

LA LEY *Mediación y Arbitraje*



Octubre-Diciembre 2020 | **04**

Arbitraje y mediación en el Texto Refundido de la Ley Concursal

El secretario del tribunal arbitral

DIRECTOR:

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

Equipo Editorial

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

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

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

ISSN Electrónico: 2660-7808

Diseño por Wolters Kluwer España, S.A.

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

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

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

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

Nota de la Editorial

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

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

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

LA LEY Mediación y Arbitraje

Revista de actualidad jurídica sobre métodos alternativos de solución de controversias

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

Director

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Universidad, árbitro internacional y miembro

del *Institut de Droit International*

Secretario

Gonzalo Stampa Casas

Socio Fundador de Stampa Abogados, Doctor en Derecho,

LL.M. Londres,

árbitro y mediador internacional

Consejo de redacción

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

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

Consejo asesor

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

Consejo evaluador externo

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

SUMARIO

TRIBUNA

- «*La humanización de los conflictos sanitarios: presente y futuro de los sistemas alternativos de resolución*», **Yolanda Aguilar Olivares**, Directora de Plataforma REDES (Resoluciones Extrajudiciales en Derecho Sanitario)
- «*Visados consulares, entrevistas personales, recursos legales, y mediación*», **Javier Jiménez-Ugarte**, Embajador de España (ret.). Consejero «López Rodó & Cruz Ferrer»
- «*ADR en los conflictos familiares*», **María Carmen Barrón López**, Doctora en Derecho. Abogada

ESTUDIOS

- «*La obligatoriedad vs. voluntariedad en el sistema arbitral de consumo*», **Jordi Nieva Fenoll**, Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona
- «*La necesaria transparencia del comportamiento ético de los árbitros*», **Francisco Ruiz Risueño**, Secretario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje. Árbitro
- «*La aplicación en España de Med-Arb, Arb-Med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales*», **Marta Lalaguna Holzwarth**, Árbitra. Mediadora. Abogada. CMS Albiñana & Suárez de Lezo
- «*Dificultades prácticas derivadas de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros*», por **Javier Izquierdo**, Socio de litigación y arbitraje de Pérez-Llorca y **Marta Robles**, Abogada de litigación y arbitraje de Pérez-Llorca

PRÁCTICA ARBITRAL

- «*El estándar probatorio en relación con actos de corrupción en el arbitraje internacional*», **James A. Graham**, Profesor titular de la Universidad Autónoma de Nuevo León (México)
- «*Financiación por Terceros en el arbitraje internacional: Consideraciones prácticas para su intervención*», **Marcos Maciel**, Abogado. Magister en Derecho de los negocios internacionales de la Universidad Complutense de Madrid.
- «*An appeal mechanism in investor-state arbitration*», **Ricardo Vásquez Urra**, Lawyer, Universidad de Chile. LL.M The University of Sydney, Australia (2007). Founding Partner Vásquez Urra Abogados

- «*El Secretario administrativo del Tribunal arbitral*», **Cristina Vidal**, Abogado del Estado (exc.). Socia Ramón y Cajal, Abogados y **Fernando Tallon**, Asociado Ramón y Cajal, Abogados
- «*Nuevo reglamento de arbitraje de la London Court of International Arbitration*», **Irene Arranz Puig**, Abogada asociada del Área de Litigación y Arbitraje del Despacho Cuatrecasas.

SENTENCIAS SELECCIONADAS

- «*Delimitación de las funciones del árbitro y del secretario del tribunal arbitral designado por el centro de arbitraje* (Sentencia del TSJ de Canarias de 8 de abril de 2020)», **José Carlos Fernández Rozas**, Director de la Revista

REGULACIÓN

- «*Arbitraje y mediación en el Texto Refundido de la Ley Concursal*», **Iván Heredia Cervantes**, Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Madrid
- «*Dos peculiaridades de la legislación arbitral boliviana: un enfoque desde el Derecho público a la exclusión de los contratos administrativos y al arbitraje de inversiones de sede nacional*», **Horacio Andaluz Vegacenteno**, Árbitro internacional. Profesor de Teoría General del Derecho y de Derecho Constitucional (Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra)
- Crónica de los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre las cuestiones relativas al arbitraje acelerado
- Aplicación Provisional del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 5 mayo 2020

JURISPRUDENCIA

- «*Competencia judicial internacional de los tribunales españoles para la adopción de medidas cautelares inaudita altera pars en apoyo de un arbitraje CCI* (Auto de la AP de Oviedo 12 abril 2019)», **Sixto A. Sánchez Lorenzo**, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada. Árbitro internacional
- «*Verificación del convenio arbitral en el ejercicio de la acción de anulación* (Sentencia TSJ Murcia de 26 de diciembre de 2019)», **Alfonso Ortega Giménez**, Profesor titular de Derecho internacional privado. Universidad Miguel Hernández de Elche
- Cronología de decisiones. Selección de las resoluciones más destacadas dictadas recientemente por nuestros Tribunales

NOTICIAS

- Open de Arbitraje 2020: Apostando por la tecnología y la innovación
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

- Meg Kinnear reelegida como Secretaria General del CIADI
- El CIADI publica su Informe Anual 2020
- Corte de Arbitraje de Madrid
 - La Corte de Arbitraje de Madrid da un nuevo paso en el fortalecimiento de su arquitectura institucional
- Corte Española de Arbitraje
 - La digitalización y flexibilización del arbitraje permiten mantener su actividad durante la pandemia
- Corte Internacional de Arbitraje de la CCI
 - La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional publica las estadísticas sobre la resolución de controversias de 2019
 - El Comité Ejecutivo de la CCI aprueba las revisiones del Reglamento de Arbitraje de la CCI
 - La CCI recomienda a Claudia T. Salomon como sucesora del Presidente de la Corte de la Corte internacional de arbitraje de la CCI
- Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME)
 - IV Simposio de Mediación y Tribunales : «Pulso al impulso de la Mediación en el nuevo escenario post pandemia»
- International Council for Commercial Arbitration
 - Primer informe sobre la diversidad de género en el arbitraje
 - Colaboración entre la ICCA y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo para la publicación de laudos arbitrales
- London Court International Arbitration
 - Actualización del Reglamento de Arbitraje de la LCIA y del Reglamento de Mediación de la LCIA (2020)
 - El 19 de mayo de 2020 se presentó el Informe anual de los casos presentados ante esta institución arbitral en 2019
 - Álvaro López de Argumedo, nuevo miembro de la Corte Arbitraje de Londres



La humanización de los conflictos sanitarios: presente y futuro de los sistemas alternativos de resolución

The humanization of health conflicts: present and future of alternative resolution systems

La necesidad de humanizar la asistencia sanitaria y más en los tiempos de Covid-19, en los que nos encontramos inmersos, hace necesario buscar nuevas formulas de resolución de los conflictos sanitarios entre pacientes, profesionales sanitarios y organizaciones sanitarias. La desescalada del conflicto sanitario tiene su puerta de salida en los sistemas alternativos de resolución de los conflictos.

Humanización, Paciente, Profesional, Organizaciones sanitarias, Resolución, Conflicto Sanitario, Consentimiento informado.

The need to humanize health care and more in covid.19 times when we are immersed, makes it necessary to look for new formulations to resolve health conflicts between patients, healthcare professionals and health organizations. The de-scalding of the health conflict has its gateway to alternative dispute resolution systems.

Humanization, Patient, Professional, Health organizations, Resolution, Health conflict, Informed consent.



Yolanda Aguilar Olivares

Directora de Plataforma REDES - Resoluciones Extrajudiciales en Derecho Sanitario

Técnico Superior de la Administración de la Comunidad de Madrid en excedencia

I. INTRODUCCIÓN

El análisis de la humanización de los conflictos sanitarios requiere hacer una previa referencia normativa a los derechos de los pacientes.

Mención especial a la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, que ha sido el punto de referencia para los textos constitucionales promulgados con posterioridad. En este sentido cabe citar la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, de 1994, por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 abril 1997, es el primer instrumento internacional de carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben. Destaca en su artículo primero como objeto del mismo

«Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.»

El Convenio abarca el reconocimiento de los derechos de los pacientes, entre los que destaca el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico español, la regulación se enmarca en el art. 43 de la Constitución Española, en la protección del derecho a la salud, enmarcado en el Capítulo III del Título I bajo la rúbrica de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, como principio rector de la política social y económica, así como en el art. 51 de la CE, como derecho de protección de los consumidores y usuarios (1).

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, marca un hito en la protección de la salud en nuestro país, reconoce los derechos de los pacientes como usuarios de los servicios sanitarios, es decir, la plasmación de los derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en lo relativo a su salud.

En su desarrollo, se promulga la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que desarrolla los principios generales que reguló la Ley General de Sanidad. Asimismo, asienta el derecho a la autonomía del paciente, haciendo una regulación expresa y detallada a las instrucciones previas que contempla, de acuerdo con el criterio establecido en el Convenio de Oviedo. Igualmente, la Ley trata la materia relativa a la documentación clínica generada en los centros asistenciales, acentuando especialmente la consideración y la concreción de los derechos de los usuarios en este aspecto (2).

Por último, no puede dejar de mencionarse la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos 3/2018, de 5 de diciembre, en relación a la confidencialidad y a la intimidad personal y familiar.

II. HUMANIZACIÓN EN LA ASISTENCIA SANITARIA

«La ciencia moderna aún no ha producido un medicamento tranquilizador tan eficaz como lo son unas pocas palabras bondadosas» (Sigmund Freud)

S. Spinsanti (3) nos dice que humanizar requiere una actitud mental, afectiva y moral que obliga al profesional a repensar continuamente sus propios esquemas mentales y a remodelar costumbres de intervención, para que se orienten al bien del enfermo.

En el contexto sanitario, el concepto de humanización hace referencia al abordaje integral de la persona, donde interactúan las dimensiones biológica, psicológica, social y conductual. Humanizar la asistencia significa hacerla digna del ser humano y coherente, por tanto, con los valores que él siente como peculiares e inalienables (4).

La importancia que está adquiriendo la humanización en el sistema sanitario puede ser debido a la combinación de dos motivos: la pérdida de valores humanos en la asistencia sanitaria, por un lado, y, por otro lado, una mayor sensibilidad en la percepción de este problema (5).

Cuando nos referimos a los avances en la medicina, cabe recordar la frase de Ortega y Gasset donde indica que *«la técnica es incapaz de determinar el contenido de la vida»*. La tecnología puede ayudar a dedicar tiempo a una atención basada en la comunicación.

Además, son muchas las barreras para dar una atención humanizada: la tecnificación, la medicalización de la vida, la burocratización, la centralización del poder, el exceso de demanda y utilización de los servicios sanitarios, la rigidez de las organizaciones, el lenguaje tecnificado incomprensible, la falta de formación en comunicación y relación de ayuda de los profesionales. Otros impedimentos, no menos importantes, son la falta de coordinación entre servicios y profesionales, las dificultades de acceso/retraso a pruebas o consultas, el aumento de las exigencias de los ciudadanos y el supuesto corporativismo. La humanización, como expresa Bermejo, requiere un cuidado competente y un cuidado personal. Quien humaniza es el ser humano, quien deshumaniza es el ser humano, no la tecnología (6).

