contenciosa de un acto administrativo. En la segunda, por el contrario, se pretenden sancionar los comportamientos que integren un fenómeno defraudador. En este sentido, tiene una importancia decisiva la calificación del comportamiento del contribuyente en el cumplimiento de las obligaciones declarativas, su buena o mala fe, y la naturaleza de las insuficiencias detectadas (si son sustanciales o meramente formales). En la primera hipótesis, cuando el contribuyente justifica ante la administración las razones de hecho y de derecho que lo llevaron a no cumplir plenamente con sus obligaciones declaratorias, se puede descartar la aplicación de una sanción. En la segunda, habrá que determinar si en la mala fe demostrada en el incumplimiento de las obligaciones fiscales existen, también, maniobras fraudulentas, personas interpuestas... que impliquen una sanción agravada (Se contemplan, igualmente sanciones graduadas en función del incumplimiento, su naturaleza, reincidencia...)

Ver Texto

(10) Regulada como las vías ordinarias de revisión en el Título III (*Le contentieux de l'impôt*) del LPF, pero esta vez en su Capítulo III, *Les remises et transactions à titre gracieux.*

Ver Texto

(11) L.M. Romero, «En busca de la naturaleza olvidada de las actas con acuerdo», *Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos,* n.º 410, 2017, p. 42.

Ver Texto

(12) Hemos traducido como «quita» el término «remisión» «*remise*», que solo se usa cuando la exención otorgada se relaciona con la totalidad de la deuda. Si es solo parcial, el término «moderación» («*modération*») se utiliza más especialmente.

Ver Texto

(13) Según la definición dada por el art. 2044 del Código Civil francés, la transacción, es un contrato escrito mediante el cual las partes resuelven una disputa que ha surgido o previenen una disputa surgida. Por tanto, presupone, a diferencia de la condonación o moderación que constituye un acto unilateral de renuncia a la deuda, concesiones recíprocas hechas por el acreedor y el deudor sobre sus respectivos derechos. Dada su naturaleza específica, la transacción tiene una razón de ser sólo en la medida en que se aplica a un crédito fiscal (impuesto y sanción o sanción únicamente) impugnado o todavía susceptible de impugnación. También se justifica en los casos en que, ante la falta de posibilidad de impugnar la demanda tributaria ante el juez tributario, tiene el efecto de poner fin a una acción ya iniciada ante los tribunales penales con el fin de para obtener una condena a sanciones fiscales, o para prohibir el inicio de tal acción.

Ver Texto

(14) En sentido contrario J.M. Tovillas, «Derechos y garantías de los contribuyentes en Francia», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 25, 2002, p.15, quien entiende que es automática pero condicionada a la constitución de una garantía.

Ver Texto

(15) J.M. Tovillas, «Revocaciones de actos tributarios en Francia», en Andrés, E. (coord.) *Els sistemes alternatius de resolució de conflictes tributaris i la seva aplicació a l'Administració tributària de Catalunya,* Barcelona, Universitat de Barcelona, 2015, p. 149.

Ver Texto

(16) Excepcionalmente el comité puede emitir un dictamen sobre la calificación de la ley en lo que atañe a la naturaleza anormal de un acto de gestión, sobre el principio y cuantía de la depreciación y provisiones del inmovilizado, así como sobre la naturaleza de las cargas deducibles.

Ver Texto

(17) *Vid.* al respecto M.T. Mata, «De la independencia de los tribunales económico-administrativos: cuestionamiento por el tribunal de justicia de la Unión Europea y consecuencias», *Crónica Tributaria*, n.º 174, 2020, pp.61-87.

Ver Texto

(18) Sobre el alcance los servicios de la comisión de conciliación en distintas materias relacionadas con los tributos *vid.*. M. Petit, «Le Service de conciliation fiscale: des litiges fiscaux aux créances non fiscales et au droit de grâce fiscale», *Revue générale du contentieux fiscal*, n.º 2, 2019, pp. 75-86.

Ver Texto

(19) Art. R 60-3 LPF. Al respecto, la Corte de Casación considera que los motivos del dictamen de la comisión constituyen una formalidad sustancial del procedimiento tributario, cuya omisión da lugar a la irregularidad del mismo. (Sentencia de 21 octubre 1997, recurso de casación n.º 9 5-17689).

Ver Texto

(20) *L'avis de la commission de conciliation doit être motivé de manière à permettre aux parties, à défaut d'accord, de poursuivre utilement leur discussion devant le juge au vu des éléments qu'elle a pris en considération.* (Corte de Casación, sentencia de 6 mayo 2003, recurso de casación n.º 01-16577).

Ver Texto

(21) Sentencia de la Corte de Casación de 15 diciembre 1986, recurso de casación n º 85-12270.

Ver Texto

(22) Decreto nº 2006-672 de 8 junio 2006 sobre la creación, composición y funcionamiento de comisiones administrativas de carácter consultivo, art. 11.

Ver Texto

(23) Las memorias del Tribunal Económico-Administrativo Central en 2014-2018 muestran que el promedio de resoluciones de esos cinco años es de 198.464 resoluciones anuales y alcanza el valor máximo en 2018, lo cual pone de manifiesto, por un lado, el ingente esfuerzo que vienen realizando estos órganos administrativos para dar respuesta al conjunto de reclamaciones acumuladas de ejercicios precedentes y, por otro, que estas reclamaciones difícilmente se resuelven en el plazo establecido en la LGT. Al respecto debemos recordar que existe un plazo de 12 meses para el procedimiento en única o primera instancia y para la resolución del recurso de alzada ordinario (arts. 240 y 241 LGT), un mes para el recurso de anulación (art. 241 bis LGT), tres meses para el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio (art. 242 LGT), y seis meses para el recurso extraordinario para la unificación de doctrina, el recurso extraordinario de revisión y el procedimiento abreviado (arts. 243, 244 y 247 LGT).

Ver Texto

(24) El reciente «Documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma», en el que el CGPJ estima que «sólo en la Audiencia Nacional y sólo en relación con tributos estatales se encuentran implicados más de 8.000.000.000 de euros, de los que más de 3.000.000.000 están afectados por medidas cautelares. Y a ello deben añadirse las cifras correspondientes a los restantes tribunales y tributos autonómicos y locales.

Ver Texto

(25) Lo que nos llevaría a poder hablar de un arbitraje administrativo cuasi-jurisdiccional, aquél en el que dentro de la vía administrativa, en la que no debemos olvidar la Administración sigue siendo parte del conflicto, se confía la resolución del mismo a un órgano colegiado más o menos (in)dependiente funcional y orgánicamente respecto de ella.

Ver Texto

(26) *Vid.* al respecto la STC 122/1999, de 28 de junio, así como la STS 21 mayo 2018, en la que se afirma que la reposición en el ámbito local es potestativa únicamente si lo que se alega es la inconstitucionalidad o la ilegalidad de la norma, ya que el órgano revisor no tiene competencia para resolver esta pretensión.

Ver Texto

(27) «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» (el subrayado es nuestro).

Ver Texto

(28) Comparte también esta idea, P. Vicente-Arche, *El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 125.

Ver Texto

(29) Sobre la efectividad del Consell Tributari en este sentido *vid.* A. Agulló, «Recursos no formales y *Consell Tributari* de Barcelona: una función quasi-arbitral», en G . Elorriaga Pisarik (coord.) *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid , 1996, pp. 277-290.

Ver Texto

(30) De esta forma la autoliquidación en sí, por su propia naturaleza, no sería un acto impugnable por el contribuyente que la formuló sino que el objeto de arbitraje sería la resolución sobre su solicitud de revocación, modificación... esto es, lo impugnable sería el acto administrativo de gestión tributaria que se produce por el efecto de la misma.

Ver Texto

(31) Esta última exclusión sería aplicable incluso teniendo en cuenta que a tenor del art. 112.2º LPACAP los órganos colegiados o comisiones creadas para dirimir el asunto sometido a arbitraje no estén sujetos a instrucciones jerárquicas.

Ver Texto

(32) Por todos, L.M. Alonso (dir.), Informe «Propuestas para disminuir la litigiosidad fiscal en España», Barcelona, Colegio Oficial de Gestores de Cataluña, 2014, p. 60 proponía, literalmente «abrir la composición de los Tribunales Económico-Administrativos a personas con formación adecuada que no fueran funcionarios», moción secundada también por la AEAT que ha venido a solicitar la «preceptiva inclusión de una cuota de expertos tributarios ajenos a la Administración tributaria, como miembros de los tribunales», D. Olano (coord.), «Inseguridad Jurídica en España: situación actual y propuestas para el futuro», *Papers AEAT*, 2018, p. 38.

Ver Texto

(33) Compuesta por ocho representantes de sectores profesionales relacionados con el ámbito tributario y

de la sociedad en general (cuatro de ellos pertenecientes al mundo académico y los otros cuatro profesionales en el ámbito tributario, todos ellos de reconocido prestigio), cuatro vocales representantes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (dos de los departamentos y servicios, el Director del Servicio de Auditoría Interna, el del Servicio Jurídico), un representante de la Dirección General de Tributos y otro de la Dirección General del Catastro, un representante de los Tribunales Económico Administrativos, y, finalmente el Abogado del Estado jefe de la Abogacía del Estado en materia de hacienda de la Secretaría de Estado de Hacienda.

Ver Texto

(34) Como indican G. Martínez, A Serrano y P. Chico, «Una propuesta para introducir el arbitraje en el ordenamiento tributario español», en P. Chico, *Una propuesta para la implementación de medidas alternativas de solución de conflictos (ADR) en el sistema tributario español con especial referencia al arbitraje*, Madrid, Fundación Impuestos y Competitividad, 2015, p. 225, literal «este voto de calidad vendría a cumplir el criterio *primus inter partes*, que constituye una exigencia ordenadora de la composición del órgano arbitral, basada en la necesidad de darle operatividad bajo toda situación, haciendo inviable el bloqueo de su constitución o de su actividad cuando surjan situaciones de discrepancia entre sus miembros».

Ver Texto

(35) *Vid.* I. Cruz e Y. García, «El arbitraje tributario su posible viabilidad», *Quincena Fiscal*, 2002, p.12 y también P. Vicente-Arche , *op. cit.*, p. 164.

Ver Texto

(36) *Vid.* G. Martínez, A. Serrano y P. Chico, «Una propuesta para introducir el arbitraje en el ordenamiento tributario español», en P. Chico, *Una propuesta para la implementación de medidas alternativas de solución de conflictos (ADR) en el sistema tributario español con especial referencia al arbitraje*, Madrid, Fundación Impuestos y Competitividad, 2015, p. 252, literal, «estarían legitimados para solicitar la intervención de los órganos arbitrales tributarios los obligados tributarios y cualquier otra persona cuyos intereses legítimos resulten afectados por el acto o la actuación tributaria».

Ver Texto

(37) *Vid.* en este sentido M.L. González-Cuellar quien exige una vinculación personal («El arbitraje en el Derecho tributario», *Revista Contabilidad y Tributación*, CEF, n.º 167, p. 39); también I. Cruz, «¿Es posible el arbitraje tributario?», *Impuestos, Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, n.º 11, 1999, p. 31. Igualmente P. Vicente-Arche, quien exige una afectación directa para que el interesado pueda solicitar arbitraje (*op. cit*., p. 166.)

Ver Texto

(38) M.L. González-Cuellar expone un ejemplo que creemos del todo acertado en relación con los sucesores y responsables de las deudas o los adquirentes de explotaciones económicas, indicando que «sólo podrán celebrar arbitrajes sobre los elementos concernientes a su obligación cuando se les pueda considerar interesados en el procedimiento en cuestión» (*vid.*., «El arbitraje en el Derecho tributario», *loc. cit*., p. 39) a lo que Vicente-Arche añade que la razón es que con anterioridad no serán titulares del

derecho o interés controvertido (*op. cit*., p. 167).

Ver Texto

(39) Vicente-Arche suma aquí los sujetos con derecho de reembolso en los casos de solidaridad de deudores y de responsabilidad (*ibíd*., p. 168). En nuestra opinión los conflictos suscitados en torno a estos últimos asuntos debieran sustanciarse en el ámbito de las reclamaciones civiles y no en el de las tributarias (siguiendo así el camino marcado por el art. 41.6 LGT en lo que atañe a los supuestos de responsabilidad solidaria).

Ver Texto

(40) Pues, salvo que el asunto afecte a sus intereses legítimos como particulares no tiene sentido que vayan a contrariar el resultado de un procedimiento por ellos conducido más allá de lo que puedan contrariar atendiendo a las vías de revisión especiales contenidas en la LGT.

Ver Texto

(41) Vicente-Arche señala muy gráficamente la exigencia de una previsión, relativa a la necesaria comunicación que debe existir entre los diferentes órganos que integran la Administración Tributaria para que, en caso de que se formalice un convenio arbitral, con posterioridad los órganos afectados tengan conocimiento suficiente de su existencia (*op. cit*., p. 167)

Ver Texto

(42) L.L. González-Cuéllar, «El arbitraje en el Derecho tributario», *loc. cit*. p. 39.

Ver Texto

(43) Contrariamente, tanto en las propuestas de arbitraje formuladas por el Ministerio de Hacienda en 2001 (IEF *Informe para la reforma de la Ley General Tributaria*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2001, p. 232) como por Cruz y García en 2002 (Cruz, I y García, Y., «El arbitraje tributario su posible viabilidad», op. cit. p. 13.) plantean un plazo de 15 días, que era el plazo habilitado por la LGT de 1963 para la interposición de una reclamación económico-administrativa, en concreto en el artículo 88.dos de su último reglamento publicado en materia de revisión en vía económico administrativa, de desarrollo en la materia más reciente el Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas. De igual forma a la propuesta G. Martínez, A. Serrano y P. Chico, «Una propuesta para introducir el arbitraje en el ordenamiento tributario español», *loc. cit*., p. 252.

Ver Texto

Arbitraje de inversiones vs. Arbitraje comercial internacional: la brecha tras el caso *Achmea* y los recientes trabajos en el marco de la CNUDMI

Investment arbitration vs. International commercial arbitration: the gap after the Achmea case and the recent work in the CNUDMI framework

El arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial internacional son dos modalidades de un mismo mecanismo de resolución de conflictos. Pese a ello, existe entre ambas una notable disparidad en su tratamiento, según se pone de relieve en la reciente jurisprudencia del TJUE y en los trabajos que se están desarrollando en el marco de la CNUDMI. En concreto, son dos las cuestiones sobre las que mayor contraste hay: la validez de las cláusulas de sometimiento a arbitraje, y la manera en que se está abordando la reforma del sistema arbitral en el seno de la CNUDMI. En este contexto, el objetivo del presente estudio es analizar ambas circunstancias y profundizar en los motivos que justifican tal disparidad.

Arbitraje de inversiones, Arbitraje comercial internacional, Asunto A*chmea,* Cláusulas de sometimiento a arbitraje, Arbitraje acelerado.

Investment arbitration and international commercial arbitration are two modalities of the same dispute resolution mechanism. Despite this, there is a notable disparity between the two in their treatment, as highlighted in the recent jurisprudence of the CJEU and in the work being carried out within the framework of UNCITRAL. Specifically, there are two issues on which there is greater contrast: the validity of the clauses for submission to arbitration, and the way in which the reform of the arbitration system is being addressed within UNCITRAL. In this context, the objective of this study is to analyze both circumstances and delve into the reasons that justify such disparity.

Investment arbitration, International commercial arbitration, Case *Achmea,* Clauses for submission to arbitration, Expedited arbitration.

María del Carmen Chéliz Inglés

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado

Universidad de Zaragoza

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la mundialización ha dado lugar a un incremento en la movilidad de los ciudadanos y las mercancías, que ha contribuido a la confección del mercado interior de la Unión Europea, y ha propiciado el auge del comercio internacional y del comercio electrónico. En este contexto, cada vez son más frecuentes las relaciones con elementos internacionales, no solo en el ámbito estrictamente privado, sino también aquellas en las que intervienen actores públicos, especialmente en el marco de las inversiones extranjeras. El entramado, cada vez más complejo, de relaciones jurídicas nos muestra cómo los conflictos son cada vez más difíciles de solucionar a través de la justicia tradicional.

En concreto, esta modalidad de conflicto en la que se ven involucrados dos o más ordenamientos jurídicos de distintos Estados (además de producirse un aumento en los costes y una dilación temporal del proceso más acusados que en el caso de un procedimiento interno) ofrece una complejidad también muy superior. No sólo se plantean conflictos de leyes y de órganos jurisdiccionales, sino que surge a la vez la problemática del reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales en un Estado distinto al de la autoridad jurisdiccional que las dictó.

Todas estas dificultades, han favorecido el resurgimiento de las vías de arreglo pacífico de los conflictos, entre las que destaca el arbitraje internacional. No en vano, el arbitraje se ha convertido en el mecanismo de resolución de disputas a nivel mundial por antonomasia, tanto en relación con los conflictos entre los inversores extranjeros y los Estados, como en el ámbito del comercio internacional.

Por lo que respecta al arbitraje de inversiones, es una figura que está muy extendida en la práctica, y la sumisión a este mecanismo de resolución de conflictos forma parte del contenido habitual de los Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, APRI). Por su parte, en el ámbito comercial, existe una tendencia global a recurrir al arbitraje como mecanismo para solucionar los conflictos que pueden surgir en este marco (1) hasta el punto de que a nivel internacional el arbitraje es considerado por las propias empresas como el mecanismo más apropiado para resolver las controversias comerciales internacionales que se generen en este contexto (2) .

No obstante, pese al denominador común que comparten estas dos modalidades de arbitraje, su evolución está siendo muy dispar, llegando a presentar diferencias notables, algunas de ellas en cuestiones trascendentales para la institución del arbitraje.

La primera divergencia que se va a tratar en el presente trabajo hace referencia a la validez de las cláusulas de sumisión al arbitraje, cuyo desencadenante se encuentra en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 6 marzo 2018, sobre el caso *Achmea*. Pese a que, tal y como el propio Tribunal indica, esta jurisprudencia no es extrapolable al arbitraje comercial internacional, la escueta argumentación desarrollada por el TJUE en este punto, hace necesaria una revisión de la misma, tendente a clarificar la situación. Tras esto, se analizarán los trabajos que se están desarrollando en la actualidad en el marco de la CNUDMI que, como se tendrá ocasión de apreciar, también distinguen entre el arbitraje de inversiones y el arbitraje comercial internacional.

II. CLÁUSULAS DE SUMISIÓN AL ARBITRAJE: SITUACIÓN TRAS EL ASUNTO *ACHMEA*

La sentencia del TJUE de 6 marzo 2018 sobre el caso *Achmea*, ha supuesto todo un hito para el arbitraje de inversiones, y ha desencadenado importantes consecuencias que afectan al mantenimiento del sistema arbitral que tradicionalmente ha imperado para la resolución de controversias en el ámbito de las inversiones. La relevancia de este pronunciamiento es tal debido a que el TJUE resuelve, de manera pionera, que la cláusula de sometimiento a arbitraje contenida en un Tratado Bilateral de Inversión (en adelante TBI), en este caso entre Eslovaquia y Países Bajos, es incompatible con el Derecho de la Unión Europea, por ser contraria a los arts. 344 TFUE y 267 TFUE.

El litigio principal del que trae causa el asunto *Achmea*, se basa en una disputa entre la República Eslovaca y la empresa *Achmea*, que pertenece a un grupo asegurador neerlandés. En el año 2004, la República Eslovaca reformó su sistema sanitario, permitiendo el acceso a su mercado a proveedores privados de seguros de enfermedad, lo que propició que *Achmea* estableciera una filial en dicho país y comenzara a ofrecer sus servicios en Eslovaquia. Sin embargo, en el año 2006, el gobierno eslovaco decidió revertir esta política adoptada apenas dos años atrás, e impidió que las aseguradoras de salud privadas distribuyeran los beneficios derivados de estas actividades. Ante esta situación, *Achmea* consideró que las medidas adoptadas por el gobierno de la República Eslovaca le habían causado un perjuicio, por lo que en el año 2008 comenzó un procedimiento de arbitraje contra Eslovaquia, con base en el art. 8 del TBI entre Eslovaquia y Países Bajos.

A pesar de la República Eslovaca alegó que el tribunal arbitral carecía de competencia, ya que el art. 8 del TBI era incompatible con el Derecho de la Unión, el propio tribunal desestimó la excepción de incompetencia y, finalmente, en diciembre de 2012 dictó laudo en el que condenaba a Eslovaquia a pagar a *Achmea* una indemnización de 22,1 millones de euros. Contra este laudo la República Eslovaca interpuso un recurso de anulación ante el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Fráncfort del Meno. Dicho órgano jurisdiccional desestimó el recurso mediante una resolución, que fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania. Es este Tribunal quien, ante las dudas manifestadas por la República Eslovaca, decide suspender el procedimiento, y plantear al TJUE las cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad de la cláusula arbitral prevista en el art. 8 del TBI, con los artículos 18, 267 y 344 TFUE.

1. Incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de las cláusulas insertas en un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) *intra* UE

Como se ha adelantado, el TJUE concluyó en la citada sentencia, que el arbitraje inversor-Estado previsto en un acuerdo bilateral de protección de inversiones *intra*-UE, es contrario al Derecho de la UE, concretamente, a los arts. 344 TFUE y 267 TFUE (3) . Este pronunciamiento, totalmente antagonista a la posición mantenida por el Abogado General, refrenda la postura que ya había manifestado con anterioridad la Comisión (4) , abiertamente contraria al arbitraje de inversiones en estos supuestos.

La argumentación que desarrolla el TJUE se basa en 3 aspectos fundamentales, en los que se profundizará a continuación: que la controversia versa sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la UE; que el tribunal arbitral del procedimiento no puede ser considerado un órgano

jurisdiccional de uno de los Estados miembros, en el sentido del art. 267 TFUE y, en consecuencia, no está facultado para solicitar una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia; y que el control limitado de los laudos que pueden realizar los órganos jurisdiccionales no es suficiente para garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión Europea.

A) Alcance del concepto «interpretación y aplicación del Derecho de la UE»

La primera cuestión que debe dilucidar el TJUE, y que resuelve de manera afirmativa, es si la controversia sobre la que ha de resolver el tribunal arbitral, puede tener relación con la interpretación o aplicación del Derecho de la UE.

Se trata de un asunto nuclear, a los efectos de determinar si se está contraviniendo el art. 344 TFUE, que indica que «*los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos*». De esta manera, si se entendiera que la controversia no versa sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la UE, los Estados podrían someter su resolución a un proceso de arbitraje como el previsto en el art. 8 TBI, sin contravenir el art. 344 TFUE. En cambio, si la controversia es calificada como «relativa a la interpretación o aplicación de los Tratados», sí que se podría estar vulnerando tal precepto del TFUE.

Para valorar tal circunstancia, cobran especial importancia las previsiones contenidas en los TBI acerca de la ley aplicable a los litigios, que pueden variar considerablemente entre unos tratados y otros (5) . En este caso en concreto, el art. 8.6º del TBI, indica que «*el tribunal arbitral resolverá con arreglo a Derecho, teniendo en cuenta, en particular, pero no exclusivamente: el Derecho en vigor de la parte contratante afectada; las disposiciones del presente Tratado y cualquier otro tratado pertinente entre las Partes contratantes...*».

Por este motivo, en tanto que el Derecho de la Unión forma parte del Derecho vigente en todos los Estados miembros y, a su vez, deriva de un tratado internacional celebrado entre ellos, el TJUE estima que el tribunal arbitral puede verse obligado a interpretar o aplicar el Derecho de la Unión (6) . En consecuencia, considera que la controversia sometida a arbitraje puede tener relación con la interpretación o aplicación del Derecho de la UE.

Esta postura ha sido criticada por un sector de la doctrina al entender que, aunque es posible que el tribunal arbitral tenga que aplicar el Derecho de la UE, ello no implica que las controversias entre los inversores y los Estados, con arreglo al art. 8.6 TBI, sean relativas a la interpretación y aplicación de los Tratados de la UE, en el sentido del art. 344 TFUE (7) . Así, en el caso concreto, el Derecho de la Unión no ha tenido ninguna incidencia sobre el fondo de la controversia entre *Achmea* y la República Eslovaca.

En cualquier caso, el TJUE ha optado por esta interpretación amplia, de tal manera que para considerar que se trata de una controversia relativa a la interpretación y aplicación de los Tratados a los efectos del art. 344 TFUE, basta con el hecho de que un tribunal arbitral deba tener en cuenta el Derecho de la UE para resolver un conflicto sobre una posible infracción de un TBI.

B) El procedimiento de remisión prejudicial ante el TJUE y los tribunales arbitrales

La segunda cuestión examinada por el TJUE hace referencia a si se puede considerar a un tribunal arbitral como el previsto en el art. 8 TBI, un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, en el sentido del art. 267 TFUE.

Dicho precepto se ocupa del procedimiento de remisión prejudicial, y permite que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros planteen al TJUE cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la UE o a la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Se trata de un asunto fundamental, al ser el procedimiento prejudicial una pieza clave del sistema jurídico de la Unión Europea, calificada por el propio TJUE como «piedra angular» (8) , que tiene como objetivo garantizar la interpretación y la aplicación uniforme del Derecho de la UE en todos los Estados miembros.

En este contexto, de nuevo de manera opuesta a lo manifestado por el Abogado General, el TJUE concluye que el tribunal arbitral de que se trata en el asunto principal «*en ningún caso podrá ser calificado de órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros en el sentido del art. 267 TFUE*» (9) . El motivo principal que sirve de base para adoptar tal consideración, es el carácter excepcional de la jurisdicción del tribunal arbitral, en relación con la jurisdicción de los órganos judiciales de Países Bajos y Eslovaquia, que no constituye un elemento del sistema judicial establecido en esos dos Estados miembros.

A este respecto, el TJUE pone de manifiesto las diferencias existentes entre el tribunal arbitral en cuestión, y otros Tribunales que sí que han sido considerados órganos jurisdiccionales de algún Estado miembro, como por ejemplo el Tribunal de Justicia del Benelux (10) , o el tribunal para la resolución de litigios en el ámbito tributario, previsto en la propia Constitución portuguesa (11) . Estas discrepancias hacen que no sea oportuno equiparar estos tribunales con el tribunal arbitral del caso concreto, reforzando la idea de que no se trata de un órgano jurisdiccional de ningún Estado miembro.

La aseveración anterior, tiene como consecuencia inmediata la imposibilidad del tribunal arbitral de solicitar una decisión prejudicial al TJUE. En efecto, como se ha indicado, al amparo del art. 267 TFUE, únicamente están facultados para realizar esta petición al TJUE los «órganos jurisdiccionales» de los Estados miembros. Por consiguiente, si el tribunal arbitral no es considerado un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, no goza de esta capacidad.

C) Control de los laudos por parte de los órganos jurisdiccionales

Descartada la facultad de los tribunales arbitrales para plantear directamente cuestiones prejudiciales al TJUE, únicamente cabría valorar si la interpretación y aplicación unitaria del Derecho de la UE queda garantizada a través del control del laudo realizado por el órgano jurisdiccional de un Estado miembro. Se trata de determinar si, de esta forma indirecta, las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión pueden ser sometidas al TJUE, si fuera necesario, a través de solicitudes de decisiones prejudiciales remitidas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que se ocupan del control del laudo arbitral.

Con carácter previo, resulta conveniente realizar algunas apreciaciones sobre el control de los laudos por parte de los tribunales estatales. Tal control se puede suscitar en dos momentos diferenciados y que no hay que confundir, puesto que su alcance también es muy distinto (12) : en el marco de una acción de anulación del laudo, o en el marco de una oposición a una solicitud de reconocimiento y ejecución del mismo.

Respecto al control a través de la acción de anulación del laudo, en el ámbito del arbitraje de inversiones, en primer lugar, es preciso separar entre los laudos dictados en el marco de un proceso sustanciado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y el resto de arbitrajes en los que no se designa al CIADI como institución que asume la secretaría del arbitraje.

El Convenio CIADI (13) excluye cualquier tipo de control del laudo por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes (14) . Así, los laudos que se rigen por dicho instrumento son obligatorios para las partes y no pueden ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso (15) . Únicamente se prevé un mecanismo muy específico, que es la solicitud de anulación del laudo, para cuya resolución se constituye una Comisión *ad hoc*, compuesta por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros (16) . En definitiva, el tribunal competente para resolver la acción de anulación del laudo no es un órgano jurisdiccional estatal, sino un tribunal arbitral (17) . Mediante esta disposición sí que parece claro que se está eludiendo el control del laudo por parte de los órganos jurisdiccionales estatales y, en consecuencia, se podría considerar que se está dificultando el control de su compatibilidad con el Derecho de la UE (18) .

En relación con el resto de los laudos, que no proceden del CIADI, la posibilidad de anulación de éstos dependerá de la sede del arbitraje, que es la que va a determinar la ley aplicable al procedimiento y, en consecuencia, el control judicial requerido para la validez del laudo. Además, la sede también establece la competencia de los órganos jurisdiccionales de ese Estado para conocer de la acción de anulación. Por lo tanto, la sede arbitral va a desempeñar un papel fundamental en tanto que criterio de competencia judicial internacional, y punto de conexión para determinar la ley aplicable al procedimiento. En cualquier caso, conviene destacar que, a diferencia de lo que ocurre con los laudos del CIADI, en este supuesto el control del laudo sí que lo realizan órganos jurisdiccionales del Estado en cuestión, aunque siempre en la medida de lo permitido por la ley aplicable (19) .

En cuanto al reconocimiento y ejecución de los laudos, el Convenio CIADI prevé un reconocimiento automático de los laudos dictados conforme al mismo, e impone la obligación a los Estados de ejecutar en su territorio las obligaciones pecuniarias que contengan como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado, sin necesidad de execuátur (20) .

Respecto al reconocimiento y ejecución de los demás laudos, resulta de aplicación el régimen establecido por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales (Convención de Nueva York de 1958). Dicho instrumento prevé una lista cerrada de motivos por los que se puede denegar el reconocimiento del laudo, recogidos en el artículo V de la Convención, entre los que destacan dos apreciables de oficio por parte del tribunal: si se comprueba que según la ley

del Estado en el que se solicita el reconocimiento o la ejecución del laudo, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o si el reconocimiento y la ejecución del laudo son contrarios al orden público de ese país.

En consecuencia, salvo los laudos del CIADI que se benefician del sistema especial que hemos indicado, el resto de los laudos van a poder ser controlados por los órganos jurisdiccionales de un Estado, bien a través de una acción de anulación, bien a través de la solicitud de reconocimiento o ejecución del laudo, o incluso por ambas vías.

Hechas estas matizaciones, en el asunto *Achmea* en particular, se trata de un arbitraje regido por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y el tribunal arbitral al que acudió la empresa, eligió como sede del arbitraje Fráncfort del Meno, por lo que es el Derecho alemán el que resulta aplicable al procedimiento que regula el control judicial de la validez del laudo. La elección de esta sede es la que permitió a la República Eslovaca interponer una acción de anulación, ante los Tribunales alemanes competentes. Por lo tanto, en este caso, el control lo está ejerciendo un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y, en consecuencia, podría entenderse, *a priori*, que el control de su compatibilidad con el Derecho de la UE está garantizado, ya que los tribunales alemanes en caso de duda podrían plantear una cuestión ante el TJUE (como de hecho sucede y, gracias a ello, el Tribunal se pronuncia sobre este supuesto).

No obstante, el TJUE destaca que los tribunales alemanes solo pueden llevar a cabo un control limitado, dentro de las posibilidades permitidas por el Derecho nacional. En concreto, este control se restringe a la validez del convenio de arbitraje, habida cuenta de la ley aplicable, o al respeto del orden público al reconocer o ejecutar el laudo arbitral. Con base en esta argumentación considera que, al tratarse de un control judicial limitado, no es posible garantizar la plena eficacia del Derecho de la UE. De esta manera, como se analizará más adelante, establece una clara distinción, no exenta de controversias, entre lo que ocurre en relación con el arbitraje comercial, donde el control jurisdiccional limitado sí que basta para entender salvaguardada la eficacia del Derecho de la UE.

Por todo lo anterior, el TJUE concluye que

> *«... los arts. 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un acuerdo internacional celebrado entre Estados miembros, como el art. 8 del TBI, conforme al cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro, ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro».*

Este fallo sin precedentes dio lugar a que veintitrés Estados miembros de la UE firmaran un acuerdo el 5 mayo 2020 (21) , para la terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea. En concreto, en él se mantiene que las cláusulas de arbitraje entre inversores y Estados en los Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados miembros de la Unión Europea son contrarias a los Tratados de la UE y, debido a esta incompatibilidad, no pueden aplicarse. Como consecuencia, ese tipo de cláusulas no pueden servir de base jurídica para los

procedimientos de arbitraje (22) .

Por lo tanto, el asunto *Achmea,* en el ámbito de los TBI *intra* UE, ha supuesto el principio del fin de los arbitrajes entre los inversores y los Estados (23) . Pese a ello, todavía se mantienen numerosos interrogantes que impiden apreciar hasta qué punto el pronunciamiento del TJUE va a afectar a la práctica arbitral. Sin ánimo de profundizar en ellos, cabe destacar los siguientes (24) : ¿sólo es incompatible con el Derecho de la UE la cláusula de arbitraje, o lo es la totalidad del TBI? (25) ¿Qué pasa con los TBI extra UE? (26) ¿Afecta la sentencia *Achmea* al Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE)? (27) ¿Los conocidos como «acuerdos de última generación» se ajustan al Derecho de la Unión? (28) .

Más allá de estas incógnitas sobre las repercusiones finales que va a tener *Achmea* en la práctica arbitral , lo que interesa a efectos del presente estudio, es el debate suscitado en torno a la argumentación del TJUE, al defender que, si bien el control limitado del laudo es suficiente en relación con el arbitraje comercial internacional, no lo es, como ya se ha indicado, respecto a un arbitraje de inversiones como el previsto en el art. 8 TBI.

2. Comparativa con el arbitraje comercial internacional: sombras de la argumentación del TJUE

En el ámbito del arbitraje comercial se impone el principio de mínima intervención judicial, justificado en la autonomía de la voluntad de las partes que, al recurrir al arbitraje para la resolución de una controversia, están excluyendo a su vez la competencia de los órganos jurisdiccionales (29) .

Dentro de este mínimo control necesario, una de sus manifestaciones principales es la limitación en cuanto al ejercicio de la impugnación del laudo, en el sentido de que el plazo para la interposición del recurso es breve, únicamente se puede anular el laudo por determinados motivos previamente acotados, y no es posible, *a priori*, una revisión de fondo (30) . De lo contrario, dotar a los órganos juridisccionales de un mayor poder y, en concreto, permitirles que realizaran un control de fondo del laudo, «*desnaturalizaría la propia esencia de la institución arbitral*» (31) .

> La argumentación desarrollada por el TJUE deja abiertos algunos interrogantes, por ejemplo, relacionados con aquellos supuestos en los que el arbitraje comercial internacional deriva de una cláusula inserta en un contrato de adhesión

En este contexto, el TJUE ha admitido, en jurisprudencia reiterada (32) , que es suficiente con que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros realicen un control limitado de los laudos, siempre y cuando las disposiciones fundamentales del Derecho de la UE puedan ser examinadas y, en su caso, ser objeto de una solicitud de decisión prejudicial. De hecho, el Tribunal de Justicia justifica este control restringido en las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral, a las que se acaba de hacer alusión.

Sin embargo, mediante una argumentación bastante escueta (33) , el propio TJUE indica que todo lo anterior no es extrapolable a un procedimiento de arbitraje como el del asunto *Achmea*. El principal motivo en que basa tal decisión, son las diferencias entre ambos tipos de arbitraje, haciendo hincapié especialmente en el distinto origen de un procedimiento de arbitraje comercial, y el de un procedimiento de arbitraje como el previsto en el art. 8 del TBI entre Países Bajos y Eslovaquia. Así, mientras que el primero emana de la autonomía de la voluntad de las partes, el segundo deriva de un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales, en favor de un tribunal arbitral.

Habida cuenta de la relevancia de la cuestión, tal vez habría sido necesaria una fundamentación mayor, que resolviera de manera contundente la problemática, ya que esta unilateralidad de los arbitrajes de inversiones, *per se*, no parece ser suficiente para justificar este tratamiento diferenciado (34) . En efecto, la argumentación desarrollada por el TJUE deja abiertos algunos interrogantes, por ejemplo, relacionados con aquellos supuestos en los que el arbitraje comercial internacional deriva de una cláusula inserta en un contrato de adhesión (y, en consecuencia, no se puede apreciar claramente que la voluntad de todas las partes en conflicto era someter la controversia a arbitraje), o los relacionados con inversores extranjeros y un Estado miembro, pero donde la sumisión al arbitraje deriva de un contrato entre las partes (35) .

En este sentido, una diferencia crucial entre ambas modalidades de arbitraje, que el TJUE no menciona, pero quizás serviría para acreditar en mayor medida esta disparidad en el trato, sería que en el arbitraje de inversiones se van a ver involucrados intereses generales que, en el arbitraje comercial, en principio, no confluyen. En concreto, los TBI permiten que los inversores extranjeros (en su mayoría grandes empresas multinacionales) puedan reclamar a los Estados de acogida de la inversión los daños que les ha podido ocasionar un cambio legislativo o una modificación de la política seguida por dicho Estado en determinadas materias, tales como la salud (como ocurría en el asunto *Achmea*) o el medio ambiente. Así, se están poniendo en el mismo nivel los intereses comerciales de los inversores y el interés general que trata de preservar el Estado a través de la adopción de las normas necesarias para ello (36) , lo que llevaría a plantearse incluso la arbitrabilidad de la materia. Por este motivo, podría ser requerido un mayor control jurisdiccional, por parte de los órganos de los Estados miembros, para garantizar que ese interés general ha sido salvaguardado. Algo que no sería necesario en el caso de los arbitrajes comerciales donde, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, bastaría con realizar ese control limitado, especialmente de cara a comprobar que se han respetado las garantías procesales oportunas.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que el art. 344 TFUE únicamente obliga a los Estados miembros a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos. De ahí se infiere que la imposibilidad de someter a arbitraje la resolución de un conflicto únicamente se aplica a los Estados, y no a los particulares (37) . De esta manera, también quedaría justificado el distinto tratamiento a estos efectos entre el arbitraje de inversiones y el comercial internacional, ya que en este último no son los Estados quienes se someten al arbitraje, a través de un TBI, sino los particulares, a través de un instrumento contractual. En consecuencia, ante laudos provenientes del arbitraje comercial, este

precepto no se estaría vulnerando, y la eficacia del Derecho de la UE no se vería comprometida.

En definitiva, más allá de las posibles deficiencias en la argumentación proporcionada por el TJUE, parece claro que la jurisprudencia *Achmea* no puede extenderse a los supuestos de arbitraje comercial internacional, y las cláusulas de sumisión a arbitraje en estos casos no contravienen el Derecho de la UE. Ello abre una brecha importante entre este tipo de arbitraje y el arbitraje de inversiones que, a la luz de las labores que está llevando a cabo la CNUDMI en esta materia, parece que va a continuar ampliándose.

III. REFORMA DEL SISTEMA DE ARBITRAJE EN EL MARCO DE LA CNUDMI

Como se ha adelantado anteriormente, los trabajos que se están desarrollando en la actualidad en el seno de la CNUDMI llevan también al arbitraje de inversiones y al arbitraje comercial por sendas distintas. Dentro de la CNUDMI son dos los Grupos de trabajo que se están ocupado de la reforma de la regulación actual en materia de arbitraje. El Grupo de trabajo III está avanzando en la reestructuración del arbitraje de inversiones; mientras que el Grupo de trabajo II lo hace en relación con el arbitraje acelerado.

1. Grupo de trabajo III: arbitraje de inversiones

El Grupo de trabajo III aborda la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, sobre la base del mandato que le confirió la Comisión en su 50º período de sesiones, en el año 2017. Desde entonces, el Grupo ha tenido diversas sesiones de trabajo, la última de ellas celebrada el pasado mes octubre 2020. A lo largo de esas sesiones, se han podido identificar las principales inquietudes existentes en torno al sistema de solución de controversias entre los inversores y los Estados (38) y, atendiendo a ellas, se están considerando las siguientes opciones de reforma (39) :

- El establecimiento de un mecanismo de apelación en el Arbitraje de Inversiones. El objetivo perseguido al crear un mecanismo de apelación es, principalmente, «*aumentar la corrección, la concordancia, la previsibilidad y la coherencia de las decisiones que se dictaran en el marco del sistema*» (40) . Ello guarda una estrecha relación con lo mencionado anteriormente acerca de la anulación de laudos arbitrales. Así, dentro de los estándares para acceder a la apelación se está trabajando en determinar cómo interactuaría un mecanismo de apelaciones con la posibilidad de anulación de laudos, para evitar duplicar las revisiones y garantizar así su eficiencia. Para ello, el Grupo de trabajo está teniendo en cuenta tanto los motivos de anulación en virtud del Convenio del CIADI, como los motivos para denegar el reconocimiento y ejecución previstos en la Convención de Nueva York. Finalmente, otra cuestión que se está debatiendo, es si el alcance de la apelación se debe limitar a decisiones sobre el fondo del asunto, o si debe extenderse a otras decisiones de carácter incidental.

- El establecimiento de un tribunal multilateral de inversiones de carácter permanente. El origen de esta reforma se encuentra en un documento que presentó la UE al Grupo de trabajo III en enero de 2019, titulado «Creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones» (41) . En este documento la UE

proponía la creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones. Con este documento-propuesta la Unión Europea considera que «*la creación de un mecanismo permanente de dos niveles es la única opción disponible que responde de manera efectiva a todas las inquietudes expresadas en el Grupo de Trabajo. Además, es la única opción que tiene en cuenta que estas inquietudes están interrelacionadas*». La idea planteada es que esta corte permanente sirva como árbitro global para solucionar todas las diferencias en materia de inversión, como lo son los litigios entre los inversores y los Estados. El establecimiento de este organismo permanente significaría el abandono del sistema *ad hoc* de resolución de litigios, que figura actualmente en los TBI, y sobre el que ya se ha indicado la problemática suscitada en torno al mismo, especialmente a raíz de la sentencia *Achmea*. En esta misma línea, tanto el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) firmado con Canadá, como el Acuerdo Comercial con Vietnam, hacen referencia a la creación de un tribunal multilateral de inversiones de carácter permanente.

— La selección y nombramiento de árbitros y decisores. Finalmente, otra de las cuestiones en las que está trabajando el Grupo de trabajo es en el diseño de los criterios de selección y nombramiento de los miembros del tribunal permanente de inversiones.

Todas estas medidas que se espera que se vayan definiendo en los próximos meses (42) , parece que van a dar lugar a un drástico cambio en el modelo tradicional de solución de las controversias entre los inversores y los Estados. En concreto, la creación del tribunal multilateral de inversiones de carácter permanente, de materializarse, supondría un distanciamiento del sistema del arbitraje, y un acercamiento al proceso judicial (43) . En cualquier caso, estas reformas potenciales únicamente incumbirían al sistema de resolución de conflictos entre inversores y Estados.

2. Grupo de trabajo II: arbitraje acelerado

Por su parte, con la finalidad de aumentar la eficiencia y calidad del proceso arbitral, el Grupo de trabajo II, en su 68 periodo de sesiones, presentó una propuesta de trabajo para abordar, entre otras cuestiones, el arbitraje acelerado (44) , y la conducta de los árbitros, con énfasis en las cuestiones de la imparcialidad e independencia (45) . En concreto, el Grupo de Trabajo explicó que, en los últimos años, muchas instituciones de arbitraje habían centrado su atención en los procedimientos arbitrales acelerados (46) , como respuesta a la preocupación de los usuarios por el aumento de los costos, la excesiva formalidad y la mayor duración de los arbitrajes, que asimilaba este proceso cada vez más a los procedimientos judiciales. Por este motivo, se destacó la utilidad de contar con un régimen internacional común sobre un procedimiento acelerado, que diera respuesta a esta necesidad cada vez mayor de dirimir controversias sencillas mediante arbitraje (47) .

En cuanto al alcance de su labor, el Grupo de trabajo convino que debería centrarse inicialmente en el arbitraje comercial internacional y, en una etapa posterior, evaluaría la pertinencia de su labor para el arbitraje en materia de inversiones y otros tipos de arbitraje (48) . Por consiguiente, con carácter preliminar, se está descartando la posibilidad de extender las disposiciones sobre arbitraje acelerado al arbitraje de inversiones. En este sentido, desde el comienzo de las labores del Grupo II, han sido numerosas las opiniones emitidas, favorables a la exclusión del arbitraje de inversiones del

ámbito de aplicación de estas reglas sobre el arbitraje acelerado.

No obstante, se está valorando permitir que los Estados incluyan una referencia a las disposiciones sobre arbitraje acelerado en sus tratados de inversión y los demandantes puedan incoar una demanda conforme a ellas. Además, en el proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado presentado en enero de 2020, sí que se incluyen unas disposiciones referentes al arbitraje de inversiones, en relación con la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado de la CNUDMI en el contexto del arbitraje acelerado (49) .

En cualquier caso, parece que el distanciamiento entre ambas modalidades de arbitraje es una realidad y, a la luz de las circunstancias, un episodio necesario para preservar el éxito que ha venido cosechando tradicionalmente la institución arbitral en la resolución de los conflictos comerciales. Como indica de manera muy representativa C. Esplugues Mota (50) , una «*"fusión" del arbitraje comercial internacional y del de inversiones podría acabar resultando "letal" para el primero, contaminando de múltiples formas al arbitraje comercial; una contaminación que, por otra parte, ya está comenzando a ocurrir*».

IV. ¿CRISIS DE LA INSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE Y OPORTUNIDAD PARA LA MEDIACIÓN?

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente estudio, el arbitraje de inversiones está sufriendo una profunda crisis. En cuanto al arbitraje comercial internacional, también está atravesando un momento delicado ya que, como se ha indicado, el aumento en los costes y la complejidad del proceso ha contribuido a que las partes lo perciban cada vez más próximo al proceso judicial, restándole parte de su atractivo.

En este contexto, la propia CNUDMI ha postulado la mediación como un mecanismo apropiado para la resolución no solo de las controversias en el ámbito comercial, sino también de los conflictos entre los inversores y los Estados. Así, dentro del proceso de reforma del sistema de arbitraje de inversiones que se está gestando en el Grupo de Trabajo III, al que se ha hecho referencia con anterioridad, se está valorando la posibilidad de imponer el recurso a la mediación, con carácter previo al arbitraje. En cuanto a los conflictos comerciales internacionales, la Convención de Singapur, aprobada en diciembre de 2018, está llamada a desempeñar un importante papel para la promoción de la mediación en estos supuestos, facilitando la ejecución de los acuerdos resultantes de mediación.

1. Hacia una mediación obligatoria para resolver las controversias inversores-Estados

En el marco de las sesiones de trabajo del Grupo de trabajo III, una de las inquietudes detectadas en torno al sistema de solución de controversias entre los inversores y los Estados, era la posibilidad de emplear para su resolución otros medios distintos al arbitraje. Identificada esta cuestión, se observó que esos medios y métodos eran herramientas que podían utilizarse para resolver algunos de los problemas ya localizados por el Grupo de trabajo, y se comenzó a examinar en mayor profundidad la posibilidad de emplear mediación, conciliación y otros métodos alternativos de solución de

controversias (51) .

Prácticamente la totalidad de comunicaciones emitidas por los gobiernos de los distintos Estados en relación con los métodos alternativos de solución de controversias, coincidieron en subrayar las ventajas que éstos poseen con respecto al arbitraje. En concreto, destacaron la celeridad, los menores costos, y una mayor flexibilidad y autonomía de las partes en conflicto que, a su vez, contribuye al mantenimiento de las relaciones y las inversiones a largo plazo.

En este punto, conviene tener en cuenta que, en el marco actual, las partes ya tienen la posibilidad de acudir a la mediación, o algún otro mecanismo alternativo, para resolver su conflicto. De hecho, los TBI prevén un «periodo de espera» durante el cual los inversores y los Estados pueden intentar alcanzar un arreglo amistoso, antes de llegar al arbitraje, lo que supone una oportunidad idónea para lograr un acuerdo, sin necesidad de recurrir al arbitraje.

> Alcanzar una solución amistosa puede plantear grandes dificultades para los Estados, ya que tienen que responder ante el público en general, a diferencia de lo que ocurre con las entidades privadas

Sin embargo, pese a que las partes tienen a su disposición estos métodos alternativos de resolución de conflictos, y a las ventajas ya enunciadas que éstos poseen, la realidad muestra que el medio que se utiliza de manera predominante en la práctica es, sin duda, el arbitraje. Al resto de mecanismos se recurre con muy poca frecuencia, hasta el punto de que su empleo es prácticamente residual. El principal motivo por el que esto sucede es que alcanzar una solución amistosa puede plantear grandes dificultades para los Estados, ya que tienen que responder ante el público en general, a diferencia de lo que ocurre con las entidades privadas (52) .

En consecuencia, una de las cuestiones a tratar por el Grupo de trabajo III es examinar cómo promover las formas alternativas de resolución de los conflictos, para que se recurra a ellas con mayor frecuencia, en estos concretos supuestos.

Una de las opciones que se está valorando, es la posibilidad de elaborar cláusulas modelo que establecieran la obligatoriedad de intentar alcanzar un arreglo amistoso con carácter previo al arbitraje. En concreto, se está planteando el hecho de imponer la mediación obligatoria como requisito previo al arbitraje. De materializarse finalmente esta opción, el arbitraje dejaría paso a la mediación, como primera vía para la resolución de un conflicto entre los Estados y los inversores extranjeros.

En esta misma línea, en el marco de la reforma de las reglas del CIADI, se ha incorporado por primera vez dentro de los mecanismos ofrecidos por esta institución, la opción de recurrir a la mediación, y se ha presentado un proyecto de normas sobre mediación para resolver las disputas inversor-Estado (53) .

2. La mediación comercial internacional y la esperanzadora Convención de Singapur

Al igual que ocurre en relación con los conflictos en materia de inversiones, la realidad evidencia que la mediación todavía no es un mecanismo muy empleado para la resolución de los conflictos comerciales internacionales (54) y las partes, cuando optan por acudir a una vía distinta de la jurisdiccional, se siguen decantando por el arbitraje.

El motivo principal por el que la mediación comercial internacional no acaba de despegar en la práctica, parece encontrarse en la ausencia de un marco jurídico armonizado que reconozca eficacia extraterritorial a los acuerdos resultantes de la mediación y en la consiguiente dificultad para lograr su ejecución en este ámbito transfronterizo (55) . No obstante, este obstáculo ha tratado de mitigarse con la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación, aprobada el 20 diciembre 2018, conocida como la «Convención de Singapur sobre mediación».

Dicho instrumento tiene como objetivo facilitar la ejecución de los acuerdos de mediación, con la finalidad de superar este escollo. La principal novedad que introduce radica en la concesión de un nuevo estatus jurídico a los acuerdos de mediación comercial internacional, dotándoles de eficacia transfronteriza directa. En su propósito de facilitar la movilidad de los acuerdos, las excepciones que se pueden alegar para la denegación del otorgamiento de medidas son limitadas, y deben interpretarse de manera restrictiva.

Todo ello puede favorecer que la mediación se imponga como uno de los principales mecanismos de resolución de los conflictos en el comercio internacional, de manera similar a lo que supuso la Convención de Nueva York respecto de los laudos arbitrales. Si bien, solo el tiempo determinará si cumple con todas las expectativas puestas en ella, algo que pasa también por la adhesión de un número importante de Estados.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El asunto *Achmea* ha sido el detonante de una gran polémica en torno a una materia muy relevante a nivel internacional, como es el sistema de resolución de conflictos entre inversores y Estados. La decisiva sentencia del TJUE establece que la cláusula arbitral contenida en un TBI entre Estados miembros, es incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

La argumentación en la que se basa el Tribunal de Justicia para alcanzar tal conclusión ofrece luces y sombras. Como se ha analizado, son especialmente cuestionables los motivos alegados por el TJUE al señalar que el control limitado de los laudos arbitrales en materia comercial es suficiente para garantizar la eficacia del Derecho de la Unión, pero no lo es respecto de los laudos en materia de inversiones. Tal disparidad la justifica en el distinto origen de ambas modalidades de arbitraje, ya que mientras el primero deviene de un acuerdo entre las partes de someter su controversia a arbitraje, el de inversiones deriva de un TBI alcanzado entre los Estados implicados.

Más allá de esta referencia al fundamento inicial del arbitraje, habría sido conveniente señalar una

diferencia nuclear entre ambas modalidades de arbitraje, como es que, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje comercial, en el de inversiones se ven involucrados intereses generales. Ello podría justificar la exigencia de un mayor control por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, e incluso podría afectar a la arbitrabilidad de la materia. Además, el art. 344 TFUE únicamente se aplica a los Estados, que son quienes se ven obligados a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos. Por consiguiente, los particulares no se ven compelidos por dicho precepto y, en consecuencia, no se vería vulnerado en los supuestos de sometimiento a arbitraje en materia comercial.

Pese a estas sombras, en relación con la argumentación del TJUE, parece claro que la jurisprudencia *Achmea* no puede extenderse a los supuestos de arbitraje comercial internacional. Ello junto con los recientes trabajos que se están desarrollando en el marco de la CNUDMI, tendentes a rediseñar el sistema arbitral que imperaba hasta el momento, dejan clara la brecha existente entre ambas modalidades de arbitraje, que cada vez es mayor.

De lo expuesto en este estudio se puede inferir que tanto el arbitraje de inversiones como el arbitraje comercial están atravesando un momento complicado. Como respuesta a estas dificultades que está sufriendo la institución arbitral, desde el propio seno de la CNUDMI se está potenciando el recurso a la mediación, como primera opción para resolver ambos tipos de conflictos. Incluso, en relación con las controversias en materia de inversiones, se está valorando la posibilidad de instaurar una mediación obligatoria con carácter previo al arbitraje.

El futuro de ambas modalidades de arbitraje y el papel que la mediación va a desempeñar al respecto está por determinar. El que siga un rumbo u otro depende en gran parte de las medidas que se adopten en un futuro próximo.

BIBLIOGRAFÍA

ANKERSMIT, V.L., «Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe?», *Investment Treaty News*, 2018.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 25, 2013.

CANTERO MARTÍNEZ, J., «Arbitraje internacional de inversiones y «derecho a regular» de los Estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 58, abril-junio 2016, pp. 13-45.

ESPLUGUES MOTA, C., «La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXXII, nº 1, pp. 53-80.

ESPLUGUES MOTA, C., «Los trabajos de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y el mantra de la celeridad», *Revista argentina de arbitraje*, 2020.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E. y SALVADORI, M., «Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-Estado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 1, marzo 2020, pp. 203-218.

FERNÁNDEZ PONS, X., «La incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del arbitraje inversor-Estado previsto en Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados miembros. Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto Achmea, su contexto e implicaciones», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 46, 2018.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LVII, nº 2, 2005, pp. 605-637.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 290, 2001, pp. 9-224.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. SÁNCHEZ LORENZO, S.A. y STAMPA, G., *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., «¿Sigue habiendo espacio en el arbitraje de inversiones para las objeciones jurisdiccionales basadas en la naturaleza intra-UE de la controversia? Comentario sobre la opinión disidente del árbitro M.G. Kohen en el asunto Adamakopoulos y otros c. Chipre», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, nº 3, julio-septiembre 2020.

IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, I., «La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)», *LA LEY Unión Europea* , nº 60, junio 2018.

LAMEIRA DOS SANTOS, M., «El principio del fin del arbitraje internacional de inversiones: especial mención a la STJUE de 6 marzo 2018 Asunto C-284/16 República Eslovaca v. Achmea», *Unión Europea Aranzadi*, nº 3, 2020.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., «La Unión Europea y el arbitraje de inversiones: alcance de la STJUE de 6 marzo 2018, Achmea, con especial referencia a la situación de España», *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, vol. II , pp. 677-691.

RUEDA GARCÍA, J.A., «La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, marzo 2010, pp. 203-232.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «Protección de las inversiones en la Unión Europea: el fin del arbitraje de inversiones (de la sentencia "Achmea" a la propuesta de un tribunal multilateral de

inversiones)», *Revista Electrónica de Direito*, vol. 21, nº 1, febrero 2020, pp. 151-177.

SANTA-CROCE, M., «L'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges dans le contentieux internacional et Européen», *Gazette du Palais*, 2001.

STRONG, S.I., «Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation», *Legal Studies Research Paper*, nº. 2014-28, pp. 1-53.

SUCIU, D.C., «Los arbitrajes de energías renovables contra España a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Achmea», *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 37, 2019.

VILLAGRASA ROZAS, M.M., «Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho de la Unión Europea», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2018, pp. 415-449.

.....

(1) Abogacía Española/Consejo General, *El arbitraje comercial en España. Misión de arbitraje en Miami*, 2019 , pp. 6.

Ver Texto

(2) Según un Estudio realizado por Roca Junyent, Comillas ICADE y la Association Corporate Counsel Europe (ACC), un 47% de empresas se decanta por el arbitraje como mecanismo idóneo para resolver sus disputas. Además, el 89% de las empresas encuestadas considera el arbitraje como el método idóneo para las disputas internacionales. Estudio disponible en el siguiente enlace (página consultada a fecha de 18 enero 2021):

[https://www.rocajunyent.com/sites/default/files/content/file/2019/08/28/1/informe_rocajunyent_digital.pdf].

Ver Texto

(3) En la sentencia del TJUE destaca la ausencia de pronunciamiento acerca de la compatibilidad de estas cláusulas de arbitraje insertas en un TBI *intra* UE con el art. 18 TFUE, a pesar de que el Tribunal remitente plantea expresamente la cuestión (*vid*. el ap. 30 de la sentencia). Ello mantiene abierto el interrogante acerca de si estas cláusulas, o incluso la totalidad del TBI, suponen una vulneración del principio de no discriminación, previsto en el citado precepto.

Ver Texto

(4) A modo de ejemplo, *vid.* Decisión C (2017) 7384, emitida por la Comisión el 10 noviembre 2017, en el marco del procedimiento iniciado en diciembre de 2014 contra España de apoyo a la generación de electricidad a partir de fuentes de energía renovables. En esta decisión, la Comisión indica que la

mayoría de los arbitrajes contra España han sido iniciados por inversores de otros Estados de la UE, por lo que considera que esta situación es contraria al Derecho de la Unión. Incluso afirma que «los Estados miembros no son competentes para celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales entre ellos, porque al hacerlo pueden afectar normas comunes o alterar su alcance». Sobre esta decisión y su alcance *vid*. M. M. Villagrasa Rozas, «Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho de la Unión Europea», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2018, pp. 432-433.

Ver Texto

(5) I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, «¿Sigue habiendo espacio en el arbitraje de inversiones para las objeciones jurisdiccionales basadas en la naturaleza intra-UE de la controversia? Comentario sobre la opinión disidente del árbitro M.G. Kohen en el asunto Adamakopoulos y otros c. Chipre», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, nº 3, julio-septiembre 2020, pp. 11.

Ver Texto

(6) *Vid.* ap. 42 STJUE, donde hace hincapié en la posibilidad de que el tribunal arbitral se pueda ver obligado a aplicar las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales.

Ver Texto

(7) Entre otros, 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*, nº 60, junio 2018, pp. 6-7. Igualmente, desarrolla esta argumentación en profundidad el Abogado General en los aps. 171-228 de sus conclusiones.

Ver Texto

(8) *Vid*. ap. 37 de la sentencia del TJUE.

Ver Texto

(9) El TJUE desarrolla esta cuestión en los aps. 43-49 de la sentencia.

Ver Texto

(10) *Vid*. aps. 47-48 de la sentencia.

Ver Texto

(11) *Vid*. ap.44 de la sentencia , en relación con la STJUE C-377/13, de 12 junio 2014, asunto *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estadas das Beiras Litoral e Alta*.

Ver Texto

(12) Hace hincapié en esta cuestión J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII,

nº 2, 2005, pp. 621.

Ver Texto

(13) Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington en 1966.

Ver Texto

(14) Al respecto, *vid.* C. Otero García-Castrillón, «La Unión Europea y el arbitraje de inversiones: alcance de la STJUE de 6 marzo 2018, Achmea, con especial referencia a la situación de España», *Estudios sobre Jurisprudencia Europea* , vol. II, pp. 685; y D.C. Suciu, «Los arbitrajes de energías renovables contra España a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Achmea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 37, 2019, pp. 22-23.

Ver Texto

(15) Art. 53 Convenio CIADI.

Ver Texto

(16) Art. 54 Convenio CIADI.

Ver Texto

(17) *Vid*. J.A. Rueda García, «La aplicabilidad del Convenio de Nueva York al arbitraje de inversiones: efectos de las reservas al Convenio», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, marzo 2010, pp. 223.

Ver Texto

(18) En este punto, incluso el Abogado General, en el ap. 253 de sus conclusiones considera que los Estados miembros deberían evitar optar por el CIADI por esta cuestión.

Ver Texto

(19) Con carácter general, este control de los laudos no es un control de fondo, como indica J.C. Fernández Rozas, «El arbitraje comercial internacional...», *loc. cit*. , pp. 622-623; *id.*, «Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 290, 2001, pp. 202-204.

Ver Texto

(20) Así lo establece el art. 54 Convenio CIADI.

Ver Texto

(21) Texto completo disponible en el siguiente enlace (página consultada a fecha de 18 enero 2021): https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0529(01)&from=ES.

Ver Texto

(22) Así lo establece el art. 4 del Acuerdo de 5 mayo 2020.

Ver Texto

(23) *Vid*., entre otros, M. Lameira Dos Santos, «El principio del fin del arbitraje internacional de inversiones: especial mención a la STJUE de 6 marzo 2018 Asunto C- 284/16 República Eslovaca v. Achmea», *Unión Europea Aranzadi*, nº 3, 2020; o V.L. Ankersmit, «Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe?», *Investment Treaty News*, 2018.

Ver Texto

(24) Plantean estas cuestiones, entre otros I. Iruretagoiena Agirrezabalaga «La sentencia del TJUE..», *loc. cit*., pp.10-13; X. Fernández Pons, «La incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea del arbitraje inversor-Estado previsto en Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados miembros. Comentario a la sentencia del TJUE sobre el asunto *Achmea*, su contexto e implicaciones», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 46, 2018, pp. 346-362.

Ver Texto

(25) Como se ha indicado en la nota 4, la Comisión en su Decisión C (2017) 7384, no solo se posiciona en contra de las cláusulas de arbitraje insertas en los TBI, sino que lo hace también en contra de los TBI *intra* UE en su conjunto.

Ver Texto

(26) Pese a que en principio la jurisprudencia *Achmea*, únicamente alcanza las cláusulas incluidas en los TBI *intra* UE, sí que pueden plantearse problemas en la práctica, al tratar de ejecutar un laudo que reúna estas características , en un Estado miembro de la UE.

Ver Texto

(27) El acuerdo de 5 mayo 2020 alcanzado por 23 Estados miembros, no incluye ninguna referencia al TCE y en la práctica arbitral se está observando que este instrumento no se está viendo afectado por la jurisprudencia *Achmea*.

Ver Texto

(28) A este respecto el Dictamen 1/17, del Tribunal de Justicia, de 30 abril 2019 los refrenda, al considerar que un acuerdo internacional que contemple la creación de un órgano jurisdiccional encargado de interpretar sus disposiciones y cuyas decisiones vinculen a la Unión es, en principio, compatible con el Derecho de la Unión.

Ver Texto

(29) En este sentido, la Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, dentro de las características más destacadas de la Ley Modelo señala la *Delimitación de la asistencia y supervisión*

judiciales. En concreto, en el punto 15 establece: «*Como lo demuestran recientes modificaciones de las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Esa tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad del proceso arbitral*».

Ver Texto

(30) *Vid*. J.C . Fernández Rozas, «El arbitraje comercial internacional...», *loc. cit*., pp. 626.

Ver Texto

(31) *Ibid*., pp . 622-623. En la misma línea J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo y G. Stampa, *Principios generales del arbitraje*, Valencia , Tirant lo Blanch, 2018, pp. 345-346.

Ver Texto

(32) Entre otras, sentencias de 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, aps. 35, 36 y 40, y sentencia de 26 octubre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, aps. 34 a 39.

Ver Texto

(33) El TJUE únicamente dedica a esta cuestión los aps. 54-56 de la sentencia.

Ver Texto

(34) Entre otros señalan que esta argumentación del TJUE «*no resulta convincente*» C. Otero García-Castrillón, «La Unión Europea, *loc. cit*. , pp. 683; e I. Iruretagoiena Agirrezabalaga "La sentencia del TJUE.."», *loc. cit*. n.p. 7, pp.8-9.

Ver Texto

(35) Plantea estos interrogantes I. Iruretagoiena Agirrezabalaga «La sentencia del TJUE..», *loc. cit*., pp. 9.

Ver Texto

(36) Realiza un análisis en profundidad sobre esta cuestión J. Cantero Martínez, «Arbitraje internacional de inversiones y "derecho a regular" de los Estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP», *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 58, abril-junio 2016, pp. 21-22.

Ver Texto

(37) Así, tal y como establece el Abogado General en el ap. 146 de sus conclusiones, «De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende claramente que las controversias entre Estados miembros, así como entre los Estados miembros y la Unión, están contempladas en el art. 344 TFUE. En cambio, los litigios entre particulares no lo están, aun cuando el órgano jurisdiccional que deba resolverlos haya de tener en cuenta o aplicar el Derecho de la Unión».

Ver Texto

(38) Las principales inquietudes detectadas por el Grupo de Trabajo III fueron las relacionadas con la falta de uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de los laudos arbitrajes; con los árbitros y los decisores; con el coste y la duración de los procesos; e inquietudes en cuanto a la financiación aportada por terceros. Ello se desprende de las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo correspondientes a sus períodos de sesiones 34º a 37º, que figuran en los documentos A/CN.9/930/Rev.1 y A/CN.9/930/Rev.1/Add.1; A/CN.9/935; A/CN.9/964; y A/CN.9/970.

Ver Texto

(39) El Grupo de Trabajo empezó a examinar las siguientes opciones de reforma sobre la base de una decisión adoptada en su 38º período de sesiones (*vid.* A/CN.9/1004, párrafo 25). Profundiza en su análisis E. Fernández Masiá y M. Salvadori , «Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-Estado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 1, marzo 2020, pp. 203-218.

Ver Texto

(40) *Vid*. A/CN .9/1004 Add.1, párr. 18.

Ver Texto

(41) Sobre esta propuesta *vid*. B. Sáenz de Jubera Higuero, «Protección de las inversiones en la Unión Europea : el fin del arbitraje de inversiones (de la sentencia *Achmea* a la propuesta de un tribunal multilateral de inversiones)» , *Revista electrónica de Direito*, vol. 21, Nº 1, febrero 2020, pp. 15-16.

Ver Texto

(42) El próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebrará en el Centro Internacional de Viena del 8 al 12 febrero de 2021.

Ver Texto

(43) Así lo reconoce el propio Tribunal de Justicia en el Dictamen 1/17, de 30 abril 2019. No obstante, a pesar de esta aproximación al proceso judicial, la UE también indica que las resoluciones emitidas por este tribunal serían laudos dictados por un órgano arbitral permanente, lo que permitiría su reconocimiento y ejecución a través del Convenio de Nueva York de 1958.

Ver Texto

(44) Realiza un análisis en profundidad sobre esta cuestión C. Esplugues Mota, «Los trabajos de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y el mantra de la celeridad», *Revista argentina de arbitraje*, 2020.

Ver Texto

(45) *Vid*. A/CN .9/959 y A/CN.9/961.

Ver Texto

(46) El arbitraje acelerado es «*una forma de arbitraje que se lleva a cabo en un plazo breve y a un costo reducido,*

agilizando y simplificando aspectos clave del procedimiento para llegar a una decisión definitiva sobre el fondo de la cuestión de manera eficaz en función de los costos y del tiempo» *Vid.* A/CN.9/959, párrafo 28.

Ver Texto

(47) *Vid*. A/CN .9/934, párrafo 153.

Ver Texto

(48) *Vid.* A/CN.9/969, párrafo 34; y A/CN.9/1003, párrafos 14 y 15.

Ver Texto

(49) *Vid*. A/CN .9/WP.216, párrafos 84-85.

Ver Texto

(50) C. Esplugues Mota, «Los trabajos de la CNUDMI ...», *loc. cit*. n.p. 44, 2020, pp. 7.

Ver Texto

(51) *Vid*. documento A/CN.9/970, párrafo 29.

Ver Texto

(52) En concreto, se han encontrado múltiples motivos por los que esto sucede, como el temor a las críticas públicas; el temor a las denuncias de corrupción o a un futuro enjuiciamiento por corrupción; el temor a sentar un precedente; o dificultades relativas al acceso a los fondos públicos para organizar la defensa y a la coordinación intergubernamental en plazos breves. Datos extraídos del estudio titulado «Report: Survey on Obstacles to Settlement of Investor-State Disputes», Universidad Nacional de Singapur, NUS Centre for International Law, documento de trabajo nº 18/01 (Chew, S., Reed, L. y Thomas, J.C. QC), disponible en el siguiente enlace (página consultada a fecha de 18 enero 2021): https://cil.nus.edu.sg/publications.

Ver Texto

(53) Texto completo disponible en el siguiente enlace (página consultada a fecha de 18 enero 2021): [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/WP_4_Vol_3_Sp.pdf].

Ver Texto

(54) Así lo constata el Parlamento Europeo en su Informe titulado *The implementation of the Mediation Directive 29 November 2016*, pp. 162. Texto completo del Informe disponible en el siguiente enlace (página consultada a fecha de 18 enero 2021): [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf].

Ver Texto

(55) Ello se desprende del estudio realizado por S.I. Strong, «Use and Perception of International

Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation», *Legal Studies Research Paper Series Research Paper*, nº 2014-28, pp. 43-45. Igualmente, esta problemática en relación con la ejecución de los acuerdos internacionales de mediación ha sido puesta de manifiesto por parte de la doctrina. Entre otros, C. Esplugues Mota, «La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXXII, nº 1, pp.55 ss; M. Santa-Croce, «L'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges dans le contentieux internacional et Européen», *Gazette du Palais*, 2001; o C. Azcárraga Monzonís, «Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva», *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 25, 2013, pp. 18-19.

Ver Texto

LA LEY Mediación y Arbitraje nº 5, enero-marzo 2021, Nº 5, 1 de ene. de 2021, Editorial Wolters Kluwer España

REGULACIÓN

La (des)protección de inversiones en el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido (TCA)

Investment (dis)protection in the EU-UK Trade and Cooperation Agreement (TCA)

El 24 diciembre 2020, la Unión Europea (UE) y el Reino Unido (el RU) concluyeron un Acuerdo de Comercio y Cooperación (TCA) destinado a resolver su futura relación, con aplicación provisional a partir del 1 de enero de 2021. Tras la salida del RU de la UE el 31 de enero de 2020 y el final del período de transición en virtud del Acuerdo de Retirada, el RU ya no es miembro del Mercado Único ni de la Unión Aduanera de la UE. Con este condicionate el TCA establece condiciones distintas para la nueva relación en curso entre la UE y el RU. El Título II de la Segunda Parte, Rúbrica Uno (Comercio) del TCA incluye disposiciones relativas a los «servicios e inversiones» (SERVIN). Resulta sin embargo llamativo que las disposiciones que se ocupan de esta cuestión posean un contenido mínimo, limitando a ciertas alusiones en orden a liberalización de las inversiones, el establecimiento, la explotación, el acceso al mercado y el trato no discriminatorio. Y más llamativo aún es que el capítulo de la protección de las inversiones se caracterice más por lo que silencia que por lo que revela.

Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y el RU, Régimen de las inversiones.

On 24 December 2020, the European Union (EU) and the United Kingdom (UK) concluded a Trade and Cooperation Agreement (TCA) aimed at settling their future relationship, with provisional application from 1 January 2021. Following the UK's exit from the EU on 31 January 2020 and the end of the transition period under the Withdrawal Agreement, the UK is no longer a member of the EU Single Market and Customs Union. With this conditionality, the ATT sets out different conditions for the new ongoing relationship between the EU and the UK. Title II of Part Two, Heading One (Trade) of the ATT includes provisions relating to «services and investment» (SERVIN). It is striking, however, that the provisions dealing with this issue are minimal in content, limited to certain references to investment liberalisation, establishment, operation, market access and non-discriminatory treatment. Even more striking is the fact that the chapter on investment protection is characterised more by what it does not say than by what it reveals.

Trade and Cooperation, Agreement between the European Union and the United Kingdom, Investment regime.

José Carlos Fernández Rozas

Director de la Revista

I. ANTECEDENTES

1. Tras más de cuatro años y medio de duras y complejas negociaciones se ha alcanzado la separación oficial entre RU y la UE. Muy cerca del psicodrama se ha alcanzado un acuerdo firmado *in extremis* el 24 diciembre 2020 de cuyo balance, en principio, es relativamente satisfactorios para ambas partes. Con ello se da por finalizado un largo período de 47 años, iniciado el 1 enero 1973, cuando el RU se unió a la UE, junto con Dinamarca e Irlanda. Quedan para la historia agitados años de difíciles relaciones que desembocaron en una Europa de «distintas velocidades», con discrepancias tan marcadas como la negativa del RU de ingresar de en el Euro. Los desencuentros desembocaron en la opción británica de abandonar la Unión, el 23 junio 2016 con el 51,9% de los votos frente al 48,1%, con 30% de abstención. Esta decisión de ruptura, cargada de consecuencias, se ha mantenido con marcadas dosis de pugnacidad.

Después de casi medio siglo en común el RU y la UE han consumado finalmente un divorcio por mutuo consentimiento. Firmado el 30 diciembre 2020, por el Consejo Europeo, en representación de los 27 Estados miembros y diputados británicos, el texto complementa el Acuerdo de Retirada, firmado en octubre de 2019, dedicado, entre otras cosas, a los derechos de los ciudadanos europeos y británicos, a los compromisos financieros mutuos y a la estabilidad en la isla de Irlanda (1) .

2. En términos generales, a partir del 1 enero 2021: a) Desaparece la libre circulación de personas, con lo cual, los ciudadanos británicos ya no podrán trabajar, estudiar, crear una empresa o vivir en la UE; precisarán visados para estancias de larga duración en la UE, estarán sometidos a controles fronterizos y tendrán que registrar sus pasaportes. b) El RU abandona el mercado único y la unión aduanera de la UE, en consecuencia, deja de beneficiarse del principio de libre circulación de mercancías; con ello las empresas deberán enfrentarse a nuevas barreras comerciales, lo que supondrá un aumento de los costes y requerirá ajustes en las cadenas de suministro integradas entre la UE y el RU. c) El RU quedará al margen de los principios de libre prestación de servicios y libertad de establecimiento.

El RU se encuentra ahora fuera de unas estructuras comerciales que contribuyó a consolidar rigiéndose sus relaciones comerciales con la UE por el Acuerdo de Comercio y Cooperación, que no se aleja mucho de los acuerdos de libre comercio concluidos entre la UE y otros países avanzados no europeos, como Canadá y Japón. Son unos instrumentos que brindan acceso preferencial para el comercio de bienes, aunque no completamente libres de aranceles y cuotas, con el añadido que el

TCA prevé cero aranceles y cero cuotas.

Con todo, el resultado, aclamado por unos y criticado por otros, permite mantener un estrecho vínculo ente la UE y el RU, un importante socio histórico y geográfico. Desde la perspectiva de la Comisión se afirma que mereció la pena una dura negociación para alcanzar este resultado, ya que ahora nos hallamos ante con un instrumento justo y equilibrado con el RU, que protegerá los intereses de las empresas y los ciudadanos europeos (2) . Para la Comisión era menester protegerse lo mejor posible de las consecuencias negativas de la elección realizada en Londres de un Brexit duro.

II. BALANCE GENERAL DE LAS NEGOCIACIONES Y DEL ACUERDO

3. Es cierto que el acuerdo ofrece un comercio libre de derechos y cuotas (siempre que las exportaciones cumplan con los estrictos requisitos de contenido local) pero no facilita mucho el comercio de servicios siendo significativo que el RU no consiguiese reducir sustancialmente los controles y la burocracia posteriores al acuerdo. Es cierto que logró excluir con éxito las demandas de la UE de seguir sus normas de subsidios, de mantener normas ambientales y laborales específicas, pero no evitó alcanzar la condicionalidad estricta. Evidentemente el RU tendrá la posibilidad de apartarse de las normas de la UE en el futuro, pero si lo hace podría perder, por ejemplo, los beneficios del acuerdo comercial y que se reimpongan los aranceles. A su vez los negociadores británicos: a) no lograron convencer a la UE de que redujera la frecuencia de los controles fronterizos de los ciertos productos alimenticios importados del RU; b) no consiguieron garantizar que las calificaciones profesionales del RU fueran reconocidas en toda la UE; c) no incluyeron disposiciones que permitieran a los centros competentes con sede en el RU seguir certificando productos para el mercado de la UE; y d) no consiguieron hacer valer el argumento a favor de permitir que las piezas extranjeras importadas (como los componentes de automóviles) del Japón y otros países contaran para los umbrales de las normas de origen del acuerdo, que determinan si un producto puede comercializarse libre de aranceles o no.

Por su lado el RU ha obtenido buena parte de sus pretensiones. La UE acordó facilitar que los vehículos eléctricos y las baterías pudieran beneficiarse de un comercio libre de aranceles, por ejemplo. Pero las concesiones no son tan generosas como el RU hubiera querido, y únicamente tienen carácter temporal. Por ejemplo, el TCA no inserta decisión alguna relacionada con equivalencias de servicios financieros, la adecuación del régimen de protección de datos del RU o la evaluación del régimen sanitario y fitosanitario del RU con el fin de incluirlo como un tercer país permitido para exportar productos alimenticios a la UE. De hecho, se trata de decisiones unilaterales de la UE y no están sujetas a negociación.

4. Debe tenerse muy presente, además, que este acuerdo comercial no pone punto final de una larga historia de colaboración, sino que marca el comienzo de la nueva relación del RU con la UE, y evolucionará inevitablemente con el tiempo. El próximo año, por ejemplo, el RU tendrá que decidir si vincula su propio sistema nacional de fijación de precios del carbono con el de la UE, averiguar si los datos personales de los ciudadanos de la UE pueden seguir almacenados en los servidores del RU y

volver a entablar conversaciones sobre el funcionamiento de la frontera marítima entre Irlanda del Norte y Gran Bretaña. También está la cuestión pendiente de la equivalencia de los servicios financieros: una decisión unilateral de la UE de permitir que ciertas empresas financieras con sede en el RU sigan operando directamente a clientes con sede en la UE. La concesión de este permiso no implica que se tenga carácter permanente. El RU también tendrá que decidir si utiliza la nueva libertad para apartarse de las normas y enfoques de la UE y, en caso afirmativo, si está dispuesto a aceptar las consecuencias de hacerlo. Si decide hacerlo, le esperan largos años de controversias y revisiones. A largo plazo, es inevitable que cada gobierno sucesivo del RU quiera renegociar, o alterar, aspectos de la relación con la UE.

Sea cual sea el futuro, las decisiones difíciles no desaparecerán: una mayor liberalización del comercio de servicios, por ejemplo, exigiría como mínimo que el RU aceptara la libertad de circulación. Y negociar con el desde fuera seguirá siendo una experiencia poco rentable, como sucede con Suiza.

5. El Acuerdo se basa en cuatro pilares principales: a) un Acuerdo de Libre Comercio; b) un marco de cooperación económica, social, medioambiental y en materia de pesca; c) una asociación en materia de seguridad interior; y d) un marco de gobernanza común para el conjunto del Acuerdo. Sin duda, tendrá consecuencias importantes para muchos ciudadanos, sean estudiantes, trabajadores o jubilados, ya que las actividades económicas como las finanzas y el turismo se verán fuertemente afectadas. Contrariamente a los deseos de la UE, el acuerdo no contiene un marco de cooperación en el ámbito de la política exterior y de seguridad, sin embargo, la UE y el RU, sin embargo, siguen siendo socios importantes dentro de la OTAN, la OSCE y las Naciones Unidas.

El TCA conferirá derechos y obligaciones tanto a la UE como al RU, respetando plenamente su soberanía y autonomía normativa. Se regirá por un marco institucional sobre el funcionamiento y la aplicación del Acuerdo, así como por mecanismos vinculantes de resolución de conflictos y de ejecución

> El TCA se configura con un acuerdo de libre comercio que no cuenta con un capítulo específico sobre inversiones

III. RÉGIMEN DE INVERSIONES

6. En orden a los servicios y a las inversiones el Acuerdo establece un nivel significativo de apertura para el comercio de servicios y la inversión, que va más allá de las disposiciones de referencia del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) de la OMC. Se aplica, asimismo a las inversiones en sectores distintos de los servicios, como la manufactura, la agricultura, la silvicultura, la pesca, la energía y otras industrias primarias. Es cierto que incluye algunas disposiciones sobre protección de la inversión. Sin embargo, a pesar del «compromiso declarado de las partes de establecer un clima favorable para el desarrollo del comercio y la inversión», suministra un marco de

protección más que limitada a los inversores extranjeros (3) .

Las disposiciones aplicables a la inversión extranjera se establecen en la Parte Dos (Comercio, Transporte, Pesca y Otros Arreglos) del Título II (Servicios e Inversión, conocido como SERVIN), pero aunque el referido Título hace alusión a la inversión, no debe olvidarse que el TCA se configura con un acuerdo de libre comercio que no cuenta con un capítulo específico sobre inversiones. Por consiguiente, no es un instrumento comparable a los recientes acuerdos de inversión suscritos por la UE con Singapur o Vietnam, separándose asimismo en buena medida sus disposiciones de las que se encuentran en otros acuerdos de libre comercio celebrados por la UE con terceros Estados, como el CETA con Canadá o el Acuerdo Global de Inversión (CA) con China. Esto da lugar a una considerable incertidumbre y riesgos potenciales para los inversores del RU que operan en la UE y los inversores de la UE que lo hagan a la recíproca en el RU. Y lo más significativo es que, en marcado contraste con los referidos instrumentos, el TCA no ofrece protección contra la expropiación y no ofrece garantías en cuanto al trato justo y equitativo o la plena protección y seguridad (4) .

Acaso el hecho de que el TCA se haya concluido como un acuerdo del que sólo son parte el RU y la UE (y no también los Estados miembros de la UE, que normalmente también tienen competencias en materia de inversiones), puede ser al menos una de las razones por las que el TCA no hace más hincapié en la protección de las inversiones o en la resolución de conflictos en materia de inversiones.

7. Pero lo anterior no oculta que el resultado final de TCA se ajuste al deseo de la UE de alejarse del arbitraje de inversiones en favor de algún otro foro en el que se pueda encajarse la solución de controversias, ya sean tribunales nacionales o algún tribunal de inversiones supranacional (5) . Además, el TCA guarda silencio sobre los TBI del RU con los Estados miembros de la UE,

Incluso las limitadas protecciones sustantivas insertas en el TCA, no están disponibles para todos los inversores en el sentido más amplio. El hecho de que el TCA contemple una definición restringida de «inversor», que requiere operaciones comerciales sustantivas en el Estado de origen del inversor, supone un obstáculo adicional al cual los inversores deberán hacer frente. Y a ello se une la limitada protección efectiva de las inversiones, pues el TCA también carece de los recursos procesales necesarios para hacer cumplir incluso sus limitadas normas de protección.

El TCA carece de efecto directo (art. COMPROV.16.1º). Esto significa que los inversores no pueden invocar directamente las garantías del TCA ante los tribunales nacionales y no hay ninguna disposición que regule la posibilidad de acceso por parte del inversor al arbitraje internacional.

La aplicación de las normas de protección de las inversiones del TCA sólo es posible de «Estado a Estado» (6) , es decir, mediante el arbitraje entre el RU y la UE y es poco probable que ésta sea una opción atractiva para la mayoría de los inversores, incluso si el RU o la UE estuvieran dispuestos a apoyar su reclamación.

8. Siguiendo la tendencia apuntada, en términos de protección de las inversiones el TCA posee un alcance más restringido que muchos acuerdos comerciales y TBI's, limitándose a establecer una

garantía de no discriminación.

i) *Definición de inversor*. El TCA define al «inversionista» como una persona física o jurídica de una parte que pretende establecer, está estableciendo o ha establecido una empresa en el territorio de la otra parte (art. SERVIN 1.2.j) (7) . Exige también exige que todos los inversores participen en operaciones comerciales sustantivas y que los inversores del RU operantes en los Estados miembros de la UE tengan un vínculo efectivo y continuo con ese Estado. Esto excluye de la protección a las empresas pantalla y las subsidiarias inactivas o no operativas. (art. SERVIN 1.2.k). Como puede observarse, se trata de una definición restringida de «inversor» que requiere operaciones comerciales efectivas en el Estado de origen del inversor y, por lo tanto, crea un obstáculo jurisdiccional adicional al cual los inversores deben hacer frente.

ii) *Sectores excluidos*. Excluye el TCA de la protección una variedad de sectores, incluido el transporte aéreo y los servicios relacionados, el transporte marítimo y por vías navegables interiores y los servicios audiovisuales. Tampoco se aplica a las medidas relacionadas con la contratación pública y los subsidios o subvenciones gubernamentales, incluidos los préstamos respaldados por el gobierno, las garantías y los seguros derivados de su aplicación (art. SERVIN 1.1.5 a 1.1.7)

iii) *Limitación de los beneficios del inversor*. El TCA también permite a las partes negar beneficios a un inversor con el argumento de mantener la paz y la seguridad internacionales, así como garantizar la protección de los derechos humanos (art. SERVIN 1.3)

iv) *Standares de protección*. A diferencia de otros acuerdos internacionales, el TCA proporciona estándares sustantivos limitados de protección a los inversores extranjeros. Dichos estándares son sustancialmente menores que los que se encuentran en otros acuerdos de libre comercio y TBI. Por ejemplo, la TCA no proporciona ninguna protección explícita contra la expropiación, ninguna medida que garantice un trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, u otras protecciones comunes como una cláusula paraguas.

9. Como resultado, los inversores tendrán que apoyarse en los principios del Derecho internacional consuetudinario para buscar recursos jurídicos, por ejemplo, en caso de expropiación. Con todo, se insertan ciertos postulados:

i) *Trato nacional*. Tanto el RU como la UE deben conceder a los inversores de la otra parte un trato no menos favorable que el concedido a sus propios inversores y empresas («*Each Party shall accord to investors of the other Party and to covered enterprises treatment no less favourable than that it accords, in like situations, to its own investors and to their enterprises, with respect to their establishment and operation in its territory*»). La obligación de trato nacional es uno de los estándares más comunes de protección de inversiones que, según la UNCTAD, está disponible en prácticamente todos los Acuerdos de inversiones (art. SERVIN. 2.3º)

ii) *Trato de nación más favorecida*. Tanto el RU como la UE han de otorgar a los inversores de la otra parte un trato no menos favorable que el que otorga a los inversores de terceros países («*Each Party shall accord to investors of the other Party and to covered enterprises treatment no less favourable than that it accords, in like situations, to investors of a third country and to their*

enterprises, with respect to establishment in its territory»). Ello se extiende a: a) su establecimiento en el RU o el territorio de la UE, y b) sus operaciones en ese territorio. Esta cláusula también excluye los acuerdos internacionales relacionados con la tributación y las medidas con respecto al reconocimiento de la autorización, concesión de licencias y certificación de actividades económicas del alcance del trato NMF. Es importante destacar que el TCA establece expresamente que los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados previstos en otros acuerdos internacionales no están cubiertos por esta disposición.

iii) *Prohibición a las partes imponer limitaciones al acceso al mercado* (art. SERVIN 2.7: *Non-conforming measures and exceptions*). Las partes no pueden limitar de ninguna manera el número de empresas que pueden realizar una determinada actividad económica, el valor total de transacciones o activos, operaciones o producción, la participación de capital extranjero, o el número total de personas naturales que pueden ser empleado en un sector en particular o por una empresa en particular. Asimismo, se impide a las partes restringir o exigir tipos específicos de entidad legal o empresa conjunta a través de la cual un inversionista puede realizar una actividad económica.

IV. INSUFICIENCIAS DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS

10. Pese a que las medidas de protección de las inversiones constituyen una prioridad importante para el Reino Unido en el desarrollo de su estrategia de política comercial post-Brexit, el TCA no prevé mecanismo alguno de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS) (8) . Los inversores no tienen derecho a presentar reclamaciones ni por arbitraje ni por medio de ningún sistema de tribunal de inversiones permanente. Concretamente, los inversionistas no pueden confiar en la cláusula NMF para importar una disposición de resolución de disputas más favorable de otro TBI (art. SERVIN 2.4º) (9) .

Existen TBI entre el RU y 11 Estados miembros de la UE: Bulgaria (1995), República Checa (1990), Croacia (1997), Estonia (1994), Hungría (1987), Letonia (1994)), Lituania (1993), Malta (1986), Rumania (1995), Eslovaquia (1990) y Eslovenia (1996). El TBI del RU con Polonia (1987) fue denunciado por Polonia en 2019. Sin embargo, debido a una cláusula de extinción de 15 años, permanece en vigor para todas las inversiones realizadas mientras aún estaba en vigor, hasta el 22 de noviembre de 2035. Aunque el TCA no pone fin explícitamente a estos TBI's restantes, existe una gran incertidumbre sobre el tiempo que permanecerán en vigor. El RU puede acordar voluntariamente la terminación de estos TBI's, o puede verse obligado a hacerlo.

> El TCA no prevé mecanismo alguno de solución de controversias entre inversores y Estados

Dado que el TCA cubre parcialmente el mismo objeto que los TB's (es decir, todos ellos establecen

disposiciones de no discriminación), un posible argumento podría ser que el TCA se considerase como un «tratado sucesivo» que, de conformidad con los arts. 30 y 59 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, sustituye a esos TB's anteriores. Sin embargo, es poco probable que éste sea el caso, pues el TCA se celebró únicamente entre la UE y el RU, mientras que los referidos TBI's se han celebrado únicamente entre el RU y algunos Estados miembros de la UE. Por tanto, el TCA y los TBI no han sido celebrados técnicamente por las mismas partes. Además, el TCA no cubre exactamente la misma materia que los TBI's (que también incluyen la protección contra la expropiación, el trato justo y equitativo o la plena protección y seguridad y la previsión de mecanismos de ISDS). Incluso si el TCA pudiera considerarse un «tratado sucesivo» en virtud de los referidos preceptos de la Convención de Viena con respecto a las disposiciones de «trato nacional» y «nación más favorecida», los TBI anteriores que aún están en vigor entre el RU y algunos Estados miembros de la UE seguirían probablemente aplicándose con respecto a las demás protecciones concedidas en virtud de esos TBI.

11. El panorama de la protección de las inversiones entre el RU y la UE está cambiando rápidamente. Centrada en posición de la UE en su defensa hacia la constitución de un Tribunal Multilateral de Inversiones el RU sigue valorando la oportunidad de negociar nuevos acuerdos de inversión o renegociar cualquiera de sus 90 TBI's. Acaso por esta razón el TCA ofrece poco respaldo a los inversores en términos de protección de inversiones y resolución de disputas. Además, si bien 11 TBI's entre el RU y los Estados miembros de la UE siguen en vigor, el futuro de esos tratados es incierto.

Como se ha mencionado anteriormente, el TCA no contiene un mecanismo de ISDS, y establece expresamente que no puede interpretarse como una concesión de derechos o una imposición de obligaciones a los inversores, ni puede invocarse en los sistemas jurídicos nacionales de las Partes (art. COMPROV.16). Así pues, los inversores que se enfrenten a medidas estatales contrarias al TCA tendrán que convencer al RU o a la UE para que asuman su caso ante el tribunal de arbitraje de Estado a Estado. Los inversores tendrán la posibilidad de presentar *amicus curiae* una vez iniciado el arbitraje (art. INST.26(3)). Y aunque el tribunal de arbitraje considerara las presentaciones los *amicus curiae* (art. INST.26(3)), pero no estará obligado a considerar en su expediente los argumentos presentados en estos (Anexo INST: Reglas de Procedimiento para la Solución de Controversias, párrafo 41).

El Reino Unido es uno de los principales usuarios del mundo de los mecanismos de resolución de conflictos entre inversores y Estados. De ahí su interés en diseñar una estrategia global. Al tiempo que evalúa el efecto potencial del Brexit en los futuros flujos de inversión hacia y desde el RU, este país deberá delimitar convenientemente su política con respecto a la inclusión de mecanismos de ISDS en los acuerdos comerciales con terceros Estados, pues si bien ha mantenido tradicionalmente una posición favorable, parece que en la actualidad está matizando su oposición tradicional. Por el momento, el Reino Unido considera improcedente retornar al enfoque que utilizaba antes de 2009 (cuando la negociación de los TBI's se convirtió en una competencia formal de la UE), dado lo enormemente controvertida que se ha vuelto la política de inversión internacional desde entonces y lo mucho que ha cambiado, en consecuencia, el entorno político (10) . El único acuerdo multilateral

existente que incluye disposiciones de protección de las inversiones es el Tratado de la Carta Europea de la Energía (cuya aplicación se centra, como indica su título, en el sector energético en Europa). La UE es signataria de este tratado, al igual que varios Estados miembros por derecho propio, incluido el Reino Unido. Es previsible que las negociaciones sobre la modernización del este instrumento, una vez consumado el Brexit, abran nuevas perspectivas en este especial sector de la protección de inversiones.

.....

(1) No será necesaria la ratificación de los Parlamentos nacionales de los Estados miembros, dado que el Acuerdo cubre únicamente áreas que son competencia de la Unión, ya sea exclusiva o compartida con los Estados miembros. La base jurídica para la celebración del Acuerdo es el art. 217 TFUE, que requiere el acuerdo unánime de los Estados miembros en el Consejo y la aprobación del Parlamento Europeo.

Ver Texto

(2) Como puso de relieve al presidenta de la Comisión Europea Ursula von der Leyen «*It was worth fighting for this deal because we now have a fair and balanced agreement with the UK, which will protect our European interests, ensure fair competition, and provide much needed predictability for our fishing communities. Finally, we can leave Brexit behind us and look to the future. Europe is now moving on*» (*cf*. «EU-UK Trade and Cooperation Agreement: protecting European interests, ensuring fair competition, and continued cooperation in areas of mutual interest» [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_2531],

Ver Texto

(3) Según el Informe sobre las inversiones en el mundo de 2020 de la CNUCYD, los flujos entrantes de IED hacia el Reino Unido cayeron por segundo año consecutivo, con una cifra de 59 mil millones USD en 2019, en comparación con 65 mil millones USD en 2018 y 101 mil millones USD en 2017. Las reservas de IED en 2019 fueron de aproximadamente 2 billones USD, en comparación con 1,43 billones USD en 2018. El Reino Unido fue el octavo receptor global de flujos de IED, después de Estados Unidos, China, los Países Bajos, Hong Kong, Singapur, Alemania y Australia, perdiendo un lugar en comparación al año anterior. Los flujos estuvieron muy por debajo de la cifra récord de 196.100 millones USD de 2016. El proceso del Brexit ha generado preocupaciones entre algunos inversores debido al aumento de los costos comerciales con Europa y la volatilidad de la libra. En 2018, los principales socios de inversión del Reino Unidos (en términos de reservas de IED) fueron Estados Unidos, las islas offshore británicas (Islas del Canal e Isla de Man), los Países Bajos, Luxemburgo, Bélgica, Japón y Alemania (ONS, 2019). La mayoría de los flujos de IED están dirigidos hacia la energía y el sector de desechos, el comercio y la reparación, productos de metal y maquinaria, servicios financieros y administrativos, y actividades de soporte relacionadas con servicios [https://santandertrade.com/es/portal/establecerse-extranjero/reino-unido/inversion-extranjera].

Ver Texto

(4) J.C. Fernández Rozas, «Permanencia y expansión del bilateralismo: los Acuerdos comerciales de nueva generación entre la UE y terceros países», *La Ley: UE*, n.º 68, 2019, pp. 1-59.

Ver Texto

(5) I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, «La política de inversiones internacionales de la Unión Europea: a propósito de los fantasmas que habitan los nuevos tratados de libre comercio y de inversión europeos», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2018, pp. 113-188.

Ver Texto

(6) La Parte Sexta (Solución de Controversias y Disposiciones Horizontales), Título I (Solución de Controversias) prevé un mecanismo interestatal (similar al que existe en el régimen de la OMC) para evitar y resolver controversias relativas a la interpretación y aplicación del TCA entre el RU y la UE. Como resultado, el inversor no tiene un alivio directo por cualquier eventual incumplimiento del TCA por parte del RU o la UE. Además, la TCA no dice nada sobre los pasos que un inversionista pueda necesitar tomar para escalar la disputa al nivel interestatal.

Ver Texto

(7) El art. SEVON 1.2, h) determina que: *«establishment» means the setting up or the acquisition of a legal person, including through capital participation, or the creation of a branch or representative office in the territory of a Party, with a view to creating or maintaining lasting economic links*»

Ver Texto

(8) Recuérdese que la STJ GS 8 de septiembre de 2009 (asunto C-478/07 *Budějovický Budvar*) declaró 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. Con posterioridad la STJ 6 marzo 2018 (asunto C-284/16: *Achmea*), consideró que los acuerdos bilaterales de inversión celebrados por los Estados miembros de la UE (los llamados TBI intracomunitarios) eran incompatibles con la legislación de la UE (*vid.*., por todos, 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, n.º 60, 2018). Para dar cumplimiento a esta última decisión, 23 Estados miembros de la UE firmaron el 5 mayo 2020 un acuerdo plurilateral (el Acuerdo Plurilateral) (que entró en vigor el 29 agosto 2020) por el que se ponía fin a los TBI intracomunitarios vigentes entre ellos (incluidas las cláusulas de extinción contenidas en dichos tratados). 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 UE, 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 UE. 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 afectará a 190 tratados bilaterales de inversión. Muchos de estos tratados bilaterales de inversión intra-UE se habían celebrado 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.El RU se negó a firmar dicho Acuerdo Plurilateral.

Ver Texto

(9) «*For greater certainty, the existence of substantive provisions in other international agreements concluded by a Party with a third country, or the mere formal transposition of those provisions into domestic law to the extent that it is necessary in order to incorporate them into the domestic legal order, do not in themselves constitute the "treatment" referred to in paragraphs 1 and 2. Measures of a Party pursuant to those provisions may constitute such treatment and thus give rise to a breach of this Article*» (art. SERVIN 2.4, ap. 5.)

Ver Texto

(10) House of Commons, International Trade Committee UK investment policy, *Seventh Report of Session 2017-19 Report, together with formal minutes relating to the report Ordered by the House of Commons to be printed 24 July 2019* [https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmintrade/998/998.pdf]

Ver Texto

El tercero neutral y el mediador evaluativo en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal

The neutral third party and the evaluative mediator in the draft bill on procedural efficiency measures

Para ejercer como mediador todavía hoy se requiere una formación previa de grado superior que no sucede con ninguna otra profesión. Además, este plus de formación no está compensado ni social ni económicamente. Esta doble característica de la profesión de mediador, a veces contradictoria, no facilita que el principio de neutralidad se desenvuelva por un cauce pacífico, como ocurre por ejemplo con el principio de confidencialidad. De ahí el avance de la neutralidad evaluativa junto con otros sistemas de resolución que el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal pretende implantar.

Neutralidad, Mediador evaluativo, Tercero neutral, Anteproyecto de ley, Mediación facilitadora.

Still today, to become a mediator it is required to have other higher degree diplomas. This requirement does not exist in any other profession, and this additional training is compensated neither socially nor economically. This dual characteristic of the profession of mediation does not facilitate the principle of neutrality to develop through a peaceful channel, as occurs with the principle of confidentiality. Hence the difficulty of neutrality and hence the advancement of evaluative neutrality along with other systems of resolution that the Draft Law on Procedural Efficiency wants to implement.

Neutrality, Evaluative mediator, Neutral advisor, Neutral third-party, Draft Law, Facilitative mediation.

Antoni Vidal Teixidó

Director del Curso de Mediación del Consejo de la Abogacía de Cataluña y Director del Master de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona

I. UNA PROFESIÓN. DOS PROFESIONES

No se pretende con este breve trabajo hacer una disertación sobre el principio de la neutralidad en el ámbito de la mediación. Se ha escrito mucho sobre ello y muy bien, por lo que mi papel aquí es una pequeña reflexión desde la visión práctica del mediador de a pie que intenta hacer su trabajo de la mejor manera posible, utilizando las herramientas que se le dieron en su formación inicial y que, posteriormente, en el día a día, ha ido modulando a través de la experiencia profesional.

De entrada, cuando hablamos de neutralidad desde la perspectiva de la mediación, por consiguiente desde un método de resolución de conflictos, nos podemos encontrar con la dificultad de la profesión que llevamos a cuestas y que nos imprime carácter. He aquí la gran problemática. Resulta que para ser mediador se debe partir de otros estudios o profesión. No ocurre con ninguna otra profesión que, para ejercer, se precisen dos profesiones. Es cierto que una puede ayudar a la otra, siempre es mejor sumar conocimientos, y es un plus que todavía no está compensado ni social ni económicamente, pero también puede ser un lastre cuando intercalamos, inconscientemente, el resultado de nuestros estudios primarios y se nos mezclan ineludiblemente en campos opuestos. Porqué, salvo que alguien tenga el acierto, la voluntad o el interés de crear una Facultad de Conflictología, todavía llevaremos a cuestas dos profesiones, dos maneras de pensar e interpretar el conflicto.

Con ello quiero decir que si bien hay principios dentro del campo de la mediación que pueden ser ampliamente consensuados y asumidos por todos los profesionales, como puede ser la confidencialidad, la voluntariedad, la imparcialidad o la buena fe, no es la neutralidad un principio que se acomode pacíficamente en el ámbito de la mediación, a pesar de ser considerada como la que la hace distinta a todos los demás sistemas de resolución de conflictos.

II. REFERENCIA A LA NEUTRALIDAD EN LA LEY DE MEDIACIÓN

El art. 8 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece, en sentido literal, que las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por si mismas un acuerdo de mediación, actuando la persona mediadora de acuerdo con lo dispuesto en el art. 14, lo que significa que debe actuar cumpliendo fielmente el encargo profesional, incurriendo, si no lo hiciere, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causare.

Curiosamente llama la atención un texto, de entrada escueto e indefinido, sobre uno de los principios por antonomasia de la mediación, exclusiva de ella, de tal modo que no existe otro sistema de resolución de conflictos que se apoye en la neutralidad. Lo que ocurre, no obstante, es que dicho texto, a pesar de su enunciado, no habla de neutralidad en su sentido clásico. En un alarde de confusión define mejor la neutralidad, el artículo que le precede sobre la imparcialidad, cuando dice que el mediador debe respetar los puntos de vista expresados por las partes por lo que el amago de la neutralidad dentro de la cobertura de la imparcialidad, mucho más accesible, requiere de una gran aptitud por parte de la persona mediadora para llevar el proceso de mediación de forma adecuada y con el rigor profesional que se precisa, sabiendo que deberá afrontar ambos principios al mismo tiempo y sin que uno anule al otro.

> El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, que trata de potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral

Solo en el enunciado del artículo nos apercibimos de la palabra neutralidad, pero su desarrollo nos queda lejos de lo que durante tanto tiempo se nos ha insistido como premisa inviolable, ya que el que las partes alcancen por si mismas un acuerdo con la intervención de la persona mediadora no significa que ésta utilice la neutralidad como principio entendido en su concepción clásica. En realidad da entrada a la figura conocida como tercero y como dice Mayer ser tercero no es lo mismo que ser neutral. El tercero, entendido como tal, asiste a las personas en conflicto facilitando que puedan alcanzar un acuerdo, incluso por si mismas, sin ayuda de representante o de quien las defiendan. Para Mayer, el compromiso del rol de tercero neutral es ayudar a las personas a resolver el conflicto de una forma sabia manteniendo un determinado conjunto de valores y estándares, pero en ningún caso supone necesariamente no tomar partido o mantener sus propios intereses alejados.

Está por ver como quedará definitivamente redactado lo que hoy todavía es el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, que trata de potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral de acuerdo con la exposición de motivos y cuyo cometido es dar valor al requisito de procedibilidad en el orden jurisdiccional civil, como paso previo para la admisión de las demandas, salvo las materias excluidas.

Actualmente muchos compañeros y compañeras, a nivel individual o colectivamente ya están trabajando sobre el texto del Ante proyecto, y seguro que sus comentarios y aportaciones serán de un gran valor y ayuda, pero una vez más la figura de tercero neutral que presenta el anteproyecto, a la espera de su futuro estatuto según la disposición adicional tercera, no parece que ayude a fijar el principio de la neutralidad como elemento independiente e incuestionable y con ello quedará su rol confundido una vez más dentro del ámbito más acomodaticio de la imparcialidad.

Por los antecedentes y por la exposición del ante proyecto la figura del tercero está pensada más en la imparcialidad que en la neutralidad, principios que, a pesar de ser colindantes, tiene parcelas distintas. Como dice Pascual Ortuño si la imparcialidad la conectamos con la igualdad, la neutralidad debe ser comprendida en base a la exigencia del respeto de las diferentes opciones y, especialmente, al reconocimiento de la legitimidad de todas las posiciones que puedan ser mantenidas en un conflicto.

Esta difícil posición de la neutralidad ni es fácil para el mediador ni es fácil para las personas mediadas que precisan muchas veces de un soporte técnico, más bien un empujón, para desatascar situaciones concretas y puntuales. La intervención de la persona mediadora, en su sentido más puro y tradicional, debe consistir en facilitar el que las partes puedan alcanzar un acuerdo por sí mismas pero sin imponer sus creencias, ideas o soluciones, es decir sin imponer criterios propios. Son las partes las que tienen el poder y el mediador debe velar para equilibrar este poder si observa un desequilibrio que perjudique un acuerdo realmente voluntario. Su función es conseguir que el acuerdo se alcance por las partes de motu propio, facilitando la comunicación y restaurando el dialogo, sin participar con sus opiniones en la búsqueda de soluciones y acuerdos. Pero insistimos en la dificultad de llevar a cabo el principio de la neutralidad del modo como se nos había inculcado desde un principio y en especial para las personas mediadoras que provienen del ámbito jurídico,

conocedoras de las leyes, de la jurisprudencia y de la doctrina vigente, y por consiguiente de posibles soluciones jurídicas.

III. COMPLEJIDAD DE LA NEUTRALIDAD CLÁSICA

La neutralidad obliga a la persona mediadora a no juzgar, a no influir ni a dirigir a las partes hacia lo que moralmente pueda entenderse como más justo o más ajustado a derecho. Por consiguiente en su sentido clásico de neutralidad el mediador no aconseja ni recomienda ni propone. Por ello no es de extrañar que la figura de la neutralidad posiblemente sea la más compleja para el proceso de mediación y el principio más discutido y seguramente el más infringido por su difícil aplicabilidad. No en balde cualquier otro sistema de resolución de conflictos obvia la neutralidad. Así el juez o el árbitro será imparcial pero no neutral, el abogado no será ni deberá ser ni neutral ni imparcial, solo la persona mediadora deberá ser neutral ya que no tomará partido por ninguna de las partes y en la más estricta confidencialidad su objetivo es llegar a acuerdos preservando los intereses de todos, sin juzgar a nadie.

Siguiendo a Leticia García Villaluenga, deslindar la neutralidad de la imparcialidad, si bien puede realizarse desde la teoría con mayor o menor acierto, se complica en la práctica, de ahí también la confusión de los dos principios en muchos textos que regulan la mediación y posiblemente haya sido unos de los motivos por los que en algunos de ellos, como el Código de Conducta europeo no se cite a la neutralidad como principio. Porque el mediador, además de sus conocimientos y habilidades, mantiene en su haber ideas, creencias, y convicciones que están presentes en su quehacer diario. Su cultura y su contexto donde se desenvuelve dejan marcas que configuran también su modo de escuchar y entender el conflicto, las narraciones de las partes y su propia valoración. Convicciones y creencias que pueden ser más coincidentes con una parte que con la otra por lo que puede haber afinidades y preferencias que el mediador debe tener en cuenta y asegurarse que ello no impide la objetividad del proceso

En opinión de Ignacio Bolaños el resultado final y los contenidos definitivos que acuerdan las partes están construidos en relación con el mediador que ha intervenido en el proceso y tiene y ejerce su propia influencia, por lo que es fundamental enfatizar en la actitud sensible y respetuosa del mismo, sin dejar de reconocer la dificultad de la *praxis*.

Lo indicado nos lleva a delimitar los límites de la neutralidad mediante el binomio intervención/abstención y el preguntarnos por el resultado de la gestión del conflicto con la utilización de otras vías, por ejemplo las legales. Porque, ¿ qué ocurre cuando el mediador, conocedor del proceso judicial y de su posible resultado, hace fluir la mediación por los derroteros de lo que podría ser una sentencia? ¿ Porque el mediador abogado o jurista no puede imponer sus conocimientos jurídicos que ayuden a desbloquear o a superar las asimetrías que puedan existir entre las partes mediadas, con el fin de que todos dispongan de las mismas oportunidades de decisión o se evite acuerdos jurídicamente imposibles?

Para Immaculada Barral la neutralidad se revela como un concepto elástico que permite acoger dos tipos de mediaciones, la llamada mediación facilitativa —en la que la neutralidad es más evidente—

y la llamada mediación evaluativa que incluye proposiciones del mediador. En el primer supuesto la neutralidad significa, no solo que el mediador no puede imponer una solución a las partes sino también que sus valores y sentimientos no las deben influenciar, lo que exige que el mediador tome una cierta distancia emocional. Este mirar desde el balcón, según el modelo de Ury, destaca la distancia entre el mediador y las partes y la función del mediador es la de conducir el proceso y ayudar a las partes a gestionar el conflicto, empoderándolas. En el segundo supuesto el mediador puede ofrecer algún tipo de solución, lo que implica la posibilidad de que influya en el proceso y la necesidad de que, en función del tipo de conflicto, el mediador deba tener conocimientos técnicos. Pero entonces, ¿ estamos hablando de neutralidad? ¿ Cual sería el límite entre la mediación evolutiva y el tercero neutral? ¿ Y porque se le llama neutral? ¿ Porqué la persona mediadora ante una duda jurídica suya o de las partes no remite a éstas para que dispongan del oportuno asesoramiento? Esta última cuestión es la que ha prevalecido desde nuestros primeros conocimientos sobre mediación. Y además, ha transversalizado la función del mediador no diferenciando al que lleva a cuestas sus conocimientos jurídicos del que los desconoce absolutamente. ¿ El mediador abogado puede ser neutral evaluativo y el no abogado tenderá a la mediación facilitadora?

Una parte de la abogacía, todavía no muy conforme con la mediación, ha ido asumiendo el papel del mediador porque se le ha expuesto en innumerables foros y congresos que sus funciones son distintas. Se ha dicho que el mediador, como persona neutral, ante una duda jurídica de cualquiera de las partes mediadas e incluso en la antesala del proceso de mediación, debe indicar la conveniencia del asesoramiento jurídico debido a que su neutralidad no le permite sugerir, proponer e imponer soluciones ya que la no imposición de la solución es la esencia de la neutralidad y lo que la diferencia de los demás métodos de resolución de conflictos, como puede ser el juicio, el arbitraje, la negociación, la conciliación y posiblemente, a pesar del nombre, el tercero neutral. Pero si el mediador pierde la esencia del principio de la neutralidad para convertir el proceso en una mediación evaluativa y aparece como una fórmula híbrida, podremos ver a muchos abogados recelosos ante la intervención de un tercero que no solo asiste a las partes para que lleguen a un acuerdo sino que incluso lo puedan sugerir.

Siguiendo a Barral, esta nueva concepción de la neutralidad abre la puerta a los órganos exclusivamente evaluativos —bajo la fórmula general de Neutral Advisor— como alternativa que funciona en entornos altamente tecnificados en los que el tercero emite una opinión o dictamen que puede ser vinculante o no para las partes, sin que aquel tenga interés directo en el conflicto. Pero es que además, para el mediador abogado la fórmula le es mucho más familiar, toda vez que conoce o puede conocer las interioridades de cada parte, sus intereses y necesidades y, además, con su autoridad de tercero experto (porque el mediador también es un tercero), puede emitir una solución que es su solución pero no ha de ser necesariamente la solución de las partes.

¿El tercero neutral que aparece en el anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal será realmente neutral, o su neutralidad también será evaluativa? ¿El tercero neutral tendrá las funciones de experto independiente no neutral? ¿ Y si es experto, lo será a semejanza de un mini trial en la materia controvertida, con sus propias reglas y condiciones? ¿ El tercero neutral no neutral desempeñará sus funciones en el ámbito mercantil fundamentalmente? En el desorden de los

conceptos, parece que se pretenda dar un nuevo sentido al camino emprendido como si la neutralidad haya sido la causa por la que la mediación no ha arrasado en el campo de la conflictología. Como dice Mayer, hay indicios que nos indican las limitaciones en la forma como ha sido utilizada la mediación, también el continuo escepticismo sobre lo que se ofrece, con resultados ambiguos en investigación y evaluación, luchas entre colectivos profesionales y quizá exceso de profesionales de la resolución de conflictos.

IV. CALIDAD CONTRA CANTIDAD

El anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia, nos presenta una batería de medios adecuados de solución de controversias, de tal modo que cubre todo un título del anteproyecto. En este bosque de posibles soluciones, aparece la mediación como un árbol más confundido entre diferentes especies. Es una manera de desdibujarla entre tanta oferta y posiblemente será la menos agraciada porqué será la más completa, la que precisa de mayor profesionalidad sin queremos que las partes resuelvan sus diferencias mediante una negociación acorde con sus intereses y no acorde con sus posiciones que es lo que puede ocurrir si se utilizan otros mecanismos.

Como dice Salvador Puntes, los profesionales de la mediación basan su competencia en una legitimidad profesional fruto de la formación y de la experiencia laboral. El aporte profesional del mediador se construye sobre la imparcialidad y la neutralidad, premisas indispensables para garantizar la horizontalidad del proceso y la participación de las partes. Este ser y estar del mediador constituye un recurso educativo para la institucionalización dentro de los procesos de mediación del respeto al otro aún y no compartiendo sus posiciones, intereses y visiones de la situación.

En su exposición de motivos, el anteproyecto da a entender que la ley de mediación de 2012 no ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación evidenciando determinadas dificultades en relación, dice, con el funcionamiento de los diferentes sistemas de mediación existente en los diversos países de Europa. Pero esta obviedad no viene dada en general por una mala *praxis* de la mediación sino por la falta de voluntad para difundir el concepto de la cultura de la solución de las controversias, a través de un sistema que permite que las partes decidan por si mismas y nadie por ellas.

Es evidente que una parte de la abogacía debe estar aplaudiendo el ante proyecto por cuanto a la mediación se la combate con una propuesta de negociación entre abogados, mediante terceros neutrales o terceros expertos. Ya no se trata de analizar los intereses y necesidades de las partes, seguimos con las posiciones y solo se discuten las posiciones. Como siempre el conflicto se resuelve pero no se soluciona. Y es que las herramientas que se utilizan en mediación no son las mismas que las que pueden utilizar otros sistemas. Seguramente muchas cosas se han hecho mal y la mediación todavía precisa de ajustes pero sobretodo de interés y difusión por parte de quien tiene autoridad para ello, porque de lo que se trata no es solo de terminar un pleito de un modo más o menos satisfactorio, sino de evitarlo.

BIBLIOGRAFÍA

BARNARD MAYER, B., *Más allá de la neutralidad*, Barcelona, Ed. Gedisa 2008.

BARRAL, I., *Comentarios a la Ley catalana 15/2009 de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado y concordantes*, en I. Viola Demestre (dir.) y M.E. Lauroba Lacasa (coord.) Prólogo de P. Ortuño, Madrid, Marcial Pons, 2018.

GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares*, Madrid, Colección Mediación y Resolución de conflictos, 2006.

PUNTES, S., *Gestió i Resolució de conflctes al segle XXI: ciutadania i violència*. Aula de Ciències i Cultura 19. Fundació Caixa Sabadell 2003.

El nuevo Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia y su repercusión en la protección frente a los conflictos sanitarios

The New Draft Law on Procedural Efficiency Measures of the Public Justice Service and its Repercussion on Protection Against Health Conflicts

Se aborda la repercusión que tendrá el nuevo Anteproyecto en los conflictos sanitarios, motivado por el impacto del Covid-19, que ha generado una crisis sanitaria y económica en nuestro país y que ha forjado la necesidad de una modificación en el servicio público de justicia. En esta línea, se impulsan los mecanismos eficientes que resultan imprescindibles para acoger el previsible incremento de la litigiosidad en los próximos tiempos. Se potencian otros mecanismos adecuados de resolución de controversias como la negociación, la mediación o la conciliación, así como la nueva figura del experto independiente.

Mecanismos adecuados de resolución de controversias, Negociación, Mediación, Experto independiente.

The impact on health conflicts that the new Draft Bill will have is addressed, motivated by the impact of Covid-19, that has generated a health and economic crisis in our country and that has generated the need for a modification in the public justice service. Along these lines, efficient mechanisms are promoted that are essential to accommodate the foreseeable increase in litigation in the near future. Other appropriate dispute resolution mechanisms such as negotiation, mediation or conciliation are promoted, as well as the new figure of the independent expert.

Adequate mechanisms for dispute resolution, Negotiation, Mediation, Independent expert.

Yolanda Aguilar Olivares

Directora de Plataforma REDES - Resoluciones Extrajudiciales en Derecho Sanitario

Técnico Superior de la Administración de la Comunidad de Madrid en excedencia

La Justicia no es únicamente la «administración de la justicia contenciosa», así lo reconoce taxativamente la exposición del Anteproyecto de la nueva Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, por lo que quizá en esta ocasión podamos revelar que los métodos, anteriormente denominados alternativos, de resolución de controversias puedan tener un mayor impacto en la gestión de los mismos.

Al incremento de litigiosidad motivada por la pandemia del Covid-19, indica la exposición de motivos: «*A dicha situación se añade la necesidad coyuntural de introducir mecanismos eficientes que resultan imprescindibles para acoger el previsible incremento de la litigiosidad en los próximos tiempos y para recuperar el pulso de la actividad judicial a la reanudación de los plazos y términos procesales tras la terminación del primer estado de alarma declarado como consecuencia de la pandemia Covid-19*», se une la importante labor que está llevando a cabo la Unión Europea reservando un apartado a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflicto y en mayor medida a la mediación. El Parlamento Europeo en su Resolución de 12 septiembre 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008 (1) , hace suya la petición de la Comisión que recomienda a los Estados miembros intensificar sus esfuerzos por fomentar y alentar el recurso a la mediación.

El nuevo anteproyecto recoge en su Título I un bloque de reformas, entre ellas, la inclusión de métodos adecuados de solución de controversias (MASC), como herramienta e instrumento para articular la humanización en el servicio público de justicia. El Poder judicial como servicio público debe de incorporarse a las políticas de humanización y de calidad en la atención de los conflictos de sus ciudadanos.

> *«El Título I de la ley contiene un gran bloque de reformas, concretamente las que se refieren a la inserción en nuestro ordenamiento jurídico, al lado de la propia jurisdicción, de otros medios adecuados de solución de controversias, como medida que, más allá de la coyuntura de ralentización inicial y previsible incremento posterior de la litigiosidad como consecuencia de la pandemia y la declaración del estado de alarma, se considera imprescindible para la consolidación de un servicio público de Justicia sostenible. Con la introducción de estos mecanismos, ya consolidados en el derecho comparado, se cumple la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia. En efecto, se trata de potenciar la negociación entre 3 las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y son igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil. El servicio público de Justicia debe ser capaz de ofrecer a la ciudadanía la vía más adecuada para gestionar su problema. En unos casos será la vía exclusivamente judicial, pero en muchos otros será la vía consensual la que ofrezca la mejor opción. La elección del medio más adecuado de solución de controversias aporta calidad a la Justicia y reporta satisfacción al ciudadano. En este contexto cobran importancia las razones de las partes para construir soluciones dialogadas en espacios compartidos».*

Se debe recuperar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales. Para ello, es necesario introducir medidas eficaces que no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos. Con este fin se ha de potenciar sistemas en el que la figura del tercero imparcial sea el eje del conflicto e introduzca mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado.

En este sentido, son de destacar las apreciaciones del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008, de fecha 26 agosto 2016, pues constituye un documento de indudable valor por sistematizar el estudio de los cuestionarios emitidos por operadores jurídicos de todos los Estados miembros y que viene, en términos generales, a evidenciar determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con la falta de una «cultura» de la mediación en los Estados miembros.

La Unión Europa se constituye en promotor del fomento de los MASC en el entorno de los países miembros y lo ha desarrollado con diferentes programas en concesión de ayudas a su desarrollo en los países miembros. Aunque la aplicación de estos es muy diferente en unos y en otros.

En este sentido, España no es un país representativo en gestionar los conflictos a través de sistemas facilitadores de acuerdos amistosos, racionales y eficaces frente a una justicia que no puede asumir el número de asuntos que tiene que resolver. La Exposición de Motivos del nuevo Anteproyecto que traemos a colación, señala que:

> *«Con los métodos alternativos o adecuados de solución de controversias se incrementa el protagonismo de las profesiones jurídicas, especialmente por el papel negociador de los abogados que se garantiza en todo caso, pero también de los procuradores de los tribunales, los mediadores, los graduados sociales, los notarios y los registradores de la propiedad, entre otros profesionales».*

Es decir, se quiere potenciar el papel de las profesiones jurídicas incluyendo en el mismo grupo a los abogados, procuradores, graduados sociales, notarios y registradores con los mediadores. La formación en gestión colaborativa marca la clave del éxito de un conflicto a través de la mediación, la conciliación o la negociación.

El anteproyecto centra la implantación de estos sistemas a la jurisdicción civil, en su art. 1 indica que

> *«En el orden jurisdiccional civil, con carácter general, se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias para que sea admisible la demanda. Para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones sobre dicho objeto pudieran variar».*
>
> *«Ahora bien, el legislador considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negocial no tipificada legalmente pero que cumpla lo previsto en el apartado anterior y permita dejar constancia de la recepción por la parte requerida de la propuesta de negociación, así como de su fecha, contenido e identidad de la parte proponente. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negocial se desarrolle directamente por las partes asistidas de sus abogados cuando su*

intervención sea preceptiva».

Como vemos, el legislador ha perdido la oportunidad de liderar un cambio en el tratamiento de los MASC como sistemas de resolución de controversias adecuadas y colaborar con la Administración de Justicia en proporcionar al ciudadano la protección del derecho a la tutela judicial efectiva cuando pretende equiparar una mediación con la remisión de una oferta vinculante confidencial, que intenta igualar una carta enviada por el abogado del reclamante con un carácter menos intimidatorio, con un procedimiento de mediación realizado por un experto mediador o conciliador en la materia.

Sin embargo, en un procedimiento MASC (ADR), desde nuestro punto de vista, la participación de un tercero es la esencia de la gestión de conflictos de forma colaboradora, así lo ha venido reconociendo la Unión Europea en la Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo (98/257/UE) y la Directiva 2008/52/ce del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En la línea de sistemas adecuados para la resolución de conflictos, no ya alternativos, es interesante la incorporación de la figura del experto independiente que hace el legislador en el art. 15:

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

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

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

Se trata de una figura intermedia entre el Early *Neutral Evalutation (ENE* (2)) y *Fact Finding* de los modelos anglosajones de ADR, dentro de los sistemas denominados evaluatorios.

Sistemas en que, en el primero, un tercero imparcial presenta un dictamen no vinculante sobre el fondo del asunto (3) y, en el segundo, en casos de complejidad técnica un tercero independiente, en el que las partes acuerdan someter sus diferencias de carácter técnico a la opinión cualificada de un experto o perito, aunque su decisión no tiene que ser necesariamente vinculante. Este perito investigará los aspectos técnicos y facticos presentados por las partes y emitirá un informe en el que podrá hacer recomendaciones o de acuerdo conforme a lo que hayan acordado las partes.

El ENE es uno de los sistemas más habituales en Estados Unidos para alcanzar acuerdos

colaborativos (4) , para asuntos legalmente complejos, con multitud de partes, con una con multitud de pruebas documentales (5) y, especialmente, en asuntos de negligencias médicas en estados iniciales del conflicto.

La inclusión de la figura del experto independiente es importante si entendemos que los métodos adecuados para colaborar con la justicia son la mediación, la negociación o la conciliación, pero con claras diferencias. En la negociación, las partes que participan en la negociación se reúnen de buena fe para discutir su disputa con el objetivo de llegar a una resolución mutuamente aceptable, en el que la figura del experto independiente podría ejercer un papel esencial en dotar a la sesión de cierta objetividad, igualdad entre las partes y de llevar a cabo un análisis más exhaustivo del objeto del conflicto. Ahora bien, interviene en la parte técnica del conflicto, no en la gestión de la negociación, en comunicación para ayudar a las partes a encontrar una zona común para resolver su conflicto.

Así, el experto independiente será una figura clave en los casos de elección de un sistema colaborativo como la negociación entre partes, sin la intervención de un tercero imparcial en la gestión del conflicto.

En la situación actual, y a mayor abundamiento con una situación pandémica como la actual, esta figura podría jugar un papel muy importante en un sector como el sanitario.

Uno de los ámbitos que genera más conflicto es el ámbito sanitario, tanto desde su aspecto de conflicto laboral en las relaciones laborales entre los propios profesionales sanitarios y/o con las organizaciones públicas o privadas sanitarias, como el conflicto generado por la asistencia prestada al paciente. Es un sector en el que la conflictividad se circunscribe a la salud, y la existencia de conflictividad afectará a las relaciones personales y profesionales en el entorno sanitario, donde la humanización debe de tener un gran desarrollo y efectividad.

Por ello, la figura del experto independiente, tal como se contempla, ejercería un papel esencial en los conflictos sanitarios y en especial en los conflictos sanitarios originados en las organizaciones públicas. A través de un tercero que emitirá un dictamen técnico o jurídico de la reclamación objeto del conflicto. En España, se ha seguido este modelo pionero en el Servicio Madrileño de Salud, en la gestión de las reclamaciones patrimoniales sanitarias con la intervención de un doble experto (jurídico y perito médico) que asesoran a las partes en la gestión del conflicto (Administración y paciente).

Ahora bien, los conflictos sanitarios son conflictos complejos por su contenido y para una resolución exitosa para las partes implicadas en conflicto requieren de una especialización tanto en la gestión de la controversia para encontrar la zona de común acuerdo (ZOPA) como en la gestión del fondo del asunto objeto del conflicto. La elección del sistema de resolución de conflictos con sistemas compartidos como co-experto o co-mediador, atendiendo al sistema adecuado de resolución de controversias que elijan las partes implicadas, son dos formas de gestión capitales para este tipo de conflictos dependiendo del estado o de la fase en que se encuentra el mismo.

CONCLUSIONES

Evitar la burocratización, evitar la desnaturalización y perder la oportunidad de incorporar la mediación o la conciliación como verdaderas herramientas para los ciudadanos y para los operadores es el gran reto al que se enfrenta el Anteproyecto.

El límite en el ámbito de aplicación a la materia civil y mercantil y dejando los asuntos como los conflictos sanitarios surgidos en las organizaciones sanitarias públicas para una norma posterior cuando el origen de esta Anteproyecto es dar una solución a la justicia en la situación pandémica de nuestro país, donde las reclamaciones sanitarias han crecido de forma exponencial, es dejar sin resolver un gran conflicto como es atender con calidad la gestión de los conflictos surgidos en la sanidad pública y evitar en colapso de los Tribunales contencioso-administrativos. Estas autolimitaciones que se impone el legislador carecen de sentido, se pierde la oportunidad de cumplir el mensaje que la propia Exposición de Motivos señala de Justicia sostenible y paz social.

Por lo que, abogamos por la necesaria formación de los profesionales en métodos adecuados de resolución de controversias, que acompañaran a un servicio publico de justicia de calidad para nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFIA

BLANCO CARRASCO M., *Mediación y sistemas extrajudiciales de conflicto: una visión jurídica*, Madrid, Reus, 2009.

BASSOLS JACAS, R., *El arte de la negociación*, Madrid, CEU Eds., 2016 .

BUSTILLO BOLADO, R.O., *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento,* Aranzadi, 2010.

CAYÓN DE LAS CUEVAS. J., «Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico-positivas y posibilidades de futuro», *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Madrid Reus S.A., 2010.

COHN. E.S. y NEYHART, M, L., «Factores que influyen en la aceptación pública de la mediación». *La Mediación y sus contextos de aplicación: una introducción para profesionales e investigadores*; Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S. A., 1996.

CONSTANTINO, C.A. y SICKLES MERCHANT, C.. «*Diseño de sistemas para enfrentar conflictos*., Barcelona, Granica D.L., 1997

FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 1, 2017, pp. 99-124 [https://erevistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/3615/2183].

FISHER, R., URY, W. y PATTON, B., *Obtenga el sí: el arte de negociar*, Barcelona, Gestión 2000, 2005.

GARCÍA VILLALUENGA, L y ROGEL VIDE, C. (dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, Madrid, Reus S.A., 2012.

MENENDEZ GONZALES, M. Y PAREDES PEREZ J.I., *Los nuevos instrumentos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

PALAU MORENO, G., *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016.

SANER, R., *El Experto Negociador*, Gestión 2000. Barcelona, 2000

(1) https://eur-lex.europa.eu/legal-content

Ver Texto

(2) https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/resource.

Ver Texto

(3) M. Blanco Carrasco, *Mediación y sistemas extrajudiciales de conflicto: una visión jurídica*, Madrid, Reus, 2009, pp. 36

Ver Texto

(4) [https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/resources/DisputeResolutionProcesses/mini-trial/].

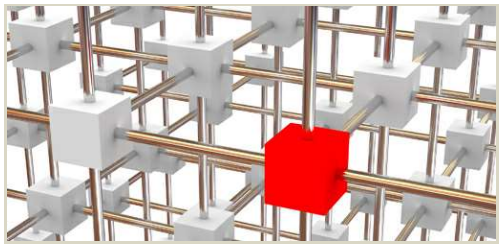
Ver Texto

(5) A. Fernández Pérez, «Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 1, 2017, pp. 99-124 [https://erevistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/3615/2183].

Ver Texto

LA LEY Mediación y Arbitraje nº 5, enero-marzo 2021, Nº 5, 1 de ene. de 2021, Editorial Wolters Kluwer España

PRÁCTICA EN MEDIACIÓN Y ARBITRAJE



La mediación en remoto: cuestiones prácticas para hacer de la necesidad virtud

Remote mediation: practical issues to make a virtue of necessity

Este artículo analiza los beneficios del uso de la mediación en remoto y las cuestiones prácticas para cumplir con los principios informadores de la institución de la mediación y sacar el máximo provecho del procedimiento.

Mediación, Remoto, Online, Cuestiones prácticas.

This article focuses on remote mediation and practical issues to comply with the reporting principles of the mediation institution and to make the most of the procedure.

Mediation, Remote, Online, Practical issues.

Manuel Díaz Baños

Abogado Cuatrecasas. Secretario General del Centro de Mediación FIDE

Profesor Colaborador Universidad Pontificia Comillas ICADE

I. INTRODUCCIÓN: LA NUEVA NORMALIDAD EN LA MEDIACIÓN COMERCIAL

Nos encontramos en un momento sin precedentes, cuyas consecuencias sociales, económicas y jurídicas nos van a acompañar durante mucho tiempo. Esta situación ya está teniendo un impacto constatable en las relaciones comerciales y, por ende, tanto en los justiciables como en la propia

Administración de Justicia.

Ya padecemos algunas consecuencias de la paralización durante meses de la administración de la Justicia. Somos conscientes de que la tramitación de los asuntos se retrasa en el tiempo —incluso la de aquellos nuevos o preexistentes a la pandemia que pueden ser catalogados como esenciales—. A pesar del esfuerzo que las instituciones están realizando, se detecta, en ocasiones, que no existen mecanismos reales para celebrar vistas y audiencias judiciales con las garantías que se están exigiendo, lo que contribuye a que se reagenden y se pospongan en el tiempo muchas de las vistas y audiencias todavía pendientes.

Estamos ante una situación única para la gestión de los conflictos comerciales. Ello nos obliga a afrontar los desafíos legales de una manera diferente; nos fuerza a adelantarnos de alguna manera al cambio y a considerar que no haremos bien si no reflexionamos acerca de cuál es la mejor fórmula para gestionar los conflictos (1) .

No cabe duda de que debemos promover la mediación como sistema alternativo de resolución del conflicto, partiendo de la premisa de que su desarrollo contribuye al pleno derecho al acceso a la justicia y no como una simple herramienta para descargar de trabajo al sistema judicial tradicional (2) . La mediación contribuye al necesario mantenimiento de las relaciones comerciales, algo imprescindible en estos momentos.

En un escenario de promoción de la mediación comercial como herramienta para la gestión de acuerdos, nos encontramos ante un horizonte de obligado —esperemos que por poco tiempo— distanciamiento social que nos fuerza asumir la utilización de las nuevas tecnologías en los procedimientos de resolución de conflictos. Este mundo no es ajeno a la mediación. De ahí que llevemos un tiempo descubriendo algunas de las virtudes de la medición en remoto y haciendo, por tanto, de la necesidad virtud.

En este trabajo analizaremos las oportunidades y retos que presenta el procedimiento de mediación comercial en remoto, centrándonos en el comportamiento por el que se han de guiar los sujetos involucrados para garantizar y amparar los derechos a un procedimiento que respete los principios informadores de la mediación comercial en España y que, a su vez, contribuya al éxito del propio procedimiento de mediación.

Las sesiones de mediación con presencia física volverán, pero, sin duda, se combinarán con algún elemento en remoto. No hay marcha atrás; las sesiones de mediación en remoto han venido para quedarse y debemos aprovecharnos de la tecnología para sacarle el máximo partido.

II. ¿A QUÉ NOS REFERIMOS CON MEDIACIÓN EN REMOTO? DELIMITACIÓN DE LA FIGURA ANALIZADA EN ESTE TRABAJO

Analizar la mediación comercial en remoto es un tema de absoluta actualidad. Tratar esta cuestión ahora no es simplemente una cuestión vinculada con la modernización y ampliación de las vías de acceso a la justicia (3) , sino que tiene que ver con una necesidad impuesta por el obligado

distanciamiento social que nos afecta a todos, independientemente del lugar donde nos hallemos.

En primer lugar, es necesario hacer una breve acotación inicial sobre el alcance de este documento: recomendaciones prácticas para los sujetos involucrados en un procedimiento de mediación en remoto.

En este trabajo nos referiremos a los procedimientos de mediación comercial que incluyen tecnología cuando ésta afecta al modo en que interactúan los sujetos involucrados en la misma porque, total o parcialmente, el procedimiento se lleva a cabo en remoto (4) . A esta mediación se le ha calificado también como mediación electrónica (5) .

Particularmente, nos referiremos a aquellos procedimientos de mediación comercial caracterizados fundamentalmente por: a) el envío telemático de correos electrónicos entre las partes y el mediador, y por b) la celebración de la sesión o sesiones de mediación por videoconferencia, en salas virtudes, con la presencia de la persona mediadora y entre sujetos que sí han tenido una relación previa al surgimiento de la controversia. A los efectos de este trabajo, este procedimiento lo denominaremos «mediación en remoto».

Los beneficios del uso de la mediación en remoto son evidentes: ahorro de tiempo y coste, accesibilidad, conveniencia, así como la posibilidad de interaccionar de manera asincrónica

No será objeto de análisis la mediación electrónica (6) en la que no hay una comunicación presencial entre las partes y el mediador, ni la mediación automatizada (7) . Tampoco entra en el alcance de este trabajo el uso de inteligencia artificial en mediación (8) .

III. EL BENEFICIO DEL USO DE LA MEDIACIÓN EN REMOTO Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA INSTITUCIÓN EN LA MEDIACIÓN EN REMOTO

Los beneficios del uso de la mediación en remoto son evidentes: ahorro de tiempo y coste, accesibilidad, conveniencia (9) , así como la posibilidad de interaccionar de manera asincrónica, esto es, la mediación en remoto le ofrece al mediador la posibilidad de utilizar mensajería electrónica, lo que dificulta la inmediatez de la comunicación pero favorece la reflexión y la desescalada del conflicto (10) .

La mediación en remoto tiene respaldo en la normativa española (11) y debe gozar de las mismas garantías exigibles al modelo presencial de mediación. O lo que es igual, debe estar presidida por los principios informadores que rigen la institución de mediación respecto del proceso, las partes y el mediador; a saber: voluntariedad, lealtad, buena fe y respeto mutuo, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad y formación del mediador, y flexibilidad del proceso (12) .

¿Qué requisitos legales se han de cumplir para que podamos hablar de mediación en remoto bajo ley española?, ¿es posible garantizar los principios informadores que rigen la institución de la mediación en un procedimiento de mediación comercial en remoto?, ¿cómo es una mediación en remoto?, ¿qué deben hacer los sujetos involucrados en el procedimiento de mediación comercial en remoto para respetar el cumplimiento de las garantías debidas y hacer de la necesidad virtud?

Para responder a la primera cuestión, bastará con que se utilice un medio electrónico que garantice la identidad de los intervinientes y cumplir con los preceptos generales de la Ley 5/2012, leyes 15/1999, 34/2002 y 59/2003, relativos a la institución de mediación (13) .

En nuestra opinión, sí cabe garantizar el cumplimiento de los principios inspiradores generales de la institución de mediación en la mediación comercial en remoto. Es más, el riesgo para el futuro de la mediación comercial en España de no adaptarse a los tiempos y no introducir la tecnología para celebrar mediaciones en remoto es muy alto (14) . Aunque la tecnología que se necesita para cumplir con los requisitos exigibles a una mediación en remoto es sencilla, las características particulares de la mediación comercial en remoto exigen que sea necesario prestar más atención, si cabe, al cumplimiento de las garantías debidas (15) .

En relación con este punto, es conveniente repasar, brevemente, cuáles son las características básicas de un procedimiento de mediación en remoto iniciado ante una institución de mediación (16) :

i) La mediación se inicia, individualmente o por acuerdo de todas las partes involucradas, mediante la presentación ante la institución de mediación correspondiente de una solicitud online, recogida en un formulario web de la propia institución con o sin certificación de identidad digital.

ii) Tras la recepción de la solicitud de inicio de la mediación, la institución de mediación correspondiente cumplirá con las formalidades necesarias previstas en sus normas de funcionamiento hasta la designación de la persona mediadora (17) .

iii) La persona mediadora mantendrá una sesión virtual informativa en la que dará cuenta a los sujetos involucrados de las características principales del proceso de mediación, al igual que lo haría en una mediación presencial. En este punto, el papel de la persona mediadora es vital para el desarrollo de una mediación en remoto con éxito.

iv) Esta sesión informativa puede venir seguida, si así lo desean las partes involucradas para acelerar el procedimiento, de la celebración de la sesión constitutiva de la mediación, en la que la persona mediadora hace constar la identificación de las partes, del mediador, el sistema de acreditación de identidad y firma digital convenido, el objeto del proceso de mediación, un programa de actuación tentativo en su duración, el coste de las sesiones y su forma de pago, la declaración de aceptación voluntaria, el lugar, lengua en que se desarrolla el procedimiento y la grabación de estas sesiones en vídeo, si así lo aceptan las partes (18) .

v) A partir de entonces, se desarrollará el procedimiento de mediación propiamente dicho, según lo pactado entre las partes, a través de las sesiones en remoto, asincromáticas o sincromáticas,

individuales o conjuntas, que sean necesarias hasta su finalización.

vi) La última fase será la finalización del procedimiento que podrá darse por cualquiera de las formas previstas legalmente.

Y a la vista de lo anterior, surge la pregunta que intentaremos responder en este artículo: ¿qué deben hacer los sujetos involucrados en el procedimiento de mediación comercial en remoto para respetar el cumplimiento de las garantías debidas en el proceso y que la mediación en remoto se encamine hacia el éxito?

Seguidamente, desarrollaremos, desde un punto de vista eminentemente práctico, cómo deben actuar los sujetos involucrados en el proceso de mediación en remoto para garantizar el cumplimiento de los principios inspiradores de la institución y contribuir al éxito del propio proceso de mediación y al resultado del mismo.

IV. GARANTÍAS PARA UNA MEDIACIÓN EN REMOTO DE ÉXITO: CUESTIONES PRÁCTICAS QUE DEBEN SER ABORDADAS POR LOS SUJETOS INVOLUCRADOS

1. El uso de la plataforma y su impacto en el arranque del proceso. La importancia de generar confianza en las partes sobre la neutralidad e imparcialidad del mediador

El procedimiento de mediación en remoto debe estar presidido por un principio de voluntariedad y autonomía de las partes idéntico al que preside la mediación presencial (19) . Las partes deciden cuándo, cómo y hasta qué momento participan en un procedimiento de mediación en remoto. Las partes no ceden en ningún momento su capacidad de autonomía y decisión sobre ninguna cuestión acerca del proceso, ni de la solución al conflicto (20) .

> En una mediación en remoto debe exigirse básicamente: transparencia, seguridad y confianza en la institución administradora y en la persona mediadora

La LM impone la obligación de que el mediador sea imparcial y que conduzca la mediación con neutralidad (21) . La imparcialidad del mediador y la neutralidad en su intervención es una garantía básica y fundamental del procedimiento de mediación (22) . Sin imparcialidad no hay igualdad entre las partes y sin imparcialidad no hay respeto por el debido proceso (23) .

Cómo arrancar la mediación y cómo generar confianza en una mediación en remoto es una pieza clave para el éxito del procedimiento. Como asesores externos de nuestros clientes en una mediación en remoto pedimos básicamente: transparencia, seguridad y confianza en la institución administradora y en la persona mediadora.

Por ello, la persona mediadora debe garantizar siempre que las partes intervinientes tengan plena

igualdad de oportunidades y que se mantenga el equilibrio entre ellas, sin que su actuación pueda conllevar —si quiera mínimamente— a favorecer a una de las partes sobre la otra.

La imparcialidad y neutralidad del mediador son sus mejores herramientas para generar confianza a las partes en el propio procedimiento y en su propia actuación. Sin confianza, la mediación fracasará. Si esta cuestión es vital en una mediación presencial, lo es aún más en una mediación que se celebra en remoto.

Para generar confianza tanto en el proceso como en sí mismo, la persona mediadora debe emplear cierto tiempo inicial en explicar cuáles son las reglas básicas de la institución y el propio proceso, por ejemplo, cómo se van a comunicar con él, con qué tecnología, si exclusivamente a través de él o también con el resto de sujetos involucrados (24) .

La persona mediadora y la institución de mediación deben ser transparentes y generar confianza, de tal manera que se aseguren, entre otros y según corresponda, de los siguientes extremos:

i) No existe ninguna normativa nacional que afecte a la validez o eficacia del resultado que se alcance en el proceso de mediación llevado a cabo de forma remota;

ii) Se ha registrado en un acta el consentimiento de todos los intervinientes para llevar a cabo la mediación en remoto;

iii) Se ha acordado quiénes intenvendrán en las sesiones de mediación en remoto y se verifica tal circunstancia de manera continua, con claro refuerzo de la privacidad necesaria para cada una de las partes, facilitando y preservando que cada una de ellas cuente con un espacio propio en remoto para el seguimiento de las sesiones individuales de mediación;

iv) Se ha informado a las partes involucradas que puede haber un incremento de tiempo como consecuencia de celebrar las sesiones de mediación;

v) La institución de mediación y la persona mediadora designada deben estar familiarizadas con la tecnología requerida para llevar a cabo la mediación en remoto. En este punto resulta conveniente tener una primera conversación con la persona mediadora y la institución de mediación para comprobar que la tecnología funcionará correctamente;

vi) Las partes han acordado la plataforma a través de la cual se celebrarán las sesiones de mediación en remoto (25) y el procedimiento para la transferencia y el almacenamiento de la documentación, así como cualquier exigencia que puedan tener las partes en materia de ciberseguridad;

2. El uso de la plataforma y la importancia de la generación de confianza sobre el propio proceso y su confidencialidad

La LM en su art. 3 impone a las partes el deber de «*prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad*». Este deber de colaboración con el mediador es reflejo de los principios de lealtad y buena fe, y respeto mutuo

consagrados en los arts. 10.2º de la LM (26) .

Estos principios que afectan a toda persona interviniente están muy vinculados con el principio de confidencialidad. Es contrario a la buena fe, al respeto mutuo y a la lealtad pretender servirse del propio proceso de mediación para traicionar la confianza del otro, perjudiciar sus derechos o beneficiarse de la información o documentación obtenida de la misma.

El principio de buena fe, lealtad y respeto mutuo ha de ser vigilado en una mediación en remoto, de tal manera que se garantice, entre otros, la identidad de los intervinientes en el proceso (27) .

En buena medida, el cumplimiento de los principios de colaboración y flexibilidad del proceso —junto con los de lealtad y buena fe— garantizará el éxito del proceso en sí mismo. Aunque cada mediación es única y los asesores externos del cliente deben preocuparse y asegurarse de lo que más conviene a su cliente, a nadie se le escapa que un proceso de mediación en remoto es exigente incluso para el más experimentado.

La confidencialidad es uno de los pilares básicos de la mediación (28) . La LM en su art. 9 se refiere a la obligación de confidencialidad determinando que resulta confidencial el procedimiento en sí mismo y la documentación utilizada y que esta obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes en la mediación.

De este principio se deriva que ninguno de los intervinientes en el procedimiento de mediación puede ser llamado a declarar o revelar la información que ha obtenido derivada del procedimiento de mediación, ni aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada del mismo (29) . Todo ello sin perjuicio de las excepciones previstas en el propio art. 9 de la LM (30) .

Es en este punto donde surgen ciertas dudas y temores de los intervinientes en el proceso de mediación cuando se acercan a una mediación en remoto. El medio en el que se celebra la mediación, la utilización de medios electrónicos genera ciertas inquietudes por el impacto que puede tener en la seguridad y confidencialidad de la información y documentación que se comparte.

En España, se impone al mediador y, en su caso, a la institución de mediación la obligación de habilitar los mecanismos necesarios para garantizar a las partes la seguridad, el buen funcionamiento de la plataforma y de los sistemas electrónicos utilizados, así como la privacidad, la integridad y el secreto de los documentos y las comunicaciones, la confidencialidad en todas las fases del procedimiento y asegurará el cumplimiento de las previsiones exigidas en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal cuando se haya contratado con un proveedor de servicios electrónicos. Es más, la norma dispone que salvo manifestación expresa y por escrito en contrario, todo documento y comunicación enviada por este medio será confidencial (31) .

De todo lo anterior, se deriva la obligación de que mediadores e instituciones administradoras de mediación dispongan de unos procedimientos técnicos que garanticen la seguridad de la

información y documentación intercambiada, de manera tal que solo puedan tener acceso a la misma quien la necesite para el ordenado desarrollo del procedimiento (32) .

El propósito de este trabajo no es desarrollar qué medidas de protección es necesario implementar para limitar los riesgos inherentes a la comunicación electrónica, ni cuestionarse otros riesgos presentes en la mediación electrónica realizada a través de inteligencia artificial (33) , sino llamar la atención sobre las medidas que pueden ser desarrolladas por el mediador y la institución de mediación para proteger la mediación en remoto y llamar la atención sobre el papel muy relevante que tiene la institución de mediación en las mediaciones en remoto para garantía de la sacrosanta confidencialidad.

Por ello, consideramos que es conveniente que los sujetos involucrados en una mediación en remoto tomen en consideración los siguientes extremos (34) :

i) Cómo se visualizarán las salas físicas de los asistentes en las sesiones conjuntas para que se demuestre que no hay ningún dispositivo de grabación.

ii) Será necesario que el software, las conexiones telefónicas y de internet se hayan probado con anterioridad y tengan una calidad audiovisual suficiente. Una institución mediadora que proporcione una buena plataforma para las celebraciones de mediaciones en línea y en remoto es muy aconsejable. La oportunidad de que cada sujeto involucrado en el procedimiento de mediación, de manera individual, segura y confidencial, pueda disponer de una carpeta con archivos y recursos accesibles puede ser muy útil y simplificar la tarea, entre otros, del mediador. Ni que decir tiene que las posibilidades para el mediador aumentan exponencialmente si la plataforma ofrece un sistema de inteligencia artificial (35) , hasta tal extremo que a la tecnología se le ha llegado a denominar la «cuarta parte» en la mediación (36) ;

iii) Ubicación y entorno de los intervinientes en las sesiones de mediación en remoto. Debemos asegurarnos de que los intervinientes tienen un fondo adecuadamente despersonalizado y de que se encuentran debidamente iluminados. Es importante que nos aseguremos de que vemos y nos ven adecuadamente para potenciar el contacto visual con la otra parte y con la persona mediadora;

iv) La duración de las sesiones, con las pausas necesarias para descansar de la pantalla. Será preciso que se organice un procedimiento para las salas de descanso para las partes. Deberíamos valorar también si resultaría conveniente celebrar las sesiones de mediación en diferentes días para evitar el cansancio propio del medio telemático;

v) Antes de la celebración de la sesión de mediación por medio telemático, resulta conveniente que las partes adelanten el máximo trabajo posible mediante el intercambio de documentación e información por medios telemáticos seguros. Se ha de prever el modo en que las partes pueden presentar algún documento adicional en las sesiones en remoto;

vi) La persona mediadora deberá asegurarse el modo de celebrar sesiones conjuntas, tomando en consideración la posibilidad de silenciar micrófonos para evitar la interrupción entre las partes o

la distracción por ruidos de fondo ajenos al procedimiento de mediación;

vii) La persona mediadora debe aprovechar las ventajas que puede ofrecer un procedimiento en remoto, con interacción asíncrona, para prestar más atención a su propia conducta durante el proceso, a las necesidades emocionales que puedan tener las partes y a evitar cualquier conducción directiva que pueda poner en peligro su neutralidad, cumpliendo con lo previsto en el art. 21 de la LM en cuanto a una facilitación de la comunicación de modo *«igual y equilibrado»*.

viii) La mediación en remoto puede contribuir a que los denominados *caucus* sean más flexibles y eficientes que en la mediación presencial. No solo permite que se tengan conversaciones privadas separadas simultáneamente a conversaciones de grupo, sino que de una manera sencilla la persona mediadora puede *«saltar»* de sala privada en sala privada rápidamente para conocer algún detalle que le resulte necesario, sin que ello suponga abandonar una conversación que discurre adecuadamente. Es más, la mediación en remoto permite evitar las largas esperas que desesperan a las partes y les hacen desconfiar sobre lo que está tratando o compartiendo la persona mediadora con la otra parte (37) .

ix) Es conveniente acordar con anticipación cómo se van a conectar los participantes a la sesión de mediación y si podrán recibir comunicaciones electrónicas o telefónicas en sus dispositivos durante la celebración de las sesiones de mediación;

x) Evidentemente, estará prohibida la grabación y es necesario respetar los principios de privacidad y confidencialidad de la otra parte. A este respecto existe el peligro de que las partes tengan acceso o capturen la imagen y sonido con un propósito desleal. Ahora bien, este peligro no es exclusivo de la mediación en remoto sino también de la mediación presencial (38) . En aras de evitarlo, recomendamos la suscripción de un acuerdo específico de confidencialidad que regule estas cuestiones con carácter previo al inicio de la mediación;

xi) Debemos tener preparado un plan alternativo por si la tecnología no funciona adecuadamente.

xii) Acordar de antemano cómo se ejecutará un acuerdo de mediación en caso de que sea alcanzado. Las instituciones de mediación cuentan con un sistema específico para organizar la firma electrónica del mismo (39) .

3. El acuerdo de mediación en la mediación en remoto

Empecemos por una obviedad: La LM española exige que el acuerdo alcanzado en mediación adopte la forma escrita para que el mismo pueda ser configurado como título ejecutivo (40) . La forma escrita es un requisito inderogable para dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación.

En nuestra experiencia es importante abordar la cuestión del acuerdo alcanzado en el seno del procedimiento de mediación para evitar «dejarlo para después» por los riesgos que el mismo tiene de que cualquiera de los sujetos involucrados se arrepienta o intente incorporar alguna cuestión extemporánea, no discutida o acordada durante la mediación.

De ahí que se recomiende que el acuerdo de mediación quede documentado —aunque sea

mínimamente— en el acta final (41) y que las partes involucradas y el mediador no desfallezcan en los últimos momentos y propicien con su intervención y energía la posibilidad de que se firme el acuerdo de mediación alcanzado de manera simultánea a la firma del acta final de la mediación.

Dicho lo anterior, al igual que en la mediación presencial, y sobre todo en los temas de naturaleza compleja, es frecuente que se firme el acta final que recoja los términos fundamentales del acuerdo alcanzado por las partes en el procedimiento de mediación y las obligaciones de cada una, y que las partes difieran para un momento ulterior la suscripción de un documento en el que recojan con el debido pormenor los términos de su acuerdo.

Esta solución —aunque frecuente— podría generar ciertas reservas sobre la posibilidad de dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo si se introducen pactos adicionales a los acuerdos recogidos en el acta final de mediación ya que el art. 25 de la LM parece exigir al notario realice un control de legalidad positivo de manera tal que ha de verificar el acuerdo de mediación a la vista de las actas de la sesión constitutiva y del acta final. No es objeto de este trabajo analizar la regulación prevista en el art. 25 de la LM, ni las reservas que el mismo plantea en relación con este punto. En cualquier caso, adelantamos que su regulación es criticable y mejorable sobre todo si atendemos a la regulación que plantea el art. 4.2º de la Convención de Singapur (42) .

En cualquier caso, a los efectos que aquí interesan, nuestra recomendación es que los sujetos involucrados reflexionen al inicio de la mediación en remoto sobre cómo abordar la firma del acuerdo en caso de que sea alcanzado. La firma electrónica, la posibilidad emplear programas «controlados» por la persona mediadora para la redacción conjunta de los acuerdos puede beneficiar este punto. Y, sin duda, contar con el apoyo de una institución de mediación que proporcione un sistema específico para organizar la firma electrónica del acuerdo alcanzado en mediación son elementos que contribuirán a despejar incertidumbres al inicio del propio proceso (43) .

V. CONCLUSIONES

Es el momento de afrontar los desafíos de una manera distinta. No debemos automáticamente confiar la solución de un conflicto a un tercero que nos imponga la solución. Debemos reflexionar sobre los distintos mecanismos de resolución de conflictos y aconsejar a nuestros clientes el que mejor se adapte a sus necesidades. En este sentido, debemos explorar la mediación comercial como método complementario para la resolución de conflictos.

Sabemos que la mediación es una forma sostenible, eficiente y rentable de resolver disputas. La pandemia nos ha forzado a celebrar mediaciones en remoto y nos ha demostrado que estas mediaciones son fácilmente accesibles, altamente eficaces y más respetuosas con el medio ambiente.

No cabe duda de que la mediación en remoto ofrece una serie de ventajas: evita costes y tiempo de viaje, se adapta a las circunstancias actuales en las que no es posible reunirse presencialmente, contribuye a enfriar los ánimos y centrarse más en los intereses, fomenta la flexibilidad permitiendo

tomar descansos cortos y celebrar las sesiones, separada o conjuntamente, en días distintos, entre otros.

Sin embargo, también plantea desafíos: se requiere más preparación por parte de todos los sujetos involucrados, puede haber interrupciones por culpa de problemas tecnológicos, se puede demorar, es posible que los sujetos involucrados se fatiguen antes y puede existir del riesgo de que las partes se acomoden por el hecho de no estar cara a cara y eso perjudique el necesario empuje para acabar cerrando un acuerdo.

En cualquier caso, es vital que las partes sean conscientes de las exigencias propias de celebrar una mediación en remoto y adopten las cautelas y consejos prácticos que se han enumerado en este trabajo. De su observancia dependerá el éxito del propio procedimiento y, por ende, de su conclusión con un acuerdo.

La mediación en remoto ha llegado para quedarse, hagamos de lo que hoy es una necesidad, una virtud en el presente y en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Madrid, Instituto Complutense de Mediación y gestión de Conflictos , 2013, pp. 90 ss.

BARONA VILAR, S. y MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Thomson-Civitas, 2004.

BUENO DE MATA, F., «Mediación Electrónica e inteligencia artificial», *LA LEY: Actualidad Civil*, nº1, Sección A Fondo, 2015.

BUENO DE MATA, F., *Mediación online: ¿la mediación del futuro?, La mediación en materia de familia y Derecho Penal*, España, Marcial Pons, 2011.

BUJOSA VADELL, L. y PALOMO VÉLEZ, D., «Mediación electrónica: perspectiva europea», *Revista Ius et Praxis*, nº. 2, 2017, pp. 56 ss.

CALVO SÁNCHEZ, M.C., *Control de la Imparcialidad del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Editorial Atelier , 2009.

CARNEIRO, D., NEVES, J., ANDRADE, F. y ZELEZNIKOW, J., «Using case-based reasoning and principled negotiation to provide decisión support for dispute resolution», *Knowl Inf Syst*, 2013, pp. 789-826

CARNEIRO, D., NEVES, J., ANDRADE, F. y ZELEZNIKOW, J.,«Online Dispute Resolution: an artificial intelligence perspective», *Artificial Intelligence Review*, pp. 125-140.

CARNEIRO, D., NOVAIS, P.J. y NEVES, J., «Using genetic algorithms to create solutions for conflicto resolution», *Neurocomputing*, 109, 2013, p. 16-26.

CARREL, A. y EBNER, N., «Mind the Gap: Bringing Technology to the Mediation Table», *Journal of Dispute resolution*, 2019.

CASO SEÑAL, M., «*La mediación no es sólo una solución a la actual sobrecarga que sufren los Tribunales*», Diario La Ley, Nº 7046, Sección Tribuna, 2008.

CONFORTI, O., «Mediación electrónica (e-Mediación)», *Diario La Ley*, nº 8519, Sección Tribunal, 2015.

DÍAZ BAÑOS, M., «Covid-19: un acelerador de cambios en la gestión de conflictos», *El Confidencial*, Blog FIDE, 2020.

GARCÍA VILLALUENGA, L., La mediación a través de sus principios. reflexiones a La Luz del anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, [https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediaci%C3%B3n.pdf , 2020].

KHANEMAN, D., *Pensar rápido, pensar despacio,* Trad. J. Chamorro Mielke, Barcelona, 2012.

LARSON, D., «Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 25:1, 2010.

LODDER, A., «The Third Party and Beyond. An Analysis of the Different Parties», *Particular The Fifth, Involved in Online Dispute Resolution,* 15 (2) Information and Communications Technology Law, 2006, p. 144.

MARTÍN DIZ, F., «Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios online (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (Covid-19)», *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, nº 2, Sección Doctrina, 2020.

MARTÍN DIZ, F., «Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación», *Práctica de Tribunales*, Nº 98/99, Sección Estudios, Editorial LA LEY, 2012.

MATA, F.B. de, «Mediación electrónica e inteligencia artificial», *Actualidad civil*, (1), 10, 2015.

MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y Nuevas Tecnologías*, Madrid, 2007.

ORTEGA HERNÁNDEZ, J.R., *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos por medios electrónicos,* J.M. Bosch, 2019.

ORTIZ PRADILLO, J.C., «Análisis de los Principios Informadores de la Mediación en materia Civil y Mercantil», *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2135, 2011.

PÉREZ GURREA, R., «Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: una especial referencia a la mediación electrónica», *Revista Digital Facultad de Derecho*, nº 6, 2013, pp. 194-223.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal», *Indret*, 3, 2014.

RIVERA MORALES, R., «Principios y garantías que deben regir la mediación electrónica», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 44, 2018.

RODRÍGUEZ, G. «Principios básicos de la mediación y resolución alternativa de conflictos penales», *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 1, Universidad de Barcelona, 2011, pp. 151-157.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Técnicas de resolución de disputas en línea y mediación electrónica para superar la brecha digital y evitar el epostracismo profesional», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 52, 2020.

(1) M. Díaz Baños, «Covid-19: un acelerador de cambios en la gestión de conflictos», *El Confidencial*, Blog FIDE, 2020.

Ver Texto

(2) M. Caso Señal, «La mediación no es sólo una solución a la actual sobrecarga que sufren los Tribunales», *Diario La Ley*, nº 7046, Sección Tribuna, 2008.

Ver Texto

(3) R. Alzate Saez De Heredia y E. Vázquez De Castro, *Resolución de Disputas en Línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Madrid, Instituto Complutense de Mediación y gestión de Conflictos, 2013, p. 90.

Ver Texto

(4) F. Bueno De Mata, *Mediación online: ¿la mediación del futuro?, La mediación en materia de familia y Derecho Penal*, España, Marcial Pons, 2011, p. 32.

Ver Texto

(5) L. Bujosa Vadell y D. Palomo Vélez, «Mediación electrónica: perspectiva europea», *Revista Ius et Praxis*, nº 2, 2017, p. 56.

Ver Texto

(6) F. Bueno De Mata, «Mediación Electrónica e inteligencia artificial», *LA LEY: Actualidad Civil*, nº 1, Sección A Fondo, 2015.

Ver Texto

(7) Sobre mediación automatizada, *vid.* A. Montesinos García, *Arbitraje y Nuevas Tecnologías*, Madrid , 2007, pp. 52 ss.

Ver Texto

(8) Sobre inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios, *vid.* F. Martín Diz , «Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios online (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (COVID-19)», *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, nº 2, Sección Doctrina, 2020.

Ver Texto

(9) E. Vázquez de Castro, «Técnicas de resolución de disputas en línea y mediación electrónica para superar la brecha digital y evitar el epostracismo profesional», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* nº 52/2020, Editorial Aranzadi, 2020.

Ver Texto

(10) Sobre el pensamiento intuitivo y reflexivo, *vid.* D. Khaneman, *Pensar rápido, pensar despacio,* Trad . J. Chamorro Mielke, Barcelona, 2012, vid. pp. 59-103.

Ver Texto

(11) Art. 5.2º y 24º de LM.

Ver Texto

(12) L. García Villaluenga, La mediación a través de sus principios. reflexiones a La Luz del anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediaci%C3%B3n.pdf , 2020.

Ver Texto

(13) O. Conforti, «Mediación electrónica (e-Mediación)», *Diario La Ley,* nº 8519, Sección Tribunal, 2015.

Ver Texto

(14) Sobre los riesgos de no introducir el elemento tecnológico en mediación, resulta ilustrativo A. Carrel and N. Ebner, «Mind the Gap: Bringing Technology to the Mediation Table», *Journal of Dispute resolution,* 2019.

Ver Texto

(15) F. Martín Diz, «Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación», La Ley, en *Práctica de Tribunales,* nº 98/99, Sección Estudios, 2012.

Ver Texto

(16) Por sus ventajas, nos referiremos a mediación administrada por una institución de mediación; en particular por el Centro de Mediación Fide [https://cmfide.com/].

Ver Texto

(17) Por todas, *vid.* las normas reguladoras del Centro de Mediación FIDE (CMFide) disponibles en: [https ://cmfide.com/].

Ver Texto

(18) En aras de proteger la confidencialidad, no somos partidarios de autorizar la grabación de ninguna sesión.

Ver Texto

(19) Sobre el principio de voluntariedad, *vid.* J.C. Ortiz Pradillo, «Análisis de los Principios Informadores de la Mediación en materia Civil y Mercantil», *Boletín del Ministerio de Justicia,* nº 2135, 2011.

Ver Texto

(20) No es objeto de este trabajo analizar la obligatoriedad de la mediación. En cualquier caso, la imposición de obligatoriedad de acudir a un proceso de mediación como requisito de procedibilidad no perjudicaría el principio de voluntariedad en el sentido de que las partes no estarían obligados a transar su controversia.

Ver Texto

(21) Art. 7, 8 y 13 de la LM.

Ver Texto

(22) J.C. Ortiz Pradillo, *loc. cit.* Sobre la neutralidad, vid. G. Rodríguez, «Principios básicos de la mediación y resolución alternativa de conflictos penales», Revista Crítica Penal y Poder, nº 1, Universidad de Barcelona, 2011, pp. 151-157.

Ver Texto

(23) En relación con la imparcialidad exigible a los órganos judiciales se ha pronunciado M.C. Calvo Sánchez, *Control de la Imparcialidad del Tribunal Constitucional,* Barcelona, Editorial Atelier, 2009, pp. 23-24.

Ver Texto

(24) R. Alzate Sáez De Heredia y E. Vázquez De Castro, *Resolución de Disputas en Línea, op. cit.*, pp. 55-59.

Ver Texto

(25) La administración de la mediación por una institución como CMFide garantiza el uso de la plataforma, su seguridad y que los sujetos involucrados no tengan que pagar ningún fee adicional por la utilización

de la plataforma.

Ver Texto

(26) R. Rivera Morales, «Principios y garantías que deben regir la mediación electrónica», *Revista General de Derecho Procesal,* nº 44, 2018.

Ver Texto

(27) F. Martín Diz, «Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación», Práctica de Tribunales, Nº 98/99, Sección Estudios, Editorial LA LEY, 2012.

Ver Texto

(28) Por todos, S. Barona Vilar y J. Montero Aroca, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre),* Thomson-Civitas, 2004.

Ver Texto

(29) R. Pérez Gurrea, «Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: una especial referencia a la mediación electrónica», *Revista Digital Facultad de Derecho,* nº. 6, 2013, pp. 194-223 [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4468971].

Ver Texto

(30) a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

Ver Texto

(31) Art. 31.1º. del Reglamento, promulgado 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

(32) F. Ramón Fernández, «La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal», *Indret,* 3, 2014.

En el mismo sentido, J.R. Ortega Hernández, *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos por medios electrónicos,* J. M. Bosch, 2019.

Ver Texto

(33) Sobre mediación electrónica e inteligencia artíficial, *vid.,* F.B. de Mata,, «Mediación electrónica e inteligencia artificial», *Actualidad Civil,* (1), 10, 2015.

Ver Texto

(34) Notas extraídas de «A Guide to Online Mediation for Barrristers, Solicitors and Clients» publicada por Centre for Effective Dispute Resolution disponible en [www.cedr.com].

Ver Texto

(35) Sobre los avances en inteligencia artificial y mediaciones en línea, puede verse *vid.* D. Carneiro, P.J. Novais y J. Neves, «Using genetic algorithms to create solutions for conflicto resolution», *Neurocomputing 109,* 2013 , pp. 16-26. D. Carneiro, J. Neves, F. Andrade, J. Zeleznikow, «Using case-based reasoning and principled negotiation to provide decisión support for dispute resolution», *Knowl Inf Syst,* 2013, pp. 789-826 y «Online Dispute Resolution: an artificial intelligence perspective», *Artificial Intelligence Review,* pp. 125-140.

Ver Texto

(36) D. Larson, «Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator», *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* vol. 25: 1, 2010. A Lodder, «The Third Party and Beyond. An Analysis of the Different Parties», *Particular The Fifth, Involved in Online Dispute Resolution,* 15 (2) Information and Communications Technology Law, 2006, p. 144.

Ver Texto

(37) E. Vázquez de Castro, «Técnicas de resolución de disputas en línea y mediación electrónica para superar la brecha digital y evitar el epostracismo profesional», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* nº 52, 2020.

Ver Texto

(38) El compromiso de confidencialidad firmado por las partes y el mediador abre la vía de la responsabilidad civil en caso de incumplimiento.

Ver Texto

(39) Algunas de estas notas están extraídas de *Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings,* CIArb .

Ver Texto

(40) Art. 25.1º.II de la LM

Ver Texto

(41) Art. 22.3º LM

Ver Texto

(42) Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, Convención de Singapur sobre la Mediación, Nueva York, 2018.

Ver Texto

(43) Algunas de estas notas están extraídas de *Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings*, CIArb .

Ver Texto

LA LEY Mediación y Arbitraje nº 5, enero-marzo 2021, Nº 5, 1 de ene. de 2021, Editorial Wolters Kluwer España

El procedimiento arbitral abreviado a la luz de las necesidades actuales

The fast-track arbitration procedure in the light of current needs

La mayoría de las cortes arbitrales han adaptado su reglamento a la necesidad de un procedimiento de mayor eficiencia en los asuntos de menor cuantía, con una simplificación de trámites y una reducción de costes, sin merma de las garantías procesales y del derecho a un juicio justo. Ello debe ser compatible con el derecho de las partes a solicitar la celebración de una audiencia, con el consiguiente deber de los árbitros de celebrarla y con mayor motivo tras la limitación de la movilidad por el Covid-19, que ha conllevado un auge de las conexiones remotas telemáticas.

Arbitraje, Arbitraje institucional, Procedimiento abreviado, Covid-19.

Most arbitration courts have adapted their rules to the need for a more efficient procedure in small claims, with a simplification of procedures and a reduction in costs, without reducing procedural guarantees and the right to a fair trial. This must be compatible with the right of the parties to request a hearing, with the consequent duty of the arbitrators to hold one, and all the more so after the limitation of mobility by Covid-19, which has led to a boom in remote telematic connections.

Arbitration, Institutional arbitration, Fast-track arbitration procedure, Covid-19.

Frederic Munné Catarina

Abogado. Doctor en Derecho

Miembro del Tribunal Arbitral de Barcelona. fmunne@dretprivat.com

Los reglamentos de las instituciones arbitrales no se limitan a regular los trámites que se realizan ante la propia Corte, sino que también acostumbran a contemplar unas mínimas reglas del procedimiento arbitral, supletorias de la autonomía de la voluntad de las partes, aplicables en defecto de pacto. Reglas que actúan a modo de procedimiento tipo o estándar y sirven de guía de la actuación de los árbitros en la dirección del procedimiento arbitral.

Durante la segunda mitad de la pasada década, las principales instituciones arbitrales incorporaron a sus reglamentos un procedimiento abreviado, con el fin de superar la tendencia de las Cortes a la burocratización y encarecimiento de los arbitrajes institucionales, debido esencialmente a la alta especialización técnica de las defensas, la aportación de un número masivo de documentos y

periciales y un cierto abuso de escritos con alto grado de detalle. Y por ello, con el fin de ofrecer un procedimiento más ágil y eficiente, fueron adoptando de modo paulatino una alternativa a su procedimiento «ordinario», regulando un procedimiento abreviado, con el que simplificar los trámites del arbitraje y reducir los costes asociados al mismo.

El procedimiento arbitral abreviado se utiliza en el arbitraje comercial internacional, para resolver controversias de cuantías de un importe limitado de menor índole económica, a pesar de que no siempre a una cuantía reducida le corresponde una menor complejidad, motivo por el que alguna Corte, como la de Estocolmo, señala como ámbito de aplicación del procedimiento abreviado los casos menos complejos a juicio de la Corte además de aquellos en los que lo pacten las propias partes. No obstante, a la mayoría de Cortes arbitrales fijan su ámbito de aplicación, con un cierto automatismo, en todos aquellos arbitrajes cuya cuantía o interés económico en litigio no exceda de un determinado límite máximo (de 2.000.000 US$ en el caso de la CCI y de 50.000 € en el caso del TAB).

Con el referido fin de simplificar trámites y reducir los costes del arbitraje, mejorando así su eficiencia, sin menoscabo de sus principios y garantías procesales para preservar el derecho de defensa, se permite en ese procedimiento abreviado, por ejemplo: reducir de tres a uno el número de árbitros incluso cuando el convenio arbitral prevea lo contrario, mediante fórmulas *opt out* y/o *opt in*, acortar los plazos de tramitación del arbitraje, prescindir o limitar la posibilidad de celebrar audiencias y con ello la oralidad del procedimiento arbitral, limitar el número, extensión y alcance de los escritos de las partes o de las pruebas documentales y periciales, etc.

Algunos autores consideran especialmente controvertido el hecho de que se pueda prescindir de lo pactado por las partes en el convenio arbitral en cuanto al número de árbitros, disponiendo en el reglamento de la Corte que el arbitraje será resuelto por un árbitro único con independencia de lo pactado en el convenio arbitral, como es el caso del art. 2 del Apéndice VI del Reglamento de la CCI previsto para el procedimiento abreviado, sin embargo, tengo para mí que ello no es susceptible de incurrir en nulidad del laudo arbitral *ex* art. 41.1º.d de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA), por cuanto a pesar de que puede sostenerse que la designación de los árbitros no se habría ajustado al acuerdo entre las partes (convenio arbitral) no es menos cierto que se trata de una norma dispositiva (art. 12 LA) por lo que es de aplicación la función integradora de las disposiciones del reglamento arbitral (art. 4.b LA). Y ambas normas son trasposición a nuestro ordenamiento interno de la Ley Modelo UNCITRAL (arts. 2.e y 10).

En realidad se trata de una mera cuestión de interpretación del convenio arbitral, puesto que en estos supuestos las partes pactan, de un modo aparentemente contradictorio, que los árbitros sean más de uno, pero a su vez pactan que el arbitraje se rija por un reglamento en el que se prevé la posibilidad de reducir a uno el número de árbitros prescindiendo de la anterior estipulación, pero sólo para el caso de que el arbitraje se tramite por el procedimiento abreviado conforme al reglamento expresamente aceptado por las partes. Y en ese «solo» radica la necesidad de interpretar esa aparente contradicción, con una hermenéutica que haga compatible la eficacia de amos aspectos del pacto arbitral, conforme a lo dispuesto en el art. 1284 Cc. En todo caso los árbitros

serán los pactados por las partes, salvo en el único supuesto de que la cuantía litigiosa encauce el arbitraje por un procedimiento abreviado, que será resuelto por un árbitro único. Además la facultad *opt out* del Reglamento CCI, que permite a las partes pactar en el convenio arbitral la exclusión del procedimiento abreviado, excluyendo con ello la facultad de la corte arbitral de designar a un árbitro único, en contra de lo pactado por las partes.

En cambio, de entre las modificaciones propias del procedimiento abreviado, para que el arbitraje sea más eficiente y optimizar sus costes, a mi juicio resulta especialmente discutible la posibilidad de que los árbitros puedan suprimir el derecho de las partes a solicitar la celebración de audiencias, por cuanto se trata de un derecho de las partes reconocido en la ley, que afecta de forma directa al derecho de defensa que tan sólo puede ejercerse (y renunciar a él) tras el inicio del arbitraje, durante el desarrollo del procedimiento arbitral. Y ello a pesar de que el art. 24.1º de la Ley Modelo UNCITRAL, así como la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno, contemplen la celebración de audiencias en el arbitraje como un trámite de carácter dispositivo. Así por ejemplo, se regula la celebración de audiencias de un modo dispositivo, en el art. 30.1º LA.

Una cosa es la viabilidad de que en el procedimiento abreviado se prescinda de la celebración de audiencias, diseñando a tal efecto un procedimiento íntegramente escrito, que encajaría en la facultad de las partes de diseñar unas actuaciones «solamente por escrito» y de ahí que ese acuerdo *inter partes* se integre con las disposiciones del reglamento de la corte (art. 4.b LA), y otra muy distinta que pueda suprimirse el *derecho* de cualquiera de las partes de solicitar la celebración de una audiencia con el consiguiente *deber* de los árbitros de llevar a cabo la audiencia *solicitada* en el momento en que estimen oportuno (art. 30.1º LA). Y es que deferir a los árbitros la facultad de decidir *discrecionalmente* si celebran una audiencia solicitada por cualquiera de las partes entiendo que equivaldría a facultarles para decidir sobre aquello de lo que, *ex lege,* carecen de potestad de decisión, en contra del derecho al juicio justo.

El deber de los árbitros de dar a cada una de las partes suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos (art. 24.1º LA) es indisponible *ex ante litis.* Y la función integradora del reglamento arbitral (art. 4.b LA) no permite menoscabar antes de iniciarse el conflicto ese derecho de defensa, sin perjuicio de que las partes puedan renunciar al ejercicio de ese derecho durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales, haciendo uso del mismo o renunciando a él.

Una cosa es que las partes puedan renunciar a la oralidad al diseñar, por sí mismas o a través del reglamento, un procedimiento íntegramente escrito y sin oralidad, y otra que las partes renuncien de forma tácita a su facultad de solicitar audiencias y la consiguiente «obligación» de los árbitros de llevarlas a cabo («... el tribunal la celebrará ...») convirtiendo esa obligación en una potestad *discrecional*, que permita al tribunal resolver únicamente en base a los documentos presentados sin señalar las audiencias que puedan interesar las partes. Y ello con mayor motivo cuando se trate de una facultad tácitamente atribuida a los árbitros, en virtud del carácter integrador de la voluntad de las partes del reglamento arbitral.

La reducción de costes y agilización que caracteriza al procedimiento arbitral abreviado puede llevarse a cabo mediante la celebración de una única audiencia telemática, salvo que las partes renuncien a ella durante el desarrollo del procedimiento arbitral

Si el procedimiento abreviado tiene por objeto agilizar el proceso y reducir sus costes para mejorar la relación costo-eficiencia del arbitraje, facultar a través del reglamento arbitral a los árbitros para resolver sin audiencias, aunque lo solicite alguna de las partes, entraña a nuestro juicio un excesivo riesgo de ineficiencia de arbitraje, que es precisamente lo que se pretende evitar con el procedimiento abreviado. El ejercicio de esa potestad discrecional por parte de los árbitros puede constituir el fundamento de una anulación del laudo por vulneración del derecho de defensa, salvo que pueda acreditarse que el propio impugnante del laudo consintió de forma expresa o no se opuso *durante el procedimiento arbitral* a esa limitación de su derecho de defensa, puesto que en tal caso la doctrina de los actos propios o *estoppel* excluiría la vulneración del debido proceso (art. 6 LA). No obstante, fuera de ese supuesto, es decir cuando la parte que solicita la celebración de una audiencia e impugna la decisión del árbitro de resolver sin audiencias no haya consentido de forma expresa o tácita esa exclusión de la posibilidad de celebrar audiencias, durante la sustanciación del procedimiento, ello puede llevar a situaciones de indefensión susceptibles de amparo mediante la acción de impugnación del laudo (art. 41.1º.b LA).

En este sentido, la reducción de costes y agilización que caracteriza al procedimiento arbitral abreviado puede llevarse a cabo mediante la celebración de una única audiencia telemática, salvo que las partes renuncien a ella durante el desarrollo del procedimiento arbitral. Ello se ajusta mejor a derecho, por cuanto no se elimina el derecho de las partes a la celebración de audiencias, para resolver el litigio sólo con una sola base documental, al menos en todos aquellos supuestos en los que alguna de las partes solicite, durante las actuaciones arbitrales, la celebración de una audiencia.

Y ello con mayor motivo a raíz del auge de las comunicaciones y conexiones telemáticas y del arbitraje íntegramente *on line*, tras la pandemia del Covid-19 y la limitación de la movilidad que ha conllevado, en especial durante las situaciones de estado de alarma. Si se celebran reuniones telemáticas con diversos puntos remotos con relativa frecuencia prácticamente sin coste alguno, las meras razones de costo-eficiencia del arbitraje no parecen justificar que se prescinda de la celebración de audiencias.

En este sentido, el Protocolo de Seúl sobre la organización de videoconferencias en el arbitraje internacional, aprobado en noviembre de 2018 a modo de recomendación, constituye una guía a tener muy en cuenta para el desarrollo de audiencias telemáticas en los arbitrajes, a pesar de que fue redactado y concebido como una «guía para planificar, probar y realizar videoconferencias en arbitrajes internacionales», en los supuestos de *un solo punto remoto* donde se sitúe una persona a ser interrogada por el tribunal, más que en los supuestos de arbitrajes íntegramente *on line* en los que existan *diversos puntos remotos* en los que estén situados cada uno de los árbitros que integren

el tribunal arbitral, los distintos letrados, cada una de las partes, de los testigos, de los peritos y de los intérpretes, además de los representantes de la propia Corte o de su Secretaría permanente, para dar el soporte técnico o administrativo que corresponda.

A tales efectos, conforme a lo que establece dicho Protocolo, los árbitros deberían garantizar a las partes el derecho de defensa de un modo efectivo, y para ello es conveniente tener en cuenta, como mínimo, la conveniencia de:

1) Comunicar a las partes con suficiente antelación la necesidad de que faciliten al tribunal una identidad de conexión telemática (e-mail o teléfono).

2) Informar a las partes con suficiente antelación de la plataforma que será utilizada y de los requisitos técnico-informáticos de la misma.

3) Informar a las partes si se admite la presencia de observadores en los puntos remotos de conexión y en tal caso la acreditación de su identidad.