Las claves de valor de la humanización de la asistencia sanitaria están entre lo medible y lo intangible: la clave de la presencia, la hospitalidad, la compasión, el acompañamiento, la escucha, la empatía. Existe una diferencia entre escuchar lo que narra el otro y trae consigo y comprender el verdadero significado que tiene para su biografía personal. Sentirse escuchado, comprendido en el mundo de los sentimientos, captado en el voltaje emocional personal, es humanizar la asistencia. Sus *«momentos básicos»* son: *el momento de la escucha, el momento de la presencia, el momento de mirar, el momento de la empatía, el momento de la acogida y la hospitalidad y el momento de la calidad del contacto visual* (7).

III. RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

La relación médico-paciente ha sufrido una gran transformación en estos últimos tiempos. El

principio de autonomía del paciente prevalece sobre el derecho de la libre decisión del médico, a ello se une que el profesional se haya vinculado en la mayoría de los casos a una organización sanitaria. Por ello, la relación médico-paciente se convierte en una relación más compleja en la que interviene el paciente, el profesional sanitario y la organización público o privada.

El resultado de la relación médico-paciente es el tratamiento médico, el acto sanitario, para lo que se requiere que en esa relación jurídica existente entre ambas partes confluyan un elemento esencial como es el consentimiento del paciente, que ha de ser prestado de forma libre y conscientemente.

El principio de beneficencia (todo para el paciente, desde la perspectiva del médico), situaba al paciente fuera de la potestad de decidir. Se le consideraba exclusivamente como sujeto destinatario de la atención sanitaria. En cambio, en el modelo actual los pacientes y profesionales sanitarios han de relacionarse respetando la autonomía de cada uno de ellos (8). El paciente se convierte en protagonista, en el centro del sistema sanitario, cabe citar a J. Tomillo Urbina que nos recuerda que el derecho a la protección de la salud se encuentra garantizado en la Constitución, no sólo amparado en el derecho del art. 43, sino también en el principio rector de la política social y económica del art. 51 que recoge el derecho de los consumidores a la protección de la salud y seguridad. Por lo que amplía el elenco de derechos y obligaciones de un consumidor al paciente como consumidor o usuario de los servicios sanitarios (9).

El dialogo es el cauce, el instrumento para humanizar las relaciones en el ámbito sanitario. El dialogo conlleva el respeto por los derechos del otro, por su dignidad, libertad y autonomía.

1. Principio de autonomía del paciente

La Ley 41/2002 dedica a la regulación de esta materia los arts. 8, 9 y 10 referidos al consentimiento informado, los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación y las condiciones de la información y el consentimiento por escrito.

El Tribunal Supremo ha señalado que el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental (sentencias de 12 enero 2001 y 11 mayo 2001), como consecuencia del derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, o ya como resultado de la dignidad humana.

En concreto, el art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica señala que el consentimiento supone:

«... la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud».

Además, el art. 8 de la citada ley indica

«1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado

las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general».

Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente».

La STC 37/2011, de 28 de marzo, estableció que:

«... la ausencia o el defecto del consentimiento informado no sólo constituyen una mala praxis por vulneración de los derechos reconocidos en la Ley Básica de Autonomía del Paciente, sino también una lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad, que no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que éstos tienen el mandato constitucional de proteger, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo».
«El consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación».

En la misma línea, la STSJ Madrid 14 octubre 2019 (Rec. 798/2017), concluye que

«... la falta de consentimiento informado es relevante y da lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 13 noviembre 2012), puesto que no se estaba ante ninguno de los excepcionales supuestos legales que exoneran de la necesidad de informar a la paciente y el procedimiento implicaba riesgos».

Además, como recuerda la STSJ Madrid 31 enero 2019 (recurso 290/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, señala que «no sólo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales».

Ahora bien, en circunstancias tasadas por la Ley, el paciente puede tener limitado su derecho a recibir información como ocurre en los supuestos por interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso, tal como se contempla en el art. 9.1º de la Ley Básica de Autonomía del Paciente.

Es evidente la relevancia de la institución de consentimiento informado enmarcado en la autonomía del paciente como parte de la manifestación de su dignidad humana

Asimismo, en el supuesto que el paciente manifieste expresamente su voluntad de no ser informado,

deberá de respetarse su voluntad, haciendo constar su renuncia documentalmente.

En este punto, cabe recordar la STSJ Madrid 21 junio 2018 (recurso 1/2017):

«En el ámbito sanitario es de suma importancia la elaboración de formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse la finalidad pretendida por la Ley. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo a una terapia por razón de sus riesgos».

Por todo ello, es evidente la relevancia de la institución de consentimiento informado enmarcado en la autonomía del paciente como parte de la manifestación de su dignidad humana. La consideración tradicional en la que lo esencial era el bienestar del paciente se sustituye en la actualidad por el llamado principio de autonomía de la voluntad, por el que el paciente decide libre y voluntariamente acerca no solo de su salud, sino también el respeto a la dignidad humana e intimidad (10).

2. Libertad de actuación del médico

El art. 35 CE proclama el derecho de libertad de elección de profesión en el ámbito de la asistencia sanitaria y el art. 36 se refiere al régimen jurídico de los colegios profesionales y a la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas.

En el primer precepto se reconoce al mismo nivel que el derecho al trabajo, la libre elección de profesión y oficio, la promoción a través del trabajo y una remuneración suficiente. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la reserva de ley que impone el art. 53.1º de la Constitución, en relación con los derechos y libertades de este art. 35, comporta la existencia de un contenido esencial de los mismos que los garantice constitucionalmente (STC 83/1984, de 24 de julio).

El segundo precepto establece una reserva de ley en relación con la configuración del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas que, según el Tribunal Constitucional, supone una garantía para los ciudadanos en esta materia, siendo competencia del legislador, que se atiende a las exigencias del interés público. Por ello, la creación de nuevas profesiones y la regulación de su ejercicio se deben inspirar en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional (SSTC 42/1986 y 166/1992) (11).

En Sentencia de 25 marzo 1993, el Tribunal Constitucional ya afirmó que determinadas profesiones, que se encuentran directamente relacionadas con la vida, integridad y seguridad de las personas, requieren para su ejercicio titulación, colegiación y «especial protección que las proteja frente a cualquier intromisión que pudiera suponer lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos» (sobre colegiación obligatoria también ver, entre otras, SSTC 123/1987, 89/1989 y 131/1989, 96/2003 y 91/2013).

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su art. 88 proclama que «Se reconoce el

derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias, de acuerdo con lo establecido». Con anterioridad, el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y en concreto, el art. 105 (12).

La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, desarrolla el derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias, en concreto en su art. 4.1º :

«De acuerdo con lo establecido en los arts. 35 y 36 de la Constitución, se reconoce el derecho al libre ejercicio de las profesiones sanitarias, con los requisitos previstos en esta ley y en las demás normas legales que resulten aplicables» y en el apartado 7 que «El ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico».

Seguidamente, el art. 5 dispone los principios generales de las relaciones entre los profesionales sanitarios y las personas atendidas por ellos, entre los que destacan:

- a) Los profesionales tienen el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en esta ley y el resto de las normas legales y deontológicas aplicables.
- b) Los profesionales tienen el deber de hacer un uso racional de los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo, tomando en consideración, entre otros, los costes de sus decisiones, y evitando la sobreutilización, la infrautilización y la inadecuada utilización de los mismos.
- c) Los profesionales tienen el deber de respetar la personalidad, dignidad e intimidad de las personas a su cuidado y deben respetar la participación de los mismos en las tomas de decisiones que les afecten. En todo caso, deben ofrecer una información suficiente y adecuada para que aquéllos puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre dichas decisiones.

En este mismo sentido, la Ley 41/2002, creó la institución del médico responsable, definiendo en su art. 3,

«... el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo, en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales».

Se constituye, por tanto, el médico responsable como el interlocutor principal del paciente, encargado de facilitarle la información que comprende como mínimo, la finalidad y naturaleza de la intervención, sus riesgos y consecuencias.

Esto no significa, como señala el profesor Seoane, la desaparición de su deber de beneficencia. La

beneficencia subsiste, y el médico continúa obligado a procurar el bien para la vida y la salud del paciente. Lo que ha cambiado es la forma de definir dicho bien, pues ahora se trata de una beneficencia que incluye el respeto de la autonomía y que se define también conforme al proyecto de vida, valores, creencias religiosas y expectativas vitales del paciente (principio de beneficencia) (13).

Con todo ello, el Tribunal Supremo ha interpretado la libertad de actuación del médico como la facultad que tiene de escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente, poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces para el caso que se deba tratar, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la ciencia médica, o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica. Añade esta resolución que el médico es, por tanto, el encargado de establecer el tratamiento terapéutico individualizado en función de la respuesta del paciente (STS de 8 febrero 2006) (14).

Así, las obligaciones para los profesionales sanitarios son derechos para los pacientes. El pacto entre la decisión del profesional sanitario para dar la asistencia más adecuada a cada paciente y el derecho del paciente a decidir, a tomar su propia decisión, enmarcado en el derecho de autonomía del paciente, es el punto de encuentro en el que debe estrecharse la relación médico-paciente.

3. El paciente como consumidor de los servicios sanitarios

El concepto de consumidor se define en la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre 2007, incorpora la Directiva comunitaria 2011/83/UE, de 25 octubre 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, como (15) :

«Toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, y al comerciante como toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva».

El consumidor/usuario sanitario podría estar enmarcado en el concepto de consumidor vulnerable. Es un concepto, por otro lado, de difícil delimitación ya que es compleja la identificación del consumidor que se encuentra inmerso en este grupo. Es por ello que requiere la necesidad de que implique a un grupo determinado y no de manera individual, complica excesivamente su detección.

La Resolución del Parlamento Europeo de 22 mayo 2012 *sobre el refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables*, hace referencia a la vulnerabilidad del consumidor medio en la coyuntura actual atendiendo a los datos del informe *Consumer Empowerment* (16).

La transformación del modelo de atención asistencial al paciente, tal como hemos señalado en el

apartado primero, en el que el principio de autonomía del paciente es entendido como participación del paciente en la toma de decisiones clínicas, ha exigido transformar la noción del usuario del servicio sanitario a los efectos de erigir un concepto adecuado, que permita colocar al paciente en una posición de uniformidad posicional, en la que se encuentra frente al prestador del servicio.

Asimismo, el avance de la ciencia y de la tecnología y la última crisis sanitaria que estamos sufriendo, han supuesto una rápida transformación de la asistencia sanitaria a los pacientes. La situación de confinamiento y de parálisis para combatir el virus Covid-19 ha hecho necesario impulsar nuevas formas de atención a los pacientes, se han fomentado sistemas como la asistencia sanitaria telefónica o la telemedicina.

Esta situación hace necesario analizar la nueva configuración del consumidor o usuario de servicios sanitarios, en la que confluye también una parte de consumidor digital y, por tanto, habrá que tener en cuenta, de la misma manera, la normativa aplicable en este ámbito jurídico.

La aparición de la llamada *salud digital*, se refleja en los servicios sanitarios, como ocurre en la prestación del servicio de la telemedicina, las citas *on line*, la emisión de los resultados de pruebas diagnósticas electrónicamente

Siguiendo la corriente de consumerización del paciente, que nace en Estados Unidos, se considera al paciente como consumidor por entender que les protegen no solo los derechos específicos de la legislación sanitaria sino también los tradicionales derechos individuales de no interferencia (*non interference rights*) que inspiran el constitucionalismo americano. En el mismo sentido, países como Reino Unido desarrollan la concepción jurídica del paciente como consumidor final, *patient-consumer*, en la misma línea, en los países continentales como en Italia, se comienza a desarrollar la condición de *paziente-consumatore* (17).