4) Informar del modo de verificación de la identidad de todos los intervinientes en la audiencia, como la exhibición leíble a cámara de un documento de identidad.

5) Contemplar la posibilidad de realizar pruebas de conexión, con antelación a la celebración de la audiencia, que se garantice una efectiva conexión.

6) Garantizar la accesibilidad de las partes durante el íntegro desarrollo de la audiencia, tanto de la señal de video como de audio y de forma bidireccional.

7) Contemplar la posibilidad de acceso a un repositorio de gestión documental, indexado, paginado y que permita la exhibición compartida de documentos.

8) En defecto de observadores de las partes en los puntos de conexión remotos, informar a las partes de los requisitos del entorno, para evitar la presencia, oculta a la cámara, de guiones o terceras personas que auxilien o condicionen las respuestas de las personas interrogadas o incluso que impidan su libre expresión.

Requisitos, todos ellos, que deberían cumplirse en toda actuación arbitral oral telemática para garantizar el debido respeto a los principios de igualdad, audiencia, contradicción, y el libre ejercicio de los derechos de defensa de las partes, a la imparcialidad del árbitro y a la motivación del laudo (arts. 17, 24 y 37.4º LA), todos ellos connaturales también al art. 24 CE y en definitiva a la conformación de todo juicio justo (STC 3 de marzo de 2011, que sitúa al arbitraje en la órbita de la Administración de justicia a efectos competenciales).

A enemigo que huye puente de plata: Conflicto de socios, mediación y M&A

A fleeing enemy, silver bridge. Partner conflict, mediation and M&A

El éxito de la mediación depende, entre otros elementos, de la calidad de las soluciones que propone. El objeto de estas páginas es abundar en un tema conocido, el conflicto de socios, para profundizar en una solución, poco explorada dogmáticamente pero contrastada en la práctica: el M&A en entornos de conflicto. La posibilidad de incluir soluciones de esta naturaleza en la panoplia de recursos de la mediación constituye nuestra principal propuesta. En estas reflexiones incluiremos una serie de propuestas prácticas de contenido fundamentalmente jurídico para implementar este tipo de soluciones.

Mediación, Conflicto, Controversias societarias, Mayoría, Minoría, Mecanismos alternativos de resolución de conflictos, M&A, Disolución.

Mediation success relays on the quality of the solutions offered, among other aspects. The purpose of this notes is to review a well-known subject, shareholders conflict, going deeply in a solution that has been not enough explored from a dogmatic perspective but frequently used in practice: M&A in a shareholders conflict scenario. The opportunity of introducing this solutions in the mediator portfolio of resources, is our main proposal. We will include in our insights some practical approaches with a juridical content to implement this kind of solutions.

Mediation, Conflict, Corporate disputes, Majority, Minority, Alternative Dispute Resolutions, M&A, Winding-up.

José María Rojí Buqueras

Árbitro. Mediador. Abogado

Socio. CMS Albiñana & Suárez de Lezo

I. LOS CONFLICTOS ENTRE SOCIOS NO LOS SUELE SOLUCIONAR UNA SENTENCIA NI UN LAUDO

En publicaciones anteriores hemos tratado la extensión, profundidad y complejidad de los conflictos de socios, tema de hecho recurrente en la doctrina, y la insuficiencia e insatisfactoriedad en la mayoría de los casos de la solución judicial, fundamentalmente por dos causas: a) el juzgador se debe limitar en su resolución al objeto del litigio concreto sobre el que es competente y en los

términos que se le haya sometido la controversia, sin poder abarcar toda la extensión objetiva y subjetiva del conflicto, que suele ser mucho más amplia; y, b) los procesos judiciales requieren, por su naturaleza y por las posibilidades de recursos, de unos tiempos prolongados para su resolución, durante los que suele intensificarse y extenderse el conflicto, multiplicándose las acciones ejercitadas por las partes, todo ello con un fuerte impacto negativo en la empresa y en las relaciones entre socios, presentando mayor gravedad y virulencia en empresas familiares en las que los socios tienen además lazos afectivos.

Ante la anterior realidad, nos hemos mostrado partidarios del arbitraje como valiosa alternativa para solucionar el conflicto, destacando varias de sus ventajas, como la especialización, la confidencialidad y, también, la menor duración, con lo que se reduce uno de los dos déficits de la justicia ordinaria que se mencionaban en el párrafo anterior (1) .

No obstante, el arbitraje, por sí solo, no puede dar respuesta a otra de las características que hemos destacado de los conflictos societarios: la extensión objetiva y subjetiva del conflicto.

Salvo en un número reducido de casos, en los que el conflicto es meramente coyuntural, afecta a una cuestión concreta y delimitada y no se extiende a los distintos aspectos de la vida societaria, lo habitual es que el conflicto se desarrolle y despliegue con diversidad de acciones, entre una pluralidad heterogénea de partes e interviniendo distintos órganos judiciales —y en su caso arbitrales— para su resolución.

Esta realidad, que reflejamos sintéticamente en el cuadro que se reproduce a continuación —renunciando a cierto rigor y a la riqueza del matiz en beneficio de la simplicidad—, conlleva nuevamente que ni la jurisdicción ni el arbitraje puedan tener una visión de conjunto del conflicto, abordando en un único procedimiento todas las controversias que en él se suscitan y dando una solución única, homogénea y sincronizada.

Acción	Sujetos	Tribunales
Impugnación acuerdos sociales	Socio/administrador vs Sociedad. Si se impugnan los de administradores la sociedad ostenta la legitimación pasiva. Los socios que votaron a favor pueden personarse (206.4 LSC)	Mercantil
Acción social de responsabilidad	Sociedad/socio vs administradores	Mercantil
Acción individual de responsabilidad	Socio vs administradores	Mercantil
Acción cumplimiento de pactos parasociales /protocolos familiares	Socio vs socios/sociedad	Mercantil/Civil
Acción por incumplimiento del deber de lealtad o fidelidad de los socios	Socio vs socios	Mercantil/Civil
Derecho de separación, exclusión, disolución forzosa	Socio vs sociedad	Mercantil / ¿Civil?
Solicitud convocatoria de junta	Socio vs sociedad	Mercantil / Registro
Nombramiento de experto	Socio vs sociedad	Mercantil / Registro
Deberes de los socios	Sociedad vs socio: (prohibición de usar información en perjuicio de la sociedad (197.6 LSC) incumplimiento de prestaciones accesorias (86 LSC) exigencia de desembolso de dividendos pasivos (84 LSC) etc.)	Mercantil

Acción	Sujetos	Tribunales
Impugnación de negocios jurídicos extrasocietarios	Acciones en que el interés legítimo del socio deriva precisamente de tal condición. (STS 12/04/2018; 13/05/2016; 8/04/2013 y 23/09/2014).	Civil
Transmisiones de acciones o participaciones	Entre socios y/o terceros y vs sociedad (en función de si es un tema de mera transmisión o de incumplimiento de requisitos societarios) STS 2020 02 20	Mercantil/ Civil
Delitos societarios	Socio vs socios/administradores	Penal
Laboral por despido, de socios, o personas vinculados (habitual en empresa familiar)	Empleado frente a sociedad	Laboral
Hereditarios y matrimoniales con impacto en los societario	Familiares entre sí	Civil (Mercantil cuando afecta a la adquisición *mortis causa* o al ejercicio de derechos)

Del cuadro resulta una gran diversidad de acciones compatibles entre sí, entre distintas partes que ocupan posiciones diversas según la acción, acciones que se dirimen ante distintos órganos judiciales o arbitrales cuando hay un convenio. Téngase en cuenta, como agravante, que muchas de las acciones reflejadas son simplemente instrumentales, como por ejemplo la sucesiva impugnación de cuentas, año tras año, mientras se perpetua el conflicto, realizada con el único fin de evitar el reflejo contable de la posición de la otra parte, o como reacción a la necesidad de ser coherente con impugnaciones anteriores.

Adicionalmente, 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 y la posibilidad de una nueva acción que se sume a las ya ejercitadas, sin necesariamente acumularse.

Nunca concurrirán todos los escenarios dibujados en un solo conflicto, pero rara vez no se producirán varios de ellos en el seno de un mismo asunto, escalonándose en el tiempo tanto las acciones como las diferentes resoluciones que se dicten en las distintas instancias. De este modo, nos encontraremos ante una «guerra» con diferentes contendientes (socios, sociedades, administradores, auditores, etc.) normalmente agrupados en «bandos», por intereses o relaciones, librada en batallas sucesivas y simultáneas en distintos frentes, que se irán retroalimentando entre sí, causando un daño cierto en la empresa y a las relaciones entre socios.

> El arbitraje ofrece una solución mejor en los conflictos societarios que la jurisdicción, pero es una solución que sigue siendo incompleta

Ni todas las acciones relacionadas son arbitrables, ni todas las arbitrables habrán sido incluidas en convenios arbitrales que vinculen a todas las partes, ni la acumulación en el arbitraje funciona de un modo eficiente, ni alcanzará a acciones separadas entre sí en el tiempo. Tampoco el arbitraje permite dar respuesta a aspectos fuera del ámbito de las acciones ejercitadas y las soluciones en

derecho. Por ejemplo, en principio, no se prevé que se pueda acordar en un arbitraje de derecho una separación por justa causa que dé respuesta satisfactoria a una conducta contumaz de opresión de la minoría. Ni el poder excluir a un socio no administrador por deliberadamente perjudicial a la compañía usando la información obtenida en beneficio propio, para competir por ejemplo, sin perjuicio de que se le condene a satisfacer la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Podemos concluir con que el arbitraje ofrece una solución mejor en los conflictos societarios que la jurisdicción, pero es una solución que sigue siendo incompleta y que, pese a requerir menos tiempo que la alternativa judicial, sigue conllevando un tiempo excesivo que no evita los daños a las relaciones personales y a la empresa, perpetuando el conflicto —máxime cuando alguno de los intervinientes practica la guerra de guerrillas, dinamitando el normal funcionamiento del arbitraje y prostituyendo su esencia—.

II. CUANDO LOS ELEFANTES LUCHAN, LA HIERBA ES LA QUE SUFRE

La extensión del conflicto societario debilita la empresa, la empobrece y pone en riesgo su continuidad, en particular cuando las acciones ejercitadas —impugnación de acuerdos sociales, disolución, derecho de separación— le afectan directamente y no sólo a los socios; o cuando se produce un bloqueo que impide la toma de decisiones.

Esa pérdida de valor, que concretaremos a continuación en una relación ejemplificativa, afecta a todos los socios: a quienes promueven el conflicto, a quienes no son capaces de resolverlo y a quienes meramente lo padecen. Esa afectación es proporcional al interés de cada socio en la empresa, lo que promueve en ocasiones las conductas espurias e inicuas de minoritarios, sabiendo que en cada euro de devaluación que provocan su porcentaje de participación es inferior al del socio mayoritario.

Con ello puede el minoritario tratar de forzar una salida, por su menor interés relativo en la preservación de la empresa y por la frustración e inutilidad de la participación minoritaria en los supuestos en que no se puede participar en la gestión —ni siquiera en las decisiones más relevantes —, no se obtiene un retorno satisfactorio vía dividendos, hay prácticas de *tunnelling* o de *siphoning*, se restringe la información y no hay posibilidad de vender la participación en el mercado.

La empresa constituye un bien jurídico digno de protección. Cada empresa responde a una necesidad social, da satisfacción a una demanda del mercado, contribuye a la existencia de competencia, suelen ser generadoras de empleo, contribuyentes públicos en tributos y aportaciones a la seguridad social, creadoras de riqueza, instrumentos de innovación. Su subsistencia no afecta únicamente a sus socios sino también a sus trabajadores, clientes, proveedores, al erario público.

El conflicto en sí mismo no genera riqueza y suele tener un coste en recursos públicos —aunque solo sea de la administración de justicia— y, cuando lleva a la quiebra a la sociedad, lo que no es inusual, supone un grave quebranto para entidades públicas y privadas. La eficaz resolución de los conflictos societarios constituye, en nuestra opinión, una cuestión de interés público.

Entre los riesgos y efectos negativos del conflicto para la empresa y su prolongación en el tiempo, cabe formular los siguientes:

- El bloqueo que impide tomar decisiones y puede provocar la disolución, en los casos en que el conflicto impide alcanzar mayorías suficientes para adoptar acuerdos necesarios —típicamente: en las *joint-ventures*, en las sociedades con socios 50%/50% y en aquellas que tienen mayorías ultra reforzadas—.

- La incertidumbre que impacta sobre la situación de la sociedad y pone en riesgo su continuidad: 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 incursa 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 patrimonio y quiénes sus titulares (cuando se impugna su ampliación o reducción).

- El coste de oportunidad de no poder implementar planes estratégicos o de crecimiento por las incertidumbres asociadas al conflicto y por el riesgo de impugnación.

- El sometimiento a los administradores a la presión paralizante de saber que cada decisión puede ser objeto de impugnación o de acciones de responsabilidad, lo que conlleva la dificultad para la adopción de riesgos empresariales legítimos, muchas veces necesarios para innovar o para crecer o para competir, sin que el principio de protección de la discreción empresarial (art. 226 LSC) otorgue un confort suficiente para no mediatizar y condicionar este tipo de decisiones en situaciones de conflicto de socios.

- El riesgo de perder o no poder captar talento a nivel de administradores o directivos, cuando la coacción que suponen las acciones de un socio o la incertidumbre del proyecto o el daño a su reputación, disuaden de continuar en una empresa o incorporarse a la misma.

- El no poder hacer operaciones corporativas 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, o, simplemente, cuando legítimamente cualquier tercero condiciona dicha operación a la previa solución del conflicto.

- Las dificultades para la contratación o para la obtención de crédito cuando no se pueden aprobar las cuentas, cuando las mismas se impugnan, cuando el auditor expresa limitaciones al alcance, salvedades o notas de énfasis derivadas de las incertidumbres del conflicto, o cuando en el registro mercantil se ha practicado una anotación de demanda (arts. 155 y 157 RRM).

- El impacto reputacional negativo en el mercado a través de la prensa o las redes sociales cuando el conflicto transciende, muchas veces por iniciativa de una de las partes, particularmente cuando se trata de personas, compañías o marcas con cierta notoriedad.

- El que los competidores utilicen el efecto reputacional y sobre el negocio, de riesgo o

incertidumbre, en su estrategia comercial con clientes o proveedores o en la competencia por obtener todo tipo de recursos o atraer y retener talento.

- El tener que destinar recursos de la empresa, de los administradores, directivos y abogados, no a la promoción del objeto social, sino a la gestión del conflicto, con la exigencia en tiempo y el elevado desgaste que suele llevar aparejado y el incremento de costes que el conflicto y la asociada «formalización» de la vida societaria tienden a provocar.

En conclusión, el conflicto de socios desvía importantes recursos de su función principal, limita o condiciona la capacidad de toma de decisiones y ejecución de estrategias, tiene un grave impacto reputacional negativo que afecta a la posición competitiva de la empresa en el mercado, generando desconfianza en directivos, empleados, bancos, clientes y proveedores, provocando una pérdida de valor en perjuicio de todos los socios. Cuanto más se prolongue el conflicto más crasos y supinos serán dichos efectos.

Por ello, en conflictos de esta naturaleza, resulta crítico acortar los plazos para su resolución y buscar que sea lo más completa posible.

III. LA MEDIACIÓN PUEDE OFRECER UNA MEJOR SOLUCIÓN, UNA SOLUCIÓN MÁS COMPLETA

La realidad descrita en los epígrafes anteriores obliga a buscar soluciones alternativas y, por nuestra parte, nos inclinamos decididamente por la mediación, como ya hemos defendido en estas mismas páginas (2) .

> La mediación es complementaria a la jurisdicción y al arbitraje, antecediéndoles o simultaneándolos, pero con preferencia sobre el litigio, y sustituyéndoles sólo si resulta exitosa

La mediación ofrece numerosas ventajas, entre las que el tiempo no es la menor, pero también la mayor adhesión que generan las soluciones autocompositivas y su mayor eficacia, y el hecho de que la mediación sí permite tratar en un único procedimiento todos los aspectos jurídicos del conflicto, o al menos todos aquellos que las partes convengan en que sean mediados. Y ello con un concepto extensivo de las partes, de modo que pueden participar en un único proceso sujetos afectados por relaciones jurídicas diversas pero conexas, y hacerlo en las distintas condiciones que en cada caso puedan ostentar. Además, el acuerdo de mediación puede incluir aspectos de carácter no jurídico y acuerdos prospectivos que, no solo resuelvan el pasado, sino que se proyecten sobre el futuro, estableciendo regímenes, procesos o protocolos que eviten el conflicto o establezcan mecanismos eficaces para su resolución.

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 o simultaneándolos, pero con preferencia sobre el litigio, y sustituyéndoles sólo si resulta exitosa.

En el siguiente cuadro reflejaremos una comparativa de algunos aspectos diferenciales entre tribunales, arbitraje y mediación, para poder valorar sus distintas utilidades.

Tribunales	Arbitraje	Mediación
Solo jurídico, solo lo reclamado	Solo jurídico, solo lo reclamado. En equidad, posibilidad de contemplar otros aspectos (no de resolverlos)	Abierto a todo el conflicto Posibilidad de acuerdos parciales Previene conflictos futuros
Un litigio por controversia, salvo la poco común acumulación por los órdenes, la falta de identidad subjetiva y los plazos	Un litigio por controversia, falta de regulación de la acumulación. Riesgo de ausencia de convenio arbitral válido respecto a ciertos legitimados	Es posible una única mediación para toda la extensión objetiva y subjetiva del conflicto si las partes lo quiere.
Necesidad de realizar impugnaciones y acciones tácticas o instrumentales	Necesidad de realizar impugnaciones y acciones tácticas o instrumentales	Posibilidad de pactar un *stand still*, de modo que se paralice transitoriamente toda acción
Entorno muy agresivo	Entorno de agresividad media.	Entorno de baja agresividad
Proceso formalista	Flexibilidad pero obligatoriedad, distancia del árbitro	Total flexibilidad, voluntariedad, cercanía del mediador
Varios años (por litigio)	Entre 4 meses y un año (por litigio). En los coyunturales puede evitar la multiplicación	Breve pero indefinido (toda la controversia)
Varias instancias	Una instancia	Una negociación, si fracasa Tribunales o Arbitraje
Coste prolongado en el tiempo, normalmente lo pagará el perdedor. Hay un alto coste de oportunidad	Coste controlado pero que incluye árbitro e institución, lo pagará normalmente perdedor, posibilidad de pacto	Coste, competitivamente bajo, en general compartido, que se suma al del litigio si no hay acuerdo
No confidencial	Confidencialidad	Confidencialidad

La mediación, por lo tanto, aborda el conflicto de un modo global, en los planos objetivo y subjetivo, fuera del alcance de los jueces y árbitros. Lo hace un tiempo que puede ser corto, con bajo coste, sujeto a confidencialidad y concediendo a las partes la facultad de libérrimamente alcanzar un acuerdo o no. El planteamiento entendemos que es lo suficientemente atractivo como para, al menos, intentar la mediación, sabiendo que, salvo algo de tiempo —que no necesariamente si no se suspenden las acciones en curso— y algo de coste —que no mucho—, nada se pierde.

Dicho lo anterior, es evidente que su naturaleza autocompositiva, la nota de voluntariedad, constituye el principal obstáculo para la consecución de un acuerdo. Dependerá en consecuencia de la habilidad del mediador, de la utilidad y calidad de las soluciones que se barajen y de la capacidad negociadora de las partes, el éxito o fracaso del intento de mediación. A ampliar el elenco de soluciones en beneficio y para la búsqueda y promoción de dicho éxito dedicaremos la segunda parte de estas notas.

IV. ¿PUEDE LA MEDIACIÓN OFRECER UNA SOLUCIÓN DEFINITIVA?

Recientemente reflexionábamos sobre como el conflicto societario no suele resolverse simplemente

dirimiendo la razón jurídica en la controversia. Esto no suele llevar aparejado la paz social, la restauración de la *affectio societatis* quebrada con el conflicto (3) .

La sociedad tiene una faceta netamente contractual, en la que el contrato requiere de una cierta colaboración entre los socios y de un cierto alineamiento de intereses: para la adopción de acuerdos en el seno de junta, para la decisión sobre quién administra y por tanto gestiona y establece la estrategia sobre el patrimonio y el proyecto común, sobre cómo se distribuye o aplica el resultado del negocio, sobre la disposición de activos esenciales, etc.

La mera aplicación del derecho por un tribunal o un árbitro puede resolver una controversia concreta sobre estas cuestiones, una diferencia puntual o coyuntural. La mediación es un instrumento útil para transaccionar un conflicto donde las partes renuncien a parte de sus pretensiones iniciales para obtener amigablemente otras menos claras, más importantes o más perentorias.

Pero ni los tribunales, ni los árbitros, ni los mediadores, pueden alinear objetivos a largo plazo que han divergido hasta devenir antagónicos o relaciones personales irreconciliables. Se podrá resolver o transar una controversia minimizando los daños, podrán establecerse unas reglas de funcionamiento «soportables» para las partes, pero la raíz del conflicto, su esencia, la discrepancia respecto al proyecto, su gestión o el enfrentamiento personal, seguirán allí.

La solución no será completamente satisfactoria. Para la minoría que verá como sigue dependiendo de una mayoría de la que discrepa, sin poder decidir en la gestión sin que su criterio pueda primar. Para la mayoría que, pese a su mayor inversión e implicación y riesgo, verá coartada o monitorizada su capacidad de actuación por una minoría desalineada y potencialmente beligerante. La solución no será definitiva, el conflicto estará latente y estallará de nuevo, de un modo u otro, en el futuro, normalmente cuando el minoritario promueva activamente su salida. Las cicatrices que queden del conflicto anterior volverán a supurar y se recrudecerá el enfrentamiento.

> Quienes participen en la mediación en un conflicto societario, ya sea como asesores ya como mediadores, han de tener presente que la solución más completa es la terminación del contrato de sociedad entre los socios en conflicto

En el escenario descrito de conflicto estructural o de quebranto radical de la relación, mientras sigan siendo socios el problema no se habrá resuelto, aunque sí la controversia.

Por lo tanto, quienes participen en la mediación en un conflicto societario, ya sea como asesores ya como mediadores, conviene que tengan presente que la solución más completa, más global es la terminación del contrato de sociedad entre los socios en conflicto, y puede ser objeto o parte del acuerdo de mediación.

Esta terminación del vínculo societario se puede producir mediante la liquidación conforme al procedimiento legal, lo que constituye la solución natural en las sociedades de personas, y la solución elegida por el derecho para los supuestos de bloqueo, pero suele ser absolutamente antieconómico en sociedades de capital con un negocio en curso.

Frente a la solución de la disolución, la alternativa que en condiciones normales será más eficiente consiste en la modificación de la composición social a través de uno de los siguientes mecanismos principales:

- La compra por unos socios a otros, directamente o a través de la sociedad. Normalmente, pero no necesariamente, el mayoritario al minoritario.
- La venta por uno de los socios a un tercero, normalmente por el minoritario.
- La venta conjunta de la totalidad de la sociedad a un tercero.
- La disolución ordenada sin una liquidación completa a través de un procedimiento corporativo.

Cada una de estas alternativas plantea ventajas e inconvenientes de distinta índole que exploraremos en los siguientes apartados. Desde la perspectiva que nos interesa, cada una de las alternativas se complica en situación de conflicto. En nuestra opinión, y esta es nuestra principal tesis, el acuerdo de mediación puede remover parte de los obstáculos a estas operaciones como parte de la solución del litigio planteado entre las partes.

A continuación analizaremos sumariamente la problemática de cada una de estas alternativas y la solución que para las mismas se puede obtener en el acuerdo de mediación, valorándolas desde la menos útil o probable —la venta entre socios— a las más interesantes y generalmente convenientes —la entrada de un tercero— con la compra de la totalidad o parte de la sociedad, para terminar con un supuesto más complejo como es la disolución sin liquidación completa.

V. PARA LA VENTA DE LA PARTICIPACIÓN ¿ES NECESARIA LA MEDIACIÓN?

En los apartados anteriores hemos alcanzado de la conclusión de que la venta es la mejor solución para el conflicto, la única definitiva. Esta realidad no deja de ser una evidencia para quienes están en el conflicto. De hecho, en muchos casos, el minoritario tiene como objetivo precisamente el vender su participación, ya por ser su pretensión desde el inicio del conflicto ya por haber alcanzado la convicción durante el mismo de que su mejor opción es la venta. A su vez, el mayoritario, tampoco suele tener un motivo para mantener el contrato de sociedad con un socio enfrentado, particularmente cuando dicho socio ha judicializado la vida societaria provocando todos los daños y amenazas que hemos relacionado en un epígrafe anterior. De hecho, la estrategia querulante de muchos minoritarios pretende generar esta incomodidad para forzar la venta.

Si tan evidente es lo anterior, ¿cuál es la causa de que las partes no lleguen por sí mismas a esta solución amigable? Una parte importante de la respuesta a esta cuestión la podemos encontrar en el elemento precio, pero no solo. Otras circunstancias, como la ausencia de un mercado para las

participaciones minoritarias, los descuentos por minoría y por iliquidez, los derechos de adquisición preferente, la posibilidad de hacer una *due diligence* y el régimen de responsabilidad en las transmisiones de empresa, juegan un papel relevante, afectando a su vez muchas de ellas al precio.

La consideración de todos los elementos anteriores y su impacto sobre un posible acuerdo requieren una negociación compleja y honesta, negociación difícil cuando estamos en un entorno de conflicto, entre partes que se agreden, desconfían unas de otras y no están en disposición de mostrarse recíprocamente sus motivaciones profundas y sus expectativas reales. Ese difícil proceso de negociación se puede ver facilitado por un proceso de mediación en el que, tomando una cierta distancia de lo inminente, del conflicto, se dirija el foco hacia la solución.

Conviene describir sumariamente los elementos enunciados ya que van a tener un peso relevante en el estudio de las posibles soluciones.

La ausencia de un mercado para la compra de participaciones minoritarias constituye una realidad en el ámbito de las sociedades cerradas, la abrumadora mayoría en nuestro tejido empresarial. Si el minoritario se aproxima al mercado con la pretensión de vender su participación va a encontrar pocos compradores no oportunistas que tengan interés en esa participación.

Ante quienes sí lo tengan, cuatro serán los obstáculos principales que se van a presentar y que conviene reseñar y exponer sumariamente, sin entrar en profundidad, en aras a explorar luego posibles soluciones.

El primero, en cuanto al precio. El minoritario partirá de la convicción de que si consigue acreditar que la sociedad vale, pongamos 100, y él es titular de un 32%, su participación debe valorarse en 32. Sin embargo, el potencial comprador de una participación minoritaria argüirá que no es así, que la falta de liquidez en el mercado exige una reducción del precio ya que la dificultad para vender el activo devalúa su valor objetivo, y que la falta de control, la condición de minoritario, cuyas consecuencias está precisamente padeciendo el minoritario, y que se concretan en un acceso limitado a la información, la imposibilidad de intervenir en la gestión y el poco peso en las decisiones sociales en las que deberá someterse a la mayoría, reducen el valor de la participación.

Llevado al extremo, en una sociedad con valor 100, quien es titular del 51% nunca venderá un 2% por un precio de 2 a quien es titular del 49%. El control tiene un valor por sí mismo y es alto. A partir de aquí, cuanto menor sea el porcentaje mayor será el descuento por minoría, a medida que se vayan perdiendo los umbrales que otorgan derechos, como por ejemplo el 33,3% en las sociedades de responsabilidad limitada que permite bloquear la adopción de acuerdo ultra cualificados (199.b) LSC), el 25% que impide determinadas restricciones del derecho de información (196 y 197 LSC) o el 5% que no solo es el umbral de muchos derechos de minoría sino que tiene una importante consecuencia fiscal para los socios personas jurídicas en materia de doble imposición y, por lo tanto, de rendimiento efectivo del dividendo.

Conviene tener presente que ese descuento por minoría no tiene impacto en el socio mayoritario cuando es adquirente, ya que el valor proporcional sobre el valor total de las participaciones que

adquiere no se ve minorado por la ausencia de control, ya que lo tiene gracias a la participación previa a la transmisión.

El segundo, en cuanto a la información. El socio por su condición tiene derecho de información, pero dicho derecho de información es limitado, no alcanza a cualquier elemento de la empresa y en cualquier momento y formato. Todo el que ha participado en procesos de *due diligence* conoce de la extensión y profundidad de estos, y del nivel de detalle y concreción de la información que se requiere, no circunscribiéndose desde luego a lo que quedaría amparado por el derecho de información y no limitándose a aspectos actuales, sino también pasados —por las eventuales contingencias— y futuros, como planes de negocio o proyecciones de tesorería, para valorar la viabilidad y expectativas de la inversión. El adquirente común requiere de este tipo y nivel de información, y el minoritario, en circunstancias normales, no está en absoluto en condiciones de proporcionárselo. Cuando el minoritario se dirige al mayoritario pidiendo su colaboración para proporcionar la información, particularmente en conflicto, pero no sólo, su negativa es rotunda.

El potencial adquirente ante la imposibilidad de proceder a una valoración y a una ponderación de riesgo desistirá en la mayoría de los casos. Si eventualmente no lo hace, será a costa de una sustancial rebaja en el precio y un agravamiento del ya de por sí severo régimen de responsabilidades y garantías, lo que disuadirá al minoritario de la venta, al obtener menos de lo esperado y además con carácter contingente, dependiente de la situación de una sociedad que ni gestiona ni controla.

El mayoritario va a ser reacio a facilitar una información que puede acabar en manos de un competidor y que, eventualmente, puede ser de utilidad al minoritario en conflicto en sus procesos actuales o futuros frente a la compañía, sus socios o sus administradores.

Véase de nuevo cómo esta circunstancia no aplicaría al mayoritario como adquirente, ya que dispone de la información de manera directa y es quien mejor conoce el riesgo, y a la vez lo controla y lo gestiona.

Aunque, no es el mayor de los obstáculos, ni el que tiene más difícil solución, mencionar un tercer obstáculo para la venta: la ausencia de colaboración por el mayoritario. El eventual adquirente, salvo en supuestos excepcionales, valorará como un elemento muchas veces determinante el llegar a algún tipo de entendimiento con el mayoritario. Al margen de algún célebre «opante» de hace algunos años, ya fallecido, de competidores que puedan tener un interés en posicionarse como socios y de especialistas en compras oportunistas, normalmente a derribo, no es probable encontrar a quien compra la participación de un socio en conflicto sin algún tipo de beneplácito y/o acuerdo con el mayoritario.

La condición de minoritario es débil por sí misma, pero más cuando se enfrenta a un mayoritario hostil que se muestra contrario a su entrada y que se siente legitimado a una conducta beligerante con el recién llegado al haberle manifestado su oposición con carácter previo a su entrada. Desde luego, el mayoritario difícilmente le concederá algún derecho gratuitamente que le ayude a preservar su posición como minoritario. Si lo hace, será por un precio de alguna naturaleza que

supondrá un mayor coste de adquisición para el nuevo socio, quien lo descontará del que deba satisfacer al minoritario vendedor.

Huelga decir que, una vez más, este obstáculo no aplica cuando el comprador es el propio mayoritario.

El cuarto obstáculo lo constituye el derecho de adquisición preferente del que en las sociedades cerradas normalmente disponen el resto de los socios y, entre ellos, el mayoritario, ya sea por normas legales (la posibilidad de no autorizar la transmisión conforme al 107.2º en las sociedades de responsabilidad limitada y postularse como adquirente o designar un tercero), estatutarias —tan frecuentes—, o por disposiciones específicas en pactos parasociales. El derecho de adquisición preferente supone un obstáculo por sí mismo y además una justificación de los que hemos descrito anteriormente.

Por sí mismo, en la medida en que los potenciales adquirentes serán reacios a embarcarse en un proceso de negociación y valoración de una participación minoritaria en la compañía sabedores que, al final del mismo, cuando hayan llegado al lejano puerto de un acuerdo con el vendedor y formulen una oferta en firme tras el desgaste y el coste de una negociación, un tercero, desde la posición privilegiada del mayoritario, podrá levantar la mano y decidir que se lo adjudica por ese mismo precio y condiciones, sin compensación alguna al ofertante que, tras el proceso se encuentra compuesto y sin novia, dicho coloquialmente. No es infrecuente que cuando el minoritario no ha podido conseguir una renuncia *ab initio* por el mayoritario de su derecho de tanteo —nunca en conflicto—, el potencial adquirente imponga una penalización al minoritario para el supuesto de que habiendo ofertado no pueda consumar la adquisición como consecuencia del tanteo ejercitado por un tercero, con el fin de que absorba parte de sus costes de transacción.

Pero además de este efecto disuasorio para la negociación, el disponer de un derecho de tanteo para adquirir por el precio que ofrezca un tercero constituye un elemento determinante para la conducta del socio mayoritario consistente en no facilitar información y en mostrarse hostil al pretendiente a socio. Cuanto más bajo sea el precio que ofrezca el tercero al minoritario menos costoso será ejercitar el derecho de adquisición preferente e, incluso cuando no hay tal derecho, comprar en el futuro al nuevo minoritario, quien al tener un coste de adquisición más bajo, requerirá de un precio menor para obtener un retorno satisfactorio.

Hemos sintetizado en estas notas las dificultades del minoritario para la venta, lo que le sitúa prisionero de sus títulos, según feliz expresión de la doctrina. Veamos qué implica todo lo descrito para una eventual solución en un acuerdo de mediación.

VI. VENTA ENTRE LOS SOCIOS EN CONFLICTO

El apartado anterior pone de manifiesto que el comprador objetivamente más competitivo para la participación del minoritario en conflicto es el mayoritario a quien se enfrenta. Resumamos los motivos:

- El socio mayoritario no se ve perjudicado por los descuentos por iliquidez y minoría, ya tiene el control y simplemente lo refuerza o incrementa, reduciendo el riesgo de minoritarios conflictivos.

- El socio mayoritario no necesita un complejo proceso de *due diligence*, lo que reduce significativamente los costes, incertidumbres y tiempos de transacción, con el impacto que tienen en precio y que suponen un descuento cuando compra un tercero.

- No es habitual que el socio mayoritario exija un complejo régimen de manifestaciones y garantías, que cuestionaría su propia gestión, ni, en consecuencia que imponga elevadas retenciones de precio, entrega de avales o constitución de *escrows*. Si acaso, responsabilidades y garantías específicas respecto a riesgos conocidos o esperados, naturalmente inferiores a los que impone un tercero. Esto simplifica la negociación, reduciendo su coste, y permite que el precio percibido por el minoritario no sea contingente.

- Evidentemente, el mayoritario no se ve afectado por el riesgo descrito de tener que esperar al final del proceso para conocer si puede consumar la operación, ya que no habrá un tercero con derecho de adquisición preferente. Tampoco necesitará negociar un contenido mínimo de derechos dentro del contrato de sociedad.

Pues bien, si la solución definitiva al conflicto es la salida del minoritario y el comprador más competitivo es el mayoritario, ¿porqué decimos que es la solución de venta menos habitual?

Tres son en nuestra opinión los principales motivos que se presentan con carácter general: la ausencia de incentivos del mayoritario para satisfacer un precio por unas participaciones de quien está litigando frente a él, la reticencia del minoritario a aceptar un precio de quien le está en su opinión «oprimiendo» que no sea, al menos, el resultado de aplicar su porcentaje de participación al que considera el valor total de la compañía, y la dificultad para abrir una negociación en términos equilibrados en un escenario de conflicto en el que las aproximaciones suelen interpretarse como manifestaciones de debilidad. A los anteriores, en ocasiones hay que sumar la falta de recursos por el mayoritario —o por la propia compañía— para satisfacer el precio de la participación del minoritario.

La mediación constituye un procedimiento idóneo para que se pueda ponderar esta solución sin desvelar estrategias a la otra parte y sin mostrar debilidad. Parte del esfuerzo del mediador deberá dirigirse a que las partes puedan valorar una eventual venta sin tener la percepción de que si no alcanzan un acuerdo habrán «perdido plumas» en el proceso.

Se trata de que las partes en la mediación, a la par que buscan soluciones al litigio o litigios concretos que les enfrentan, exploren una solución definitiva de venta entre sí.

El mayoritario deberá ver que las dificultades de venta en el mercado por el minoritario constituyen una oportunidad en cuanto a precio, pero también el que se pueda perpetuar el conflicto con el coste y desgaste para la empresa que hemos expuesto, con los riesgos de todo litigio y sin que tener un socio querulante produzca beneficio alguno, sabiendo que cuanto menores sean sus posibilidades de

salida mayor será probablemente su agresividad. Cuando la empresa es familiar, el valorar las ventajas de acabar con un conflicto que contamina lo afectivo. También, como la compra a un precio bajo en un entorno de transacción le abre la posibilidad de una operación corporativa con la posterior venta a un tercero sí querido, con la oportunidad de obtener un margen en dicha operación.

El minoritario tendrá que entender que no puede pretender de un mayoritario que no está obligado a comprar, el precio consistente en una aplicación proporcional de su porcentaje al valor de la compañía cuando en el mercado no hay potenciales compradores, y cuando cualquier eventual adquirente le impondrá un descuento por minoría y por iliquidez, le exigirá una gravoso régimen de responsabilidades y garantías y reducirá del precio los costes de transacción —los propios del proceso y su eventual coste de llegar a un acuerdo de gobernanza con el mayoritario—. Máxime cuando sabe que, aun cuando encuentre un adquirente, el mayoritario podrá comprar al precio que este ofrezca, como se ha expuesto.

Además, si la perpetuación del conflicto es perjudicial para el mayoritario, también lo es para el minoritario. El daño a la empresa lo sufre en el porcentaje que participa en ella y el coste de litigación y monitorización para proteger sus derechos como socio lo soporta sin tener el retorno de ser socio. Obsérvese, que hasta cuando obtiene una condena en costas en las acciones frente a la sociedad, parte de lo que recibe y parte de lo que perciben los abogados, procuradores y peritos contrarios, es a su costa, en el porcentaje que participa en la sociedad pagadora.

La incentivación de la compra por el mayoritario, con los motivos descritos, y la reducción de la expectativa de precio por el minoritario, debieran favorecer el alcanzar un acuerdo que sí ponga fin definitivamente al conflicto, acuerdo que llevará lógicamente aparejada la transacción de los litigios en curso y la renuncia general a acciones por todas las partes implicadas.

Pero no siempre es posible este acuerdo, particularmente cuando el mayoritario, por falta de recursos o por cualquier otra causa, no tiene interés en adquirir el porcentaje del minoritario.

VII. A ENEMIGO QUE HUYE, PUENTE DE PLATA

En conversaciones informales con clientes a los que asesoramos en situaciones en conflicto, cuando les preguntamos si están contentos y cómodos con el socio minoritario querulante, la respuesta suele ser categóricamente negativa. Entonces ¿cuál es el motivo para impedirle que encuentre un comprador y abandone la sociedad dando entrada a otro con la misma posición jurídica y menor enconamiento y virulencia?

Cuando en la mediación no se ha producido la aproximación entre mayoritario y minoritario propuesta en el apartado anterior, la siguiente solución posible consiste en que las partes alcancen un acuerdo que facilite la entrada de terceros. Esto puede ser especialmente eficaz cuando el mayoritario no ha convenido en la compra por ausencia de recursos para hacerle frente.

Cuando el motivo sea la falta de acuerdo sobre el precio, el punto de partida del posible acuerdo consistirá en condicionar el que el minoritario pueda vender a que encuentre un precio superior al

máximo que le ofreció el mayoritario. De este modo, las propuestas que se formularán a continuación solo serán eficaces cuando el minoritario demuestre, con la obtención de una oferta superior, que el precio ofertado por el mayoritario no era de mercado.

Los incentivos para mayoritario y minoritario coincidirán en gran medida con los expuestos en el apartado anterior.

Los aspectos que cabe valorar como objeto del acuerdo de mediación pueden ser, entre otros, los que formularemos a continuación, y que estarían encaminados a que el comprador removiera total o parcialmente los obstáculos expuestos que dificultan la venta por el minoritario, a cambio de una renuncia de acciones por el minoritario, de la asunción por este de ciertas obligaciones como la no competencia o el *non solicitation* respecto a trabajadores y directivos, de poder influir en la condición del potencial adquirente, o de reservarse o imponer ciertos derechos y obligaciones al socio entrante o, incluso, de cobrar una prima de éxito en el caso de que el minoritario pueda encontrar un comprador. Nos detendremos en los aspectos generales de cada una de estas convenciones.

La renuncia de acciones y la transacción de los litigios en curso estará normalmente condicionada a la efectiva venta, pero se pueden pactar cuestiones como una suspensión de los mismos mientras está en marcha el proceso de venta, una asunción de parte de los costes de los mismos si el minoritario logra una venta, e incluso la retirada de acciones como las penales o las que afecten personalmente a los administradores aun cuando no se logre la venta, y siempre y cuando el mayoritario cumpla con su obligación de facilitarla. Téngase en cuenta que la venta a terceros sin un pacto con el mayoritario no implica necesariamente la terminación de los litigios, sin perjuicio de los efectos de una eventual pérdida sobrevenida de legitimación.

En una venta directa por el minoritario a un tercero, este no asumirá necesariamente obligaciones de no competir o restricciones a la contratación de personal de la empresa. Esto supone una amenaza para la misma, especialmente si el socio saliente, que tendrá liquidez para invertir y libertad para trabajar en o para otra compañía, ha tenido en algún momento una participación relevante en la gestión de la sociedad que pretende abandonar. Interesa por tanto al mayoritario, para preservar la empresa y siempre dentro de los límites del derecho de la competencia, condicionar su colaboración a que el socio saliente asuma ciertas restricciones como las mencionadas.

Se puede pactar también el condicionamiento general de la operación a que el posible comprador cumpla determinados requisitos objetivos, como el no ser un competidor o tener ciertas características positivas.

El establecimiento de un pacto de socios impuesto al eventual adquirente que constituya una condición a, por ejemplo, la renuncia por el mayoritario al derecho de tanteo. Este pacto puede comprender tanto normas de buen gobierno como condiciones del régimen de transmisión de acciones o participaciones, como sería el *drag alone* o incluso un derecho de opción sobre dichas participaciones que permitiera al mayoritario comprar en el futuro esa participación a un precio pre pactado, lógicamente superior al que hubiera satisfecho el adquirente o referenciado a una

magnitud acordada, como múltiplos de EBIDTA.

Incluso, como se ha anunciado, el mayoritario podría pactar una prima de éxito que retribuyera esta colaboración en el caso de que el minoritario encontrara un comprador, prima que podría ser escalonada en función del precio final, lo que constituiría un incentivo positivo para que el mayoritario participara en la búsqueda del adquirente y coadyubara a la maximización del precio, tanto despejando contingencias como facilitando el acuerdo de socios con el potencial adquirente. Este incentivo hará al mayoritario más sensible a los particulares requerimientos de un potencial adquirente.

Por último, se puede pactar con el minoritario para facilitarle la venta que si, pese a la colaboración del mayoritario no logra una venta, conceda al mayoritario ciertos derechos, como un derecho de opción a determinado precio, lógicamente alineado con la expectativa que tuviera el minoritario respecto al proceso, o la concesión de un *drag along*. No dejan de ser derechos que facilitan el objetivo último del minoritario, la venta por un precio aceptado o justo, téngase en cuenta que en el *drag along* ordinario se mutualiza el precio entre los socios, vendiéndose cada acción o participación al mismo precio con independencia del porcentaje que represente.

En cuanto a la concreción de esa colaboración por parte del mayoritario, cabe destacar los siguientes aspectos.

Relativos al precio y los derechos de venta: la renuncia por el mayoritario al derecho de adquisición preferente si el precio supera determinado importe y, paralelamente, la obligación de venta por el minoritario si encuentra el mayoritario un tercero que le compre por encima de determinado umbral.

Relativos a facilitar la *due diligence*. Someterla a determinas condiciones y limitaciones como las siguientes: a) previa suscripción de un compromiso de confidencialidad en beneficio de la sociedad; b) asumir el minoritario o el adquirente todos los costes del procedimiento de *due diligence* y satisfacer a la sociedad un importe pactado por el tiempo que los directivos de la Sociedad deban emplear en dar el soporte necesario para la realización del informe y otros costes asociados al proceso; c) acordar el despacho y/o entidad que deba realizar el informe de *due diligence*; d) pactar un procedimiento con instrucciones precisas a la entidad encargada de la *due diligence* para que causen los mínimos perjuicios y distorsiones posibles a la sociedad; e) el acordar que el informe de *due diligence* se deberá facilitar a la sociedad; y, f) en ningún caso la información obtenida en el proceso podrá utilizarse en acciones o procedimientos contra la sociedad, los socios o los administradores, pudiéndose incluso limitar el acceso de la información de soporte de modo que solo puedan consultarla los asesores y con determinadas restricciones, incluso del modo de manifestarla en el informe, pero no el socio ni los potenciales adquirentes, de manera que luego no pueda ser usada en perjuicio del mayoritario o sus intereses.

Como se ve, se trata de un complejo equilibrio de intereses pero que puede ser beneficioso para ambas partes, si se articula adecuadamente, y constituir parte de un acuerdo de mediación exitoso. A enemigo que huye...

VIII. LA VENTA DE LA TOTALIDAD DE LA COMPAÑÍA

Habrá ocasiones en las que la mejor opción pueda ser la venta de la totalidad de la compañía. La experiencia pone de manifiesto que esta posibilidad se presenta al menos en los siguientes escenarios: cuando no hay un mayoritario sino distintos socios en conflicto entre sí sin una alianza mayoritaria estable, cuando estamos ante una *Joint Venture* 50/50, cuando el mayoritario no es un socio tecnológico , industrial o con *know-how*, no se trata de una posición estratégica, o cuando la venta de una participación minoritaria es inviable y la convivencia insostenible.

Se trata de escenarios heterogéneos, por lo que en estos casos el acuerdo de mediación será diverso en función de las características de cada uno de ellos.

En estos casos, el acuerdo en la mediación incluye una obligación irrevocable de venta por parte de los distintos socios supeditada a obtener una oferta con determinadas características mínimas de precio y condiciones, renunciando a cualquier derecho de adquisición preferente, para incentivar que todos los socios colaboren conjuntamente en la búsqueda de un comprador competitivo y del mejor precio posible. Además de la traslación de todo lo expuesto hasta ahora, las siguientes cuestiones suelen ser objeto de discusión y, en su caso, acuerdo.

Para profesionalizar la venta y evitar los conflictos en el proceso objetivándolo, es habitual dar un mandato a un prestador de servicios en materia de transacciones para que busque un comprador dentro del marco acordado y negocie las condiciones de la operación de venta.

La condición principal es un precio mínimo que suele estar mutualizado, cobrando cada socio un porcentaje de precio equivalente al de su participación. No obstante, nada impide que esto no sea así y se reparta de modo no proporcional, aplicando consensuadamente un descuento por minoría, o atendiendo a otros criterios, como cuando las obligaciones frente al vendedor no son a su vez proporcionales, como cuando se pacta un régimen asimétrico de responsabilidades o se asumen distintos compromisos de permanencia u obligaciones de no competencia. Esta proporcionalidad es prácticamente innegociable cuando los vendedores participan en igual porcentaje.

Uno de los supuestos de asimetría indirecta del precio se produce cuando se pacta la permanencia retribuida de personas vinculadas al socio gestor, debiéndose pactar la horquilla de dicha retribución que debiera ser de mercado para evitar que sirva de prima encubierta.

La asignación proporcional de responsabilidades suele ser un tema no pacífico, quizá el más difícil de lidiar. La proporcionalidad, norma natural cuando no hay conflicto, se cuestiona en los supuestos de enfrentamiento. Obedece esta particularidad a que el socio minoritario, quien no ha participado en la gestión contra su voluntad y no tiene muchas veces la información que ha pretendido, se resiste a hacerse responsable de unas eventuales contingencias que no ha generado —en ocasiones las ha denunciado— y no por haber confiado la administración a un tercero, sino por habérsele vedado el acceso a la misma e incluso, habiéndosele expulsado de la misma. El argumento del mayoritario suele consistir en que como gestor también es el artífice del valor de la compañía del que se beneficia el minoritario, lógicamente este argumento decae cuando la evolución de la

compañía bajo su gestión excluyendo al minoritario ha sido negativa.

No resulta sencillo encontrar solución a esta diferencia. Una posibilidad que hemos utilizado en ocasiones consiste en discriminar el régimen de responsabilidades en función de la naturaleza y origen de la contingencia. En todo caso, la mejor solución es sin duda la contratación de un seguro de W&I que modifique la asignación de riesgos. Cuando no se implementa, esta solución y hay algún régimen de corresponsabilidad de las contingencias, se debe regular como cogestionar las mismas, ya que decisiones no consensuadas pueden provocar perjuicios, como que un vendedor acepte la responsabilidad por una contingencia mientras el otro vendedor la niega, o que no coincidan en la estrategia procesal perjudicándose recíprocamente.

Otro acuerdo necesario es el ya expresado en otro apartado de transacción de litigios y renuncia de acciones. También deberán establecerse unas cautelas como las indicadas también en un apartado anterior respecto a la protección de la información de la compañía para que no pueda ser utilizada por competidores o por los socios en conflicto en caso de frustración de la venta.

La venta del todo suele ser más fácil que la de una parte, en cuanto a búsqueda de un comprador, pero exige como presupuesto que todas las partes convengan en la conveniencia y ventajas de una desinversión conjunta y en las condiciones para la misma. La frustración de la venta devuelve a las partes a la casilla de salida, al conflicto, salvo que las partes hayan convenido en la mediación un acuerdo de aplicación subsidiaria para esta eventualidad.

IX. LA LIQUIDACIÓN ORDENADA

La última solución, sobre la que formularemos una mera mención genérica, consiste no en la venta sino en la terminación del contrato de sociedad mediante su liquidación ordenada, no mediante la venta de los activos, la satisfacción de los pasivos y el pago de la cuota de liquidación resultante, sino mediante la asignación consensuada de activos y pasivos a los socios.

Esta solución no es posible en todos los casos, sino que requiere como presupuesto el que sea segmentable el activo societario sin merma de su valor. Esto puede ocurrir cuando se trata de sociedades meramente patrimoniales con diversos activos, cuando existe un patrimonio separable por haber distintas unidades de negocio o activos valiosos no afectos a la actividad y por lo tanto segregables de la misma.

Cumplido ese presupuesto, son diversos los procedimientos que permiten ese resultado, tales como determinadas modificaciones estructurales, así las escisiones total o parcial, la cesión plural global de activo y pasivo siendo beneficiarios los distintos socios, una reducción de capital con devolución de aportaciones, e incluso la disolución liquidación con pago en especie.

Además de incorporar los distintos acuerdos mencionados a lo largo de estas páginas y adaptados a esta realidad, hay que tener particularmente presente el aspecto fiscal que puede resultar crítico a la hora de valorar alternativas.

El acuerdo de mediación en estos casos es particularmente eficaz, ya que no depende de encontrar un tercero que compre en las condiciones pactadas, sino que su ejecución depende exclusivamente de las partes que lo han alcanzado.

(1) J.M. Rojí Buqueras, «Utilidad y actualidad del arbitraje societario», *Anuario de Justicia Alternativa*, vol.15, 2019.

Ver Texto

(2) J.M. Rojí Buqueras, «La mediación en los conflictos societarios en la empresa familiar», *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, n.º 3, 2020.

Ver Texto

(3) J.M. Rojí Buqueras, «Cuando despertó, el dinosaurio todavía estaba allí. Conflicto de socios y mediación», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XXVI, n.º 969, 22 de diciembre de 2020.

Ver Texto

Del cisne negro Covid-19 a la mediación arrendaticia de vivienda habitual

From the black swan Covid-19 to mediation on housing lease

La presente contribución examina la mediación arrendaticia y la cláusula implícita *rebus sic stantibus*, en ocasión de la crisis económica originada por el Covid-19, como alternativa a la desvinculación del contrato y las medidas referidas a colectivos vulnerables. El trabajo analiza la mediación civil en aquellas prestaciones arrendaticias disponibles relativas a la vivienda habitual. La aplicación de la mediación arrendaticia permite reequilibrar el interés del acreedor, así como atender este cambio de circunstancias desde el remedio de adaptación del contrato para favorecer su cumplimiento.

Arrendamiento de vivienda, Covid-19, Cláusula *rebus sic stantibus*, Mediación civil, Adaptación del contrato.

The paper examines mediation on housing lease and the *rebus sic stantibus* doctrine in the Covid-19 context, as an alternative to contract termination and eviction regulation for vulnerable people. The work analyses civil mediation on housing tenancy law. The purpose of this mediation framework is to rebalance the interest of the creditor, and to address a fundamental change of circumstances from contract adaptation in order to promote its enforcement.

Housing lease, Covid-19, *Rebus sic stantibus* doctrine, Civil mediation, Contract adaptation.

Cristina Argelich Comelles

Profesora Doctora de Derecho civil, acreditada a Profesor Contratado Doctor

Universidad de Cádiz

I. LA TEORÍA DEL CISNE NEGRO PARA EL COVID-19 Y REMEDIOS PRIVADOS PARA EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: MEDIDAS PARA COLECTIVOS VULNERABLES, CLÁUSULA IMPLÍCITA *REBUS SIC STANTIBUS* Y MEDIACIÓN CIVIL

La crisis económica originada por la pandemia de Covid-19 ha irrumpido sobrevenidamente en las relaciones contractuales, siguiendo el paradigma formulado por la teoría del cisne negro de Nassim Taleb (1) : se aplica a los sucesos imprevisibles en el análisis económico, de gran impacto y trascendencia, que no se habían tenido en cuenta en atención a su improbabilidad. La predictibilidad retrospectiva y su imprevisión ha fomentado la búsqueda, no solo de explicaciones para este

fenómeno, sino de soluciones legales y económicas ante la crisis mundial que ha provocado. El Derecho no es ajeno a este contexto, y en materia contractual son diversos los remedios aplicables, de los cuales centrarán la atención de este trabajo los relativos al arrendamiento de vivienda habitual.

En cuanto a los remedios privados aplicables, encontramos la cláusula implícita *rebus sic stantibus* (2) y sus expresiones en materia de adaptación o desvinculación del contrato: la teoría italiana de la *eccessiva onerosità* o excesiva onerosidad del contrato (3) , incorporada en el art. 6.2º de los Principios UNIDROIT y que implica la posterior renegociación del contrato; la teoría francesa de la *imprévision* o imprevisión; y la teoría alemana de la *Geschäftsgrundlage* (4) o de la base del negocio, dispuesta en el § 313 BGB, para el caso de desaparición de la base subjetiva u objetiva del contrato. Muchas son las prestaciones arrendaticias relativas a la vivienda habitual cuyo cumplimiento podría adaptarse por vía de la cláusula *rebus sic stantibus*, en lugar de imposibilitar de raíz la satisfacción del interés del acreedor; esta última posibilidad solamente tiene sentido cuando, por razones de justicia material, se apruebe una normativa (5) *ad hoc* dirigida a colectivos vulnerables. En España, estos instrumentos (6) tuitivos se concretan en: la suspensión de los procedimientos de desahucio y de lanzamiento cuando no exista alternativa habitacional, nuevamente prorrogada (7) hasta la finalización del estado de alarma; la prórroga automática —y forzosa, aunque temporal— del arrendamiento; y una moratoria de la deuda arrendaticia.

Diversas han sido las incursiones doctrinales en otros remedios, como la fuerza mayor *ex* art. 1105 Cc; algunos autores (8) recuerdan que en las relaciones contractuales solo puede aplicarse cuando incide en las prestaciones personales —como la enfermedad o el fallecimiento—, sin que deban apreciarse circunstancias extrínsecas, como lo es en definitiva el Covid-19. Además, habida cuenta de que solamente los colectivos vulnerables gozan de una normativa tuitiva, parece que es una solución inadecuada la extensión de la exoneración del deudor de su obligación principal y la desatención completa del interés del acreedor. Por todo ello, la cláusula *rebus sic stantibus* se ajusta mejor que la fuerza mayor a la naturaleza del evento que nos ocupa, y reequilibra adecuadamente los intereses de las partes.

Otra solución la encontramos en la mediación en los derechos privados disponibles, que centrará el objeto del presente artículo. En particular, se examinará la mediación en las prestaciones disponibles del arrendamiento de vivienda habitual, remitiéndonos a otros trabajos (9) acerca de los remedios privados para el arrendamiento de local de negocio, así como los préstamos hipotecarios B2C que quedan excluidos de la normativa *ad hoc* referida.

II. DE ODILE O EL CISNE NEGRO COVID-19 A ODETTE O EL CISNE BLANCO DE LA MEDIACIÓN ARRENDATICIA DE VIVIENDA HABITUAL: PRESTACIONES SUSCEPTIBLES DE MEDIACIÓN

La mediación arrendaticia —metafóricamente, el cisne blanco Odette— y la cláusula *rebus sic stantibus* deben constituir la alternativa a la desvinculación del contrato , así como la cobertura necesaria para los colectivos que no se ven atendidos frente al simbólico cisne negro Odile. En otras palabras, ambos personajes del conocido ballet son interpretados por la misma bailarina; *ergo*

nuestro cisne negro Covid-19, como evento imprevisible e indeseado, debe reconducirse hacia la mediación para convertirse en un cisne blanco o solución. La aplicación de la mediación en las prestaciones disponibles del arrendamiento de vivienda habitual permite reequilibrar el interés del acreedor y atender este cambio de circunstancias desde la adaptación del contrato, como remedio privado para favorecer su cumplimiento. Por ello, estudiaremos la mediación en materia de arrendamientos urbanos en las prestaciones reguladas en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (10) —en adelante LAU 1994—, reformada mediante el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (11) .

1. Duración del contrato: plazo mínimo y prórroga del contrato

La reforma del art. 9 LAU 1994, operada por el Real Decreto-ley 7/2019, establece un plazo mínimo de cinco años del contrato de arrendamiento para las personas físicas, y de siete años para las personas jurídicas, con independencia de si el arrendamiento se destina a vivienda o a local de negocio. La DT primera de dicha reforma no dispone el carácter retroactivo del plazo mínimo del arrendamiento ni de su prórroga, y permite que las partes puedan pactar el sometimiento al régimen jurídico establecido por el Real Decreto-ley 7/2019. Existe una regulación específica acerca del plazo mínimo del arrendamiento en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (12) , en relación con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Establece en su anexo que, si un deudor hipotecario ha solicitado en el procedimiento de ejecución una dación en pago, podrá permanecer en la vivienda sobre la que recae dicha ejecución bajo determinadas premisas (13) , reduciendo su duración a dos años improrrogables por tratarse de una excepción al régimen general.

> La mediación arrendaticia y la cláusula *rebus sic stantibus* deben constituir la alternativa a la desvinculación del contrato, así como la cobertura necesaria para los colectivos que no se ven atendidos

El plazo mínimo resulta disponible para el arrendatario —sin tener que alegar ninguna causa ni pagar indemnización alguna al arrendador—, porque podrá desistir si han trascurrido como mínimo seis meses, y con un preaviso de dos meses, de acuerdo la reforma del Real Decreto-ley 7/2019. Sin embargo, este plazo es forzoso para el arrendador, que solo podrá interrumpir el sistema de prórrogas del arrendamiento para cumplir el plazo mínimo, una vez haya transcurrido el primer año de duración del contrato, según prevé el art. 9 LAU 1994, si concurre la causa de necesidad especificada en dicho precepto. La mediación respecto del plazo mínimo, por tratarse de una norma imperativa, únicamente va a tener cabida en la causa de excepción a dicho plazo, es decir, que el arrendador necesite el inmueble para sí o sus familiares durante el transcurso de dicho plazo mínimo. En este caso, la mediación va a permitir un desalojo pactado, puesto que el plazo de preaviso para la resolución del contrato a instancias del arrendador es de cuatro meses.

Por su parte, el art. 10 dispone la posibilidad de que el arrendamiento se prorrogue por un plazo de

tres años más. A la finalización de ese plazo, si las partes continúan ejecutando las prestaciones del contrato se entenderá renovado anualmente, en virtud de la tácita reconducción prevista en el art. 1566 del Código Civil. Por tratarse ambas normas de naturaleza dispositiva, debemos entender que la mediación tiene plena validez cuando afecte a las prestaciones del contrato ejecutadas en este período, e incluso para renegociar determinadas prestaciones, como por ejemplo el incremento de la renta.

2. Cesión del contrato, subarriendo y subrogación

El art. 8 LAU 1994 regula la cesión del arrendamiento. El arrendatario puede subarrendar la vivienda arrendada de forma parcial, de conformidad con el art. 8 LAU 1994. Para ello debe mediar el consentimiento del arrendador, que la norma exige que sea previo y escrito, aunque cabe admitirlo si es posterior y tácito (14) porque el consentimiento puede inducirse de cualquier otro documento escrito del arrendador en el que se contenga.

El arrendador deberá soportar la sustitución en la posición del arrendatario en diversos casos, aunque el Real Decreto-ley 7/2019 ha recuperado la posibilidad de renuncia a este derecho para los contratos con plazo contractual superior al plazo mínimo de cinco y siete años, es decir, tanto si se trata de una persona física como jurídica. En el caso de que la cesión sea total, estamos ante la subrogación del arrendatario, y la legislación arrendaticia lo prevé para tres supuestos diferentes: la subrogación *mortis causa* del arrendatario, *ex* arts. 15 y 16 LAU 1994; la subrogación por el cónyuge del arrendatario, conforme al art. 12.2 LAU 1994; y la subrogación por nulidad, separación judicial o divorcio del arrendatario, de acuerdo con el art. 15 LAU 1994.

Para la cesión en el arrendamiento de vivienda por parte del arrendatario, es necesario el consentimiento escrito del arrendador, por ejemplo, para constituir un subarrendamiento total o parcial. En ambos casos, la mediación permite facilitar el acuerdo entre las partes, especialmente en caso de subrogación, pues ello implica en la práctica el cambio del arrendatario por otra persona designada legalmente que va a ocupar su lugar en la relación contractual. En estos casos, la mediación debe centrarse en que el arrendador no impida materialmente la subrogación.

3. Desistimiento del contrato

El desistimiento del contrato por parte del arrendatario viene regulado en el art. 11 LAU 1994. El arrendatario deberá estar un mínimo de seis meses en la vivienda para poder desistir, o pagar el equivalente a seis mensualidades de renta. Si el arrendatario manifiesta su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge, podrá el arrendamiento continuar en beneficio del cónyuge. Asimismo, el arrendador podrá excepcionar el plazo mínimo si necesita la vivienda para sí o un tercero. La reforma de la normativa efectuada por el Real Decreto-ley 7/2019 establece un plazo de preaviso al arrendatario para comunicar el desistimiento al arrendador de dos meses. El arrendador podrá excepcionar los cinco años de plazo mínimo si necesita la vivienda para sí o un tercero, en cuyo caso el preaviso es de cuatro meses, en virtud de la ampliación de dicho plazo por el Real Decreto-ley 7/2019.

De conformidad con el art. 11 LAU 1994, modificado por el Real Decreto-ley 7/2019, el desistimiento

podrá efectuarse por la realización de obras en la vivienda, por la ejecución de obras de mejora por el arrendador, o si han transcurrido como mínimo seis meses del plazo mínimo, preavisando al arrendador con dos meses de antelación. Las partes pueden pactar que el arrendatario indemnice al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad (15) de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir, o la compensación proporcional a la parte incumplida. En este sentido, la mediación únicamente va a operar como mecanismo de facilitación de la comunicación de las partes, e incluso como mecanismo preventivo de abusos por parte del arrendador, como el cobro de más mensualidades que las correspondientes a los seis meses.

4. Renta

La regulación de la renta del arrendamiento se encuentra en los arts. 17-20 LAU 1994. La renta (16) del arrendamiento de vivienda es libre, como prevén los arts. 17.1 y 4.3 LAU 1994, y no se podrá exigir por adelantado el pago de más de una mensualidad de renta, en virtud del art. 17.2 LAU 1994. Las partes pueden pactar que el arrendamiento sea *ad meliorandum* —integrados en la categoría de los arrendamientos complejos (17) —, es decir, que una parte o la totalidad de la renta se satisfaga (18) con la rehabilitación de la vivienda arrendada durante un plazo determinado, como establece el art. 17.5. De conformidad con el art. 18, se permite la actualización de la renta, pero es potestativa de las partes. En caso de actualización, su incremento queda sujeto al IPC durante la vigencia del contrato. Finalmente, también podrá elevarse la renta por las mejoras efectuadas en el inmueble una vez transcurrido el plazo mínimo del contrato, según el art. 19. La controversia respecto de la renta susceptible de mediación es el incremento de la renta, en cuyo caso deberá advertirse al arrendador de los límites legales de dicha actualización; un incremento desproporcionado, además de contravenir la norma, puede ser utilizado como mecanismo para expulsar materialmente al arrendatario de la vivienda.

5. Fianza

El arrendador tiene derecho a recibir la fianza, de conformidad con el art. 36.1 LAU 1994. Una vez haya finalizado el plazo por el que se ha arrendado, si no se ha producido ningún desperfecto (19) en la vivienda ni se ha impagado la renta, el arrendador deberá devolver el importe de la fianza al arrendatario. En el arrendamiento de vivienda, esta fianza se encuentra limitada por la ley: solo puede ser equivalente a una mensualidad de renta y tiene que abonarse en metálico. De acuerdo con el art. 36, también reformado por el Real Decreto-ley 7/2019, las garantías adicionales en el arrendamiento de vivienda no podrán superar las dos mensualidades de renta. La fianza no se sujeta a actualización durante los cinco primeros años de contrato (20) , de acuerdo con el art. 36.2º LAU 1994. A pesar de esta limitación, se podrá exigir su aumento por el arrendador o su disminución por el arrendatario en cada prórroga anual del plazo mínimo.

A la luz del régimen jurídico imperativo de la fianza, respecto de su determinación y actualización, la mediación quedará reservada para la devolución al concluir el arrendamiento. Es precisamente en la extinción del arrendamiento cuando pueden surgir las controversias, ante la falta de devolución de la fianza cuando proceda o su reducción unilateral por el arrendador. Ello sucederá especialmente en las Comunidades Autónomas que no han previsto el depósito obligatorio de la fianza, y en todo el

territorio nacional respecto de las fianzas adicionales porque no se sujetan al depósito obligatorio.

6. Obras de conservación

El arrendador está obligado a realizar las obras de conservación de la vivienda, que son aquellas reparaciones necesarias para mantener las condiciones de habitabilidad de la vivienda. Estas reparaciones no dan derecho a elevar la renta (21) , como se establece en el art. 21 LAU 1994. El arrendatario está obligado a soportar dichas obras, con derecho a reducir la renta proporcionalmente, si duran más de 20 días, según el art. 21 LAU 1994. Si las obras hacen inhabitable la vivienda, el arrendatario podrá suspender el contrato o desistir, conforme al art. 26. Este precepto exige unas condiciones de habitabilidad; sin embargo, algunas Comunidades Autónomas no exigen disponer de una cédula de habitabilidad para poder arrendar una vivienda.

En este sentido, la mediación tendrá como función la de intermediación de las partes en los conflictos derivados de la ejecución de esas obras, o en la proporción de la reducción de la renta por su realización. En este caso, el arrendatario deberá tomar consciencia de un determinado umbral de tolerancia a la realización de dichas obras. Por su parte, el arrendador deberá concretar la proporcionalidad necesaria en la reducción de la renta por la parte de la vivienda que no se encuentra disponible, especialmente si ello afecta a las necesidades básicas del arrendatario.

7. Obras de mejora y obras de adaptación del arrendatario

Respecto de las obras de mejora (22) realizadas por el arrendador, el arrendatario deberá soportarlas si no se pueden diferir hasta la conclusión del arrendamiento, como dispone el art. 22 LAU 1994. El arrendador puede elevar la renta (23) por las obras de mejora ejecutadas por el propietario en la vivienda arrendada, una vez haya transcurrido el plazo mínimo del contrato de arrendamiento, según prevé el art. 19 LAU 1994. Por otra parte, las obras de adaptación de la vivienda del arrendatario requieren del consentimiento expreso del arrendador, según prevé el art. 23. En caso de que el arrendatario esté discapacitado, se pueden realizar estas obras con la notificación previa al arrendador, pero sin requerir su consentimiento *ex* art. 24.

En este sentido, la mediación tendrá la función de facilitar el acuerdo de las partes, en el caso de las obras de mejora que no se puedan posponer hasta la finalización del contrato, pues ocasionan unas molestias que no son aptas para garantizar la habitabilidad de la vivienda, a diferencia de las obras de conservación. Asimismo, la mediación también va a tener una función importante en el caso de las obras de adaptación cuando el arrendatario esté discapacitado, porque en este caso no se requiere el consentimiento del arrendador y ello puede ser fuente de controversias.

8. Resolución del contrato y extinción del arrendamiento

Los arts. 27 y 28 LAU 1994 se refieren a la resolución por incumplimiento y a la extinción del arrendamiento para uso de vivienda, respectivamente (24) ; a ellos hay que añadirles los supuestos de invalidez e ineficacia en sentido estricto. Se prevén como causas de extinción la pérdida de la finca arrendada por una causa no imputable al arrendador y la declaración firme de ruina. En consecuencia, el papel de la mediación deberá reservarse a la comprobación de la concurrencia del

supuesto de hecho y al control de la correcta resolución del contrato, a la apreciación de la correcta devolución del inmueble en el mismo estado en el que se entregó, y a la devolución de la fianza correspondiente.

III. REFLEXIONES FINALES ACERCA DE ODETTE

El cambio de circunstancias en las relaciones contractuales por el cisne negro Covid-19 puede atenderse, no solo desde los remedios privados, sino también desde la mediación en los derechos privados disponibles, o metafóricamente Odette como cisne blanco o posible solución. La autocomposición del conflicto arrendaticio presenta como ventaja una mayor agilidad en la resolución de las controversias derivadas de la ejecución de las prestaciones. Ello permite favorecer el sinalagma contractual y evitar la desconfianza, en aras de prevenir que el encono de las relaciones personales derive en la desvinculación o la existencia de abusos contractuales, con la finalidad de eludir la protección legal del arrendatario de vivienda habitual. En consecuencia, la mediación permite reequilibrar las posiciones de las partes para que ambas obtengan beneficios del acuerdo de mediación, en lugar de imponer la solución jurisdiccionalmente o mediante la gestión externa de las prestaciones del arrendamiento.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil,* II, *Derecho de Obligaciones,* Madrid, Edisofer, 2011.

ATAZ LÓPEZ, J., «Artículo 36. Fianza», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos,* Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

AVILÉS GARCÍA, J., «Arrendamiento de viviendas. Liberad de pactos y nuevo reequilibrio contractual tras la reforma legal de 2013», en R. Colina Garea (dir.), *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas. Perspectiva desde la reforma,* Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

CARRASCO PERERA, A., «Al fin la madre de todas las batallas del Covid-19: *Rebus sic stantibus*. Con ocasión de una reciente propuesta institucional», *INF: Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr,* 2, 2020.

CARRASCO PERERA, A., «Covid-19 y efectos contractuales», *Publicaciones Gómez-Acebo & Pombo,* 2020.

CARRASCO PERERA, A., «Permítame que le cuente la verdad sobre Covid-19 y fuerza mayor», *Centro de Estudios de Consumo,* 2020.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATOP, E. GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la Construcción y la Vivienda,* Madrid, Dilex, 2012.

CRESPO ALLUÉ, F., «Artículo 36. Fianza», en F. Crespo Allué, V. Guilarte Gutiérrez (dirs.),

Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos, Valladolid, *Lex* Nova, 2014.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial,* vol IV, *Las particulares relaciones obligatorias,* Madrid, Civitas, 2012.

FÍNEZ RATÓN, J.M., «Artículo 22», en F. Pantaleón Prieto (dir.), *Comentario a la ley de arrendamientos urbanos,* Madrid, Civitas, 1995.

GANUZA, J.J. y GÓMEZ POMAR, F., «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de Covid-19: guía de uso», *InDret,* 2, 2020.

GARCÍA PRESAS, I., «La protección legal de los derechos del arrendador antes y después de la reforma de la ley de arrendamientos urbanos (Ley 4/2013, de 4 de junio)», en R. Colina Garea (dir.), *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas. Perspectiva desde la reforma,* Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

GARCÍA RUBIO, M.P., «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del Covid-19 en España», *Revista de Derecho Civil,* vol. VII, 2, 2020.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Fuerza mayor», *Indret,* 2, 2020.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículo 17. Determinación de la renta», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos,* Pamplona, Aranzadi, 2013.

GREGORACI, B., «El impacto del Covid-19 en el Derecho de contratos español», *Anuario de Derecho Civil,* t. LXXIII, fasc. II, 2020.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Artículo 17. Determinación de la renta», en F. Crespo Allué, V. Guilarte Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos,* Valladolid, *Lex* Nova, 2014.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Artículo 8. Cesión del contrato y subarriendo», en F. Crespo Allué, Guilarte Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos, Valladolid, Lex Nova,* 2014.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones,* vol. I, *Parte General. Teoría General del Contrato*, Madrid, Dykinson, 2011, edición revisada por Francisco Rivero Hernández .

LARENZ, K., *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung «Veränderter Umstände»*, Zivilrecht, Berlin-München , C.H. Beck, 1963.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., «Artículo 22. Obras de mejora», en F. Crespo Allué, V. Guilarte Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos,* Valladolid, *Lex* Nova, 2014.

PARRA LUCÁN, M.A., «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret,* 4, 2015.

PARRA LUCÁN, M.A., *El Contrato de Arrendamiento de Vivienda: desde la Salvaguardia de los Derechos*

del Arrendatario a su Desprotección, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

PARRA LUCÁN, M.A., RAGEL SÁNCHEZ, L.F. y DE LA PEÑA VELASCO, G., «El contrato de arrendamiento urbano», en M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias,* t. III. *Contratos traslativos del uso o disfrute*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

QUICIOS MOLINA, S., «El Covid-19 y los arrendamientos de vivienda: medidas excepcionales del Real Decreto-ley 11-2020», *Centro de Estudios de Consumo,* 2020.

REGLERO CAMPOS, L.F. y COSTAS RODAL, L., «Artículo 8. Cesión del contrato y subarriendo», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos,* Pamplona, Aranzadi, 2013.

RODRÍGUEZ MORATA, F.A., «Artículo 22. Obras de mejora», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos,* Pamplona, Aranzadi, 2013.

ROJO AJURIA, L., «Artículo 36», en F. Pantaleón Prieto (dir.), *Comentario a la ley de arrendamientos urbanos,* Madrid, Civitas, 1995.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «Desistimiento unilateral del contrato por el arrendatario y cláusula «*rebus sic stantibus*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* n.º 765, 2018.

SAGRERA RULL, J., «Consecuencias jurídicas del desistimiento anticipado por parte del arrendatario de un contrato de arrendamiento de inmueble urbano», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* n.º 765, 2018.

SALVADOR CODERCH, P., «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *InDret,* 4, 2009.

TALEB, N., *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable,* New York, Penguin Random House, 2007.

VÁZQUEZ BARROS, S., *Ley de arrendamientos urbanos: Ley 29/1994, de 24 de noviembre: Ley 19/2009, de 23 de noviembre,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

(1) N. Taleb, *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable,* New York, Penguin Random House, 2007, pp. 10-662.

Ver Texto

(2) Acerca del alcance de la cláusula implícita *rebus sic stantibus* y de la posibilidad de adaptar o desvincularse del contrato en el contexto del Covid-19, *vid.* A. Carrasco Perera, «Al fin la madre de

todas las batallas del Covid-19: "*Rebus sic stantibus*". Con ocasión de una reciente propuesta institucional», *INF: Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr,* 2, 2020 , pp. 51-58.

Ver Texto

(3) Conforme a la regla de la *eccessiva onerosità* del art. 1467 del Código Civil italiano de 1942. Al respecto y en profundidad, atiéndanse M.A. Parra Lucán, «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret,* 4, 2015, pp . 1-54; y P. Salvador Coderch, «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *InDret,* 4, 2009, pp. 1-60. La excesiva onerosidad del contrato, aunque carezca de una regulación sustantiva, encuentra su fundamento en el art. 7 Cc, donde se contienen los límites al ejercicio de los derechos subjetivos: el abuso de derecho y la buena fe. La Propuesta de Modernización del Código Civil pretende incluir como límite la excesiva onerosidad del contrato en el art. 1192.2.2, como ya se contiene en el art. 7.2.2 de los Principios UNIDROIT, en el art. 9:102 (2) PECL y en el art. III.-3:302 (3) DCFR. Para la apreciación de la excesiva onerosidad del contrato, se exige que la parte perjudicada no haya asumido este riesgo, del mismo modo que se requiere para la procedencia de la cláusula *rebus sic stantibus*. El fundamento de la excesiva onerosidad atiende a que el riesgo del contrato recae exclusivamente en el deudor por falta de información, un riesgo que en lo que se refiere al precio y su reembolso puede comprometer su capacidad económica para hacer frente al pago de la deuda.

Ver Texto

(4) Sobre la base de la teoría de la presuposición o *Voraussetzung* de Windshceid. K. Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung «Veränderter Umstände»*, Zivilrecht, Berlin-Múnich, C.H. Beck, 1963, pp. 10-201.

Ver Texto

(5) 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, BOE 1.4.2020, Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del Covid-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, BOE 8.7.2020, y Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, BOE 30.9.2020.

Ver Texto

(6) Acerca de estas medidas, cuyas normas se han referido anteriormente, *vid.* S. Quicios Molina, «El Covid-19 y los arrendamientos de vivienda: medidas excepcionales del Real Decreto-ley 11-2020», *Centro de Estudios de Consumo,* 2020, pp . 1-13. En relación con las medidas contractuales arbitradas para atender a la pandemia de Covid-19, atiéndase M.P. García Rubio, «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del Covid-19 en España», *Revista de Derecho Civil,* vol. VII, n.º 2, 2020, pp. 15-46.

Ver Texto

(7) Esta medida ha sido prorrogada hasta la finalización del estado de alarma por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, BOE 23.12.2020.

Ver Texto

(8) A. Carrasco Perera, «Permítame que le cuente la verdad sobre Covid-19 y fuerza mayor», *Centro de Estudios de Consumo,* 2020, p. 8, C. Gómez Ligüerre, «Fuerza mayor», *Indret,* 2, 2020, pp. 1-11, y J.J. Ganuza y F. Gómez Pomar, «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de Covid-19: guía de uso», *InDret,* 2, 2020, pp. 558-584.

Ver Texto

(9) A. Carrasco Perera, «Permítame que le cuente la verdad...», *loc. cit.,* pp. 9-11; A. Carrasco Perera, «Covid-19 y efectos contractuales», *Publicaciones Gómez-Acebo & Pombo,* 2020, pp. 1-5, y B. Gregoraci, «El impacto del Covid-19 en el Derecho de contratos español », *Anuario de Derecho Civil,* t. LXXIII, Fasc. II, 2020, pp. 475-478.

Ver Texto

(10) BOE 25.11.1994.

Ver Texto

(11) BOE 5.3.2019.

Ver Texto

(12) BOE 15.5.2013. B. Sáenz de Jubera Higuero, «Desistimiento unilateral del contrato por el arrendatario y cláusula "*rebus sic stantibus*"», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* n.º 765, 2018, pp. 533-548. J. Sagrera Rull, «Consecuencias jurídicas del desistimiento anticipado por parte del arrendatario de un contrato de arrendamiento de inmueble urbano», *ibíd.,* pp. 211-235.

Ver Texto

(13) Se refiere a la satisfacción de una renta anual del 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación, estableciendo para el impago de la renta un interés de demora del 10%.

Ver Texto

(14) *Vid.*. M. A. Parra Lucán, L. F. Ragel Sánchez, G. De la Peña Velasco, «El contrato de arrendamiento urbano», en M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias,* Tomo III. Contratos traslativos del uso o disfrute, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 166; y S. Vázquez Barros, *Ley de arrendamientos urbanos: Ley 29/1994, de 24 de noviembre: Ley 19/2009, de 23 de noviembre,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 89-97. Acepta el consentimiento tácito L.F. Reglero Campos y L. Costas Rodal, «Artículo 8. Cesión del contrato y subarriendo», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos,* Pamplona, Aranzadi, 2013, p. 264. Por su parte, V. Guilarte Gutiérrez, «Artículo 8. Cesión del contrato y subarriendo», en F. Crespo Allué, V. Guilarte Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos, Valladolid, Lex Nova,* 2014, pp. 191-192, sobre el consentimiento recomienda que «eventualmente puede insertarse como cláusula genérica en el contrato de arrendamiento», A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y C. González Carrasco, *Derecho de la Construcción y la Vivienda,* Madrid, Dilex, 2012, pp. 701-702.

Ver Texto

(15) M.A. Parra Lucán, L.F. Ragel Sánchez y G. De la Peña Velasco, «El contrato de arrendamiento urbano», *loc. cit.*, t. III, pp. 82-83, explican que la limitación de la indemnización es fruto de la evolución normativa.

Ver Texto

(16) J.L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones,* vol. I, Parte General, *Teoría General del Contrato,* Madrid , Dykinson, 2011, edición revisada por Francisco Rivero Hernández, p. 139.

Ver Texto

(17) V. Guilarte Gutiérrez, «Artículo 17. Determinación de la renta», en F. Crespo Allué y V. Guilarte Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos,* Valladolid, *Lex* Nova, 2014, p. 400; I. González Pacanowska, «Artículo 17. Determinación de la renta», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos,* Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 565-567, precisa que el obstáculo de aplicación anteriormente era la prórroga forzosa, pero que ante su práctica desaparición no existe obstáculo para admitir que puedan someterse a la normativa de arrendamientos en los que la contraprestación del arrendatario se refiera en parte a obras o mejoras.

Ver Texto

(18) M. A. Parra Lucán, *El Contrato de Arrendamiento de Vivienda: desde la Salvaguardia de los Derechos del Arrendatario a su Desprotección,* Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 141, expone acerca del pacto de la rehabilitación como precio del arrendamiento que era posible sin necesidad de previsión legal. V. Guilarte Gutiérrez, «Artículo 17. Determinación de la renta», *loc. cit.,* p. 402. J. Avilés García, «Arrendamiento de viviendas. Liberad de pactos y nuevo reequilibrio contractual tras la reforma legal de 2013», en R. Colina Garea (dir.), *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas. Perspectiva desde la reforma,* Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 233, advierte que el pacto con mejoras solamente resultará adecuado al arrendatario cuando pueda asegurarse un determinado plazo mínimo de duración del contrato.

Ver Texto

(19) L. Rojo Ajuria, «Artículo 36», en F. Pantaleón Prieto (dir.), *Comentario a la ley de arrendamientos urbanos,* Madrid, Civitas, 1995, pp. 370-377. J. Ataz López, «Artículo 36. Fianza», *loc. cit.,* pp. 1048-1049. F. Crespo Allué, «Artículo 36. Fianza», en F. Crespo Allué, V. Guilarte Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos,* Valladolid, Lex Nova, 2014, pp. 863-869. S. Vázquez Barros, *Ley de arrendamientos, op. cit.,* pp. 216-220; A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y C. González Carrasco, *Derecho de la Construcción, op. cit.,* pp. 729-733.

Ver Texto

(20) Atiéndase I. García Presas, «La protección legal de los derechos del arrendador antes y después de la reforma de la ley de arrendamientos urbanos (Ley 4/2013, de 4 de junio)», en R. Colina Garea (dir.), *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas. Perspectiva desde la reforma,* Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 691.

Ver Texto

(21) M. Albaladejo, *Derecho Civil,* II. *Derecho de Obligaciones,* Madrid, Edisofer, 2011, pp. 684-685, sobre las reparaciones precisa que no se considerarán como tales las obras por destrucción de la cosa, porque en tal caso el concepto es el de *reconstruir*.

Ver Texto

(22) C. Martínez Escribano, «Artículo 22. Obras de mejora», en F. Crespo Allué, V. Guilarte Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos,* Valladolid, *Lex* Nova, 2014, p. 476. M. Albaladejo, *Derecho Civil,* II, *op. cit.,* p. 685; F.A. Rodríguez Morata, «Artículo 22. Obras de mejora», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos,* Pamplona, Aranzadi, 2013, p. 737. J. M. Fínez Ratón, «Artículo 22», en F. Pantaleón Prieto (dir.), *Comentario a la ley de arrendamientos urbanos,* Madrid, Civitas, 1995, pp. 264-271. A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato, C. González Carrasco , *Derecho de la Construcción, op. cit.,* pp. 754-759. Bajo nuestro punto de vista, la razonabilidad, pese a ser un concepto jurídico indeterminado, ofrece un elemento de ponderación de la oportunidad y necesidad de las obras para evitar la arbitrariedad en su realización. *Cf.* C. Martínez Escribano, «Artículo 22», *loc. cit.,* p. 482, que advierte sobre la dificultad que plantea el uso de dicho concepto.

Ver Texto

(23) M. Albaladejo, *Derecho Civil*, II, *op. cit.,* p. 697. L. Díez-Picazo, *Fundamentos, op. cit.,* Volumen cuarto, p. 302. M. A. Parra Lucán, *El Contrato de Arrendamiento de Vivienda, op. cit.,* p. 160. A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato, C. González Carrasco, *Derecho de la Construcción, op. cit.,* pp. 733-736.

Ver Texto

(24) M.A. Parra Lucán, L. F. Ragel Sánchez, G. De la Peña Velasco, «El contrato de arrendamiento urbano», *loc. cit.,* t. III, p. 229.

Ver Texto

LA LEY Mediación y Arbitraje nº 5, enero-marzo 2021, Nº 5, 1 de ene. de 2021, Editorial Wolters Kluwer España

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS SELECCIONADAS

A propósito de la responsabilidad civil del árbitro: STSJ Asturias de 3 abril 2018 y SAP Oviedo de 24 septiembre 2020 (1)

Regarding the civil liability of the arbitrator: STSJ Asturias of 3 April 2018 and SAP Oviedo of 24 September 2020

En este trabajo se comentan las Sentencias del TSJ Asturias 3 abril 2018 y AP Oviedo 24 septiembre 2020; en la primera se declara nulo el laudo de fecha 23 agosto 2017 y sus subsiguientes correcciones, y en la segunda se examina la responsabilidad del árbitro atendiendo a las dudas razonables planteadas en cuanto la falta de independencia e imparcialidad del árbitro.

Árbitro, Deberes, Independencia, Imparcialidad, Dudas razonables, Recusación, Responsabilidad civil, Negligencia grave, Descorrimiento del velo societario.

This work comments on the Judgments of the Supreme Court Asturias April 3, 2018 and AP Oviedo September 24, 2020; In the first, the award dated August 23, 2017 and its subsequent corrections are declared null and void, and in the second, the responsibility of the arbitrator is examined, taking into account the reasonable doubts raised regarding the arbitrator's lack of independence and impartiality.

Arbitrator, Duties, Independence, Impartiality, Reasonable doubts, Challenge, Civil liability, Gross negligence, Removal of the corporate veil.

José Fernando Merino Merchán

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

I. REFERENCIA AL MARCO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ÁRBITRO EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

Para comprender mejor el alcance de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 3812/2020, de 24 de septiembre (ponente F. Tuero Aller), parece conveniente hacer una breve referencia a los términos en que la responsabilidad del árbitro ha quedado plasmada en la Ley 60/2003, de Arbitraje (en lo sucesivo LA), solo así podrá advertirse el significado de esa resolución judicial.

Tradicionalmente en el Derecho español los árbitros respondían frente a las partes por los daños que les causaren por dolo o culpa. Pero el art. 21.1º LA dio un giro copernicano a esta responsabilidad *in genere* —común por lo demás al resto de profesionales que intervienen en el ámbito judicial—, para configurar un tipo específico de responsabilidad civil del árbitro, tal como se desprende de tal precepto, que enmarca esa responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren a las partes por mala fe, temeridad o dolo.

Tal planteamiento restrictivo no tiene, a mi juicio, un fundamento claro porque el árbitro no debería gozar de una inmunidad superior al juez del Estado ni a la de los letrados que intervienen profesionalmente en el arbitraje. En este sentido ha de tenerse en cuenta que, por ejemplo, el mediador en asuntos civiles y mercantiles en nuestro Derecho responden simplemente, sin aditamentos restrictivos de ninguna clase, por los daños y perjuicios que causaren (art. 14 Ley 5/2012 de 6 de julio), sin más.

Parece que el legislador ha querido dejar en manos del árbitro —y de las instituciones arbitrales—, el autocontrol de su propia conducta respecto su actuación en el procedimiento arbitral, especialmente por lo concerniente a la independencia e imparcialidad que ética y jurídicamente le vienen impuestas mas allá de la Ley, con respecto a las partes. Desde este punto de vista la no subordinación del árbitro a las partes para preservar en origen y en el desarrollo de las actuaciones arbitrales su independencia e imparcialidad, se apoya en dos tipos de garantías. Por un lado, la garantía formal, que viene dada por el hecho de que una vez aceptado el nombramiento, el árbitro no tiene ninguna obligación ni deber de seguir las instrucciones de la parte que le propuso, siendo su única vinculación la ley de arbitraje, el convenio arbitral y en su caso el reglamento de la Corte de que se trate. Y por otro, la garantía material que se concreta pura y llanamente en que el árbitro debe actuar frente a las partes y el objeto del litigio con absoluta neutralidad, con sumisión a la ley de fondo aplicable o a la *lex artis* que corresponda, siempre conforme a sus convicciones profesionales y éticas.

> Las dos Sentencias que se comentan evidencian que la omisión de la diligencia exigida susceptible de producir consecuencias perjudiciales a las partes da lugar a la responsabilidad civil del árbitro

Sobre este sistema de garantías como contrapunto a las restricciones impuestas por el art. 21.1º LA, ha insistido mucho la doctrina y los tribunales de justicia a la hora de limitar la responsabilidad civil del árbitro. Así el Tribunal Supremo en Sentencias de 22 junio 2009, 15 febrero 2017 y 14 septiembre 2018, aún admitiendo la actual restricción de la responsabilidad del árbitro a las circunstancias concurrentes de mala fe, temeridad o dolo, advierte que la negligencia cuando es grave y excede de los márgenes del error es susceptible de generar responsabilidad civil arbitral. Este es el caso de las dos Sentencias que en este trabajo se comentan y a la que aludiremos a continuación, pero que adelantamos ahora señalando que la omisión de la diligencia exigida susceptible de producir consecuencias perjudiciales a las partes da lugar a la responsabilidad civil del árbitro.

Es decir, que esa última se desencadena cuando de los hechos probados se constata una duda más que razonable de un comportamiento conscientemente antijurídico y voluntario, sea este por acción o por omisión, causante de daños que las partes no tienen porque soportar (así, *vid.* SSTS 9 marzo 1962, 19 mayo 1973, 21 junio 1980, 20 diciembre 1991 y la más reciente de19 septiembre 2018). Lo importante de esta doctrina es que evita tener que hacer un juicio de intencionalidad subjetiva sobre si la conducta del árbitro se ha producido por mala fe, temeridad o dolo. De alguna forma se objetiviza el comportamiento del árbitro huyendo de indagaciones psicológicas de acreditación altamente difícil, lo que impide una interpretación más o menos libre de la irresponsabilidad del árbitro.

II. CONTUMACIA DEL ÁRBITRO ANTE LAS REPETIDAS DENUNCIAS DE PARTE POR FALTAR AL DEBER DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

Es regla imperante en el arbitraje la llamada renuncia tacita a las facultades de impugnación. Esto es, que si alguna de las partes conociendo la infracción de norma impositiva de la LA o de algún requisito del convenio, no la denunciara dentro del plazo previsto o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en la citada Ley (art. 6 LA). Es este un límite material inhibidor de la responsabilidad civil del árbitro, y por ello consecuente con esa regla hay que tener en cuenta la limitación temporal (15 días) para que las partes pongan en conocimiento sus dudas justificadas sobre la independencia o imparcialidad del árbitro (art.18.2º LA), ya que, sobre estas últimas tratan las sentencias que aquí se comentan.

En efecto, en el arbitraje que dio lugar a la responsabilidad del árbitro conforme la SAP Oviedo, 4ª 24 septiembre 2020, ninguno de esos límites pudieron entrar en juego, pues desde el mismo instante en que el árbitro fue designado para dilucidar si había existido o no vulneración de los acuerdos de sindicación celebrado por los socios en mayo de 2012, los accionantes de la responsabilidad contra el árbitro, socios afectados por el acuerdo de sindicación y partes en el arbitraje subsiguiente, denunciaron la falta de imparcialidad del árbitro por mantener una relación profesional como abogado, desde hacía varios años, con quienes fueron parte en el procedimiento de arbitraje, aduciendo que el árbitro acepto su nombramiento pese a carecer de la necesaria independencia e imparcialidad, infringiendo lo establecido en el art. 17 LA, y que continuó realizando tal función a pesar de las sucesivas recusaciones, siempre rechazadas por el árbitro, que no obstante seguía

prestando servicios profesionales como letrado de una de las partes incluso cuando ya se había iniciado el procedimiento arbitral.

A pesar de esas continuas recusaciones el árbitro siguió adelante con el procedimiento arbitral hasta laudo. En este se condenó a las partes que había instado la recusación a tener que abonar de 12 millones de euros, con imposición de costas y a satisfacer los gastos derivados del procedimiento arbitral.

> La contumacia en permanecer como árbitro no obstante las repetidas recusaciones, constituye un caso claro de negligencia grave con daños evaluables económicamente a una de las partes del procedimiento

Dictado el laudo y proveída su notificación el 23 agosto 2017, los socios beneficiados por el instaron su ejecución, siendo embargados los bienes y participaciones sociales de los perjudicados por el laudo por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de los de Gijón.

Esa contumacia en permanecer como árbitro no obstante las repetidas recusaciones, constituye un caso claro de negligencia grave, o lo que es lo mismo un supuesto de omisión de la diligencia exigida con daños evaluables económicamente a una de las partes del procedimiento.

III. *PRIUS* LÓGICO NECESARIO: ANULACIÓN DEL LAUDO DE 23 AGOSTO 2017 Y SUS SUBSIGUIENTES CORRECCIONES POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS, 1170/2018, DE 3 ABRIL 2018 (PONENTE A. AZNÁREZ RUBIO)

Constituye un *prius* lógico a la imputación de responsabilidad civil del árbitro por incumplimiento del deber de revelar las circunstancias que pongan en duda su independencia e imparcialidad, ejercitar la acción de anulación contra el laudo por infracción del art. 17 LA, a tenor de los motivos tipificados en el art. 41.1º.b) o f) LA y, siendo este el caso enjuiciado con rigor en la STSJ de Asturias de 3 abril 2018.

Contiene esa Sentencia una buena arquitectura argumental en la que se analiza con profusión de cita doctrinal y gran despliegue jurisprudencial tanto ordinaria como constitucional, entre otras cuestiones de interés, la naturaleza de la acción de anulación como la del propio arbitraje como institución, penetrando en la doctrina del «levantamiento del velo», todo lo cual es utilizado por el Ponente como imprescindibles coordenadas de referencia parea examinar y razonar la pretensión de los accionantes de anulación como *obiter dicta* o argumentos complementarios que le llevan a la *ratio decidendi* o argumentos fundamentales para decidir sobre esa pretensión de nulidad radical del laudo dictado por el árbitro en 23 agosto 2017 y sus 3 correcciones.

Como se explica en la Sentencia, la parte perjudicada interpuso demanda de acción de anulación contra el laudo, junto con sus tres correcciones posteriores, alegando violación del art.17 LA por

haber faltado el árbitro a su deber de ser y mantenerse independiente e imparcial durante el procedimiento arbitral y como se ha dicho se articula esa infracción en las causas recogidas en el art. 41.1º.b) o f) LA, y por esa razón solicita la nulidad del laudo. En la contestación, los demandados solicitan el desistimiento integro de la demanda de anulación con expresa condena en costas por entender que se trata de una acción en la que se crea artificialmente un conjunto de dudas falsas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro actuante.

La primera cuestión que examina la Sentencia es la relativa al encaje que tiene la falta de independencia e imparcialidad del árbitro en el art. 41.1º.f) —orden público— que se resuelve de forma positiva acudiendo a la doctrina (profesor Fernández Rozas, *Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo en la reciente jurisprudencia española*) y a las numerosas sentencias dictadas sobre ese punto por las Audiencias Provinciales primero y por los Tribunales Superiores de Justicia posteriormente, y en particular a la STSJ Asturias de 25 abril 2017. Debe reseñarse que esta particular cuestión de ubicar la presunta falta de independencia e imparcialidad en el art. 41.1º.f) no fue discutida en ningún momento por los demandados.

A continuación se extiende la Sentencia en consideraciones generales, bien traídas a los autos pero sobre los que ahora no podemos entrar por razones de tiempo y espacio. No obstante, si resulta de interés la cita que se hace de la sentencia del TSJ Madrid de 2 de junio, 46/2016, en la que se recoge que

«…la imparcialidad de los árbitros es una de las garantías necesarias para la realización del arbitraje. A diferencia de los miembros del poder judicial, que llevan in sita la característica de imparcialidad por su sistema de nombramiento y por su sujeción a un estricto régimen de incompatibilidades y prohibiciones, los árbitros deben asegurar antes y durante la realización del arbitraje la ausencia de cualquier vinculación con alguna de las partes o con la relación jurídica objeto de la controversia» (en este mismo sentido la STSJ Madrid 24 septiembre 2010).

Dentro de las citas doctrinales que contiene la Sentencia que comentamos, se recoge que «*…debe quedar claro, pues, que los destinatarios últimos (beneficiarios) de los principios jurídicos de independencia e imparcialidad de los jueces no son los jueces mismos, los ciudadanos y los justiciables*» (M. Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, ed. Trotta, pp. 151 ss). Es evidente que tal doctrina es de plena aplicación a los árbitros, y en este sentido ha sido recogido por las SSTSJ Cataluña 25 febrero 2013 y Canarias 10 mayo 2016. De la misma forma el Tribunal Constitucional en su Sentencia 9/2005 de 17 de enero establece que «*…es indudable que quienes someten sus controversias a un arbitraje tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro y a que no se le cause indefensión…*».

Con estos mimbres sale al paso la STSJ Asturias 3 abril 2018, de la argumentación empleada tanto por el árbitro —oponiéndose a su recusación el 12 mayo 2017—, como de los demandados en el procedimiento de anulación del laudo, respecto a la particular cuestión de que hay que distinguir entre «partes» y «terceros», en el sentido de que el asesoramiento impartido por el árbitro fue a «terceros» (sociedades mercantiles), ajenas al arbitraje y no a las «partes» del mismo, siendo así que el asesoramiento del árbitro no fue dirigido a las partes del arbitraje sino a las sociedades mercantiles; en consecuencia no existió interés directo e indirecto por parte del árbitro.

Pero es lo cierto que la Sentencia despeja esta cuestión penetrando en la doctrina conocida bajo el nombre del «*descorrimiento del velo*» de las mercantiles aparentemente ajenas al arbitraje en cuestión y tras criticar el concepto formalista basando en el riguroso «*dogma del hermetismo de las personas jurídicas*», se pone de manifiesto que fueron las personas físicas partes del procedimiento arbitral quienes controlaban las sociedades mercantiles y quienes tomaron las decisiones importantes, por lo que se pone de manifiesto dudas razonables sobre la identidad, en este caso, entre «terceros» y «partes».

Opta así la Sentencia, con acierto, entre los principios jurídicos en pugna: seguridad jurídica *vs* justicia, por este segundo, atendiendo a que las personas físicas —parte del arbitraje— fueron factótum de la intervención del letrado en la designación del árbitro para llevar a cabo el procedimiento arbitral; esto es así, máxime cuando la Sentencia deja acreditado de forma inequívoca que incluso el árbitro simultaneó por un tiempo su condición de asesor con la de árbitro.

En este desarrollo lógico-argumental que sigue la Sentencia de anulación se hace referencia a las Directrices de la *International Bar Association* (IBA) sobre conflictos de intereses en el arbitraje comercial internacional de 22 mayo 2004, que aún careciendo de efecto normativo, es indudable su valor ético como pauta de conducta universal en el arbitraje encontrándose entre esas pautas, la siguiente: *«se consideran justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y conocimiento de los hechos y de las circunstancias relevantes del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por actores distintos a los meritos del caso presentado por las partes».*

Y, lo que es más relevante ahora al supuesto que se comenta, es que, esas Directrices de IBA, han encontrado proyección directa en el Derecho arbitral interno español, también como Reglas de Comportamiento Ético, elaboradas por el Club Español de Arbitraje (CEA) en cuya Sección Tercera bajo la rúbrica Deberes de los Árbitros y tomando como fuentes precisamente las Directrices IBA junto con el Código Ético de la *American Arbitration Association* (AAA), se fijan las recomendaciones sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros, p. 33, del Código, señalándose entre las circunstancias de abstención: «*Asesoramiento relacionado con la disputa. El candidato o el árbitro que asesora o ha asesorado a alguna de las partes en relación con la disputa objeto del arbitraje».* Y este mismo Código en el capítulo relativo al deber de revelación indica: «*El deber de revelación es continuado desde la propuesta de nombramiento hasta la conclusión del procedimiento arbitral. El árbitro deberá revelar las circunstancias sobrevenidas sin demora injustificada.».*

> Las buenas prácticas arbitrales constituyen el núcleo duro del acervo cultural y ético ante el que todo árbitro debe responder como defensa de la propia institución y garantía de las partes

Es cierto que se trata de recomendaciones y no de normas jurídicas vinculantes, pero como se

explica en el Código CEA con esas recomendaciones se pretende contribuir a un entendimiento más homogéneo de los deberes de los árbitros y con ello servir de ayuda a todos los que, de un modo u otro tienen la responsabilidad de decidir sobre el contenido y alcance de esos deberes: los usuarios finales del arbitraje, árbitros, instituciones arbitrales y órganos judiciales.

En definitiva las buenas prácticas arbitrales constituyen el núcleo duro del acervo cultural y ético ante el que todo árbitro debe responder como defensa de la propia institución y garantía de las partes. Por esta razón están muy bien traídas a colación las Directrices IBA sobre conflicto de intereses para fundamentar la *ratio decidendi* en que se apoya la STSJ Asturias 3 abril 2018.

Y, aunque el Código CEA no haya sido tenido en cuenta en esa Sentencia, por ser anterior a aquél su versión actualizada de 2019, no impide que finalmente en los autos se considerase acreditada la falta de independencia e imparcialidad el árbitro; y por ello de acuerda estimar la acción de impugnación declarando nulo el laudo de fecha 23 agosto 2017 y la de sus tres correcciones al mismo, de 24 agosto 2017, 1 septiembre 2017 y 7 septiembre 2017.

IV. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL LAUDO ES CAUSA EFICIENTE NECESARIA, PERO NO SUFICIENTE, PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO POR FALTAR AL DEBER DE SER Y PERMANECER INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

La anulación del laudo 5/17, de 23 de agosto, por la Sentencia a la que nos hemos referido en el apartado anterior (III), es, en efecto, causa eficiente necesaria para exigir la responsabilidad del árbitro cuando este ha desatendido su deber de ser y permanecer independiente e imparcial. Pero siendo causa eficiente, no es suficiente la mera anulación del laudo, es preciso además que la parte de beneficiada por esa nulidad ejercite la específica acción de responsabilidad civil frente al árbitro con fundamento en el art. 21 LA, que es justamente lo que ocurrió en el supuesto que aquí se expone.

Así, en los autos tramitados en el juicio ordinario, n.º 457/19, en el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Oviedo, la parte perjudicada por el laudo, vio ejecutado y embargados sus bienes, incluidas sus participaciones sociales; razón por la que promovió acción de responsabilidad civil contra el árbitro tomando como referencias argumentales: 1º) que la sentencia que declara la nulidad del laudo estima que el árbitro incumplió su deber de ser y permanecer independiente e imparcial; y, 2º) que los daños sufridos en su patrimonio como consecuencia de aquel laudo y de los correspondientes embargos supusieron un grave quebranto en su patrimonio al punto de tener que solicitar concurso voluntario de acreedores. La Sentencia recaída en esos autos reconoce y acepta las tesis mantenidas en la demanda de responsabilidad excepto en la cuantificación del daño que redujo, tras ser corregido el auto de aclaración a 339.635,80 euros, IVA incluido (frente al importe reclamado de daños por la actora que ascendía a 509.024,78 euros).

Impugnada la mencionada Sentencia por el árbitro la AP Oviedo sustancio el recurso de apelación bajo el número 382/2020, dictándose finalmente Sentencia 362/2020 de 24 septiembre 2020, por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el árbitro contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, confirmándola con expresa imposición al apelante de las costas procesales del recurso.

En la Sentencia dictada en grado de apelación (ponente: F. Tuero Ayer), se plantean tres cuestiones nucleares: 1º) si el árbitro infringió el deber de independencia e imparcialidad que le impone el art.17 LA; 2º) si, de ser así, incurrió en la responsabilidad prevista en el art. 21 LA; y 3º) en caso de respuesta afirmativa a los dos puntos anteriores, si ese proceder causo daños a los demandantes y en qué medida.

Para el análisis de la primera cuestión parte la Sentencia de la propia literalidad de art.17 LA. Indicándose que ya la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia examino con detenimiento las circunstancias concurrentes en el árbitro, para concluir que existían dudas justificadas, casi certezas, sobre la falta de imparcialidad del mismo. Se añade, que se está ante una Sentencia firme, que produce efecto de cosa juzgada (art. 222 LEC), al menos en su aspecto positivo en cuanto declaro nulo el laudo. Y, aunque, el apelante mantenga que ese efecto de cosa juzgada no le alcanza pues no fue parte ni intervino en ningún otro concepto en el juicio de anulación del laudo, es claro —se mantiene en la Sentencia— que la declaración de nulidad es firme y que esa declaración no puede desligarse de la causa que lo motiva. Siendo destacable que el apelante, se sigue diciendo, no impugnó la relación de hechos, por lo que estos adquieren una fuerza que es suficiente para acreditar que el árbitro infringió su deber de independencia e imparcialidad. Pues es evidente y esto no ha sido discutido, la existencia de una relación mantenida en el tiempo entre el árbitro y las partes que luego lo fueron del procedimiento arbitral, estos hechos objetivos dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad e independencia de árbitro.

En cuanto a la segunda cuestión, esto es, si atendiendo a la conducta del árbitro, este incurrió en la responsabilidad prevista en el art. 21 LA, entiende la Sala que lo que debe examinarse es la relación del árbitro con las partes y si esa relación comprende también cuando estas actuaban como socios de determinadas entidades, a las que asesoraba el árbitro, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes de las que era conocedor: la existencia de solo tres grupos de participes de cada una de ellas y el conflicto y enfrentamiento que había surgido entre ellos, lo que conducía a un vínculo más estrecho y personal con los socios que luego propiciaron el arbitraje.

Pues bien a juicio de la Sala la alegación mantenida por el árbitro de que su actuación profesional era con terceras personas ajenas a las partes del arbitraje, decae definitivamente si se pone el acento en la vinculación existente entre las partes del arbitraje y las sociedades y la continuación en las labores de asesoramiento prestadas por el árbitro. Mantiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo que: «*nada hay aquí de terceras personas ajenas al arbitraje, pues son las mismas que luego fueron parte en esos procedimientos*». Por tal motivo entiende la plena aplicabilidad del art. 21 LA en línea con lo también mantenido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 junio 2009, 15 febrero 2017 y 14 septiembre 2018, que admiten la responsabilidad de los árbitros a los daños causados intencionadamente o mediante negligencia grave. Lo que es evidente que concurre en el presente caso, pues es claro que el árbitro era pleno conocedor de la postura que habían mantenido las partes antes de iniciarse el arbitraje y pese a ser consciente de ello, y a pesar de los reiterados escritos de abstención se mantuvo como árbitro en el procedimiento arbitral. Se esta así ante una negligencia inexcusable, carente de justificación por parte de quien conoce su oficio y sus obligaciones como

árbitro.

Finalmente, una vez sentada la responsabilidad del árbitro se trata de analizar la relación de causalidad entre su conducta y los daños generados a los demandantes de responsabilidad civil. Es obvio que aquella grave negligencia condujo a la anulación del laudo, de modo que los gastos realizados en el arbitraje resultaron totalmente inútiles por causa imputable únicamente al demandado en responsabilidad; por otro lado, al resultar condenados en virtud del laudo, la parte perjudicada por el mismo a satisfacer cuantiosas sumas, hasta un total de 24 millones euros, superiores a los activos de que disponían, hubieron de solicitar la declaración de concurso voluntario. En consecuencia, y a la vista de estos hechos la SAP Oviedo comparte la cuantificación de los daños sufridos con la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de esa localidad, así como con todos los gastos derivados de los procesos concursales (honorarios de abogado, derechos de procurador, honorarios de administradores concursales). Todo ello conduce a que la SAP Oviedo desestime le recurso interpuesto por el árbitro imponiéndole las costas causadas en grado de apelación, al haber apreciado una relación de causalidad eficiente y directa entre la conducta del árbitro y los daños causados a la parte como consecuencia del laudo anulado por el TSJ Asturias en su Sentencia de 3 abril 2018.

V. CONCLUSIÓN

Cada vez con más nitidez se va despejando el angosto ámbito de la responsabilidad arbitral contenido en el art. 21 LA. No puede concebirse una suerte de cuasi-inmunidad del árbitro frente a las partes por su proceder en la sustanciación del procedimiento arbitral que se le encomienda. O dicho en otros términos, no puede concebirse una fuga de responsabilidad del árbitro ante las partes e incluso frente a terceros, porque en definitiva generaría la natural desconfianza hacia la institución arbitral. El árbitro no es ni puede ser un sujeto privilegiado *solutus est*, sino que debe responder de todos sus actos en el ejercicio de las funciones encomendadas por las partes y la Ley de Arbitraje. Por eso, y para dotar a la institución de la necesaria seguridad jurídica, el arbitraje no puede tener zonas o amparar conductas exentas de control, cuando la intervención del árbitro cause daños a las partes, y esa intervención no sea producto del mero error o la simple omisión de reglas de carácter formal siempre que éstas no causen indefensión y la misma sea denunciada ante el órgano jurisdiccional competente. No escapa, en cambio de la responsabilidad civil del árbitro cuando se prive a una de las partes en el procedimiento de una prueba considerada relevante, tal como tiene declarado la STS 14 septiembre 2018; y por supuesto —que es el caso que aquí se trae— cuando se trata de una pérdida completa de apariencia de imparcialidad, pues afecta al derecho del justiciable infringiendo el art. 6.1º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y el art. 24.2º CE, cuando estos preceptos sean denunciados en la fase jurisdiccional sobre el control del laudo; en este mismo orden, de negligencia grave del árbitro, se encuentra la quiebra del principio de colegialidad, cuando se excluye de la redacción del laudo a uno de los árbitros designados (SAP Madrid 1 diciembre 2003 y anteriormente SSTS 13 julio 1982 y 22 junio 2009, y, sobre todo, 15 febrero 2017, Sentencia 102/2017).

En consecuencia, y a pesar de que el régimen de responsabilidad civil del árbitro sea más estricto

que el común (magistrados, abogados, procuradores, mediadores, peritos), en el que no basta la simple negligencia sino que es preciso que concurra las circunstancias indicadas en el citado art. 21 LA —mala fe, temeridad o dolo—, es evidente que esa estricta literalidad del art. 21 LA se ha ido modulando paulatinamente hasta considerarla como una responsabilidad basada en la mala *praxis* del árbitro con causación de daños. En este sentido se encaminan las SSTS 22 de junio 2009, 15 febrero 2017 y 14 septiembre 2018, no cabe duda de que en el caso que se comenta el árbitro mantuvo desde el momento de su designación una conducta que puede calificarse de negligencia grave, al haberse acreditado que simultaneo el asesoramiento de las partes con su función arbitral. Es evidente que queda fuera de la responsabilidad civil del árbitro el simple error o la simple omisión de reglas d carácter formal o constitucional, aunque ésta si sea considerada grave en una resolución jurisdiccional (SSTS 22 junio 2009, citada). No así en cambio, cuando se prive a una de las partes del procedimiento arbitral de la práctica duna prueba considerada relevante (SSTS 14 de septiembre d 2018, citada). O cuando se trata de un caso claro de pérdida de apariencia de imparcialidad, pues afecta al derecho del justiciable como se ha dicho más atrás; también constituye negligencia grave y motivo imputable de responsabilidad civil arbitral la quiebra del principio de colegialidad, cuando se excluye de la declaración del laudo a uno de los árbitros designados (SAP 1 diciembre 2003 y anteriormente SSTS 13 julio 1982, 22 junio 2009 y sobre todo, 15 febrero 2017, Sentencia 102/2017).

Este camino abierto por los tribunales de justicia, aunque dentro de la porosa casuística del caso concreto, marca el horizonte en que debe enmarcarse la responsabilidad civil del árbitro en el Derecho español.

.....

(1) *Vid.* un extracto de esta decisión en la Sección: «Cronología de decisiones: Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales españoles», *infra*.

Ver Texto

Oscurecido por las nubes: el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se pronuncia sobre la interpretación del significado del término «tribunal arbitral» (STSJ Madrid 23 octubre 2020) (1)

Obscured by Clouds: Court rules on «arbitration tribunal» meaning

Se demanda ante el Tribunal Superior de Justicia competente la designación de árbitro único, oponiéndose la demandada por considerar procedente la constitución de un colegio arbitral. El convenio arbitral no incluye un procedimiento para la designación de árbitros ni prevé la administración institucional del arbitraje, encomendado la solución de la controversia a un Tribunal Arbitral.

La Corte, en defecto de actos de las partes coetáneos o posteriores susceptibles de interpretación, tras aplicar criterios hermenéuticos semánticos, no hallando anclaje en la regulación positiva y no tomando en consideración las recomendaciones del Club Español del Arbitraje, concluye que el término «*Tribunal Arbitral*» utilizado en el convenio incluye tanto el unipersonal como el colegiado , criterio que refuerza según la interpretación del término en el ámbito jurisdiccional. La solución, soslayando la interpretación no alcanzada de la voluntad de las partes, aplica la regla establecida para el supuesto de falta de acuerdo de las partes para determinar el número de árbitros. Inaplicación de los usos vigentes en el sector arbitral y de los criterios expertos de los prácticos del arbitraje que hubieran conducido a la desestimación de la demanda por resultar procedente la constitución de un órgano colegiado.

Nombramiento judicial de árbitro, Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional, Desjurisdiccionalización del arbitraje, Interpretación de la cláusula arbitral, Significado de Tribunal Arbitral y de constitución del Tribunal, Recomendaciones de expertos y usos en el arbitraje, Ley Modelo de 1985.

Claim filed before the competent Court demanding appointment of a single arbitrator. Defendant objects on grounds of appropriateness of constitution of a panel of arbitrators. Arbitration agreement does not include neither procedure for the appointment of arbitrators nor institutional administration of arbitration, committing dispute resolution to an arbitration tribunal.

The Court, not having neither determined behaviour of parties, prior or subsequent to agreement that could been interpreted, nor having ascertained applicable legal regulation on the subject; and not having accepted guidelines issued by the Spanish Arbitration Club, rules that the term «*Arbitration Tribunal*» refers both to one man and to college arbitration, criteria reinforce in accordance to term's interpretation by the judiciary. Decision fails to discover parties intention, notwithstanding which, applies rule on the basis of parties not having reached agreement but on the number of arbitrators. Court does not apply existent and credited practices on the subject in arbitration that would have given way to dismiss claimant's petition, on grounds of appropriateness of college of arbitrators.

Arbitrator's appointment by the Court, *Ad hoc* and institutional arbitration, Autonomy of arbitration from jurisdiction, Interpretation of agreement on arbitration, Meaning of «Arbitration Tribunal» and «Constitution of Tribunal», Guidelines issued by experts on arbitration, Ruling practices on arbitration, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985.

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

1. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha dictado, en fecha 23 octubre 2020, Sentencia n.º 23/2020 recaída en el Procedimiento n.º 9/2020, sentencia estimatoria de la demanda de nombramiento de árbitro único.

2. El contrato al que hacía referencia la controversia (sobre reclamación de cantidad pendiente de pago por la planificación y construcción llave en mano, así como la puesta en funcionamiento e inicio de explotación comercial, de dos plantas de energía solar con tecnología fotovoltaica) incluía una cláusula (intitulada «*jurisdicción competente*») en la que, de manera expresa, se hacía constar que «*para conocer de los litigios derivados del presente contrato se acuerda constituir un Tribunal Arbitral con sede en Madrid. El laudo arbitral deberá recaer dentro del plazo de dos meses tras la constitución del Tribunal Arbitral, salvo que se fije otro plazo en atención al objeto del litigio…*».

3. En cuanto a las actuaciones de las partes previas a la presentación de la demanda de nombramiento judicial de árbitro único, refiere la sentencia, en su Fundamento de Derecho Primero, que la parte demandante «*requirió a la parte demandada para la designación de árbitro, mediante burofax, sin que por la misma se haya podido llegar a la designación de mutuo acuerdo de un árbitro*».

4. La parte demandada se opuso a la pretensión de designación de árbitro único al entender, según refiere la sentencia en su Fundamento Segundo, que «*de los propios términos en que está redactada la cláusula, al hablar de la constitución de un Tribunal Arbitral, debe entenderse que el nombramiento deberá recaer sobre un órgano colegiado de tres árbitros*».

5. Subsidiariamente, la demandada solicitó, según refiere la sentencia, que «*se acuerde el nombramiento de un árbitro único que tenga en consideración la nacionalidad de las partes y naturaleza de la disputa*», y que el sorteo se realice «*entre candidatos que no tengan nacionalidad ni x ni y… que dominen ambos idiomas y que sean juristas con conocimientos de contratos de ingeniería llave en mano*».

6. En cuanto a las argumentaciones de las partes, de acuerdo con la sentencia, la demandante se limitó a solicitar «*que se nombre un árbitro único*» (Fundamento Tercero).

La parte demandada adujo que la interpretación semántica del término «tribunal» corresponde a un órgano colegiado; que el Código de Buenas Prácticas aprobado por el Club Español del Arbitraje diferencia el «árbitro único» del «Tribunal Arbitral», asociando este concepto al órgano colegiado;

que la interpretación de la expresión «constituir un tribunal» alude a un órgano colegiado y que la complejidad del Proyecto permitiría interpretar que la voluntad de las partes fue la de someter la controversia a un órgano colegiado (Fundamento Tercero).

7. En el acto de la vista el Presidente del Tribunal invitó a las partes para conciliar sobre la controversia, sin que se alcanzara acuerdo entre las mismas. No constan otros datos o actos coetáneos o posteriores de las partes que permitan interpretar la voluntad de las mismas al celebrar el contrato (Fundamento Quinto).

8. La sentencia que se comenta, tras efectuar una referencia de alcance general al carácter del arbitraje como medio de solución de controversias fundamentado en la voluntad de las partes y, una vez constatada la existencia de una cláusula arbitral de la que inequívocamente resultaba el sometimiento de las controversias que pudieren suscitarse entre las partes a arbitraje, sin proceder al examen de ninguna otra de las circunstancias que, conforme a la jurisprudencia reiterada de los órganos judiciales competentes en la materia para determinar la procedencia, conforme a lo que previene el art. 15 LA/2003, de la designación de árbitro, en los supuestos específicos en los que la ley les atribuye tal competencia, procede a realizar la interpretación de la cláusula, para determinar si de la misma resulta la voluntad de las partes de designar un único árbitro o por el contrario un número plural (concretamente tres) de árbitros (Fundamento Tercero).

9. La cuestión, en sí misma, resulta trascendente, ya que la Ley de Arbitraje atribuye competencia a los órganos judiciales para el nombramiento de árbitros única y exclusivamente en el supuesto de arbitraje con un solo árbitro (art. 15.2º.a) LA); en el de arbitraje con tres árbitros en el que los designados por las partes no alcancen acuerdo para designar el tercer árbitro (cuyo nombramiento corresponderá al Tribunal Judicial); en el caso de pluralidad de demandantes o de demandados y falta de acuerdo de uno u otro grupo para la designación del que colectivamente les corresponda (en cuyo caso, al Tribunal le corresponde designar «*todos los árbitros*», art. 15.2º.b) LA); y en el caso de arbitrajes con más de tres árbitros, en el que igualmente «*todos los árbitros*» serán nombrados judicialmente (art. 15. 2º.c) LA).

10. El Tribunal Judicial no resultaría competente si se tratare de la designación de un Tribunal Arbitral colegiado. Dado que la demanda había solicitado «*la designación de un árbitro único*», *prima facie*, podría entenderse competente para conocer de la pretensión. En el supuesto de que la interpretación de la cláusula le condujere a la conclusión de que la voluntad de las partes exigiera la designación de un órgano colegiado, el TSJ debiera desestimar la pretensión por su falta de competencia para la designación procedente.

11. Preliminarmente, y sin perjuicio del análisis en concreto de las razones ofrecidas por el juzgador, interesa destacar que el hecho de haber sido realizado por la demandada un planteamiento subsidiario de su oposición, del que resultaba la aceptación de la designación de un único árbitro, ponía de manifiesto, a juicio de este comentarista, la ambigüedad de la cláusula y la admisibilidad como plausible de la posición sostenida por la demandante. Particularmente, no hubiéramos reputado tácticamente recomendable, si nuestro interés (de acuerdo con la interpretación mantenida, en cualquier caso, de la cláusula) hubiera sido la designación de un órgano colegiado,

realizar el planteamiento pretensional referido.

12. Interesa, asimismo, poner de manifiesto, por su relevancia, la falta de constancia del hecho de haber sido designado por la demandada el árbitro que le habría correspondido nombrar en el caso de haber sido procedente, según su interpretación, la constitución de un órgano colegiado.

La sentencia no refleja en sus antecedentes circunstancias lo suficientemente concretas como para afirmar o negar que el hecho indicado hubiera existido. Sin embargo, por la trascendencia que, a nuestro juicio igualmente, comporta, entendemos que, de haber existido designación, hubiera sido objeto de mención.

La sentencia sí manifiesta no haber contado «*con actos coetáneos o posteriores de las partes, para averiguar la voluntad de las mismas*». Entendemos, a partir de dicha afirmación, que la respuesta al dilema planteado ha de ser negativa.

13. Correctamente, el TSJ acude, en primer término, para interpretar la cláusula (en defecto de interpretación literal inconcusa) a la eventual existencia en la ley de reglas de interpretación del término.

La Ley de Arbitraje incluye un precepto (el art. 4) en el que se contienen diversas reglas de interpretación. Ninguna de las mismas se refiere al significado y alcance del término «*Tribunal Arbitral*».

Sin embargo de ello, la Exposición de Motivos sí contiene una expresa referencia terminológica, que la sentencia reproduce literalmente. Así, en su Fundamento Tercero se recoge el inicio del Expositivo IV de la Ley donde consta que

> *«la Ley prefiere las expresiones árbitros o árbitros, a la de Tribunal Arbitral, que puede causar confusión con los Tribunales Judiciales. Además, en la mayor parte de los preceptos la referencia a los árbitros incluye tanto los supuestos en que hay un colegio arbitral, como aquéllos en los que el árbitro es único».*

La proyección en el artículo de la ley del anterior principio es que la misma no utiliza ni emplea, en absoluto, el término «*Tribunal Arbitral*».

Al respecto, es de advertir la «*jurisdiccionalización* » de los términos empleados en la cláusula (elaborada en 2009, posteriormente a la vigente Ley de Arbitraje); ya que, no solamente se incluye bajo el inapropiado epígrafe «*jurisdicción competente*», sino que, utiliza el término «*litigios*» en lugar de «*controversias*» y el propio término en discusión de «*Tribunal Arbitral*», inadvertidamente de la expresa admonición contraria de la Exposición de Motivos de la ley al uso de dicha terminología.

La consecuencia de lo hasta el momento indicado es la imposibilidad de inferir directamente de la Ley de Arbitraje la interpretación del concepto «*Tribunal Arbitral*».

La ley apuntaba, reflejando las decisiones interpretativas de los tribunales y las consideraciones

doctrinales de las que constituía manifestación, a la progresiva naturalización como institución propia y especifica del arbitraje, superando (o intentando superar al menos), etapas precedentes en las que, de manera errática, el arbitraje había sido, primero procesalizado; y seguidamente, por equivalencia indebida, asimilado a la jurisdicción.

14. Con todo, la sentencia no extrae las consecuencias que hubiera debido a partir de la cita que la misma realiza de la Exposición de Motivos y no obstante hacer mención de la «*no utilización consciente del término tribunal en la Ley de Arbitraje*» (Fundamento Cuarto), acude, como referencia, para la interpretación de la cláusula, al significado del término «Tribunal» en el ámbito jurisdiccional español, concluyendo, correctamente, que en este ámbito especifico, el término «Tribunal» es «*comprensivo de ambos tipos de órganos*» (unipersonales, tanto como colegiados) (Párrafos del análisis correspondiente al segundo argumento de la demandada, que se recogen en el Fundamento Cuarto).

15. A nuestro juicio esta línea interpretativa seguida por el TSJ (que le reforzará en la convicción sobre la indiscernibilidad del ámbito aplicativo del concepto examinado) no resulta adecuada, en la medida en que utiliza como campo semántico de referencia aquél que precisamente la Ley de Arbitraje elude, al manifestarse clara y expresamente sobre la forzosidad de la existencia de una frontera divisoria entre lo arbitral y lo jurisdiccional.

No obstante, vistos los términos judiciarios que plantea la cláusula, según han sido consignados anteriormente, el fundamento de legitimidad y adecuación hermenéutica para acudir al referente judicial hubiera podido ser precisamente dicho uso múltiple de términos más propios de la jurisdicción. En este caso, la conclusión alcanzada (referirse el concepto a órganos unipersonales y colegiados) hubiera sido la misma; pero no hubiera adolecido de la aparente desviación incurrida al efectuar una aproximación interpretativa a través del significado del término en la legislación procesal.

16. El TSJ hubiera podido identificar un criterio de interpretación que resulta, indirectamente, en este caso, de la propia Ley de Arbitraje. En efecto, el ap. I de su exposición de motivos establece que «*su principal criterio inspirador es el de basar el régimen jurídico español en la ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*».

17. Si acudimos al art. 1 de la Ley Modelo, aprobada el 21 junio 1985, y, en particular, a su art. 2 (Definiciones y Reglas de Interpretación) advertimos que en la letra b se define el término «*Tribunal Arbitral*», indicando que «*significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros*».

> El concepto Tribunal Arbitral posee un alcance polisémico, incluyendo, efectivamente, en su espectro, tanto al árbitro único, como al Colegio Arbitral

18. Dado que, según lo dicho, la ley Modelo inspira la legislación española, no obstante la elusión explicita, por confundente, del término «*Tribunal Arbitral*», la utilización del mismo, caso de haberse producido y respecto de los supuestos en los que se emplea, no debería resultar discordante de la definición que sobre el particular recoge la citada ley Modelo.

Por tanto, se concluiría que el concepto Tribunal Arbitral posee un alcance polisémico, incluyendo, efectivamente, en su espectro, tanto al árbitro único, como al Colegio Arbitral.

Ello mantendría abierta la controversia, requiriendo un interior esfuerzo interpretativo, insoluble a partir del significado técnico del término.

19. Habiéndonos introducido ya en ámbitos interpretativos más conformes a la naturaleza y objeto del contrato, de acuerdo con el art. 1286 Cc (nos estamos refiriendo al Convenio Arbitral, no tanto al contrato de construcción y de explotación de plantas de energía solar), resulta directamente posponible la interpretación semántica que, en primer término, y refiriéndose al diccionario de la Real Academia de la Lengua, realiza la sentencia; sin que tampoco conduzca la misma a resultado alguno esclarecedor, dado el sentido multívoco que el diccionario concede al término.

20. La interpretación semántica se realiza, igualmente, recurriendo al significado común, no técnico, de los términos empleados, respecto de la expresión «*constituir un Tribunal Arbitral*»; concluyéndose, igualmente, que ello remite tanto a los órganos unipersonales como a los colegiados.

21. Al respecto, con mayor alcance y precisión técnico-jurídica, adecuada al ámbito del arbitraje, le hubiera bastado al TSJM, recurrir a la regulación que, tanto en el ámbito internacional como en el patrio, se realiza de los términos «*Tribunal Arbitral*» y «*constitución de un Tribunal*».

22. La Convención Internacional para el Arreglo de Diferencias en Materia de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI / ICSID), intitula la Sección Segunda de su Capítulo IV «*Constitución del Tribunal*» , estableciendo en su art. 37, primero de los que contiene dicha Sección, que «*el tribunal consistirá en un único árbitro o en un número impar de árbitros*»; confirmando que la expresión Tribunal Arbitral se refiere tanto al árbitro unipersonal como al árbitro colegiado y que en ambos casos «se constituye el Tribunal».

23. Si tomamos como referencia las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), en armonía con la ley Modelo, observaremos, en su art. 2 (Definiciones) que «Tribunal Arbitral» «*incluye uno o más árbitros*»; y que en su art. 12 se contemplan, bajo el epígrafe «*Constitución del Tribunal Arbitral*», tanto el supuesto en el que exista un solo árbitro, como más de uno.

24. En los Reglamentos de las cortes arbitrales nacionales, el sistema es en todo semejante, si bien no exactamente coincidente.

Así, el Reglamente de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) si bien utiliza el término «constitución del Tribunal Arbitral» sin diferenciar, en absoluto, los supuestos de árbitro único y de órgano colegiado en la mayor parte de sus preceptos (como el art. 2.5; art. 20.7; y art. 22, entre otros), distingue, sin embargo, en algunos de sus preceptos, entre el Tribunal Arbitral unipersonal y

el Tribunal Arbitral colegiado (art. 16, puntos 1, 2, 3 y 4; art. 20.1, p.e.).

25. Del examen de las regulaciones mencionadas, recogidas a título de ejemplo, con los matices expresados, se mantiene la indeterminación del sentido. Incluso en el caso de la CIMA, no hubiera resultado posible interpretar la cláusula como referida a órgano unipersonal o colegiado ya que el término empleado en la cláusula contractual, ablativamente, se refiere únicamente al Tribunal Arbitral.

26. La sentencia recurre a los criterios establecidos en el Código de Buenas Prácticas aprobado por el Club Español del Arbitraje (CEA). Extraña que haya sido postergada la consideración de fuentes normativas, como la ya citada ley Modelo, incluso convenios internacionales en materia de arbitraje o Reglamentos de Cortes de Arbitraje (la cláusula del caso, desde luego, determina la aplicación de un arbitraje *ad hoc*, no institucional; poniendo de manifiesto la inconveniencia de la primera clase, ya que los reglamentos de las cortes de arbitraje ofrecen soluciones a supuestos como el que la sentencia pronunciada estaba llamada a resolver, procediendo a promover la designación, según los casos, de árbitro único o de órgano colegiado).

27. El recurso al Código de Buenas Prácticas permite al TSJM postergar la utilización realizada en el pasado de fuentes de *soft law* («norma blanda», en el tenor de la sentencia, que rehúye el anglicismo) como las *guidelines* de la IBA.

28. El tratamiento del argumento se debe, en cualquier caso, al hecho de haber sido invocado por la parte demandada en defensa de su posición contraria a la designación de un árbitro único.

> Es obvia la complejidad de la controversia invocada por la parte demandada para justificar la procedencia del nombramiento y constitución de un Colegio Arbitral

El TSJM examina las reglas propuestas (52 y 68), concluyendo, en exacta correspondencia con la perfecta diferenciación que el CBP realiza entre la designación de un árbitro único y la designación de un Tribunal Arbitral (además de las reglas citadas art. 12 y 13, entre otros del modelo de Reglamento Arbitral incorporado como Anexo A) que «*de su lectura se colige, no hay duda, que el Código distingue entre árbitro único y Tribunal Arbitral, formado por tres o más miembros*».

Ahora bien, el TSJM no se ha sentido vinculado por la línea interpretativa defendida en el CBP (se trata de «*mera recomendaciones*», ello es cierto); concluyendo que el criterio expresado no permite resolver si la voluntad de las partes se refirió a un órgano colegiado o no.

29. Entendemos el criterio expresado por el TSJM y concluimos, coincidentemente, en defecto de remisión expresa de la cláusula, a efectos interpretativos, al CBP (cuya primera versión es del año 2005), que constituyendo la tarea del Tribunal interpretar la voluntad de las partes, el uso que pueda

realizarse o proponerse por un tercero sin virtualidad prescriptiva, como razona la sentencia «*no resuelve de una forma indiscutible la cuestión*».

30. Contrariamente, sí resulta censurable que, en su aventura exegética, el TSJM abandone las aguas seguras del dominio arbitral y enderece su rumbo (más bien lo tuerza) recalando en «*aguas jurisdiccionales*» (en la múltiple acepción del término); ya que, para eludir la univocidad de la interpretación en el ámbito arbitral, se dirige al ámbito multívoco jurisdiccional, introduciendo un sesgo idiosincrático que le permite reabrir la cuestión y mantener incierto el resultado de la investigación interpretativa.

31. Sin perjuicio de lo señalado, reiteramos que no estamos disconformes con la desvinculación que el TSJM ha considerado adoptar del CBP; puesto que las fuentes de naturaleza normativa (nos hemos referido, esencialmente, a la Ley Modelo CNUDMI) resultan coincidentes con el sentido multívoco del término «Tribunal Arbitral».

32. La última de las consideraciones que realiza el TSJM concierne a la complejidad de la controversia invocada por la parte demandada para justificar la procedencia del nombramiento y constitución de un Colegio Arbitral.

Debemos reiterar que la argumentación de la demandada, en su conjunto, y en lo que se refiere a su oposición principal, no pudo tener nunca por objetivo otro diferente que la evitación de la designación de árbitro único pretendida por la demandante; aportando razones suficientemente convincentes de la necesidad de constituir un Colegio arbitral, y en ningún supuesto la designación de los miembros del Colegio Arbitral, ya que ello trasciende a las competencias del órgano judicial en el procedimiento singularmente desarrollado en la Ley de Arbitraje para el nombramiento de árbitro.

33. Ciertamente, razona persuasivamente el Tribunal al poner de manifiesto que la complejidad, por sí misma, no constituye un argumento definitivo para concluir la necesidad de la designación de un Colegio arbitral. No existe norma alguna que asocie la complejidad con la proliferación del número de árbitros, cuando menos con carácter apodíctico.

Yerra, a nuestro juicio, nuevamente, el Tribunal al incidir en el mismo criterio seguido hasta alcanzar el argumento que comentamos para concluir sobre la indeterminación del significado del concepto «*Tribunal Arbitral*», como lo es la referencia al orden jurisdiccional; más aún cuando lo que se declara, transponiendo genéricamente el alcance de las reglas sobre distribución de competencias funcionales en el ámbito de la judicatura, es que «*en la jurisdicción ordinario, tanto si son complejas las cuestiones jurídicas planteadas como si no, es un juez unipersonal el que aborda la cuestión litigiosa...*».

34. Extendiendo la conclusión extraída sobre el régimen de actuación en el ámbito jurisdiccional al dominio arbitral, el TSJM —a través del ponente de la sentencia, asumiendo la misma— considera «*que no hay razón para pensar que un árbitro... no esté preparado, máxime cuando puede interesarse por las partes que sea experto en la materia*».

Advierte con razón el TSJM circunstancia singularmente concurrente en el ámbito arbitral, como lo es la legítima predeterminación por las partes de las cualidades que hubiere de reunir el árbitro para dirimir una controversia, entre las cuales no es la menos relevante la de resultar experto en la materia, de particular significación tratándose de arbitraje de Derecho.

35. Efectuado el examen de los diferentes argumentos previamente comentados «*la conclusión que alcanza la Sala... es que la mera expresión constituir un Tribunal arbitral... no... implica necesariamente que la voluntad de las partes fuera someter la cuestión litigiosa... a un Colegio de tres árbitros, sino que es también compatible con que el arbitraje lo resuelva un solo árbitro».*

36. Llegados a este punto (como literalmente inicia su redacción el Fundamento Quinto), la cuestión enjuiciada resta sin solución ni argumentación definitiva que hubiera permitido al Tribunal efectuar un pronunciamiento.

En defecto de otros hechos y circunstancias que permitieren la interpretación de la voluntad de las partes; en ausencia de un procedimiento de designación arbitral y, como ha sido reseñado, no habiéndose recurrido al arbitraje institucional —quedando excluida por tanto la posibilidad de que el Reglamente de la Corte de Arbitraje correspondiente hubiere podido procurar la solución a la situación creada—, el TSJM encuentra la respuesta en el art. 12, *in fine*, LA/2003, donde se expresa que a falta de acuerdo de las partes sobre el número de árbitros «*se designará un solo árbitro*».

37. Nuestra posición es crítica respecto del argumento final (y único decisorio, sin perjuicio de lo que se añadirá más adelante) ofrecido por el TSJM.

En efecto, la regla de Derecho que se aplica como solución tiene por presupuesto necesario que no hubiere existido acuerdo de las partes sobre el número de los árbitros. Al presumir la Sala la inexistencia de acuerdo, está incurriendo en el defecto de hacer supuesto de la cuestión. Más aún, el Tribunal deja imprejuzgada la cuestión, ya que tampoco resuelve a través de la regla que aplica el enigma subyacente a la necesidad de interpretar la voluntad de las partes.

Dado que, como la sentencia admite, por «Tribunal Arbitral» puede entenderse tanto el unipersonal como el colegiado, sin que haya podido alcanzarse conclusión sobre si se trataba de una u otra opción, tanto una como la otra hubieran podido resultar aceptables y tanto en una como en la otra resulta claramente el número de árbitros: uno o un número superior impar (en este último caso con el auxilio supletorio de la norma que da preferencia al órgano colegiado integrado por tres miembros).

38. La cuestión relativa a la interpretación de la voluntad de las partes al estipular la cláusula de arbitraje no se resuelve, sino a la manera alejandrina, aplicando la regla de Derecho que procedería sólo y únicamente cuando, verdaderamente, no hubiera existido una manifestación de voluntad relativa al número de árbitros aceptado por las partes.

Las partes sí «alcanzaron» un acuerdo sobre el número de árbitros; sólo que no ha resultado posible, mediante la exégesis, llegar a conocer, interpretando su manifestación de voluntad, cuál hubiera sido ésta en cuanto a dicho número. Por lo tanto, la aplicación de la regla hubiera debido precederse

del reconocimiento de que, al no haber sido posible interpretar la voluntad, en cuanto al número de árbitros acordado, procedería la regla aplicada; mas a partir de un fundamento que se omite y que se trueca por otro que resulta inaplicable: que las partes no hubieran llegado a un acuerdo sobre el número de árbitros.

39. Es este fundamento perdido el que entendemos necesario localizar e identificar, sin perjuicio de que resulte posible, a través del mismo, alcanzar idéntica conclusión (o no) que la obtenida por la Sala.

40. Al respecto, el Código Civil, donde se recogen las reglas interpretativas de los contratos, establece, de una parte, que «*las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquélla que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato*» (art. 1286).

En relación con esta regla, pudiera resultar relevante, reapareciendo ahora desde otra perspectiva, la cuestión sobre la complejidad del contrato y la cuestión anudada a ésta sobre la conveniencia o no de designar órganos colegiados en el supuesto de que las cuestiones resultaran efectivamente complejas.

Ningún hecho resulta de la sentencia que nos permita concluir si la cuestión de Derecho hubiera podido reputarse compleja o no, por lo que deberemos abandonar esta línea.

41. Tampoco estimamos, de antemano, pudieran alcanzarse resultados concluyentes (en defecto de elementos fácticos que pudieran permitirnos su aplicación en un sentido o en otro) a partir de las reglas contenidas en los arts. 1288 (cláusulas oscuras) y 1289 (imposibilidad absoluta de resolución de dudas sobre circunstancias accesorias o principales del contrato).

En este último supuesto, podríamos preguntarnos si la facultad de designación de árbitro por cada una de las partes que resultaría de la interpretación favorable a la constitución de un órgano colegiado constituiría un supuesto de «*mayor reciprocidad de intereses*»; y si la interpretación contraria, favorable a la constitución de un órgano unipersonal, podría o no cualificarse como tal.

42. La regla que establece el art. 1287, prescrita para resolver las ambigüedades, remite al uso y a la costumbre del país. Si entendemos que las recomendaciones del CBP (que el propio Tribunal reconoce resulta de la experiencia de quienes son competentes en la materia) reflejan los mejores usos en la práctica del arbitraje, teniendo en cuenta que, como ha sido reconocido, las recomendaciones mencionadas asocian el empleo del término Tribunal arbitral al órgano colegiado y no al órgano unipersonal, la conclusión habría debido resultar favorecedora de los argumentos invocados en orden a la desestimación de la demanda.

43. El Tribunal no ha recurrido a ningún otro de los criterios interpretativos recogidos en el Código Civil distintos del literalista (art. 1281) y del contextualizador (art. 1282), sin haberse referido a ninguno de los mencionados en parágrafos precedentes.

44. El argumento de cierre que sí emplea el Tribunal no halla respaldo, a nuestro juicio, en ninguno de los supuestos legales. Nos dice el Tribunal que la designación de un árbitro es la solución más

económica.

Pero esto no necesariamente responde a la voluntad de las partes, que es la única cuestión verdaderamente controvertida.

Al apartarse de la cuestión interpretativa, el Tribunal, de alguna manera, incurre en contradicción, por incongruencia interna; ya que, previamente, había rechazado aceptar el claro criterio distintivo resultante del CBP, alegando que la cuestión era, precisamente, determinar cuál hubiera sido la voluntad de las partes.

Es evidente que de los hechos alegados en la sentencia y de las razones ofrecidas por ésta no resulta ningún elemento que permita concluir que la voluntad de las partes fue optar por la solución más económica.

45. El comentario de la sentencia debe extenderse a la consideración que realiza, una vez desestimada la oposición principal a la demanda y admitida la pertinencia de designar un único árbitro, de la petición subsidiaria de la demandada referente a las condiciones que debiera reunir, caso de ser designado, el árbitro único.

46. Ya indicamos que, desde nuestro punto de vista, el planteamiento subsidiario de la demandada constituye un argumento contra su oposición principal.

47. Dejando de lado ahora esta cuestión, advirtamos que la justificación ofrecida por la Sala para designar árbitro de nacionalidad española es el sometimiento del contrato al Derecho español; presumiendo, sin manifestarlo, que el conocimiento del último corresponderá en mayor grado a un árbitro español. Establecida semejante premisa, inevitablemente habrá de presumirse que el árbitro conoce el idioma español, requisito exigido por la demandada (y que sólo poseía sentido bajo la aceptación de su primer requerimiento de que el árbitro no fuera español). Lo que no cabe presumir es que el árbitro español conozca el idioma alemán (condición que nos consta satisfacía el árbitro designado en tercer lugar), cuestión sobre la que la sentencia nada dice.

En cuanto a la especialización requerida (que la propia Sala había destacado en la fundamentación resultar característica propia del arbitraje), la Sala la despacha negativamente, sin más, limitándose a la especialización (a nuestro juicio carente de tal cualidad propia) de ser «*especialista*» en Derecho Civil y Mercantil, obviando toda mención de la cualidad requerida de ser experto en contratos de ingeniería llave en mano (EPC *turn key*); condición que nos consta satisfacía el árbitro designado en tercer lugar, ignorando la cualificación de los restantes.

48. No siendo susceptible de recurso la sentencia recaída en el juicio verbal para nombramiento judicial de árbitro único y asumiendo que el árbitro designado confirmará su competencia, nos preguntamos, si, caso de resultar adverso el laudo, consideraría la parte demandada la posibilidad de invocar la cláusula de anulación contemplada en el art. 41.1º.d), LA, por inadecuación de la designación de árbitro efectuada. Cierto que el conocimiento de la acción de anulación correspondería a la misma Sala que ha resuelto, definitivamente, sobre la procedencia de la

designación de un único árbitro; y cierto también que la propia demandada ha admitido, siquiera subsidiariamente, la procedencia de la designación de un único árbitro. Estas circunstancias nos conducen a considerar la hipótesis apuntada como especulativa y, en todo caso, trascendente al examen estricto de la sentencia, por lo que nos abstenemos de proseguir su desarrollo.

49. La situación controvertida resulta de una cláusula arbitral deficientemente concebida.

No sólo se advierte en su redacción la reminiscencia omnipresente de resabios judiciarios (lo que ha conducido, fatalmente, a la confusión que la Exposición de Motivos de la LA pretendió se evitara excluyendo toda referencia en los preceptos de la ley al término «*Tribunal Arbitral*»); sino la omisión de elementos indispensables para la funcionalidad de la cláusula ; no sólo ya en cuenta a la especificación del número de árbitros, sino en cuanto al procedimiento para su designación. Asimismo, el exceso de confianza en la propia capacidad auto-organizadora de las partes, rehuyendo el arbitraje institucional, ha añadido un factor adicional conducente a la crisis del contrato, a la crisis de la cláusula arbitral.

Resulta paradójico, que el instrumento que habrá debido diseñarse para facilitar la solución de controversias se haya convertido, finalmente, en el primer motivo de controversia entre las partes.

50. Ciñéndonos, finalmente, a la propia sentencia, resulta de nuestro análisis el carácter insatisfactorio que el resultado alcanzado produce. Cierto que la Sala se había visto abocada a un conflicto prácticamente insoluble, una vez alcanzada la conclusión final de no resultar posible interpretar la voluntad de las partes. La prohibición del principio *non liquet*, obligaba a una solución, que la Sala ha considerado conforme, si no con la voluntad de las partes, desde luego respetuosa de las leyes.

51. Por nuestra parte, nos inclinamos a considerar que la invocación del art. 1287 Cc, unido a la clara especificación del «uso» entre los prescriptores de arbitraje, a través del Club Español del Arbitraje, cuya representatividad en este específico sector del Derecho resulta indisputable, hubiera permitido concluir, razonablemente, la conveniencia de la constitución de un colegio arbitral. Esta conclusión hubiera determinado la desestimación de la demanda.

Si la parte demandada, al requerírsele por la demandante la designación del árbitro hubiera designado el propio, a efectos de la constitución del Tribunal Arbitral colegiado (hecho que no nos consta), hubiera quedado predeterminado supuesto de hecho, susceptible de interpretación que, eventualmente, hubiera podido conducir a decisión del Tribunal diversa de la que ha constituido objeto del presente comentario.

.....

(1) *Vid*. un extracto de esta decisión en en la Sección: "Cronología de decisiones: Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales españoles", *infra*.

Ver Texto

Ley aplicable al convenio arbitral en el contexto de un arbitraje comercial internacional (Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 9 de octubre de 2020) (1)

Law applicable to the arbitration agreement in the context of an international commercial arbitration (UK Supreme Court of 9 October 2020)

El convenio arbitral es la piedra angular del arbitraje. En su naturaleza de contrato autónomo e independiente del contrato principal en el que se integra o del que trae causa, puede ser regido por una ley distinta a éste. Cuando las partes nada han pactado respecto a la ley que debe regir su validez y eficacia, dos son las posturas, históricamente enfrentadas en el contexto del arbitraje comercial internacional: la que defiende que la ley aplicable al convenio arbitral debe ser la ley de la sede (*lex arbitri*) y la que defiende que la ley que debe regir la validez y eficacia del convenio arbitral es la ley aplicable al contrato principal. En el contexto de esta discusión, el Tribunal Supremo de Reino Unido ha dictado, en octubre de 2020, una sentencia que debe servir como faro que marque el rumbo en esta controvertida cuestión.

Convenio arbitral, Separabilidad, Ley de la sede, Pacto, Sentencia.

The arbitration agreement is the foundation stone of arbitration. As an autonomous and independent agreement to the main contract, it may be governed by a different law. When the parties to a contract have not agreed on the law governing the arbitration agreement, there are two historically confronted positions: one that defends that the arbitration agreement must be governed by the law of the seat (*lex arbitri*) and one defending that the arbitration agreement must be governed by the law governing the main contract. In the context of this heated discussion, the United Kingdom Supreme Court has issued, on October 2020, a judgment that should be considered a spotlight showing the way in the context of this controverted question.

Arbitration agreement, Separability, Law of the Seat, Pact, Judgment.

A**lberto Manzanares Entrena**

Asociado Senior, Ashurst LLP

A**ndrea Blanco Vázquez**

Asociada, Ashurst LLP

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto de la contratación comercial internacional, al menos tres leyes distintas entran en juego cuando nace una disputa que las partes han pactado someter a arbitraje: la ley que rige el fondo de la controversia; la ley que rige el convenio arbitral y la ley que rige el procedimiento.

La ley que rige el fondo de la controversia acostumbra a ser la ley aplicable al contrato en relación con el cual ha nacido la disputa. Por lo que se refiere a la ley que va a regir el procedimiento, esta es generalmente la ley de la sede del arbitraje (*lex arbitri*). Estas dos leyes pueden ser distintas y pueden, a su vez, ser diferentes a la ley que rige la validez, alcance y eficacia del convenio arbitral.

El convenio arbitral, como máximo exponente de la voluntad de las partes, es la piedra angular de todo procedimiento arbitral: sin convenio arbitral —i.e. sin voluntad, inequívoca, de las partes de ventilar sus controversias en un procedimiento arbitral— no hay posibilidad alguna de que las partes refieran sus disputas a arbitraje.

Tal es su relevancia que goza de autonomía material con respecto al contrato principal del que trae causa, aun cuando el convenio arbitral esté integrado en dicho contrato. Son, así, contrato principal y convenio arbitral, contratos autónomos e independientes —si bien no inconexos—. Esto es lo que comúnmente se conoce como la teoría de la separabilidad.

La teoría de la separabilidad del convenio arbitral conlleva una consecuencia que el mundo del arbitraje ha abrazado sin ambages: el convenio arbitral es susceptible de ser sometido a un régimen jurídico distinto al que se somete el contrato principal del que el convenio arbitral trae causa.

En este contexto, ¿cuál es la ley que debe regir el convenio arbitral cuando las partes nada han pactado al respecto?

La cuestión, a cuya respuesta trataremos de aproximarnos en el presente artículo, no es pacífica (excepto en los casos donde la *lex arbitri* impone el criterio a seguir).

Los tribunales de distintos países y la doctrina arbitrajista más autorizada ha estado, históricamente, dividida. Mientras que distintos tribunales (Tokio) y reputadas voces (como, por ejemplo, G. Born) han sostenido que, en defecto de pacto, la ley que debe aplicar al convenio arbitral es la ley de la sede (*lex arbitri*), otros tribunales (Inglaterra; Singapur; India) y autores de peso (como, por ejemplo,

A. Redfern y M. Hunter) han sostenido que, en defecto de pacto, el convenio arbitral debe regirse por la ley aplicable al contrato principal en el que el convenio arbitral se integra o del que trae causa.

En el contexto de esta compleja cuestión, el Tribunal Supremo de Reino Unido, con ocasión de la disputa surgida entre la constructora turca *Enka Insaat Ve Sanayi A.S.* y la aseguradora rusa *OOO Insurance Company Chubb*, dictó, el pasado 9 de octubre de 2020, una sentencia (2) (la «Sentencia») que arroja luz a una discusión donde, hasta la fecha, había un importante grado de incertidumbre.

II. BREVE REFERENCIA AL CONVENIO ARBITRAL COMO PIEDRA ANGULAR DEL ARBITRAJE Y A LA TEORÍA DE LA SEPARABILIDAD

El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica (3) .

El convenio arbitral goza de autonomía material respecto al contrato del que trae causa. Si bien conexo, es independiente. Es lo que se conoce como la teoría de la separabilidad.

1. El convenio arbitral como piedra angular del arbitraje

El convenio arbitral, como hemos avanzado, es la piedra angular del arbitraje (4) , que se basa en el principio del consentimiento entre partes (5) , esto es, de la autonomía de la voluntad.

Desde el momento en que existe un convenio arbitral válido, las partes se verán obligadas a solucionar cualquier controversia que entre las mismas haya surgido o pueda surgir —respecto de una determinada relación jurídica— mediante un procedimiento arbitral, manteniendo así la controversia fuera de los tribunales nacionales.

El convenio arbitral, como máximo exponente de la autonomía de la voluntad de las partes, presenta una consistencia tal que, efectivamente:

a) A los tribunales estatales les está vedada la posibilidad de conocer de la disputa cuya resolución las partes han reservado para un procedimiento arbitral. Así lo recoge la Ley Modelo en su art. 8.1 al disponer que «*el tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible*». También así lo dispone el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (el «Convenio de Nueva York») en su art. II.3, al indicar que «*el Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje (...)*» (6) .

b) Cada uno de los Estados firmantes del Convenio de Nueva York (suman, a día de hoy, ciento sesenta y seis (7)) habrá de reconocer, en el contexto de la ejecución de laudos extranjeros, el convenio arbitral «*conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias*

o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje» (8) .

El arbitraje descansa sobre la base de la validez y eficacia del convenio arbitral (9) . De ahí que se considere un (el) elemento esencial de la institución.

La más autorizada doctrina arbitrajista y los tribunales a nivel internacional han aceptado sin reservas la teoría de la separabilidad, consistente en que un convenio arbitral incorporado en un contrato es autónoma o legalmente distinto del contrato que lo contiene

2. El convenio arbitral como contrato autónomo e independiente del contrato principal del que trae causa. Teoría de la separabilidad

La más autorizada doctrina arbitrajista y los tribunales a nivel internacional han aceptado sin reservas la teoría de la separabilidad, consistente en que un convenio arbitral incorporado en un contrato es autónoma o legalmente distinto del contrato que lo contiene (o del que trae causa) (10) .

El efecto de esa separabilidad (i.e. de la autonomía del convenio arbitral respecto al contrato principal del que trae causa) es que el convenio arbitral puede sobrevivir a la invalidez del contrato principal del que dimana la controversia, por lo que el tribunal arbitral mantiene la competencia para decidir los efectos de la invalidez de dicho contrato. Sería contrario a los principios más básicos del arbitraje sostener lo contrario: se alcanzaría, así, el absurdo consistente en que la parte demandada podría hacer descarrilar cualquier procedimiento de arbitraje simplemente alegando que el contrato principal que contiene el convenio arbitral es nulo, obligando a las partes a acudir a los tribunales estatales.

La independencia y autonomía de la que goza el convenio arbitral preserva, así, la integridad de la vía arbitral, en tanto en cuanto permite asegurar que el arbitraje sea siempre el método de resolución de conflictos, independientemente de las vicisitudes de la relación jurídica principal (11) .

El art. 16.1º de la Ley Modelo consagra esta doctrina al disponer que «*el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje*» *que* habrá de ser considerado «*como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato*».

Países que han integrado en su ordenamiento la Ley Modelo (12) y países que no lo han hecho (13) han abrazado, igualmente, esta doctrina de la separabilidad, que como hemos avanzado es unánimemente reconocida en el mundo del arbitraje internacional.

El propio Tribunal Supremo de Reino Unido, en la Sentencia, así lo dispone igualmente, al señalar que la teoría de la separabilidad es «*un principio cardinal del arbitraje*» (14) .

Sobre la base de su autonomía e independencia (de su separabilidad, al fin y al cabo), el convenio arbitral no necesariamente debe regirse por la ley que rige el contrato que lo integra y/o del que trae causa. Las partes pueden, así, someter el convenio arbitral a un régimen jurídico distinto. De este modo, cuando las partes, expresamente, pactan que el convenio arbitral que han suscrito debe regirse por la ley de un Estado en particular, la ley de dicho Estado regirá la validez, eficacia y eventual nulidad de dicho convenio (15) .

Ahora bien, cuando las partes nada han pactado respecto a la ley que debe regir el convenio arbitral suscrito ¿qué ley debe aplicarse?

III. LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL EN DEFECTO DE PACTO ENTRE LAS PARTES. POSTURAS ENFRENTADAS

La cuestión referente a qué ley (en defecto de pacto expreso al respecto) debe regir la eficacia y validez del convenio arbitral, cuando la ley aplicable al contrato que lo contiene y la ley de la sede son diferentes, dista de ser pacífica entre la comunidad internacional (con la excepción de los países como España que, en su(s) ley(es) de arbitraje (16) , ya han fijado el criterio a seguir).

Tan controvertida es la cuestión que el Magistrado británico de la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales, Lord Justice Popplewell, en su sentencia [2020] EWCA Civ 574 —Case No: A4/2020/0068— (17) , enfrentado a esta disyuntiva, concluyó que «*ha llegado el momento de poner orden y claridad en este punto concreto del Derecho*» (18) .

En la misma línea se posicionó el Tribunal Supremo del Reino Unido en la Sentencia, al confirmar que «*es esta una cuestión que ha dividido, históricamente, a tribunales y autorizada doctrina, tanto en el Reino Unido como a nivel internacional*» (19) .

Son dos las corrientes que enfrentan a tribunales y académicos: la corriente que defiende que la ley de la sede del arbitraje es la ley que debe regir el convenio arbitral frente a la corriente que asume que la ley aplicable al convenio arbitral debe ser la ley del contrato principal en el que se contiene.

La cuestión no es baladí: esta falta de unanimidad es una patología importante en relación con una cuestión tan fundamental como la ley que debe aplicar al convenio arbitral, a la sazón —como brevemente hemos apuntado— piedra angular del arbitraje.

1. Corriente doctrinal y jurisprudencial a favor de aplicar, al convenio arbitral, en defecto de pacto, la ley de la sede del arbitraje

Esta corriente defiende que, en defecto de pacto expreso, la ley de la sede del arbitraje (*lex arbitri*) debe regir la validez y eficacia de un convenio arbitral.

Esta corriente se ha configurado con base en tres premisas básicas. En primer lugar, de conformidad

con la regla recogida en el Convenio de Nueva York en su art. V.1º.a), que establece que sólo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo si el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley del país en el que se haya dictado el mismo, si nada se hubiera indicado a este respecto.

Por otro lado, autorizada doctrina y tribunales defienden, con base en el principio de separabilidad y autonomía del convenio arbitral, que la elección de las partes de la sede del arbitraje no es más que una elección implícita de la ley que debe regir el convenio arbitral, pues la sede del arbitraje tiene una conexión más cercana con el convenio arbitral que lo que puede tener el contrato subyacente (20) .

Y, por último, existen pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales que apelan a la naturaleza procesal del convenio arbitral, con base en la estrecha y omnipresente interrelación entre la ley de la sede del arbitraje, que rige los procedimientos arbitrales, y el convenio arbitral, que consiste principalmente en los términos del arbitraje.

En palabras de G. Born (21) , en ausencia de una disposición expresa, deberá aplicarse la ley de la sede del arbitraje, toda vez que la sede guarda la conexión más estrecha con el convenio arbitral, «*conclusión que refleja (correctamente) la regla por defecto prescrita en el art. V.1º.a) del Convenio de Nueva York, el carácter procesal del convenio de arbitraje y la estrecha relación entre el acuerdo de arbitraje y las leyes procesales del arbitraje*» (22) .

Esta tesis ha sido abrazada por M. Virgós (23) , quien declara que, atendiendo al art. VI.1º del Convenio de Nueva York, no cabe duda de que «*en defecto de elección por las partes de la ley aplicable, debe estarse a la ley del Estado donde vaya a tener lugar el arbitraje (i.e. donde éste tiene o deba presumiblemente tener su sede)*».

Autores como E. Gaillard y J. Savage (24) reconocen que son numerosos los tribunales que consideran que «*cuando las partes han elegido una sede de arbitraje, se puede inferir tácitamente que tienen la intención de someter el convenio arbitral a la ley de dicho lugar*» (25) .

En el laudo parcial dictado en el Caso CCI n.º 7373 (26) , se declaró por el tribunal que «*salvo en los casos en que las partes hacen una elección expresa sobre la ley que rige el acuerdo de arbitraje, la elección del lugar del arbitraje implica generalmente la elección de la aplicación de la ley de arbitraje de ese lugar*» (27) .

Y en el mismo sentido, es especialmente representativa la antigua sentencia del tribunal superior de Tokio (28) la cual, sobre la base de la naturaleza «procesal» del convenio arbitral, concluyó que «*si la voluntad de las partes no es clara, debemos presumir que las partes tienen la intención de que se aplique la ley del lugar donde se celebran dichos procedimientos arbitrales, ya que la naturaleza de las cláusulas de arbitrajes es prever procedimientos determinados en lugares determinados* » (29) .

2. Corriente doctrinal y jurisprudencial a favor de aplicar, al convenio arbitral, en defecto de pacto, la ley del contrato principal

En sentido contrario, son numerosos los autores y tribunales que aplican un enfoque distinto: en

defecto de pacto expreso, la ley que, sostienen, debe regir la validez y eficacia del convenio arbitral, será la ley que rige el contrato en el que se integra o del que trae causa.

Aunque la mayoría de los convenios arbitrales no incluyan disposiciones específicas sobre la ley aplicable a ese acuerdo, lo cierto es que la mayoría de los contratos comerciales internacionales (más del 80%) sí que contienen una cláusula expresa de elección de la ley que aplica al contrato, aunque sin hacer referencia específica a la cláusula de arbitraje asociada con el mismo. En este contexto, son numerosos los autores que apelan por la presunción de que la ley del contrato se extiende —tácita o explícitamente— al convenio arbitral, a pesar de su autonomía con respecto al contrato principal.

Así lo entendieron A. Redfern y M. Hunter en *Law and Practice of International Commercial Arbitration, 6th ed (2015)* , obra en la que se apunta que el convenio arbitral es una de las muchas cláusulas que conforman un contrato, de modo que es razonable asumir que la ley elegida por las propias partes para que rija el contrato deba regir, también, el convenio arbitral. Los autores se preguntan, con agudeza: ¿Por qué cuando las partes han pactado la ley que gobierna un contrato, debería otra ley (que las partes no han elegido) aplicar a una de las cláusulas de su contrato, simple y sencillamente porque esa cláusula sea la del convenio arbitral? (30) .

J.D. Mathew Lew, en *The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause* (31) se refiere incluso a la presunción consistente en que la ley que rige el contrato que contiene el convenio arbitral rige igualmente la validez y eficacia de este último. Señala el autor que ello debe ser interpretado como un acuerdo de las partes sobre la ley aplicable a la cláusula de arbitraje, mencionando a Y. Derains en los siguientes términos: «*La autonomía de la cláusula de arbitraje y del contrato principal no significa que sean totalmente independientes el uno del otro, como lo demuestra el hecho de que la aceptación del contrato implica la aceptación de la cláusula, sin ninguna otra formalidad*» (32) .

Esta tesis ha sido abrazada por distintos tribunales a nivel internacional (33) . En palabras del Tribunal Supremo de India en *Nat'l Thermal Power Corp. c. Singer Co* (34) , «*cuando la ley propia del contrato es elegida expresamente por las partes, como en el presente caso, dicha ley debe, en ausencia de una intención inequívoca en contrario, regir el acuerdo de arbitraje que, aunque colateral o accesorio al contrato principal, es sin embargo una parte de dicho contrato*» (35) . En esta misma línea, en *Leibinger& Anor c. Stryker Trauma Gmb (2006)* el *England and Wales High Commercial Court* admitió que habiendo una cláusula expresa de jurisdicción en el contrato principal, la cláusula de sometimiento a arbitraje no es más que un adjunto de la misma y de su compromiso (36) .

Esta posición se fija, igualmente, con claridad en el laudo dictado en el Caso CCI No. 44869 (37) en el que el tribunal consideró que la elección expresa de las partes de la ley que rige el contrato abarcaría, igualmente, el convenio arbitral ya que «*independientemente de su separabilidad, no existen indicaciones o motivos que conduzcan a la conclusión de que las partes hubieran querido someter la cláusula de arbitraje a otra ley diferente de la del contrato principal*» (38) .

Incluso en ausencia de una disposición específica y expresa de la cláusula que rige el contrato

principal, algunos autores han sostenido que el convenio arbitral se rige, igualmente, por la ley aplicable al contrato subyacente, lo que igualmente han defendido tribunales en el ámbito internacional. Así, en *Tonicstar Ltd c. Am. Home Assur. Co.* (39) o en *Svenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania* (40) el *England and Wales High Court* admitió, de manera ciertamente contundente que, salvo en circunstancias excepcionales , la ley aplicable al convenio arbitral debe ser la misma que rige el contrato en el que se integra o del que trae causa (41) .

> La Sentencia que se comenta determina que, en defecto de pacto entre las partes, la ley que debe regir el convenio arbitral es la ley que rige el contrato principal donde se integra y/o del que trae causa dicho convenio, y no la ley de la sede

IV. LA RECIENTE POSTURA ADOPTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE REINO UNIDO ¿UN FARO QUE MARCA EL RUMBO EN EL CONTEXTO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL?

Con ocasión de la disputa surgida entre la constructora turca *Enka Insaat Ve Sanayi A.S.* («Enka») y la aseguradora rusa *OOO Insurance Company Chubb* («Chubb»), el Tribunal Supremo de Reino Unido ha tenido la oportunidad, a través de la Sentencia , de posicionarse en esta controvertida discusión.

Mediante la Sentencia, el Tribunal Supremo de Reino Unido ha determinado que, en defecto de pacto entre las partes, la ley que debe regir el convenio arbitral es la ley que rige el contrato principal donde se integra y/o del que trae causa dicho convenio, y no la ley de la sede (*lex arbitri*).

1. Antecedentes de la disputa entre Enka y Chubb necesarios para comprender el posicionamiento del Tribunal Supremo de Reino Unido

La relación jurídica de la que dimana la controversia es un contrato de construcción de una central eléctrica en Rusia (el «Contrato») cuyas partes eran Enka (constructora turca que debía construir la central eléctrica) y PJSC Unipro (compañía rusa, propietaria de la central).

En lo que al método de resolución de conflictos se refiere, Enka y PJSC Unipro estaban vinculadas por un convenio arbitral que refería a las partes a arbitraje internacional con sede en Londres en caso de que naciese una disputa relacionada con el Contrato. Nada se pactó respecto a qué ley debía regir la validez y eficacia de ese convenio arbitral.

Las partes tampoco especificaron, en modo alguno, qué ley debía regir el Contrato.

En el contexto de la ejecución del Contrato, PJSC Unipro contrató una póliza de seguro con Chubb.

La central eléctrica sufrió un grave incendio. Chubb, de conformidad con la póliza de seguro contratada por PJSC Unipro, pagó al propietario de la central una indemnización de 26.1 millones de

rublos (alrededor de 400 millones de dólares americanos) y se subrogó en cualesquiera derechos que PJSC Unipro pudiera tener para reclamar a terceras personas por los daños causados por el incendio.

Entonces, Chubb inició un procedimiento judicial, en Rusia, ante los tribunales nacionales, frente a Enka alegando que el incendio había sido ocasionado por los empleados de la constructora turca y buscando la oportuna depuración de responsabilidades.

Enka, a su vez, interpuso, ante los tribunales ingleses, una solicitud de medidas cautelares para frenar el procedimiento judicial en Rusia (*anti-suit injunction*), habida cuenta (alegaba Enka) que las partes estaban vinculadas por un convenio arbitral que refería a las partes a arbitraje en Londres.

Chubb sostuvo, en el contexto de la *anti-suit injunction*, que el referido convenio arbitral se regía por ley rusa , de tal suerte que, en aplicación de dicha normativa, el procedimiento judicial iniciado por Chubb en Rusia se encontraba fuera del alcance de dicho convenio arbitral. Enka sostenía, en contra del criterio de Chubb, que la ley aplicable al convenio arbitral era la ley inglesa; y, en aplicación de dicha normativa, el procedimiento judicial iniciado, en Rusia, por Chubb, se encontraba dentro del alcance del convenio arbitral, de tal suerte que los tribunales rusos debían abstenerse de conocer el asunto.

Así, la cuestión a la que el Tribunal Supremo de Reino Unido se enfrentaba era, en defecto de pacto expreso al respecto, qué ley debe regir la eficacia y validez del convenio arbitral, cuando la ley aplicable al contrato principal que lo contiene difiere de la ley de la sede (42) .

2. La Sentencia

El Tribunal Supremo de Reino Unido considera que, en defecto de pacto, cuando la ley que rige el contrato principal y la ley de la sede (*lex arbitri*) son distintas, la ley que debe regir la validez y eficacia del convenio arbitral es la aplicable al contrato principal en el que se integra y/o del que trae causa.

El razonamiento del Tribunal Supremo de Reino Unido debuta con una introducción que, de manera cristalina, avanza la que será su postura respecto a la cuestión controvertida.

En este sentido, el alto tribunal británico apunta (43) que, cuando un contrato está sometido a una ley específica y ese contrato contiene, a su vez, un convenio arbitral (respecto al cual nada se ha dicho en términos de ley aplicable), lo natural (en ausencia de un buen motivo que pueda esgrimirse en contra) es interpretar que la ley que rige el contrato principal es la ley que debe aplicar al convenio arbitral «*por la sencilla razón de que el convenio arbitral es parte de un contrato el cual las partes han acordado someter a una ley específica*» (44) .

A continuación, el Tribunal Supremo de Reino Unido realiza una serie de consideraciones que confirman la razonabilidad de, como regla general, entender que la ley que rige el contrato principal es la ley que debe regir igualmente la validez y eficacia del convenio arbitral que se integra en dicho contrato o del que en último término trae causa, «*incluso cuando la ley elegida por las partes para regir el contrato principal difiere de la ley elegida como sede del arbitraje*» (45) .

El Tribunal Supremo de Reino Unido defiende que esta tesis:

a) Aporta un importante grado de certeza a las partes de un contrato; les asegura, en este sentido, que la ley que rige el contrato principal será aquella que rija sus derechos, obligaciones y controversias.

b) Aporta consistencia. La misma ley rige la totalidad de derechos y obligaciones de las partes.

c) Permite evitar complejidades e inseguridades. Desde el momento en que una relación jurídica entre partes está sujeta a distintas leyes, no es extraño que surjan problemas a la hora de delimitar las fronteras entre una y otra ley, algo que el Tribunal Supremo de Reino Unido considera reflejado, *exempli gratia*, en el aumento de la prevalencia de las denominadas cláusulas de resolución de conflictos escalonadas (*multi-tier dispute resolution clauses*) (46) .

d) Evita lo que el Tribunal Supremo de Reino Unido califica como «*artificialidad*». Y es que, efectivamente, si bien la comentada teoría de la separabilidad es esencial en arbitraje, lo cierto es que se trata de una doctrina susceptible de ser conocida por abogados y arbitrajistas y no por las partes que firman un contrato comercial; para las partes «*un contrato es un contrato; no un contrato con un convenio arbitral accesorio o colateral. Por ello, esperan, razonablemente, que una misma ley rija la totalidad del contrato*» (47)

e) Asegura un importante grado de coherencia. Es, en este sentido, consistente con el tratamiento de otro tipo de cláusulas cuya validez se aísla de eventuales pretensiones de nulidad del contrato, tales como las cláusulas de elección de ley o de jurisdicción, las cuales se presumen, con carácter general, regidas por la ley que aplica al contrato en el que se integran.

Sobre la base de estos postulados, el Tribunal Supremo de Reino Unido, revocando la decisión y la línea de razonamiento de la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales, llega a concluir que una cláusula en virtud de la cual las partes pactan que el contrato se regirá por la ley de un determinado estado «*debe de manera lógica significar que la ley de dicho estado rige y determina la naturaleza, significado y efectos de todas las cláusulas del contrato que las partes firmaron, incluyendo el convenio arbitral*» (48) .

3. ¿Es la Sentencia un faro que marca el rumbo de esta discusión, en el mundo del arbitraje comercial internacional?

En nuestra opinión no hay duda de que la Sentencia debe ser considerada un referente a la hora de que arbitrajistas y tribunales estatales se aproximen a la cuestión comentada (49) .

Ante el escepticismo que puede generar una resolución extranjera, Singapur nos ofrece un ejemplo ilustrativo de cómo una sentencia dictada por un tribunal de otro estado debe ser cuidadosamente considerada, en el contexto de un arbitraje internacional, a efectos de influir en la decisión final que se adopte.

En *FirstLink Investments Corpn Ltd v GT Payment Pte Ltd* (50) , la Corte Suprema de Singapur

determinó que la ley de la sede (*lex arbitri*) debería aplicar, de manera general , a la validez y eficacia del convenio arbitral. Sin embargo, dos años después, en 2016, la misma Corte Suprema de Singapur corrigió su criterio en *BCY v BCZ* (51) y sostuvo la tesis (que, hoy, prevalece) consistente en que, en defecto de pacto, la validez y eficacia del convenio arbitral debe regirse por la ley que rige el contrato principal. Tal criterio, señalaba la resolución de la Corte Suprema de Singapur, había sido el seguido por la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales en *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* (52) y había de ser seguido en Singapur igualmente, toda vez que «*viene apoyado por el peso de la autoridad* [i.e. la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales] *y es, en todo caso, preferible como principio elemental*» (53) .

En vista de un precedente como el comentado, acaso el escepticismo no esté, ya, tan justificado. La Corte Suprema de Singapur (un país que es un reputado centro de arbitraje a nivel internacional), abraza sin reparos una resolución dictada por un tribunal extranjero (i.e. la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales, a la que se refiere como «*la autoridad*») a la hora de corregir su propio criterio y adoptar una decisión sobre una cuestión jurídica compleja como la comentada.

En un mundo como el del arbitraje internacional, donde conviven tribunales arbitrales y tribunales estatales (en sus funciones de control, apoyo y reconocimiento y ejecución de laudos), la Sentencia es, en nuestra opinión, un faro que marca el rumbo de una discusión que, hasta la fecha, distaba de ser pacífica.

Acaso tras el posicionamiento del Tribunal Supremo de Reino Unido todos los actores en el mundo del arbitraje (comercial) internacional comencemos a remar en la misma dirección, en lo que a la cuestión controvertida que aquí tratamos se refiere. Bien harían, en este sentido, del mismo modo, los tribunales nacionales, como lo hiciera la Corte Suprema de Singapur, en considerar cuidadosamente la Sentencia, a la hora de fijar su posición sobre el particular (54) .

BIBLIOGRAFÍA

BORN, G., *International Arbitration: Law and Practice*, 2ª ed. , 2015.

BORN, G., *International Commercial Arbitration*, 3ª ed., 2021.

CREMADES, B.M., «Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: El convenio arbitral», *Tratado de Derecho arbitral*. Colección Estudios, t. I, *El convenio arbitral* (2), Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez / Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 659-676.

FRESNEDO DE AGUIRRE, C. en «*El arbitraje internacional: presencia y evolución en el ámbito jurídico uruguayo*».

GAILLARD, E. & SAVAGE, J. (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman en International Commercial Arbitration*,1999.

GRIGERA, H., «Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration»», *Recueil des*

Cours, t. 289, 2001, 73 (2001).

LEW, J.D.M., «The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause», in Albert Berg A. J. V. D. (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, ICCA & Kluwer Law International , 1999, pp. 114-145.

SOLIMENE, F., «The Doctrines of "Kompetenz-Kompetenz" and Separability and their Contribution to the Development of International Commercial Arbitration», *Arbitration*, vol. 80, n.º 3, 2014, pp. 249-255.

VIRGÓS, M. «El convenio arbitral en el arbitraje internacional», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 14, 2006.

.....

(1) *Vid.* un extracto de esta decisión en la Sección: «Cronología de decisiones: Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales extranjeros», *infra*.

Ver Texto

(2) *[2020] UKSC 38 —On appeal from: [2020] EWCA Civ 574—. JUDG*

MENT: Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant), before Lord Kerr, Lord Sales, Lord Hamblen, Lord Leggatt, Lord Burrows, given on 9 October 2020, heard on 27 and 28 July 2020.

Ver Texto

(3) Art. 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (la «Ley Modelo»).

Ver Texto

(4) B. Cremades, «Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: El convenio arbitral», *Tratado de Derecho arbitral*. Colección Estudios, t. I, *El convenio arbitral* (2), Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez / Instituto Peruano de Arbitraje , 2011, pp. 659-676. *Vid.* igualmente párr. 23 del «*Report of the Executive Directors on the Convention*» (en referencia a la *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*).

Ver Texto

(5) F. Solimene, en «*The doctrines of Kompetenz-Kompetenz and separabiluty and their contribution to the development of international commercial arbitration*» (2014) habla del consentimiento de las partes como el primer (y esencial) paso para poder referir una disputa a arbitraje.

Ver Texto

(6) Este enfoque ha sido frecuentemente adoptado incluso en jurisdicciones que no han adoptado la Ley Modelo de manera sistemática. Por ejemplo, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje de la República Popular China dispone igualmente que «*si las partes han concluido un convenio arbitral y una de las partes incoa una acción en un tribunal popular, el tribunal popular no aceptará el caso, a menos que el convenio arbitral sea nulo y sin efecto.*»

Ver Texto

(7) Información actualizada, a fecha 27 de enero de 2021, obtenida de la página web de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ([https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2]).

Ver Texto

(8) *Vid.* art. II.1º del Convenio de Nueva York.

Ver Texto

(9) C. Fresnedo de Aguirre, «*El arbitraje internacional: presencia y evolución en el ámbito jurídico uruguayo*».

Ver Texto

(10) En este sentido, *Vid.* uno de los primeros casos en los Estados Unidos (*Prima Paint* c. *Flood*, 388 US 395 (1967)); sentencia del Tribunal Supremo de Hong Kong (*Pacific Int'l Lines Ltd* c. *Tsiunlien Metals and Minerals* (1992)); y sentencia de la Corte de Justicia de Ontario, Canadá (*Rio Algom c. Sammi Steel Co* (1991)); Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, España, de 3 de enero de 2019; etc.

Ver Texto

(11) M. Virgós, «El convenio arbitral en el arbitraje internacional», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 14, 2006.

Ver Texto

(12) La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje española recoge, en su art. 22.1º, lo que ya avanza en su Exposición de Motivos «*(...) el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo*». En el mismo sentido, la ley de arbitraje de Reino Unido (*Arbitration Act 1996*), en su artículo 7 (*Section 7*) —*Separability of arbitration agreement*— establece que «*Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement*.»

Ver Texto

(13) El art. 19 de la Ley de Arbitraje de la República Popular China dispone que: «*Un convenio arbitral existirá independientemente. La modificación, rescisión, resolución o invalidez de un contrato no afectará la validez del convenio arbitral.*»

Ver Texto

(14) Párr. 40: «*This is a cardinal principle of arbitration law*».

Ver Texto

(15) Esta posibilidad se encuentra implícitamente reconocida en el Reglamento (CE) Nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que excluye (art. 1.2. (e)) los convenios arbitrales de su ámbito de aplicación. Así lo identifica igualmente el Tribunal Supremo de Reino Unido en la Sentencia (párr. 42) y así lo recoge, igualmente, por ejemplo, de manera expresa, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje española en su art. 9.6º, al hablar de «*(...) las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral*».

Ver Texto

(16) Art. 9.6º Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Ver Texto

(17) Resolución que sería objeto de recurso ante el Tribunal Supremo de Reino Unido y que ha originado la Sentencia, que en el presente artículo analizamos.

Ver Texto

(18) Par. 89: «*The time has come to seek to impose some order and clarity on this area of the law*».

Ver Texto

(19) Par. 3: «*This is an issue which has long divided courts and commentators, both in this country and internationally. On one side there are those who say that the law that governs a contract should generally also govern an arbitration agreement which, though separable, forms part of that contract. On the other side there are those who say that the law of the chosen seat of the arbitration should also generally govern the arbitration agreement*».

Ver Texto

(20) G. Born, «Chapter 2: International Arbitration Agreements: Legal Framework», en *International Arbitration: Law and Practice*, 2ª ed., 2015, p. 60.

Ver Texto

(21) G. Born, «Chapter 4: Choice of Law Governing International Arbitration Agreements», en *International Commercial Arbitration*, 3ª ed., 2021, pp. 507-674

Ver Texto

(22)

Pp. 507-674: «(...) *in the absence of a general choice-of-law clause, English courts have repeatedly held that the closest connection to the arbitration agreement is that of the arbitral seat. That conclusion (correctly) reflects the default rule prescribed by Article V(1)(a) of the New York Convention, the procedural character of the arbitration agreement and the close relationship between the arbitration agreement and the procedural law of the arbitration*»

Ver Texto

(23) M. Virgós, *loc. cit*., p. 9.

Ver Texto

(24) E. Gaillard y J. Savage, J. (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman en International Commercial Arbitration*, 1999.

Ver Texto

(25) Párr. 430: «*In earlier decisions, some courts considered that where the parties had chosen the seat of the arbitration, it could be inferred that they intended to subject the arbitration agreement to the law of that place*»

Ver Texto

(26) Laudo Parcial del Caso CCI n.º 7373, analizado en H. Grigera Naón, «Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration», *Recueil des Cours*, t. 289, 2001, p. 73.