Por ello, la aparición de la llamada *salud digital*, que se ha visto reflejada en los servicios sanitarios, como ocurre en la prestación del servicio de la telemedicina, las citas *on line*, la emisión de los resultados de pruebas diagnósticas electrónicamente, da entrada a la aparición de un nuevo concepto de consumidor/usuario sanitario que agrupa elementos de conceptos nuevos como el consumidor electrónico, consumidor medio no especializado y al consumidor vulnerable (18).

IV. CONFLICTOS SANITARIOS

K. Boulding definió el conflicto como una situación de competencia en la que cada parte desea ocupar una posición que resulta incompatible con los deseos de la otra (19).

La Constitución española reconoce el derecho fundamental a un proceso «sin dilaciones indebidas» (art. 24.2º). La STC 35/1994, de 31 de enero, señala que la finalidad específica del derecho radica en

la garantía de que el proceso judicial, incluida la ejecución, se ajuste a adecuadas pautas temporales. En este mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido en numerosas sentencias la función explicativa que tienen los tratados internacionales y, especialmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificados por nuestro país, en la delimitación del contenido de los derechos fundamentales (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 36/1984, de 14 de marzo; 38/1985, de 8 de marzo; 245/1991, de 16 de diciembre; 49/1999, de 5 de abril) (20).

El art. 6.1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial. En este mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 14.3 c) señala el derecho de toda persona acusada a ser juzgada sin dilaciones indebidas.

Son una constante en la historia institucional del Defensor del Pueblo, desde 1983 hasta la actualidad, las dilaciones indebidas que afectan a la tramitación y resolución de procedimientos en todos los órdenes jurisdiccionales. En este sentido, el Defensor del Pueblo elaboró el estudio *Retrasos en la Administración de Justicia en 2018*. En ese trabajo, se expuso la doctrina constitucional sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se realizó un estudio de las dilaciones a partir de las quejas recibidas y se examinó cuáles son las causas de las demoras, aportando algunas orientaciones para abordar el problema. Así, destaca entre éstas la necesidad de una buena *praxis* administrativa que evitara la judicialización de los conflictos previamente tramitados por la Administración.

«Por eso, es tarea de todas las administraciones públicas el perfeccionamiento de su actividad, coadyuvando con ello a la rapidez de la justicia cuando la Administración haya de ser demandada. El proceso judicial es solo uno de los medios de solución de conflictos jurídicos. Parece utópico plantear un verdadero cambio de mentalidad que considere a otros sistemas de resolución extrajudicial (autocompositivos o heterocompositivos) como preferibles por el ciudadano —y sus abogados— al proceso judicial. Lo que sí debe exigirse es que se fomenten desde los poderes públicos, que se regulen adecuadamente, que sean verdaderamente eficaces como alternativas» (21).

En el informe anual del Defensor del Pueblo para 2019 también se recoge, como una de las medidas para evitar la litigiosidad, el fomento de los medios alternativos de solución de conflictos, destacando que

«... la mediación, el arbitraje y la conciliación podrían desempeñar un papel relevante, como tales instrumentos de resolución extrajudicial de conflictos, en un ámbito mucho más amplio que el familiar, como en materia de sucesiones, de impago de hipotecas, de propiedad horizontal, conflictos por derechos reales, etcétera.»

Como señala el Defensor del Pueblo la lentitud de la justicia se refleja en la resolución de las cuestiones planteadas y que, en tanto se resuelvan éstas, las partes interesadas se sienten perjudicadas por un mecanismo lento y de futuro incierto. Por ello, cabe entender que toda iniciativa

con rigor sobre nuevas formas de resolución de conflictos puede ser acogida con cierta expectación tanto por pacientes como por profesionales.

Se trataría, por tanto, de reflexionar acerca de la oportunidad de promover, en la medida de lo posible, fórmulas alternativas a la vía judicial para dirimir controversias suscitadas entre pacientes y profesionales de la medicina, mediante la conciliación, la mediación y el arbitraje. A tal fin, el Defensor del Pueblo viene propugnando que la Administración necesita modificar sus pautas de actuación, sin que ello signifique la pérdida de sus prerrogativas, y transformarse en una organización más dialogante, más abierta, más dúctil y capaz de resolver los problemas mediante el acuerdo, procurando evitar la confrontación (22).

En esta línea de reflexión, acerca de posibles nuevas fórmulas alternativas para la resolución de los conflictos en el ámbito sanitario, cobra una especial relevancia la publicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Teniendo presente que el arbitraje se puede proyectar a cualquier ámbito en el que se plantee una controversia, no parece que exista impedimento alguno para su aplicación en el sector sanitario, aun cuando, por el momento, las experiencias en este ámbito no hayan sido suficientes. La posible y progresiva implantación de este sistema de arbitraje nos aproxima a una necesidad largamente sentida por una parte significativa de la doctrina científica, como es el establecimiento de un baremo de valoración de daños específico para la sanidad. La instauración de este baremo, que la doctrina está reclamando con más intensidad a raíz del establecimiento del seguro obligatorio de responsabilidad civil previsto en la ley de ordenación de las profesiones sanitarias, pueden introducir cuotas de sosiego y seguridad en el ejercicio profesional e incluso en las compañías aseguradoras de dicho seguro, a la vez que promover acuerdos entre las partes en conflicto, a través de la mediación y el arbitraje, al conocerse previamente la cuantía económica de las posibles indemnizaciones. De ser ello así, se lograría un avance de suma importancia en la seguridad de los pacientes (que verían satisfechas sus legítimas pretensiones a través de un sistema rápido, económico y especializado) y de los profesionales (en la medida en que puede ser una respuesta a la medicina defensiva), así como para la sociedad en general, al desjudicializarse la medicina. Efectuada una breve semblanza de la opinión de los ciudadanos manifestada ante el Defensor del Pueblo, cobra una especial relevancia la pregunta relativa a si las exigencias de los usuarios se orientan principalmente hacia aquellos extremos que conocen y sobre los que tienen información, aquellos aspectos sobre los que son capaces de formarse una opinión, y no tanto hacia aquellos otros que, aun siendo muy importantes (como pueden ser la investigación básica y clínica, la calidad técnico científica y las nuevas formas de organización y gestión), resultan más difíciles de valorar y por ello, no fijan, al menos suficientemente, una opinión en los usuarios y pacientes (23).

Los conflictos en el ámbito sanitario son muy complejos por muy diversas causas, entre las que cabe citar, por un lado, que se desarrollan en los procesos salud-enfermedad, es decir, los profesionales de la salud se enfrentan a situaciones de gran impacto (muerte, enfermedad), y, por otro, que el tipo de decisiones que se tienen que tomar alcanzan altos niveles de interacción con los pacientes. Además, cuando se trabaja en grupos con un alto nivel de interacción, y con un gran énfasis en el trabajo en equipo, existen mayores necesidades de consenso y, por lo tanto, aumentan las

posibilidades de que aparezcan diferencias, que deben de ser negociadas de modo positivo, con el fin de prevenir la aparición de los conflictos.

Estos grupos pueden ser considerados vulnerables y es esencial la formación en técnicas y herramientas de negociación, con el fin de conseguir llegar a consensos necesarios para la propia organización.

V. FOMENTO DE LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SANITARIOS

El Defensor del Pueblo viene propugnando que la Administración necesita modificar sus pautas de actuación, sin que ello signifique la pérdida de sus prerrogativas, y transformarse en una organización más dialogante, más abierta, más dúctil y capaz de resolver los problemas mediante el acuerdo, procurando evitar la confrontación.

Ahora bien, se recuerda y se echa en falta, la necesidad de regular y asentar mecanismos alternativos de solución de conflictos tendentes a evitar la prosecución del proceso judicial y representen, igualmente, el mantenimiento del orden jurídico y colectivo.

La Administración Pública, cree en la necesidad de estos sistemas, así la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, manifiestan la necesidad de conciliar intereses en el método basado en la negociación para llegar a una solución pacífica de controversias.

Para las organizaciones sanitarias, los siniestros son duras situaciones personales de pacientes que se ven inmersos en largos procedimientos administrativos y judiciales para reclamar sus intereses. Los tres participantes, el paciente, el profesional sanitario y la organización sanitaria, demandan una resolución rápida, eficaz y real en la gestión de la reclamación (24).

Así, el paciente requiere, de la organización sanitaria, una atención humana y eficaz de la resolución del conflicto.

Ahora bien, la coyuntura actual nos lleva al planteamiento de nuevos escenarios de conflictos. La desescalada del conflicto sanitario basado en el dialogo, en el acercamiento al paciente, en la escucha activa, es decir, en la comunicación, nos acercará a un mayor respeto por el derecho de autonomía del paciente y por el derecho del médico a su libertad de elección del tratamiento más acorde a la patología del paciente. La confianza es la esencia de la relación médico-paciente y requiere resolver sus controversias a través de sistemas que lo garanticen.

La humanización del conflicto es la piedra angular para una mejora en la atención de calidad a los usuarios de los servicios sanitarios. Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos se están incorporando a los procedimientos de la Administración Pública y en las organizaciones privadas; sistemas como la negociación o la mediación sanitaria se avocan como herramientas indispensables

en la prevención, gestión y resolución de un conflicto sanitario

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR OLIVARES, Y., *Las practicas agresivas desleales en el Mercado y la tutela del consumidor*, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2019. [<https://www.redaccionmedica.com/opinion/-es-la-hora-del-cambio-del-modelo-de-aseguramiento-para-las-administraciones-sanitarias--7374>].
- AGUILAR OLIVARES, Y., «La resolución extrajudicial de conflictos en derecho sanitario y la protección de los consumidores: la humanización del conflicto», Sepín, 2020 [<https://plataformaredes.es/2020/03/12/la-resolucion-extrajudicial-de-conflictos-en-derecho-sanitario-y-la-proteccion-de-los-consumidores-la-humanizacion-del-conflicto/>].
- BASSOLS JACAS, R., *El arte de la negociación*, Madrid, CEU ediciones, 2016.
- BOULDING, K., *Conflict and Defence, a general theory*, Nueva York, Harper & Row 1963.
- DE LORENZO Y MONTERO, R., *Derechos y Obligaciones de los Pacientes*, Colex, 2019, pp. 21 ss.
- GARCÍA CABEZAS, M.E., «Humanizar la asistencia en los grandes hospitales: un reto para el profesional sanitario», *Metas de enfermería*, vol. 17, n.º 1, 2014, pp. 70-74.
- INACARDONA Y PORIBO, «The average consumer, the unfair commercial practices Directive and the cognitive revolution», *Journal of Consumer Policy Issue*, vol. 30, 2007, pp. 28 ss.
- MARIN LOPEZ, M.J., «Nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista Cesco*, 2014, pp. 9-16.
- 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.
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. de, «Libertad profesional del médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, 31, 2017, pp. 11-51 [<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.31.01>].
- MARCUS, L.M Y DORN, B., *Renegotiating Health Care*, San Francisco, Jossey-Bass, 2011.
- PLAZA PENADÉS, J., *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Pamplona, Aranzadi, 2002.
- SEOANE, J.A., «*El perímetro de la objeción de conciencia*» Indret , Barcelona, 2009, pp. 9 ss.
- STUCK, J., «The notion of the Empowered and informed consumer policy and how to protect the vulnerable under such a regime», *The Yearbook of Consumer Law*, 2007.
- TOMILLO URBINA, J., *La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del*

paciente como consumidor en La protección jurídica del paciente como consumidor». Cizur Menor, Thomson Reuters. Pamplona, 2010.

-
- (1) R. De Lorenzo y Montero, *Derechos y Obligaciones de los Pacientes*, Colex, 2019, pp. 21 y ss. Ver Texto
- (2) *Ibíd.*, pp. 29-30. Ver Texto
- (3) S. Spinsanti, *L'alleanza terapeutica*, Roma, Borla. 1988. Ver Texto
- (4) M.E. García Cabezas, «Humanizar la asistencia en los grandes hospitales: un reto para el profesional sanitario», *Metas de enfermería*, vol. 17, n.º 1, 2014, pp. 70-74. Ver Texto
- (5) J. Solís García del Pozo, «Autonomismo y humanización de la asistencia sanitaria ¿una pareja de hecho?», *Pers. bioét.*, vol. 22, n.º 2, 2018, 263-270. DOI: 10.5294/pebi.2018.22.2.5. Ver Texto
- (6) J. Bermejo, *Humanizar la asistencia sanitaria*, Bilbao, Desclée de Brouwer; 2014 Ver Texto
- (7) Plan de Humanización de la Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid, 2016-2019. Ver Texto
- (8) F. de Montalvo Jääskeläinen, «Libertad profesional del médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, 31, 2017, pp. 11-51. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.31.01>. Ver Texto
- (9) J. Tomillo Urbina, *La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor en La protección jurídica del paciente como consumidor*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010. Ver Texto

(10) J. Plaza Penadés, *El nuevo marco de la responsabilidad medica y hospitalaria*, Pamplona, Aranzadi, 2002

[Ver Texto](#)

(11) El Tribunal Constitucional así lo tiene reconocido en sentencias 76/1983, 23/1984, 123/1987 y 89/1989, entre otras en las que señala que «los colegios profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados sino también y, en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual por lo general, las atribuye, asimismo, al ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquellas». En el mismo sentido cabe citar la STC 84/2014, de 29 de mayo.

[Ver Texto](#)

(12) «1. La asistencia farmacéutica comprenderá las fórmulas magistrales, especialidades y efectos o accesorios farmacéuticos que se prescriban por los facultativos de la Seguridad Social», añadiendo en el siguiente art. 106 sobre la libertad de prescripción que «Los facultativos encargados de los servicios sanitarios de este Régimen General podrán prescribir libremente las fórmulas magistrales y las especialidades farmacéuticas reconocidas por la legislación sanitaria vigente que sean convenientes para la recuperación de la salud de sus pacientes».

[Ver Texto](#)

(13) J.A. Seoane, «El perímetro de la objeción de conciencia», *Indret*, Barcelona, 2009, pp. 9 ss.

[Ver Texto](#)

(14) F. de Montalvo Jääskeläinen, *loc. cit*, pp. 11-51.

[Ver Texto](#)

(15) M.J. Marín López, «Nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista Cesco*, 2014, pp. 9-16.

[Ver Texto](#)

(16) Inacardona y Poribo, «The average consumer, the unfair commercial practices Directive and the cognitive revolution», *Journal of Consumer Policy Issue*, 2007, vol. 30, 2007, pp. 28 ss.

[Ver Texto](#)

(17) J. Cayon de las Cuevas, *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo*, Thomson Reuters, 2017.

[Ver Texto](#)

(18) Y. Aguilar Olivares, *La resolución extrajudicial de conflictos en derecho sanitario y la protección de los consumidores: la humanización del conflicto*, Sepín, 2020.

Ver Texto

(19) K. Boulding, *Conflict and Defence, a general theory*, New York, Harper & Row 1963.

Ver Texto

(20) «Retrasos en la Administración de Justicia», 2018, Informe del Defensor del Pueblo.

Ver Texto

(21) Informe del Defensor del Pueblo, 2019.

Ver Texto

(22) *Ibid.*

Ver Texto

(23) Retrasos en la Administración de Justicia, 2019, pp. 46 y ss.

Ver Texto

(24) [<https://www.redaccionmedica.com/opinion/-es-la-hora-del-cambio-del-modelo-de-aseguramiento-para-las-administraciones-sanitarias--7374>].

Ver Texto

Visados consulares, entrevistas personales, recursos legales, y mediación

Consular visas, personal interviews, legal resources, and mediation

Resulta evidente que la *pandemia* nos debe llevar a desarrollar, como sucede en otros países, todas las vías que permitan evitar el conflicto ante los tribunales. Y para ello es indispensable conocer lo mejor posible la posición del administrado y su capacidad de defensa de los derechos que le reconocen las leyes. Con este propósito, es obligación de todos los funcionarios consulares evitar errores de juicio, recurriendo para ello a las vías informativas disponibles, ordinarias o extraordinarias. El autor de este artículo, entusiasta converso en favor de los medios alternativos o extrajudiciales para la solución de conflictos, considera que la mediación permite no solo superar un conflicto concreto sino mejorar las relaciones entre las partes de cara a la futura convivencia en los distintos campos del Derecho, lo que incluye ciertamente a la Administración consular.

Funciones consulares, Visados, Entrevista personal, Utilidad de la mediación.

It is clear that the pandemic must lead us to develop, as is the case in other countries, all avenues to avoid conflict in the courts. And to do so, it is essential to have the best possible knowledge of the position of the administered person and his or her capacity to defend the rights recognised by the law. To this end, it is the obligation of all consular officials to avoid errors of judgment, using the available information channels, ordinary or extraordinary. The author of this article, an enthusiastic convert in favour of alternative or extra-judicial means of conflict resolution, considers that mediation allows not only to overcome a specific conflict but also to improve relations between the parties with a view to future coexistence in the different fields of law, which certainly includes the consular administration.

Consular functions, Visas, Personal interview, Usefulness of mediation.



Javier Jiménez-Ugarte

Embajador de España (ret.)

Consejero «López Rodó & Cruz Ferrer»

Ha llegado el momento de compartir como útil *caso práctico* lo vivido en mi deseo de *mediar en favor de una abogada en ejercicio*, contratada por una empleadora madrileña, que vio denegado el visado solicitado en el *Consulado de España en Lima*, por injustificadas sospechas de existir «fraude de ley». El caso parecía sencillo, pues se había obtenido ya la autorización de residencia y trabajo de la

Delegación de Gobierno competente, en favor de un ciudadano peruano dispuesto a trabajar como «cuidador» del progenitor de la empleadora.

Me tocó recuperar recuerdos profesionales de mis años vividos como *Cónsul General de España en Nador* (2005), y en *Tetuán y Larache* (2006-2010), que me había ocupado de recoger en una pequeña obra (1), y acompañar a la entregada abogada en su lucha por ver enmendada lo que parecía un claro error de la administración consular competente para la concesión o denegación de los muy cotizados visados para entrar y trabajar legalmente en España. Utilizamos pues las distintas vías legales disponibles, empezando por la solicitud de que se entrevistase al interesado para la eventual revisión de la denegación impuesta.

I. ENTREVISTA PERSONAL

Esta figura ocupa, sin duda, lugar preeminente en la gestión de los *visados de residencia y trabajo*, que tanta importancia tienen no solo en el país que los concede sino en los otros miembros de la Unión Europea que forman parte del «espacio Schengen». Ciertamente, las *entrevistas personales con el solicitante* acarrear mayores esfuerzos al titular, pero responden a precisas instrucciones. La nueva *Guía del Ministerio de Exteriores*, invita a «celebrar la entrevista personal cuando sea necesario comprobar la veracidad del motivo de solicitud de visado; en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración española, además del intérprete, en caso necesario, y quedará constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes de la que se entregará copia al interesado» (2). Conlleva, como vemos, la *redacción de un Acta* lo que obliga a un pronunciamiento por escrito, objetivo y fiel a lo declarado.

Había sido mi arma preferida para intentar ser lo más justo posible en mis años de Cónsul, por lo que había escrito en mi citado Manual que «desde enero de 2006 hasta la fecha en que escribo estas líneas puedo haber entrevistado a unas mil personas. No puedo negar que lo digo con emoción y satisfacción ya que la reacción de nuestros entrevistados fue siempre de agradecimiento por la cercanía que este comportamiento mostraba hacia los solicitantes marroquíes».

Desgraciadamente, ni el *Cónsul General* ni el *Cónsul adjunto*, actualmente destinados en Lima, aceptaron convocar al solicitante, y siguieron rechazando la concesión del visado, reiterado, sin mayores pruebas, la existencia de un «fraude de ley», lo que llevó al primer *recurso administrativo*.

II. RECURSO DE REPOSICIÓN

Es el recurso más sencillo y frecuente, aunque casi nunca resuelto en favor del recurrente. Se mantiene afortunadamente para distintos tipos de *visados de residencia* la exigencia de una personalizada *motivación de la denegación*. El art. 27.6º de la Ley Orgánica 4/2000 declara con rotundidad que «la denegación del visado deberá ser motivada cuando se trate de visados para el trabajo por cuenta ajena».

Este primer recurso debería, pues, llevar a la administración consular a *desarrollar al máximo* la motivación, procurando concretarla para evitar así eventuales derrotas por vía contenciosa ante los

Tribunales, lo que siempre daña la imagen de nuestros Consulados y, en última instancia, del propio Ministerio, del que dependen. Desgraciadamente, una buena motivación *ad hoc* no suele ser la regla general en los momentos actuales con Consulados saturados ante la fuerte presión migratoria, por lo que, al término de mis cuarenta y cinco años de actividad, tengo que reconocer que los párrafos firmados por el Cónsul o por el Canciller siguen generando duras y justificadas críticas por parte de los abogados y particulares afectados.

Como escribí en mi citado Manual, «la complejidad de la política de visados consulares, su carácter burocrático y casuístico, su falta de todo *glamour*, sus agobiantes exigencias cotidianas nada tienen que ver con lo que muchos jóvenes buscan cuando optan por la mucho más atractiva función diplomática» (3).

En nuestro caso, el recurso de reposición se desestimó con la habitual fórmula estereotipada, indicándose a continuación que *contra la decisión denegatoria cabría interponer un recurso contencioso-administrativo*, vía que, por su complejidad, gran duración y coste, sirve de cómoda salvaguardia de la Administración consular, y, en este caso, de los dos Cónsules que se negaron a hacer la solicitada entrevista personal.

Y sin embargo el conflicto se hubiese podido evita atendiendo la *petición del «mediador»* de proceder a una entrevista con el demandante para saber con certeza si existía o no el pretendido «fraude de Ley». Es indudable que en los momentos actuales cuando nuestros Tribunales sufren un nuevo y monumental atasco es especialmente importante que la administración consular cumpla con su deber y que recurra a las citadas entrevistas para encontrar una *solución alternativa*, evitando así el nacimiento de un contencioso legal más. Desgraciadamente, por razones que se me escapan, — quizás el mero instinto burocrático de sostenella y no enmendalla— los Cónsules en Lima optaron por la confrontación, convencidos, sin duda, de que poco puede hacer un particular frente a una denegación arbitraria de un visado de trabajo.

III. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN (2007)

Recordé entonces viejas experiencias profesionales vividas en mis reiterados años consulares. En efecto, el administrado puede acudir previamente, en determinadas y tasadas circunstancias, al *recurso extraordinario de revisión*.