Ver Texto

(27) Párr. 289: «*Except in cases where the parties make an express choice concerning the law governing the arbitration agreement, the choice of the place of arbitration generally implies a choice of the application of the arbitration law of that place».*

Ver Texto

(28) Sentencia del Tribunal Superior de Tokyo, de 30 de mayo de 1994, *Yearb. Comm. Arb*., XX, pp. 745, 747 (Tokyo High Ct.) (1995)

Ver Texto

(29) Párr. 745-747: «*If the parties» will is unclear we must presume, as it is the nature of arbitration agreements to provide for given procedures in a given place, that the parties intend that the law of the place where the arbitration proceedings are held will apply*».

Ver Texto

(30) Párr. 3.12: «*Since the arbitration clause is only one of many clauses in a contract, it might seem reasonable to assume that the law chosen by the parties to govern the contract will also govern the arbitration clause. If the parties expressly choose a particular law to govern their agreement, why should some other law —*

which the parties have not chosen— be applied to only one of the clauses in the agreement, simply because it happens to be the arbitration clause?»

Ver Texto

(31) J.D. Mathew Lew, «The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause», en Albert Jan Van den Berg (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, vol. 9 (Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 1999) pp. 114-145.

Ver Texto

(32) Pp. 114-145: «*There is a very strong presumption in favour of the law governing the substantive agreement which contains the arbitration clause also governing the arbitration agreement. This principle has been followed in many cases. This could even be implied as an agreement of the parties as to the law applicable to the arbitration clause. This position was stated by Derains in the following terms: «The autonomy of the arbitration clause and of the principal contract does not mean that they are totally independent one from the other as evidenced by the fact that the acceptance of the contract entails acceptance of the clause, without any other formality*»

Ver Texto

(33) Son numerosas las decisiones en este sentido. *Cia Maritima Zorroza SA c. Sesostris SAE (The Marques De Bolarque)* [1984] 1 Lloyd's Rep 652, 653; *Union of India c. McDonnell Douglas Co.* [1993] 2 Lloyd's Rep 48, 49-50; *Sumitomo Heavy Industries Ltd v Oil y Natural Gas Commission* [1994] 1 Lloyd 's Rep 45, 57; *Deutz AG c. General Electric Co* (Thomas J, 14 April 2000); *Peterson Farms Inc c. C&M Farming Ltd* [2004] EWHC 121 (Comm); [2004] 1 Lloyd's Rep 603, pars. 43-46; *Leibinger c. Stryker Trauma GmbH* [2005] EWHC 690 (Comm), par. 38; y *Svenska Petroleum Exploration AB c. el Gobierno de Lituania* [2005] EWHC 2437 (Comm); [2006] 1 All ER (Comm) 731 , pars 76-77.

Ver Texto

(34) *Nat'l Thermal Power Corp. c. Singer Co.*, *Yearb. Comm. Arb.*, XVIII, pp. 403, 406-07 (Indian S .Ct. 1992) (1993).

Ver Texto

(35) Pp. 406-407: «*where the proper law of the contract is expressly chosen by the parties, as in the present case, such law must, in the absence of an unmistakable intention to the contrary, govern the arbitration agreement which, though collateral or ancillary to the main contract, is nevertheless a part of such contract*».

Ver Texto

(36) Párr. 38: «T*here is a proper law clause in the sale and purchase agreement and the arbitration agreement is an adjunct to it. Notwithstanding the individual pointers upon which the claimants wish to rely, once it is seen that the arbitration agreement is really part and parcel of the sale agreement and is only in a separate document for particular German law reasons, the inference of German law is overwhelming*»

Ver Texto

(37) Caso CCI No. 11869, *Yearb. Comm. Arb.*, XXXVI, 2011, pp. 47, 52-53.

Ver Texto

(38) Pp. 52-53: «*Irrespective of its separability there are no indications that the parties in the present case wanted to submit the arbitration agreement to a different law than the main contract*».

Ver Texto

(39) *Tonicstar Ltd v. Am. Home Assur. Co*. [2004] EWHC 1234, ¶11 (Comm) (English High Ct.)

Ver Texto

(40) *Svenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania* [2005] EWHC 2437, ¶76 (Comm) (English High Ct).

Ver Texto

(41) Pp. 76-77: «*In the absence of exceptional circumstances, the applicable law of an arbitration agreement is the same as the law governing the contract of which it forms a part*».

Ver Texto

(42) Así lo formula el propio Tribunal Superior de Reino Unido: «*The central issue on this appeal concerns which system of national law governs the validity and scope of the arbitration agreement when the law applicable to the contract containing it differs from the law of the seat of the arbitration*» (párr. 2).

Ver Texto

(43) Párr. 43 de la Sentencia.

Ver Texto

(44) Párr. 43: «*Where the contract also contains an arbitration clause, it is natural to interpret such a governing law clause, in the absence of good reason to the contrary, as applying to the arbitration clause for the simple reason that the arbitration clause is part of the contract which the parties have agreed is to be governed by the specified system of law*».

Ver Texto

(45) Párr. 53 de la Sentencia.

Ver Texto

(46) El Tribunal Supremo de Reuino Unido señala en este sentido que «*If the arbitration agreement is governed by a different system of law from the main body of the contract, provisions that require negotiation and/or mediation and/or expert determination in advance of arbitration raise potentially*

difficult questions as to whether they are governed by the law applicable to the arbitration agreement or by the law generally applicable to the contract, and indeed as to whether those questions should be answered by applying the common law rules or the Rome I Regulation».

Ver Texto

(47) Párr. 53 (iv): «*For them a contract is a contract; not a contract with an ancillary or collateral or interior arbitration agreement. They would therefore reasonably expect a choice of law to apply to the whole of that contract.*»

Ver Texto

(48) Párr. 60 de la Sentencia: «*As we have discussed, a clause such as «This Page 21 Agreement is to be governed by and construed in accordance with the laws of [a named country]» is naturally and sensibly understood to mean that the law of that country should govern and determine the meaning and effect of all the clauses in the contract which the parties signed including the arbitration clause.*»

Ver Texto

(49) Siempre y cuando la ley de la sede elegida por las partes no imponga, ya, el criterio a seguir, como es el caso, por ejemplo, de España, que ya fijó su posición antes de que se posicionase el Tribunal Supremo del Reino Unido. La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje española, en su art. 9.6º, establece expresamente el criterio que debe seguirse a la hora de elegir las normas que deben regir el convenio arbitral cuando la sede de un arbitraje internacional es España: «*cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si* cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el Derecho español»).

Ver Texto

(50) [2014] SGHCR 12.

Ver Texto

(51) [2016] SGHC 249.

Ver Texto

(52) [2012] EWCA Civ 638; [2013] 1 WLR 102.

Ver Texto

(53) Párr. 49 de la sentencia de la Corte Suprema de Singapur ([2016] SGHC 249).

Ver Texto

(54) Siempre y cuando, insistimos, la ley de la sede (*lex arbitri*) no imponga el criterio a seguir, naturalmente (como podría defenderse que es el caso de España).

Ver Texto

La Sentencia Hallliburton vs. Chubb de la UK Supreme Court. Acerca del alcance de la obligación de disclosure de los árbitros en las designaciones de carácter sucesivo y conexo (Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido 27 noviembre 2020) (1)

The Hallliburton v. Chubb judgment of the UK Supreme Court. On the scope of the duty of disclosure of arbitrators in successive and related appointments

Se comenta la Sentencia del UK Supreme Court (UKSC) dictada en el caso *Halliburton vs. Chubb*, que resulta ser un auténtico compendio sobre el alcance del deber de los árbitros de revelación de hechos o circunstancias que sean susceptibles de poner en duda su imparcialidad, y sobre el régimen jurídico que resulta de aplicación a tal deber de revelación.

Árbitros, Ejercicio de la actividad arbitral, Ética, Deber de revelación, Imparcialidad de los árbitros.

The judgment of the UK Supreme Court (UKSC) in Halliburton v. Chubb is discussed, which is a veritable compendium on the scope of the duty of arbitrators to disclose facts or circumstances that are likely to call into question their impartiality, and on the legal regime that applies to such duty of disclosure.

Arbitrators, Practice of arbitration, Ethics, Duty of disclosure, Impartiality of arbitrators.

Roger Canals Vaquer (2)

Socio del Departamento Procesal y Arbitraje de ARCO Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P.

I. INTRODUCCIÓN

La comunidad arbitral tuvo el pasado 27 de noviembre, un regalo navideño avanzado, gentileza de la *UK Supreme Court* (UKSC): la Sentencia dictada en el caso *Halliburton vs. Chubb* (3) . La resolución que aquí se glosa resulta ser un auténtico compendio sobre el alcance del deber de los árbitros de revelación de hechos o circunstancias que sean susceptibles de poner en duda su imparcialidad, y sobre el régimen jurídico que resulta de aplicación a tal deber de revelación. También, y partiendo de la cuestión fundamental de la que se ocupa la resolución (el referido alcance, límites y contornos del deber de revelación de los árbitros en el caso de designaciones en arbitrajes consecutivos y conexos

con una parte común), se abordan por la UKSC cuestiones colaterales de extraordinario interés, tales como la tensión entre la confidencialidad en los arbitrajes y el deber de revelación de los árbitros, o la diversidad de obligaciones de los árbitros que integran un Tribunal Arbitral en función de su posición en él (dependiendo de si son árbitros nombrados de parte, o no).

Sabida es la importancia capital de Londres como plaza del arbitraje internacional. Ello asegura que la Sentencia objeto de este comentario tendrá un profundo impacto en el arbitraje comercial a escala global. Si bien los razonamientos de la Sentencia aplican el Derecho inglés (fundamentalmente, el art. 33 de la *Arbitration Act*), la universalidad de los bienes jurídicos objeto de debate (la independencia y la imparcialidad de los árbitros), y la aplicación de *soft-law* de referencia internacional en materia de incompatibilidades (fundamentalmente, las *guidelines* sobre conflictos de interés en el arbitraje de la *International Bar Association*), aseguran que la Sentencia glosada siente estándares que guiarán la futura resolución de conflictos que se susciten sobre las cuestiones que en ella se abordan.

Además, a la solvencia jurídica propia de la UKSC, debe añadirse el hecho que el Alto Tribunal británico solicitó el parecer de prestigiosas instituciones arbitrales (la ICC, la LCIA y el CIarb), así como de tribunales arbitrales especializados como el GAFTA (institución arbitral internacional dedicada al arbitraje sobre *commodities* agrícolas), y la LMAA (institución arbitral especializada en arbitraje marítimo), respecto de las cuestiones debatidas. Todo ello hace que los criterios sentados por la Sentencia se encuentren informados, e influidos, por instituciones arbitrales del máximo prestigio, lo que sin duda alguna refuerza aún más, si cabe, la solidez y la credibilidad de la resolución

La Sentencia se adoptó con la unanimidad de los cinco magistrados de la Sala (Lord Reed, Lord Hodge —quien, además, actuó como ponente—, Lady Black, Lord Lloyd-Jones y Lady Arden — quien emitió un voto particular, si bien sin disentir de los criterios adoptados por la Sala respecto de las cuestiones controvertidas a resolver).

II. DEL ORIGEN DEL LITIGIO Y DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

El litigio del que trae causa la Sentencia, se derivó del incidente causado por la explosión en 2010 de un pozo petrolífero situado en el golfo de México (la explotación petrolífera conocida como la *Deepwater Horizon*), que causó un enorme vertido de crudo al océano con ingentes daños ecológicos y económicos. Por razón de dicho incidente, Halliburton, compañía petrolera norteamericana causante del incidente y que actuaba como subcontratista de British Petroleum, tuvo que afrontar (junto con las otras empresas intervinientes en el incidente, Transocean y British Petroleum) un reguero de demandas; entre ellas, la interpuesta por el gobierno de los Estados Unidos, que fue transaccionada por Halliburton a cambio del pago de 1 billón de Dólares Americanos (4) .

Una vez transaccionada la demanda interpuesta por el gobierno norteamericano, Halliburton interpuso reclamación ante Chubb Bermuda Insurance Ltd («Chubb») compañía con la que Halliburton había asegurado su eventual responsabilidad civil derivada de su intervención en la explotación *Deepwater Horizon*; tal aseguramiento se llevó a cabo mediante la llamada «Póliza

Bermuda » («*Bermuda Policy*»), modelo de póliza creado en 1980 para otorgar cobertura ilimitada por responsabilidad civil a las compañías que operasen en Estados Unidos (después del colapso del mercado asegurador norteamericano). Dicha Póliza Bermuda incorpora una cláusula de resolución de controversias consistente en el sometimiento a un arbitraje *ad hoc* en Londres, a resolverse por un tribunal de tres árbitros (dos, respectivamente nombrados por las partes, y un tercero, a ser nombrado por acuerdo de los árbitros de parte, o en su defecto, por el tribunal competente —que, según la *lex fori*, resultó ser la *High Court of Justice* de Londres—).

Chubb rechazó hacer frente a la reclamación de Halliburton alegando que la transacción económica concertada por ésta con el gobierno norteamericano era irrazonable, no obedeciendo la suma de un billón de Dólares comprometida a una valoración objetiva de los daños a indemnizar; ello dio lugar al correspondiente procedimiento arbitral a celebrar en Londres, según lo previsto en la Póliza Bermuda.

Dado que los árbitros nombrados por las partes no alcanzaron un acuerdo al respecto, la High Court of Justice nombró a Mr. Rokison (jurista y árbitro inglés de reconocido prestigio), como tercer árbitro y Presidente del tribunal arbitral. Mr. Rokison aceptó el nombramiento sin revelar, en aquel momento, ningún hecho ni circunstancia que pudiere afectar a su imparcialidad e independencia.

Con posterioridad al nombramiento de Mr. Rokison como Presidente del Tribunal Arbitral en el asunto *Halliburton vs. Chubb* (identificado por la Corte como «Referencia 1»), fue designado como árbitro por Chubb en otros dos procedimientos arbitrales también derivados del incidente de la explotación petrolífera *Deepwater Horizon* (identificadas por la Corte como la «Referencia 2» y la «Referencia 3»).

Cuando los abogados de Halliburton advirtieron tales designaciones posteriores Mr. Rokison como árbitro nombrado de parte por Chubb, sin que las hubiera revelado a las partes y el Tribunal Arbitral de la Referencia 1, interpusieron una demanda ante el Juzgado competente solicitando la substitución de Mr. Rokison. Tal pretensión se fundamentó en la infracción por parte de Mr. Rokison de su deber de revelación de una circunstancia que pudiese dar lugar a sospechas sobre su imparcialidad e independencia, obligación que, según Halliburton, es si cabe de mayor intensidad / exigibilidad para las designaciones como árbitro / Presidente de un Tribunal. Argumentaba Halliburton que, por razón de tales nombramientos consecutivos, Chubb podía tener información acerca del criterio del árbitro común sobre, por ejemplo, su criterio en la admisión de medios probatorios y su valoración. Asimismo, y siendo Mr. Rokison árbitro nombrado de parte (por Chubb) en las Referencias 2 y 3, se sostenía por Halliburton que aquél podía incurrir en parcialidad aún de forma inconsciente, por razón de las remuneraciones que, como árbitro a propuesta de Chubb, recibiría en las referidas designaciones posteriores.

La contienda acabó centrándose en dos cuestiones controvertidas que acabaron resolviéndose definitivamente por la Sentencia de la UKSC objeto de comentario, consistiendo en:

i) Si un árbitro puede aceptar nombramientos consecutivos en arbitrajes derivados del mismo incidente / evento, con una única parte común, y si ello puede razonablemente suscitar

sospechas sobre su parcialidad.

ii) Si un árbitro puede aceptar dichos nombramientos consecutivos, sin revelarlos a la parte no común antes de aceptar el nombramiento como árbitro en un determinado procedimiento.

III. DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

La Sentencia de primer grado fue dictada el 3 de febrero de 2017 (5) , dictada por el Juez Popplewell, en el sentido de desestimar la demanda de Halliburton, rechazando uno por uno, todos los argumentos en los que se fundamentaba la acción. Así, el Juez de primer grado partió en su razonamiento del principio por el que el nada impide que un mismo árbitro intervenga en procedimientos arbitrales con un acervo factual y una parte común, y que este, hecho, *per se* (y sin que concurran otras circunstancias específicas en el supuesto de hecho de que se trate), no impide al árbitro aceptar dichas designaciones conexas.

También rechazó el Juez Popplewell que la imparcialidad de Mr. Rokison pudiese ponerse en tela de juicio por razón de las ventajas financieras que le reportarían las subsiguientes designaciones a instancia de Chubb, ni que las obligaciones de imparcialidad e independencia (y el deber de revelación a las partes de posibles causas que pudiesen afectar a su estricto cumplimiento), fueren de mayor intensidad para los árbitros nombrados por Tribunales y/o por Instituciones como Presidentes de un Tribunal Arbitral que para los árbitros designados a propuesta de una de las partes.

Sustancialmente en el mismo sentido se pronunció la *Court of Appeal*, en su sentencia de 19 de abril de 2018 por al que resolvió la apelación interpuesta por Halliburton (6) . A las consideraciones del Juez de primer grado, añadió la Corte de Apelación diversos *obiter dicta* de extraordinario interés, como, por ejemplo , la necesidad de evaluar el grado de coincidencia en el los hechos y los fundamentos de Derecho de las referencias sucesivas para concluir si concurre o no un riesgo objetivo de «contaminación» para el árbitro común (concluyendo que, en el caso enjuiciado, el grado de coincidencia no era significativo); o si la revelación por el árbitro común de circunstancias relativas a procedimientos arbitrales a partes no involucradas en ellos podía infringir el deber de confidencialidad de los árbitros, lo que la Corte de apelación también rechazó.

La Sentencia desestimatoria de la *Court of Appeal*, fue impugnada por Halliburton ante la *UK Supreme Court*, lo que dio lugar a la Sentencia dictada el pasado 27 de noviembre objeto de este comentario.

> Como principio general, el nombramiento de un árbitro en diversos arbitrajes consecutivos e interrelacionados y con una parte común, puede dar razonablemente lugar a sospechas sobre su parcialidad

IV. DE LAS CONCLUSIONES DE LA UK SUPREME COURT ACERCA DE SI LA ACEPTACIÓN POR

PARTE DE ÁRBITROS DE DIVERSAS DESIGNACIONES CONSECUTIVAS E INTERRELACIONADAS CON UNA PARTE COMÚN, PUEDE DAR LUGAR A UNA APARIENCIA DE PARCIALIDAD

La UKSC parte de la laguna existente en la *Arbitration Act* de 1996 (7) acerca del tratamiento de nombramientos consecutivos de un mismo árbitro por una parte común, en procedimientos sucesivos derivados de un mismo incidente / evento.

Para resolver la cuestión, y ante la laguna normativa existente, la Sala acude al criterio que al respecto debería tener un observador informado e imparcial («*a fair-minded and informed observer*»), aceptando que, como principio general, el nombramiento de un árbitro en diversos arbitrajes consecutivos e interrelacionados y con una parte común, puede dar razonablemente lugar a sospechas sobre su parcialidad.

No obstante, razona la Corte Suprema que esta regla general no es absoluta, y que debe admitir importantes matices en función principalmente, del sector al que el procedimiento arbitral se refiera. En tal sentido, existen sectores, como el de las *commodities* agrícolas, el Derecho marítimo o los reaseguros , es habitual que determinados árbitros especializados en el sector reciban diversos nombramientos en procedimientos interrelacionados y consecutivos, con parte común. Así lo corroboraron ante la Corte Suprema, a requerimiento de ésta, instituciones especializadas en estos sectores, como la GAFTA (8) , la LMAA (9) o la ARIAS (10) (*vid.* párrafo 128 de la Sentencia).

Sostiene la Corte Suprema que, en arbitrajes que se desarrollan en los mencionados sectores, en los que es habitual (siendo una práctica común y aceptada), que determinados árbitros sean objeto de designaciones conexas y consecutivas, tal circunstancia no puede razonablemente dar lugar a una apariencia de parcialidad de los árbitros que aceptan tales designaciones consecutivas.

Se establece, pues, un criterio diferenciado para enjuiciar la concurrencia de apariencia de parcialidad en el supuesto examinado, en función del sector en el que se enmarca cada procedimiento arbitral. La Corte Suprema fundamenta su razonamiento en las *IBA Guidelines on conflicts of interest ininternational Arbitration*, que en su «Orange List», establece una lista de supuestos que *dependiendo de los hechos y de las circunstancias de un determinado caso*, pueden suscitar dudas respecto de la imparcialidad y/o independencia de los árbitros. La *ratio decidendi* radicará pues, fundamentalmente, en los usos y costumbres que sean habitualmente aceptados por las partes dependiendo del sector en el que el arbitraje se enmarque o refiera.

V. DE LAS CONCLUSIONES DE LA UK SUPREME COURT ACERCA DEL ALCANCE DEL DEBER DE *DISCLOSURE* DE LOS ÁRBITROS QUE ACEPTAN DIVERSAS DESIGNACIONES CON UNA PARTE COMÚN

Al igual que en la cuestión precedente, la UKSC concluye que el deber de revelación (y el alcance de éste) de los árbitros de designaciones / nombramientos en procedimientos arbitrales sucesivos con una parte común, debe evaluarse tomado en consideración las costumbres y las prácticas del sector en el que se enmarca o refiere el arbitraje en cuestión.

También aquí la Corte acude para fundamentar su razonamiento a las *IBA Guidelines on conflicts of interest ininternational Arbitration.* En su Parte II (párrafo 3.1.3), dichas reglas incluyen en su «Orange List» como potencial causa de incompatibilidad, que un árbitro haya sido designado dos o más veces por una misma parte en los últimos tres años, si bien se prevé en dicha regla la siguiente excepción (Parte II, párrafo 3.1.3, anotación al pie 5):

> *«Puede que, en la práctica de determinados sectores del arbitraje, como el marítimo, arbitraje deportivo o commodities, los árbitros sean designados de un grupo reducido de especialistas. Si en tales sectores es costumbre y práctica de las partes designar frecuentemente un mismo árbitro para diferentes casos, estando las partes familiarizadas con tal prácticas, la revelación de tales nombramientos no será requerida».*

Por lo anterior, concluye la Corte que dependiendo pues de los usos y costumbres comúnmente aceptados en los arbitrajes del sector que en cada caso se trate, las designaciones sucesivas de un mismo árbitro en procedimientos arbitrales conexos (derivados de un mismo evento o hecho), darán lugar (o no) al deber de revelación de los árbitros de tales designaciones.

Y, cuando en función de tal criterio, nos encontremos ante un arbitraje en el que no resultan comunes las designaciones sucesivas, y, produciéndose éstas, el árbitro no las revelase a las partes no comunes al tiempo de su nombramiento, ello constituiría una causa que razonablemente podría dar lugar a una apariencia de parcialidad (lo que, a su vez, podría llegar a conllevar la recusación del árbitro afectado).

VI. CONCLUSIONES FINALES DE LA CORTE (Y ALGUNAS REFLEXIONES AL RESPECTO)

De la aplicación al caso de la fundamentación referida en los expositivos V y VI anteriores, la Corte Suprema concluye en la desestimación de la impugnación interpuesta por Halliburton, si bien se alcanza tal conclusión con importantísimos matices (tan o quizás más trascendentes que el sentido final de la resolución).

En sus conclusiones finales (párrafos 139 1 150 de la Sentencia), el ponente Lord Hodge expresa el parecer de la Sala concluyendo, en primer lugar, que no quedó evidenciado ni en las dos primeras instancias ni ante la Corte Suprema, que en los arbitrajes de contiendas relativas a la interpretación y aplicación de las llamadas pólizas Bermuda haya instaurada una costumbre o práctica por la cual esté comúnmente aceptada la designación de un mismo árbitro en procedimientos sucesivos con una misma parte común. Ello, a su vez, conduce a la Sala a la conclusión que, al menos en un plano teórico, Mr. Rokison, debía haber revelado a Halliburton y al resto del Tribunal de la Referencia 1, sus posteriores designaciones en las Referencias 2 y 3, dado que, razonablemente, éstas podían haber suscitado dudas en Halliburton acerca de su imparcialidad e independencia. En tal conclusión, la UKSC se aparta abiertamente del parecer del Juez Popplewell y de la High Court, que fallaron al respecto en sentido opuesto.

No obstante, la Corte Suprema confirmó las Sentencias de grados inferiores, desestimando la

impugnación de Halliburton, al entender que tomando en consideración todas las circunstancias del caso, no se podía concluir al tiempo en que se celebró la vista en el Juzgado de Primera Instancia que el hecho que Mr. Rokison no revelara a Hallibiurton sus posteriores designaciones en las Referencias 2 y 3 podría dar lugar, para un tercero observador informado y ecuánime («*a fair-minded and informed observer*»), a una apariencia de parcialidad, ni tampoco a que Mr. Rokison adoptara en favor de Chubb una posición de parcialidad de forma inconsciente. La Corte expone en el párrafo 149 de la Sentencia sus razones para alcanzar tal conclusión:

i) La ausencia de una regulación clara en la *Arbitration Act* de 1996 acerca de las cuestiones controvertidas, y también, de precedentes en el *case-law* que aporten criterios unívocos sobre el tratamiento que debe dispensarse a los conflictos de interés que puedan suscitarse en designaciones sucesivas y conexas.

ii) El grado menor de *overlapping* entre las cuestiones controvertidas en la Referencia 1 y en las Referencias 2 y 3, dado que si bien todas procedían del desastre del *Deepwater Horizon*, las cuestiones controvertidas que se discutían en los procedimientos conexos tenían una relación limitada entre ellas.

iii) El hecho de que en el momento en el que Mr. Rokison recibió el requerimiento de revelación de los abogados de Halliburton, era evidente que los arbitrajes de las referencias 2 y 3 se resolverían mediante transacción, y que, por tanto, no existiría simultaneidad u *overlapping* en los periodos de prueba de los distintos procedimientos.

Con independencia del resultado final, la Sentencia y los hechos que en ella se enjuician, invitan a múltiples reflexiones. Quizás la más obvia sea la necesidad de una *mise à jour* de la legislación sobre arbitraje acerca de los deberes de independencia e imparcialidad de los árbitros y su alcance. Si bien el tópico tan manido como cierto define al arbitraje como el reino (jurídico) de la libertad, no hay libertad sin contornos ni límites claros. Cierto es que el *soft-law* (principalmente las reglas de la IBA sobre los conflictos de interés en el arbitraje internacional), han venido a colmar las lagunas y evidentes carencias de regulación; no obstante, no es suficiente a mi modo de ver despachar tan importante cuestión con meras declaraciones de principios como hacen la *Arbitration Act* de 1996 en su Section 33 o nuestra Ley de Arbitraje en su art. 17. En apenas treinta años el arbitraje ha experimentado un salto evidente en volumen de controversias resueltas a nivel global (consecuencia lógica de la globalización económica y del colapso de los sistemas jurisdiccionales estatales), y resulta cada vez más evidente que, en determinadas cuestiones, su normativa precisa de un urgente *aggiornamento.* Mientras llega tal actualización normativa, quizás las reglas de las instituciones arbitrales podrían tomar la delantera en la cuestión.

Otra interesante cuestión que se pone de manifiesto es la tensión entre la tendencia hacia la hiper-especialización de los árbitros (si se me permite, no deja de sorprenderme que haya árbitros especialistas en resolución de controversias sobre la interpretación y aplicación de las *Bermuda Policy*), tan necesaria para conjugar la excelencia técnica con la celeridad en la resolución de los arbitrajes, y la preservación de la apariencia de independencia e imparcialidad de los árbitros (a los que debe de aplicación el exigente rasero requerido a la mujer del César). La solución que ofrece la

UKSC (y las Sentencias de primer y segundo grado aquí glosadas), tiene contornos ciertamente difusos. Si bien en determinados sectores de actividad económica la designación consecutiva de un mismo árbitro con una parte común es una práctica generalmente aceptada, en otros ello no es tan obvio, siendo difícil objetivar donde hay que trazar la frontera.

Por último, otra cuestión (entre otras muchas) que pone de relieve la Sentencia es la tensión entre el deber de *disclosure* de los árbitros en determinadas situaciones (como, por ejemplo, la que se enjuicia en la Sentencia), y el deber de preservación de confidencialidad en los arbitrajes. A pesar de haberse convertido en quizás el tercer pilar del arbitraje (junto con la independencia e imparcialidad, y la celeridad en la resolución de controversias), la confidencialidad, sus contornos y alcance no han merecido la atención debida no ya del legislador, sino tampoco del *soft-law*, lo que suscita en la práctica importantes tensiones para la que no existen todavía suficientes pautas para su tratamiento.

Quizás algunos encontremos al arbitraje tan apasionante por ser una disciplina en permanente revisión y construcción. Y sin duda, el caso *Halliburton-Chubb* ha contribuido a ello de una forma muy destacable.

.....

(1) *Vid*. un extracto de esta decisión en la Sección: «Cronología de decisiones: Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales extranjeros», *infra*.

Ver Texto

(2) www.arcoabogados.es.

Ver Texto

(3) *Judgement on Halliburton Company (Appellant) v. Chubb Bermuda Insurance Ltd (formerly known as Ace Bermuda Insurance Ltd). Michaelmas term [2020] UKSC 48, on appeal from: [2018] EWCA Civ 817, given on 27 november 2020.* Texto disponible en [https://www.supremecourt.uk/cases/uksc -2018-0100.html].

Ver Texto

(4) En https://www.abc.es/economia/20140902/abci-halliburton-golfo-mexico-201409021753.html, se encuentra disponible la noticia del acuerdo transaccional alcanzado entre Halliburton y el US Federal Government.

Ver Texto

(5) [2017] EWHC 137 (Comm); [2017] 1 WRL 2280).

Ver Texto

(6) [2018] EWCA Civ 817; [2018] 1 WLR 3361].

Ver Texto

(7) La *Arbitration Act* inglesa de 1996, tan solo se refiere al deber de imparcialidad del Tribunal Arbitral de forma extraordinariamente genérica en el artículo 33.(1).(a), que reza: *«The Tribunal shall: (a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent. (...)».* No efectúa referencia alguna al deber de revelación de los árbitros acerca de circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre su parcialidad.

Sin embargo, nuestra Ley de Arbitraje sí que regula el deber de revelación de los árbitros, y de las causas de su recusación por causa que afecten a su imparcialidad o independencia, en los aps. 2 y 3 de su art. 17, que rezan:

«2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida.

En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.»

Ver Texto

(8) GAFTA es el acrónimo de la *Grain and Feed Trada Association*, institución dedicada a promoción y protección del comercio internacional en *commodities* agrícolas / alimentarias, ofreciendo entre otros servicios, arbitraje institucional a los operadores del sector [https://www.gafta.com/Arbitration].

Ver Texto

(9) LMAA es el acrónimo de la *London Maritime Arbitrators's Association*, asociación de árbitros dedicados a la resolución de controversias en materia de Derecho marítimo con sede en Londres [www.lmaa.london].

Ver Texto

(10) ARIAS es el acrónimo de *The Insurance and Reinsurance Arbutration Society*, institución con sede en Londres dedicada a la resolución de controversias en materia de reaseguros.

Ver Texto

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

El deber de revelación y la independencia del árbitro: Primeras contribuciones de la Sala de Comercio Internacional del Tribunal de Apelación de París (Sentencia de la Cour d'appel de París (CCIP) de 25 febrero 2020) (3)

El 25 febrero 2020 (1) , la Sala de Comercio Internacional del Tribunal de Apelación de París («CCIP-CA») (2) se ha pronunciado por vez primera sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros, y de manera más general, sobre el alcance de su deber de divulgación. Con esta decisión, la CCIP-CA ha adoptado un enfoque no solo pragmático sino casuístico.

Anaëlle Idjeri

Member of the Paris Bar, Soulier Avocats

I. ANTECEDENTES

En este caso, varias empresas brasileñas habían constituido un consorcio para la explotación y exploración de petróleo. Por culpa de un desacuerdo entre ellas, una de las empresas —Dommo Energia SA— se vio impedida vender su participación a un tercero. En este contexto, Dommo Energia SA inició un arbitraje ante la Corte de Arbitraje Internacional de Londres («LCIA»), eligiendo París como sede del arbitraje. Durante los procedimientos, una de las demandadas eligió un nuevo abogado para defenderse, aunque ya se había dictado un laudo provisional. La llegada de este nuevo

abogado obligó a uno de los árbitros a actualizar su declaración de independencia.

En varias ocasiones, la empresa demandante solicitó que se actualizara y aclarara su declaración. En particular, el 2 enero 2019, el árbitro declaró que:

i) Había sido abogado entre abril de 2012 y julio de 2015 en una firma de abogados saudí;

ii) La firma de abogados saudí tiene enlaces con otra firma cuyos clientes son accionistas de una de las empresas demandadas.

En estas circunstancias, Dommo Energía SA presentó un recurso de recusación ante la LCIA, que rechazó el recurso. En consecuencia, Dommo Energía SA interpuso un recurso de anulación del laudo justificado por la composición irregular del tribunal arbitral.

La demandante alegó que el hecho de no revelar la relación entre el árbitro y un despacho de abogados que tiene como cliente accionistas una de las empresas demandadas es suficiente desde el punto de vista de un «observador razonable» para dudar de la independencia e imparcialidad del árbitro. Por su parte, las empresas demandadas replicaron que la excepción de notoriedad y el carácter insignificante y altamente indirecto de la relación del árbitro con los accionistas y la duración de dicha relación no justificaban que sea revelada.

En su decisión, la CCIP-CA precisa cómo se debe determinar la notoriedad de un hecho (I) y regula los vínculos entre el hecho no revelado y la falta de independencia e imparcialidad (II).

II. LOS LÍMITES DE LA EXCEPCIÓN DE NOTORIEDAD

La empresa demandada alegó que el enlace era notorio en el sentido de que una simple consulta del sitio web del árbitro permitía conocer al dicho enlace. A pesar de esta afirmación, la CCIP-CA decidió proceder a un análisis de los hechos y llegó a la conclusión de que la información sólo era accesible después de un cuidadoso análisis del sitio web y la consulta de numerosos hipervínculos. En esas circunstancias, la CCIP-CA decidió que tales informaciones no eran notorias y que el árbitro tenía que revelarlas.

La primera contribución de esta decisión radica en el hecho de que la notoriedad sólo puede ser retenida si «*el acceso a la información requiere varias operaciones sucesivas que son similares a las medidas de investigación*». La CCIP-CA confirma así la jurisprudencia anterior que exige condiciones de publicidad y accesibilidad.

La segunda contribución de esta decisión es la confirmación de que sólo la información pública fácilmente accesible —es decir la que las partes podían consultar antes del comienzo del arbitraje— caracteriza presumiblemente la notoriedad de una situación.

Tras el inicio del procedimiento las partes no tienen el deber de

investigar, incumbiendo a los árbitros revelar todos los hechos que puedan afectar a su independencia e imparcialidad

Una vez más, esta posición es coherente con la jurisprudencia existente, que establece que se puede hacer una excepción al deber de revelación del árbitro si, antes del comienzo del arbitraje, el hecho no divulgado era notorio porque estaba disponible y era conocido por el público (4) .

Por otra parte, tras el inicio del procedimiento las partes no tienen el deber de investigar, incumbiendo a los árbitros revelar todos los hechos que puedan afectar a su independencia e imparcialidad.

De esta manera, la CCIP-CA identifica el criterio de la notoriedad.

Aunque en práctica no es raro que los abogados realicen por sur clientes verdaderas investigaciones para elegir a los árbitros designados en el procedimiento, la CCIP-CA confirma que no es necesario ni sea saludable que estos comportamientos sean exigidos. El «deber de curiosidad» (5) de las partes termina en este momento.

III. LA AUSENCIA DE UN CUALQUIER AUTOMATISMO ENTRE LOS HECHOS NO REVELADOS Y LA FALTA DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ARBITRO

La tercera mayor contribución de esta decisión radica en la disociación entre la anulación del laudo y el hecho no declarado.

La CCIP-CA establece que el hecho de que el árbitro no revele un elemento no implica automáticamente la anulación del laudo y que sólo se produce si el elemento es «*de tal naturaleza que suscita una duda razonable en las mentes de las partes sobre la imparcialidad y la independencia del árbitro, debiendo la evaluación hacerse sobre bases objetivas y teniendo en cuenta las características específicas del caso*».

La CCIP-CA confirma así la jurisprudencia francesa que hace una distinción entre la falta de revelación y la falta de independencia (6) .

Esta solución nos parece que debe ser aprobada ya que la falta de revelación no significa automáticamente que hay una falta de independencia o de imparcialidad. De hecho, esta en las manos de la parte justificar porque estos elementos son susceptibles provocar en sus mentes un dudo razonable.

Sobre la base del párrafo 2 del art. 1456 del Código de Procedimiento Civil francés aplicable al arbitraje internacional (7) , la CCIP-CA adopta una concepción objetiva de los hechos que se han de revelar, basada en la prueba de un vínculo directo o indirecto, material o intelectual, entre los accionistas de la demandada y el árbitro.

Así pues, los jueces controlan la existencia de vínculos materiales o intelectuales, ya sea por parte de las firmas de abogados interesadas o mediante el establecimiento de una relación comercial entre los accionistas y el árbitro.

La CCIP-CA sostuvo que el mero hecho de que el árbitro fuera abogado de una firma de abogados que estaba asociada de otra firma de abogados cuyos clientes eran accionistas de la empresa cliente del abogado de la demandada no es suficiente para establecer un vínculo o una línea de negocios con los accionistas del demandado.

Además, el Tribunal observa que el uso por parte del árbitro de la dirección de correo electrónico con el nombre de dominio de dicha firma también era insuficiente para caracterizar un enlace. El Tribunal también afirma que estos elementos son insuficientes para dar lugar a un actual conflicto de intereses entre el árbitro y el dicho despacho de abogados.

Al final, la CCIP-CA decidió que la anulación no puede ser sistemática, aunque el deber de revelación debe ser lo más amplio posible.

Así, considerando que la vinculación entre el árbitro y la parte era demasiado indirecta, la CCIP-CA adoptó una decisión convincente. Sin embargo, nos parece deseable que la CCIP-CA clarifique en sus futuras decisiones más precisamente como una falta al deber de revelación da lugar a una falta de independencia.

.....

(1) CCIP-CA, 25 febrero 2020, nºs 19/15816, 19/07575, 19/15817, 19/15818, 19/15819.

Ver Texto

(2) Esta entidad es el resultado de una actividad iniciada en 2017 por el Ministerio de Justicia, que se encomendó al *Haut comité juridique de la place financière de París* con el fin de formular propuestas «para adaptar el sistema jurídico francés a las cuestiones económicas y jurídicas internacionales contemporáneas».

Ver Texto

(3) *Vid*. un extracto de esta decisión en la Sección: «Cronología de decisiones: Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales extranjeros», *infra*.

Ver Texto

(4) Por ejemplo, CA París, 13 marzo 2008 — nº 06/12878; CA París, 13 noviembre 2012 — nº 11/11153; CA París, 28 mayo 2013 — nº 11/17672; Cass. Civ. 1ère, 19 diciembre 2018, nº 16-18.349.

Ver Texto

(5) E. Loquin, «Autour de l'obligation de révélation», comentario de la decisión de la CA París 12 abril 2016,

Rev. arb., 2017, p. 234.

Ver Texto

(6) Cass. Civ. 1ère, 10 octubre 2012, comentario de Ch. Jarosson, *Rev. arb.*, 2012. p.129.

Ver Texto

(7) «[...] *Esta en los manos del "árbitro, antes de aceptar su misión, revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su independencia o imparcialidad. El árbitro también tiene la obligación de revelar sin demora cualquier circunstancia de la misma naturaleza que pueda surgir después de aceptar su misión*. [...]» (Art. 1456 § 2 del Código de Procedimiento Civil francés).

Ver Texto

La inconstitucionalidad del requisito de autenticación de laudos arbitrales (Sentencia SCJN 14 octubre 2020) (1)

La sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el Amparo Directo en Revisión 7856/2019, el 14 octubre 2020, es relevante para los laudos arbitrales, ya que declara inconstitucional el requisito de la autenticación previsto por el art. 1461, segundo párrafo, del Código de Comercio, copia del art. 35, párrafo 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (LMU), antes de la reforma del 2006, relativo a que los laudos deben ser debidamente autenticados para proceder a su ejecución.

Jaime Roberto Rendón Graniell

Abogado, árbitro y ex Presidente de la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México

Juan Carlos Guerrero Valle

Abogado, árbitro y Coordinador de la Comisión de Derecho Internacional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados

I. ANTECEDENTES

La sentencia tiene sus antecedentes en:

1. El litigio arbitral (2) .

El origen de la controversia deriva de un conflicto entre dos empresas que pactaron una cláusula arbitral, para resolver sus diferencias comerciales, en la que acordaron que cualquier controversia

surgida en su relación contractual, sería dirimida en arbitraje, de acuerdo con la Ley de Arbitraje Inglesa de 1996 (1996 *Arbitration Act*), y el reglamento de la *London Maritime Arbitrators Association* y que la sede del arbitraje sería la ciudad de Londres, Inglaterra.

Así las cosas, al surgir la controversia, la empresa «A» inició un procedimiento arbitral en contra de la empresa «B» y durante el procedimiento arbitral, ambas partes llegaron a un acuerdo de transacción, el cual quedó reflejado en un laudo arbitral, donde la empresa «B» se obligó a pagar a la empresa «A» una cantidad determinada de dinero más intereses ordinarios.

El laudo descrito en el párrafo anterior fue incumplido por la empresa «B», por lo que la empresa «A» demandó el reconocimiento y ejecución del laudo ante un Juez de Distrito de la ciudad de (México) y pretendiendo cumplir con los requisitos que establece el art. 1461 (3) del Código de Comercio, la empresa «A» exhibió copia certificada del laudo arbitral y del documento que contenía el acuerdo arbitral, con sus respectivas traducciones al español realizadas por perito oficial; pruebas que fueron reconocidas por la empresa «B» durante el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo.

El art. 1461 del Código de Comercio, es del tenor literal siguiente:

> *«Art. 1461.- Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo.*
>
> *La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original del laudo debidamente autenticado o copia certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refieren los artículos 1416 fracción I y 1423 o copia certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en español, la parte que lo invoca deberá presentar una traducción a este idioma de dichos documentos, hecha por perito oficial».*

El Juez de Distrito tuvo por satisfechos los requisitos que establece el art. 1461 del Código de Comercio con los documentos exhibidos por la empresa «A», por lo que, una vez sustanciado el procedimiento, el Juez de Distrito dictó Sentencia el 30 de abril de 2019, en los siguientes términos:

> *«PRIMERO. Ha sido procedente la vía especial sobre reconocimiento y ejecución de laudo arbitral, donde la solicitante *** justificó su petición, en tanto que la demandada ***, sociedad anónima de capital variable, no demostró la causa de denegación invocada y tampoco el resto de sus excepciones. (...)-*
>
> *SEGUNDO. Se reconoce como vinculante y, por lo tanto, se ordena la ejecución del laudo arbitral emitido el 30 de enero de 2015, acorde con lo señalado en el considerando sexto de la presente resolución. (...).*
>
> *TERCERO. No se hace especial condena en costas en esta instancia. (...)*
>
> *Notifíquese personalmente a las partes.»*

2. Juicio de amparo directo (4)

Inconforme con la Sentencia que dictó el Juez de Distrito, la empresa «B» interpuso Juicio de Amparo Directo, y entre los conceptos de violación que planteó, destacó el siguiente:

> *«...(la ejecutante) no exhibió el original del laudo debidamente autenticado o, en su defecto, copia certificada del mismo, pues se limitó a presentar copia certificada por notario público en la que incluso, hizo constar que el anexo del laudo se presentó en copia fotostática, lo que no colma el requisito del art. 1461 del Código de Comercio, porque la expresión "debidamente autenticado" implica que se haga constar que quien dictó el laudo fue precisamente el árbitro correspondiente, de manera que debe acudirse ante un fedatario público, a efecto de que haga constar que las firmas que calzan el laudo sí provienen del árbitro que lo dictó... Por ende, la parte que pida la ejecución de un laudo cumple con lo dispuesto en este precepto, si exhibe el original debidamente autenticado por fedatario público o copia fiel expedida por el personal autorizado de la sede arbitral, pues sólo así podrá producir en el ánimo del juez que dirigirá el proceso de ejecución de laudo, la certeza en cuanto a la identidad de la persona que declaró el derecho cuya ejecución se busca...»*

El Tribunal Colegiado encargado de decidir el amparo declaró ineficaz el concepto de violación planteado por la empresa «B», por las siguientes consideraciones:

Los únicos requisitos que pueden exigirse para reconocer y ejecutar un laudo son: el acuerdo arbitral, y el laudo arbitral.

Y continuó diciendo:

a) El arbitraje se rige conforme a los principios de *buena fe* y *mínima intervención judicial*, en concordancia con la voluntad de las partes, la cual quedó plasmada al pactar el arbitraje; por tanto, con la frase *«debidamente autenticado»* no debe remitirse a la existencia de un procedimiento administrativo de legalización o apostilla, pues ninguno de estos procedimientos logrará otorgar, de manera directa, certeza de que las firmas de los árbitros son auténticas y/o genuinas. Lo anterior cobra sentido cuando se recuerda que el arbitraje es el reflejo de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes se obligan, de buena fe, a dirimir sus controversias frente a un tercero, que no es un Juez del Estado; por tanto, el laudo es la culminación del procedimiento, pactado entre las partes, en uso de su libre albedrío.

b) Las partes tienen pleno conocimiento de la manera en que se conducirá su procedimiento arbitral, ya que fue su voluntad someterse a él. En caso de que una de las partes llegara a desconocer la existencia u origen del laudo, por falta de autenticación, no obstante haber participado en el procedimiento arbitral, tal proceder, se consideraría *contrario a la buena fe* que rige el procedimiento arbitral.

c) Solo existen dos causas legales por las que, de oficio, puede negarse el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, cuando: (i) el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje, es decir, que existan normas expresas dentro del sistema jurídico interno, que sean de

orden público y excluyan determinada materia del arbitraje comercial, por así convenir al Estado Mexicano, y (ii) la ejecución del laudo sea contraria al orden público mexicano.

d) El art. 1462, fracción I, del Código de Comercio, igual al art. 36 Ley Modelo Uncitral, establece el resto de los motivos por los cuales se podría negar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, mismos que la parte afectada tendría que oponerlas, probarlas y alegarlas en el procedimiento correspondiente.

e) El Estado mexicano adquirió el deber internacional de reconocer y ejecutar, en forma sumaria, los laudos arbitrales, al adoptar la Ley Modelo Uncitral y adherirse a la Convención de Nueva York, lo cual quedó reflejado en el art. 1461, primer párrafo, del Código de Comercio.

f) Los laudos se presumen válidos y ejecutables, por lo que resultaría incongruente que la legislación nacional e internacional exijan, como único requisito de forma, que el laudo conste en escrito privado, suscrito por los árbitros respectivos, y, por otro lado, que se establezca, como requisito adicional para su ejecución, que se autentifique y se eleve, de esta manera, a documento público, mediante la ratificación de las firmas que lo calzan, ante notario o fedatario público.

g) Sumado a lo anterior, existen antecedentes internacionales en los Tribunales de Alemania y Canadá, quienes han considerado que, en los casos en que la autenticidad del laudo original no se discuta, la copia certificada del laudo cumple con los requisitos que impone el tratado internacional, y que la declaración jurada del promovente es suficiente, en caso de que su validez no sea controvertida por su contrario.

Expuesto lo anterior, el Tribunal Colegiado dictó Sentencia el 19 septiembre 2019, en la cual negó la procedencia de los argumentos expresados por la empresa «B» y determinó que:

> *«…el requisito de laudo debidamente autenticado a que se refiere el art. 1461, párrafo segundo, del Código de Comercio, se satisface con la presentación del laudo original o copia certificada de éste, que acredite la autenticidad, originalidad y existencia del laudo, porque éste goza de presunción de validez mientras no se demuestre la falsedad de su continente, contenido o firmas de los árbitros; por tanto, si no se acredita su falta de autenticidad, el laudo se puede ejecutar aunque no esté autenticado por fedatario público, y de no estimarse así, dicho requisito sería inconstitucional, por ser contrario al art. 17 de la Constitución Federal y a los principios del arbitraje, ya que la autenticación no es necesaria y se convierte en un formalismo contrario a dicho precepto».*

De igual forma, el Tribunal Colegiado declaró que considera inconstitucional la porción normativa del art. 1461, segundo párrafo, del Código de Comercio, en la parte que establece: *«debidamente autenticado»*, ya que contraviene al derecho fundamental del acceso a la justicia y exige un requisito innecesario, excesivo y carente de razonabilidad, con relación al laudo arbitral.

3 Amparo directo en revisión (5) .

En razón de que el Tribunal Colegiado hizo una declaratoria de inconstitucional, conforme a derecho

interno, la parte que se sienta agraviada, puede promover la revisión de dicho laudo ante la SCJN.

Así, inconforme con la Sentencia que dictó el Tribunal Colegiado, la empresa «B» promovió Amparo Directo en Revisión, el cual fue radicado ante la Primera Sala de la SCJN (6) .

La empresa «B» planteó, principalmente, los siguientes argumentos:

a) No se debe presumir mala fe en el demandado si opone como excepción que el laudo no esté autenticado, ya que, en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral, el demandado sólo está facultado para hacer valer las excepciones que expresamente prevé el art. 1462 del Código de Comercio. El requisito relativo a la exhibición del laudo original debidamente autenticado o copia certificada de éste, previsto en el art. 1461, párrafo segundo, del Código de Comercio es un elemento de la acción que el juzgador debe constatar oficiosamente.

b) Que exhibir el laudo original debidamente autenticado o copia certificada de éste, es una carga procesal del ejecutante para justificar los elementos de su acción y ésta puede ser analizada de oficio, en cualquier etapa del procedimiento.

c) La exigencia de autenticar el laudo no es inconstitucional, pues constituye un requisito necesario y razonable para dotar de certeza jurídica al juzgador, en cuanto a la identidad de la persona que declaró el derecho, cuya materialización se busca a través de la jurisdicción del Estado.

d) Se sostiene que un fedatario del lugar donde se suscriba el laudo puede acudir a dar fe de que las personas que estampan su firma en el laudo son quienes fungieron como árbitros, o bien, se puede hacer la autenticación si los árbitros acuden con un fedatario del lugar donde se firmó el laudo o del lugar donde se pretende ejecutar, para ratificar sus firmas, por lo que la autenticación no es imposible.

La SCJN declaró infundados los anteriores argumentos, por las siguientes consideraciones:

i) El arbitraje comercial tiene su fundamento en el art. 17 constitucional y constituye el ejercicio de libertades constitucionalmente protegidas, para que las personas opten por acudir a un mecanismo de solución extrajudicial de sus controversias; la otra vía que se tiene es la jurisdicción estatal.

ii) Si se trata del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, la intervención del Estado, a través del órgano jurisdiccional, es obligada, toda vez que el procedimiento arbitral constituye justicia privada, a cargo de un tercero, cuyas facultades emanan de la voluntad de las partes, quienes se las confieren para emitir una decisión que las vincule, sin embargo, su fallo está desprovisto de coercitividad, y requiere ser reconocido por una autoridad judicial que pueda ordenar su ejecución en forma coactiva (*ius imperii*).

iii) Los requisitos y/o reglas procedimentales del juicio especial de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral deben ser acordes al principio de tutela judicial efectiva. Por esta razón, la Primera Sala de la SCJN considera que el requisito previsto en el art. 1461, párrafo segundo, del Código de Comercio, referente a la expresión *«debidamente autenticado»* es inconstitucional, por ser

contrario a lo ordenado en el art. 17 constitucional.

iv) En el caso, se trata de una regla de carácter procesal que podría ser dispensada en la legislación interna, conforme a la propia Convención de Nueva York e incluso, la LMA reconoce la posibilidad de que la legislación interna de cada Estado prevea requisitos de procedimiento menos onerosos, tratándose del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.

v) El reconocimiento y ratificación de firma del o los árbitros, con posterioridad a la emisión del laudo, solo tendrá efectos para probar su autenticidad ante cualquier persona; sin embargo, la autenticación no está referida a la validez formal o sustancial del laudo, ni a su fuerza vinculante para las partes como acto decisorio del proceso arbitral.

vi) El laudo en sí mismo, en su condición de documento privado y sin importar el país en el que sea emitido, tiene el carácter de vinculante para las partes intervinientes, por lo cual, de tal manera deberá de ser visto por los órganos jurisdiccionales ante quienes se pide su reconocimiento y ejecución.

vii) El requisito de autenticación es innecesario para que el laudo sea reconocido y ejecutado y si fuere cuestionada su autenticidad, será materia de prueba en el proceso de homologación.

Por las anteriores consideraciones, la SCJN confirmó la Sentencia que dictó el Tribunal Colegiado, sentando el precedente de que los laudos arbitrales que se presenten, en original o copia certificada, se presumen válidos y ejecutables y son, suficientes para tener por satisfecho el requisito ordenado en el art. 1461, segundo párrafo, del Código de Comercio, sin que sea requisito, en México, solicitar cualquier tipo de autentificación del laudo, por ser este último requisito, excesivo y, por tanto, inconstitucional.

II. CONCLUSIÓN

En México es inconstitucional el requisito de la exhibición de un laudo arbitral debidamente autenticado, pues basta que se exhiba el original o copia certificada del mismo para que se le considere válido y ejecutable, lo anterior acorde al art. 17 de la Constitución Política Mexicana, el cual consagra el principio de seguridad jurídica, aunado al derecho fundamental de tutela judicial efectiva.

.....

(1) *Vid*. un extracto de esta decisión en la Sección: «Cronología de decisiones: Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales extranjeros», *infra*.

Ver Texto

(2) Sentencia dictada en el Amparo Directo 670/2019, por el Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación (México).

Ver Texto

(3) Este artículo es similar al art. 4.1º de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución se las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958) y 35 párrafo 2) de la LMU antes de su reforma del 2006.

Ver Texto

(4) Sentencia dictada en el Amparo Directo 670/2019, por el Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación (México).

Ver Texto

(5) Sentencia dictada en el Amparo Directo en Revisión 7856/2019, dictado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México).

Ver Texto

(6) A partir del año 1994, la SCJN se compone de dos salas, conformándose cada una por 5 ministros.

Ver Texto

El Tribunal Federal suizo decreta la anulación de un laudo arbitral tras apreciar parcialidad del presidente del tribunal arbitral: extensión y límites de la libertad de expresión de los árbitros en las redes sociales (Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 22 diciembre 2020) (1)

El Tribunal Supremo Federal Suizo (TFS) ha anulado, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, el laudo del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) que impuso al nadador chino Sun Yang una dura sanción al apreciar en su conducta la existencia de violación del reglamento antidopaje, sanción concretada en la suspensión de su licencia y en la prohibición de participación en competiciones por un plazo de ocho años. La *ratio decidendi* de la sentencia del TFS, que ordena reconstituir debidamente el tribunal arbitral y comenzar de nuevo el proceso arbitral, radica en que a su juicio las dudas sobre la imparcialidad del árbitro presidente estaban objetivamente justificadas: antes y durante la duración del proceso arbitral publicó reiterados comentarios en su cuenta personal a través de la red social Twitter criticando a China por la matanza de perros refiriéndose, entre otras expresiones, y de forma direct, al color de piel de los chinos.

The Swiss Federal Court decrees the annulment of the arbitral award rendered by the cas on appreciating partiality of the president of the arbitral court: extension and limits of the freedom of expression of the arbitrators in social networks

Juan José Álvarez Rubio

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

La sentencia de 22 diciembre 2020 del Tribunal Federal Suizo (2) (TFS) anula el laudo dictado por el del TAS, que en su resolución arbitral sancionó al nadador chino Sun Yang a ocho años de suspensión por violación del Reglamento antidopaje. El fallo del TFS estima que las dudas sobre la imparcialidad del árbitro estaban objetivamente justificadas.

El origen del litigio se sitúa en un control de dopaje realizado al nadador fuera de competición, no anunciado y realizado a indicación de la Federación internacional de Natación (FINA) en septiembre de 2018. Las versiones de las partes acerca de lo ocurrido difirieron totalmente, generándose una importante polémica jurídica y mediática (hechos como la toma de fotografías del nadador por parte

de quienes realizaron la prueba, o la propia rocambolesca situación acaecida con las muestras pueden leerse con detenimiento en la sentencia); en todo caso, el nadador fue denunciado por vulneración de las reglas antidopaje y en primera instancia (el 3 de enero de 2019), y ante la Comisión antidopaje de la FINA, las alegaciones del nadador fueron estimadas.

El 14 de febrero de ese mismo 2019 la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) formalizó recurso ante el TAS, solicitando la condena al nadador y la imposición de una sanción de suspensión por ocho años.

La constitución del Tribunal arbitral que, en el seno del TAS, debía proceder a evaluar, examinar y juzgar los hechos resultó especialmente compleja: diversas cuestiones procesales fueron objeto de recurso previo; mediaron también propuestas de recusación en relación al árbitro propuesto por la AMA, a lo que sucedieron dimisiones, recursos, designación de un nuevo árbitro, hasta que finalmente el tribunal arbitral quedó constituido bajo la presidencia del juez-árbitro Franco Frattini (3) . El 28 de febrero de 2020 se dictó el laudo arbitral y el nadador chino Yang fue suspendido durante ocho años por el TAS como culpable de vulneración del art. 2.5 del reglamento antidopaje de la FINA («*FINA Doping control Rules*», versión 2017).

Frente a tal laudo arbitral la defensa del nadador interpuso un primer recurso civil (causa todavía pendiente) ante el TFS el 28 de abril de 2020, instando la nulidad de la sentencia arbitral dictada; posteriormente, el 15 de junio de 2020 la propia defensa del nadador presentó una demanda de revisión de la sentencia arbitral del TAS, fundada en el art. 121.a LTF y formulando recusación del juez-árbitro presidente del Tribunal arbitral que en el seno del TAS había dictado la sentencia condenatoria. El 4 de septiembre el propio TAS rechazó la viabilidad de tal demanda de recusación y unió a su argumentación denegatoria un anexo con una declaración escrita del árbitro Franco Frattini contestando de forma beligerante a los reproches formulados frente a él en el escrito de la parte proponente de la recusación.

El TFS, en la sentencia ahora comentada, y sopesando de forma exhaustiva el conjunto de circunstancias concurrentes en el caso, concluye estimando el recurso de revisión interpuesto y en consecuencia declarando nula la sentencia arbitral dictada por el TAS, al apreciar la concurrencia de causa de parcialidad en la persona del presidente del tribunal arbitral, con condena expresa en costas.

Cabe recordar que conforme al tenor de los arts. 33 y 34 del Reglamento de funcionamiento interno del TAS, referidos respectivamente a la «Independencia y cualificaciones de los árbitros», por un lado, y a la «Recusación», por otro, los árbitros serán y deberán permanecer imparciales e independientes de las partes y tendrán la obligación de revelar inmediatamente cualquier circunstancia que pueda afectar su independencia en relación con cualquiera de las partes.

Un árbitro puede ser recusado/a si las circunstancias permiten dudar legítimamente sobre su independencia o su imparcialidad. La recusación deberá presentarse en el plazo de siete días desde el momento en el que se conozca la causa de recusación. Las recusaciones son competencia de la Comisión de recusaciones, que podrá decidir libremente si remite un caso al CIAS. La recusación de un árbitro deberá ser solicitada por una parte en forma de petición motivada y se enviará a la

Secretaría del TAS o a la Secretaría de la Cámara antidopaje del TAS.

La Comisión de recusaciones o el CIAS decidirán sobre la recusación después de que la otra parte (o partes), el árbitro recusado y los demás árbitros si los hubiere, hayan sido invitados a presentar sus observaciones por escrito. La Secretaría del TAS o la Secretaría de la Cámara antidopaje comunicarán dichas observaciones a las partes y a los otros árbitros, si los hubiere. La Comisión de recusaciones o el CIAS tomará su decisión, que motivará brevemente y que podrá decidir publicar.

En el caso ahora analizado, el motivo de la anulación se fundamentaba en la demanda de apreciación de concurrencia de parcialidad por parte del árbitro presidente (cargo que recaía sobre la relevante personalidad de Franco Frattini, ex comisario europeo de justicia) debido a que antes y durante el propio arbitraje, publicó comentarios en la red social *Twitter* criticando la matanza de perros y refiriéndose, entre otras cosas, al color de piel de los chinos. En particular, se analizaron para la decisión los tuits aportados a la causa por el abogado del nadador sancionado, y que fueron realizados por el árbitro en 2018 y 2019 en relación con la protección de los animales, en los que censuraba la práctica china de sacrificio de perros y denunciaba el consumo de esta carne en un festival local en China.

El Tribunal Federal Suizo procedió a evaluar el alcance, extensión y límites de la libertad de expresión del árbitro, y en su sentencia considera que, en principio, un árbitro tiene derecho a defender sus convicciones en las redes sociales, pero con la mesura que se exige a los jueces. El TFS considera, sopesando su tenor (expresiones violentas que se reproducen literalmente en la sentencia) y la reiteración de los mismos (tanto antes como tras su nombramiento como presidente del Tribunal que arbitraba la controversia vinculada al supuesto dopaje por parte del nadador chino) devienen especialmente problemáticos en el caso específico planteado.

La decisión del TFS proporciona un ámbito de reflexión muy interesante sobre dos cuestiones: el deber de diligencia de las partes por un lado y la libertad de expresión de los árbitros en las redes sociales por otra. Se trata de una decisión comprometida y a la vez equilibrada y que, en relación a esta segunda dimensión, considera que las reiteradas declaraciones públicas por parte del presidente del Tribunal Arbitral (también durante el tiempo de tramitación o desarrollo del procedimiento arbitral) acerca del color de piel de los chinos objetivamente planteaban dudas sobre su imparcialidad frente a una parte china.

El ordenamiento jurídico suizo adquiere especial relevancia y protagonismo en el deporte internacional organizado y en la resolución de disputas internacionales en materia de deporte (4) . El arbitraje ante el TAS se ha desarrollado sobre la base del Derecho suizo, más concretamente la ley de arbitraje suiza y la aportación de criterios hermenéuticos aportados por la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo (TFS). Por ello, conocer las particularidades del ordenamiento jurídico suizo deviene fundamental para poder entender las características y el funcionamiento interno del arbitraje ante el TAS (5) . En efecto, la centralización de los litigios en una única entidad cuyo Reglamento conduce a la aplicación del Derecho helvético y el hecho de que la gran mayoría de las federaciones internacionales se rijan por él hace que tal ordenamiento jurídico interno suizo goce de una posición de primer plano en la resolución de los conflictos en materia de deporte (6) .

Desde su creación en 1984 por el Comité Olímpico Internacional el TAS se ha convertido en el órgano arbitral por excelencia para la resolución de conflictos internacionales en materia de deporte. Todos los arbitrajes que se resuelven ante el TAS tienen su sede en Lausana (Suiza) conforme a la regla R28 del Código de Procedimiento del TAS. Como consecuencia de esta regla, la ley suiza pasa a convertirse en la ley del lugar del arbitraje o *lex arbitri*.

Dicha *lex arbitri* queda, en el caso suizo, integrada entre otros por los arts. 190 a 192 de la ley de arbitraje suiza, incorporada a su vez al capítulo 12 de la Ley federal sobre Derecho Internacional Privado Suizo (LDIPS, arts. 176 a 194) (7) ; en ella se contiene el elenco cerrado de los posibles motivos de anulación de los laudos así como la facultad de las partes de renunciar al recurso de anulación.

Los laudos internacionales finales dictados en Suiza sólo pueden ser recurridos ante el TFS y por los siguientes motivos tasados: 1) que el árbitro o el tribunal arbitral hubiere sido constituido irregularmente; 2) que el tribunal arbitral se hubiere declarado competente o incompetente; 3) que el tribunal arbitral hubiere resuelto sobre pretensiones que no le habían sido sometidas o ha omitido pronunciarse sobre algunas de las pretensiones que le fueron planteadas; 4) que se hubiere vulnerado el principio de igualdad de partes o el derecho a ser oído en un procedimiento contradictorio; 5) que el laudo arbitral fuese contrario al orden público.

La LDIPS no contenía, hasta su reciente reforma (que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2021) disposición alguna relativa a la revisión de las sentencias o laudos arbitrales; ante tal circunstancia, el TFS ha colmado tal laguna por vía jurisprudencial (8) y la decisión ahora dictada se suma a la misma, previendo que, en atención la cuestión planteada como fundamento del recurso de revisión y sobre la base de un principio de economía procesal procede examinar con preferencia a todo otro recurso y en primer lugar tal demanda: el TFS no se pronuncia sobre el fondo del litigio arbitral sino que analiza la corrección o adecuación de la constitución del tribunal ante la circunstancia demandada relativa a la causa de parcialidad concurrente en el presidente del tribunal arbitral, causa, que (como de hecho es apreciada en el caso ahora resuelto) de ser estimada conduce a ordenar la nulidad de la decisión y a la retroacción del litigio arbitral a su inicio para proceder a constituir un nuevo tribunal arbitral.

La reforma legal hoy ya en vigor no era aplicable al caso ahora resuelto; en todo caso, la nueva redacción del art.190, a de la LDIPS va en línea con lo resuelto de forma expresa por el TFS en esta sentencia, al señalar (FJ 4.2) que:

> *«la découverte, postérieurement à l'expiration du délai de recours contre une sentence arbitrale internationale, d'un motif exigeant la récusation d'un arbitre peut donner lieu au dépôt, devant le Tribunal fédéral, d'une demande de révision de ladite sentence, à la condition que la partie requérante n'ait pas pu découvrir le motif de récusation durant la procédure arbitrale en faisant preuve de la diligence requise, c'està-dire de l'attention commandée par les circonstances».*

Junto a esta dimensión procesal orgánica, la decisión del TFS ofrece una visión especialmente bien

argumentada acerca del alcance de conceptos jurídicos indeterminados referidos a la función arbitral, como son los de independencia e imparcialidad de los árbitros. Ambos conceptos, en cuanto integrantes de tal categoría, requieren por tanto una respuesta proyectada sobre cada caso concreto, debiendo sopesar debidamente las concretas circunstancias concurrentes. Como muy acertadamente señala la sentencia, el sentido de ambas garantías (independencia e imparcialidad) proyecta su operatividad más allá de la dimensión judicial y alcanza de forma singular al ámbito del arbitraje, de forma que el no respeto de tal regla conduce a una designación o constitución irregular (art. 190 LDIPS) del tribunal arbitral.

Para llegar a tal conclusión, la sentencia del TFS disecciona las concretas circunstancias concurrentes en el caso, valora la extensión o alcance del *devoir de curiosité (duty of curiosity) que* recae sobre las partes, analiza el tenor de las expresiones públicas realizadas por el presidente del tribunal arbitral, las fechas de su reiterada emisión, la conexión con el litigio, el contexto en que han sido realizadas... y la conclusión final es determinante:

> *«il faut bien voir que ce n'est pas tant la cause défendue par l'arbitre qui apparaît en l'espèce problématique mais plutôt certains termes employés par lui. En effet, l'arbitre n'a pas hésité à utiliser des termes extrêmement violents, de façon répétée, et plusieurs messages ont été publiés alors même que la présente affaire était en cours d'instruction devant le TAS. Il a notamment usé des termes suivants: "those bastard sadic chinese who brutally killed dogs and cats in Yulin', "This yellow face chinese monster smiling while torturing a small dog,deserves the worst of the hell', "those horrible sadics are CHINESE!', "Old yellow-face sadic trying to kill and torture a small dog', "Torturing innocent animal is a flag of chinese!Sadics, inhumans'. Parmi ceux-ci, les mots "yellow face', utilisés à deux reprises par l'arbitre, après sa désignation en tant que président de la Formation, sont sans nul doute les plus contestables (..) ces termes font manifestement référence à la couleur de peau de certains individus chinois et ne visent nullement à qualifier leur comportement jugé cruel, à l'inverse d'autres termes incisifs voire blessants utilisés par l'arbitre, tels que "sadique'. Si l'on ajoute à cela le fait que l'arbitre a tenu de tels propos, non seulement à deux reprises, mais aussi après sa désignation en tant que président d'une Formation appelée à statuer sur l'appel interjeté par un ressortissant chinois, alors même que la procédure était pendante, il y a lieu d'admettre que les appréhensions du requérant quant à l'éventuelle partialité de l'arbitre mis en cause peuvent passer pour objectivement justifiées. Seule l'appréciation objective des circonstances alléguées à l'appui d'une demande de récusation est en effet décisive. Or, en l'occurrence, les circonstances précitées, considérées du point de vue d'un tiers raisonnable en ayant connaissance, sont de nature à faire naître un doute sur l'impartialité de l'arbitre mis en cause et à créer une apparence de prévention'».*

Cabe finalizar esta nota jurisprudencial con un cuando menos llamativo ejemplo comparado que el propio TFS aporta en la parte final de la fundamentación jurídica de la sentencia; en efecto, y con el fin de tratar de subrayar que lo relevante para apreciar o no la estimación del motivo recusatorio de falta de imparcialidad del árbitro no es tanto la causa o el ámbito material de crítica esgrimido sino los términos empleados y las circunstancias y el contexto concurrentes, el Tribunal propone la siguiente argumentación:

«si l'on voulait tenter une comparaison, on pourrait prendre l'exemple d'un arbitre de nationalité indienne qui s'insurgerait, sur les réseaux sociaux, en des termes sévères, contre la pratique de la corrida qui a cours dans certaines régions d'Espagne. A supposer que cette personne siège dans une Formation du TAS appelée à statuer sur un appel formé contre une sanction disciplinaire infligée à un athlète espagnol, serait-elle récusable à raison des déclarations faites par elle pour dénoncer la cruauté commise selon elle envers les animaux ? La réponse devrait probablement être résolue par la négative, en l'absence d'autres circonstances corroboratives. Cela étant, il faut bien voir que ce n'est pas tant la cause défendue par l'arbitre qui apparaît en l'espèce problématique mais plutôt certains termes employés par lui». Que el lector juzgue.

.....

(1) *Vid.* un extracto de esta decisión en la Sección: «Cronología de decisiones: Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales extranjeros», *infra*.

Ver Texto

(2) *Cour de droit civil*, número de sentencia 4A_318/2020, localizable en URN:LEX; ch; tribunal.federal.suisse

Ver Texto

(3) Ex Comisario europeo de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía y vicepresidente de la Comisión Europea desde 2004 hasta 2008, ex diputado de la República italiana y ex ministro de Asuntos Exteriores de Italia.

Ver Texto

(4) Sobre el particular, *vid.* A. Rigozzi, «L'importance du droit suisse de l'arbitrage dans la résolution des litiges sportifs internationaux», *Revue de droit suisse*, vol. 132, 2013-I, pp. 301-325.

Ver Texto

(5) En tal sentido, H. Ben Abdallah, «Le TAS et l'ordre juridique sportif», *Sport et Droit International.Aspects choisis* (F.Latty, J-M Marmayou y J-B Racine, dirs.), Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016, pp. 261-289.

Ver Texto

(6) Una completa visión acerca del Derecho suizo y su proyección sobre el ámbito del arbitraje deportivo internacional puede verse en el estudio de M. Vedovatti, «Aspectos relevantes de Derecho Suizo para el arbitraje internacional en materia de deporte», *Revista Aranzadi de Derecho del deporte y entretenimiento*, nº52, julio-septiembre 2016, pp 3-23.

Ver Texto

(7) Sobre el particular, y en su proyección al ámbito deportivo, *vid.* C. Müller, «Ad Artículo 178 LDIP», *Arbitration in Switerland. The Practicioner's Guide* (M. Arroyo, ed.), Geneve, Wolters Kluwer, 2013, p.4.

Ver Texto

(8) Entre otras, ATF 142 III 521, consid. 2.1 y ATF 134 III, 286, consid. 2).

Ver Texto

CRONOLOGÍA DE DECISIONES

Selección de las resoluciones dictadas recientemente por los Tribunales españoles

SE RECHAZA LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE FALTA DE JURISDICCIÓN POR SUMISIÓN A ARBITRAJE EFECTUADA POR EL JUZGADO EN UN ARBITRAJE DE TRANSPORTE (AAP VALENCIA 9ª 15 JULIO 2020)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Juntas Arbitrales de Transportes — Declinatoria arbitral — Verificación del convenio arbitral — Apreciación de oficio: improcedencia.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena, de 15 julio 2020 (ponente: Luis Seller Roca de Togores) estima un recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Valencia, con la siguiente argumentación:

«(...) Se alza el demandante rechazando la interpretación que hace la magistrada por cuanto, el art. 38 LOTT supone la vinculación contractual entre partes de un contrato. En este caso la acción se sustenta en al DA 6ª de la Ley 9/2013, de origen legal y no contractual. No concurriendo identidad, no es aplicable la presunción de sumisión tácita. Sostiene que se ha interpuesto diversas demanda similares en distintos juzgados de Valencia sin que, hasta el momento, haya sido cuestionada la jurisdicción (...)».

«(...) Sobre la apreciación de oficio de la falta de jurisdicción por sumisión a arbitraje. Ciertamente, es muy sugerente el cuestionamiento que se hace la magistrada de instancia sobre la norma de sumisión tácita establecida en art. 38.1º Ley 16/1987, de 30 de julio, LOTT, y su trascendencia respecto de terceros no integrados en el contrato de transporte pero reflejados en como "personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento" (afectando por tanto al transportista efectivo que acciona contar el cargador por los portes impagados, en virtud de la DA 6ª Ley 9/2013). Ahora bien, sea cual sea la interpretación que se haga, no podemos abstraernos del carácter rogado de la sumisión a arbitraje que se impone en primera instancia por el propio convenio arbitral (o en este caso el art. 38 LOTT) y, a continuación, por el comportamiento procesal de los interesados. En especial, es trascendente la actitud procesal del demandado que puede renunciar al arbitraje compareciendo en el pleito y asumiendo la jurisdicción. Así es de plena vigencia el art. 11 LA/2003 que dispone: "El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria...."» Esta exigencia procesal se ha declarado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 21ª, de 10 septiembre 2013;

la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 julio 2009. En auto de esta sala de 03 diciembre 2019, señalábamos: "En segundo lugar es que tampoco el art. 38 LOTT permite tal revisión ex oficio, porque no fija una regla de competencia objetiva, sino un arbitraje (con remisión a la ley reguladora del mismo para dirimir cuestiones controvertidas en contratos de transporte terrestre y el propio precepto exige para aperturar la competencia de tal Junta que sean sometidas a su conocimiento" de común acuerdo por las partes intervinientes"..." (...) Consecuentemente, dejamos sin efecto la resolución apelada debiendo procederse a la admisión a trámite de la demanda».

NINGÚN OBSTÁCULO LEGAL HUBIERA IMPEDIDO QUE AL SUSCRIBIR EL CONTRATO DE TRANSPORTE HUBIERA RECLAMADO LA INCLUSIÓN DE UNA CLÁUSULA DE «NO SOMETIMIENTO A ARBITRAJE», DE ACUERDO CON EL 38.1º LOTT (STSJ EXTREMADURA CP 1ª 23 SEPTIEMBRE 2020)

Anulación — Arbitraje de transportes — Juntas Arbitrales de Transportes — Acción de anulación — Anulación improcedente arbitraje.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 23 septiembre 2020 (ponente: Jesus Plata Garcia) desestima una acción de anulación confirmando confirmando el Laudo dictado en derecho por la Junta Arbitral del Transporte de Extremadura, argumentando los siguiente:

«(...) Inicialmente y por el impugnante se formaliza como causa de anulación del laudo arbitral la "incompetencia territorial" de la Junta Arbitral de Transporte de Extremadura de 4 diciembre 2019; hace mención del art. 4 del Decreto 48/1991, de 30 abril creación de la Junta Arbitral del Transporte de Extremadura, llegado a la conclusión de que "ni el lugar de celebración del contrato ni el destino del transporte está situado en la Comunidad Autónoma de Extremadura" y, por ende, incompetente esta Junta para resolver. Como señala el Laudo de 4 diciembre 2019 la ahora impugnante ni tan siquiera acudió al acto del Juicio, ni suscitó, se dice, en forma cuestión de competencia por declinatoria. Declara probado aquella resolución, en base a la documental que reseña, que "Transportes Hermanos Benito del Val, S.L." celebró con el transportista Gaspar contrato mercantil para el transporte de mercancías entre Cartagena y Dos Hermanas. Declara, asimismo (FJ 4º in fine), que la competencia territorial para resolver deriva del lugar de celebración del Contrato que lo fue en (Valdivia, Badajoz) y conforme y acuerdo a la normas habilitantes (art. 38.1º de la Ley 16/1987, de 30 de julio y arts. 6.1º.a) y 6.2º del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre). Si examinamos la documental aportada queda constancia de que el contrato de transporte se suscribe entre la Agencia Hermanos Benito del Vals (Emails de 7 febrero 2018) —entidad que no ha formulado oposición y que se halla en dificultades para la atención de sus pagos— y el transportista D. Gaspar; el ahora impugnante no fue parte en dicho contrato, al margen de que derive para el mismo una responsabilidad de carácter subsidiaria y directa; el transporte se realizó en la forma convenida (Ver documento de control de Transporte de mercancías por Carretera de 8 julio 2018), donde consta el sello y firma del cargador, ahora

impugnante. La cuestión que ex novo ahora se suscita [celebración del contrato en la población de Valdivia (Badajoz)] ni siquiera es objeto de controversia entre las partes que lo suscribieron pues la agencia Benito del Vals se ha aquietado al laudo (no formula oposición) y el transportista principal tiene su domicilio social en Valdivia. En esta tesitura la mera afirmación interesada de parte no resulta relevante para conseguir asentar un criterio distinto al sostenido por el organismo arbitral».

«(...) En cuanto a la ausencia de legitimación pasiva del impugnante es una cuestión atiente al fondo de la relación material subyacente; se trata de si el cargador es responsable directo y subsidiario del pago del porte caso de no hacerlo el contratista principal, en este caso entidad Benito del Vals; la aplicación de las normas atinentes para la resolución de la controversia no corresponden a este Tribunal, ni pueden constituirse en causa de anulabilidad del laudo; si esto fuera así la Institución quedaría huérfana de contenido; en cualquier caso ya expresa el propia resolución que se impugna la razón de esta atribución de pago (art. 37 Ley 15/2009); en un supuesto equivalente así también lo expresaba este Tribunal: STSJ, Civil sección 1 del 21 mayo 2019: "Y no puede afirmar la demandante que no era parte en el "contrato de transporte" pues, aun cuando tal afirmación gane naturaleza en ámbito contractual, su responsabilidad lo es en base al incumplimiento de las obligaciones que del mismo derivaban y en méritos a la responsabilidad civil subsidiaria inserta en la Disposición adicional sexta, de la Ley 9/2013, de 4 de julio, que le obliga a responder subsidiariamente por quien tiene la obligación de responder en forma directa: ("En los supuestos de intermediación en la contratación de transportes terrestres, el transportista que efectivamente haya realizado el transporte tendrá acción directa por la parte impagada, contra el cargador principal y todos los que, en su caso, le hayan precedido en la cadena de subcontratación, en caso de impago del precio del transporte por quien lo hubiese contratado"); este régimen jurídico le era de obligado conocimiento y por ende de exigible aplicación. Ningún obstáculo legal le hubiera impedido que al suscribir el contrato con la entidad mercantil "Gironda Redondo Transportes, S.L." hubiera reclamado la inclusión de una cláusula de "no sometimiento a arbitraje" tanto en relación al contrato que suscribían como de los sucesivos y subordinados que esta última pudiera suscribir con terceros, dada la responsabilidad civil subsidiaria a que hace referencia la Disposición adicional sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio. Al no hacerlo no puede alegar queja o protesta por el sometimiento que la norma (art. 38.1º LOTT) le impone y, por ende, sujeción al arbitraje y no a la Jurisdicción ordinaria».

NOMBRAMIENTO DE ÁRBITRO PARA DIRIMIR LA CONTROVERSIA EXISTENTE RESPECTO DE LA LIQUIDACIÓN DE UNA COMUNIDAD DE BIENES (STSJ VALENCIA CP 1ª 24 SEPTIEMBRE 2020)

Arbitraje — Designación de una institución arbitral — Formalización judicial — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 24 septiembre 2020 (ponente María Pilar de la Oliva Marrades) procede al nombramiento de árbitro para dirimir la controversia existente respecto de la liquidación de la

Comunidad de Bienes, con el siguiente razonamiento:

«(...) El objeto del presente procedimiento se circunscribe al nombramiento de árbitro para dirimir la controversia existente respecto de la liquidación de la Comunidad de Bienes, concurriendo en el caso de que se trata la especial circunstancia de que en el ámbito de las Diligencias Previas n.º 428/2020, seguidas en el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Sueca, se acordó una orden de protección de D.ª T., prohibiéndose al demandante, Sr. A., aproximarse a menos de 50 metros de la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar que frecuente habitualmente, así como tener cualquier tipo de comunicación con ella durante la tramitación de la causa, lo que dificulta en gran medida el que las partes puedan ponerse de acuerdo en el nombramiento de un liquidador. La parte demandada, con otras consideraciones que no vienen al caso, muestra su conformidad al hecho quinto de la demanda, en el que se indica que dada la situación en que se encuentran los comuneros (impedidos de poder gestionar conjuntamente la liquidación de la CB, pues no pueden comunicarse entre ellos) resulta necesario que se nombre un árbitro que resuelva la controversia existente y efectúe las tareas de liquidación de"...". Para la debida decisión sobre la necesidad de nombramiento o no de árbitro que constituye el objeto del presente procedimiento debe tenerse en cuenta lo siguiente: 1) La competencia de esta Sala lo es únicamente para dilucidar si procede o no el nombramiento de árbitro en virtud de constatar la existencia de convenio arbitral y a los efectos del dictado del laudo correspondiente. La ejecución del laudo corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar correspondiente al del dictado del laudo (art. 517.2.2 y 545.2º LEC). 2) Ha de recordarse la naturaleza y características del procedimiento establecido en el art. 15 LA para la formalización judicial del arbitraje cuando no resulte posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes (...). (N)o discuten las partes ni sobre la existencia de cláusula arbitral en el contrato referenciado ni sobre la procedencia del nombramiento de árbitro, Por tanto, debe dictarse sentencia estimatoria de acuerdo con lo solicitado por la parte actora, procediendo a estimar la demanda de solicitud de nombramiento de árbitro. A tal efecto, y de conformidad con el art. 15 LA, esta Sala ha de confeccionar una lista de tres candidatos que parezcan idóneos, de entre los que se procederá al nombramiento mediante sorteo. A tal efecto deberá acudirse, como se interesa en el escrito de contestación a la demanda, al listado de letrados remitido por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, a fin de reducir la posibilidad de que el designado pudiera conocer a cualquiera de las partes, que obra en la Secretaría de la Sala, con el fin de extraer dicha terna, de los cuales uno será titular y dos suplentes. El sorteo entre los candidatos que figuran en el listado deberá efectuarse a continuación por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia determinándose tanto la terna de colegiados como el orden por el que los no designados habrían de sustituir al primeramente nombrado en caso de no aceptación o renuncia. Comunicado el nombramiento habrá de advertirse al designado sobre la obligación de abstenerse en caso de considerar comprometida su imparcialidad o independencia».

RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO POR HABER INCUMPLIDO SUS DEBERES DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD, SIENDO CONDENADO AL PAGO DE 323.051 EUROS (SAP ASTURIAS 4ª 24 SEPTIEMBRE 2020)

Arbitraje — Arbitraje societario — Ausencia de independencia de la institución administradora árbitros — Directrices de la IBA — Responsabilidad.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Cuarta, de 24 septiembre 2020 (Ponente: Francisco Tuero Aller) confirma la sentencia de instancia que declaró la responsabilidad del árbitro por haber incumplido sus deberes de independencia e imparcialidad condenó al árbitro al pago de 323.051,26 euros más intereses. La Audiencia razona del siguiente modo:

«(...) El citado art. 17 dispone que "1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial. 2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia...". Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia ya examinaron con detenimiento las circunstancias concurrentes en el Sr. Juan Ignacio para concluir que existían dudas justificadas, casi certezas, sobre la falta de imparcialidad del árbitro. Se está ante sentencias firmes, que producen el efecto de cosa juzgada (art. 222 LEC), al menos en su aspecto positivo en cuanto declararon la nulidad de los laudos por esta causa. El ahora apelante mantiene que ese efecto de cosa juzgada no le alcanza pues no fue parte ni intervino en ningún otro concepto en los juicios de anulación de los laudos. Sin embargo es claro que la declaración de nulidad es firme, y esa declaración no puede desligarse de la causa que la motiva. De apreciarse lo contrario, se estaría ante sentencias contradictorias sobre una misma cuestión, que es lo que el citado principio intenta evitar. Lo que sí cabe analizar aquí es el alcance o valoración del proceder del árbitro en orden a determinar si es generador de responsabilidad, tema no tratado en las indicadas resoluciones. Es de destacar en este sentido que el apelante no impugna la relación de hechos que se detallan en los respectivos fundamentos de Derecho cuarto de las sentencias, por otro lado debidamente justificados, sino las conclusiones o valoraciones que con relación a ellos se alcanzan en los fundamentos de Derecho séptimo. Comparte esta Sala tales valoraciones, también seguidas en la sentencia recurrida. El demandado había sido nombrado árbitro en dos acuerdos de sindicación celebrados en mayo de 2012: uno, entre los socios de La M. S.L. que representaban el 66,66% de su capital social, Srs. Sacramento Pedro Francisco por un lado (16,66% cada uno de ellos) y las sociedades Incamar y Romani por otro, representadas por la familia Leon Leopoldo, con igual porcentaje del 16,66% cada una de ellas; y el otro entre los socios de El A., S.L., que eran los hermanos demandantes, con igual participación que en el caso anterior, y loa Srs. Leon y Leopoldo, que en este caso actuaban en su propio nombre, también con el 16,66% del capital social cada uno de ellos. Son estos firmantes de tales acuerdos los que fueron parte en los procedimientos de arbitraje, que tenían por objeto decidir acerca de si había existido o no vulneración de los acuerdos y sus consecuencias económicas. Pues bien, el Sr. Juan Ignacio, además de actuar como apoderado de los Srs. Sacramento Pedro Francisco en un primer momento (Junta General de La M. de 30 julio 2012), vino prestando servicio de asesoramiento legal a las indicadas sociedades La M. y El A. desde el año 2013, y continuó facturando sus servicios hasta los meses de mayo y agosto de 2017 respectivamente, cuando ya se había iniciado el procedimiento arbitral. El 1 febrero 2013 (f.49 vuelto) remitió un email a uno de los Srs. Leon

Leopoldo expresivo del modo de facturar sus honorarios en unos procedimientos en curso y la posibilidad de hacerlo a través de una iguala, pues "no es descartable que tengamos un aluvión de demandas y requerimientos", aludiendo entonces a que "el interés realmente defendido es el control de la sociedad". Control que era precisamente lo que se buscaba con aquellos acuerdos de sindicación, frente a la familia titular del tercio restante de las participaciones de ambas sociedades. Más decisivo aun, a juicio de esta Sala, en orden a valorar la imparcialidad del árbitro, son los hechos ocurridos durante el año 2016. El 3 mayo ese año se reunió el Consejo de Administración de La M., S.L., planteando entonces los hermanos Sacramento Pedro Francisco el cese del letrado demandado por motivos económicos y el nombramiento de otro en su lugar. Votaron a favor de su continuidad los Srs. Leon Leopoldo y en contra los Srs. Pedro Francisco Sacramento. En Junta General de la misma Sociedad celebrada el 10 de agosto siguiente el tercer socio, ajeno a esta litis, interesó nuevamente el cese del Sr. Juan Ignacio como asesor de la Compañía, ahora por razones deontológicas, a lo que mostraron conformidad los aquí demandantes, por lo cual el Presidente, Leon, que proponía que siguiera, terminó manifestando que "entonces no continuará como asesor de la empresa, sin perjuicio de que continúe con los juicios pendientes". También con el voto a favor de los hermanos Sacramento Pedro Francisco y el del tercer socio, y la oposición de la familia Leon Leopoldo, se acordó el cese del Sr. Juan Ignacio como asesor de El A. (Junta de 16 diciembre 2016)».