Me tocó hacer frente a este *segundo recurso administrativo* en más de una ocasión cuando estaba al frente del *Consulado de España en Tetuán*. Reconozco que constituyó una sorpresa, pero también agradezco que ello me permitiese subsanar un error cometido, que quedó en evidencia ante los *nuevos documentos aportados*, y pudo ser debidamente subsanado en base a lo dispuesto en el *art.108.1. 2ª de la Ley 30/1992*. El *acta de la entrevista personal*, recomendada para los casos de visados de residencia por el art. 51.8º del Reglamento de Extranjería 2393/2004, entonces en vigor, contribuyó también grandemente a garantizar que no había fraude de ley.

Se trataba de una denegación de visado de trabajo solicitado por un empleador marroquí en favor de su hermano. En el recurso se aportó una comunicación oficial de la *Tesorería General de la Seguridad*

Social recordando que la prohibición de contratación laboral entre consanguíneos, prevista en el artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, permite «prueba en contrario». Y a dichos efectos el recurrente incorporó *informe de vida laboral* de su empresa acreditativo del alta en la misma de otros trabajadores marroquíes, bien contratados en Marruecos, bien en España, con los consiguientes *formularios de cotización*.

Ello me llevó a conceder finalmente el visado requerido en una larga y razonada *Resolución estimatoria* del citado recurso, que figura como *Anejo* en mi citado Manual. Es cierto que otros dos recursos similares, que se elevaron al Consulado, fueron prontamente rechazados por no cumplir con las exigencias legales.

IV. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN (2019) Y DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO

La normativa en vigor mantiene en su totalidad el citado recurso administrativo, hoy recogido en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 39/2015. Esta posibilidad figuraba en viejos formularios consulares, y sigue apareciendo en las Resoluciones desestimatoria de la Administración central, tras el ya analizado recurso de reposición.

Pudo pues mi amiga abogada, con renovadas esperanzas, reunir nuevos escritos y testimonios capaces de garantizar que no había riesgo alguno de «fraude de ley», y presentar debidamente el recurso extraordinario de revisión previsto en nuestro ordenamiento.

También nos pareció oportuno estudiar la rica doctrina del Consejo de Estado sobre los recursos extraordinarios de revisión, en base a lo dispuesto en el artículo 22, apartado nueve, de su Ley Orgánica 3/1980, que indica que La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada al efecto. Conté para ello con el generoso apoyo de la Letrada de esa digna Institución, Rosa Collado.

En su *Memoria del año 2017*, segunda parte, Capítulo VI y Capítulo VII, encuentra el lector una exposición exhaustiva sobre todo lo hecho y dicho por el Alto Órgano Consultivo en esta interesante materia de la revisión, bien *a instancia de parte* bien como *revocación de oficio*, bien en los casos de *falta de legalidad* bien en los de *debida oportunidad*. Se refiere la Memoria a distintos Dictámenes, desde los años noventa, solicitados por los Ministerios o Comunidades Autónomas concernidos, sobre muy variados casos (4) .

Por no salirme del entorno de los visados, mencionaré solo tres recursos extraordinarios de revisión, planteados ante el Ministerio de Interior (Dictámenes nºs 4.547/1997, 2.475/1998 y 1.034/1999) y remitidos por éste para dictamen. Eran supuestos de denegación del permiso de trabajo, de renovación del permiso de trabajo, y de no reconocimiento de la exención de visado para ascendiente de menor español. Las opiniones consultivas emitidas dejan clara la alta calidad jurídica de los razonamientos manejados por el Consejo de Estado, enormemente respetuoso con la normativa en vigor sobre los derechos de recurrente y recurrido. Lo mismo cabría decir sobre la desestimación de otro recurso extraordinario planteado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores por denegación del recurso de alzada contra nombramiento de intérprete jurado (Dictamen n.º

251/2006).

Desgraciadamente, el Consulado en Lima pareció optar por el tradicional principio de que *la Administración no puede ir contra sus propios actos*, frente al igualmente válido de que, para su mejor funcionamiento, *la Administración debe estar abierta a la revisión y revocación de oficio* en los casos previstos en nuestro ordenamiento. Y, tras declarar inadmisibile el recurso de revisión, se limitó a abrir la vía para un contencioso-administrativo, en el que finalmente tocaría a los sufridos Abogados del Estado defender a unos Cónsules que no quisieron acceder a la veracidad de la solicitud del visado a través de una sencilla entrevista con el interesado.

V. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Es evidente que este último tipo de recurso no es idóneo para los supuestos de visados consulares para residencia y trabajo. Exige un largo tiempo para su tramitación y no frena los males generados por la denegación, que pueden llegar a la pérdida del puesto de trabajo ofrecido al solicitante, salvo a través de la casi siempre inaccesible condena a *abonar daños y perjuicios*.

Ello se ha visto demostrado especialmente en este caso dado el ulterior *fallecimiento de la persona dependiente* que, gracias a la disponibilidad de su hija en condición de empleadora, esperaba poder contar con un cuidador peruano especialmente interesado en esta opción laboral.

El inexorable paso del tiempo, —la solicitud inicial de visado en Lima tuvo lugar hace ya más de un año—, y la muerte del solicitante, harán que no podamos ver enmendada por vía contenciosa la errónea decisión tomada por los citados Cónsules. Es fácil imaginar que la empleadora, abogada penalista, tras perder a su padre no puede tener interés alguno en pleitear contra la administración consular, aunque por otro lado siempre recordará el despectivo trato que recibió el empleado por ella elegido.

Lo sucedido impedirá también la siempre benéfica intervención del Consejo de Estado ante un eventual requerimiento del Juez competente en la vía contenciosa para conocer su opinión no vinculante sobre la revisión solicitada. Ciertamente, a pesar del pronunciamiento desfavorable del Consulado en Lima se habría podido llegar, como en otros recursos de revisión desestimados, a una posible *revisión de oficio* por la propia Administración. Así sucedió con el Dictamen 1440/2012 sobre la solicitud de *admitir a trámite el recurso de revisión interpuesto y, previo dictamen del Consejo de Estado, resolver sobre el mismo*», en la que el *Alto Órgano Consultivo terminó recomendando una revocación del acto desfavorable o de gravamen en cuestión*.

Termino reiterando lo que escribí el 12 de enero de 2020 en la revista *Otrosí digital* del Colegio de Abogados de Madrid: «Estoy seguro de que estos recursos extraordinarios de revisión o de revocación de oficio, y la eventual intervención del Alto Órgano Consultivo, redundarían en un mejor servicio consular al permitir subsanar errores flagrantes a través de vías que acercan a un mayor diálogo con la Administración, en búsqueda de soluciones que eviten cargar más a nuestros saturados Tribunales».

VI. EN FAVOR DE LA MEDIACIÓN

Narrado todo lo anterior, con el triste final del fallecimiento del empleador al que quería atender el emigrante peruano que frenó la posibilidad de llevar lo sucedido a la vía contencioso-administrativa, quisiera aprovechar para decir algo más sobre la Mediación, en sentido amplio, que ha ganado creciente importancia tras la pandemia. El ex Ministro de Justicia, Rafael Catalá, escribía que: «la mediación es una herramienta que permite controlar la incertidumbre aparejada a toda disputa a través de un proceso en el que la solución no viene impuesta por un tercero (el juez o el árbitro) sino que se construye de mutuo acuerdo por las partes asistidas por un mediador profesional» (5).

Reconozco mi fuerte frustración personal por no haber logrado, a pesar de haberme especializado como *Mediador*, y figurar inscrito como tal en el listado de oficial del Ministerio de Justicia, que compañeros diplomáticos más jóvenes entendiesen que es nuestra obligación, en casos como éste, fácilmente ganables para el administrado, evitar conflictos judiciales a nuestro Ministerio de Asuntos Exteriores y a sus Abogados del Estado, y recurrir para ello a todas las vías existentes para no agravar el colapso creciente de nuestros Tribunales.

La reciente *pandemia* que aún sufre España ha dado la razón a estos viejos planteamientos que defendí en todas mis múltiples comunicaciones, verbales y por escrito, con los dos Cónsules de España en Lima, y que logré reiterar a sus jefes en la Dirección General de Asuntos Consulares y en la propia Subsecretaría en Madrid, defensoras, una y otra, de la *total autonomía de los Cónsules de España en temas de visados*, lo que resulta, en mi opinión, discutible.

Por citar un supuesto legal contrario, recordaré que el art. 50 del Real Decreto 557/2011 que regula los «Visados y autorizaciones de residencia de carácter extraordinario», en su apartado primero, prevé que *el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación puede ordenar a una misión diplomática u oficina consular la expedición de un visado de residencia*. Ello me llevó a preguntarme si no sería preferible para el Estado, en supuestos como éste, una intervención directa de la Superioridad para evitar un nuevo contencioso que perdería la Administración consular, posiblemente con «condena en costas», e incluso «daños y perjuicios» en supuestos de probada negligencia.

Pero volvamos a la mediación en momentos de pandemia. Sin utilizar específicamente este término, el Real Decreto Ley n.º 15/2020, tras imponer la interrupción de los plazos judiciales, se pronunciaba ya en favor de *la negociación entre las partes*. El propio Consejo General del Poder Judicial, en su «Plan de Choque 2020» para la modernización de la Justicia, que fue actualizado y enriquecido durante la trágica situación generada por el COVID, bajo el *objetivo de reducir la litigiosidad*, declaraba —Medida 2.2— como *esencial en estos momentos buscar fórmulas que incentiven la solución extrajudicial de conflictos*. Y, por último, en el Primer Documento de Trabajo del CGPJ, tras el Estado de alarma declarado en el RD 463/220, de 14 de marzo, «se propone *una regulación específica de la condena al pago de las costas procesales, ampliando el margen de valoración sobre circunstancias tales como la formulación de planteamientos insostenibles*».

En nuestro caso consular no debería darse una actitud negativa hacia

la mediación

El tema, como ha demostrado el prestigioso magistrado Pascual Sala Sánchez, da para profundos análisis con visión de futuro, y así lo demuestra en su muy reciente estudio. En el mismo, analiza *la Mediación no ya como sistema alternativo al judicial para la resolución de conflictos sino como sistema complementario del mismo e integrado en él por decisión de los propios tribunales*. Recuerda cómo el Preámbulo de la famosa Directiva de la UE sobre Mediación recomendaba *extenderla al ámbito de las relaciones de la Administración y los poderes públicos con los ciudadanos dentro de los conflictos en que las partes tuvieran facultades de disposición*. En su trabajo, Pascual Sala estudia en detalle tanto la «Mediación Administrativa antejudicial» como la «Mediación intrajudicial» en la vía contencioso-administrativa, muy bien reglamentada —afirma— en la «Guía» elaborada al efecto por el propio CGPJ, añadiendo un ilustrativo apartado sobre la, ya de moda en el mundo urbanístico, «Mediación en ejecución de sentencia». Me limitaré a citar su conclusión en favor de *la necesidad de una vía administrativa previa a la derivación judicial del problema, vía en que la Administración se pronuncie, en su condición de representante del interés público y de su vinculación positiva a la Ley, sin dejar de reconocer que la citada Administración, que ostenta las facultades de autotutela declarativa y ejecutiva, resulta poco proclive a acudir a medios alternativos al judicial para la solución del conflicto en dicha fase* (6).

Pienso que en nuestro caso consular tampoco debería darse una actitud negativa hacia la Mediación pues toda nuestra normativa en tema de visados, y en general de extranjería, se inspira desde la «Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España» y, sobre todo, a partir de su Reforma de 2009, en *principios de creciente igualdad entre extranjeros y nacionales* (7), algo que debe beneficiar también a quienes son candidatos a una inmigración legal a través de la obtención del correspondiente visado de trabajo y residencia.

Sin duda, similares planeamientos inspiran a la Unión Europea. El profesor Jose Carlos Fernández Rozas destacaba en un reciente trabajo, la existencia de «un cierto fortalecimiento del papel de la Unión tras el Tratado de Lisboa, sin dejar de ser "competencia compartida", en favor de normas específicas en el ámbito de las condiciones de entrada y residencia, así como en la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar», que ciertamente en mi práctica consular y en la absoluta mayoría de los países europeos, han ido siempre acompañados de la entrevista previa (8).

Pasando al presente, resulta evidente que la *pandemia* nos debe llevar a desarrollar, como sucede en otros países, todas las vías que permitan evitar el conflicto ante los tribunales. Y para ello es indispensable conocer lo mejor posible la posición del administrado y su capacidad de defensa de los derechos que le reconocen las leyes. Es obligación de todos los funcionarios consulares evitar errores de juicio como sucedió en el caso hasta aquí comentado, recurriendo para ello a las vías informativas disponibles, ordinarias o extraordinarias.

Volviendo a mi caso práctico de confrontación con el Consulado de España en Lima, llegué a escribir

en que «estoy seguro de que estos recursos extraordinarios de revisión y la eventual intervención del Alto Órgano consultivo redundarían en un *mayor diálogo con la Administración*, siempre en búsqueda de soluciones que eviten cargar más a nuestros saturados Tribunales» (9) . Quería con esta frase acentuar la necesidad que tiene el Administrado de encontrar a interlocutores capaces de escuchar los planteamientos del solicitante, para lo que a menudo no basta con la fría lectura de los formularios exigidos.

Como entusiasta converso en favor de los *medios alternativos o extrajudiciales para la solución de conflictos*, opto por citar una *Tercera de ABC*, de 27 septiembre 2018, «*De la Mediación a una Cultura para la Paz*», donde escribí que *la mediación permite no solo superar un conflicto concreto sino mejorar las relaciones entre las partes de cara a la futura convivencia en los distintos campos del Derecho*, algo que aprendí leyendo una obra muy recomendable del magistrado Pascual Ortuño, en el que invita a comunicar, «negociar, y mediar en todos los campos de Derecho, con un capítulo especialmente dedicado a la Mediación entre los ciudadanos y la Administración pública» (10) , lo que incluye ciertamente a la Administración consular.

(1) J. Jiménez-Ugarte, *Práctica consular e inmigración*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008.

[Ver Texto](#)

(2) Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, *Los Visado en el Derecho Español y de la Unión Europea*, Madrid, 2019, p. 311.

[Ver Texto](#)

(3) J. Jiménez-Ugarte, *Práctica consular...*, *op. cit.*, p. 21.

[Ver Texto](#)

(4) Consejo de Estado, *Memoria del Año 2017*, Madrid, 2018

[Ver Texto](#)

(5) R. Catalá, «La mediación brinda a las empresas un instrumento eficaz de competitividad y sostenibilidad en la resolución de sus conflictos», *LA LEY: Mediación y Arbitraje*, n.º 3, 2020

[Ver Texto](#)

(6) P. Sala Sánchez, da para profundos análisis con visión de futuro, y así lo demuestra en su muy reciente estudio, «La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo», *Diario LA LEY*, 6 mayo 2020.

[Ver Texto](#)

(7) *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería, LO 2/2009*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

[Ver Texto](#)

(8) J.C. Fernández Rozas, «Luces y sombras de veinte años de política común en materia de control de fronteras, asilo e inmigración», *LA LEY, Unión Europea*, n.º 76, diciembre 2019.,

[Ver Texto](#)

(9) Revista digital *Otrosí* del ICAM, 12 enero 2020.

[Ver Texto](#)

(10) P. Ortuño, *Justicia sin Jueces*, Ed. Ariel, 2018.

[Ver Texto](#)

ADR en los conflictos familiares

ADR in Family Conflicts

Los métodos alternativos de resolución de conflictos, están adquiriendo una gran relevancia en el ámbito familiar, al no encontrar en la vía judicial el ámbito idóneo para su gestión y resolución. Los cambios socioculturales y la mutación de las estructuras familiares llevan a buscar nuevos cauces para la resolución de los conflictos en las Alternative Dispute Resolution, especialmente, en la mediación y el arbitraje. El protagonismo que en dichos métodos posee la autonomía de las partes y su carácter flexible, permite resolver los conflictos familiares con un menor coste emocional y económico, consiguiendo a la vez una mayor implicación de las partes. Este trabajo tratará de exponer la funcionalidad y usos del arbitraje y la mediación en los conflictos familiares, con la finalidad de vislumbrar la necesidad y conveniencia de extender los beneficios de estos métodos a la diversa tipología de conflictos familiares que se presenten.

ADR, Conflictos familiares, Arbitraje, Mediación.

Alternative methods of conflict resolution are becoming very important in the family sphere, due to not finding the right area for its management and resolution in the judicial process. Sociocultural changes and the mutation of family structures lead to new channels for conflict resolution in the Alternative Dispute Resolution, especially in mediation and arbitration. The prominence that in these methods possesses the autonomy of the parties and their flexible nature, allows family conflicts to be resolved at a lower emotional and economic cost, while achieving greater involvement of the parties. This work will seek to expose the functionality and uses of arbitration and mediation in family conflicts, in order to glimpse the need and desirability of extending the benefits of these methods to the diverse typology of family conflicts that arise.

ADR, Family conflicts, Arbitration, Mediation.



Carmen Barrón López

Doctora en Derecho, Abogada

I. INTEGRACIÓN DE LAS ADR EN EL NUEVO MODELO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Los cauces alternativos no judiciales de resolución de conflictos —las denominadas Alternative Dispute Resolution o ADR—, aunque tienen sus antecedentes en los tiempos más remotos como vías de resolución de conflicto (1), surgen en los años 60 en EE UU (2) como movimiento de libre acceso a

la Justicia, que pretendió dar respuesta a la necesidad de atender la creciente complejidad de las relaciones jurídicas y facilitar el acceso a la Justicia al ciudadano por vías no jurisdiccionales (3) .

La incorporación de las ADR en nuestro modelo continental atiende al reto de los países democráticos de facilitar el acceso a la Justicia del ciudadano, proporcionando un sistema adaptado a las necesidades evolutivas de la nueva realidad económica y social, impulsado por su reconocimiento, tanto a nivel nacional como internacional, con denominaciones como MARC (Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos), MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos), RAC (Resolución Alternativa de Conflictos) (4) .

Los mecanismos o sistemas alternativos para la resolución de controversias engloban diversas técnicas para la resolución de conflictos distintos del proceso judicial que pueden ser objeto de diversas clasificaciones. En términos generales, distinguiremos las vías autocompositivas, entre las que se encuentra la negociación, la conciliación y la mediación, sobre la base común de que son las partes las que de forma voluntaria alcanzan un acuerdo o transacción que ponga fin a la controversia. En cambio, sistemas heterocompositivos, entre los que se encuentran el arbitraje y la vía judicial, se caracterizan porque la controversia entre las partes es resuelta por un tercero imparcial mediante una resolución vinculante para las partes, que produce efecto de cosa juzgada y tiene fuerza ejecutiva.

En la actualidad, es una realidad indiscutida la incardinación de la mediación o el arbitraje en un nuestro modelo de Justicia, coexistiendo con los tribunales. Estos mecanismos se han venido posicionando junto a la vía judicial, como piezas esenciales para la resolución de conflictos de Derecho privado, configurando un paradigma de justicia eficaz que ha cambiado su visión inicial de vías alternativas hasta valorarlas como vías complementarias (5) . A este respecto, señala Soletto Muñoz que los métodos adecuados de resolución de conflictos pueden relacionarse de forma muy variada con el sistema judicial, manteniendo una relación desde complementación a ajenidad, pasando por plantearse como una alternativa (6) .

En este punto resulta ya incuestionable que, aunque los tribunales han sido la única vía planteada para la resolución de conflictos, se han impulsado doctrinalmente otras vías de acceso a la Justicia, que configuran un nuevo modelo de Justicia, entendida como la eficiencia del modelo (7) . En este punto, compartimos con Redorta Lorente (8) que *«el acceso a la Justicia por los ciudadanos debe ser visto como el derecho de acceso a los medios apropiados de resolución de conflictos en función de las circunstancias del caso»*.

En el ámbito familiar, la corriente de implantación de nuevas formas de afrontar los conflictos ha venido demandada por las transformaciones producidas en las relaciones familiares que han generado una nueva realidad conflictual que requiere una respuesta efectiva. En la búsqueda de vías alternativas o complementarias que gestionen de forma más dinámica y especializada estos conflictos con componentes de ámbito afectivo y familiar, han cobrado especial protagonismo el arbitraje y, fundamentalmente, la mediación.

El ámbito familiar será el que más peculiaridades plantea y en el que la elección del método de gestión y resolución de conflictos tiene más efectos para la futura relación entre las partes

En línea con lo expuesto, los conflictos surgidos en el seno familiar tendrán un componente emotivo que no podrá ser atendido, ni resuelto en los tribunales; es más, en el *iter* del procedimiento judicial se incrementarán y tensionarán más las ya deterioradas relaciones familiares que lo han originado. En suma, ante la saturación que sufren nuestros tribunales de justicia, la vía judicial no parece ser la más idónea para la resolución de las controversias en el ámbito familiar, por lo que, se plantea la posibilidad al ciudadano de optar por diversos mecanismos en el ejercicio de la libertad de disposición y autonomía de voluntad (9).

En la búsqueda de técnicas que de forma efectiva gestionen la conflictividad en el ámbito familiar, el eje central de este trabajo será la mediación que se ha posicionado con fuerza, desplazando en cierto sentido a la vía judicial, al proporcionar una solución especializada, más ágil, segura y económica, que se adapta a la singularidad del conflicto. Asimismo, valoraremos la aplicación del arbitraje en dicho ámbito familiar, como institución heterocompositiva que puede ser de especial utilidad en la gestión y resolución de conflictos familiar con componentes económicos o empresariales.

II. LA CONFLICTIVIDAD EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Como venimos comentando, la implantación de las ADR ha ofrecido al ciudadano un abanico de vías para acceder a la Justicia, dándole la oportunidad de decidir la vía más idónea a cada tipo de conflicto. Para ello, se hace necesario un diagnóstico del conflicto y de la relación entre las partes afectadas. En este sentido, el ámbito familiar será el que más peculiaridades plantea y en el que la elección del método de gestión y resolución de conflictos tiene más efectos para la futura relación entre las partes.

Hemos de señalar que la familiar es un sistema complejo, integrado por componentes dinámicos y evolutivos. Asimismo, las relaciones familiares han sufrido recientemente múltiples transformaciones derivadas de la evolución social, económica, política y cultural.

Por todo ello, para abordar el tratamiento de los conflictos en el ámbito familiar, resulta necesario efectuar una aproximación al panorama actual de las relaciones familiares y los componentes del conflicto familiar, de cara a considerar cuales son los medios de gestión y resolución más idóneos.

1. *Status quo* de las relaciones familiares

La familia es una institución viva sometida a continuos cambios fruto de la evolución de las relaciones familiares. Dicha transformación ha incidido directamente en la regulación del Derecho de familia, que ha ido adaptándose a dicha evolución.