«(...) De lo hasta aquí expuesto claramente se desprende la relación que mantenía el demandado, desde hacía varios años, con quienes fueron parte en los procedimientos de arbitraje, e, incluso, el significativo interés económico personal que había sido afectado directamente por la postura mantenida por una y otra, pues no le pudo ser indiferente el cese de su condición de asesor, que reportaba a su bufete 12.000 € al año, propiciado por una de las partes sometidas a arbitraje y obstaculizada por la otra. Se está ante hechos objetivos, respecto de los que una persona con buen juicio y con conocimiento de lo sucedido "consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad y la independencia del árbitro", en expresión de las directrices IBA sobre conflictos de intereses de arbitrajes internacionales. Este hecho y su valoración en igual sentido ya fueron analizados en las sentencias que declararon la nulidad de los laudos. (...). Lo que debe examinarse es la relación del árbitro con las partes, y esa relación comprende también cuando éstas actuaban como socios de determinadas entidades, a las que asesoraba el demandado, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes de las que era conocedor: la existencia de solo tres grupos de partícipes en cada una de ellas y el conflicto y enfrentamiento que había surgido entre ellos, lo que conducía a un vínculo más estrecho y personal con los socios que luego propiciaron el arbitraje. Esa alegación de que las dudas sobre su imparcialidad derivarían de su actuación profesional con terceras personas, decae definitivamente si se pone el acento en los hechos indicados en el penúltimo párrafo del fundamento anterior, referidos a la postura mantenida directa y personalmente por los socios con relación a la continuidad de las labores de asesoramiento que prestaba el demandado. Nada hay aquí de terceras personas ajenas al arbitraje, pues son las mismas que luego fueron parte en esos procedimientos. (...) Establece el art. 21 LA que el árbitro incurre en responsabilidad por los daños y perjuicios que causare por mala fe, temeridad o dolo. Ya en la demanda, y luego en la sentencia apelada, se tiene en cuenta que este régimen de responsabilidad civil es más estricto o riguroso que el común, pues no basta para

desencadenarla la simple negligencia, sino que es preciso que se dé alguna de las circunstancias indicadas (...). En este caso concurre cuando menos, como bien entendió la juzgadora de instancia, esa negligencia grave. El demandado era pleno conocedor de la postura que habían mantenido las partes, menos de un año antes de iniciarse el arbitraje, con relación a la continuidad en la prestación de sus servicios, que había cristalizado en su cese; ni siquiera cuestiona ese conocimiento, por otro lado inherente a la labor profesional que desempeñaba. Es obvio que esa circunstancia objetiva plantearía dudas razonables y justificadas a cualquier persona acerca de su independencia e imparcialidad respecto a los sometidos a arbitraje, que se habían pronunciado claramente en uno y otro sentido, a su favor y en su contra. Y, sin embargo, pese a ser consciente de ello y pese a que los aquí demandantes así se lo indicaron expresamente en su escrito solicitando su abstención, se negó a apartarse del procedimiento arbitral, con manifiesta infracción del citado art. 17. Se está ante una negligencia inexcusable, que no requiere intención de perjudicar (...), carente de justificación por parte de quien conoce su oficio y sus obligaciones como árbitro, y ajena a una mínima pauta de razonabilidad. Una infracción, en definitiva, muy caracterizada de sus deberes como árbitro, referida a un tema que resultaba patente, más aún para un profesional del Derecho, y no ante un error de juicio, o ante una cuestión dudosa o susceptible de interpretación (...). Sentada la responsabilidad civil del Sr. Juan Ignacio, tampoco plantea mayores dudas la relación de causalidad entre su conducta y los daños generados a los demandantes. Aquella grave negligencia condujo a la anulación de los laudos, de tal modo que lo actuado y los gastos realizados en los arbitrajes resultaron totalmente inútiles por causa imputable únicamente al demandado. De ahí que una partida del daño se concrete en lo que los Srs. Sacramento Pedro Francisco debieron satisfacer a su defensa en esa primera fase de los procedimientos arbitrales que resultaron fallidos. Por otro lado, al resultar condenados en virtud de tales laudos a satisfacer cuantiosas sumas (un total de 24 millones de euros), superiores a los activos de que disponían, hubieron de solicitar la declaración de concurso voluntario, en cumplimiento de los arts. 2 y 5 de la Ley Concursal. Otras alternativas que ofrece el demandado para solventar esa situación consisten en meras hipótesis que no excluyen la efectivamente seguida, que resultaba obligada conforme a los indicados preceptos. La oposición a la ejecución de los laudos exigiría la prestación de caución suficiente para cubrir principal y daños y perjuicios (art. 45 LA, que como norma especial sería la aplicable), aparentemente inviable dada la situación económica en que restaban los demandantes; y las posibilidades de acudir a un acuerdo extrajudicial de pagos o solicitud de preconcurso (art. 5 bis de la Ley Concursal) presentaban iguales obstáculos dado el cuantioso pasivo al que se enfrentaban. Los administradores concursales que declararon como testigos avalaron la situación de insolvencia e iliquidez en que quedaron los actores, propiciada por la elevada condena establecida en los laudos y su petición de ejecución, que obligaba a solicitar la declaración de concurso (...).También comparte la Sala la cuantificación de ese daño llevada a cabo en la recurrida. La suma de 78.974 €, más IVA, correspondientes a los honorarios generados por la defensa letrada que asistió a los demandantes en los procedimientos de arbitraje (no en los de anulación de los laudos, correctamente excluidos pues medió condena en costas a la parte contraria), quedaron debidamente justificados por la documental extendida por el despacho profesional que los asesoró, que los cifró en esa cantidad (documental aportada en trámite de audiencia previa). Ni siquiera se cuestiona que esos honorarios sean excesivos, lo que no parece a la vista de la suma que en la demanda se dice que

pretendió girar el árbitro por sus honorarios, cercana a los 800.000 €, y de la elevada cuantía a la que ascendían las cuestiones sometidas a arbitraje, cifrada en el escrito de contestación en 72 millones de euros, que comportaría unos honorarios muy superiores de acuerdo con las previsiones de las normas del Ilustre Colegio de Oviedo (capítulo XIII en relación con la escala segunda). Esa documental ofrece suficiente apariencia de autenticidad para reconocerle valor probatorio, y resulta explicativa y compatible con la ya adjuntada a la demanda, no impugnada en cuanto a su autenticidad, expresiva de que tales honorarios habían sido íntegramente abonados. E, igualmente, los gastos derivados de los procesos de concurso (honorarios de abogado, derechos de Procurador, honorarios de administradores concursales) quedaron acreditados documental y testificalmente. No observa la Sala duplicidad alguna en cuanto a los primeros, detallados en la certificación obrante (...) o, donde se indica que fueron cobrados íntegramente. Mientras que las partidas restantes quedaron avaladas por los documentos obrantes en el procedimiento concursal, acompañados a la demanda, y, además, ratificados vía testifical, tanto respecto a su cuantía como a haber sido efectivamente satisfechos, en cuanto a lo abonado a los administradores concursales. Los derechos y gastos de la Procuradora también están documentados (...) y sólo fueron cuestionados en cuanto a si habían sido ya pagados por los demandantes, lo que en realidad resulta irrelevante por cuanto lo definitivo es que el daño ya se produjo aunque solo fuera por haberse generado una deuda a los demandantes a la que deben hacer frente, derivada del incorrecto proceder del demandado».

[*Vid.* J.F. Merino Merchán, «A proposito de la responsabilidad civil del árbitro: STS Asturias de 3 abril 2018 y SAP Oviedo de 24 septiembre de 2020», en la Sección Sentencia seleccionada, *supra*]

UNA MANERA CURIOSA DE HACER EJECUTAR UN LAUDO ARBITRAL ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA (SAP CÁDIZ 2ª 29 SEPTIEMBRE 2020)

Arbitraje — Laudo arbitral — Despacho de ejecución — Estimación.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Segunda, de 29 septiembre 2020 (ponente: Antonio Marín Fernández) estima el recurso de apelación sostenido contra la sentencia de 12 marzo dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cádiz, revocando dicha decisión. *In casu:*

«(...) D.ª Eulalia, tras vencer en el procedimiento arbitral, lo intentó según parece inicialmente a través de demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad (se supone que la ahora interesada) de la entendió el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Cádiz, el cual la inadmitió con dudoso criterio ad limine litis. Y es que consideró que dado que el laudo arbitral es título ejecutivo (art. 517.1.2º LEC) debía acudir a los trámites de su ejecución expresamente previstos en el art. 44 de la Ley de Arbitraje ("La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título"). No parece que ello sea necesariamente así. Disponer de un título de ejecución facilita al acreedor la percepción de su crédito, pero no parece que la única tutela que pueda instar sea la ejecutiva y que quede obligado ineludiblemente a ello, sino que sigue disponiendo del catálogo de posibles tutelas previsto en los arts. 5 LEC y 24 CE, por costoso,

inútil o innecesario que pueda en principio parecer. Seguidamente y haciendo caso de las indicaciones recibidas, la actora acudió a la ejecución del laudo ante el tribunal territorialmente competente a tenor de lo establecido en el art. 8.4º LA. Recayó su demanda en el Juzgado de Primera Instancia n.º 101 de Madrid. Y este, a través de auto de 29 junio 2017, rechazó la demanda ejecutiva porque no se acompañaba al laudo, su notificación a las partes tal y como exige el art. 550.1º LEC. Tal resolución, ahora sí, es impecable en tanto que se limitó a exigir el cumplimiento de un requisito expresamente previsto en la Ley. Lo que no se entiende es que la representación letrada de la Sra. Eulalia no subsanara inmediatamente el defecto observado o tratara de subsanarlo, si fuera necesario, ante el tribunal arbitral. Sea como fuere, el camino ahora elegido que reproduce el primeramente empleado queda también abocado al fracaso. Y no porque procesalmente sea inviable, ya que la actora es muy libre de iniciar una acción declarativa de condena en la que asuma la carga de alegar y probar la corrección de los títulos que justifican su crédito. Al margen, eso sí, de su previo reconocimiento y declaración en procedimiento arbitral. Es ello lo que sugiere la norma incluida en el art. 552.3º LEC. Dando por supuesto que el referido auto de 29 junio 2017 quedó firme (extremo no alegado ni acreditado), la eventual falta de firmeza del laudo debido a su falta de notificación a alguna de las partes y la consiguiente inaplicabilidad del efecto preclusivo de la cosa juzgada material, situaría a la actora en el contexto de aquella norma y en la tesitura de ejercitar la acción ahora entablada. Lo que ocurre es quede nuevo aparece como obstáculo insalvable la cláusula arbitral previa. Es lo que la representación letrada del arrendatario demandado ha hecho valer en esta alzada como motivo de nulidad primero. Serían nulas, conforme a lo dispuesto en el art. 225.1º LEC, las actuaciones hechas con falta de jurisdicción, entre las que se incluyen las reservadas por las partes a arbitraje (art. 39 LEC). Y este es el caso de autos según se desprende de la referida adenda al contrato de arrendamiento. No disponemos de su texto, ya que del contrato solo aporta la actora una versión parcial, pero sí disponemos de una explícita referencia en el laudo arbitral ya dictado en cuyo antecedente de hecho 2º se detalla lo que sigue: "a tenor del art. 9 LA/2003 de 23 de diciembre, con fecha 5 octubre 2009 se suscribió Convenio Arbitral que obra anexo al contrato de arrendamiento, en virtud del cual las partes manifiestan su voluntad inequívoca de garantizar el cumplimiento del contrato de arrendamiento, acordando expresamente el Convenio Arbitral y sus estipulaciones, sometiendo las posibles controversias derivadas del incumplimiento de dicho contrato a arbitraje de derecho conforme a la LA/2003". Siendo todo ello así, se antoja inviable que la Sra. Eulalia pueda ejercitar pretensión alguna derivada del incumplimiento del contrato litigioso al margen de aquella cláusula arbitral. De hecho así lo hizo, sin que conste la razón por la que no agotó tal instancia para satisfacer su crédito. Y tampoco acredita la imposibilidad de hacerlo en términos tales que le permitan eludir el compromiso arbitral para acudir a la jurisdicción ordinaria».

ANULACIÓN DE UN LAUDO, PUES EL DEBER DE COMUNICAR EL NOMBRAMIENTO DE UN ÁRBITRO ES DE OBLIGADA OBSERVANCIA (STSJ MADRID CP 1ª 2 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Acción de anulación — Indefensión — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 2 octubre 2020 (ponente Francisco Jose Goyena Salgado) estima una acción de anulación en el marco de un arbitraje de consumo, con el siguiente razonamiento:

«(...) La acción de anulación que se ejercita en la demanda que examinamos, alegaba el motivo previsto en el art. 41.1º b) L.A. Al respecto cabe hacer las siguientes consideraciones: a) La parte demandante, con igual posición en el procedimiento arbitral, conforme al art. 14 LA, solicitó el arbitraje y designación de árbitros a la Junta Arbitral Nacional de Consumo, que aceptó el encargo (...). A tal efecto se incoó el Exp. .... b) Conforme al art. 21 RDSAC, se procedió a la designación de árbitros (...). El laudo recaído en el citado expediente arbitral, objeto de la presente impugnación, fue dictado por el Presidente D. Lucio, así como por los dos vocales titulares inicialmente designados, tal como se colige del citado laudo, incorporado al procedimiento (...). No consta en el expediente que la presidenta inicialmente designada para formar parte del colegio arbitral, fuera recusada o se abstuviera o por cualquier otra razón no pudiera dictar el laudo impugnado. Tampoco, el laudo recoge ni en sus antecedentes de hecho ni en sus fundamentos, razón alguna por la que se modificara la composición del colegio arbitral inicialmente designado. (...). No consta en el expediente arbitral, por último, que se notificara fehacientemente a la parte demandante —en realidad, a la vista del escrito de contestación, tampoco a la parte demandada— el cambio de composición del colegio arbitral, en la persona del presidente del mismo. A la vista de los citados antecedentes, la pretensión impugnatoria formulada, debe prosperar, conforme al motivo previsto en el ap. b) del art. 41.1º LA. La obligación de comunicar el nombramiento de un árbitro es de obligada observancia, pues se deriva de lo que dispone el art. 16 LA. También resultaría dicha observancia, ciertamente que referida al tema de la recusación, de lo que dispone el art. 22 RDSAC. Y dicha obligación de notificación, a fin de que las partes tengan cabal conocimiento de la o las personas que van a laudar, se fundamenta, a su vez, en razones de tutela efectiva del derecho de las partes, en términos de legalidad ordinaria, como tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 9/2005, de 17 de enero), a que su pretensión sea examinada por uno o varios árbitros "independientes e imparciales", tal como impone el art. 17.1º LA a éstos. La independencia e imparcialidad es una obligación que reclama la condición de árbitro y que éste debe asumir ab initio y sin necesidad de requerimiento alguno, tal como se deriva de lo que dispone el art. 17.2º LA: "La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida". Dicha obligación de ser independiente e imparcial, se configura no solo desde la posición del árbitro, conforme a lo señalado, sino también desde la posición de las partes, que pueden adoptar una conducta procesal activa, para asegurar/reforzar dicha independencia e imparcialidad. Así, el párrafo segundo del citado art. 17.2º establece: "En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes". Dicha conducta, además se refuerza con la posibilidad de formular recusación contra el árbitro, cuando concurran en él "circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes" (art. 17.3º LA). En el caso presente, no consta que se notificase a las partes y en concreto a la parte demandante, la sustitución de la Presidente titular inicialmente designada por otra persona distinta, que tampoco

era la sustituta designada, con lo que en definitiva se privó al demandante de conocer a uno de los árbitros que iba a laudar la pretensión litigiosa y en definitiva si existía o no causa de recusación y en definitiva si pudiera estar comprometida su independencia e imparcialidad. A estos efectos y su transcendencia, resulta indiferente cuál sea la causa por la que se produce la sustitución, por recusación, abstención, renuncia, enfermedad, etc. No tendría sentido, por otro lado, que la inicial designación del o de los árbitros, tuviera que ser necesariamente notificada a las partes, y, sin embargo, en el momento definitivo de dictar el laudo, un eventual cambio de la composición del órgano arbitral no se notifique. Dicha omisión, que supone un vulneración de una obligación de necesario cumplimiento, perjudica a la parte afectada, contrariamente a lo que señala la parte demandada en su contestación, ya que se ha vulnerado el derecho a la tutela efectiva del derecho, en su faceta de que su litigio sea resuelta por un árbitro independiente e imparcial, por lo que concurre el motivo del ap. b) del art. 41.1º LA: No haber sido debidamente notificada a la parte la designación de un árbitro. En consecuencia, procede la estimación de la demanda y sin necesidad de entrar en las demás consideraciones de la demanda, relativa al procedimiento, decretar la nulidad del laudo impugnado».

PARA DECIDIR SI PROCEDE ACORDAR EL NOMBRAMIENTO DE UN ÁRBITRO, HA DE ATENDERSE A LA BUENA O MALA FE QUE EVIDENCIE LA CONDUCTA PRE-PROCESAL DE LAS PARTES EN ORDEN AL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DEL CONVENIO ARBITRAL (STSJ MADRID CP 1ª 13 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Formalización judicial — Designación de una institución arbitral — Verificación del convenio arbitral — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 13 octubre 2020 (ponente: Celso Rodríguez Padrón) procede al nombramiento de árbitros en un asunto sustentado en los siguientes hechos: 1.— Entre las partes se celebró contrato de préstamo que no resultó devuelto por el demandado al término del plazo estipulado. 2.— Se interpuso por el prestamista por tal motivo, demanda de juicio ordinario, que fue resuelta por Auto de 22 marzo 2019, del Juzgado de Primera Instancia n.º 69 de los de Madrid, por el que se estimaba la declinatoria de jurisdicción opuesta por el demandado, al entender que la controversia debía ser resuelta a través del cauce arbitral y no ante la jurisdicción. 3.— Se instó por la parte actora ante el Iltre. Colegio de Abogados de Madrid la designación de árbitro, siendo citadas las partes a comparecencia el día 9 octubre 2019, a la que no acudió el demandado, por lo que ante esta imposibilidad de nombramiento de árbitro para resolver la cuestión litigiosa, se interpone la demanda de designación judicial prevista en el art. 15.4º LA, a fin de que se designe árbitro único, con conocimientos del tipo de contrato objeto de controversia, no precisándose la condición de jurista. El TSJ razona del siguiente modo:

«(...) la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante —de forma expresa o tácita— al cumplimiento efectivo del

convenio arbitral. Este criterio se funda en la apreciación, que se juzga razonable y acomodada al art. 15 LA, en cuya virtud la buena fe demanda que las partes que libremente convienen en el arbitraje intenten su materialización y el correspondiente nombramiento de árbitro o árbitros antes de acudir a los Tribunales manifestando interés —que también es requisito de la acción— en resolver un conflicto sobre dicha designación. Piénsese que la autonomía de la voluntad que es inherente al pacto arbitral permite de forma natural que las partes convengan un procedimiento de designación de árbitro bien en la cláusula arbitral, bien ulteriormente, cuando, surgida la controversia, llegue el momento de cumplir el pacto de sumisión. En este contexto es en el que ha de entenderse lo que esta Sala —y la generalidad de los Tribunales Superiores de Justicia— viene señalando desde siempre: que únicamente tiene atribuida la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, debiendo limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado; si se ha acordado un procedimiento de designación de árbitro que no haya podido culminar con el nombramiento; y, en su defecto, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, el desacuerdo entre las partes para el nombramiento, la negativa expresa o tácita a realizar tal designación por la parte requerida y el transcurso del plazo convenido o legalmente establecido para la designación... 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 (...). Estas últimas consideraciones sirven ya de fundamento para descartar no solo las pretensiones, sino del propio planteamiento que presenta el demandado. Dedica su contestación a la demanda a exponer cuestiones sobre el préstamo, su pago, la inexistencia de recibos, y lo que dice ser completa ignorancia del procedimiento arbitral intentado ante el Colegio de Abogados de Madrid, para terminar suplicando "que se dicte sentencia absolviendo a Felipe". Centrando su oposición no tanto en el nombramiento del árbitro que es objeto de la presente demanda sino en la satisfacción de la deuda tan sólo podemos reiterar que no nos corresponde declarar si existió el préstamo o fue ya devuelto. Esto es, precisamente, lo que debe examinar el árbitro cuyo nombramiento sencillamente se nos solicita (...). Analizando ya los elementos que debemos de considerar a la hora de pronunciarnos sobre la petición deducida en la demanda, tenemos que constatar ante todo que de la existencia de convenio arbitral no cabe la menor duda (...). (L)a Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante —de forma expresa o tácita— al cumplimiento efectivo del convenio arbitral. Este criterio se funda en la apreciación, que se juzga razonable y acomodada al art. 15 LA, en cuya virtud la buena fe demanda que las partes que libremente convienen en el arbitraje intenten su materialización y el correspondiente nombramiento de árbitro o árbitros antes de acudir a los Tribunales manifestando interés —que también es requisito de la acción— en resolver un conflicto sobre dicha designación. Piénseseque la autonomía de la voluntad que es inherente al pacto arbitral permite de forma naturalque 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 virtud de todo lo anterior, y siguiendo las pautas establecidas para el procedimiento de designación de árbitro en el art. 15.6º LA, procede disponer el nombramiento de un árbitro para la resolución de la controversia suscitada entre las partes».

[*Vid.* un razonamiento similar en STSJ Madrid CP 1ª 13 octubre 2010 —n.º 22/2020—. (ES:TSJM:2020:12178)]

DEL ART. III DEL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958 SE INFIERE EL PRINCIPIO DEL FAVOR RECOGNITIONIS (ATSJ MADRID CP 1ª 14 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros: Panamá — Convención de Nueva York de 1958 — Orden púbico — Execuátur: si

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 14 octubre 2020 (Ponente David Suárez Leoz (1)) del reconoce un laudo arbitral dictado en Panamá, por el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje, con las siguientes consideraciones:

«(...) La demanda que da origen a las presentes actuaciones tiene por objeto el reconocimiento, a efectos de ejecución, del Laudo arbitral dictado por el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, en fecha 26 noviembre 2018 (...). De conformidad con lo previsto en el art. 46.2º LA "El execuátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 junio 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros". En primer lugar, debemos comprobar que se han cumplido los requisitos formales que exige el art. IV CNY (...). Se ha presentado, junto con la demanda, testimonio o copia del laudo arbitral, que reúne las condiciones requeridas para su autenticidad, apostilla, y en su caso, traducción del mismo. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el art. V del mismo CNY establece: "...". Nos hallamos ante un procedimiento de naturaleza declarativa, cuyo objeto queda esencialmente limitado al control por parte del Tribunal sobre los elementos extrínsecos o exteriores de la decisión arbitral extranjera que se trata de homologar, y a través del cual se otorga al laudo el carácter de título idóneo para impulsar su ejecución. No es idóneo, por lo tanto, este procedimiento para sustentar la pretensión de análisis del fondo de la disputa sostenida entre las partes, ni para reproducir, ante el órgano jurisdiccional que ha de evaluar la pretendida homologación, la controversia que ha sido resuelta ya mediante la decisión arbitral, a la que voluntariamente se sometieron quienes se hallaban sometidos a vínculo, deberes u obligaciones jurídicas susceptibles de arbitraje (...). Frente a la solicitud de reconocimiento del anterior laudo arbitral, la parte demandada se ha personado en las actuaciones contestando a la demanda, y solicita que se desestime la misma, en base a que el execuátur del laudo arbitral sería contrario al orden público procesal español, por cuanto estaría otorgando la declaración de ejecutividad a un laudo arbitral dictado contra alguien que no fue parte ni en la relación jurídico-material, ni en el convenio arbitral ni en el procedimiento que desembocó en el Laudo. Junto a este primer motivo de falta de legitimación pasiva de la demandada, se viene a alegar otros motivos de denegación, y que fundamenta igualmente en vulneración del orden público, como son que el laudo debió dictarse en Derecho ya que, si bien el

mismo laudo recoge que la controversia será decidida en derecho, la motivación jurídica del mismo es radicalmente insuficiente, parca y hueca, ni siquiera aparente, sin que permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan tal decisión; un tercer motivo de desestimación se fundamenta en igual vulneración del orden público, ya que el laudo incurre en tales contradicciones que llevan a una inaceptable incoherencia del mismo; un último motivo de su contestación, se basa igualmente en error en la valoración de la prueba, cuestión que, a su juicio, entra de lleno en el ámbito del orden público (...). El concepto de orden público internacional y su falta de concreción nos lleva a la determinación de que se trata de una materia eminentemente judicial, y de ello se concluye la necesidad específica de definirlo ante el caso concreto sometido a la decisión del mismo. Así, STS (Civil Pleno) de 6 febrero de 2014 nos recuerda que "..." (...). Tal planteamiento de estos motivos de oposición al execuátur solicitado nos lleva a recordar que, del art. III del Convenio de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, se infiere el principio del favor recognitionis, que es, también, el que intenta propiciar la regla de compatibilidad que se establece en su art. VII con el objeto de permitir el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera en la mayor medida posible. Como hemos señalado arriba, nos hallamos ante un procedimiento cuyo objeto queda esencialmente limitado al control por parte del Tribunal sobre los elementos extrínsecos o exteriores de la decisión arbitral extranjera que se trata de homologar, y a través del cual se otorga al laudo el carácter de título idóneo para impulsar su ejecución. Es principio del referido CNY el de ausencia de revisión en cuanto al fondo, ante la exigencia a los Estados Parte en tal instrumento internacional, de reconocer la autoridad del laudo y conceder su ejecución, que tan sólo se podrá denegar, conforme al citado art. V, cuando la parte demandada pruebe alguna de las causas recogidas en su n.º 1, o cuando el Tribunal del exequátur compruebe que, según la legislación de su propio país, la resolución se refiere a materia no considerada arbitrable o que dicho reconocimiento o ejecución serían contrarios a su orden público, como hemos tenido oportunidad de valorar en lo relativo a la falta de legitimación pasiva de la parte demandada analizado en el fundamento jurídico anterior (...). Lo único que se controla del laudo es su resultado sin que se pueda contrastar el Derecho aplicado para llegar al desenlace final alcanzado. Así, debemos descartar que el examen de la motivación de la resolución arbitral, la motivación jurídica del laudo, que alega la misma parte demanda es radicalmente insuficiente o, por último, error en la valoración de la prueba, como pretende la demandada, no se puede entrar a examinar su con el orden público, ya que las partes, al aceptar la cláusula de sumisión al arbitraje, sometiendo sus conflictos a los árbitros aceptan también, automáticamente, someterse a la visión que éstos tengan de los hechos y del Derecho (...). La única y exclusiva excepción a esa regla, a saber, la representada por la cláusula de orden público, debe tener un papel reducido que limite su operatividad, en congruencia con su naturaleza, a los supuestos verdadera y realmente excepcionales y no resulta procedente que, dentro del concepto de orden público, se pueda hacer valer como motivo de oposición cualquier infracción que considere la parte demandada se haya producido al motivar la decisión arbitral, y si se ha incurrido en una aplicación incorrecta de cualesquiera de las normas de derecho material o procedimental o en la valoración de las pruebas. En el presente caso, alegada la falta de legitimación pasiva, que se respetado, como sucede en el presente caso, no está comprometido ni el orden público material, ni el procesal, identificados con un contenido análogo al art. 24 CE, siendo improcedente en el mecanismo de homologación del

laudo, para verificar su adecuación al orden público, el examen de la concurrencia de ciertas contradicciones que comportarían una injusticia en el mismo, ni tampoco cabe revisar en su integridad el fondo del laudo en el modo y manera en que se ha aplicado el derecho material, procediendo, por ende, al no atentar en el caso examinado al orden público alegado al amparo del art. V.2º b) CNY, la desestimación de tales motivos de oposición».

EL CONVENIO ARBITRAL ESTÁ LIMITADO AQUELLAS CUESTIONES EN LAS QUE EXPLÍCITA, CLARA, TERMINANTE E INEQUÍVOCAMENTE CONSTA LA ACEPTACIÓN, SIN QUE SE PUEDA HACER EXTENSIVA A OTRAS CUESTIONES QUE NO SE INDICARON EXPRESAMENTE COMO ARBITRABLES (AAP VALENCIA 7ª 14 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Verificación del convenio arbitral — Desestimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, de 14 octubre 2020 (ponente: Gonzalo María Caruana Font de Mora) rechaza una declinatoria por sometimiento al arbitraje con los siguientes argumentos:

«(...) resulta necesario iniciar por el sometimiento de la cuestión al arbitraje que sustenta su primera petición, ex art. 63.1º LEC, de la declinatoria planteada. La cláusula 6.6 del contrato causa de la acción entablada, suscrito en documento privado, pero luego elevado a público por sus otorgantes ante el Notario de Torrent en fecha de 23 febrero 2017, dice "Las partes acuerdan dirimir cualquier controversia con origen en la interpretación de las condiciones del presente contrato privado y sus correspondientes escrituras públicas mediante arbitraje, y cuyo dictamen acuerdan respetar, prescindiendo de actuar ante los Tribunales que les correspondan. No obstante, cualquier controversia en sede judicial, que traiga como causa el presente contrato privado y las correspondientes escrituras públicas se someterá a los tribunales de jurisdicción española en general y en particular de los Tribunales de Valencia". El art. 63.1º LEC fija como contenido de la declinatoria, entre otros supuestos, que el conocimiento de la demanda corresponda a los árbitros. Respecto a las cláusulas de sometimiento al arbitraje, como reflejo del poder de disposición inmerso en la autonomía de la voluntad de los contratantes como medio alternativo de solución de conflictos, debemos efectuar las siguientes precisiones; a) La aplicación e interpretación de tales cláusulas ha de ser rigorista y en sus propios términos, es decir con carácter restrictivo. En tal sentido podemos citar la STS 5 septiembre 2006, que ha destacado la relación del contenido literal en la interpretación de las cláusulas arbitrales, poniendo de manifiesto que ha de estarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje, pues, conforme a los arts. 1 y 9 LA/2003, la sumisión a la decisión arbitral ha de entenderse con carácter decisorio y exclusivo, no de forma concurrente o alternativa con otras jurisdicciones y para ser tenida por eficaz es necesario que se manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros (SSTS 18 marzo 2002, 20 junio 2002, 31 mayo 2003, etc.). b) En sentido similar, el Tribunal Constitucional español ha indicado: "Este Tribunal ha reiterado, en relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, que si bien el derecho a la tutela judicial

efectiva (art. 24.1º CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, 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). Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (árbitros art. 24.1º CE) la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje (por todas, STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3)". c) El fundamento de ese posicionamiento es que la cláusula arbitral viene fundamentada principalmente en el hecho de ser una excepción al sistema de justicia ordinaria, que determina la renuncia al juez natural que en la mayoría de: a) los sistemas democráticos es un derecho constitucional. Este requisito también ha sido incorporado por la Sala Primera al indicar que dado que la jurisdicción arbitral implica una renuncia a la jurisdicción ordinaria que ejercen los tribunales comunes, se entiende que la voluntad manifestada en tal sentido debe ser clara y expresa. d) En consecuencia, lo procedente es considerar que el convenio arbitral no es omnicomprensivo, sino limitado aquellas cuestiones en las que explícita, clara, terminante e inequívocamente consta su aceptación de que fueron sometidas a arbitraje, sin que se pueda hacer extensiva a otras cuestiones que no se indicaron expresamente como arbitrables en la cláusula compromisoria. e) La STS 27 junio 2017 (...), —que cita a su vez la del Tribunal Constitucional 75/1996, de 30 de abril—, señala, en lo que aquí y ahora interesa, para que una cláusula de sumisión a arbitraje sea 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 (...). Teniendo presente tales directrices y visto el pacto arbitral, la Sala no acepta el razonamiento del Juzgado de Instancia, al efectuar una interpretación y aplicación no solo extensiva de la cláusula, sino incluso no congruente con la misma. Con la demanda presentada se entabla una acción de resolución de un contrato de compraventa de participaciones sociales y la literalidad del pacto en el inicio del ordinal 6-6 remite al arbitraje cuestiones controvertidas en la "interpretación" de las condiciones del contrato; no abarca, siquiera menciona, la ejecución de este y por ende su resolución, por lo que esta cuestión no está sometida al arbitraje. Es más, claramente se observa de todo el contenido de la cláusula que las partes si aceptaron que podían dirimir controversias sobre tal contrato en sede judicial pues en la leyenda escrita del pacto, de forma seguida, tras someter las divergencias interpretativas de las cláusulas al árbitro, se fija que "cualquier controversia" que se plantee en sede judicial, un acuerdo de jurisdicción y de competencia territorial. Ello no tiene un carácter subsidiario como se motiva en el auto recurrido, pues, ni se deriva del sentido gramatical inicial ("No obstante") y tal razonamiento implicaría que toda controversia es obligatoria (así explicita el auto del juzgado) en sede arbitral, lo que de manera alguna se compagina con la literalidad del pacto. Esa dicción literal en su totalidad y con el carácter restrictivo del sometimiento al arbitraje determina que las partes fijaron cuestiones contractuales que se deslindaban para ser conocidas en sede de arbitraje (las de interpretación de las condiciones del contrato) y otras en sede judicial que obviamente son aquellas a las que no alcance la

interpretación de las condiciones. Por consiguiente, resulta procedente la estimación de la impugnación y la revocación del auto del Juzgado Primera Instancia para rechazarse la» declinatoria en cuanto sometimiento al arbitraje».

SUPRIMIR LA POSIBLE EXIGENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE UNA RELACIÓN CONTRACTUAL DEL ARBITRAJE SERÍA TANTO COMO, DE FACTO, EXCLUIR ESA VÍA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (STSJ GALICIA CP 1ª 13 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Xunta Arbitral de Consumo de Galicia — Acción de anulación — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 13 octubre 2020 (ponente: Pablo Angel Sande García) desestima una acción de anulación contra un lado en arbitraje administrado por la Xunta Arbitral de Consumo de Galicia, aseverando que:

«(...) Insiste ahora la empresa actora comercializadora de energía (a tenor de la STS 624/2016, de 24 de octubre, tan responsable como la distribuidora por los daños y perjuicios derivados de un deficiente suministro de energía), en que nos encontramos ante un supuesto de nulidad del laudo combatido ex art. 41.1º e) LA toda vez que de acuerdo con la Oferta Pública de Adhesión al sistema arbitral de Consumo de Galicia están excluidas, entre otras, "las reclamaciones derivadas de responsabilidad extracontractual de cualquier tipo que sea (...), y en particular las reclamaciones en que se solicite una indemnización de daños y perjuicios de cualquier tipo". El árbitro, así pues, concluye la actora, al haber accedido a lo solicitado por la parte reclamante respecto al abono del gasto de sustitución del mencionado frigorífico (1000 €, al ser esta la cuantía máxima fijada en la oferta de adhesión), ha resuelto sobre una cuestión no susceptible de arbitraje y de ahí la predicada nulidad del laudo, adoptado en Derecho. No podemos compartir el alegato de la actora, y para comprenderlo bastará con reproducir la motivación que luce en las SSTSJ Galicia 31 y 32/2018, del 27 y 28 de noviembre, recaídas sobre casos idénticos en su perfil jurídico al que en este momento enjuiciamos, a cuyo tenor "de seguir la tesis expuesta por la demandante se estaría desvirtuando sobremanera la eficacia y virtualidad del sistema arbitral para resolver los conflictos de consumo limitando enormemente la eficacia de un sistema que se ofrece, necesariamente, como una ventaja para el consumidor. Suprimir la posible exigencia de daños y perjuicios derivados de una relación contractual del arbitraje sería tanto como, de facto, excluir esa vía de resolución de conflictos pues tal responsabilidad deviene ineludible de cualquier relación de aquella clase por mor de lo dispuesto en los arts. 1.101 y 1.124 Cc. De seguir la tesis de la demandante no cabe duda de que la oferta de un sistema de resolución de conflictos de escasa cuantía que se ofrece al consumidor no pasaría de ser papel mojado, en claro fraude de sus expectativas (...). Y sentada tal premisa y aún prescindiendo de la normativa tuitiva del consumidor, no cabe duda de que la exclusión que esgrime la demandante, al utilizar la expresión "en particular", única y exclusivamente cabe entenderla desde una relación extracontractual pues lo particular es porción de lo general y lo general, como se lee en la cláusula, es la responsabilidad extracontractual, no contractual; la simple aplicación del art. 1281 del Código Civil lleva sin más a

excluir la interpretación dada por la demandante. Con arreglo a lo indicado no cabe sino entender que no concurre el motivo de anulación del laudo arbitral por no ser cierto que los árbitros hubieran resuelto sobre materia no sometida a arbitraje, de conformidad con la interpretación de la cláusula de exclusión expuesta en este fundamento. 2. Por añadidura, aún podemos traer a colación la doctrina sentada por la Sala (por todas, STSJG 3/2018, de 24 de enero), conforme a la cual "la pretensión indemnizatoria en casos como el presente, derivada de un incumplimiento contractual (en el caso enjuiciado, tal y como destaca el árbitro en el laudo combatido, no haber informado a la reclamante aquí demandada de la interrupción del suministro eléctrico a su segunda vivienda), no puede ser hurtada del conocimiento arbitral para someterla exclusivamente al judicial tratándose como se trata de solventar diferencias de escasa cuantía y de una interpretación estricta de las cláusulas de exclusión del arbitraje ex art. 41.1º.e) LA; cláusula en primer lugar, redactada unilateralmente por el empresario a la que el consumidor presta su adhesión (art. 25.1º RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo), por lo que, desde el punto de vista del usuario o consumidor nos encontramos ante un contrato de adhesión que contiene cláusulas limitativas de sus derechos en cuanto el arbitraje se presenta como un procedimiento eficaz para su protección (art. 8-f) del R.D.L. 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 11-f) de la Ley 27/2012, de 28 de marzo, gallega, de protección general de personas consumidoras y usuarias), por lo que le resultan de aplicación todo el conjunto de normas sobre el particular (art. 9.2º LA); en segundo lugar, porque tal imposición resultaría abusiva por desproporcionada, desequilibrada y limitativa de los derechos del consumidor (arts. 80.1-c) y 2, y 82.1.3 y 4—) del R.D.L. 1/2007) si se piensa en los principios de eficacia y equidad proclamados en las recomendaciones de la Unión Europea de 30 marzo 1998 y 4 abril 2001, como divisas que deben distinguir estos procedimientos de reclamación; y en tercer lugar, porque por las mismas razones, viene también al caso lo dispuesto en los arts. 1, 2, 3, 6 y 8 de la Ley de condiciones generales de contratación sobre la interpretación, eficacia y nulidad de este tipo de cláusulas contractuales, o el art. 12 de la ya citada Ley de Galicia sobre estos asuntos, si la finalidad de protección del consumidor, con sobreabundancia de normas, ha de ser algo más que un desiderátum constitucional (arts. 51.1º CE y 30.4º del Estatuto de Autonomía de Galicia)"».

SE ANULA UN LAUDO DICTADO POR UN COLEGIO ARBITRAL COMPUESTO POR EL PRESIDENTE Y UNO DE LOS VOCALES REPRESENTANTE DE UNO DE LOS DOS SECTORES, Y EN AUSENCIA DEL OTRO VOCAL REPRESENTANTE DEL OTRO SECTOR (STSJ EXTREMADURA CP 1ª 21 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Principios rectores — Arbitraje de transportes — Acción de anulación — Árbitros — Violación del principio de imparidad — Orden público — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª de 21 octubre 2020 (ponente: Maria Felix Tena Aragón) estima una acción de anulación formulada por N.E., SA, frente al Laudo de fecha 19 diciembre 2019, dictado por la Junta Arbitral del Transporte de

Extremadura, con los siguientes argumentos:

«(...) La necesidad de garantizar que el laudo arbitral sea expresión de una cabal interpretación del derecho aplicable para la solución de la controversia planteada ante el colegio arbitral, pasa ineludiblemente por que la composición del mismo respete, no solo el principio de ser impar el número de árbitros, sino, en el caso concreto de las Juntas de Transporte Terrestre, que formen parte del mismo los sectores afectados, ya indicados. En tal sentido lo ha venido recogiendo el TSJ de Madrid (SS nos 47/2014, 52/2014, 61/2014, 57/2015 y 65/2015) desde la perspectiva de la necesidad de preservar el principio de igualdad en la designación de árbitros (art. 15.2º LA), que, a fortiori, exige ese mismo respeto en su actuación como integrantes del colegio arbitral una vez designados. La propia regulación legal y reglamentaria de las Juntas Arbitrales del Transporte evidencia, con claridad meridiana, que su composición responde precisamente a esa necesidad de preservar la defensa real y efectiva de los distintos intereses en juego, y con mayor razón cuando tampoco es requerida la intervención de Letrado que asista a las partes en el procedimiento arbitral (art. 9.6º ROTT). De nada sirve preservar de forma escrupulosa las exigencias del principio de igualdad en el procedimiento de designación de árbitros —que claramente resultarían contradichas si, por ejemplo, se previese la designación de un colegio arbitral donde una de las partes hubiese designado un árbitro, y no la otra—, si, acto seguido, se permite que esa impecable designación para actuar se vea contradicha por la posibilidad de que la decisión se adopte por un Presidente y por un árbitro que representa los intereses de uno solo de los sectores implicados). En parecidos términos, STSJ Madrid de 11 julio 2017. Ante ello podría decirse, como dice la parte demandada, que el art 9.7º RD 1211/90 que recoge el Reglamento de desarrollo de la LOTT señala: "El laudo se acordará por mayoría simple de los miembros de la Junta, dirimiendo los empates el voto de calidad del Presidente. La inasistencia de cualquiera de los miembros de la Junta, con excepción del Presidente, no impedirá que se dicte el laudo», lo que implica que en el presente supuesto, y dado que la junta arbitral que adopta el acuerdo impugnado en la presente demanda se adoptó por el presidente de la Junta Arbitral de trasporte terrestre de Extremadura y por uno de los vocales, no asistiendo el otro de los vocales designado, se ajusta a esa previsión del Rto. Sin embargo, y aunque podría entenderse incluido dentro de la letra de ese precepto, no podemos considerar su acomodo con esta composición de la junta arbitral a la LOTT. Ese precepto reglamentario se dictó bajo el paraguas de la remisión "a las normas de desarrollo" que efectúa el art. 37.1º LOTT, y en el reenvío al ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno, que ha de regular el procedimiento arbitral, según dispone el art. 38.1º LOTT. A falta de previsión especial en la Ley específica, la LOTT, de la que pudiera inferirse una norma como el art. 9.7º ROTT, deben constituir límite del ejercicio de la potestad reglamentaria los contenidos en las normas con rango de ley vigentes y, en particular, en la Ley de Arbitraje. Y máxime cuando el propio art. 38.1º LOTT atribuye a los Laudos dictados por las Juntas Arbitrales "los efectos previstos en la legislación general de arbitraje»: ninguna duda cabe de que la eficacia de esos laudos es la prevista en la LA —cosa juzgada y vis ejecutiva—, pero, en lógica consecuencia, también se ha de entender condicionada dicha eficacia a la no concurrencia de los motivos de anulación establecidos por la propia LA, como por otra parte establece expresamente el art. 9.8º ROTT. Esto es, no cabe inferir de la LOTT una habilitación al titular de la potestad reglamentaria para ordenar el procedimiento arbitral de forma que permita dictar los Laudos con una composición de la Junta en abierta

contradicción con el art. 12.1 de la vigente Ley de Arbitraje, que sigue lo dispuesto en su inmediato precedente, el art. 13 LA/1988, el cual también preveía, con carácter inequívocamente obligatorio, que el número de árbitros fuera impar (su tenor no dejaba lugar a dudas: "El número de árbitros, que será siempre impar ..."). A igual conclusión tenemos que llegar si partimos del Decreto de creación de las juntas arbitrales de transporte en Extremadura (decreto n.º 48/1991 de 30 de abril), en este decreto no se recoge la posibilidad de que las juntas se constituyan de una forma distinta a la expresamente prevista, y por consiguiente, que adopten acuerdos válidos en derecho con la eficacia de cosa juzgada cuando su composición no es paritaria entre los dos sectores litigantes. En los art 6 y 7 de citada norma autonómica se describe la necesaria composición y participación, siempre de las dos partes implicadas, recogiendo la posibilidad de que se nombren suplentes de los vocales titulares (también del presidente), para evitar que la composición de esa junta no sea paritaria. Esta razón sobrepasa la cuestión meramente formal de que los componentes sean impares, y traspasa el mero formalismo en el número al afectar al principio de igualdad de los sectores implicados, como ya se ha apuntado. En la Junta Arbitral tienen que ser oídas las partes implicadas, ya empresas, ya empresa y cargadores, ya empresa y usuarios; en todo caso, no puede adoptarse un laudo arbitral sin haber oído a los representantes correspondientes de los sectores o ámbitos implicados, no a las partes en concreto y específicas de un asunto sometido a arbitraje, que pueden declinar la posibilidad de intervención, aquí estamos ante la composición como tal de la junta arbitral, de quien tiene que decidir, y no solo de un partícipe en un asunto concreto del que, efectivamente, se puede prescindir. Ante todo ello, procede decretar la anulación íntegra del Laudo impugnado por infracción del orden público —art. 41.1º.f) LA—, puesto que, dictado por un colegio arbitral como el reseñado, compuesto por el presidente y uno de los vocales representante de uno de los dos sectores, y en ausencia del otro vocal representante del otro sector, vulnera un mandato legal de orden público —el previsto en el art. 12.1º LA— y dos preceptos constitucionales, cuya lesión sin duda es subsumible en el citado art. 41.1º.f) LA: los arts. 9.3º —principio de jerarquía normativa— y 14 —principio de igualdad—».

EL TSJ DE MADRID REALIZA UN AMPLIA DISQUISICIÓN PARA DELIMITAR LAS NOCIONES DE «ÁRBITRO», «COLEGIO ARBITRAL» Y «TRIBUNAL ARBITRAL» (STSJ MADRID CP 1ª 23 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Formalización judicial — Verificación del convenio arbitral — Designación de árbitro único — Árbitro: noción — Tribunal arbitral: noción — Procedencia.

Según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, 23 octubre 2020 (ponente: Francisco Jose Goyena Salgado) pocede a la designación de un árbitro único, con las siguientes consideraciones legales:

«(...) El art. 9 LA, en su ap. 1 que: "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». Por su parte, el ap.

3º establece que el convenio arbitral deberá constar por escrito, en los soportes documentales que a continuación señala. La doctrina científica y la jurisprudencia ponen de relieve que lo esencial, para la eficacia de un convenio arbitral, es que conste la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, voluntad, claro está, que ha de responder a un consentimiento válido. Dicha constatación de la voluntad se erige como requisito único del art. 9 LA, siendo indiferente la expresión que se utilice para convenir la cláusula arbitral, al igual que la inclusión de disposiciones sobre el número de árbitros, lugar del arbitraje, etc. Cuestión distinta será la problemática de la prueba de dicha voluntad de las partes de someterse arbitraje. En este sentido se ha considerado la existencia de un convenio arbitral, por la mera referencia a un árbitro o árbitros, o por la utilización de la mera expresión Arbitration o "ag/arb Londres. Siendo de aplicación la Ley inglesa". (STSJ Andalucía 28 octubre 2014) Sí es preciso, por otra parte, conforme al reiterado art. 9.1º inciso final, LA, que el convenio arbitral contemple una relación jurídica determinada. En el caso presente el contrato suscrito por las partes, conforme se constata por su mera lectura, contiene una cláusula arbitral escrita y expresa, por lo que difícilmente cabe sostener —art. 1281 Cc— que las partes no formularan su voluntad de someter las controversias sobre interpretación y/o cumplimiento del contrato que contiene la cláusula a arbitraje. En este sentido las partes no han discrepado en este extremo. El contrato suscrito entre las partes litigantes, de fecha 21 diciembre 2009, establece como cláusula décimo cuarta, intitulada "Jurisdicción competente", lo siguiente: "El contrato se regirá por el Derecho español. Para conocer de los litigios derivados del presente contrato se acuerda constituir un tribunal arbitral con sede en Madrid. El laudo arbitral deberá recaer dentro del plazo de dos meses tras la constitución del tribunal arbitral, salvo que se fije otro plazo en atención al objeto del litigio. El laudo arbitral será vinculante para las partes y para su declaración de ejecutoriedad las partes contractuales pactan el fuero competencial de Madrid». La problemática que trae a las partes ante esta Sala, radica, al menos de momento, en la interpretación de la expresión "se acuerda constituir un tribunal arbitral", en el sentido de si la voluntad de las partes de que la cuestión litigiosa, que debe someterse a arbitraje, debe ser resuelta por un único árbitro o por tres. En definitiva, si la expresión "tribunal arbitral" comprendería tanto el hecho de tratarse de un único árbitro o varios o, necesariamente, una fórmula colegiada, excluyendo el carácter unipersonal. La Ley de Arbitraje vigente no recoge la expresión "tribunal arbitral" al referirse al nombramiento de uno o varios árbitros. Así, en la Exposición de Motivos, en el apartado IV, párrafo primero, establece: "El título III se dedica a la regulación de la figura del árbitro o árbitros. La ley prefiere las expresiones árbitro o árbitros a la de tribunal arbitral, que puede causar confusión con los tribunales judiciales. Además, en la mayor parte de los preceptos la referencia a los árbitros incluye tanto los supuestos en que hay un colegio arbitral como aquellos en los que el árbitro es único". Consecuentemente con lo anterior, la Ley de Arbitraje, cuando quiere referirse a la intervención de varios árbitros, utiliza la expresión "colegio arbitral". La parte demandante se limita a solicitar que se nombre un único árbitro, sin entrar en el debate que plantea la parte demandada. Ésta, considera que deben ser tres los árbitros a nombrar, dado que la expresión utilizada es la de "tribunal arbitral". Aduce en favor de su tesis las siguientes razones: a) Conforme a la definición de "tribunal", que da el Diccionario de la RALE, el término se corresponde con un órgano colegiado: "órgano jurisdiccional colegiado, formado por tres o más individuos que ejercen la justicia y dictan sentencia". b) Con apoyo en el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje, recomendaciones 52 y 68 d), señala la

parte demandada que, en el ámbito del arbitraje, "tribunal" se asocia a un órgano colegiado. Por otra parte en las cuestiones generales 11 y 37 de dicho Código, se establece igual diferenciación, hablándose de "árbitro único" o de "tribunal arbitral". c) La cláusula del contrato que contiene el convenio arbitral, utiliza la expresión: "se acuerda constituir un tribunal arbitral", que solo tiene sentido, conforme al DRALE, cuando se dice de un tribunal, consejo, junta, etc., en el sentido de reunirse o congregarse. d) Por último, considera la parte demandada que la voluntad de las partes fue someterse a un tribunal arbitral colegiado, a la vista de la entidad y complejidad del proyecto contratado y la muy relevante inversión hecha por dicha parte (...). La resolución de la cuestión planteada a la Sala, que a priori podría parecer obvia, en el sentido de que el término "tribunal", aboca a un órgano colegiado, no es tan simple. a) Ciertamente un primer criterio interpretativo es el del sentido literal de sus cláusulas (art. 1281.1º, in fine Cc). Ahora bien, el término "tribunal" no tiene un sentido exclusivo como órgano colegiado, pues aun siendo lo habitual, ni semánticamente ni jurídicamente, expresa necesariamente tal carácter colegiado. Frente al argumento semántico esgrimido por la parte demandada, la voz "tribunal", tal como se define en el Diccionario de la RALE, tiene las siguientes acepciones: "1. m. Lugar destinado a los jueces para administrar justicia y dictar sentencias. 2. m. Ministro o ministros que ejercen la justicia y pronuncian la sentencia. 3. m. Conjunto de jueces ante el cual se efectúan exámenes, oposiciones y otros certámenes o actos análogos. 4. m. pl. por antonom. Los tribunales de justicia». Es más, el propio Diccionario recoge la expresión: "tribunal colegiado 1. m. tribunal que se forma con tres o más individuos, por contraposición al tribunal unipersonal". Es decir, si bien una de las acepciones de "tribunal" es la plural, también se utiliza el término para referirse al conjunto de los tribunales de justicia españoles, integrados, lo que es palmario, tanto por órganos unipersonales como colegiados. Por otra parte, el propio Diccionario, como indicamos, hace una específica referencia distinguiendo entre un tribunal unipersonal y otro formado con tres o más individuos, añade el adjetivo "colegiado", para referirse a los segundos. Por otra parte, el término "tribunal", conforme al Diccionario Panhispánico del español jurídico, tiene tres acepciones: "1. Gnal. Lugar destinado a la administración de justicia. 2. Proc. Órgano jurisdiccional, con independencia de que esté formado por uno o más individuos. 3. Proc. Órgano jurisdiccional colegiado, formado por tres o más individuos que ejercen la justicia y dictan sentencia». Es decir, como segunda acepción, la expresión controvertida se utiliza o puede utilizarse para designar, indistintamente, a un órgano unipersonal o plural. Es en la tercera acepción que hace referencia al órgano colegiado. En definitiva, el argumento semántico no resuelve por sí solo, es decir, desde la literalidad a que hace referencia el art. 1281 Cc, la cuestión interpretativa de cuál es la voluntad de las partes. b) Un segundo criterio o argumento de la parte demandada, se apoya en el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje. Ciertamente es un criterio de referencia que está bien traído a la cuestión que examinamos, si bien no hay que olvidar que, como recoge el propio Código, el C.BB.PP es una "norma blanda": "recopila las recomendaciones que el CEA somete a toda la comunidad arbitral. Expresa unas reglas a las que en opinión del Club deberían atenerse las instituciones, los árbitros, los abogados, los peritos y los financiadores. Pero no tienen carácter vinculante, excepto si las partes, en el convenio arbitral o en el procedimiento arbitral, convienen otra cosa". En definitiva, el Código pone el acento, correctamente, en que la ley entre las partes es su propia voluntad, libre y válidamente expresada en el convenio arbitral. Hace mención la parte demandada a dos normas del citado Código: La 52. "Cuando las partes no hayan acordado un

método específico para la designación del presidente del tribunal arbitral o del árbitro único: a) Por regla general, la Corte preparará una lista con nombres propuestos por las partes y por la propia institución arbitral, de conformidad con el Reglamento Modelo del CEA. Cada parte tendrá derecho de veto sobre un tercio de los nombres propuestos y enumerará los nombres restantes en orden de preferencia. El árbitro con la mejor puntuación conjunta será el nombrado. b) Por regla general, en los procedimientos abreviados, o en procedimientos inferiores a una cuantía determinada a criterio de la institución, se utilizará el sistema de nombramiento directo. c) Cuando una de las partes no haya nombrado al árbitro que le corresponda, la Corte lo hará de manera directa", Y la 68 "Adicionalmente, los usuarios deberían tomar en consideración las siguientes recomendaciones: a) La sede o lugar del arbitraje debe localizarse en un país que haya ratificado el Convenio de Nueva York de 1958. b) El arbitraje será preferentemente de Derecho y no de equidad. c) Deberían evitarse las cláusulas híbridas, que sometan cierto tipo de disputas a arbitraje y otras a los tribunales estatales. d) Con carácter general se recomienda encomendar la decisión a un árbitro único, salvo que la cuantía o trascendencia del contrato y de las posibles controversias aconsejen la designación de un tribunal arbitral de tres árbitros; se desaconseja el uso de tribunales arbitrales con más de tres árbitros. e) Se debería pactar un único idioma; debería prescindirse de la traducción de documentos redactados en otros idiomas que ambas partes y los árbitros dominen. f) Si la confidencialidad es un elemento de gran trascendencia para las partes, debería pactarse expresamente el carácter confidencial del procedimiento y el alcance del deber de confidencialidad". De su lectura se colige, no hay duda, que el Código distingue entre árbitro único y tribunal arbitral, formado por tres o más miembros. Con todo, la referencia a dicho Código de Buenas Prácticas Arbitrales, aparte de ser meras recomendaciones, sin perjuicio de que sean fruto de la experiencia de quienes lo han elaborado, no resuelve de una forma indiscutible la cuestión planteada y en suma si la voluntad de las partes, al emplear el término "tribunal arbitral" se referían necesariamente a un órgano colegiado, y ello por cuanto que el uso discriminado de los términos "árbitro único" 'y "tribunal arbitral" que se hace en el Código, no obvia que en otros ámbitos, contextos e incluso, en otros Códigos, el término "tribunal" tenga un significado comprensivo de ambas posibilidades de composición, unipersonal o plural. Así, sin perjuicio de lo que ya exponíamos acerca de la no utilización consciente del término "tribunal" en la Ley de Arbitraje, si tomamos como referencia el ámbito orgánico jurisdiccional español, cabe ver como el Legislador emplea, en numerosas ocasiones, cuando no es necesario referirse concretamente a Juzgado o Tribunal, el término "tribunal" como comprensivo de ambos tipos de órganos. En este último sentido, esto es indistinto, y sin ánimo de ser exhaustivos con todos los Códigos procesales existentes, a modo de ejemplo, podemos ver la referencia a los "Tribunales" "Tribunales españoles" en la LOPJ en los arts. 4 bis 2, 8, 21, 22, 22 bis, 22 ter, 22 quater, 22 quinquies, 22 sexies, 22 octies, 179, 236 bis, 239. Y en otros casos, efectivamente diferencia entre Juzgados y Tribunales: arts. 4 bis 1, 6, 7.3, 9, 26,38, 42, 171. Otro tanto podemos ver en la LEC, donde unas veces no se discrimina y habla de Tribunales para englobar los unipersonales y los colegiados: arts. 3, 4, 6, 38, 161, 162, y sin duda, de forma mucho más numerosa en otros casos distingue entre Juez o Tribunal o Juzgado y Tribunal, dadas las características del procedimiento penal. Cabe, por último, traer a colación la LEC, que en el ap. IV in fine de su Exposición de Motivos dice: "Y sin incurrir en exageraciones de exactitud, se opta por referirse al órgano jurisdiccional con el término "tribunal", que propiamente hablando, nada dice del carácter unipersonal o colegiado del

órgano. Ejemplo de ese uso indistinto lo tenemos, por ejemplo, en los arts. 5, 6, 15, 16.2, 42, 80, 129.3º, 185, 193.1º, 344, 453, 545, etc. Atendido lo expuesto, una primera consideración que cabe hacer es que el término "tribunal", aunque en una concepción usual se emplee como órgano colegiado, en otras ocasiones contempla tanto al órgano unipersonal como al plural indistintamente, añadiéndose el adjetivo colegiado para identificar concretamente al tribunal como el compuesto por tres o más individuos. Por ello ni el significado semántico ni el usual despeja la cuestión de más que la voluntad de las partes de forma determinante. c) Señala la parte demandada que en la cláusula arbitral se utiliza la expresión "constituir un tribunal arbitral", y que solo tiene sentido, cuando se dice de un tribunal, consejo, junta, etc., en el sentido de reunirse o congregarse. Efectivamente el DRALE contempla dicha acepción de "constituirse un tribunal", que expresamente pone de ejemplo, entendiendo "constituir", en su primera acepción del Diccionario como: Formar, componer, ser. Y en la segunda acepción como: Establecer, erigir, fundar. La expresión constituir un tribunal, en la que el verbo es "constituir", no condiciona que el sustantivo "tribunal" tenga que ser colegiado, pues el propio término "tribunal" como ya hemos analizado admite tanto la forma unipersonal como la plural. Así puede decirse que se "constituyó la Sala Segunda del Tribunal Supremo en pleno, para debatir una cuestión jurisdiccional", con lo que no cabe duda que estaríamos ante un órgano colegiado, pero también es admisible decir "el tribunal se constituyó en audiencia pública", lo que vale tanto para un juez que para una sala de justicia. El verbo constituir no solo se refiere a una pluralidad de personas, sino que también puede referirse a una sola, por ejemplo, "se constituyó en fiador", "se constituyó un mando único para dirigir el plan de invasión de Europa"-en referencia a Dwight (Ike) Eisenhower. Por lo tanto, tampoco es determinante la expresión "se constituirá" de que el tribunal deba ser colegiado. d) En cuanto al argumento de la entidad y complejidad del proyecto contratado y la muy relevante inversión hecha por dicha parte, tampoco puede considerarse como concluyente para entender, que la voluntad de las partes fuera la de constituir un tribunal colegiado de tres árbitros. No dudamos que pudiera ser la voluntad o intención de una de las partes, pero ello no absorbe la otra intención o voluntad de la contraparte. El proyecto contratado puede ser complejo técnicamente hablando, pero esto no significa, necesariamente, que jurídicamente también lo sea, al menos hasta el punto de requerir el concurso de tres árbitros para el entendimiento y resolución de la cuestión litigiosa, que no es el desarrollo e implementación del proyecto técnico contratado. Sirva de ejemplo sobre lo que queremos decir, el que en la jurisdicción ordinaria, tanto si son complejas las cuestiones jurídicas planteadas como si no, es un Juez unipersonal el que aborda la cuestión litigiosa, con vocación de que su resolución sea la ajustada en derecho. No hay razón para pensar que un árbitro, que deberá resolver la cuestión que atañe a las partes en derecho, no esté preparado, máximo cuando puede interesarse por las partes que sea experto en la materia. e) La conclusión que alcanza la Sala, con todo lo expuesto hasta el momento, es que la mera expresión "constituir un tribunal arbitral", que se establece en la cláusula compromisaria, no es determinante ni implica necesariamente, que la voluntad de las partes fuera la de someter la cuestión litigiosa que les afecta, a un colegio de tres árbitros, sino que es también compatible con que el arbitraje lo resuelva un solo árbitro (...). Llegados a este punto, si bien cabe afirmar que del contrato suscrito por las partes, de fecha 21 diciembre 2009, es clara y queda acreditada la voluntad de las partes de someter a arbitraje el conocimiento de los litigios derivados del citado

contrato, no puede determinarse de su literalidad, por las razones expuestas, si el "tribunal arbitral" debe estar formado por uno o tres árbitros, al ser en este punto contrapuesta la postura de las partes, incluso a pesar de la invitación que les hizo este Tribunal, a través de su Presidente, para conciliar dicha concreta controversia. No cuenta por otra parte la Sala con otros datos u actos coetáneos o posteriores de las partes (art. 1282 Cc), para averiguar la voluntad de las mismas. Si bien en principio las partes son libres de fijar el número de árbitros, siempre que sea, en nuestra legislación un número impar (art. 12 LA), así como para acordar el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no vulnere el principio de igualdad (art. 15 LA), en el caso presente en la cláusula compromisaria no establecieron ningún procedimiento, que diera luz acerca de si el órgano arbitral sería unipersonal o colegiado, de manera que, la resolución a la cuestión que analizamos, a juicio de la Sala, debe resolverse conforme a la previsión que se contiene en el art. 12, in fine LA. Conforme a la citada norma: "A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro". La solución da respuesta a la cuestión planteada ante esta Sala y resulta, además, la más económica. Procede, en consecuencia, estimar la posición mantenida por la parte demandante. Por otra parte, y dando respuesta a la pretensión subsidiaria formulada por la parte demandada, relativa a que el nombramiento del árbitro único, tenga en consideración la nacionalidad de las partes y la naturaleza de la disputa, por lo que solicita que los candidatos no tengan nacionalidad española ni alemana, que dominen bien ambos idiomas y que sean juristas que tengan conocimientos de contratos de ingeniería "llave en mano", cabe establecer las siguientes consideraciones: a) El árbitro único que resulte designado de la terna que se fije, deberá tener nacionalidad española, en concordancia con el primer presupuesto de la cláusula compromisaria: "El contrato se regirá por el Derecho español". b) Siendo de nacionalidad española y revistiendo la condición de jurista, cabe presumir que conocerá perfectamente el idioma español. c) Visto el contrato firmado por las partes, hemos de insistir en que no se trata de que el árbitro sea ingeniero, sino jurista, siendo procedente y suficiente que sea especialista en Derecho civil y mercantil».

[*Vid.* J.C. Calvo Corbella, «Oscurecido por las nubes: el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se pronuncia sobre la interpretación del significado del término "tribunal arbitral": STSJ Madrid 23 octubre 2020», en la Sencción Sentencia selecionada, *supra*]

NO CONCURRE EL MOTIVO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL POR NO SER CIERTO QUE LOS ÁRBITROS HUBIERAN RESUELTO SOBRE MATERIA NO SOMETIDA A ARBITRAJE (STSJ GALICIA CP 1ª 27 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Arbitraje de consumo — Acción de anulación — Desestimación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 27 octubre 2020 (ponente: Pablo Angel Sande García) desestima una demanda cifrada en la nulidad del laudo dictado por la Xunta Arbitral de Consumo de Galicia, razonando del siguiente modo:

«(...) No cabe sino entender que no concurre el motivo de anulación del laudo arbitral por no ser

cierto que los árbitros hubieran resuelto sobre materia no sometida a arbitraje, de conformidad con la interpretación de la cláusula de exclusión expuesta en este fundamento (...). (N)o puede ser hurtada del conocimiento arbitral para someterla exclusivamente al judicial tratándose como se trata de solventar diferencias de escasa cuantía y de una interpretación estricta de las cláusulas de exclusión del arbitraje ex art. 41.1º.e) LA; cláusula en primer lugar, redactada unilateralmente por el empresario a la que el consumidor presta su adhesión (art. 25.1º RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo), por lo que, desde el punto de vista del usuario o consumidor nos encontramos ante un contrato de adhesión que contiene cláusulas limitativas de sus derechos en cuanto el arbitraje se presenta como un procedimiento eficaz para su protección (art. 8-f) RD-L 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 11-f) de la Ley 27/2012, de 28 de marzo, gallega, de protección general de personas consumidoras y usuarias), por lo que le resultan de aplicación todo el conjunto de normas sobre el particular (art. 9.2º LA); en segundo lugar, porque tal imposición resultaría abusiva por desproporcionada, desequilibrada y limitativa de los derechos del consumidor (arts. 80.1º.c) y 2º, y 82.1º.3º y 4º—) RD-L 1/2007) si se piensa en los principios de eficacia y equidad proclamados en las recomendaciones de la Unión Europea de 30 marzo 1998 y 4 abril 2001, como divisas que deben distinguir estos procedimientos de reclamación; y en tercer lugar, porque por las mismas razones, viene también al caso lo dispuesto en los arts. 1, 2, 3, 6 y 8 de la Ley de condiciones generales de contratación sobre la interpretación, eficacia y nulidad de este tipo de cláusulas contractuales, o el art. 12 de la ya citada Ley de Galicia sobre estos asuntos, si la finalidad de protección del consumidor, con sobreabundancia de normas, ha de ser algo más que un desiderátum constitucional (arts.1º CE y 30.4º del Estatuto de Autonomía de Galicia)».

DE LA LECTURA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y DE LAS MANIFESTACIONES DE LA ACTORA Y DE LA DEMANDADA, EXISTE UNA VOLUNTAD INEQUÍVOCA DE SOMETERSE A ARBITRAJE, POR LO QUE PROCEDE EL NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE ÁRBITROS (STSJ MADRID CP 1ª 28 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Árbitros — Formalización judicial — Designación judicial — Verificación del convenio arbitral — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 28 octubre 2020 (ponente: David Suarez Leoz, sustituyendo a Jesús M.ª Santos Vijande, por enfermedad) estima una demanda de designación de árbitros con los siguientes argumentos:

«(...) El art. 15 de la vigente Ley de Arbitraje dispone en su ap. 3 que, si no resultare posible designar árbitros 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. Asimismo, el ap. 5 de este artículo 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. En este sentido, en la Exposición de

Motivos de la Ley de Arbitraje se especifica el alcance de dicha previsión legal del siguiente modo: '... debe destacarse 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 solo 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» (ap. IV, segundo párrafo, in fine). Expuestas las anteriores consideraciones legales que atribuyen a esta Sala únicamente la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, debemos limitarnos a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada junto con la demanda, la existencia o no del convenio arbitral pactado entre las partes y, en su caso, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, la negativa a realizar tal designación por la parte requerida y el transcurso del plazo pactado o legalmente establecido para la designación. En estas circunstancias, deberá procederse al nombramiento imparcial de los árbitros, caso de haberse convenido la sumisión a arbitraje "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). La Sala constata, prima facie, a la vista de la mera lectura de la cláusula arbitral y de las manifestaciones de la actora, como así de la demandada, que existe una voluntad inequívoca de someterse a arbitraje. En el caso de autos ninguna duda alberga la Sala sobre la real y efectiva existencia de un Convenio Arbitral que vincula a las partes al constar acreditado, mediante la documentación aportada por la parte demandante como Documento n.º 2, que ambas partes acordaban la sumisión al arbitraje de "Cualquier litigio o controversia provenientes de, o relacionados con este contrato, así como la interpretación, aplicación, ejecución y terminación del mismo, serán sometidas a Arbitraje conforme al Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio (CCI)". También es igualmente claro, sin necesidad de elucubración alguna, que, como señala la representación de T.L.C.S., S.L., establecían en la misma cláusula decimonovena del citado contrato de crédito con afianzamiento, que "No obstante, para el supuesto que las negociaciones fracasaren luego de un plazo de treinta (30) días desde que cualquiera de las Partes hubiere solicitado a la otra el inicio de las negociaciones, las Partes acuerdan que todo litigio, controversia o reclamación resultante de este Contrato, relativo a su cumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante Arbitraje de Derecho ante una corte de arbitraje ad hoc, conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)". Y establecía, para la selección del tribunal arbitral, que estaría compuesto por tres árbitros, de los que cada parte nombraría un árbitro y estos dos, de mutuo acuerdo, nombrarían a un tercer árbitro, que sería Presidente y la designación de los árbitros de las partes se realizará en un término no mayor de treinta días contados a partir de la comunicación de la Parte demandante a la Parte demandada sobre el contenido del Conflicto. A mayor abundamiento constatamos que la parte demanda, lejos de oponerse a las pretensiones deducidas por el demandante en la presente causa, ha solicitado en su escrito de contestación —aun cuando

no lo presenta en tiempo y forma— que se le tenga por conforme respecto al nombramiento judicial de árbitro para solventar la cuestión litigiosa y que no se le impongan las costas. Nos encontramos, por tanto, ante un allanamiento de la parte demandada a todas las pretensiones del actor, lo que determina el dictado por este Tribunal de una sentencia condenatoria al no apreciar que '...el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero...» (art. 21.1º LEC). En virtud de todo lo anterior, y siguiendo las pautas establecidas para el procedimiento de designación de árbitro en el art. 15.6º LA, procede disponer el nombramiento de un árbitro para la resolución de la controversia suscitada entre las partes. A tal fin, y partiendo de la letra comenzando por la letra B —según Resolución de 21 julio 2020, de la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública, por la que se publica el resultado del sorteo a que se refiere el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado. BOE 24.6.2020, p. 56755—, ha de continuarse de forma rigurosa, desde el último designado por este Tribunal, el orden de la lista remitida por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ordenada alfabéticamente, y de tal modo se confecciona el siguiente elenco de árbitros, especializados en Derecho de contratos (que es lo que expresamente indica el actor), para su posterior sorteo entre ellos de un árbitro titular y dos suplentes, a presencia de las partes y de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala (...)».

LA DETERMINACIÓN DE LA FALTA DE JURISDICCIÓN POR EXISTIR UNA SUMISIÓN A ARBITRAJE NO ES APRECIABLE DE OFICIO (SAP TOLEDO 1ª 28 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Imposibilidad de apreciación de oficio.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sala Primera, de 28 octubre 2020 (ponente: Gema Adoracion Ocariz Azaustre) formula el siguiente *obiter dictum*:

«En relación al primer recurso y en cuanto a la cuestión de la sumisión a arbitraje de las controversias que pudieran suscitarse sobre los contratos que suscribió la sociedad Estrella y Luna de Fatima S.L. con determinados demandantes, esta Sala tiene señalado (por todas Auto 19 enero 2016) que "Como se desprende del art 37 LEC puesto en relación con el 48, 58, 62 y siguientes de la misma, la falta de jurisdicción por corresponder el conocimiento a árbitros, es decir, por sumisión a arbitraje, no es apreciable de oficio a diferencia de otras faltas de jurisdicción (militar, internacional, Tribunal de Cuentas), o de la competencia objetiva o incluso la territorial cuando viene determinada por normas imperativas, supuestos en que el tribunal puede apreciar de oficio la falta de jurisdicción o de competencia. La sumisión a arbitraje ha de proponerse por tanto mediante declinatoria conforme a los art 63 ss". Ello es así porque los arts. 36 a 38 LEC, relativos a la posibilidad de apreciación de oficio de la falta de jurisdicción, no se menciona el caso de la sumisión a arbitraje, sino que solo se establece la apreciación de oficio en el caso de que corresponda la jurisdicción a Tribunales militares, de otros ordenes jurisdiccionales o extranjeros. Sin embargo, en el art 63 de la misma LEC si que se menciona en la apreciación de la falta de jurisdicción en el caso de sometimiento de la controversia a arbitraje (además de en el caso de los otros tribunales que citan los arts. 36 a 38), pero este art 63 solo regula la declinatoria esgrimida a

fin de determinar tal falta de jurisdicción y ello por ser interpuesta por la parte demandada, siendo patente sensu contrario la exclusión del pacto de sometimiento a arbitraje en la regulación de la apreciación de oficio de la falta de jurisdicción. En este caso la citada sociedad nunca interpuso una declinatoria, ni formulo la excepción de falta de jurisdicción en la contestación a la demanda, solo oponiendo otras razones e incluso otras excepciones, ante lo cual, como señala el recurso, la sumisión a arbitraje de la controversia y la falta de jurisdicción del Juzgado de Primera Instancia ha sido apreciada de oficio cuando no es posible hacerlo».

EL PLANTEAMIENTO *EX NOVO*, EN SEDE DE ANULACIÓN, DE LAS CUESTIONES REFERENTES A LA FALTA DE VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL, DEVIENEN EXTEMPORÁNEAS (STSJ GALICIA CP 1ª 29 OCTUBRE 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Convenio arbitral — Inexistencia o falta de validez — Desestimación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 29 octubre 2020 (ponente: Fernando Alañón Olmedo) desestima una acción de anulación contra un laudo arbitral contra un laudo dictado por el Tribunal de la Asociación para el Arbitraje Mercantil (TAM), en un procedimiento de reclamación de cantidad con los siguientes argumentos:

«(...) En relación con la primera de las cuestiones y de conformidad con lo dispuesto en el art. 22 LA/2003 resulta inviable plantear en este momento las cuestiones atinentes a la competencia del árbitro o a la validez del convenio arbitral del que dimana esta. Efectivamente, el párrafo segundo del artículo citado determina que las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación; entre estas excepciones aparecen aquellas, en relación con el párrafo precedente, que se refieren a la propia validez del convenio arbitral. Supone lo anterior, por consiguiente, que el planteamiento ex novo, en esta acción de anulación, de las cuestiones referentes a la falta de validez del convenio arbitral, devienen extemporáneas por no haber sido formuladas en el momento en que se determina legalmente, esto es, con la contestación a la demanda arbitral (...)..Sobre la base del principio (...) de Kompetenz-Kompetenz no cabe duda de que será a la parte demandante a la que corresponda la prueba de la inexistencia del convenio arbitral. Al margen de la extemporaneidad, es lo cierto que la demandante hace descansar su propuesta en la consideración de que el documento que la contraria acoge como fundamento de aquella sumisión no tiene la condición de hábil para integrar un convenio arbitral. Ese documento es tildado por la demandante como albarán y parece ser que es el que se aporta como documento n.º 5 de los acompañados con la demanda. Es incuestionable que ni la llamada "proforma" (...) ni la factura (...) podrían contener la cláusula de sumisión no solo por la propia naturaleza del documento sino porque en modo alguno consta plasmado el consentimiento de la ahora demandante. Así pues el único documento a considerar sería el denominado albarán, y se dice denominado porque el documento se encuentra redactado en inglés y contiene la rúbrica de supply note». Señala el art. 144.1º LEC que "a todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad

Autónoma de que se trate, se acompañará la traducción del mismo". No aporta la demandante traducción adecuada del documento nuclear de su pretensión. La Sala no puede aventurarse a realizar una traducción del mismo no solo por no ser su misión sino porque la misma causaría evidente indefensión a la contraria al no poder combatir en esta instancia el resultado de la traducción, lo que sí está a su alcance de ser presentada por la contraria, tal y como previene el art. 144.2º. La deriva de este razonamiento determina que no es posible ponderar el contenido de ese documento, del que se desconoce su verdadera naturaleza, lo que se traduce en la inviable posibilidad de que se adopte un criterio contrario al asumido por el árbitro al fijar su competencia pues, ciertamente, esta determinación tuvo lugar sobre la base de tal documento a la vista del contenido de la demanda del procedimiento arbitral. Adviértase que la demandante en el procedimiento arbitral asumió que la competencia era del tribunal arbitral en el entendimiento de que la contraria habría prestado su consentimiento en tal documento (apartado de jurisdicción en la fundamentación jurídica de aquella demanda). La conclusión no puede ser otra que la imposible valoración crítica del documento en el que se apoyó el árbitro para justificar su competencia y, por consiguiente, resulta acertado rechazar la impugnación sobre tal consideración. Finalmente y en lo referente a que se está ante un contrato de adhesión y que de tal circunstancia deriva la nulidad del acuerdo, no podemos sino rechazar el efecto pretendido por la demandante a tal alegato. En primer lugar no podemos trasferir al caso el efecto derivado de la contratación de un profesional y un consumidor cuando el primero emplea condiciones generales o cláusulas abusivas, sustancialmente porque el demandante no tiene tal condición. Tampoco podemos argumentar partiendo de posiciones desniveladas en la contratación tal y como da a entender la demandante. No hay elementos de prueba que permitan afirmar aquella situación. De igual manera no cabe atribuir sin más la condición de cláusula abusiva a la que integra la sumisión a arbitraje de las diferencias que pudieran surgir entre las partes derivadas de la contratación habida. En relación con los consumidores, se señalan en los arts. 85 ss del Texto refundido 1/2007 para la defensa de consumidores y usuarios qué clausulas se consideran abusivas, tipificación que es soslayada, ni siquiera a efectos puramente dialécticos, por el demandante, que se limita a afirmar la abusividad sobre la base de una pretendida imposición, desde luego no acreditada. No se alcanza a comprender por qué la cláusula de sumisión a arbitraje va en contra de la buena fe o causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, como afirma la demandante. Tampoco se admite por qué razón la entidad demandante merece ser acreedora de especial protección en el ámbito de su contratación, ni por qué debe ser tildado de contratante débil ni por qué la utilización de cláusulas predispuestas tiene la condición, en este caso, de abusiva. Desconocemos el ámbito de actuación empresarial de la demandante, ignoramos si el objeto contractual estaba dentro de su área de negocio, también desconocemos la experiencia de la demandante en la contratación con empresas españolas ni las condiciones que ostenta para asesorarse adecuadamente o para contar con certeros traductores, condición que parece atribuir a la Sala cuando curiosamente sustenta su desamparo en el desconocimiento del inglés. Pero aún más, tampoco sabemos si aquella cláusula fue o no negociada adecuadamente ni por qué el arbitraje entraña un perjuicio notable a sus intereses y un beneficio insostenible para la contraria. En definitiva, aun en el supuesto de que entendiéramos posible entrar a valorar las condiciones contractuales, no se ha acreditado extremo alguno que permita sostener la base fáctica en la que se apoya la demandante, no hay prueba alguna que muestre la realidad que, de modo llamativo,

llega a tildar de notoria. El primer motivo, por consiguiente, debe ser rechazado».

«(...) El art. 5, a) de la Ley arbitral establece gran flexibilidad en las notificaciones practicadas en el seno del proceso de aquella clase y así se significa que "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 yque hayan sido designados por el interesado". En principio no hay obstáculo alguno para entender válidamente realizada la notificación por medio de correo electrónico y en tal sentido debemos añadir que en este caso se cuenta con la aportación del certificado del tercero de confianza, al modo indicado en el art. 25 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, completada por el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 julio 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, publicado en el BOE de 28 agosto 2014, papel que en ningún momento pone en duda la demandante. La cuestión es determinar si es válida o no la dirección indicada para llevar a cabo las notificaciones y la respuesta no puede sino ser positiva. Efectivamente, el examen de la correspondencia electrónica mantenida entre las partes y que fue incorporada al proceso arbitral muestra cómo en uno de los correos se significa los datos de contacto siguientes La revisión de la correspondencia electrónica muestra diversas remisiones como CC a la dirección ... en todo lo que se consideran relaciones previas a la contratación. Existe un correo directamente remitido desde esa dirección datado el 17 febrero 2018 donde se apunta la relación de esa dirección, que al parecer corresponde a H., con toda la relación comercial habida; en igual sentido el remitido el 1 marzo 2018 por V.. Constata lo anterior que la dirección de correo electrónico a la que se dirigieron las notificaciones era válida y se correspondía con persona directamente vinculada con la entidad demandada en aquel procedimiento. Estas notificaciones fueron entregadas y si no fueron descargadas fue por la voluntad del destinatario, persona ligada a la demandada, hoy actora. Así las cosas, teniendo en cuenta la flexibilidad que el procedimiento arbitral acoge en materia de notificaciones, conforme a lo indicado, y sentado que se dirigieron estas a dirección electrónica propia de la entidad entonces demandada y a persona directamente vinculada a esta y a la contratación de la que dimana el procedimiento, no podemos sino considerar que se llevaron a cabo las notificaciones de manera regular sin que pueda ser imputada esa pretendida falta de conocimiento ni a la parte demandante ni al desarrollo del arbitraje sino a la exclusiva actuación del propio notificado de modo que mal puede ahora oponer el contenido de su conducta para cuestionar la regularidad formal del desarrollo del proceso arbitral. Sirva lo anterior para descartar la falta de notificación del auto de 18 enero 2019 en el que se designaba como árbitro a D. J. y se determinaba el día en que habría de tener lugar la vista correspondiente. Este auto, según se desprende de la certificación de C., fue entregado al destinatario, que no descargado, el 4 febrero 2019, juntamente con la demanda, el documento n.º 1 (oferta firmada) y el documento n.º 2 (correos con índice)»

«(...) Como tercer motivo de impugnación se indica que los árbitros han resuelto sobre cuestiones

no sometidas a su decisión. En el desarrollo de este concreto motivo de impugnación se indica que el árbitro ha subsanado la demanda requiriendo al demandante la aportación de un documento necesario para estimar su pretensión. Ciertamente el motivo carece de fundamento pues se aleja sustancialmente del contenido del art. 41.1º.c) LA que, se dice, lo ampara. Ni siquiera la parte demandante identifica el documento al que se refiere en el alegato ni razona en modo alguno desde qué posición era esencial para la estimación de la demanda. Efectivamente puede apreciarse cómo con la presentación del escrito de conclusiones se aportó un documento justificativo del pago de determinada cantidad de la hoy demandante a la demandada; sin embargo en el laudo ese documento carece de cualquier virtualidad más allá de especificar el desarrollo de las relaciones comerciales habidas entre las partes y situar la reclamación que se efectuaba en el concepto de bonus debidos. No tiene mayor trascendencia y, en cualquier caso, no supone en modo alguno que el árbitro haya resuelto sobre alguna cuestión no sometida a su decisión».

EL TSJ DE NAVARRA ACEPTA UN ALLANAMIENTO EN EN PROCESO DE ANULACIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL (STJS NAVARRA CP 1ª 2 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Allanamiento — Estimación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 2 octubre 2020 (ponente: Joaquin Cristobal Galve Sauras) estima una demanda solicitando anulación del Laudo arbitral dictado en el arbitraje, con el siguiente razonamiento:

«(...) El art. 21.1º LEC establece que: "Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante. Advertido que se dan los requisitos que exige el apartado primero del citado artículo, y una vez examinadas las actuaciones, ha de considerarse que las pretensiones de la parte actora, son ajustadas a Derecho, no apreciándose que el allanamiento de la demandada vulnere el ordenamiento jurídico, se haya efectuado en fraude de ley o suponga renuncia contra el interés general ni perjuicio de tercero, razón por la que procede dictar sentencia de conformidad con las pretensiones de la parte actora, con la consiguiente estimación íntegra de la demanda" (...). El art. 395.1º LEC establece que: "Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado. Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación». Concurriendo los requisitos antes citados, y no apreciándose mala fe en la demandada, no procede realizar pronunciamiento alguno acerca de las costas causadas"».

NECESIDAD DE APLICAR UN DETERMINADO BAREMO PERICIAL EN EL ARBITRAJE DE

TRANSPORTES (STSJ BALEARES CP 1ª 3 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Arbitraje de transporte — Procedimiento arbitral — Prueba: dictamen percial.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 3 noviembre 2020 (ponente: Felisa Maria Vidal Mercadal) determina que:

«(...) (E)l arbitraje ante la Junta Arbitral de Transportes de Mallorca es un arbitraje institucional previsto en el art. 14.1º LA y la competencia de la Junta para conocer del mismo no se discute. La cuestión controvertida reside en si es necesario que los árbitros, para poder pronunciarse sobre la indemnización por daños corporales, lo tengan que hacer sobre la base de valorar un informe pericial médico efectuado conforme al sistema de baremo de la Ley 35/2015, porque así lo exige el art. 37.1º, el cual, bajo la rúbrica Necesidad de informe médico y deberes recíprocos de colaboración (...). (L)a premisa principal a considerar para resolver la cuestión es que en el presente caso las partes se han sometido a un arbitraje, que es una resolución extrajudicial de los conflictos, por lo que no procede trasladar sin más lo exigible en el proceso judicial al arbitral. Los árbitros, al tratarse de un arbitraje de derecho, han aplicado en su resolución el baremo de la Ley 35/2015, para cuantificar los perjuicios derivados de un accidente de circulación. En el procedimiento arbitral, según obra en el expediente, los árbitros contaron con un informe médico ajustado a los criterios legales de baremación (...). Sin embargo, en el laudo se apartaron de la valoración efectuada por el dictamen pericial médico obrante en el expediente (...) resolvieron basándose en los dictámenes médicos asistenciales (...). El art. 14.2º LA prevé que las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos. El Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LOTT, prevé en su art. 9.4º que (...). La LA, a su vez, en el art. 24 obliga a que se respeten en el arbitraje los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Y en el art. 32, se refiere a las específicamente a las pruebas periciales, disponiendo que los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes, podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, le presente para su inspección todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos y añade que, también salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando los árbitros lo consideren necesario, los peritos después de la presentación de su dictamen, deberán participar en una audiencia en la que los árbitros y las partes, por sí o asistidas de peritos, podrán interrogar al perito, todo ello sin perjuicio de la facultad de las partes de aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados. En consecuencia, en el arbitraje, la presentación o no de dictámenes periciales es una cuestión dispositiva para las partes y salvo acuerdo en contrario de las partes, la exigencia de las pericias se deja al libre criterio de los árbitros, de modo que no cabe aplicar al procedimiento arbitral el art. 37.1º Ley 35/2015, en la forma en que lo interpreta el demandante. Cabe concluir que los árbitros, al decidir sobre la cuestión planteada no se han apartado de los requisitos legales exigidos para dictar el laudo arbitral. Examinado el laudo resulta que lo único controvertido puede resultar la valoración del daño (...). Finalmente, la alegación de que el laudo es contrario al orden público se

efectúa por el motivo de la ausencia de un informe pericial médico en que los árbitros hayan basado su valoración. Dicho motivo no encaja en lo que podemos entender por vulneración del orden público (...). En cualquier caso, dado que estamos ante un concepto amplio e impreciso, se torna indispensable realizar una interpretación y una aplicación cautelosa y restrictiva, basado en la idea de que ha de referirse a los principios jurídicos públicos y privados indispensables para la conservación de la sociedad en un momento determinado, que se entienden básicos e inderogables por la voluntad de las partes. De ahí que la cuestión analizada en la presente litis, como es la exigencia de una determinada pericial, que incluso no es pacífica en los procesos judiciales, no pueda constituir una infracción del orden público. La alegación de indefensión carece de desarrollo argumental y no se aprecia, analizado el expediente, experiencia alguna de indefensión padecida por el allí reclamado, ahora actor. En su virtud, se desestima la acción de anulación».

NUEVA DECISIÓN DEL TSJ DE MADRID SOBRE NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS (STSJ MADRID CP 1ª 6 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Formalización judicial — Designación judicial de árbitros — Verificación del convenio arbitral — Aplicación de la doctrina *Kompetenz-Kompetenz* — Desestimación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Civil y Penal, Sección Primera, de 6 noviembre 2020 (ponente Francisco José Goyena Salgado) desestima una la demanda de designación de árbitro en equidad, razonando como sigue:

«(...) Solicita la parte actora que se tenga por interpuesta demanda de designación judicial de árbitro — no queda claro si uno o tres (...). Establecida la competencia territorial para conocer de la presente demanda, en virtud de lo resuelto en el Decreto de fecha 23 diciembre 2019, procede establecer como primera consideración o presupuesto, la comprobación de la existencia de un convenio arbitral, en virtud del cual las partes se comprometen y sujetan a resolver las discrepancias e interpretación de la cuestión litigiosa a través de dicha institución. (L)a Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante —de forma expresa o tácita— al cumplimiento efectivo del convenio arbitral. Este criterio se funda en la apreciación, que se juzga razonable y acomodada al art. 15 LA, en cuya virtud la buena fe demanda que las partes que libremente convienen en el arbitraje intenten su materialización y el correspondiente nombramiento de árbitro o árbitros antes de acudir a los Tribunales manifestando interés —que también es requisito de la acción— en resolver un conflicto sobre dicha designación, cuya existencia, lisa y llanamente, no se ha verificado, porque ni siquiera se ha intentado efectuar el nombramiento, ni la contraparte ha mostrado oposición alguna al respecto. Piénsese que la autonomía de la voluntad que es inherente al pacto arbitral permite de forma natural que las partes convengan un procedimiento de designación de árbitro bien en la cláusula arbitral, bien ulteriormente, cuando, surgida la controversia, llegue el momento de cumplir el pacto de sumisión (...). Es carga de la prueba, que corresponde a la parte demandante, aportar a la Sala la existencia de un convenio arbitral para su examen, que justifique la

intervención de la misma, a los efectos del art. 15 LA, dentro de las limitaciones que sujetan a este Tribunal, y sin perjuicio, en su caso del examen de la competencia por parte del propio árbitro, en aplicación de la doctrina Kompetenz-Kompetenz. En consecuencia, no habiéndose acreditado la existencia de un convenio arbitral válido, que ampare la pretensión deducida por la parte demandante en su demanda, debemos desestimar ésta».

SE OTORGA EL EXECUÁTUR A UN LAUDO ARBITRAL PRONUNCIADO POR LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE PARÍS (ATSJ MADRID CP 1ª 6 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros — Convención de Nueva York de 1958 — Execuátur: si.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 6 noviembre 2020 (ponente: Francisco José Goyena Salgado), otorga el execuátur de un laudo arbitral pronunciado por la Corte Internacional de Arbitraje de París (Francia), con el siguiente razonamiento:

«(...) El examen de la petición deducida ante esta Sala por la parte demandante, requiere comprobar si resultan o no cumplidos los requisitos formales que exige el art. IV del Convenio de Nueva York, de 10 junio 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales — aplicable por expresa referencia del art. 46.2º LA— que dispone que: '...'También la LCJI, 29/2015, de 30 de julio, en su art. 54.4º.a), exige que, en el proceso de execuátur, "que a la demanda se acompañe el original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados". En el presente caso, se han cumplido los citados requisitos, como cabe comprobar en las actuaciones. Por otra parte, el art. V del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 10 junio 1958 establece "...". Ninguno de dichos motivos es alegado por la parte demandada, que no obstante haber sido emplazada en legal forma para contestar a la demanda, dejó transcurrir el plazo, sin formular escrito al respecto u oposición. Por otra parte, el reconocimiento del laudo viene avalado por el informe del Ministerio Fiscal, especial garante de que el orden público sea observado. Procede, en consecuencia, estimar la demanda de execuátur».