Por tanto, no podemos referirnos a la familia sobre su concepto histórico, sino que, hay que entenderla en su evolución, según el momento actual y las necesidades económicas existentes (10).

En este sentido, en las últimas décadas se ha ido configurando un nuevo modelo de familia con la admisión de parámetros y tipologías insospechadas. Así, la idea del matrimonio heterosexual indisoluble ha dado paso a la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo y su disolución mediante la separación o el divorcio. Asimismo, el concepto de paternidad biológica se ha ampliado con la adopción, fecundación in vitro, maternidad subrogada, etc. De manera que, las situaciones conflictuales derivadas de las nuevas relaciones familiares serán más complejas y requerirán un método adaptado a su naturaleza y evolución. En este sentido, ante la constante evolución de la familia y la diversa casuística de las relaciones familiares, la gestión y resolución de los conflictos se torna más compleja.

Ciertamente, los conflictos familiares exceden de las crisis de pareja o matrimoniales, extendiéndose a contextos más diversos y cambiantes, lo que plantea la necesidad de aplicar métodos más adaptados a su idiosincrasia, como la mediación familiar, que extienda sus beneficios a todos los miembros del sistema familiar y atienda la diversa tipología de conflictos que se presenten.

En consecuencia, ante el panorama cambiante actual de las relaciones familiares y su repercusión en Derecho de familia, la mediación se dibuja como un método especialmente recomendable, que reconduce la gestión y resolución de los conflictos al propio ámbito familiar. De esta forma, los principios de la autonomía de la voluntad de las partes y de libre disposición, presupuestos esenciales en cualquier modalidad de mediación, en la mediación familiar se convierten en sus pilares esenciales⁶.

2. Diagnóstico y singularidad de los conflictos familiares

El conflicto se presenta en cualquier ámbito de la relación entre las personas. Como primera aproximación a los conflictos familiares, debemos considerar cuándo nos encontramos ante un conflicto. Siguiendo Alzate (11), el conflicto es «una situación en que dos o más individuos o grupos con intereses contrapuestos entran en confrontación, oposición o emprenden acciones mutuamente antagonistas, con el objetivo de neutralizar, dañar o eliminar a la parte rival, incluso cuando tal confrontación no sea física o sea solo de palabras, para lograr así la consecución de los objetivos que motivaron dicha confrontación».

Por tanto, el conflicto surge cuando se produce una confrontación entre individuo o grupos de personas que se mantiene en el tiempo para la consecución de sus objetivos. En suma, el hecho de que las personas afectadas por un conflicto estén unidas por vínculos de sangre o afinidad será un componente adicional al conflicto, que incrementa la complejidad de su tratamiento.

Por todo ello, los métodos de gestión y resolución de los conflictos familiares deben tender, más allá de la solución concreta al conflicto visible, a eliminar la base del conflicto, mediante la implicación de las partes y así evitar que surja a futuro.

A este respecto, como pone de manifiesto Marques Cebola (12), en las relaciones familiares junto

con el conflicto manifiesto, expuesto por las partes, suele existir uno oculto, que se corresponde con los intereses de las partes en disputa. Así, el conflicto expreso y divulgado por las partes y el conflicto implícito o escondido integran dos vertientes del verdadero conflicto que deberán ser abarcadas por su mecanismo de resolución.

En definitiva, ante las diversas vías que se plantean para resolver los conflictos en el ámbito familiar, la mediación se dibuja como la vía más idónea, al desarrollarse en un ambiente colaborativo que atiende la naturaleza personal y emocional del conflicto, garantiza su confidencialidad y fomenta un compromiso de cumplimiento de lo acordado.

Por todo ello, la mediación se ha ido implantando progresivamente en los conflictos de ámbito familiar. En este sentido, las diversas Comunidades Autónomas han promulgado leyes que tienen por objeto la regulación legal de la mediación familiar, sobre la base de que los conflictos familiares encuentran en la mediación una vía más idónea para su gestión y resolución que la vía judicial.

III. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO IDÓNEO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES

Compartimos con Barona Vilar (13) que en los cauces autocompositivos son los sujetos en conflicto los que alcanzan una solución, por si mismos o ayudados por un componedor, bajo el convencimiento de que es más favorable alcanzarlo mediante cesiones recíprocas de las partes que mediante una solución impuesta por un tercero.

En definitiva, en este tipo de vías se enfatiza el protagonismo de las partes, que tienen un poder decisivo en la gestión y resolución de sus conflictos y se responsabilizan de su resolución, sin delegarlo en un tercero (14).

1. La mediación: cauce autocompositivo de conflictos en las relaciones familiares

En los conflictos familiares provocados habitualmente por la ruptura de la relación conyugal, la comunicación entre las partes será una pieza clave, no sólo para alcanzar un acuerdo, sino también, para prevenir futuros conflictos. Por ello, la mediación en estos procedimientos se configura como un mecanismo de gestión colaborativo entre las partes que participan activamente en el proceso y adquieren un notable compromiso de observancia de los acuerdos alcanzados.

En este sentido, Martín Diz señala que el objetivo de la mediación es «que el ciudadano como partícipe y gestor de la solución autocompositiva de su litigio la sienta, además de suya y propia, lícita, ecuaníme, adecuada, y por tanto justa» (15). Compartimos con Etxebarría Estankona (16) que

«... cuando se origina un conflicto dentro del seno familiar la vía por la que en la mayor parte de los casos se suele optar para su resolución es la jurisdiccional, la vía considerada como ordinaria. Pero este medio quizás no sea el más adecuado. ¿Por qué? La respuesta es muy sencilla, por todos los inconvenientes que conlleva; para empezar, cuando la relación familiar se lleva a los juzgados, el futuro de ésta se pone en manos de un juez, nos encontramos con su transformación en una relación de ataques y defensas durante todo el tiempo que dura el proceso y de ganador-perdedor al final del mismo, con decisiones judiciales que proceden de un tercero ajeno y que más que

ayudar a resolver el conflicto se convierten en rígidos corsés en los que se tienen que embutir las verdaderas necesidades de los miembros de la familia y que al mismo tiempo generan más disputas y desacuerdos».

En razón a lo expuesto, la mediación ha adquirido una gran implantación en la resolución de conflictos con base familiar, siendo instada su implantación desde instancias europeas. En este sentido, resulta destacable la Recomendación R (98) 1, de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros (17), en la que se subrayaban los beneficios de la mediación en el ámbito familiar, destacando entre ellos: la reducción de los conflictos y mejora de la comunicación entre los miembros de la familia, el favorecimiento de convenios amistosos y el mantenimiento de relaciones personales entre padres e hijos.

A nivel estatal, la mediación familiar fue introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (18), en la que se anunciaba una futura ley de mediación, que no llegó a aprobarse hasta la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (19), que incorporó al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (20).

Dicha Ley regula la mediación en nuestro ordenamiento nacional sin establecer una regulación específica de la mediación familiar, a pesar de la singularidad de los conflictos familiares y la creación de tribunales especializados para su tratamiento.

La escasa regulación estatal no se corresponde con la prolija actividad del legislador autonómico, que, a luz de su competencia reguladora en materia familiar, han aprobado en las diversas comunidades autónomas leyes específicas de mediación familiar, cuyo análisis dejaremos fuera de este trabajo por su extensión. Sobre esta cuestión, compartimos con Martín Diz (21) que «... es necesaria, imprescindible y apremiante una ley de mediación familiar (o en el Derecho privado) de carácter y dimensión estatal. Y, en cualquier caso, se conseguiría merced a una norma estatal unificadora eliminar la distorsionadora normativa autonómica en materia de mediación familiar, que incluso es rayana del desborde competencial autonómico en materia de familia que la Constitución confiere a las Comunidades Autónomas».

2. Idoneidad de la mediación en los conflictos familiares

En razón a lo expuesto, las singulares características de los conflictos familiares demandan un método idóneo para su gestión y resolución que se adapte a la naturaleza afectiva del conflicto y que abogue por la continuidad de las relaciones familiares afectadas por este. Por ello, es importante que el método de solución de conflictos familiares ayude a reducir el nivel de conflictividad, mejorando, en lo posible, las relaciones personales entre los sujetos implicados.

En este sentido, la mediación se dibuja como la mejor opción para la resolución de los conflictos familiares que llevan implícita una carga emocional y psicológica y que requieren un tratamiento más especial que el estrictamente legal (22).

Resulta incuestionable que el ámbito judicial no es el más adecuado para resolver los conflictos con tintes familiares, al no tener cabida los componentes emocionales del conflicto y fomentarse una posición confrontativa entre las partes. Por contra, la mediación no presenta estos inconvenientes y conlleva una reducción de los costes emocionales y procesales (23). A este respecto, González Pillado (24) señala «ya desde hace algunos años se viene constatando que el proceso civil no se muestra como el instrumento más adecuado para resolver los problemas surgidos en el ámbito propio del derecho de familia y más en concreto en el relativo a la ruptura de pareja, matrimonial o no, y su posterior relación con los hijos».

En la misma línea, Utrera Gutiérrez señala que la inadecuación entre el conflicto familiar y proceso contencioso se manifiesta en una agudización del conflicto interpersonal y un deterioro de las relaciones paterno-filiales, que conlleva un rosario de incumplimientos post-sentencia, que escenifica el autor indicando que tras la sentencia empieza el verdadero pleito (25).

La privacidad del procedimiento y la necesaria comunicación entre las partes en su tramitación, serán elementos más que suficientes para fomentar la mediación

La virtualidad de la mediación y la conveniencia de su aplicación en los procedimientos de familia ha sido asimismo reconocida expresamente en diversas sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entre la que destacamos la Sentencia de 3 de julio de 2009 (26) que reconoce expresamente:

«... se trata, pues, de un fuerte enfrentamiento familiar, con la consecuencia jurídica de un largo y enconado proceso y la consecuencia económica, según la sentencia recurrida, de la pérdida de una larga serie de bienes por el demandado donatario que había sido objeto de la mencionada donación. No es baldío tener presente que en éste, como en otros tantos conflictos, tanto familiares, como civiles o mercantiles en general (así, Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica».

Asimismo, resulta reseñable la comentada Sentencia de fecha 20 de mayo de 2010 (27) que el punto cuarto de la misma, hace una reflexión sobre si las partes hubieran acudido a la mediación para la resolución del asunto en concreto, que versaba sobre un tema sucesorio. Así, indica que:

«no es baldío recordar aquí lo que ya las sentencias de esta sala de 2 de julio de 2007, 3 de julio de 2007 y 5 de marzo de 2010, sobre la mediación. En este caso, propio de una sucesión mortis causa, no solo refleja un problema de atribuciones patrimoniales, sino un enfrentamiento familiar, que se vislumbra claramente en los escritos obrantes en autos, que podría haberse evitado yendo a la

solución alternativa de la mediación, si las partes hubieran querido o la ley lo hubiera previsto, que no la hay, pero aparece cada vez más una corriente favorable a la misma, que ha tenido reflejo legal en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de mediación en el ámbito del Derecho Privado, y en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, elevado al Consejo de Ministros por el de Justicia el 19 de febrero de 2010.

En todo caso, puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica».

Por lo expuesto, la mediación puede ser muy conveniente para atender la naturaleza del conflicto familiar y darle un tratamiento adecuado. Adicionalmente, la privacidad del procedimiento y la necesaria comunicación entre las partes en su tramitación, serán elementos más que suficientes para fomentar la mediación como mecanismo de resolución de divergencias en las relaciones familiares.