EN EL MOMENTO DE PROPONER LA DECLINATORIA ARBITRAL DEBEN ACOMPAÑARSE NECESARIAMENTE LOS DOCUMENTOS O PRINCIPIOS DE PRUEBA EN QUE SE FUNDE (AAP BARCELONA 11ª 12 NOVIEMBRE 2020)

Árbitros — Declinatoria arbitral — Documentación pertinente — Desestimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoprimera, de 12 noviembre 2020 (ponente: Mireia Borguño Ventura) estima el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Cornellà de Llobregat que declaró, en primer lugar, que la declinatoria debía entenderse formulada en relación a la cláusula 19ª del contrato aportado con la

demanda y no a la sumisión a arbitraje; y, en segundo lugar, desestimó la declinatoria razonando que la cláusula de sumisión a los Juzgados de Santander no había sido aceptada de un modo voluntario e inequívoco por la actora, y, a mayor abundamiento, que la cláusula de sumisión a arbitraje infringía lo dispuesto en el art. 3 LCA, aceptando, en consecuencia, su competencia para el conocimiento y resolución del asunto. De acuerdo con la Audiencia:

«(...) Con carácter previo a resolver procede destacar que la extensión y límites del orden jurisdiccional civil viene determinado por lo dispuesto en la LOPJ y los Convenios Internacionales (art. 36 LEC). La falta de jurisdicción de los Tribunales civiles solo puede apreciarse de oficio, tan pronto como se advierta, en los supuestos previstos en el art. 38 LEC, en concreto: cuando el asunto pertenezca a otro orden jurisdiccional o sea de competencia internacional. No se incluye, pues, el caso de que el asunto esté sometido a arbitraje, que solo podrá hacerse valer a instancia de parte mediante declinatoria (art. 39 y art. 63 LEC). Al proponer la parte demandada la declinatoria, debe acompañar necesariamente los documentos o principios de prueba en que se funde (art. 65 LEC), sin que pueda aportar documentos en momento posterior por haber precluido el plazo para ello (art. 136 LEC), dada la improrrogabilidad de los mismos salvo supuestos de fuerza mayor (art. 134 LEC). La parte actora aportó con su demanda el contrato que dice suscribió con la demandada el 1 marzo 2013, en el cual se pactó la sumisión de cualquier controversia entre las partes a los Juzgados de Santander (cláusula 19ª), sin que exista cláusula alguna relativa a arbitraje. Por otra parte, los únicos documentos aportados por la demandada con la declinatoria fueron resoluciones judiciales dictadas en supuestos semejantes al presente, por lo que el Juez de instancia no pudo valorar ni examinar el contrato que la demandada no aportó sino hasta después de resolverse la declinatoria, en concreto un contrato de fecha 1 julio 2013 en el que se incluye un pacto de sumisión a arbitraje (cláusula 20ª). Es cierto que dicho contrato se acompañó con anterioridad a la resolución del recurso de reposición formulado al amparo del art. 66.2º LEC, pero tal circunstancia no permite ni autoriza al Juez, al no concurrir fuerza mayor o impedimento alguno para su aportación en el momento procesal oportuno (al interponer la declinatoria), a valorarlo para resolver y fundamentar el recurso de reposición, pues obligatoriamente debe ceñirse a los documentos acompañados con la declinatoria, entre los que no estaba el contrato que incluye la cláusula de sumisión a arbitraje, so pena de infringir el principio de congruencia y seguridad jurídica que imponen al Juez la resolución conforme a los hechos y documentos aportados dentro de los plazos procesales. Al ser la cláusula de sumisión a arbitraje el único objeto del recurso de apelación, declarada la extemporaneidad del documento en el que el Juez de instancia fundamenta su decisión, debe estimarse el recurso y revocarse la resolución apelada (...)».

DEBE PROSPERAR LA DECLINATORIA ARBITRAL PUES LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS PREVÉ EL ARBITRAJE COMO MÉTODO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (AAP MADRID 13ª 12 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Arbitrabilidad — Arrendamientos — Declinatoria arbitral jurisprudencia — Estimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimotercera, de 12 noviembre 2020 (ponente: Luis Puente de Pinedo), confirma la decisión del juzgado que estimó una declinatoria arbitral en un litigio de arrendamientos urbanos, con el siguiente razonamiento:

«(...) (L)a controversia suscitada sobre la posibilidad de someter arbitraje los litigios sobre resolución de contrato de arrendamiento por falta de pago ha sido ya analizada en diversas resoluciones, como la de esta misma Audiencia Provincial, sección 14, de 21 diciembre 2018 que señalaba "que la materia de arrendamientos urbanos no está excluida del arbitraje, pues tal y como indica la Exposición de Motivos de la LAU de 1994 es una posibilidad no despreciable. El segundo, que la regulación del contrato de arrendamiento mediante norma imperativa no significa la existencia de un derecho indisponible que impida el arbitraje. En el tercero, que las normas de competencia territorial dictadas para el proceso no son aplicables a los arbitrajes que, por definición, excluyen la actividad procesal (...). La Exposición de motivos de la LAU de 1994 prevé el arbitraje como método de solución de conflictos y en sintonía con esa posibilidad, el art. 39.5º LAU de 1994 permitía la solución de conflictos arrendaticios por tribunales arbitrales. Esa norma, lo mismo que las demás disposiciones procesales de los arts. 38 a 40 LAU de 1994 fueron derogadas por la LEC/2000, pero esa derogación no significa imposibilidad de someter la cuestión al arbitraje". En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en auto de 3 diciembre 2019, señalaba que el hecho de que "no se recogiera en la cláusula de sometimiento a arbitraje de modo expreso el incumplimiento por falta de pago no significa que no se incluyera en la misma, pues la cláusula es omnicomprensiva de todas las controversias que surjan o puedan surgir entre las partes en esa relación, naturalmente siempre que se trate de materias que puedan sujetarse al arbitraje, tal y como dispone el art. 4.5º LAU que permite el arbitraje en el ámbito de este contrato y que se remite a lo establecido en la ley reguladora del arbitraje, y el art. 2 LA considera susceptible de arbitraje todas las materias de libre disposición conforme a derecho. Sobre esta base y de acuerdo con un criterio ya consolidado en la doctrina de las diferentes Audiencias Provinciales, la cuestión de las rentas en el arrendamiento, tanto en lo que se refiere a su determinación como en lo que concierne a las cuestiones que puedan referirse a su cumplimiento, no afectan al orden público ni están excluidos del ámbito de disposición de las partes". Así pues, debemos concluir que la correcta interpretación de las cláusulas del contrato sobre sumisión arbitraje determina que haya de prosperar la declinatoria, tal y como fue acordado en el auto impugnado, que debe ser confirmado en su integridad».

ES DE APLICACIÓN AL TÉRMINO «COSTAS DEL ARBITRAJE» AL QUE SE REFIERE EL ART. 37.6º LA/2003 TODA LA REGULACIÓN PREVISTA EN LA LEC PARA LAS COSTAS PROCESALES (SAP CÁDIZ 8ª 16 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Condena en costas — Honorarios del letrado — Legitimación activa — Doctrina jurisprudencial.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, de 16 noviembre 2020 (ponente:

María del Carmen González Castrillón) resuelve una controversia derivada de las costas en el arbitraje. Razona para ello del siguiente modo:

«(...) En el caso que nos ocupa, en el laudo se hace expresa mención a las costas del arbitraje que comprenden no solo los honorarios del árbitro y los gastos de administración, sino también los honorarios del letrado del demandante D.A.. El laudo arbitral impone las costas pero no liquida cantidad alguna. En el presente proceso ordinario, el letrado D.A., que ha defendido los intereses de B. en el procedimiento arbitral, reclama el pago de los honorarios devengados al demandado condenado en el laudo a su pago, B. Ha cuantificado dichos honorarios en la cantidad de 53.898,41 euros.

La primera cuestión a resolver es a quien corresponde la legitimación para reclamar el pago de los honorarios de letrado devengados en el arbitraje. El art. 37.6º LA establece que "con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros sino también los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral". Entra por tanto dentro de las facultades generales del árbitro un pronunciamiento sobre a quien corresponde el pago de los honorarios devengados por los defensores de las partes La cuestión jurídica planteada no ha obtenido una respuesta unánime por parte de las Audiencias Provinciales. De una parte la SAP Cantabria de 12 noviembre 2019 sostiene que la legitimación para reclamar el pago de las costas del arbitraje corresponde al litigante del proceso arbitral que ha resultado acreedor de las costas (...). De otra parte, en las resoluciones de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21, de fechas 15/4/2009, 26/5/2009, 19/1/2010 y 7/12/2011, entre otras, se expone el criterio contrario (...). Y nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 11 febrero 2002, ha establecido que "la condena en costas da lugar a un crédito a favor de la parte y no del Letrado, por lo que resulta irrelevante cual sea el Letrado interviniente, lo importante es que al Letrado lo designe la parte". A ello podemos añadir que el art. 44 LA remite como normas aplicables para la ejecución forzosa de los laudos con carácter general a las establecidas en la LEC. De tal forma que exigiéndose las costas por la presentación de la demanda de ejecución y actuaciones seguidas para la vía de apremio, el derecho a su percepción corresponde a la ejecutante, y ni siquiera de forma directa a su Abogado y Procurador. Además, conforme estableció la SAP Vizcaya 3ª 14 marzo 2018, el derecho del litigante vencedor a ejecutar por las costas en aquellos casos en los que el laudo expresaba que se condenaba a una parte al pago de las costas y que debería satisfacerlas a la parte contraria, conlleva por un lado que el litigante vencedor aparezca como acreedor en el título ejecutivo por esas costas art. 538.2º, de la Ley de Enjuiciamiento y podía solicitar la ejecución por el importe de las mismas, y por los trámites previstos de la ejecución. Y ello porque existe un laudo en principio firme y que reúne por tanto los presupuestos necesarios para proceder al despacho de la ejecución tanto por el principal reclamado en el procedimiento arbitral como por las costas del propio procedimiento que se contienen en el propio laudo. Por todo ello, el recurso debe ser desestimado y la sentencia confirmada en su integridad, excepto en el apartado de costas que ahora se dirá. En el presente caso, por razones de coherencia, el Tribunal va a mantener el mismo criterio expuesto. Añadimos que dado que el art. 37.6º LA utiliza

el término "costas del arbitraje", debe entenderse que al emplear el término costas es de aplicación toda la regulación prevista en la LEC para las costas procesales y con ello, resultan también de aplicación los criterios jurisprudenciales que, de forma constante y unánime, vienen concluyendo que es el litigante vencedor el que resulta acreedor del crédito que resulta del pronunciamiento de costas a su favor. Consideramos que dicha regulación legal y dichos criterios jurisprudenciales resultan de plena aplicación por analogía, al concurrir identidad de razón, art. 4 Cc. Sentado pues, que la legitimación para reclamar el pago de los honorarios del letrado, que ha defendido en el arbitraje los intereses del cliente que ha resultado vencedor, corresponde al cliente mismo, es evidente que el letrado Sr. A. carece de legitimación activa para presentar la demanda presentada en reclamación del pago de sus honorarios. Dicho criterio es aplicable, ya estemos en un proceso de ejecución, ya estemos en un juicio ordinario como el que nos ocupa, al que debió acudir la parte o el letrado en virtud de la cesión de crédito efectuada por la parte para reclamar el pago de los honorarios de letrado y proceder a su cuantificación, dado que el laudo arbitral no los cuantificó. Entendemos que en ambos casos es de aplicación el mismo criterio en lo relativo a la legitimación para reclamar el pago de los honorarios de letrado, que corresponde siempre y en todo caso a la parte que ha obtenido el pronunciamiento a su favor, sea en el proceso judicial o el en arbitraje (...)».

LA ACCIÓN EJERCITADA EN EL PRESENTE CASO ESTÁ COMPRENDIDA EN LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE CONTENIDA EN DE LOS ESTATUTOS DE LA SOCIEDAD DE LA QUE AMBOS LITIGANTES FORMAN PARTE (SAP MADRID 8ª 23 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Arbitraje societario — Declinatoria arbitral jurisprudencia — Verificación del convenio arbitral — Estimación.

El Auto de la Audiencia Provincial Madrid, Sección Octava, de 23 noviembre 2020 (ponente: Jesús Gavilán López) confirma la decisión de instancia que declaró abstenerse de conocer de una demanda por estar sometida la cuestión a arbitraje. Al respecto razona del siguiente modo:

«(...) Se abordan conjuntamente por su íntima conexión; y así deben rechazarse las alegaciones al respecto; se viene a cuestionar, en definitiva, si una cláusula de arbitraje establecida en el seno de una relación societaria mercantil puede afectar a las reclamaciones internas de los miembros que la integran o cuando se relacionan entre sí distintas sociedades como en el presente caso, de una UTE (...).. Por tanto, la acción ejercitada en el presente caso está comprendida en la cláusula de sumisión a arbitraje contenida en el art. 26 de los Estatutos de la sociedad de que ambos litigantes forman parte. Su aplicación al presente caso determina la confirmación de la resolución de instancia; en primer término, de acuerdo con el art. 22 de los Estatutos, constituidos por ellas, dentro de esa esfera mercantil descrita, dejó patente, como subraya la resolución de instancia, la voluntad de las partes en cuanto a su decisión de someter a arbitraje no sólo cualquier litigio que pudiera surgir del propio convenio, sino cualquier otro caso en el que se vieran las partes, por lo que no hay motivo para restringir la interpretación de lo que expresamente y por escrito hacen constar estas, en cuanto al contenido de la cláusula se refiere. Por otro lado, de acuerdo con la

anterior doctrina y jurisprudencia, los litigios que dimanan de la relación que adquieren como consecuencia de la UTE, independientemente de la acción que se ejercite, a mayor abundamiento cuando en el presente caso se refiere a la acción de responsabilidad, ésta deriva directamente de la actuación que se imputa a la parte demandada en el desarrollo de esta relación jurídica, en concreto al corresponderle el cargo de gerente precisamente por los propios Estatutos, y estar relacionadas todas las conductas imputadas con el ejercicio de su cargo y por ende dentro del desarrollo de la actividad de la UTE, o relacionada netamente en cuestiones que afectan a la sociedad, como dice la doctrina y jurisprudencia reseñada, siendo el gerente integrante de ella, como lo es la demandante, por lo que no hay duda respecto de que la acción ejercitada se encuentra dentro de las previsiones del art. 22 de los Estatutos, sin vulneración alguna de los preceptos que se dicen infringidos, ni de la interpretación que de dicha cláusula se realiza por el Juzgado de instancia. Para concluir, no puede la apelante invocar discrepancia entre la genérica mención que la escritura fundacional en su estipulación 8ª hace respecto del sometimiento de las partes a los Juzgados de Madrid, cuando la propia apelante tiene reconocida plenamente la prevalencia de los Estatutos, pues, como alega la apelada, y confirma esta Sala, por su examen, el documento 21 de la demanda recoge el acta de presencia n.º 925 autorizada por el Notario Don Rafael González Gonzalo y los documentos adjuntos a la misma, donde se constata la respuesta escrita de A. obrante al folio ..., en la que manifiesta expresamente lo siguiente: "2º) a) .... Solicitan movimientos bancarios que ya han sido aportados en Comités previos, respondiendo su actuación a una mera instrumentalizacion procesal para mantener en instrucción la infundada querella interpuesta, en lugar de acudir al procedimiento previsto en el art. 22 de los Estatutos de la UTE."; cruce de correspondencia producida en el seno de la U.L, precisamente en una querella planteada por A. frente al Gerente Único persona física de la U.L. y su sustituto, Sres Salvador y Santos, ambos pertenecientes al Gerentre Único A., que la recurrente adjunta como documento 5 de su demanda, por lo que, en consecuencia A. considera que las acciones que su copartícipe A. ejercite frente al Gerente Único de una de las UTE (L).. hayan de ser dirimidas en sede arbitral ex art. 22 de sus estatutos, la misma consideración debe extrapolarse cuando en la otra UTE (V.) ella es quien ejercita una acción frente al Gerente Único de ésta, ya que sus estatutos también cuentan con ese art. 22 de sumisión a arbitraje, de igual contenido que el otro, salvo por lo que respecta a la institución arbitral designada en cada uno de ellos, constituyéndose en acto propio del art. 7.1º Cc con los consabidos efectos que impiden ahora actuar en sentido contrario. Todo lo anteriormente expuesto lleva a colegir la desestimación del recurso, confirmando el Auto apelado».

NO PROCEDE EL NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE ÁRBITROS POR HABER SILENCIADO LA PARTE DEMANDANTE EL CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL QUE INCLUÍA UNA REMISIÓN AL REGLAMENTO DE LA CCI (STSJ PAÍS VASCO CP 1ª 25 NOVIEMBRE 2020)

Arbitraje — Corte internacional de arbitraje de la CCI — Formalización judicial — Árbitros: designación judicial — Jurisprudencia — Desestimación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 25 noviembre 2020 (ponente: Antonio Garcia Martínez) desestima una demanda solicitando la designación judicial de árbitro razonando del siguiente modo:

«(...) En materia de arbitraje, y en correspondencia con el principio central de libertad de las partes, uno de los que también resultan fundamentales es el de intervención judicial limitada, del que es reflejo la norma contenida en el art. 7 LA conforme al cual: "En los asuntos que se rijan por esta Ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta lo exija". Esos casos son los que tienen que ver con las funciones de apoyo y control del arbitraje que se consignan en el art. 8. Y entre ellas, con la relativa al nombramiento de los árbitros, de la que se ocupa la ley, como función de apoyo, en el art. 15, pero partiendo de la premisa, también consecuente con aquellos principios, de que, como expresamente establece la ley en su EM, "Serán las partes directamente o las instituciones arbitrales las que con total libertad y sin restricciones —no adecuadas a la realidad del arbitraje— designen a los árbitros" y de que la intervención judicial para el nombramiento de los árbitros está justificada, como también dispone la EM, "Sólo para los casos en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes [...] para evitar la paralización del arbitraje". De ahí, el hecho de que el art. 15, en su ap. 3 no regule la intervención judicial de forma incondicionada, sino al contrario de forma condicionada, al disponer que "Si no resultare posible designar árbitros 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 (...)". La parte demandante apoya su solicitud para el nombramiento de árbitro en el art. 15 del contrato concertado con la demandada el 5 mayo 2017 y en el resultado inefectivo del burofax que le dirigió urgiéndole "(...) a prestar su conformidad a la designación de los miembros del Tribunal Arbitral que, en todo caso, debía estar integrado por tres árbitros". Al margen de lo inconsecuente que resulta con lo anterior solicitar ahora del tribunal la designación de un solo árbitro, lo primero y más importante es que no se cumple la condición necesaria para que su intervención pueda considerarse justificada. El art. 15 del contrato suscrito el 5 mayo 2017 establece literalmente, por lo que ahora interesa, que: "(...) los desacuerdos se resolverán a través de decisión de un Tribunal Arbitral, el cual estará integrado por tres árbitros, designados de común acuerdo por las partes, a falta de acuerdo la designación se hará conforme lo dispone para el efecto el reglamento de la CCI el cual se regirá para el efecto por dicho reglamento, teniendo como sede del mismo el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao". Por otro lado, en el burofax mencionado, la demandante instaba a la demanda a ponerse en contacto en el plazo máximo de cinco días hábiles "(...) a los efectos de proceder a designar los miembros del Tribunal Arbitral que, en todo caso, estará integrado por tres miembros", declarando a continuación que "En caso de no obtener respuesta al presente requerimiento en el término temporal estipulado, entenderé que no hay acuerdo en la designación de los citados miembros, ante lo cual se procederá a promover nombramiento de conformidad con las reglas contenidas en el Reglamento de la CCI (...)". El tribunal asume que las partes no han logrado designar a los árbitros, tal y como en principio dispone la cláusula arbitral, "de común acuerdo", pero constata, al propio tiempo, que su intervención no puede considerarse justificada, pues sigue siendo la propia cláusula la que dispone, ante tal eventualidad, como debe procederse a su nombramiento: "conforme lo dispone para el efecto el reglamento de la CCI el cual se regirá para el efecto por dicho reglamento,

teniendo como sede del mismo el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao». La parte demandante ha silenciado por completo este aspecto del convenio arbitral y procedido como si no existiera. Pero existe y, por lo tanto, sin alegar y justificar su inutilidad para poder nombrar árbitros o su utilización para hacerlo, pero sin éxito, no ha lugar a que los nombre este tribunal, que no tiene relación con el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao y que en el caso de tener que nombrar es manifiesto que tendría que hacerlo no "conforme lo dispone para el efecto el reglamento de la CCI", sino siguiendo el procedimiento legal que establece el art. 15.6º LA (...)».

NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE ÁRBITRO A PARTIR DE LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL EN LAS ORDENANZAS DEL SINDICATO CENTRAL DE RIEGOS DE VALTIERRA Y ARGUEDAS (STSJ NAVARRA CP 1ª 4 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Convenio arbitral — Formalización judicial — Designación judicial de árbitros: examen del convenio arbitral — *Kompetenz-kompetenz* — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 4 diciembre 2020 (ponente: Francisco Javier Fernández Urzainqui) declara haber lugar al nombramiento judicial de un solo árbitro para resolver en Derecho la controversia suscitada entre las partes acerca de la contribución de la Comunidad de Regantes ... gastos del Sindicato Central de Riegos de Valtierra y Arguedas; nombramiento que recaerá en un Letrado en ejercicio de la relación publicada por el Muy Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona, mediante su insaculación en presencia de la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala. De acuerdo con esta decisión:

«(...) El limitado ámbito de la cognición judicial en el procedimiento de nombramiento de árbitro. Limitada la cognición judicial en el procedimiento de designación de árbitro a la procedencia del arbitraje como fórmula de resolución de la controversia entre partes, por la preexistencia de convenio arbitral de sumisión a ella (art. 15.5º LA/2003), y a la necesidad de la intervención judicial supletoria en la designación, por la falta de acuerdo entre las partes sobre el nombramiento o el procedimiento para efectuarlo (art. 15.2º LA/2003), ambos extremos aparecen en el presente caso acreditados, como se verá en los siguientes fundamentos de derecho (...). La preexistencia de convenio arbitral en las Ordenanzas del Sindicato Central de Riegos. El Sindicato Central de Riegos de Valtierra y Arguedas, constituido en 1922 por la Comunidad de Regantes ... y la Comunidad de Regantes ..., para "la mejor defensa, conservación y fomento de los derechos e intereses comunes" y, más en particular, para "la conciliación'de "sus particulares intereses, en cuanto ellos pudieran ser opuestos", al ser una y otra "usuarias de una misma agua, derivada del río Aragón por una presa construida por ambas Comunidades y cuya concesión se obtuvo en común en 1912", se rige todavía al día de hoy por las Ordenanzas que aprobó la RO de 16 septiembre 1922. El art. 29 de dichas Ordenanzas, tras establecer el régimen de mayorías para la válida adopción de acuerdos por el Sindicato Central, exigiendo que los apruebe "un número de vocales igual a la mayoría de la totalidad de los Síndicos" o, en segunda convocatoria, "la mayoría de Vocales asistentes", cualquiera que sea el número de éstos, dispone en el párrafo quinto que

"en caso de empate se repetirá nuevamente la votación y si esta diese el mismo resultado y no fuere posible hallar una solución conciliadora que armonizase las dos tendencias manifestadas en la votación, se someterá el asunto al dictamen y resolución de un Letrado y en definitiva a la del Sr. Gobernador Civil de la Provincia". Aun sin la denominación de arbitraje, es lo cierto que el art. 29 de las Ordenanzas "somete" a un tercero (Letrado o Gobernador) dirimente las discrepancias que no pudiesen resolverse en el seno del Sindicato Central mediante acuerdo mayoritario de los Síndicos o, en su caso, de los Vocales asistentes a la sesión. Dado el carácter estatutario de las "Ordenanzas para la constitución y funcionamiento del Sindicato Central de riegos", el reseñado artículo cumple plenamente para las Comunidades de Regantes que lo integran la función propia del "convenio arbitral", en cuanto expresa de forma clara e inequívoca "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" (art. 9.1º LA/2003) que, en el caso sería, la asociativa que determinó la constitución del Sindicato y la contributiva derivada de ella. La Comunidad de Regantes ... se opone a la consideración de ese texto estatutario como convenio arbitral, alegando en síntesis que, conforme al art. 27 de dichas Ordenanzas, el Sindicato tan sólo tiene intervención en los asuntos que las dos comunidades tengan con terceros, de manera que el modo de dirimir controversias a que se refiere el art. 29 tan sólo puede referirse a las que se susciten con ellos y no entre las dos Comunidades. La Sala, a reserva de la interpretación que de él pueda hacerse en el arbitraje, no comparte la hermenéutica propuesta en la contestación a la demanda, porque confunde la atribución de "legitimación", con efectos externos (ad extra) y el pacto de "sumisión" a arbitraje, con efectos internos (ad intra). Con la primera, el art. 27 confiere al Sindicato legitimación (activa y pasiva) para actuar en defensa de los intereses comunes a las dos Comunidades de Regantes, ante particulares, regantes, administraciones públicas y tribunales; mientras que, a través del segundo, el art. 29 conviene la sumisión a la resolución por un tercero (Letrado o Gobernador civil) de las divergencias que eventualmente pudieran surgir entre partícipes en el seno del Sindicato y no fueran superables mediante acuerdo mayoritario. No tendría sentido referir a los conflictos con terceros una sumisión a arbitraje que para su efectividad necesariamente habría debido ser suscrita o convenida por todos los contendientes en ellos. Debe de todas maneras recordarse que, como esta Sala ya señaló en su sentencia 3/2018, de 21 mayo, el tribunal jurisdiccional no tiene en el procedimiento de designación de árbitro la última palabra sobre la existencia y el alcance del convenio arbitral; no siendo por ello definitiva ni vinculante para el árbitro designado la apreciación que en dicho procedimiento pueda haberse hecho sobre ellos o sobre la extensión subjetiva y objetiva del convenio de sumisión a arbitraje y el consiguiente alcance de la competencia arbitral. Y es que el art. 22.1º LA/2003, siguiendo la regla doctrinalmente conocida con la expresión alemana Kompetenz-Kompetenz (competencia para decidir sobre la propia competencia) que inspirara la regulación general del arbitraje comercial internacional (Ley Modelo UNCITRAL de 21 junio 1985, art. 16), establece la potestad o facultad de los árbitros "para decidir sobre su propia competencia", haciéndola incluso extensiva a "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". Como pone de relieve la sentencia 409/2017, de 27 junio, del Tribunal Supremo, existen dos tesis sobre el principio Kompetenz-Kompetenz (...)».

«(...) La necesidad de intervención judicial en el nombramiento de árbitro. La Ley atribuye carácter supletorio a la intervención judicial en la designación de árbitro: "Serán las partes directamente o las instituciones arbitrales las que con total libertad y sin restricciones...designen a los árbitros. Sólo para los casos en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes...es necesaria la actuación judicial" (E. de M. IV). Así lo corrobora el art. 15.2º cuando supedita el nombramiento judicial a la "falta de acuerdo". El art. 29 de las Ordenanzas prevé, ante la imposibilidad de alcanzar una solución conciliadora de la discrepancia por acuerdo mayoritario, el sometimiento del "asunto al dictamen y resolución de un Letrado..."; lo que indica la voluntad común de someter su decisión a un único árbitro, que reúna la condición de Letrado y resuelva en Derecho; esto último, no sólo porque así parece imponerlo la exigencia en el árbitro de tal cualidad profesional, sino también y principalmente porque así lo impone la falta de autorización expresa de una resolución en equidad (art. 34.1º LA/2003). Las Ordenanzas no establecieron procedimiento para la designación del árbitro, ni hicieron mención siquiera a su pertenencia al Ilustre Colegio de Abogados de Tudela, constituido en 1844, al exigir su condición de Letrado. Tampoco han alcanzado las partes un acuerdo para su nombramiento, ni han convenido un específico procedimiento para su designación, a pesar del requerimiento cursado a tal fin el 31 julio 2020 por la representación de la Comunidad de Regantes de ... a la Comunidad ..., que ésta contestó negando la existencia del inexcusable convenio de sumisión a arbitraje mediante carta de su representante fechada a 15 septiembre 2020. Alega la Comunidad de Regantes demandada en su contestación a la demanda que la actora "ha omitido el procedimiento pactado para la designación de árbitro", al no haber intentado el nombramiento "dirigiéndose en primer lugar al Colegio de Abogados competente", por ser la intervención de este Tribunal "siempre subsidiaria". Es obvio, a la vista de lo expuesto en el párrafo inmediato anterior, que esta Sala no puede compartir tal objeción, teniendo en cuenta: a) que el convenio arbitral inserto en las Ordenanzas no identificó la institución, corporación o entidad que había de nombrar al árbitro, sino que se limitó a establecer la condición profesional — de Letrado— que debía reunir el designado; b) que tampoco se refirió al procedimiento para su nombramiento; c) que la demandada no se opuso extrajudicialmente a la designación de árbitro porque ésta no se hubiera instado de un Colegio de Abogados, sino porque no existía voluntad expresa de sometimiento de las divergencias a arbitraje, y d) que ante tal negación del convenio de sumisión arbitral, era evidente la imposibilidad de formalización voluntaria del arbitraje y la necesidad de la intervención judicial por falta de acuerdo de las partes sobre el primero y más fundamental presupuesto del arbitraje, cual es la existencia del convenio arbitral. Acreditado, en suma, el requerimiento de la Comunidad actora a la demandada para el nombramiento de árbitro y el rechazo de la vía arbitral por esta última, la procedencia de la intervención judicial solicitada para aquella designación resulta plenamente justificada».

«(...) Naturaleza del arbitraje, número de árbitros y confección de la lista. Conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico inmediato anterior procede la designación de un árbitro único, con la condición de Letrado, para la resolución en Derecho de la controversia que enfrenta a las Comunidades de Regantes integradas en el Sindicato Central de Riegos de Valtierra y Arguedas. En cuanto al procedimiento de designación, esta Sala, de conformidad con lo prevenido en el art. 15.6º LA, ha confeccionado una lista con tres nombres, tomados a partir de un número obtenido al

azar, de la relación de abogados en ejercicio elaborada al efecto, con mención de su especialidad y número de colegiación, por el Muy Ilustre Colegio de Abogados de esta capital, considerando que reúnen las cualidades necesarias para el desempeño del arbitraje promovido. La Sala no cuenta con una relación separada e independiente de Abogados disponibles a este efecto del Ilustre Colegio de Tudela, por lo que la insaculación se hace sobre la relación de Letrados de que dispone este Tribunal. La terna insaculada, sobre la que se designará por sorteo ante la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala al árbitro judicialmente nombrado para la decisión arbitral del conflicto, quedará integrada por los tres siguientes abogados (...)».

LA CLÁUSULA ARBITRAL RESULTA CLARA Y TERMINANTE PUES ESTÁ INSERTA COMO CONDICIÓN GENERAL EN TODAS LAS HOJAS DE PEDIDOS QUE LA DEMANDADA EFECTUABA A LA ACTORA (AAP ZARAGOZA 4ª 15 DICIEMBRE 2020)

Arbitraje — Corte civil y Mercantil de Arbitraje — Declinatoria arbitral — Verificación del convenio arbitral — Estimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de 15 diciembre 2020 (ponente: Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate) confirma la decisión de instancia que declaró su falta de competencia jurisdiccional para conocer de la demanda interpuesta, dada la sumisión de las partes al arbitraje. Según la Audiencia:

«(...) La declinatoria es acogida en el auto recurrido, que considera —en resumen— que en las hojas de pedidos figura la cláusula de sometimiento a arbitraje de forma clara e inequívoca. La cláusula establece que "es voluntad de las partes renunciar expresamente al fuero judicial y someter cualquier controversia, cuestión o incidencia que surgiese entre las partes en relación con este pedido y que no haya podido resolverse de forma amistosa, a arbitraje de derecho conforme a las normas contenidas en la LA/2003 de Arbitraje de 23 de diciembre encomendando a la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) la administración del procedimiento arbitral así como la designación del Árbitro único. El laudo arbitral será firme y obligatorio para ambas partes. El arbitraje tendrá lugar en Madrid, su idioma será el castellano y la ley aplicable será la española". Apela la demandante, alegando, en síntesis, que nunca fue informada por la UTE de la renuncia al fuero judicial, y que estampar la firma en el reverso de las hojas de pedido elaboradas por la demandada y el sello era una exigencia para poder cobrar los materiales suministrados (...). En el supuesto de autos, constatamos que dicha cláusula está inserta como condición general, en todas las hojas de pedidos que la demandada efectuaba a la actora. La cláusula resulta clara y terminante. Se infiere que la voluntad de las partes era que las cuestiones relacionadas con los pedidos se someterían a arbitraje. Por ello, puede llegarse a la conclusión de que se ha expresado por la parte actora una renuncia explícita, clara, terminante e inequívoca a los tribunales ordinarios».

(1) Acuerdo de 6 febrero 2020, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se adscribe al Magistrado don David Suárez Leoz al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid BOE 15.2.2020.

Ver Texto

Selección de las resoluciones destacadas dictadas recientemente por los Tribunales extranjeros

FRANCIA

Deber de revelación y independencia del árbitro (Sentencia de la Cour d'appel de París, CCIP, 5 febrero 2020)

Árbitraje — Recurso de anulación — Árbitros — Ejercicio de la actividad arbitral — Ética — Deber de revelación — Independencia del árbitro.

Cour d'appel de Paris, Chambre commerciale internationale, Pôle 5 — Chambre 16, Arrêt du 25 février 2020, recours en annulation.

(...)

IV. Motifs de la décision

Sur la recevabilité de la contestation,

39. L'irrecevabilité de la demande d'annulation au motif que la contestation de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre serait tardive n'a pas été formulée dans les prétentions des parties énoncées dans le dispositif de leurs conclusions, mais figure uniquement dans des moyens développés par la société Barra pour contester au fond la demande en annulation, motif pris de ce que la société Dommo aurait renoncé du fait du caractère tardif de sa contestation, à se prévaloir de toute circonstance relative aux prétendus liens avec le cabinet Blakes et que ce recours serait abusif et dilatoire, sollicitant uniquement le rejet de la demande d'annulation et des dommages intérêts pour procédure abusive.

40. En application de l'article 954 al 3 du code de procédure civile, la cour n'est donc pas saisie d'une demande d'irrecevabilité du recours en annulation

Sur l'obligation de révélation de l'arbitre

41. Aux termes de l'article 1456 al 2 du code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international en vertu de l'article 1506 du même code : «Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission».

42. Il en résulte que l'obligation de révélation de l'arbitre s'impose tant avant l'acceptation de la mission qu'après, selon que les circonstances incriminées préexistent ou surgissent après ladite acceptation. Ces circonstances peuvent être variées et porter sur d'éventuels conflits d'intérêts, sur des relations d'intérêts ou sur un courant d'affaires que l'arbitre a pu avoir avec les parties ou des tiers susceptibles d'être intéressés au litige.

43. L'obligation de révélation qui pèse surl'arbitre doit s'apprécier au regard de la notoriété de la situation critiquée, de son lien avec le litige et de son incidence sur le jugement de l'arbitre.

44. En l'espèce, il résulte des pièces versées aux débats et notamment de la déclaration d'indépendance de Timothy Martin en date du 27 novembre 2017, à laquelle était joint son curriculum vitae extrait du site Who's Who, qu'il n'a pas déclaré avoir travaillé entre 2012 et 2015 comme avocat dans un cabinet saoudien dénommé Dr. Saud Al-Ammari, affilié au cabinet d'avocats Blakes dont deux des clients sont des fonds d'investissement américains, eux-mêmes actionnaires majoritaires de la société Barra, les parties s'opposant sur le caractère notoire de ces informations et sur le doute raisonnable que ces informations peuvent générer sur les qualités d'impartialité et d'indépendance de l'arbitre.

Sur la notoriété des informations non révélées

45. Il convient de rappeler à cet égard que seules des informations publiques aisément accessibles, que les parties ne pouvaient manquer de consulter avant le début de l'arbitrage, sont de nature à caractériser la notoriété d'une situation susceptible de tempérer le contenu de l'obligation de révélation incombant à l'arbitre.

46. En l'espèce, il résulte des éléments de fait et des pièces versées aux débats, que la déclaration d'indépendance de Timothy Martin et son CV ne faisaient aucune mention de son passé d'avocat au sein d'un quelconque cabinet, seule la mention de «general counsel, country manager, financial director, commercial manager and economist» figurant dans la fiche du Who's Who, sans précision, et que ce n'est qu'à la suite de la désignation d'un nouveau conseil pour la société Barra dont la société Dommo a été informée le 2 novembre 2018, d'échanges de nouvelles déclarations d'indépendance (5 novembre 2018) et de questions sur les liens éventuels que les arbitres auraient pu avoir avec ce nouveau cabinet, que la société Dommo a entrepris des recherches l'ayant conduite à interroger Monsieur Martin le 31 décembre 2018 sur ses liens avec ce nouveau conseil (Monsieur Asmus) et sur ses liens avec le cabinet Blakes, dont elle a découvert qu'il avait comme clients les sociétés First Reserve Corporation et Riverstone Holdings LLC, actionnaires majoritaires de la société Barra.

47. Monsieur Martin a alors, par mail du 2 janvier 2019, répondu à cette interrogation, en précisant qu'il avait été «senior international counsel» entre lemois d'avril 2012 et le mois de juillet 2015 au sein du cabinet d'avocats Dr. Saud Al-Ammari en Arabie saoudite, cabinet ayant une alliance avec le cabinet d'avocats Blakes. Par ce même mail, Timothy Martin a indiqué qu'il ne connaissait pas la société First Reserve Corporation et qu'il n'était pas au courant du travail qu'avait pu faire ou ne pas

faire le cabinet Blakes pour cette société.

48. A cet égard, concernant l'emploi de Monsieur Martin comme avocat au sein du cabinet d'avocats Dr. Saud Al-Ammari affilié au cabinet Blakes, il n'est pas établi que la société Dommo aurait pu avoir connaissance de ces éléments autrement que par les déclarations ainsi fournies par l'intéressé, ni que ces informations étaient aisément accessibles à une partie normalement diligente.

49. En effet, si la société Barra soutient que cette information pouvait être connue par une simple consultation du site de Monsieur Martin, il convient de constater que ce site ne mentionne nullement de manière claire, évidente et transparente une quelconque collaboration de l'intéressé avec un cabinet d'avocats et que ce n'est qu'en effectuant des recherches sur chacune des onze conférences répertoriées à la page «Disputes — Related Experience» du site et en compulsant le détail de celles-ci qu'il peut être trouvé l'information selon laquelle Monsieur Martin était présenté comme «Senior International Counsel» du cabinet Blakes.

50. De même, il ressort des éléments de l'espèce que ce n'est qu'après une consultation avancée des publications de l'intéressé accessibles sur le site à la page «Knowledge — Publications» qu'il était possible de découvrir que deux d'entre elles mentionnaient le cabinet Blakes.

51. Il résulte de ces éléments que l'accès à cette information sur internet n'est possible qu'à l'issue d'un dépouillement approfondi et d'une consultation minutieuse du site internet de l'arbitre exigeant d'ouvrir tous les liens relatifs aux conférences auxquelles il a participé et de consulter l'un après l'autre le contenu des publications auxquelles il a contribué.

52. Ainsi l'accès à l'information nécessite plusieurs opérations successives qui s'apparentent à des mesures d'investigation qui ne peuvent caractériser une information aisément accessible de telle sorte que cette information ne peut être considérée comme notoire et que l'arbitre aurait dû en conséquence la révéler dès sa première déclaration.

Sur le lien de la situation critiquée avec le litige et son incidence sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre

53. Il convient de rappeler que la non-révélation par l'arbitre d'informations ne suffit pas à constituer un défaut d'indépendance ou d'impartialité. Encore faut-il que ces éléments soient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et à l'indépendance de l'arbitre, l'appréciation devant être faite sur des bases objectives et en tenant compte des spécificités de l'espèce.

54. En l'espèce, la société Dommo justifie que le cabinet Blakes a représenté les actionnaires de contrôle de Barra, les sociétés First Reserve Corporation et Riverstone Holdings LLC, et ce entre 2008 et 2014, ce que Monsieur Martin a nié avoir su, ayant déclaré le 2 janvier 2019, en réponse à la demande formulée par la société Dommo devant la London Court of International Arbitration (LCIA), n'avoir jamais entendu parler de First Reserve Corporation lorsqu'il travaillait pour le cabinet d'avocats saoudien Dr. Saud Al-Ammari affilié à Blakes, ni avoir eu connaissance du travail que le

cabinet Blakes faisait pour cette société à cette époque. Il ressort en outre de sa déclaration du 28 janvier 2019, que Monsieur Martin indique également qu'il n'avait pas non plus entendu parler de la société Riverstone Holding LLC.

55. Si une telle réponse peut surprendre compte tenu de ce que ces sociétés comptent parmi les fonds d'investissement connus dans le secteur de l'énergie, que le site de la société Barra les mentionne comme étant ses actionnaires de contrôle et de ce que Monsieur Martin se présente comme un spécialiste du secteur de l'énergie depuis trente-cinq ans, ces circonstances ne démontrent toutefois pas qu'à supposer même qu'il ait eu connaissance de cet actionnariat de la société Barra, il ait eu un lien direct ou indirect, matériel ou intellectuel, avec lesdits actionnaires ou leurs filiales, que ce soit par l'intermédiaire du cabinet Dr. Saud Al-Ammari, ou du cabinet Blakes, ou qu'un courant d'affaires ait existé entre l'arbitre et ces actionnaires.

56. Or, pour que le défaut de révélation de son activité d'avocat au sein du cabinet Dr. Saud Al-Ammari permette d'éveiller un doute raisonnable sur son impartialité ou son indépendance, encore faudrait-il que cette activité ait généré de tels liens avec les actionnaires de Barra et ait été à l'origine d'un courant d'affaires entre l'arbitre et les sociétés First ReserveCorporation ou Riverstone Holdings LLC, ce qui n'est pas établi, ou qu'il ait eu ou ait encore un quelconque intérêt avec le cabinet Blakes, susceptible de créer un conflit d'intérêt, comme le soutient la société Dommo, ce qui n'est pas non plus établi.

57. Il ne résulte d'aucune pièce que Monsieur Martin ait à un quelconque moment conseillé, représenté ou assisté les actionnaires de la société Barra.

58. Le fait que Monsieur Martin ait travaillé comme «Senior International counsel with Blakes in Saoudi Arabia», ou le fait qu'il utilisait l'adresse *e-mail* de Blakes, ne sont pas non plus des éléments qui permettent d'établir l'existence d'un lien quelconque entre Monsieur Martin et les actionnaires de la société Barra, ni qui soient de nature à créer un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de Monsieur Martin, ce d'autant que les liens entre Monsieur Martin et le cabinet Blakes étaient indirects, par l'intermédiaire du cabinet Dr. Saud Al-Ammari et avaient cessé deux ans et demi avant le début de l'arbitrage, ce qui pourrait ne pas être une durée suffisante en cas de défaut de révélation de liens directs ou d'une information susceptible d'affecter l'impartialité de l'arbitre, mais qui en l'espèce est sans incidence dès lors que rien ne permet d'établir qu'il ait pu y avoir des connections entre Monsieur Martin et les sociétés actionnaires de Barra à l'époque où Monsieur Martin travaillait pour le cabinet Dr. Saud Al-Ammari, ni après.

59. Le moyen d'annulation doit être écarté et le recours en annulation rejeté.

Sur la demande de dommages-intérêts pour recours abusif formulée par la société Barra

60. La société Barra soutient que le présent recours constituerait une manœuvre abusive et dilatoire de la part de la société Dommo et sollicite sur ce fondement 100.000 euros à titre de dommages-intérêts. Elle fait valoir que la société Dommo a tout fait pour s'opposer à l'exécution de la Sentence Partielle Phase 1, en tentant de résister au transfert de sa participation dans le projet aux sociétés

Barra et QGEP et que la société Dommo continue encore aujourd'hui à refuser d'exécuter la Sentence Partielle nº 2 qui lui a ordonné de payer les Cash Calls.

61. En réponse, la société Dommo fait valoir que les recours en annulation n'ayant pas d'effet suspensif, n'ont pas eu d'impact sur la manière dont le projet se déroule et que les droits de la société Barra dans l'arbitrage n'ont pas été affectés. Elle ajoute qu'elle a consenti à un calendrier procédural très accéléré parce qu'elle souhaite que sa demande soit tranchée de manière rapide et efficace dansl'intérêt de toutes les parties. Elle conteste de plus que les recours auraient pour objectif d'obtenir la révision de la Sentence Phase 1 au fond.

62. Elle soutient que rien ne permet de considérer qu'en faisant usage des voies de recours ouvertes par la loi, elle ait fait dégénérer en abus son droit d'agir en justice, en sorte que la société Barra doit être déboutée de sa demande de dommages-intérêts pour procédure abusive.

Sur les frais et dépens

63. La société Dommo qui ne peut prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile doit être condamnée sur ce même fondement à payer à chacune des parties défenderesses la somme de 15.000 € pour cette procédure, les autres procédures étant traitées de façon autonome et donnant lieu à une décision séparée à ce titre.

Par ces motifs,

La cour,

1. Constate qu'elle n'est saisie d'aucune demande d'irrecevabilité du recours,

2. Déboute la société Dommo de son recours en annulation des Sentences du 21 février 2018 et du 14 janvier 2019,

3. Déboute la société Barra de sa demande de dommages et intérêts pour recours abusif,

4. Condamne la société Dommo à payer aux sociétés Barra et Enauta la somme de 15 000 euros chacune, au titre de l'article 700 du code de procédure civile, et la condamne aux entiers dépens, dont distraction conformément aux dispositions de l'article 699 du même code.

[*Vid.* A. Idjeri, «El deber de revelación y la independencia del árbitro: Primeras contribuciones de la CCIP-CA (Sentencia de la Cour d'appel de París (CCIP), de 25 febrero 2020», en la Sección Notas de jurisprudencia, *supra*].

MÉXICO

Inconstitucionalidad del requisito de autenticación de los laudos arbitrales (Sentencia SCJN 14 octubre 2020)

Arbitraje — Laudo arbitral — Reconocimiento y ejecución — Autentificación ante fedatario público.

La Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 14 de octubre de 2020 (, Amparo Directo en Revisión 7856/2019) declara inconstitucional el requisito de la autenticación previsto por el art. 1461, segundo párrafo, del Código de Comercio con, entre otras, las siguientes consideraciones legales

«(...)

56. De modo que, en esencia, la autenticación de un documento privado por un fedatario público tiene la finalidad de imprimirle un grado de certeza suficiente que minimice la posibilidad de que terceros ajenos al mismo o los propios intervinientes del acto que consigna el documento, con posterioridad pongan en duda su autenticidad. La autenticación se da a través de la certificación del fedatario, que garantiza que el documento proviene de quien allí aparece como su autor o su suscriptor por haberse firmado ante él, o porque aquél aceptó ante su fe pública haber plasmado su firma en el documento y la ratificó.

57. Así pues, tratándose de un laudo emanado de un arbitraje comercial, como documento privado, la autenticación ante fedatario público tiene la misma finalidad que para cualquier otro: añadir un grado adicional de certeza jurídica al documento en sí mismo considerado, exclusivamente para efectos probatorios sobre su autenticidad, a fin de descartar o por lo menos reducir a una mera posibilidad residual, que la veracidad del documento privado se ponga en duda postulándose su falsedad, pues elevada su calidad probatoria con la autenticación, sería menos probable que pudiere cuestionarse su autenticidad, y que pudiere prosperar una imputación de falta de autenticidad, la cual, tendría que estar dirigida ahora, primero, a destruir la fuerza convictiva de la constancia del fedatario público, y luego, la del laudo en sí mismo en su contenido, continente o sus firmas.

58. Dicho de otro modo, la autenticación mediante la intervención del notario o corredor público respecto de un documento privado, añade certeza a la autenticidad, y es útil para acreditarla, incrementando la fuerza probatoria del documento a ese respecto, en aquello para lo que opera la fe pública del fedatario.

59. Aunque cabe referir aquí que, tratándose de un laudo arbitral, no es esperado ni puede ser exigible, que la autenticación a que se refiere la norma legal que se analiza, se realice mediante la presencia del fedatario público en el momento en que el árbitro o árbitros firman el laudo, para dar fe de su suscripción y de la identidad de los suscriptores, que es una de las formas en que comúnmente se puede dar fe pública sobre la suscripción de un documento privado para vincularlo con su autor, según se ha dicho.

60. Esto se advierte, porque si bien tal forma de realizar la autenticación del laudo no es imposible dado que en el procedimiento arbitral rige como principio toral la convencionalidad, y no habría impedimento para que por voluntad de las partes ello se pudiere pactar como formalidad del

procedimiento para la emisión del laudo (previendo la posibilidad de que el perdedor se rehuse a cumplirlo en forma voluntaria y se requiera acudir a la instancia judicial para el reconocimiento y ejecución); lo cierto es que, por una parte, la doctrina en materia arbitral revela que ello no se acostumbra en la práctica, en parte, atendiendo al diverso principio de buena fe en el procedimiento arbitral; pero sobre todo, porque la regulación del arbitraje recogida en el Código de Comercio no prevé en modo alguno la necesidad de que el laudo se firme por el o los árbitros ante la presencia de un fedatario público, a efecto de que éste genere la certificación que desde ese momento eleve la eficacia acreditativa del laudo como documento para efectos de su autenticidad; lo que la ley prevé es únicamente que el laudo se dicte por escrito, que se motive (a menos que las partes convengan otra cosa o que se trate de un laudo que hubiere recogido la transacción comercial de las partes en términos del art. 1447), que contenga la fecha y el lugar del arbitraje, que se firme por los árbitros, y que se notifique a las partes entregándoles una copia del laudo firmado.

61. De modo que la autenticación mediante la intervención de fedatario público para la satisfacción del requisito previsto en el art. 1461, párrafo segundo, del Código de Comercio, por regla general será a través del reconocimiento y ratificación de firma del o los árbitros, que se haga con posterioridad a la emisión del laudo; se reitera, sólo para efectos de revestirlo —como documento— de una calidad probatoria de mayor eficacia, que pruebe ante cualquier persona su "autenticidad" mediante la intervención de un tercero con calidad de fedatario público, que haga constar que el árbitro o árbitros han acudido ante él, se han identificado, y han reconocido el documento ratificando sus firmas.

62. Conforme a lo anterior, es importante precisar que la autenticación no está referida en modo alguno a la validez formal o sustancial del laudo como determinación arbitral, ni a su fuerza vinculante para las partes como acto decisorio del proceso arbitral; por lo que, en estricto sentido, no son esos caracteres del laudo —su validez o su vinculatoriedad— los que resultan útiles para sustentar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del aludido requisito.

63. Cierto que en el sistema arbitral, el laudo, como decisión de una controversia entre partes, en un procedimiento formalizado, configurado y desarrollado por y conforme a la voluntad de las partes en un ámbito de justicia privada con reconocimiento y protección constitucional, indiscutiblemente goza de una presunción de validez, que en todo caso, ante la oposición sobre dicha condición, tendría que ser plenamente desvirtuada; incluso, esta Sala en sus precedentes en materia de arbitraje ha reiterado que las causas que permiten confrontar la validez formal y material del laudo, únicamente son las que expresamente y en forma taxativa dispone el art. 1457 del Código de Comercio, y que las mismas, deben ser entendidas como supuestos de excepción, por ende, interpretadas y aplicadas en forma estricta.

64. De igual modo, no está en duda que el laudo arbitral, por sí mismo, en su condición de documento privado, sin importar el país en que se emita, tiene el carácter de vinculante para las partes en el arbitraje, y con esa calidad debe ser visto por los órganos de justicia ante quien se pide su reconocimiento y ejecución, porque en ello consiste el compromiso adquirido por México al

suscribir sin reservas la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras; carácter vinculante que se establece en el primer párrafo del art. 1461 del Código de Comercio, y que, se insiste, debe ser entendido en el sentido de que todo laudo arbitral que se presente ante un juez nacional para su reconocimiento y ejecución, por el solo hecho de serlo, tiene impresa tanto una presunción de validez como de vinculatoriedad, de manera que la negativa del juez a reconocerlo y, en su caso, ejecutarlo, ha de provenir de la acreditación plena de alguna de las causas expresa y taxativamente señaladas en el art. 1462, por parte de quien se opone a la pretensión, causas que como se ha dicho, son de aplicación e interpretación estricta.

65. Pero la "debida autenticación", prevista para el caso en que el laudo original o su copia certificada se exhibe en el juicio especial de reconocimiento y ejecución, no puede ser entendida como una exigencia encaminada a refrendar o demostrar la validez formal y material del laudo ni su carácter vinculante, pues como se explicó, la autenticación sólo es un mecanismo cuya finalidad es dotar al laudo, como documento, de una mayor certeza sobre su autenticidad al haber sido reconocidas y ratificadas las firmas ante fedatario público por parte del árbitro o árbitros, para reducir al máximo la probabilidad de una eventual imputación de falsedad del documento en sí mismo, por parte del demandado, y con ello, también generar certeza al juzgador al respecto disminuyendo la posibilidad de que se presente un documento apócrifo; dando seguridad jurídica al proceso.

66. Por lo mismo, la falta de autenticación del laudo, tampoco puede ser entendida necesariamente como falta de autenticidad del documento presentado; el hecho de que se presente un laudo original o una copia certificada de éste, sin haberse autenticado a través de un acta notarial que recoja el reconocimiento y ratificación de firma del árbitro o árbitros, no significa que el laudo no sea auténtico (que sea falso) o que se deba presumir su falsedad, o bien, que carezca por sí mismo de todo valor probatorio por la calidad privada de su continente; pues evidentemente que una conclusión en ese sentido no podría derivar de la sola falta de autenticación, ya que ello implicaría desconocer todo valor y eficacia demostrativa a un documento privado que, para su configuración, la ley no exige esa formalidad.

67. Es por ello que a juicio de esta Sala, el requisito de debida autenticación que prevé la norma examinada, tiene como fin último, sí la seguridad jurídica del proceso judicial, pero sobre todo, evitar en lo posible que el procedimiento de reconocimiento y ejecución pueda verse entorpecido, dilatado y complicado con disputas sobre la autenticidad del laudo, que legítima o ilegítimamente pudiere introducir el demandado, y que necesariamente dieren pauta aldesahogo de pruebas técnicas y de otra índole, para demostrar la falsedad, incluso, cuando se trate de laudos emitidos en otros países, generando la necesidad de su probable desahogo mediante la cooperación internacional; siendo que dicho juicio, por su naturaleza especial, debe ser un juicio sumario en el que impere la economía procesal.

68. Esta finalidad del requisito de autenticación del laudo arbitral, lleva a considerar entonces que, sólo se trata de una previsión normativa encaminada a excluir o reducir la posibilidad de que se obstaculice o se prolongue el juicio con la introducción de una litis sobre la autenticidad del laudo,

y a conferir un mayor grado de seguridad jurídica al procedimiento en ese sentido; pero su insatisfacción por parte del accionante, es decir, la presentación del laudo original o de copia certificada de éste, sin que el laudo se haya autenticado ante fedatario público, no puede llevar a suponer su falsedad, ni a desconocerle todo valor probatorio para efectos del juicio de reconocimiento y ejecución, sino que para ello es ineludible que se acredite su falta de autenticidad.

69. Cabe hacer notar que, el requisito de autenticación del laudo original, sólo se exige para el juicio especial de reconocimiento y ejecución, no así para el juicio especial de nulidad, y ello evidentemente obedece a que en éste último, quien pide la nulidad manifiesta necesariamente un reconocimiento tácito sobre la autenticidad del laudo que controvierte, que excluye cualquier necesidad de autenticación; lo cual refuerza que, para efectos del reconocimiento y ejecución, el propósito de la autenticación está vinculado sólo a favorecer la calidad del documento base para la eficacia del procedimiento en orden a la sumariedad del mismo, reduciendo la probabilidad de que se impugne la autenticidad del laudo; pero no autoriza a negar valor probatorio al laudo per se, por su condición de documento privado; por lo mismo, es factible que la autenticidad del laudo ni siquiera sea discutida sino reconocida por el demandado, o en su caso, que sobre ella se genere la correspondiente litis y su acreditación en el juicio.

70. Lo anterior descarta que la falta de autenticación per se, pueda dar lugar a aplicar la norma con el carácter de un mero formalismo, desligado de la existencia de una controversia sobre la autenticidad del laudo.

71. Incluso, es dable advertir que la autenticación del laudo original, si bien pudiere estimarse útil y aconsejable para los fines del accionante, a efecto de que imprima mayor fuerza convictiva al laudo como documento y con ello procure reducir la probabilidad de que el demandado, contrariando la buena fe del procedimiento arbitral y con el ánimo de retardarlo o entorpecerlo, ilegítimamente introduzca a la litis la impugnación del documento cuestionando su autenticidad; lo cierto es que, por una parte, ello de cualquier modo no garantiza que el demandado aun así no impugne el documento como falso o por vicios de la autenticación; y por otra parte, si el laudo no es autenticado, también el demandado puede optar legítima o ilegítimamente por controvertir de falso el documento, y en cualquier caso el proceso se vería prolongado.

72. Por ello, esta Sala advierte que el requisito de autenticación, finalmente deviene innecesario, porque si no hay litis sobre la autenticidad del laudo no tiene mayor sentido; y si se plantea controversia al respecto, tanto el actor está en aptitud de aportar otras pruebas sobre la autenticidad según las circunstancias del caso, como el demandado para ofrecer prueba encaminada a demostrar la falta de autenticidad; en el entendido que, si bien conforme a las reglas generales que se desprenden del Código de Comercio, la carga de la prueba sobre la falta de autenticidad de un documento recae en quién pretende desconocerlo, ello no impide que el actor asegure su derecho para demostrar la autenticidad.

73. Pero en cualquier caso, se reitera, la falta del requisito de autenticación por sí mismo, no puede conducir a que el juzgador resuelva la falta de autenticidad y por esa causa rechace el

reconocimiento del laudo; sino que habrá de atender a si se trabó litis sobre la autenticidad y a lo que al respecto se hubiere demostrado en el juicio.

74. Se debe considerar que el presupuesto de la acción de reconocimiento y ejecución lo constituye el laudo en sí mismo; y su condición de estar autenticado sólo es una característica prevista para asegurar la acreditación de la autenticidad, pero con miras a evitar disputas a ese respecto durante el procedimiento, no para estimar que el laudo no es auténtico y por ende, que deba rechazarse indefectiblemente el reconocimiento por esa razón; entender así el requisito, implicaría darle alcances que no son acordes a la lógica de la valoración probatoria de documentos privados, incluso, alcances no conformes con la formación del laudo como documento privado dentro del proceso arbitral.

75. Sobre esa base, esta Primera Sala considera que el requisito de que el laudo original sea autenticado y así se exhiba para su reconocimiento y ejecución, deviene inconstitucional, conforme al siguiente test de proporcionalidad.

76. El requisito de autenticación tiene una finalidad constitucionalmente válida: dar seguridad jurídica al procedimiento de reconocimiento y ejecución, y garantizar que su sustanciación y resolución se realicen conforme al principio de justicia pronta previsto en el art. 17 constitucional, y acorde con la sumariedad de dicho procedimiento, evitando en lo posible, litis innecesarias sobre la autenticidad del laudo arbitral.

77. El requisito de autenticación resulta idóneo para lograr esa finalidad: porque al autenticar el laudo, se eleva la calidad probatoria del documento, y se reduce al mínimo la probabilidad de que el demandado pretenda entorpecer o dilatar el juicio cuestionando ilegítimamente la autenticidad del documento para retrasar su reconocimiento y ejecución, dejando esa posibilidad de impugnar el laudo como falso, sólo para los casos en que legítimamente se pudiere presentar esa circunstancia; esto, aun cuando no sea dable descartar en forma absoluta, que el demandado lo impugne a sabiendas de que no le asiste la razón.

78. Pero el requisito de autenticación no es necesario: porque su efecto de añadir certeza a la autenticidad del documento para efectos probatorios, como se ha visto, no conlleva, contrario sensu, a considerar que la falta de autenticación implique falsedad o presunción de falsedad del documento, ni puede impedir que éste sea valorado en su sola calidad de instrumento privado, inclusive, que su autenticidad sea reconocida tácita o expresamente por el demandado; asimismo, en caso de ser desconocido y tildado de falso por el ejecutado, ambas partes estarían en aptitud de ofrecer otras pruebas para demostrar la autenticidad o la falta de autenticidad, según las razones de la impugnación; lo cual evidencia que la autenticación no es la única forma de demostrar la autenticidad del laudo.

79. De modo que al no demostrarse la necesidad de la medida, ello es suficiente para sostener su inconstitucionalidad.

80. Así pues, los agravios del recurrente quedan desestimados con el estudio previo, pues no le

asiste razón en su pretensión toral, relativa a que la autenticación del laudo original es necesaria para garantizar la seguridad jurídica en relación con la autenticidad del laudo; y que la sola falta de autenticación, debe dar lugar a que el juez oficiosamente desestime la pretensión de reconocimiento y ejecución. Como se explicó, ello no es así, y al efecto se hace remisión a las consideraciones precedentes.

81. En la inteligencia que en el caso, en un plano de legalidad, el tribunal colegiado ya determinó que en el juicio natural, si bien no se autenticó el laudo original; de las actuaciones y pruebas habidas en el expediente, se advierte plenamente acreditada la autenticidad del mismo, además que el demandado no generó litis alguna a ese respecto, por el contrario, hay elementos que demuestran que lo reconoció, en tanto que aceptó la certeza del convenio de transacción que dio materia al laudo arbitral.

82. En consecuencia, en la materia de la revisión, se impone confirmar la sentencia recurrida. (...)».

[*Vid.* J.R. Rendón Graniell y Juan Carlos Guerrero Valle, «La inconstitucionalidad del requisito de autenticación de laudos arbitrales (Sentencia de la SCJN de 14 de octubre de 2020)», en la Sección Notas de jurisprudencia, *supra*]

REINO UNIDO

Ley aplicable al Convenio arbitral (Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 9 de octubre de 2020)

Arbitraje — Convenio arbitral — Separabilidad — Ley aplicable — Aplicación de la ley de la sede.

JUDGMENT *Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant)* (PRESS SUMMARY) (1)

before Lord Kerr, Lord Sales, Lord Hamblen, Lord Leggatt, Lord Burrows,

JUDGMENT GIVEN ON 9 October 2020

Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant) [2020] UKSC 38

On appeal from [2020] EWCA Civ 574

BACKGROUND TO THE APPEAL

The central issue on this appeal is how the governing law of an arbitration agreement is to be determined when the law applicable to the contract containing it differs from the law of the «seat» of the arbitration, the place chosen for the arbitration in the arbitration agreement.

On 1 February 2016, a power plant in Russia was severely damaged by fire. The appellant Russian company («Chubb Russia») had insured the owner of the power plant («the owner») against such damage. The owner had entered into a contract with another company («the head-contractor»), in relation to construction work to be carried out at the plant. In turn, the head-contractor engaged the respondent («Enka»), a Turkish engineering company, as a sub-contractor in the construction project. The contract made between the head-contractor and Enka included an agreement that disputes would be determined through arbitration proceedings in London. In May 2014, the head-contractor transferred its rights and obligations under the contract to the owner. After the fire in February 2016, Chubb Russia paid an insurance claim by the owner and, by doing so, assumed any rights of the owner to claim compensation from third parties, including Enka, for damage caused be the fire.

In May 2019, Chubb Russia brought a claim against Enka in Russia. In response, in September 2019 Enka brought an arbitration claim in the High Court in London arguing that, by proceeding in the Russian court, Chubb Russia was in breach of the arbitration agreement and seeking an anti-suit injunction to restrain Chubb Russia from pursuing the Russian claim. At first instance, the High Court dismissed Enka's claim on the primary ground that the appropriate forum to determine to scope of the arbitration agreement was the Russian court. On appeal, the Court of Appeal overturned the judge's decision. It held that, unless there has been an express choice of the law that is to govern the arbitration agreement, the general rule should be that the arbitration agreement is governed by the law of the seat, as a matter of implied choice; that there was no express choice of law in this case and that the arbitration agreement was therefore governed by English law; and that it was appropriate to grant an anti-suit injunction to restrain Chubb Russia from pursuing the Russian claim. Chubb Russia appeals to the Supreme Court.

JUDGMENT

By a majority the Supreme Court dismisses the appeal. The judgment is given by Lord Hamblen and Lord Leggatt with whom Lord Kerr agrees. Lord Burrows delivers a dissenting judgment, with which Lord Sales agrees. Lord Sales also gives his own judgment

REASONS FOR THE JUDGMENT Where an English court must decide which system of law governs an arbitration agreement, it should apply the English common law rules for resolving conflicts of laws rather that the provisions of the Rome I Regulation, as the latter excludes arbitration agreements from its scope [25]-[28]. According to the common law rules, the law applicable to the arbitration agreement will be: (i) the law expressly or impliedly chosen by the parties; or (ii) in the absence of such choice, the system of law «most closely connected» to the arbitration agreement [27]. In determining whether the parties have made a choice of law, the court should construe the arbitration agreement and the contract containing it by applying rules of contractual interpretation of English law as the law of the forum [29]-[34].

Where the parties have not specified the law applicable to the arbitration agreement, but they have chosen the law to govern the contract containing the arbitration agreement, this choice will

generally apply to the arbitration agreement [43]-[52]. This general rule encourages legal certainty, consistency and coherence while avoiding complexity and artificiality [53]. The Court of Appeal was wrong to find that there is a «strong presumption» that the parties have, by implication, chosen the law of the seat of the arbitration to govern the arbitration agreement [59]-[64]. Any overlap between the law of the seat and that of the arbitration does not justify such a presumption [64]-[94]. While a choice of seat can lead to such an inference in some cases, the content of the Arbitration Act 1996, particularly section 4(5), does not support such a general inference [73]-[82]. Where there is no express choice of law to govern the contract, a choice of the seat of the arbitration does not by itself justify an inference that the contract (or the arbitration agreement) is intended to be governed by the law of the seat [110]-[117].

Where the parties have made no choice of law to govern the arbitration agreement, either specifically or by choosing the law which is to govern the contract as a whole, the court must determine the law with which the arbitration agreement is most closely connected. In general, the arbitration agreement will be most closely connected with the law of the seat of arbitration. [118]-[119]. This default rule is supported by the following considerations: (i) the seat is where the arbitration is to be performed (legally, if not physically) [121]-[124]; (ii) this approach maintains consistency with international law and legislative policy [125]-[141]; (iii) this rule is likely to uphold the reasonable expectations of contracting parties who specify a location for the arbitration without choosing the law to govern the contract [142]-[143]; and (iv) this approach provides legal certainty, allowing parties to predict easily which law the court will apply in the absence of choice [144].

The majority holds that the contract in this case contains no choice of the law that is intended to govern the contract or the arbitration agreement within it. In these circumstances the validity and scope of the arbitration agreement is governed by the law of the chosen seat of arbitration, as the law with which the dispute resolution clause is most closely connected [171]. The seat of the arbitration is London. Therefore, the majority upholds the Court of Appeal's conclusion that English law governs the arbitration agreement, albeit for different reasons [171]. Chubb Russia does not dispute that, if the arbitration agreement is governed by English law, it was legitimate for the Court of Appeal to grant an anti-suit injunction in this case. [173]. The Supreme Court, however, affirms the Court of Appeal's decision that, in principle, it makes no difference whether the arbitration agreement is governed by English or foreign law, as the inquiry in both cases remains the same: whether there been a breach of the agreement and, if so, whether it is just and convenient to grant an injunction to restrain that breach [178]-[182]. While there may be circumstances in which it would be appropriate to await a decision of a foreign court before granting an injunction, defence to foreign courts should generally give way to upholding the importance of the parties» bargain [183].

Lord Burrows and Lord Sales agree with the majority that, if the parties have expressly or impliedly chosen the law of the contract, this choice applies to the arbitration agreement [266]. They dissent on what the default position should be in the absence of such choice. They consider that it should be that the law with which the main contract is most closely connected governs the arbitration agreement, as this is the law with which in their view the arbitration agreement is also most closely connected [257]. They also dissent on whether the parties have in this case chosen the law that is to

govern the contract. In their view, the parties impliedly chose Russian law to govern the construction contract and also, therefore, the arbitration agreement [228]. They agree with the majority that whether it is appropriate to grant an anti-suit injunction does not depend on what law governs the arbitration agreement but only on whether pursuing the foreign proceedings is a breach of that agreement. As they conclude that Russian law governs the arbitration agreement, they would remit the question of whether there has been a breach of the arbitration agreement so as to justify the grant of an anti-suit injunction to the Commercial Cour.

[*Vid.* A. Manzanares Entrena y A. Blanco Vázquez, «Ley aplicable al convenio arbitral en el contexto de un arbitraje comercial internacional: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 9 de octubre de 2020», en la Sección Sentencia seleccionada, *supra*]

Obligación de revelación ante designaciones de carácter sucesivo y conexo (Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 27 noviembre 2020)

Arbitraje — Árbitros — Ejercicio de la actividad arbitral — Ética — Deber de revelación — Imparcialidad de los árbitros.

JUDGMENT Halliburton Company (Appellant) v Chubb Bermuda Insurance Ltd (formerly known as Ace Bermuda Insurance Ltd) (First Respondent) (PRESS SUMMARY) (2)

before, Lord Reed, Lord Hodge, Lady Black, Lord Lloyd-Jones, Lady Arden

JUDGMENT GIVEN ON 27 November 2020

Halliburton Company (Appellant) v Chubb Bermuda Insurance Ltd (formerly known as Ace Bermuda Insurance Ltd) (Respondent) [2020] UKSC 48

On appeal from: [2018] EWCA Civ 817

BACKGROUND TO THE APPEAL

This appeal concerns the circumstances in which an arbitrator in an international arbitration may appear to be biased. It raises important questions about the duty of impartiality and obligation of arbitrators to make disclosure.

The appeal relates to an arbitration under a liability insurance policy which arose out of damage caused by an explosion and fire on the Deepwater Horizon drilling rig in the Gulf of Mexico. BP Exploration and Production Inc. («BP») was the lessee of the Deepwater Horizon rig. Transocean Holdings LLC («Transocean») owned the rig and provided crew and drilling teams to BP. The appellant, Halliburton Company («Halliburton») provided cementing and well-monitoring services to BP. Halliburton had entered into a Bermuda Form liability policy with the respondent, Chubb Bermuda Insurance Ltd («Chubb»). Transocean was also insured with Chubb by a Bermuda Form policy.

The Deepwater Horizon disaster resulted in numerous claims against BP, Transocean and Halliburton. Following a trial in the US in which judgment was given apportioning blame between the parties, Halliburton settled the claims against it. Halliburton then sought to claim against Chubb under the liability policy. Chubb refused to pay contending that Halliburton's settlement was not a reasonable settlement. Transocean made a similar claim against Chubb and Chubb likewise contested Transocean's claim.

The Bermuda Form policies provided for disputes to be resolved by arbitration. Halliburton commenced arbitration. Halliburton and Chubb each selected one arbitrator but were unable to agree on the appointment of a third arbitrator as chairman. As a result, after a contested hearing in the High Court, Mr Rokison, proposed by Chubb to the court, was appointed. Subsequently and without Halliburton's knowledge, Mr Rokison accepted appointment as an arbitrator in two separate references also arising from the Deepwater Horizon incident. The first appointment was made by Chubb and related to Transocean's claim against Chubb. The second was a joint nomination by the parties involved in a claim by Transocean against another insurer.

On discovering Mr Rokison's appointment in the later references, Halliburton applied to the court under section 24 of the Arbitration Act 1996 to remove Mr Rokison as an arbitrator. That application was refused. On appeal, the Court of Appeal found that, while Mr Rokison ought to have disclosed his proposed appointment in the subsequent references, an objective observer would not in the circumstances conclude there was a real possibility Mr Rokison was biased. The appeal was therefore dismissed. Halliburton renews its challenge before the Supreme Court.

Judgment

The Supreme Court unanimously dismisses the appeal. It holds, for reasons which differ in part from courts below, that as at the date of the hearing to remove Mr Rokison, the fair-minded and informed observer would not conclude that circumstances existed that gave rise to justifiable doubts about Mr Rokison's impartiality. Lord Hodge gives the leading judgment with whom Lord Reed, Lady Black and Lord Lloyd-Jones agree. Lady Arden gives a concurring judgment.

Reasons for the Judgment

The law

The duty of impartiality is a core principle of arbitration law [49]. In English law, the duty applies equally to party-appointed arbitrators and independently appointed arbitrators [63]. In considering an allegation of apparent bias against an arbitrator, the *test* is whether the fair-minded and informed observer would conclude there is a real possibility of bias [52, 55]. The courts will apply that objective *test*, having regard to the particular characteristics of international arbitration, including the private nature of most arbitrations [56-68].

The duty of disclosure is not simply good arbitral practice but is a legal duty in English law. It is a component of the arbitrator's statutory obligations of fairness and impartiality [78]. The legal duty of

disclosure does not, however, override the arbitrator's duty of privacy and confidentiality in English law. Where information which needs to be disclosed is subject to a duty of confidentiality, disclosure can only be made if the parties owed confidentiality obligations give their consent. Such consent may be express but may also be inferred from the arbitration agreement itself in the context of the custom and practice in the relevant field of arbitration [88-104]. The arbitrator's duty of disclosure is to disclose matters which might reasonably give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality [107-116]. A failure to disclose relevant matters is a factor for the fair-minded and informed observer to take into account in assessing whether there is a real possibility of bias[117-118].

In assessing whether an arbitrator has failed in a duty to make disclosure, the fair-minded and informed observer will have regard to the facts and circumstances as at and from the time the duty arose [119-120]. In contrast, in assessing whether there is a real possibility that an arbitrator is biased, the fairminded and informed observer will have regard to the facts and circumstances known at the time of the hearing to remove the arbitrator [121-123].

The issues in this appeal

There may be circumstances where the acceptance of multiple appointments involving a common party and the same or overlapping subject matter gives rise to an appearance of bias. Whether it does so will depend on the facts of the case and, in particular, the customs and practice in the relevant field of arbitration [127-131]. Where, as in the context of a Bermuda Form arbitration, the circumstances might reasonably give rise to a conclusion that there was a real possibility of bias, the arbitrator is under a legal duty to disclose such appointments unless the parties to arbitration have agreed otherwise [132-136].

Applying those conclusions to the facts, Mr Rokison was under a legal duty to disclose his appointment in the subsequent reference involving Chubb and Transocean. At the time of his appointment, the existence of potentially overlapping arbitrations with only one common party, Chubb, might reasonably have given rise to a real possibility of bias [145]. In failing to make that disclosure Mr Rokison breached his duty of disclosure [147].

However, having regard to the circumstances known at the date of the hearing at first instance, it could not be said that the fair-minded and informed observer would infer from Mr Rokison's failure to make disclosure that there was a real possibility of bias. At the time, it had not been clear that there was a legal duty of disclosure. Secondly, the Transocean arbitrations had commenced several months after the Halliburton arbitration. Thirdly, Mr Rokison's measured response to Halliburton's challenge explained that it was likely the subsequent references would be resolved by a preliminary issue (as they in fact were) and that, if they were not, he would consider resigning from the Transocean arbitrations. There was therefore no likelihood of Chubb gaining any advantage by reason of overlapping references. Fourthly, there was no question of his having received any secret financial benefit, and, fifthly, there was no basis for inferring any unconscious ill will on his part. As a result, Halliburton's appeal fails [149-150].

Lady Arden's concurring judgment

Lady Arden agrees with Lord Hodge's judgment but makes a few further points to reinforce or, in some instances, qualify the conclusions reached. The duty of disclosure is a secondary obligation arising from the arbitrator's primary duty to act fairly and impartially [160]. Unless the arbitration is one where there is an accepted practice of dispensing with the need to obtain parties» consent to further appointments, the arbitrator should proceed on the basis that a proposed further appointment involving a common party and overlapping subject matter is likely to require disclosure of a possible conflict of interest [164]. The duty of disclosure is rooted in the duty of impartiality but is also an implied (if not express) term of the arbitrator's appointment [167]. The parties can therefore agree to waive any objection to a conflict of interest, but disclosure is only an option if the conflict is one which would not prevent the arbitrator from acting impartially [168, 170]. Confidentiality is an important and free-standing implied term [173-175]. But, in general, high-level disclosure about a proposed appointment in a further arbitration can be made without any breach of confidentiality by naming only the common party (who may be taken to have consented to disclosure) but not the other parties to the arbitration [183-187].

[*Vid.*. R. Canals Vaque, «La Sentencia *Hallliburton vs. Chubb* de la *UK Supreme Court*. Acerca del alcance de la obligación de disclosure de los árbitros en las designaciones de carácter sucesivo y conexo», en la Sección Sentencia seleccionada, *supra*]

SUIZA

Anulación de un laudo arbitral tras apreciar parcialidad del presidente del Tribunal Arbitral (Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 22 de diciembre de 2020)

Arbitraje — Laudo pronunciado por el Tribunal de Arbitraje Deportivo — Árbitros — Presidente del Tribunal Arbitral: apreciación de pacialidad.

Arrêt du 22 décembre 2010 (Composition Kiss, présidente, Hohl, Niquille, Rüedi et May Canellas) Sun Yang /, Agence Mondiale Antidopage (AMA):

6.4. La fondation intimée fait valoir que le requérant n'a pas démontré qu'il lui était impossible, au moment où l'arbitre incriminé a été désigné, et jusqu'au prononcé de la sentence, d'avoir accès aux tweets litigieux, alors que le fardeau de cette preuve incombe à l'athlète. Elle relève qu'en introduisant les prénom et nom de l'arbitre concerné, avec ou sans guillemets, dans le moteur de recherche Google, le compte Twitter dudit arbitre apparaît en première page de la liste des résultats de la recherche. Elle souligne également que le compte Twitter de l'arbitre incriminé est «public», c'est-àdire accessible à toute personne disposant d'un accès internet, sans qu'elle doive nécessairement être titulaire d'un compte du même réseau social. Selon la fondation intimée, on pouvait légitimement attendre d'un athlète risquant huit ans de suspension et l'annulation de ses résultats sportifs qu'il parcoure, lors de la nomination d'un arbitre, le compte Twitter de celui-ci, accessible à tous, en effectuant, à tout le moins, une simple recherche à l'aide d'un moteur de recherche. On pouvait en effet exiger du requérant qu'il examine «les réseaux sociaux phares tels que

Facebook, Twitter, Instagram». Le manque de curiosité du requérant est inexcusable, les recherches d'un athlète risquant une suspension aussi lourde devant être à la hauteur des enjeux de la cause. Au demeurant, le requérant ne serait pas crédible lorsqu'il prétend qu'il était difficile de déceler les tweets litigieux sur le compte de l'arbitre.

6.5. En l'espèce, le requérant déclare avoir découvert l'existence du motif de récusation le 15 mai 2020, au plus tôt, date de la parution de l'article de E._____. Il sied d'emblée de relever que la publication dudit article par une personne ayant semble-t-il pris fait et cause pour la défense de l'athlète sanctionné, quelque deux mois et demi après la notification de la sentence, mais surtout près d'une année après la mise en ligne du dernier des tweets incriminés, apparaît pour le moins singulière, sinon bienvenue. Cela étant, il n'est pas établi, sur la base des éléments fournis par les parties à la Cour de céans, que le requérant aurait eu connaissance des éléments sur lesquels il fonde sa demande de récusation avant la parution dudit article respectivement avant que la sentence ne soit rendue ou que le délai de recours au Tribunal fédéral n'arrive à échéance. La fondation intimée et le TAS ne prétendent au demeurant pas le contraire, mais font valoir que le requérant aurait pu et dû découvrir le motif de récusation durant la procédure arbitrale en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Contrairement à ce que soutient la fondation intimée, la question qui se pose à ce stade n'est pas de savoir s'il était possible ou non pour le requérant d'avoir accès aux tweets litigieux durant la procédure arbitrale mais uniquement de déterminer si on peut lui reprocher de n'avoir pas fait preuve de l'attention commandée par les circonstances au moment de rechercher les éléments susceptibles de mettre en cause l'impartialité de l'arbitre. A cet égard, quoi qu'en pense le TAS, il sied de relever que la circonstance selon laquelle le journaliste E._____ a été en mesure d'accéder aux tweets incriminés, en 2020, n'est, à elle seule, pas décisive.

La jurisprudence impose aux parties un devoir de curiosité quant à l'existence d'éventuels motifs de récusation susceptibles d'affecter la composition du tribunal arbitral (ATF 136 III 605 consid. 3.4.2 p. 618; arrêts 4A_110/2012, précité, consid. 2.2.2; 4A_763/2011 du 30 avril 2012 consid. 3.3.2; 4A_234/2008, précité, consid. 2.2.2; 4A_528/2007, précité, consid. 2.5.3; 4A_506/2007, précité, consid. 3.2). Une partie ne peut dès lors se contenter de la déclaration générale d'indépendance faite par chaque arbitre mais doit au contraire procéder à certaines investigations pour s'assurer que l'arbitre offre des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité. Le Tribunal fédéral a ainsi retenu un manque de curiosité inexcusable de la part d'une partie ayant ignoré certaines données, accessibles en tout temps, sur le site internet du TAS (arrêts 4A_234/2008, précité, consid. 2.2.2; 4A_506/2007, précité, consid. 3.2). Il n'a en revanche jamais délimité l'étendue exacte du devoir de curiosité. Il est en effet difficile de cerner les contours de ce devoir qui dépendent des circonstances de chaque cas concret. Quoi qu'il en soit, ce devoir de curiosité n'est pas illimité. Les parties sont certes tenues de procéder à certaines investigations, notamment sur internet (MAVROMATI/REEB, The Code of the Court of Arbitration for Sport, 2015, nº 68 ad art. R34 du Code; KAUFMANN — KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration — Law and Practice in Switzerland, 2015, n. 8.138 ss). Si l'on peut certainement exiger d'elles qu'elles utilisent les principaux moteurs de recherche informatiques et consultent les sources susceptibles de fournir, *a priori*, des éléments permettant de révéler un éventuel risque de partialité d'un arbitre, par exemple les sites internet des principales institutions d'arbitrage, des parties, de leurs conseils et des études dans lesquels ceux-ci exercent, ceux des

cabinets d'avocat dans lesquels officient certains arbitres, et dans le domaine de l'arbitrage sportif, ceux de la fondation intimée et des institutions sportives concernées, on ne saurait toutefois attendre de leur part qu'elles se livrent à un dépouillement systématique et approfondi de toutes les sources se rapportant à un arbitre déterminé (cf. dans ce sens, KARIM EL CHAZLI, L'impartialité de l'arbitre, Étude de la mise en oeuvre de l'exigence d'impartialité de l'arbitre, 2020, p. 325 et 330 s., qui se réfère à la jurisprudence française). Par ailleurs, s'il est vrai qu'il est possible d'accéder facilement aux données figurant sur des sites internet en libre accès, grâce à un simple clic, cela ne signifie pas pour autant que l'information en question soit toujours aisément identifiable. En effet, comme le relève un auteur, si toutes les informations peuvent être présumées librement accessibles d'un point de vue matériel, celles-ci ne sont pas nécessairement aisément accessibles d'un point de vue intellectuel (EL CHAZLI, op. cit., p. 329). Une partie peut ainsi, suivant les circonstances, avoir besoin d'indices l'alarmant sur l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts lui imposant alors d'effectuer des recherches plus poussées, notamment lorsque le motif fondant le risque de partialité est *a priori* insoupçonnable (EL CHAZLI, op. cit., p. 329). Aussi le seul fait qu'une information soit accessible librement sur internet ne signifie-t-il pas *ipso facto* que la partie, qui n'en aurait pas eu connaissance nonobstant ses recherches, aurait nécessairement failli à son devoir de curiosité. A cet égard, les circonstances du cas concret demeureront toujours décisives.

En l'occurrence, nul ne remet en cause que le compte Twitter de l'arbitre incriminé est accessible à tout un chacun. Personne ne conteste en outre qu'un lien vers ledit compte apparaît, dans les premiers résultats, lorsque l'on introduit les prénom et nom dudit arbitre dans le moteur de recherche Google. Force est dès lors d'admettre que le requérant aurait, théoriquement, pu avoir accès aux tweets litigieux lors de la procédure arbitrale. Cela étant, il n'est pas établi que l'utilisation des mots-clés Franco Frattini dans le moteur de recherche précité, durant la procédure arbitrale, aurait permis de faire apparaître les tweets litigieux. Contrairement à ce que soutient le TAS, on ne saurait reprocher au requérant de n'avoir pas effectué de recherches en introduisant aussi le mot «China», car cela reviendrait à admettre que le requérant aurait dû spéculer d'emblée sur un éventuel défaut d'impartialité de l'arbitre en raison du seul critère de la nationalité, et ce alors même qu'aucun élément ne pouvait lui permettre de croire que l'arbitre aurait, par hypothèse, des idées préconçues à l'égard des athlètes ayant la même nationalité que lui.

Reste à savoir si, comme le soutient la fondation intimée, le requérant aurait pu et dû parcourir les «réseaux sociaux phares» et, en particulier, le compte Twitter de l'arbitre mis en cause. Certes, il n'apparaît pas exclu, *prima facie*, qu 'une partie puisse être tenue, suivant les circonstances, de vérifier, en vertu de son devoir de curiosité, l'existence d'éventuels motifs de récusation, en examinant, dans certaines limites du moins, divers réseaux sociaux. Cela ne va toutefois pas sans poser des problèmes spécifiques, car l'univers des réseaux sociaux est fluctuant et évolue rapidement. En outre, ceux-ci ont tendance à se multiplier depuis ces dernières années. A supposer même que l'on puisse qualifier, une fois pour toutes, certains d'entre eux de «réseaux sociaux phares», encore faudrait-il circonscrire l'étendue du devoir de curiosité dans le temps. A l'heure où certains usent fréquemment voire abusent de certains réseaux sociaux, en publiant notamment d'innombrables messages sur leur compte Twitter, il conviendrait, le cas échéant, de ne pas se montrer trop exigeant à l'égard des parties, sous peine de transformer le devoir de curiosité en une

obligation d'effectuer des investigations très étendues, sinon quasi illimitées, nécessitant un temps considérable. Point n'est, toutefois, besoin d'examiner plus avant cette question dès lors que les circonstances de la présente espèce doivent conduire à nier un manque de curiosité inexcusable de la part du requérant.

En l'espèce, l'arbitre mis en cause a été désigné le 1er mai 2019. Conformément à l'art. R34 du Code, les parties disposaient d'un délai de sept jours pour requérir sa récusation. Le requérant affirme avoir procédé à certaines investigations sur internet et consulté la base de données des sentences du TAS pour vérifier les affaires dans lesquelles l'arbitre incriminé avait siégé. Si on peut certes éventuellement admettre que l'intéressé aurait dû consulter, ne serait-ce que brièvement, le compte Twitter de l'arbitre en cause, on ne saurait en revanche considérer, en l'absence de toute autre circonstance l'alarmant sur l'existence d'un risque potentiel de partialité, que l'intéressé aurait failli à son devoir de curiosité, en ne décelant pas la présence de tweets publiés près de dix mois (28 mai 2018 et 3 juillet 2018) avant la nomination de l'arbitre (1er mai 2019), au surplus noyés dans la masse de messages d'un compte Twitter d'un arbitre, semble-t-il très actif sur le réseau social en question. En tout état de cause et à supposer qu'il faille retenir que le requérant aurait pu et dû découvrir les trois premiers tweets litigieux publiés par l'arbitre, tous antérieurs à la nomination de celui-ci, pareille conclusion ne s'imposerait pas en ce qui concerne les autres messages mis en ligne par l'arbitre. En effet, on ne saurait exiger d'une partie qu'elle poursuive ses recherches sur internet tout au long de la procédure arbitrale, ni, *a fortiori*, qu'elle scrute les messages publiés sur les réseaux sociaux par les arbitres au cours de l'instance arbitrale.

L'objection soulevée par la fondation intimée et le TAS doit ainsi être écartée.

7. La fondation intimée et le TAS contestent que les faits allégués par le requérant soient susceptibles de remettre en cause l'impartialité de l'arbitre mis en cause et puissent justifier de prononcer sa récusation.

7.1. Un arbitre doit, à l'instar d'un juge étatique, présenter des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité. Le non-respect de cette règle conduit à une désignation irrégulière relevant de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP en matière d'arbitrage international. Pour dire si un arbitre présente de telles garanties, il faut se référer aux principes constitutionnels développés au sujet des tribunaux étatiques, en ayant égard, toutefois, aux spécificités de l'arbitrage — surtout dans le domaine de l'arbitrage international — lors de l'examen des circonstances du cas concret (ATF 142 III 521 consid. 3.1.1; 136 III 605 consid. 3.2.1 p. 608 et les précédents cités; arrêts 4A_292/2019 du 16 octobre 2019 consid. 3.1; 4A_236/2017 du 24 novembre 2017 consid. 3.1.1).

7.2. La garantie d'un tribunal indépendant et impartial découlant de l'art. 30 al. 1 Cst. permet d'exiger la récusation d'un juge dont la situation ou le comportement est de nature à susciter des doutes quant à son impartialité. Elle vise à éviter que des circonstances extérieures à l'affaire puissent influencer le jugement en faveur ou au détriment d'une partie. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective du juge est établie, car une disposition relevant du for intérieur ne peut guère être prouvée; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partiale du magistrat. Cependant, seules les circonstances

constatées objectivement doivent être prises en considération; les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives (ATF 144 I 159 consid. 4.3; 142 III 521 consid. 3.1.1; 140 III 221 consid. 4.1 et les arrêts cités).

7.3. Dans l'affaire Mutu et Pechstein contre Suisse (arrêt du 2 octobre 2018), la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: la CourEDH) a été amenée à se prononcer sur le prétendu manque d'indépendance et d'impartialité de deux arbitres du TAS. A cette occasion, elle a souligné que l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris (§ 141). Elle a aussi rappelé que, selon sa jurisprudence constante, l'impartialité doit s'apprécier non seulement d'un point de vue subjectif, en tenant compte de la conviction personnelle et du comportement de la personne appelée à statuer en telle occasion, mais aussi en suivant une approche objective, consistant à se demander si le tribunal offrait, indépendamment de la conduite personnelle d'un juge, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité (§ 141). Ainsi, dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective du juge, la condition d'impartialité objective fournit une garantie importante de plus (§ 142). A cet égard, l'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions d'une partie concernant le manque d'impartialité d'un arbitre comme objectivement justifiables. A ce propos, la CourEDH aime à citer l'adage anglais «justice must not only be done: it must also be seen to be done» (§ 143), qui la conduit à mettre l'accent sur l'importance que les apparences mêmes peuvent revêtir.

7.4. Pour vérifier l'indépendance de l'arbitre unique ou des membres d'une formation arbitrale, les parties peuvent également se référer aux lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, édictées par l'International Bar Association (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, approuvées le 22 mai 2004 et révisées le 23 octobre 2014 [ci-après: les lignes directrices]). Ces lignes directrices, que l'on pourrait comparer aux règles déontologiques servant à interpréter et à préciser les règles professionnelles (ATF 140 III 6 consid. 3.1 p. 9; 136 III 296 consid. 2.1 p. 300), n'ont bien sûr pas valeur de loi et ce sont toujours les circonstances du cas concret qui sont décisives; elles n'en constituent pas moins un instrument de travail utile, susceptible de contribuer à l'harmonisation et à l'unification des standards appliqués dans le domaine de l'arbitrage international pour le règlement des conflits d'intérêts, lequel instrument ne devrait pas manquer d'avoir une influence sur la pratique des institutions d'arbitrage et des tribunaux (ATF 142 III 521 consid. 3.1.2). Selon l'un des principes des lignes directrices, un arbitre doit refuser de siéger ou se démettre lorsqu'il existe ou survient après sa nomination, des faits ou des circonstances qui, du point de vue d'un tiers raisonnable ayant connaissance des faits et des circonstances pertinents, donneraient lieu à des doutes légitimes quant à l'impartialité ou à l'indépendance de l'arbitre (chiffre 2 b) des lignes directrices). Les doutes sont légitimes si un tiers raisonnable, ayant connaissance des faits et des circonstances pertinents, estimerait probable que l'arbitre soit influencé dans sa prise de décision par des facteurs autres que le bien-fondé de l'affaire tel que présenté dans les demandes des parties (chiffre 2 c) des lignes directrices).

7.5. A l'appui de sa demande de révision, le requérant soutient que les tweets publiés par l'arbitre incriminé entre le 28 mai 2018 et le 9 juin 2019, même s'ils ont été diffusés dans un autre contexte

que celui de la procédure arbitrale le concernant, font ressortir des préjugés manifestes à l'égard des ressortissants chinois et suscitent objectivement des doutes quant à l'impartialité de l'arbitre Franco Frattini. Selon le requérant, les tweets incriminés révèlent une partialité inconsciente ou, à tout le moins, créent une apparence de partialité de l'arbitre mis en cause à l'égard de tout ressortissant chinois. A l'en croire, les termes utilisés par l'arbitre sont dégradants, injurieux et discriminatoires à l'égard des citoyens chinois. La ponctuation utilisée ainsi que l'emploi de caractères majuscules accentuent la virulence des déclarations. En outre, la référence faite à l'origine ethnique ou à la couleur de peau trahirait l'existence de stéréotypes, synonymes de partialité. L'intéressé soutient encore que la sentence querellée contient des jugements de valeur inappropriés sur sa personnalité et des commentaires blessants à l'égard de sa personne. Ces passages, lus à la lumière des tweets incriminés, suggéreraient ainsi que la Formation, présidée par l'arbitre Frattini, était animée par une forme de ressentiment et de parti pris étrangers à l'affaire qu'elle devait trancher.

7.6. Dans sa déclaration écrite du 3 septembre 2020, annexée à la réponse du TAS, l'arbitre mis en cause insiste sur le fait qu'il a pris fait et cause pour la défense des animaux depuis de très nombreuses années et qu'il est opposé à toute forme de cruauté envers ceux-ci. Il souligne qu'il a publié les tweets incriminés dans un contexte bien précis, en réaction au «massacre des animaux commis chaque année dans la ville de Yulin en Chine à l'occasion du funeste traditionnel Dog Meat Festival», ayant pour objet «le massacre de chiens et de chats, qui sont ensuite rôtis et vendus lors d'une foire». Il reconnaît avoir réagi de manière très émotionnelle, en découvrant certaines vidéos où l'on voit des chiens « se faire torturer avec sadisme par quelques personnes « et concède que ses mots ont parfois dépassé sa pensée. L'arbitre relève toutefois que ses critiques n'étaient en aucun cas dirigées contre la nation chinoise ou le peuple chinois en général. A cet égard, il précise, qu'en sa qualité d'ancien ministre des affaires étrangères du gouvernement italien, il a toujours maintenu d'excellentes relations avec la Chine. S'insurgeant contre le fait que le requérant puisse faire l'amalgame entre ses convictions personnelles et sa fonction de juge, il affirme que la sentence attaquée, rendue à l'unanimité, n'a pas été influencée par des éléments extérieurs à la cause à trancher.

7.7. Dans sa réponse, le TAS rappelle que l'arbitre incriminé est un fervent défenseur de la cause animale et que les déclarations faites par celui-ci dans les différents tweets visaient exclusivement les «tueurs d'animaux» sévissant dans le cadre du Dog meat Festival à Yulin, et non pas le requérant, son entourage, ou encore la population chinoise en général. Aussi lesdits tweets ne justifient-ils nullement la récusation de l'arbitre concerné.

7.8. La fondation intimée, quant à elle, fait valoir que l'arbitre mis en cause, n'a pas hésité, d'une part, à dénoncer, sur son compte Twitter, les cruautés envers des animaux commises dans d'autres pays et notamment le sien, mais aussi, d'autre part, à féliciter des personnes de nationalité chinoise ayant pris fait et cause pour la défense des animaux. Elle souligne que les déclarations faites doivent être interprétées en tenant compte du contexte dans lequel elles ont été faites, soit sur un réseau social, en réaction à des images jugées violentes vis-à-vis des animaux. Selon elle, l'arbitre mis en cause, qui ne s'exprime pas en sa qualité d'arbitre sur son compte Twitter, a parfaitement le droit d'avoir une opinion politique et de défendre ses convictions sur les réseaux sociaux. Si la fondation intimée

concède que certains mots de l'arbitre mis en cause peuvent paraître «maladroits», elle soutient que ceux-ci ne suffisent pas à remettre en cause son impartialité.

7.9. S'agissant du motif de récusation tiré des remarques prétendument désobligeantes et déplacées faites dans la sentence attaquée, on relèvera d'emblée que le requérant aurait dû l'invoquer dans les trente jours suivant la notification de la sentence, ce qu'il n'a pas fait. Aussi l'intéressé est-il forclos à fonder sa demande de révision sur certains passages de la sentence attaquée, mis en évidence par lui, lesquels ne sauraient, de toute façon, justifier la récusation de l'arbitre mis en cause.

Quant à l'autre motif avancé par l'intéressé pour obtenir la récusation de l'arbitre concerné, il y a lieu de relever, avec la fondation intimée, qu'un arbitre peut parfaitement défendre ses convictions sur les différents réseaux sociaux. Cela ne signifie pas pour autant que l'arbitre puisse exprimer sur internet tout ce qu'il pense, en des termes extrêmement forts, sans risquer d'éveiller certaines craintes, fussent-elles infondées, quant à son impartialité, et ce même s'il n'agit pas sous sa «casquette» d'arbitre.

En l'occurrence, il est clair que l'arbitre, qui a de toute évidence pris fait et cause pour la défense des animaux, a entendu, par ses différents tweets, fustiger une pratique chinoise en matière d'abattage de chiens, assimilée par lui à de la torture, de même que la dégustation à grande échelle, à l'occasion d'un festival gastronomique annuel local, de la chair des animaux sacrifiés et dénoncer des personnes que l'arbitre considère comme des bourreaux. L'arbitre n'a en outre pas hésité à dénoncer les actes de cruauté envers les animaux commis dans d'autres pays et à soutenir des personnes de nationalité chinoise ayant entrepris des démarches en vue de mettre un terme à la pratique dénoncée par lui. Ses violentes critiques n'étaient ainsi visiblement pas dirigées contre tous les ressortissants chinois. Considéré abstraitement, le fait pour l'arbitre de critiquer sévèrement la consommation de viande canine lors du festival annuel de Yulin et de dénoncer certains ressortissants chinois coupables selon lui de torture envers les animaux ne saurait, à lui seul, constituer une circonstance permettant d'inférer l'existence d'un parti pris de l'arbitre mis en cause à l'encontre de tout ressortissant chinois. A cet égard, si l'on voulait tenter une comparaison, on pourrait prendre l'exemple d'un arbitre de nationalité indienne qui s'insurgerait, sur les réseaux sociaux, en des termes sévères, contre la pratique de la corrida qui a cours dans certaines régions d'Espagne. A supposer que cette personne siège dans une Formation du TAS appelée à statuer sur un appel formé contre une sanction disciplinaire infligée à un athlète espagnol, serait-elle récusable à raison des déclarations faites par elle pour dénoncer la cruauté commise selon elle envers les animaux ? La réponse devrait probablement être résolue par la négative, en l'absence d'autres circonstances corroboratives. Cela étant, il faut bien voir que ce n'est pas tant la cause défendue par l'arbitre qui apparaît en l'espèce problématique mais plutôt certains termes employés par lui. En effet, l'arbitre n'a pas hésité à utiliser des termes extrêmement violents, de façon répétée, et plusieurs messages ont été publiés alors même que la présente affaire était en cours d'instruction devant le TAS. Il a notamment usé des termes suivants: «those bastard sadic chinese who brutally killed dogs and cats in Yulin», «This yellow face chinese monster smiling while torturing a small dog,deserves the worst of the hell», «those horrible sadics are CHINESE!», «Old yellow-face sadic trying to kill and torture a small dog», «Torturing innocent animal is a flag of chinese!Sadics,

inhumans». Parmi ceux-ci, les mots «yellow face», utilisés à deux reprises par l'arbitre, après sa désignation en tant que président de la Formation, sont sans nul doute les plus contestables. Certes, l'arbitre concède lui-même que certains mots ont parfois dépassé sa pensée. Dire que les termes «yellow face» sont «maladroits», comme le soutient la fondation intimée, relève toutefois de l'euphémisme. Si on les replace dans leur contexte, ces mots, utilisés au singulier, qui ont pu être prononcés sous le coup de l'émotion procurée par des images considérées comme révoltantes par l'intéressé, visent certes à chaque fois une personne déterminée que l'arbitre a individualisée sur une vidéo et/ou une photographie et qu'il traite aussi de sadique parce qu'elle est, selon lui, en train de torturer un petit chien. Cependant, ces termes font manifestement référence à la couleur de peau de certains individus chinois et ne visent nullement à qualifier leur comportement jugé cruel, à l'inverse d'autres termes incisifs voire blessants utilisés par l'arbitre, tels que « sadique «. De tels qualificatifs, quand bien même ils ont été employés dans un contexte particulier, n'ont strictement rien à voir avec les actes de cruauté reprochés à certains ressortissants chinois et sont, quel que soit le contexte, inadmissibles. Si l'on ajoute à cela le fait que l'arbitre a tenu de tels propos, non seulement à deux reprises, mais aussi après sa désignation en tant que président d'une Formation appelée à statuer sur l'appel interjeté par un ressortissant chinois, alors même que la procédure était pendante, il y a lieu d'admettre que les appréhensions du requérant quant à l'éventuelle partialité de l'arbitre mis en cause peuvent passer pour objectivement justifiées. A cet égard, il importe peu que l'arbitre incriminé soit, subjectivement, conscient ou non du fait que ses déclarations apparaissent critiquables d'un point de vue objectif. Seule l'appréciation objective des circonstances alléguées à l'appui d'une demande de récusation est en effet décisive. Or, en l'occurrence, les circonstances précitées, considérées du point de vue d'un tiers raisonnable en ayant connaissance, sont de nature à faire naître un doute sur l'impartialité de l'arbitre mis en cause et à créer une apparence de prévention. Sur le vu de ce qui précède, le motif de récusation avancé par le requérant s'avère fondé. Il y a dès lors lieu d'admettre la demande de révision et, partant, d'annuler la sentence attaquée. Il convient en outre de prononcer la récusation de l'arbitre Franco Frattini.

8. En l'espèce, le requérant obtient gain de cause puisque l'arrêt attaqué par lui est annulé. La fondation intimée, qui succombe, dès lors qu'elle a conclu au rejet de la demande de révision, supportera les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF). Elle versera en outre au requérant une indemnité à titre de dépens (art. 68 al. 2 LTF). Quant à l'association intimée, ayant déclaré s'en remettre à justice, elle ne saurait être considérée comme la partie qui succombe. La décision entreprise n'a du reste pas été annulée à son détriment. Dans ces conditions, les frais judiciaires ne sauraient être mis à la charge de l'association intimée, celle-ci ne pouvant pas davantage prétendre à une indemnité à titre de dépens. Enfin, les sûretés versées par le requérant doivent lui être restituées.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1. La demande de révision est admise et la sentence attaquée est annulée.

2. La demande de récusation visant l'arbitre Franco Frattini est admise.

3. Les frais judiciaires, arrêtés à 7'000 fr., sont mis à la charge de la fondation intimée.

4. La fondation intimée versera au requérant une indemnité de 8'000 fr. à titre de dépens.

5. Les sûretés versées par le requérant sont libérées.

6. Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et au Tribunal Arbitral du Sport (TAS). Lausanne, le 22 décembre 2020

[*Vid.* J.J. Álvarez Rubio, «El Tribunal Federal suizo decreta la anulación de un laudo arbitral tras apreciar parcialidad del presidente del tribunal arbitral: Extensión y límites de la libertad de expresión de los árbitros en las redes sociales (Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 22 de diciembre de 2020», en la Sección Notas de jurisprudencia, *supra*]

.....

(1) *Víd.* el texto íntegro de la decisión en [https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0100-judgment.pdf]

Ver Texto

(2) *Víd.* el texto íntegro de la decisión en [https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0091-judgment.pdf]

Ver Texto

ACTUALIDAD PROFESIONAL

Un año de CIAM realidades y proyectos

En el año 2020 tuve la suerte de poder colaborar en el primer número de la revista «Mediación y Arbitraje» con un artículo titulado *«El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid: Una aspiración; una realidad; un reto»*. Un año después, es una gran satisfacción volver a esta publicación de LA LEY con un nuevo artículo que tiene un elemento en común con el anterior —girar sobre el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM)— y una gran diferencia —contar el desarrollo que ha tenido CIAM en este apasionante año que acaba de terminar.

José Antonio Cainzos

Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de Madrid

¿QUÉ HEMOS HECHO EN CIAM EN EL 2020?

1. La incorporación del Servicio de Mediación Internacional: una nueva herramienta para tiempos de crisis

En primer lugar, ampliamos el objeto de CIAM, que había nacido exclusivamente como corte de arbitraje. La aparición de la pandemia nos hizo pensar que los usuarios necesitarían de un sistema de

resolución de conflictos rápido, barato y basado en el acuerdo de las partes. De esa convicción surgió la creación del Servicio de Mediación Internacional. Al igual que en el caso del arbitraje, los casos de mediación en que interviene CIAM son los de carácter internacional. Este servicio se puso en marcha, previo acuerdo de las Cortes fundadoras de CIAM a tal efecto, con su correspondiente Comisión de Designación de Mediadores, formada por siete extraordinarios profesionales de tres continentes y con distintas áreas de especialización (1) . El Servicio de Mediación dispone de su propio Reglamento y aranceles, así como equipo de letrados.

Con esta medida, CIAM demostró su capacidad de reacción y adaptación inmediata a las necesidades de los actores económicos y que uno de sus valores esenciales, la vocación de servicio a los usuarios, es mucho más que un elemento inspirador, es una realidad viva.

2. La Comisión de Examen Previo de laudos: la arquitectura institucional de CIAM concluida

El art. 47 del Reglamento de CIAM establece que el Centro realizará un examen previo del laudo antes de que el tribunal lo emita. El Pleno del Centro aprobó un sistema que busca ofrecer la máxima garantía de calidad a los usuarios. Para ello, ese examen se asume, de una parte, por el equipo de la Secretaría General, y, por otra, por una Comisión de expertos constituida al efecto. La citada Comisión está formada por veinticuatro profesionales de reconocido prestigio provenientes de América y Europa, con una amplia diversidad de procedencias, experiencias, culturas jurídicas y especialidades (2) . Los miembros de la Comisión trabajarán en grupos de tres personas y su tarea consistirá en asegurar que el laudo tenga los adecuados niveles de calidad en la motivación y coherencia con las pretensiones de las partes, de tal forma que su ejecución resulte más segura. Sus integrantes cubren el examen de los laudos en los cuatro idiomas de trabajo de CIAM: español, portugués, inglés y francés.

3. La Comisión de Arbitraje Internacional

Desde el primer momento, CIAM nació enfocado en el arbitraje internacional porque sus Cortes fundadoras continúan administrando casos de arbitraje nacional.

Los Reglamentos de estas Cortes establecieron un sistema de reenvío de doble faz. En el caso de los arbitrajes de carácter internacional nacidos de cláusulas arbitrales anteriores a 1 de enero de 2020 —recordemos que CIAM inició su actividad en esa fecha—, las Cortes plantean a las partes si quieren que la administración de su caso pase a CIAM y, en caso de respuesta afirmativa, así se hace (este es el sistema de *opt-in*). De no haber consenso al efecto, lo administra la Corte a (3) la que las partes se sometieron en el convenio arbitral. En los arbitrajes internacionales surgidos de cláusulas posteriores al 1 de enero de 2020, el reenvío es automático, es decir, la administración corresponde a CIAM sin necesidad de que las partes lo autoricen expresamente.

Se planteaba, pues, la cuestión clave de qué se entiende por arbitraje internacional. La Ley Modelo UNCITRAL y la Ley española de Arbitraje contienen previsiones al respecto, pero hay casos que pueden no ser tan claros. En todo caso, CIAM estaba interesada en aplicar los estándares internacionales al respecto. Estas razones condujeron al nombramiento de una Comisión de quince expertos (4) procedentes, una vez más, de varios continentes, a la que se pidió que definiera el

alcance de la expresión «arbitraje internacional» a los efectos de la delimitación del ámbito objetivo de actuación de CIAM en relación con los casos que siguen administrando sus Cortes fundadoras. Cuando se disponga del resultado del trabajo de esta Comisión, se hará público a través de la página web de CIAM.

4. El acto de presentación de CIAM: apoyo unánime y una gran noticia en rigurosa primicia

Las desgraciadas circunstancias de la aparición de la pandemia que todavía hoy padecemos, hicieron imposible la celebración del acto de presentación oficial del CIAM que iba a haber tenido lugar en el Patio de Cristal del Ayuntamiento de Madrid. Afortunadamente los medios telemáticos nos permitieron comparecer ante todos los interesados en conocer esta nueva institución en un acto virtual que congregó a más de mil personas de cuarenta y un países de cuatro continentes. El evento contó con la presencia de importantes autoridades (el Presidente del Tribunal Constitucional (5) , el Presidente del Tribunal Supremo (6) , el Consejero de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid (7) , el Alcalde de Madrid (8)), los representantes de las instituciones fundadoras (el Presidente de la Cámara de España (9) , el Presidente de la Cámara de Madrid (10) y el Presidente de CIMA (11)) y del socio estratégico (el Decano del ICAM (12)), así como el Presidente y la Secretaria General de CIAM. El broche de oro lo pusieron unas palabras de SM El Rey Felipe VI pronunciadas en un acto cameral reciente en las que manifestó su convencimiento de que CIAM se convertiría en un referente internacional. En este acto se presentó el vídeo corporativo de CIAM.

Esta presentación tuvo una sorpresa inesperada y muy bien recibida. En ella, el Presidente del Tribunal Constitucional, además de mostrar el apoyo del mundo jurídico español al arbitraje —como también lo hizo el Presidente del Tribunal Supremo en referencia al poder judicial—, anunció una sentencia largamente esperada que acababa de dictar el más alto intérprete en materia constitucional. Me refiero a la sentencia n.º 46/2020, de 15 de junio, que supone un rotundo respaldo al arbitraje por parte de esta institución, que es la encargada de resolver en el sistema español los recursos contra las sentencias de anulación de laudos que dictan los Tribunales Superiores de Justicia. En la sentencia se reitera la doctrina constitucional sobre las limitaciones de la anulación a las cuestiones de forma y la imposibilidad de que se utilice el concepto del orden público para entrar en la revisión del fondo de los laudos. Con esta acertadísima y oportuna sentencia se acentúa la seguridad jurídica y se pone de manifiesto la idoneidad de España para ser sede de arbitrajes (13) .

A partir de ese acto se intensificó la campaña de difusión de CIAM, normalmente por medios telemáticos, por las limitaciones que la situación sanitaria ha seguido imponiendo durante todo el año 2020, a través de presentaciones en administraciones, despachos de abogados de diferentes países, congresos, cursos y seminarios, universidades, asociaciones vinculadas al ámbito jurídico y centros de debate y formación de muy diversa naturaleza. También se ha hecho un esfuerzo de presencia en los medios de comunicación general, económica, legal y especializada en arbitraje. Y, aún más importante, en empresas y organizaciones empresariales.

5. Los primeros casos: un equipo experto, un Reglamento vanguardista, una tecnología puntera y la diversidad como elemento distintivo

A pesar de que la dinámica de las cláusulas arbitrales hace que una nueva corte normalmente tarde

un tiempo considerable en recibir sus primeros casos, el sistema de reenvío desde las Cortes fundadoras ha permitido que CIAM haya recibido sus primeros casos en el año 2020. La tramitación de casos por el Centro era la gran oportunidad que todos esperábamos, pero imponía la obligación de demostrar que todo funcionaba en ese atípico 2020 de la pandemia.

En primer lugar, el equipo humano estuvo a la altura. CIAM tiene una característica singular: siendo una institución recién nacida, no carece de experiencia y, por tanto, no debe haber temor a quedar en manos inexpertas. La razón no es otra que disfrutar de un equipo formado por las Cortes fundadoras durante los años que ellas mismas habían administrado casos internacionales. Los profesionales que integran ese equipo humano, bajo la dirección de la Secretaria General, han asumido plenamente las novedades de CIAM y están ya ofreciendo su dedicación y buen hacer a los casos de la nueva corte.

El Reglamento que el Pleno de CIAM había aprobado a finales de 2019 y que, en su gran mayoría, es reflejo del Reglamento Modelo que el Club Español del Arbitraje (CEA) había ofrecido a la comunidad arbitral en junio de aquel año, ha demostrado ser un cauce adecuado para la tramitación de los procedimientos en curso. Recordemos que este Reglamento, al que ya se han referido en términos elogiosos profesionales de muy diversos ámbitos (14) , incorpora todos los elementos para poder decir que está a la vanguardia internacional: medidas cautelares conforme a la reforma de la Ley Modelo en 2006; árbitro de emergencia; procedimiento abreviado; impugnación opcional del laudo, por citar algunos ejemplos.

Está previsto, no obstante, que, en el curso del año 2021, es decir, cuando exista experiencia suficiente sobre el funcionamiento del Reglamento, se proceda a su evaluación y, en su caso, revisión. CIAM tiene una decidida voluntad de mantenerse en esa primera línea de excelencia e innovación y por ello sigue con el máximo interés las modificaciones reglamentarias que se vienen haciendo por otras instituciones de reconocido prestigio. Las que hemos visto en los últimos meses han acreditado el acierto del Reglamento vigente en CIAM en la medida que, en algún caso, han incorporado a esas cortes herramientas que ya estaban incluidas en nuestro Reglamento.

El otro factor necesario para que el desarrollo de los casos se lleve a cabo con satisfacción para los usuarios es el tecnológico. CIAM dispone de sistemas pioneros, de los que pocas instituciones pueden preciarse de haberse dotado, que aportan grandes ventajas a todos los que tiene relación con los procedimientos. El primero es que se pueden tramitar sin papel, un avance ineludible en esta década del siglo XXI que, además, enlaza con otro de los valores de CIAM: promover la sostenibilidad. CIAM ha suscrito en 2020 el *Green Pledge*, una iniciativa que fomenta la reducción de la huella de carbono del arbitraje internacional. Adicionalmente los sistemas permiten el acceso directo de las partes y árbitros, debidamente autorizados, al expediente con el que se relacionan, de tal forma que se combinan perfectamente la confidencialidad con la eficiencia. Para una mayor facilidad de uso, CIAM ha elaborado una Guía del usuario que está disponible en su página web.

CIAM también reaccionó con velocidad a las necesidades que imponía la crisis sanitaria global. Desde el primer momento se dispuso de medios para la celebración de audiencias virtuales, una herramienta imprescindible en los tiempos que vivimos y que ha permitido que, en el mundo arbitral,

a diferencia de lo que ha ocurrido en otros ámbitos, el reloj no se haya parado nunca. Esas vistas, que hoy ya forman parte de nuestra realidad cotidiana, exigen unos medios y una preparación de la que no todos los practicantes del arbitraje disponen. Por ello, CIAM pone a disposición de los usuarios una persona encargada de ayudar en su buena marcha en lo que a medios tecnológicos respecta.

Estos casos han dado lugar a las primeras actuaciones en relación con la búsqueda de los árbitros adecuados, entre ellos, la intervención de nuestra Comisión de Designación de Árbitros. CIAM ha elaborado unas «*Reglas para designación y confirmación de árbitros* » que incluyen los criterios que el Centro toma como referencia. Entre ellos se incluye «*la fecha de última designación, edad, género, o la conveniencia de involucrar a nuevos profesionales en la actividad arbitral del Centro*». En materia de diversidad de género, CIAM suscribió el *Equal Representation in Arbitration (ERA) Pledge* que vela por mejorar el perfil y la representación de las mujeres en el arbitraje y designar a mujeres como árbitros en igualdad de oportunidades (15) .

6. La colaboración con otras instituciones de ámbito internacional

CIAM es una institución abierta a la colaboración con todas las instituciones interesadas en el arbitraje y la mediación.

Son muchos los ejemplos de esta vocación de trabajo compartido con instituciones de prestigio. Uno de los primeros fue el Acuerdo de Colaboración con el Instituto de Empresa (IE). La implantación internacional y el prestigio del IE están fuera de toda duda y su interés por CIAM fue inmediato. La excelente relación con este gran ejemplo de institución académica española de éxito global ha hecho posible la ayuda de expertos del IE en el estudio de instituciones arbitrales de diferentes geografías a varios efectos, la organización de un programa de formación de becarios del IE Universidad y de los cursos de postgrado en CIAM o la presentación de nuestro Centro en un acto especial a la Asociación de Antiguos Alumnos del IE.

Otra institución con la que la relación ha sido fructífera desde el primer momento es la Universidad Carlos III de Madrid. Esta institución, de decidida proyección internacional, también colabora con CIAM en diferentes frentes. Uno de sus emblemas es el Moot Madrid. Pues bien, en la edición del 2021 el Reglamento del caso de estudio de esta competición es el de CIAM, lo que permitirá su amplia difusión en muchos países, especialmente los latinoamericanos. También contamos con un programa de formación de becarios de esta Universidad (16) .

ESADE es otra institución que ya colabora con CIAM. Estamos convencidos de que habrá otros centros universitarios de excelencia que seguirán el ejemplo de los ya citados.

En el plano internacional hemos suscrito recientemente un Acuerdo de Colaboración con el Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC). Este centro de arbitraje asiático no solo es uno de los mejores en su región de origen, sino que está considerado como uno de los más prestigiosos del mundo. Pronto veremos los frutos iniciales de este Acuerdo que marca la pauta que vamos a seguir. Durante el 2020 hemos contactado con las más importantes Cortes de Arbitraje con base en Asia y Europa para estrechar lazos. Estamos convencidos de que colaborar con los mejores nos hará

mejores a quienes trabajamos en CIAM, pero, además, permitirá dar a conocer a nuestra institución en otras regiones y redundará en beneficio del arbitraje de excelencia que es en el que CIAM se sitúa desde su nacimiento, como también proclama otro de nuestros valores. Las actuaciones conjuntas, en cualquiera de sus formatos, webinars, publicaciones, programas de formación y el intercambio de experiencias, permitirán demostrar al mercado que las instituciones más serias, aunque sean competidoras, tienen más elementos en común que diferencias porque todas ellas quieren hacer del arbitraje una buena opción para quienes tiene conflictos que resolver.

Junto a este tipo de colaboración más formales, CIAM también ha sido activo en ofrecer su opinión a instituciones como la ICCA o la IBA cuando se nos ha requerido.

7. La preocupación por la transparencia: la página web

Una de las preocupaciones de CIAM desde el primer minuto ha sido que la transparencia sea uno de sus signos distintivos. Hay muchas maneras de hacer realidad este deseo, pero, en los tiempos que vivimos, probablemente, la más efectiva es contar con una buena página web que dé cuenta de lo que es CIAM, de lo que hace, de cómo se financia, de quiénes son los árbitros que intervienen en sus procedimientos y quién los designa, por citar algunos ejemplos (17) .

La página web de CIAM quiere ser ese instrumento de transparencia: abierto, completo y actualizado. Por poner un ejemplo: en ella se puede encontrar información al uso como son los aranceles y un calculador, pero también hay datos que no se encuentran en otras cortes como es la guía que explica el otro elemento fundamental para calcular los costes del arbitraje, cómo se calcula la cuantía a la que se aplican esos aranceles.

El propósito que ha guiado la preparación de esta fuente de información es hacer asequible al usuario o al potencialmente interesado toda la información disponible sobre los datos básicos que se necesitan para tomar la decisión de acudir a una corte: quiénes la componen, cuáles son sus reglas de funcionamiento, cuánto cuestan sus servicios y los del tribunal arbitral, qué árbitros son designados y por quién, cuánto duran sus procedimientos, cuál es la calidad de sus laudos. La información que depende de CIAM se está volcando en la página web. La que depende de terceros, seguirá el mismo camino si esos terceros lo consienten. En este sentido CIAM se declara partidaria de la publicación de los laudos, pero no puede imponerla porque respeta la confidencialidad que las partes quieran darles.

Las diferentes guías que se han elaborado hasta la fecha se han incluido automáticamente en la página web. Nuestra intención es seguir produciéndolas y seguir publicándolas.

8. Un objetivo prioritario: oír a las empresas

Aunque en el arbitraje participan tanto personas físicas como jurídicas, en el arbitraje internacional la inmensa mayoría de los actores que intervienen en él, son empresas. Los centros de arbitraje compiten porque esos agentes económicos los elijan para la resolución de sus conflictos, pero, como regla general, les han escuchado poco. CIAM quiere cambiar esa tendencia. A tal fin CIAM ha promovido la creación de Grupos de Trabajo sectoriales en los que participen, fundamentalmente,

las empresas de un determinado sector de la economía. A ellos se han unido abogados y árbitros con dilatada experiencia en ese ámbito económico. El objetivo de estos foros es contar con las opiniones, inquietudes, sugerencias y propuestas de los usuarios del arbitraje y la mediación para que CIAM pueda adaptarse a sus necesidades y ofrecerles los servicios que demandan.

A finales de año se habían formado cuatro grupos de trabajo: el de construcción e ingeniería, el de energía, el de marítimo (en colaboración con la Asociación Española de Derecho Marítimo) y el de turismo e inmobiliario. Las reuniones constitutivas celebradas hasta la fecha son prometedoras. La inmensa mayoría de las empresas invitadas a participar en los grupos de trabajo han aceptado la invitación y han reconocido la oportunidad de la cita. Cada uno de estos grupos va a funcionar autónomamente, estableciendo sus propias reglas, pero ha bastado un primer contacto para confirmar lo que esperábamos, cada sector tiene problemas, visiones y necesidades diferentes. Conocerlas, primero, y responder a ellas, después, es el objetivo de CIAM.

9. Un acto de justicia: dar voz a los peritos

Es muy difícil encontrar un arbitraje internacional en el que no haya uno o más informes periciales. También es una obviedad que las decisiones de los árbitros en los laudos están basadas, en muchos aspectos, a veces cruciales, en la opinión experta emitida por particulares o, más habitualmente, por empresas especializadas en un determinado campo del saber (la economía o la ingeniería, por citar ejemplos absolutamente habituales) o multidisciplinares.

En los últimos años se ha ido haciendo más frecuente que los peritos participen en los congresos y seminarios de arbitraje, normalmente para explicar cuestiones concretas de su campo de especialización. Poco se habla, en cambio, de la figura del perito, de su papel en el arbitraje y de su problemática, independientemente de su área de conocimiento. El CEA acertó cuando, en su Código de Buenas Prácticas Arbitrales, incluyó un capítulo dedicado a los peritos. Es un primer paso, pero no es suficiente. En CIAM estamos convencidos de que esta figura es fundamental en el arbitraje y de que hay que darle la palabra para que, por una vez, sean estos profesionales quienes hablen y los abogados y árbitros los que escuchen y pregunten. Cuestiones tales como las relacionadas con la ética del perito, las diferentes maneras de explicar sus opiniones en el curso de un arbitraje, la influencia de cómo y quién les designa en la manera de abordar su trabajo, las formas en que los distintos sistemas jurídicos tratan la relación abogado-perito o los controles de calidad de sus informes son materias que merecen reflexión y debate.

CIAM convocó a los representantes de importantes empresas internacionales especializadas en sectores variados para plantearles la posibilidad de crear un grupo de trabajo específico de peritos y un ciclo de sesiones públicas sobre su rol y problemática. Ambas propuestas fueron aceptadas. En el curso del año 2021 iniciaremos los trabajos del grupo y las sesiones y debates abiertos a todos los interesados.

10. Un mensaje nunca suficientemente enfatizado: CIAM es una institución española pero de ámbito de actuación y proyección internacional

Todo lo expuesto anteriormente da fe de una realidad evidente: CIAM es una institución orgullosa de

haber nacido en España pero que, desde su primer aliento, se ha proyectado internacionalmente. Así lo indican los elementos más básicos de su identificación, su denominación y su logo. También su ámbito de actuación que viene dado por la internacionalidad, tanto sea en los procedimientos arbitrales como en los de mediación.

CIAM trabaja en cuatro idiomas, administra casos en los que se aplica cualquier ley que las partes hayan pactado y admite que la sede del arbitraje sea cualquier ciudad del mundo.

Pero si todos esos datos deberían bastar para evitar cualquier duda sobre el carácter de CIAM, sus decisiones a lo largo de sus primeros meses de vida no han podido ser más inequívocos en destacar su radical internacionalidad. Los nombres de los componentes de sus órganos de gobiernos, de las comisiones que se han nombrado para designar árbitros y mediadores, para hacer el examen previo de laudos o para definir el ámbito objetivo de actuación de CIAM, la composición de los grupos de trabajo o las firmas de expertos convocadas, o los acuerdos de colaboración que acabamos de empezar a suscribir ponen de manifiesto, por la vía de los hechos, que CIAM es una institución absolutamente internacional donde las empresas, abogados, árbitros y peritos españoles son más que bienvenidos, pero exactamente igual que lo son las empresas, abogados, árbitros y peritos de cualquier nacionalidad. Jamás habrá el menor favoritismo en favor de una nacionalidad como no lo hay en las instituciones internacionales serias por razón de la nacionalidad del país en el que la esa institución ha nacido o se ha establecido posteriormente.

¿QUÉ RETOS NOS PLANTEAMOS PARA EL 2021?

Son muchos. Solo vamos a enumerarlos:

1.— Con carácter general, aspiramos a ir convirtiendo a CIAM en la corte de referencia en arbitraje internacional en español. Adicionalmente, nos gustaría ayudar al desarrollo del arbitraje en portugués.

2.— Queremos contribuir a convertir a España y, en particular a Madrid, en sede emergente de arbitrajes y mediaciones internacionales.

3.— Tenemos que continuar la labor de dar a conocer a CIAM dentro y fuera de España. En cuanto la situación sanitaria lo permita, iniciaremos una importante campaña de presentaciones fuera de España. El primer lugar en que lo haremos, como ya estaba programado desde el inicio, será en el tan querido país vecino, Portugal. Prioridad evidente serán los países latinoamericanos y europeos, pero estamos convencidos de que los mercados de Asia, Oriente Medio y África también deben ser objeto de nuestra atención. Para ello esperamos contar con la colaboración de instituciones públicas y privadas. Un programa esencial para estos fines es la creación de los grupos de «Amigos de CIAM» en diferentes países. Ya hay varios en formación y esperamos contar con un número significativo antes de que concluya el año.

4.— Continuaremos la labor de colaboración e intercambio con instituciones arbitrales de prestigio. Seguiremos profundizando en los contactos con las asiáticas, dedicaremos buena parte de nuestra

atención a las situadas en Europa e iniciaremos el acercamiento a las americanas que, como todo lo situado en ese continente, será una prioridad del CIAM.

5.— Ampliaremos los grupos de trabajo sectoriales. El objetivo es tener en funcionamiento diez grupos que involucren a los sectores de la economía más internacionalizados.

6.— Desarrollaremos el ciclo de sesiones de peritos. Esta será una de las formas en que acercaremos el arbitraje a la sociedad, un objetivo irrenunciable.

7.— Haremos los esfuerzos necesarios para que CIAM sea un instrumento de mejora del uso del español en el arbitraje y la mediación. Entendemos como buen español el idioma que las Academias de todos los países hispanoparlantes consideran tal, sin exclusivismos ni afanes de imposición de un modelo. Los tecnicismos y neologismos que aparecen frecuentemente en los escritos de parte, informes periciales y laudos deben tener su versión en correcto español y ésa es la que debe utilizarse. A tal fin propondremos la colaboración del CIAM a las instituciones que velan por el buen uso y la difusión del español.

8.— Revisaremos el Reglamento para comprobar si responde a las necesidades del Centro y de nuestros usuarios y seguiremos la evolución de los principales reglamentos para mantenernos a la vanguardia.

9. Ahondaremos en la transparencia, la diversidad y los valores de CIAM.

10. Y, por supuesto, estamos convencidos de que el número de casos administrados por CIAM crecerá y las entidades que confíen en nuestra corte, incluyendo nuestras cláusulas de arbitraje y mediación, se multiplicarán.

Nuestra ilusión, nuestro esfuerzo y nuestro trabajo no faltarán para conseguirlo.

.....

(1) Javier Fernández-Samaniego, Presidente, Andrea Maia, Vicepresidenta, Aloysius Goh, James South, Jane Player, Paulino Fajardo, Ximena Bustamante.

Ver Texto

(2) Antonio Hierro, Calvin Hamilton, Caroline Richard, Cecilia Azar, Clifford Hendel, Cristian Conejero, David Cairns, Dyalá Jiménez, Eduardo Silva Romero, Fabian von Schlabrendorff, Ina Popova, Jean Marguerat, José Daniel Amado, José Rosell, Juan Antonio Cremades, Luis Alfredo Araque, Maria Beatriz Burghetto, Maria Claudia Procopiak, Massimo Coccia, Niuscha Bassiri, Paul Arrighi, Sabina Sacco, Sofia Martins, Stephan Adell.

Ver Texto

(3)

Antonio Hierro, Calvin Hamilton, Caroline Richard, Cecilia Azar, Clifford Hendel, Cristian Conejero, David Cairns, Dyalá Jiménez, Eduardo Silva Romero, Fabian von Schlabrendorff, Ina Popova, Jean Marguerat, José Daniel Amado, José Rosell, Juan Antonio Cremades, Luis Alfredo Araque, Maria Beatriz Burghetto, Maria Claudia Procopiak, Massimo Coccia, Niuscha Bassiri, Paul Arrighi, Sabina Sacco, Sofia Martins, Stephan Adell.

Ver Texto

(4) Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidenta, Alfredo Bullard, Vicepresidente, Sofia de Sampaio Jalles, Aníbal Sabater, Diana Correa, Francisco González de Cossío, Ignacio Díez-Picazo, José Manuel García Represa, José Ricardo Feris, Miguel Virgós, Nigel Blackaby, QC, Patricia Saiz, Sally Harpole, Valeria Galíndez, Xavier Andrade Cadena.

Ver Texto

(5) Juan José González Rivas.

Ver Texto

(6) Carlos Lesmes.

Ver Texto

(7) Manuel Giménez.

Ver Texto

(8) José Luis Martínez-Almeida.

Ver Texto

(9) José Luis Bonet.

Ver Texto

(10) Ángel Asensio.

Ver Texto

(11) Juan Serrada.

Ver Texto

(12) José María Alonso.

Ver Texto

(13) Resulta especialmente interesante el artículo del Profesor Rafael Hinojosa Segovia *«El Tribunal Constitucional delimita el concepto de «orden público» en la anulación de los laudos arbitrales»*, en *Notario*

del Siglo XXI n.º 94, noviembre-diciembre 2020.

Ver Texto

(14) [https://www.expansion.com/juridico/opinion/2020/05/08/5eb450bfe5fdeaaa648b45de.html]; [https://www.expansion.com/juridico/opinion/2020/12/11/5fd26db4468aeb754f8b4625.html].

Ver Texto

(15) https://madridarb.com/wp-content/uploads/2020/09/Formulario-arbitros-CIAM-espan%CC%83ol.pdf.

Ver Texto

(16) Es obligado agradecer el continuo apoyo de la profesora Pilar Perales, miembro del Pleno de CIAM, en la consecución de un marco permanente de colaboración entre esta Universidad y el CIAM.

Ver Texto

(17) [https://madridarb.com/].

Ver Texto

Reglamento de la CCI de 2021: Modificaciones y novedades

(Documento de trabajo elaborado por «Stampa Abogados»)

I. INTRODUCCIÓN

La Cámara de Comercio Internacional (en lo sucesivo e indistintamente, CCI o la Corte) anunció el pasado 8 de octubre la promulgación de un nuevo reglamento, el cual entrará en vigor el 1 de enero de 2021. A partir de entonces, este nuevo compendio será de aplicación para las disputas que se registren en la Corte.

El presente documento centra su estudio en las nuevas reformas que se han divulgado. No obstante, la actual publicación que circula aún podría ser revisada por motivos editoriales, siendo la versión oficial y final la publicada en diciembre de este año. En palabras de Alexis Mourre, actual presidente de la CCI, el nuevo reglamento tiene como objetivo «*...mark a further step towards greater efficiency, flexibility and transparency*...». A tenor de tal aseveración, las nuevas medidas que se disponen se listan a continuación.

II. MAYOR NÚMERO DE OPCIONES PARA LA GESTIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Se han agregado diferentes medidas para dar mayor eficiencia, adecuación y flexibilidad al procedimiento:

i) Acumulación de procedimientos Se dan más poderes al tribunal arbitral para decidir sobre la incorporación de partes adicionales y la consolidación de arbitrajes. Así, las nuevas reglas harán que el reglamento pueda administrar de forma más precisa y adecuada las complejas y

considerables disputas arbitrales con pluralidad de partes:

- Incorporación de partes adicionales: Art. 7(5): El tribunal, una vez constituido, tiene ahora la capacidad de permitir la incorporación de una tercera parte siempre y cuando dicha parte acepte el acta de misión y la constitución del tribunal arbitral. Este es un cambio importante si se tiene en cuenta la literalidad del actual art. 7(1), donde «…ninguna parte adicional podrá ser incorporada después de la confirmación o nombramiento de un árbitro, salvo que todas las partes, incluyendo la parte adicional, acuerden lo contrario…».

- Acumulación: Art. 10(b) (en la misma línea que el nuevo art. 22.7 LCIA): La nueva redacción permite consolidar arbitrajes con diferentes partes cuando el acuerdo arbitral sea el mismo. Se da más flexibilidad para aplicar esta opción, aunque parece que se requiere que todos los contratos en controversia contengan una cláusula arbitral de la CCI que mantenga los mismos aspectos materiales en uno y en otro acuerdo.

ii) Procedimiento abreviado (Appendix VI) En el nuevo reglamento, este procedimiento se aplicará a las disputas cuyo valor no supere los USD 3 millones y cuyos acuerdos arbitrales hubieran concluido en y/o después del 1 de enero de 2021. Por tanto, se aumenta el límite del valor de la disputa en un millón (en las actuales reglas, está en USD 2 millones dólares), por lo que se prevé que un mayor número de arbitrajes se lleguen a administrar bajo este procedimiento.

iii) Medidas cautelares Se elimina el contenido del art. 29(6(c)) del antiguo reglamento, que no permitía solicitar el uso de la figura del árbitro de emergencia cuando las partes hubieran acordado un procedimiento pre-arbitral diferente. En el nuevo reglamento, la redacción de este apartado imposibilitará el funcionamiento de la figura del árbitro de emergencia cuando el acuerdo arbitral del que emana la disputa proviene de un tratado internacional, evitando así que esta figura se aplique en arbitrajes de protección de inversiones.

iv) Laudos adicionales (Arts. 36.3º y 36,4º). Se permitirá expresamente al tribunal realizar laudos adicionales cuando, emitido un primer laudo, aún quedaran cuestiones de la disputa por resolver. Las estipulaciones aquí establecidas son similares a las que vienen en otros reglamentos, como el art. 40 HKIAC o art. 33 SIAC.

v) Límites temporales Arts. 5.1º y 5.6º. En relación a la contestación a la solicitud, a la demanda reconvencional y a la respuesta a ésta, se establece que tales documentos se presenten «…*within 30 days from the day following the date of receipt…*». De esta forma, se unificarán criterios para los vencimientos de unos y otros documentos.

III. REVISIONES EN APOYO AL *DUE PROCESS*

Con las actuales modificaciones y teniendo como base el esqueleto montado por el reglamento de 2017, la CCI pretende aumentar las posibilidades de que un laudo emanado bajo su administración sea perfectamente ejecutable.

Art. 12.9º: La CCI tendrá facultad excepcional para nombrar a los miembros del tribunal arbitral,

incluso ignorando el acuerdo de las partes al respecto, con la finalidad de «...avoid a significant risk of unequal treatment and unfairness that may 4 affect the validity of the award...». Será interesante ver cómo interpresa la CCI las palabras «...exceptional circumstances...» en un futuro.

Arts. 11.7º y 17.2º: Destinados a ayudar a los árbitros en la aplicación de sus deberes de imparcialidad e independencia:

- 11.7º: Establecerá la obligación de que las partes revelen si hay algún tercero financiador y quién sería, en línea con las reglas de la IBA sobre conflictos de interés (Parte I; (7); (a)).

- 17.2º: Una vez constituido el tribunal, si se diera un cambio en la representación de las partes, este artículo permitirá que el tribunal adopte «...*any measure necessary*...» con el fin de evitar un conflicto de interés a raíz del cambio en la representación, tales como «...*the exclusion of new party representatives from participating...*». Estas modificaciones van en línea con las adoptadas por la LCIA en su nuevo reglamento (art. 18.4º).

IV. ARBITRAJE DE INVERSIONES

Art. 13.6º.c): En línea con la Convención de Washington de 1965, no se permitirá que haya ningún árbitro de la misma nacionalidad que cualquiera de las partes en un arbitraje de protección inversiones, salvo que las partes acuerden lo contrario.

Art. 29.6º.c): El arbitraje de emergencia no estará disponible en disputas de inversiones. Una de las razones que se esgrimen para no conceder tal prestación es la de que los límites temporales que se suelen exigir en este procedimiento de emergencia no pueden ser cumplidos por los Estados o empresas estatales.

V. TECNOLOGÍA EN EL PROCEDIMIENTO CCI

Hay reformas que reflejan el impacto de la «nueva normalidad» en el campo arbitral, tal y como se reflejaba en las *ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic*, de 9 de abril de 2020.

- Art. 26.1º permitirá al tribunal llevar a cabo audiencias en remoto, después de considerar todos los hechos y de haberlo consultado con las partes. De esta forma se modifica el actual art. 25.2º, el cual generaba dudas sobre la posibilidad y disposición para poder llevar a cabo audiencias en remoto: «...*a tribunal shall hear the parties together in person if any of them so requests...*».

- De la misma manera y en sintonía con el nuevo art. 19.2º LCIA («...*using other communications technology...*»), la CCI deja abierta para el futuro la opción de «... *other appropriate means of communication...*» bajo este epígrafe.

- Arts. 3.1º, 4.4º.b) y 5.3º: A tenor de la nueva redacción del art. 3.1º, donde se menciona de un lado «...*shall be sent...*» y «...*to be sent in copy to the Secretariat...*», se esboza la idea de que la documentación se podrá enviar telemáticamente sin necesidad de remitir la solicitud y respuesta

a la solicitud en copias en papel. Esto contrasta con el actual art. 3.1º, que habla de «*...shall be supplied...*», de donde se infiere que la copia en físico tuviera que ser entregada.

VI. ENMIENDAS ADICIONALES

No sólo hay reformas al procedimiento y al arbitraje *per se*, sino también se desarrollan otros aspectos, tales como:

- Art. 43: En caso de disputa, relacionada con la administración de casos de la CCI, se establece una sumisión expresa al Tribunal Judiciaire de Paris, con aplicación de la ley francesa.
- Appendix I y Appendix II: Reformas en relación con el funcionamiento interno de la Corte y la información disponible sobre las operaciones de la CCI.
- Appendix IV, h) (i). Pretende sutilmente fomentar otros medios de resolución de conflictos. En este sentido, se cambia mínimamente la actual redacción, «*...encouraging...*» a las partes a que resuelvan sus disputas mediante cualquier procedimiento amistoso, tales como mediación o negociación.

NOTICIAS

Los efectos positivos del Covid-19 en el impulso de la mediación ¿hacia una multi-door courthouse?

María Teresa Duplá

Catedrática. Directora del Conflict Management Research Group ESADE. Mediadora

Esther Vilalta

Catedrática Universitat Oberta de Catalunya

Coincidiendo con la celebración del Día Europeo de la Mediación —21 de enero— el Ministerio de Justicia ha abierto, al trámite de audiencia e información pública, el nuevo *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*, aprobado por el Consejo de Ministros en diciembre del 2020. Se trata de la primera de las tres leyes previstas en la llamada Estrategia de Justicia 2030, y que tienen como objetivo último alcanzar una Justicia sostenible y acorde a las necesidades de la sociedad del s. XXI.

Casualmente, o no, dicha norma se ha gestado y presentado en sociedad en un momento de crisis

sanitaria mundial en el que el confinamiento ha permitido evidenciar las carencias reales de un sistema de justicia, creado y anclado en otra realidad social y que, con serias dificultades y el esfuerzo conjunto de los agentes implicados, ha continuado como actividad esencial de cualquier Estado democrático de Derecho. Siendo positivos, los efectos de la pandemia han propiciado un nuevo impulso a la mediación en aras a preservar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Como dirían los estoicos, se ha hecho de la necesidad una virtud.

El proyecto recoge una serie de novedades que sin duda deben calificarse de positivas, entre las que cabe señalar el rol fundamental de los abogados en la gestión del conflicto, el establecimiento de la mediación como «requisito de procedibilidad y libre disposición», la regulación de la interrupción de la prescripción de acciones, la necesidad de inscripción para ejercer como mediador en las mediaciones que resulten requisito de procedibilidad ante las instancias judiciales o cuando resulten de una derivación judicial, la posible condena en costas y las sanciones por abuso de procedimiento, así como la nueva sesión inicial que, entre otras cosas, debe servir de primer análisis del conflicto. Pero, como no podía ser de otro modo en una reforma de esta envergadura, también se abren una serie de incógnitas que deberán ser aclaradas o, al menos precisadas, como el carácter de procedimiento estructurado de la mediación y la nueva interpretación y contenido de la voluntariedad en la mediación. El texto introduce como requisito de procedibilidad ante la jurisdicción de los Tribunales la celebración de dicha sesión inicial en las condiciones que se proyecta, esto es, que «*habrán de asistir las partes»* y que *«que las partes formulen su propuesta inicial de negociación»* pero, nos planteamos ante ello, que podría suceder que el propio legislador esté creando una barrera de acceso a la jurisdicción inaceptable al ciudadano cuando, como bien puede acontecer, a dicha sesión no asista la parte reclamada, o bien no lo haga personalmente si es persona física, o sin poder para transigir en el caso de jurídica; e incluso que, asistiendo, una de las partes no formule una propuesta inicial de negociación. Asimismo, el proyecto dispone que las partes «*habrán de manifestar durante la sesión el objeto de la controversia para que el intento de mediación pueda entenderse como suficiente para considerar cumplido el requisito de procedibilidad previo a la interposición de la demanda*». Volvemos a detectar aquí el vacío normativo para el caso que las partes —o bien una de ellas, como parece más probable que suceda— no manifieste durante dicha sesión el objeto de la controversia. La consecuencia jurídica no podrá ser en modo alguno impedir a la parte que se vea perjudicada su acceso a la jurisdicción de los Tribunales.

Pero sin duda, una de las novedades más relevantes que incluye la norma es la incorporación de otros profesionales expertos en modalidades adecuadas de solución de las controversias, a los que denomina expertos neutrales. Sobre esta nueva figura, la futura norma prevé en todos los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias o Decanatos *«Unidades de métodos adecuados de solución de controversias»* (en adelante, UMASC) cuyo número estará en función de las unidades judiciales —se determinará reglamentariamente y en coordinación con la Administración prestacional competente de la CCAA—. Estas Unidades MASC tendrán la función de informar a los ciudadanos y profesionales sobre su naturaleza, contenido, efectos de su utilización y recursos existentes, así como auxiliar a los diferentes órganos judiciales respecto a la conveniencia de la derivación de un determinado caso a una actividad negocial y, al mismo tiempo, ayudar a determinar la que procede según los indicadores y características del conflicto. En definitiva, informarán de un sistema multi-door y

auxiliarán en la determinación de cuál es la modalidad más adecuada para el caso concreto. Estas UMASC serán las encargadas de suministrar los datos de los terceros neutrales que reúnan los requisitos para prestar dichos servicios, la administración de los recursos disponibles, y el control, seguimiento y estadísticas. Para ello se suscribirán protocolos y convenios de colaboración con instituciones de mediación debidamente acreditadas en cada territorio, y con profesionales que ofrezcan sus servicios para colaborar con el Tribunal ocasional o puntualmente. Se desconoce sin embargo cuál es el estatuto de estos expertos neutrales, un futuro Reglamento lo regulará, incluyendo el régimen de incompatibilidades, de infracciones y sanciones para el caso de incumplimiento de sus obligaciones y deberes. Se regulará asimismo la obligación de remitir la información sobre su actividad, a los efectos de elaboración de estadísticas de este sector y con respeto a las normas sobre confidencialidad y protección de datos.

A modo de síntesis, para todos los que creemos y hemos defendido desde hace años que no debe existir una única puerta en la gestión de los conflictos, y que además hemos estudiado y conocemos los impedimentos reales del desarrollo de los ADR en nuestro país, sin duda alguna el anteproyecto presentado pone de manifiesto, con sus luces y sus sombras, un compromiso ministerial de impulso real hacia un sistema de Administración de Justicia multi-door acorde con las necesidades de nuestra sociedad actual. Impulso que precisará para su desarrollo del diseño de las correspondientes políticas públicas que den impulso real a este nuevo sistema, puesto que el futuro de una sociedad sostenible pasa por tener una Justicia sostenible.

Comunicado del Consejo General del Poder Judicial en el Día Europeo de la Mediación (21 enero 2021)

Con motivo de la celebración del Día Europeo de la Mediación, el Consejo General del Poder Judicial ha decidido difundir el siguiente comunicado:

El Consejo General del Poder Judicial, con ocasión de la celebración del Día Europeo de la Mediación, reitera la relevancia y la trascendencia social que tiene la misma para la resolución de conflictos mediante el acuerdo voluntariamente alcanzado por las partes con la intervención de un Mediador.

No podemos desconocer que uno de los desafíos del Servicio Público de la Justicia en nuestro tiempo es el de mejorar el acceso a un sistema apropiado de resolución de controversias sin restringir el Derecho Fundamental de Tutela Judicial efectiva y el acceso a la Justicia. Garantizar tal sistema se ha convertido en una nueva vertiente o dimensión del Derecho de acceso a la Justicia en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, y es también, por lo tanto, una obligación de las Administraciones Públicas del Estado Español, teniendo en cuenta que, en ambos ámbitos, el Derecho de Acceso a la Justicia no solo abarca la vía judicial sino también a los métodos *extra* judiciales , intra judiciales o intra procesales, de resolución de litigios. Los métodos de solución de controversias deben ser, por tanto, considerados por el conjunto de los ciudadanos como un importante beneficio de cara al acceso a la Justicia, la reducción de sus costes y la duración de los procedimientos.

Han transcurrido trece años desde que se aprobara la Directiva de Mediación 2008/52 de 21 de mayo de 2008, así como nueve años de vigencia en el sistema jurídico español de la Mediación, desde la ley 5/2012 de 6 de julio, de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles. No obstante los avances y progresos logrados en el impulso de este medio de solución de conflictos, y del número cada vez más creciente de ciudadanos y operadores jurídicos y mediadores comprometidos con el mismo, no podemos, en un día como hoy, desconocer el amplísimo camino que queda por recorrer para una implantación normalizada de los medios de solución de las controversias.

Como nos recuerdan el propio Parlamento Europeo y la Comisión de la UE en diversos informes, y ha sido expresamente puesto de manifiesto en sus estudios de los años 2016 y 2017 sobre la aplicación de la Directiva de Mediación de 2008/52, se constata en el seno de los países miembros de la Unión Europea un desconocimiento general y una deficiente y mínima cultura, práctica y utilización de la mediación y de los diversos medios de solución de controversias, aunque exista una demanda implícita de Instrumentos jurídicos e Instituciones Jurídicas de calidad y de las soluciones auto compositivas intra o extrajudiciales.

Así, se nos ha puesto manifiesto que «los objetivos de lograr una relación equilibrada entre Mediación y Proceso Judicial, no se han logrado, ya que en la mayoría de los Estados miembros, la Mediación se utiliza en menos del 1% de los casos llevados ante los Tribunales».(informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52, de 26 de agosto de 2016 [COM(2016) 542 final], y Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2017 sobre la aplicación de la Directiva 2008/52).

El más que previsible incremento de la litigiosidad y, por ende, de los procedimientos judiciales que se vislumbra como consecuencia de la pandemia cuyos efectos continuamos padeciendo, puede tener en la Mediación intra judicial una respuesta idónea en no pocos supuestos y, por ello, su impulso y fomento seguirá siendo auspiciado con entusiasmo e intensidad, en el ámbito de sus competencias, por el Consejo General del Poder Judicial, que quiere hoy reconocer públicamente el compromiso y el elevado interés de todas las ciudadanas y ciudadanos, así como de todos los operadores jurídicos implicados, miembros de la Carrera Judicial y del Ministerio Fiscal, Letrados de la Administración de Justicia, funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia, Colegios Profesionales, Comunidad Universitaria, y un largo etcétera de entidades sociales y jurídicas. Con todos ellos, así como con las Administraciones públicas, el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas, este Consejo ha venido suscribiendo múltiples convenios de colaboración y activado sus órganos de seguimiento para fomentar e impulsar la Mediación y la concienciación en la existencia y utilidad de los instrumentos o medios alternativos y complementarios de resolución de las controversias y de justicia restaurativa.

En un día como hoy, el CGPJ quiere reiterar que la Mediación es Justicia, una nueva vertiente del Derecho de Acceso a la Justicia, e incumbe, por lo tanto, a todos los integrantes de la carrera judicial, pues está incluida en la función jurisdiccional, conectada a los Juzgados y Tribunales, y así se refleja en las recientes reformas procesales. No se trata de una Justicia sin Jueces, sino de una herramienta de los Jueces al servicio de la Justicia.

Además, es una respuesta que mejora la calidad de las soluciones y de la Justicia desde el reconocimiento de la tutela jurídica y del derecho de acceso de los ciudadanos a la Justicia, así como un instrumento de participación e implicación ciudadana en la Justicia.

El fomento de la Mediación intra judicial y la potenciación de los medios adecuados para la solución de las controversias son medidas que el CGPJ ha considerado inexcusables para avanzar en la modernización, la agilización procesal y la mejora de la calidad de la Justicia, integrando el conjunto de las Medidas organizativas y procesales aprobadas por el CGPJ en la sesión plenaria del 16 de junio

de 2020, dentro del Plan de Choque para la Administración de Justicia tras el estado de Alarma, teniendo en cuenta siempre que ninguna de las medidas a introducir en las reformas a emprender, debe ir en detrimento de las garantías procesales de los justiciables, ni mermar la calidad del servicio judicial, el derecho de acceso a la Justicia y la tutela judicial efectiva.

El papel de los Jueces y Juezas es, en todo caso, muy importante, sobre todo respecto de la Mediación intra judicial o intra-procesal. La modernización, la agilización y las necesarias reformas de la Justicia que implican, deben introducir mecanismos que faciliten y reconozcan la labor del Juez en la búsqueda de acuerdos, potenciando su labor conciliatoria y sus posibilidades de derivación a mediación, sin detrimento de las que puedan corresponder a las partes y demás operadores jurídicos. Las medidas de fomento de los acuerdos, sin retrasar la duración de los procedimientos, se han de extender a todos los órdenes jurisdiccionales y a todas las fases de los procesos, incluidas las de recurso y ejecución, en su caso.

Es preciso hallar y establecer nuevas fórmulas para incentivar la Mediación desde el punto de vista social, profesional, económico, fiscal, y reconocer el uso de esta herramienta en la valoración y reconocimiento de la carga de trabajo, los rendimientos y la actividad profesional de la carrera judicial: de su derivación y apoyo, se facilita la solución concertada de las controversias, mediante resoluciones judiciales de homologación o subsiguientes a los acuerdos de Mediación.

Por otro lado, se hace preciso promover un modelo de prestación de servicios de mediación intra judicial evitando la actual dispersión de modelos, unificando contenidos formativos, procedimientos y prácticas bajo criterios de control y calidad, incrementando asimismo las campañas de información y de concienciación sobre las características y potencialidades de la mediación.

Considera este Consejo que es preciso desarrollar institucionalmente la organización de Servicios o Unidades funcionales de Mediación o, en todo caso, el establecimiento de medios adecuados de solución de controversias en torno a las sedes judiciales, a partir de las experiencias desarrolladas y que se vienen desarrollando.

Queremos también exhortar a la continuidad en la implicación de todas las Administraciones Públicas, del Ministerio de Justicia y de las Comunidades Autónomas junto con el CGPJ, en colaboración —de manera coordinada con los diferentes colectivos—, para seguir impulsando la mediación y los diversos medios de solución de controversias.

Desde la aprobación del Libro Blanco de la Justicia en 1997, y continuando la labor y los avances propiciados por otros Consejos (años 2001 y 2008), es preciso destacar especialmente el trabajo por la Mediación del Consejo General del Poder Judicial en este mandato 2013-2018. Es oportuno en estos momentos recordar que este Consejo General del Poder Judicial —cuyo mandato ordinario a día de hoy está más que vencido—, ha venido realizando desde sus inicios una política activa en favor de la Mediación como una de sus acciones prioritarias, abarcando numerosas iniciativas, como una mayor especialización en su tratamiento mediante la creación de la Unidad de Mediación en su Gabinete Técnico y un Grupo de trabajo por la Mediación; la constitución de una Red de coordinadores provinciales de Mediación y equipos volantes de expertos; el incremento de la

dotación presupuestaria en favor de la Mediación; el aumento de las actividades en la Formación inicial y continua en Mediación y otros métodos de solución de conflictos; la organización de Jornadas formativas y de Campañas de información sobre la Mediación; la suscripción y renovación de Convenios de colaboración e impulso de la Mediación con las Administraciones Públicas, el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas, la Fiscalía General, los Colectivos sociales, los operadores jurídicos, las entidades profesionales, las universidades etc.; la aprobación de la nueva Guía para la Práctica de la Mediación intrajudicial y el Protocolo de la Mediación contencioso-administrativa; el nuevo diseño de la página Web de Poder Judicial reforzando los contenidos sobre Mediación, Mapa de la Mediación, Guías, Convenios, resoluciones judiciales de interés etc.; o el incremento de los órganos jurisdiccionales —más de 700 (253 que derivan a mediación familiar, 250 a mediación penal, 111 a mediación civil, más las experiencias en lo contencioso y en lo social)— que derivan a Mediación, y del mayor compromiso de la carrera judicial.

Los últimos pronunciamientos del Consejo General del Poder Judicial sobre la Mediación se contienen en el Informe preceptivo que emitió sobre el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación (ALIM), aprobado en el Pleno del día 28 de marzo de 2019, y en el mencionado Plan de Choque para la Administración de Justicia, aprobado en el Pleno del día 16 de junio de 2019. A ellos nos remitimos ratificándonos en los mismos desde la lealtad institucional, y desde la convicción de que habrán de ser una herramienta útil para las próximas iniciativas de reforma normativa en esta materia.

Por último, el Consejo General del Poder Judicial reitera su compromiso con la Mediación y con cuantos ciudadanos, ciudadanas y profesionales han venido trabajando intensamente por una solución pacífica y adecuada de los conflictos. Este Consejo considera que, agotado con creces su mandato, es precisa para los próximos años una estrategia de largo plazo para reorientar e impulsar con nuevas iniciativas el funcionamiento de la Justicia, así como su actividad en favor de la Mediación y de los medios adecuados de solución de controversias. Por ello resulta imperiosamente necesario que las Cortes Generales y los Grupos Parlamentarios, los Diputados y Senadores, y los miembros del Gobierno, cumplan de manera urgente con su obligación constitucional de renovar el CGPJ.

El Grupo MedArb Valencia culmina como grupo investigador su Proyecto con un libro titulado «Psicoanálisis del Arbitraje: Solución o Problema en el Actual Paradigma de Justicia»

José Carlos Fernández Rozas

Director de la Revista

El Grupo MedArb de la Universitat de València culmina como grupo investigador el Proyecto del Ministerio DER 2016-74945-R (cuyo título es: *Psicoanálisis del Arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia*) con una obra colectiva , dirigida por la IP la Dra.Silvia Barona Vilar, y con la participación, además de la Dra. Barona, de los demás miembros del equipo investigador, Dres. Carlos Esplugues Mota, Guillermo Palao Moreno, Ana Montesinos, Enrique Fernández Masía, Ana Isabel Blanco García, José Francisco Etxeberría, Ixusko Ordeñana Geruzaga y Rafael Verdera Server. E igualmente de algunos de los miembros colaboradores como los Drs. Marcela Rodríguez Mejía, Juan Mendoza, Elena De Luis García, Eduardo Jequier, Kuan-Ling Shen, M José Catalán Chamorro, y otros colaboradores del grupo como los Prof. Philipp Anzenberger, Carla Esplugues Barona, o Sergio González Malabia, Pablo Quinzá Rodondo. Esta obra colectiva ha sido objeto posteriormente de una cuidada edición.

Cumple plenamente la obra con las expectativas del proyecto y con sus objetivos, culminando con ello un riguroso análisis de las múltiples aristas que hoy presente la institución arbitral: el uso y el abuso de la institución y, sobre todo, la profusa influencia economicista que ha transformado algunos de sus cimientos esenciales, acercando el arbitraje más a una modelo de negocio que a lo que debería ser en en realidad, esto es, un instrumento de tutela jurídica de la ciudadanía o, si se

quiere, un sistema para conseguir la paz social y la individual, rebajando costes, tiempos, y ganando en eficiencia y discurriendo en el ámbito de los derechos humanos, como evidencia el trabajo de Elena de Luis García incluido en el libro. La visión crítica de la directora y de los autores de esta obra permite observar de cerca la institución, someterla a presión y vertebrar sus propias esencias en el siglo XXI. No en vano, los cambios palmarios que se producen en la sociedad se proyectan directamente en la institución arbitral. Esta mirada plural de sus autores y los resultados que se han alcanzado ha dado como resultado un magnífico y original libro de ensayo y consulta, de amena, interesante y constructiva lectura.

A lo largo de cuatro años el equipo de autores ha perfilado con precisión los cauces en que discurre la evolución de la institución arbitral no solo en España y en Europa sino en América Latina también, y en Asia, explorando su estado de salud. Desde este estudio profundo de la esencia del arbitraje es factible vislumbrarr las grandes falencias de su actual presencia en la administración de la justicia y comprobar que estamos asistiendo a numerosas transformaciones que pueden incidir, y lo están haciendo, no sólo en el actual momento de la institución sino fundamentalmente en su futuro. Baste observar la presencia del arbitraje y de los árbitros en los medios de comunicación para darnos cuenta de que la polémica en torno a las bondades del arbitraje sigue viva, acaso demasiado viva, en ciertos círculos, alimentada con una cierta tendencia a potenciar ciertos arbitrajes obligatorios, como se evidencia en la contribución de Ixusco Ordeñana. Con ello se apunta a la existencia de una posición algo esquizofrénica en la que se observa la presencia de defensores de una vuelta a la jurisdicción estatal, un equivalente de que la práctica del arbitraje ha resultado un fracaso. Afortunadamente es posición negacionista es minoritaria frente a los que sostienen que sigue siendo un modelo flexible, adaptable y moldeable por las partes, pudiendo incluso servir de modelo para las reformas procesales civiles judiciales de la jurisdicción ordinaria que adolecen de una excesiva rigidez, impidiendo dar debido cumplimiento a las exigencias de tutela efectiva que podrían alcanzarse con un modelo más cercano al arbitral. Precisamente a lo largo de las páginas del libro se percibe un escenario de mudanza constante donde se asiste a múltiples transformaciones del arbitraje y muy especialmente de aquellas que han ido paulatinamente convirtiéndole en un importante activo financiero. Afortunadamente esta presentación del arbitraje, con todo el componente elitista que entraña, no supone convertir la institución arbitral en negocio, sino como algo de gran utilidad que va corrigiendo paulatinamente determinados errores del pasado. En este marco puede situarse la lucha contra el uso fraudulento del arbitraje para enmascarar actividades ilícitas, objeto de una contribución José Francisco Etxeberría. Debe admitirse, en casos como este, el protagonismo inherente a la prueba indiciaria o circunstancial, por ejemplo, cuando ambas partes se encuentran implicadas en actos de corrupción, y también la posibilidad de recurrir a la reducción de diferencias adversas ante conductas reticentes u obstruccionistas de alguna de las partes.

Ignorando la existencia de innumerables tipos de arbitraje que han discurrido con toda normalidad y eficacia, y otros que están en franca expansión como el que involucra la administración, objeto de una importante contribución de Carla Espluges Barona, ha sido el referido arbitraje elitista, el de mayor presencia en los medios de comunicación, el que más ruido mediático ha propiciado, especialmente en los últimos tiempos y el que ha contaminado la mirada que se tiene el general del arbitraje como si tan solo existieran determinados arbitrajes de inversiones o comerciales

internacionales. La presente obra pone de manifiesto que la configuración del arbitraje no ha cambiado y lo que efectivamente ha variado es la óptica con la que se aprecian sus posibilidades de tutela eficaz y de verdadera alternativa al proceso judicial. Y a ello cabe agregar su vocación para adaptarse al mundo digital o electrónico, como se detalla en las contribuciones de María José Catalán Chamorro y de Guillermo Palao. Afirma con razón la directora de la obra que, superado el complejo de Edipo y la metáfora freudiana de «matar al padre», la armónica concurrencia entre árbitros y tribunales de Justicia resulta innegable. De esta suerte la relación entre arbitraje y jurisdicción se presenta como una suerte de auxilio y colaboración amén de una necesidad de completar la administración de la justicia allá donde los tribunales arbitrales no lleguen. Evidentemente, el diálogo ha ido creciendo con mayor intensidad en el siglo XXI favorecido en todo caso por las reformas legislativas aprobadas.

La obra apunta certeramente que en la actualidad se asiste a una transformación del arbitraje muy vinculada a la conflictividad económica y a sus coordenadas. Se advierte en la obra cómo se ha propiciado una mutación de la institución, incorporando nuevos elementos y otorgándole una función que escapa con mucho de lo que ha sido su historia jurídica. Y también se insinúa la existencia de una cierta cruzada caracterizada por un estricto marcaje de un cierto sector judicial, afortunadamente minoritario, en nuestro país. Manifestaciones de este fenómeno no faltan cómo se pone de relieve en la contribución de Ana Montesinos en torno al arbitraje multiparte, uno de los grandes retos o desafíos a los que debe hacer frente la institución arbitral como mecanismo de resolución de eventuales conflictos derivados de complejas relaciones comerciales u operaciones mercantiles. Y también se evidencia en el trabajo de Ana Isabel Blanco García sobre una realidad arbitral de nuevo cuño de enorme complejidad: el *third party funding* que refleja, en cierto modo, la modernización y devenir de la práctica arbitral especialmente en el ámbito internacional , donde el ritmo de su aplicación avanza mucho más rápido el de su regulación.

A partir de los datos expuestos se asiste a una verdadera encrucijada dentro de lo que la directora de la obra califica de «deconstrucción del arbitraje». Frente a determinadas posiciones detractores del arbitraje el libro exhorta hacia el mantenimiento de su dignidad cómo a la propia de las instituciones arbitrales y de los árbitros. Con el fin de alcanzar estos objetivos y especialmente de la pervivencia de la institución, considera la obra que es el momento de construir el arbitraje abandonando algunos de los parámetros de contaminación negativa, amén de compartimentar el arbitraje de inversiones como algo diverso del arbitraje interno e internacional. Esta deconstrucción del arbitraje permite recomponer el sistema tradicional no para aniquilarlo sino para continuar con una nueva fase que exige revisar normas como a principios y garantías, pero sobre todo conductas. Dentro de esta labor se asientan en la obra distintos elementos qué evidencian esta tendencia, sin hacer dejación de elementos consustanciales a la institución arbitral, como la libertad en tanto elemento del desarrollo del arbitraje pues no en vano como el arbitraje surge y se basa en la libertad de las partes valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico. Es en este contexto y sobre la base de la autonomía de la voluntad dónde se sitúa el arbitraje como mecanismo y heterocompositivo de resolución extrajudicial de controversias equivalente a la jurisdicción siendo enormes las expectativas creadas dentro de lo que se denomina, en la colaboración de Sergio González Malabia, la «industria del arbitraje». A este efecto, la obra apunta a ciertas manifestaciones de la nueva etapa del arbitraje:

En primer lugar, las reformas reglamentarias de los centros de arbitraje en la búsqueda de eficiencia, se traduce en la reducción de los tiempos de las formalidades y de los costes, Baste atender a que instituciones internacionales del prestigio de la UNCITRAL han dedicado en los últimos años una atención especial a esta materia propiciando medidas tendentes a reducir tiempos y costes, buscando un mayor grado de eficiencia en el desarrollo del arbitraje y con ello un mayor nivel de satisfacción de todos los involucrados. Como resultado se observa cada vez más el establecimiento de plazos estrictos para ambas partes en orden al nombramiento del tribunal arbitral o a la presentación de escritos y para el tribunal arbitral en orden al plazo para dictar el laudo y también si observa la limitación de actos procesales, por ejemplo la reducción del número de escritos y restricciones de las audiencias. Precisamente sobre la acción de esta institución internacional se encuentra en la obra una importante contribución del profesor Carlos Esplugues. Como asevera este autor la duración del procedimiento arbitral está en función de la complejidad del litigio pero también de las actuaciones de las propias partes y de la diligencia del árbitro qué ha de saber equilibrar la búsqueda de la máxima rapidez y certeza con la preservación de unas mínimas garantías de lo que califica de «triángulo mágico arbitral»: rapidez, accesibilidad y calidad. Para ello es imprescindible impedir la reproducción innecesaria de gran parte de las prácticas que los operadores jurídicos utilizan ante los tribunales estatales

En segundo lugar, se asiste a un importante debate en torno a la anulación y a su eficacia jurídica. Sobre esta última cuestión la obra es muy clara al rechazar un control judicial en anulación más allá del ámbito circunscrito de las causales legalmente establecidas sin que se permita una revisión del fondo coma esto es coma una segunda instancia. En este control judicial es posible que se justifiquen motivos de anulación y esta declaración anulatoria se hace presente en número mayor en los últimos tiempos, fruto del paralelo crecimiento del número de arbitrajes, de manera que amas arbitrajes coma más posibilidades existen de pretensiones de anulación y qué algunas de ellas sean estimadas.

En tercer lugar, la proliferación de árbitros y de instituciones arbitrales no deja de suscitar problemas. Ciertamente no todos sirven para ser árbitros ni todos están debidamente capacitados para hacerlo. El libro insiste en que hay que trabajar por mejorar los sistemas de selección evitando ciertas prácticas qué realizan determinadas instituciones de arbitraje qué han hecho mucho daño a la práctica de este procedimiento de arreglo de controversias. Precisamente en este afán el éxito del arbitraje está en función se la creación de una cultura arbitral que permita a los operadores jurídicos conocer la posibilidad de servirse este procedimiento alternativo de controversias y que el mismo ofrezca una solución equivalente aquella.

En cuarto lugar, el libro pone de relieve la importante acción realizada por los códigos de buenas prácticas referidos a los árbitros, a las instituciones arbitrales y a los abogados de los procesos arbitrales lo que no es otra cosa que la realización de la buena fe y de la ética en el comportamiento te quieres aunque resolver estas controversias reforzando al mismo tiempo los elementos ontológicos de la profesión arbitral.

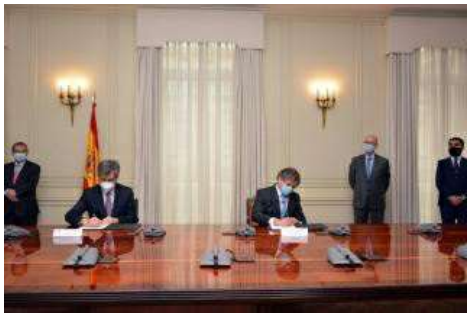
Por último, si hasta hace unos años las demandas en exigencia de responsabilidad civil contra árbitros o instituciones arbitrales no habían sido demasiado frecuentes, aunque diesen lugar a algún

procedimiento especialmente llamativo complejo (*v.gr.*, *Delforca*, *Puma*...), en la actualidad se suscita si esta ausencia de reclamaciones es una consecuencia de la bondad del diseño del sistema legal y de la pericia de nuestros árbitros u obedece a otras causas. La cuestión es si el sistema de responsabilidad arbitral, unido a los otros elementos característicos del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias propicia el recurso al arbitraje o por el contrario se limita a proteger la posición de los árbitros, lo cual puede ser un motivo, como apunta Rafael Verdera Server, para disuadir a las partes de someter sus controversias al arbitraje.

La selección de los problemas que contiene la presente obra y su concreta solución no sería posible sin la eficaz dirección de la profesora Silvia Barona Vilar, Catedrática de Derecho procesal de la Universidad de Valencia y una de las figuras más conspicuas de la doctrina española en el tratamiento de los ADR en general y del arbitraje en particular. Nos hallamos ante libro, bien editado, original, crítico y agudo, desmarcado de otras obras de arbitraje de estructura más convencional, que resulta imprescindible para el conocimiento de la institución arbitral en el complejo proceso de transformación global por el que está discurriendo.

CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE

El CGPJ y el Club Español del Arbitraje firman un convenio para impulsar el conocimiento de esta fórmula de resolución de conflictos



Según comunica el CGPJ el 18 de diciembre de 2020 el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lesmes, y el presidente del Club Español del Arbitraje (CEA), Carlos de los Santos Lago, han firmado un convenio con el que ambas instituciones quieren impulsar la colaboración de ambas instituciones en la realización de actividades conjuntas dirigidas a mejorar la regulación legal del arbitraje y a fomentar su conocimiento.

El órgano de gobierno de los jueces y el CEA retoman así una relación de colaboración que se remonta a 2006, año en el que suscribieron un primer convenio que quedó extinto en 2015.

Dos son los objetivos que ambas partes se han marcado con la firma de este nuevo acuerdo: el análisis de la legislación vigente sobre arbitraje y el estudio de eventuales propuestas de reforma; y el seguimiento y análisis de las resoluciones judiciales dictadas aplicando e interpretando la normativa vigente sobre arbitraje.

Para la consecución de dichos objetivos, tanto el CGPJ como el Club Español del Arbitraje realizarán actividades conjuntas tales como seminarios, jornadas y cursos, así como un foro anual sobre cuestiones relacionadas con el arbitraje comercial. El convenio contempla también, entre otras fórmulas de trabajo, la creación de un observatorio sobre el tratamiento judicial del arbitraje que se

encargue del estudio en profundidad de la jurisprudencia en dicha materia y el intercambio de publicaciones.

CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE

Acuerdo de Cámara de España y CEPYME para promover el arbitraje y la mediación

La Cámara de Comercio de España y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) han firmado el 15 diciembre 2020 un convenio de colaboración con el objetivo de potenciar el uso del arbitraje y la mediación empresarial como métodos de resolución de disputas comerciales en todo el tejido productivo español.

En la firma del acuerdo han participado el presidente de la Cámara de Comercio de España, José Luis Bonet, y el presidente de CEPYME, Gerardo Cuerva. Además, han asistido la presidenta de la Corte Española de Arbitraje, Elena Otero-Novas; y el Secretario General de la Corte y de la Cámara de España, Adolfo Díaz-Ambrona.

Como parte de este nuevo acuerdo, las dos organizaciones divulgarán las ventajas del arbitraje y la mediación entre las empresas españolas, con un especial foco en las pymes. Asimismo, juntas contribuirán al desarrollo de una cultura y unas buenas prácticas de arbitraje y mediación empresarial, considerando también para ello el punto de vista y las necesidades específicas de los empresarios.

Para la consecución de estos objetivos, Cámara de España y CEPYME también buscarán conjuntamente el apoyo de los poderes públicos, mediante la elaboración y presentación de propuestas concretas en materia de arbitraje y mediación.

Dentro de su plan de acción, ambas organizaciones han acordado, entre otras actividades, el

desarrollo de eventos y conferencias, el impulso de alianzas institucionales, la puesta en marcha de actividades formativas y el fomento de la publicación de artículos, tanto divulgativos como científicos.

José Luis Bonet, presidente de la Cámara de España, ha asegurado: «Acuerdos como este son fundamentales para mantener la senda de crecimiento del arbitraje y la mediación en España, ya que nos permite estar más cerca de los empresarios y poder ofrecerles los servicios de resolución de disputas comerciales que mejor se adapten a sus necesidades, especialmente en coyunturas económicas adversas como las actuales». Y ha añadido que «Desde la Cámara de España, a través de la Corte Española de Arbitraje y el Centro Español de Mediación, estamos trabajando intensamente en el escenario actual, en el que, ante una potencial saturación del sistema judicial, los métodos alternativos de resolución de conflictos resultan más importantes que nunca. Este nuevo acuerdo permitirá que los pequeños y medianos empresarios conozcan el arbitraje y la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, siempre con los más altos estándares de calidad, rapidez y discreción que caracterizan a la Corte y al CEM».

Gerardo Cuerva, presidente de CEPYME ha indicado que «la mediación y el arbitraje entre empresas es especialmente beneficioso para las pymes, ya que permite reducir plazos y costes en la resolución de los conflictos». Para el presidente de CEPYME, este acuerdo contribuirá a fomentar la mediación y el arbitraje entre las pymes, una práctica que no es muy habitual en la actualidad y que puede resultar especialmente útil en estos momentos de dificultades, en los que previsiblemente pueden incrementarse los conflictos y procedimientos entre empresas. Cuerva ha valorado, en este sentido, el objetivo de divulgación y mejora de la cultura empresarial en el ámbito de la mediación y el arbitraje que subyace en este acuerdo.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE MADRID

CIAM firma un acuerdo con el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (HKIAC)

El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) y el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (HKIAC) han firmado un acuerdo de colaboración con el objetivo de promover y desarrollar el arbitraje internacional y otras formas de resolución de conflictos, y cooperar sobre la base del interés y entendimiento mutuos.

El presidente de CIAM, José Antonio Caínzos, y el secretario general de HKIAC, Joe Liu, han ratificado un acuerdo en diciembre de 2020 que tendrá una duración inicial de tres años.

Las dos instituciones coinciden en que el acuerdo es un instrumento para poder abordar actividades conjuntas, que ya se están estudiando, y están convencidas de que en los próximos meses se verán los resultados.

«Un acuerdo como el firmado con HKIAC es de gran importancia para CIAM. HKIAC es una institución de enorme prestigio. Uno de los objetivos de CIAM es colaborar con las instituciones con mayor presencia y reputación en los diferentes continentes», ha resaltado el presidente del CIAM. «Asia es un mercado muy relevante para nosotros y, gracias a este convenio, aumentamos nuestra presencia en ese continente de la mano de uno de los grandes actores en esa región», ha añadido.

CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE

Una nueva obra colectiva editada por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje sobre «El laudo arbitral»

En el año 2018, vio la luz el primer volumen, fruto de la actividad editorial de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, que se refería a los *Principios generales del arbitraje* y que repasaba, con enorme rigor técnico, todos los principios básicos inspiradores de la actividad arbitral. Se trataba de una publicación que además estaba orientada desde un ángulo enormemente práctico, por lo que su consulta para el practicante del arbitraje ha venido resultando de gran utilidad. El segundo libro se publicó con motivo del 30 aniversario de la Corte, en el año 2019 y tuvo por título *El Arbitraje y la buena administración de la justicia*. En el mes de octubre ese año CIMA celebró su II Congreso de Arbitraje con la presencia de destacados ponentes del mundo arbitral . El libro recogió las aportaciones de 54 autores de la mayor calidad, en temas de actualidad. Abarcando desde los aspectos generales del arbitraje, las instituciones arbitrales y el procedimiento arbitral, hasta las relaciones entre jueces y árbitros y los arbitrajes especializados.

En este momento y dentro de un año especial, por la gran dificultad en la que se han tenido que desenvolver todo tipo de actividades, asistimos a la presentación de un nuevo libro que lleva por título *El laudo arbitral* y que está dirigido por Francisco Ruíz Risueño, Secretario General de CIMA y por José Carlos Fernández Rozas, Catedrático y árbitro internacional.

El laudo arbitral, en cuanto realización del fin causal del convenio arbitral, es una decisión irrevocable que pone fin a una parte esencial del proceso arbitral, generalmente su parte final. Si dicho proceso es expresión de la voluntad de las partes de someter su controversia a la decisión de árbitros, el laudo que contiene esa decisión significa la consecución del fin perseguido por ellas en el negocio jurídico. Se configura como una institución jurídica trascendente que tiene una incidencia cada vez más relevante en los sistemas jurídicos internos y en el Derecho de los negocios internacionales. A diferencia de la sentencia jurisdiccional, no implica un acto de soberanía dictado por el poder público: si la jurisdicción del juez viene marcada por la ley, la competencia del árbitro

viene dictaminada por la autonomía de la voluntad de las partes.

Es una obra ambiciosa que se estructura en tres grandes capítulos, que abarcan aspectos del mayor interés, con el sello de la calidad indudable que se deriva de la que tienen los propios autores. Tras una presentación a cargo de Pascual Sala, ex presidente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en presente libro agrupa contribuciones elaboradas por árbitros de reconocido prestigio: José M.ª Ayala Muñoz, Juan Cadarso Palau, Juan Carlos Calvo Corbella, Luis Felipe Castresana Sánchez, Ana Fernández Pérez, José Carlos Fernández Rozas, Manuel Garayo Orbe, Miguel Gómez Jene, Alfonso Gómez-Acebo Muntañola, Rafael Hinojosa Segovia, José Miguel Júdice, José Fernando Merino Merchán, Francisco Ruiz Risueño, Sixto Sánchez Lorenzo, Carlos De los Santos, M.ª Cristina De Ulloa y Solís-Beaumont y Cristina Vidal Otero.

Tras un capítulo introductorio, a cargo de Pascual Sala Sánchez, ex presidente del Tribunal Consticional, del Tribunal Supremo y del Tribunal de Cuentas y en la actualidad árbitro de CIMA, sobre «Analogías y diferencias entre laudos arbitrales y sentencias judiciales», el libro incluye un primer bloque, donde se analizan los distintos tipos de «Resoluciones emitidas por el Tribunal arbitral», desde las ordenes procesales y su significación en la tramitación del arbitraje hasta la decisión final, repasando distintas categorías de laudos (del árbitro de emergencia, el transaccional, el que decide sobre la competencia del árbitro, el dictado en rebeldía y finalmente, el laudo extranjero y el internacional). Cuestiones todas ligadas a la práctica diaria arbitral que concitan, sin duda, el interés y la atención de quienes se enfrentan a la necesidad de dictar este tipo de laudos, cada vez más comunes y numerosos.

Un segundo bloque de cuestiones está orientado a la «Deliberación arbitral». Son temas tan sugerentes como la dinámica de las deliberaciones, el ámbito de la colegialidad o el secreto de las deliberaciones. Estos aspectos se completan con el comportamiento ético de los árbitros y con el papel del secretario del tribunal arbitral. Todo ello sitúa el foco en la esencia vibrante y siempre actual de la actuación arbitral y del desenvolvimiento del procedimiento. A todos estos planteamientos, se enfrenta el árbitro en el ejercicio normal de sus funciones y la solución cabal que adopte, en cada caso, contribuirá a la excelencia y acierto de sus decisiones.

Finalmente, la última rúbrica del Libro está dedicada al «Contenido y problemas del laudo arbitral», el cual aborda los aspectos esenciales de lo que, sin duda, constituye el broche que cierra todo procedimiento arbitral y a cuya consecución va dirigido todo el entramado que se ha venido construyendo. En ella se estudian las características indispensables y básicas de la decisión adoptada por los árbitros, cuales son la redacción, la motivación y la congruencia del laudo. Se analiza la opinión disidente de algún miembro del tribunal, que tantos comentarios ha suscitado y sigue suscitando en la práctica arbitral. Resulta muy oportuna la reflexión sobre la naturaleza y efectos del escrutinio del laudo, que contribuye a dotar de mayor credibilidad a la institución. Importantes consecuencias prácticas pueden tener las Resoluciones relativas a la interpretación, y rectificación de los laudos, y al laudo adicional. De idéntico interés práctico resulta el pronunciamiento sobre las costas. Por último, la posibilidad de la impugnación opcional del laudo ante la Corte (admitida y regulada por el Reglamento de CIMA) es un tema que se presta al debate y

por qué no decirlo, a la polémica, al haber quien considera que va en contra de uno de los principios inspiradores del arbitraje («*un solo tiro*»), pero que, de otra parte, refleja con nitidez la vigencia de otro principio esencial en la materia , que es el de la autonomía de la voluntad de las partes.

En definitiva, nos encontramos ante un abanico de enunciados que van a suscitar el interés y la reflexión de cuantos se enfrenten a tan apasionantes temas. La aproximación al arbitraje es una tarea siempre inacabada, que en muchas ocasiones, implica la apertura de nuevos horizontes cuando se cierran o terminan los caminos que se transitaban. Esta característica es reflejo de la propia realidad sobre la que se asienta el arbitraje, que atiende a relaciones jurídicas y económicas siempre cambiantes y variables en sus planteamientos y desarrollos.