3. Ámbitos de aplicación de la mediación en los conflictos familiares

La mediación en el ámbito familiar engloba todos los conflictos surgidos en las diversas relaciones familiares de muy extensa casuística. En este sentido, la mediación es un mecanismo con virtualidad para abarcar la evolución sufrida por la familia y consiguiente transformación de las relaciones de pareja, con la extensión a las uniones de hecho, la proliferación de hogares unipersonales, etc.

Dentro del ámbito de las relaciones familiares que pueden ser susceptibles de mediación podemos encontrar conflictos relativos a separación y divorcio, ruptura de parejas de hecho, régimen de custodia compartida, relaciones paterno-filiales, de ámbito sucesorio o testamentario, cuestiones patrimoniales derivadas del convenio regulador, régimen de visitas, tutela o curatela, adopción nacional e internacional, liquidación de la sociedad conyugal, etc. Para Vall Rius (28) y otros, la tipología de conflictos que pueden gestionarse desde la mediación familiar es múltiple y muy variada.

«Los más habituales y conocidos son los tipos de conflictos relacionados con las decisiones a pactar a partir de la finalización de la convivencia de personas unidas o no en matrimonio y con hijos en común. Los aspectos que forman parte del convenio regulador de separación, divorcio o de guarda, custodia y alimentos pueden ser objeto de mediación antes, durante o después de un procedimiento contencioso de familia, incluidos los aspectos económicos y patrimoniales que a veces se tienden a obviar como objeto de la mediación familiar».

La mediación familiar constituye un mecanismo con múltiples ventajas sin que exista una limitación de los conflictos surgidos en las relaciones familiares que sean susceptibles de mediación, extendiéndose a muy diversos ámbitos.

Ciertamente, en los diferentes escenarios en los que surja un conflicto familiar o se genere la necesidad de un consenso, la mediación puede ser el cauce para fomentar un espacio adecuado, en el que todos los miembros de la familia se puedan expresar con libertad, respeto y equilibrio. De esta forma, en un escenario adecuado a la complejidad del conflicto se podrá abordar la divergencia existente y buscar una solución consensuada, no impuesta desde fuera, que satisfaga las expectativas e intereses de las partes, lo que permitirá mantener las relaciones personales y crear una dinámica de comunicación que facilitará la adopción de acuerdos.

En este sentido, la conveniencia de incluir estos acuerdos de mediación en el ámbito familiar ha sido reflejada en una destacable recomendación de los Juzgados de Familia de Málaga, en una campaña con el objetivo de difundir la conveniencia de incluir en los convenios reguladores de familia, una cláusula de sometimiento previo a mediación (29).

En línea con lo expuesto, ante la idoneidad de la mediación para resolver aquellos conflictos derivados de la crisis o ruptura de la relación matrimonial, nos planteamos la conveniencia de incluir pactos en las capitulaciones matrimoniales que establezcan la mediación como mecanismo de resolución de los conflictos que surjan durante el matrimonio o su proceso de ruptura.

La mediación es asimismo especialmente aplicable a todos los conflictos surgidos en la empresa familiar (30). Los supuestos concretos de aplicabilidad de la mediación en la empresa familiar no se ceñirán a su uso como mecanismo de resolución de conflictos, sino que, será ampliable a un ámbito preventivo, con la intervención del mediador en el proceso de elaboración del protocolo familiar o integrando su actuación en los órganos de gobierno familiares específicos de la empresa familiar. En este contexto, la mediación será un instrumento esencial de trabajo en el protocolo familiar y en los órganos de gobierno familiar, como el Consejo de Familia y la Asamblea Familiar (31).

IV. EL ARBITRAJE EN EL ÁMBITO FAMILIAR

La institución arbitral se ha impulsado como el resto de las *ADR* frente al procedimiento judicial, fruto de la potenciación de dichos mecanismos por los inconvenientes presentados por el sistema judicial. Dicho impulso ha sido puesto de manifiesto desde el propio Ministerio de Justicia, en el Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012 (32).

El arbitraje es una técnica o institución heterocompositiva fundamentada en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, reflejada en el convenio arbitral que cumple la doble función de base y límite del arbitraje (33) Y esa declaración de libertad no es absoluta, en cuanto implica un sometimiento a los requisitos legales y convencionales establecidos (34).

1. El arbitraje como método heterocompositivo de resolución de conflictos familiares

Como venimos exponiendo, las *ADR* en los conflictos familiares se perfilan como mejor alternativa que la vía jurisdiccional. Centrándonos ya en el arbitraje, junto a las bondades del arbitraje respecto del procedimiento judicial, podemos indicar una serie de ventajas añadidas en su aplicación en los conflictos surgidos en sede familiar: mayor flexibilidad y simplicidad en las tramitaciones con

elementos internacionales y en el reconocimiento de laudo arbitral; especialización del árbitro en función de la naturaleza del conflicto; mayor protagonismo de las partes en el procedimiento y disposición de sus intereses, etc (35). Adicionalmente, los conflictos surgidos en el ámbito familiar requerirán soluciones rápidas que responda eficazmente a la naturaleza del conflicto y aboguen por el mantenimiento de las relaciones familiares.

El arbitraje en el ámbito familiar ha ido adquiriendo importancia en derecho comparado, en cuestiones que exceden del ámbito patrimonial, en el que suele ser un mecanismo comúnmente aceptado (36).

En nuestro ordenamiento el arbitraje se encuentra regulado por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (37), en adelante, Ley de arbitraje (38) que supuso un indudable avance respecto a la regulación anterior (39). En este sentido, la Ley de arbitraje supuso un progreso en la regulación de esta institución, al establecer un nuevo marco normativo para el arbitraje interno e internacional, tomando de referencia la Ley Modelo UNCITRAL. Aunque la inspiración de la Ley de arbitraje tiene componentes comerciales, la aplicación a los conflictos familiares tiene amparo en el art. 2, que establece que serán susceptibles de arbitraje materias de libre disposición conforme a derecho. Si bien, al amparo del art. 1814 Cc se sostiene que nos son arbitrales materias relativas a la personalidad, filiación, patria potestad, y, en general, las cuestiones de estado civil y aquellas otras en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal (40).

La cuestión principal, más allá de relacionar exhaustivamente los conflictos de ámbito familiar en los que tendría cabida el arbitraje, sería considerar en que conflictos familiares es recomendable este instrumento, sin olvidar las consagradas ventajas del arbitraje en conflictos familiares con componentes internacionales.

2. Distintas manifestaciones del arbitraje en los conflictos familiares

Una vez determinado que la institución arbitral se ha consolidado frente a la vía judicial como un proceso alternativo y eficaz a la resolución de conflictos, analizaremos su implantación práctica en el ámbito familiar. En este sentido, la interpretación doctrinal y jurisprudencial es cada vez más proclive a la arbitrabilidad de las cuestiones derivadas de las relaciones familiares. Así, por ejemplo, los cónyuges podrán pactar en capitulaciones matrimoniales sobre el régimen económico matrimonial, incluyendo el arbitraje como método de resolución de sus controversias en cualquier ámbito.

En materia sucesoria, el arbitraje testamentario está reconocido en el artículo 10 de la Ley de arbitraje (41), como método preestablecido unilateralmente por el testador para salvar las diferencias entre herederos no forzosos y legatarios, sin perjuicio de que pueda ser asimismo acordado por los coherederos, mediante el correspondiente convenio arbitral.

Asimismo, en el ámbito de la empresa familiar, el arbitraje tendrá especial relevancia para evitar situaciones conflictivas que surjan en la elaboración del protocolo familiar. Por ello, será conveniente la inclusión en los estatutos sociales de una cláusula de determinación del arbitraje

como método de resolución de conflictos intrasocietarios. Asimismo, podrá efectuarse dicha determinación en el protocolo familiar y en los documentos anejos al mismo, es decir, capitulaciones matrimoniales, testamento y cualquier otro documento que pueda complementarlo.

De este modo, en los protocolos familiares se podrán establecer fórmulas de mediación y/o arbitraje para la resolución de los conflictos, alternativas, sucesivas o intermedias, como el llamado «med-arb» (42), que pueden ser determinadas por materias o tipologías de conflictos, predominando el arbitraje en aquellas cuestiones de tipo societario o que tengan un componente internacional.

En definitiva, el impulso de estas vías en el ámbito familiar no tratará de sustituir a la vía judicial o intentar solucionar las deficiencias del sistema, sino de integrar en nuestro panorama social y judicial las vías que consideramos más idóneas y efectivas para la gestión y resolución de los conflictos familiares.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNCO, A.P. y GOMEZ GENE, M., «Arbitraje familiar internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2012), Vol. 4, N.º 1.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*, Bilbao, Argitalpen Zerbitzua S. E., 1998.

BARONA VILAR, S., «Capítulo XIII», en ZAPATA DE ARBELÁEZ, A, BARONA VILAR, S., ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), *El arbitraje interno e Internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

BARONA VILAR, S., «Conflictos en el ámbito empresarial y su solución extrajudicial. Impulso de la mediación en Europa», *Revista de derecho Comercial*, 2016.

BARONA VILAR, S., «Integración de la mediación en el moderno concepto de Access to Justice. Luces y sombras en Europa», *Indret*, 2014; disponible en <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>.

BARONA VILAR, S., «Introducción», en BARONA VILAR, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011.

BARONA VILAR, S., «Solución extrajudicial de conflictos con ojos de mujer: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español», en ETXEBARRÍA ESTANKONA, K. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *La resolución alternativa de conflictos. Segunda edición de las jornadas «Justicia con ojos de mujer» celebradas en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU el 26 de noviembre de 2009*, Bilbao, Argitalpen Zerbitzua S. E., 2010.

BARONA VILAR, S., «Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n.º 1, 2011.

- BARONA VILAR, S., «Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n.º 1, 2011.
- DIEZ PICAZO, L., GULLON, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, *Derecho de familia y sucesiones*, Madrid, Tecnos, 2002, 8ª edic.
- EXTEBARRÍA ESTANKONA, K., «La mediación familiar en la Comunidad Autónoma del País Vasco. La Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar», en EXTEBARRÍA ESTANKONA, K., ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *La resolución alternativa de conflictos. Segunda edición de las jornadas «Justicia con ojos de mujer» celebradas en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU el 26 de noviembre de 2009*, Bilbao, Argitalpen Zerbitzua S. E., 2010.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO y S. A., STAMPA, G., *Principios Generales del Arbitraje*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.
- GARCÍA GARCÍA, L., «La mediación: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares», en MORENO CATENA, V., DAMIÁN MORENO, J, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. y otros, *El Proceso en el Siglo XXI y Soluciones Alternativas*, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006.
- GONZÁLEZ PILLADO, E., «Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), *Mediación y Resolución de Conflictos. Técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011.
- MARQUES CEBOLA, C., «La mediación: un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos», *Revista Gredos USAL*, 2011.
- MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010.
- MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, El Derecho Editores, S.A., 2009.
- REDORTA LORENTE, J., «La justicia del futuro», *Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones*, 2009.
- ROCA, E., «Crisis matrimonial y arbitraje», *Anuario de Justicia Alternativa*, N.º 6, 2005.
- SOLETO H. y FANDIÑO, M., *Manual de mediación civil*, Santiago (Chile), Global Affairs Canada, CEJA, 2017.
- TARUFFO, M., *Páginas sobre Justicia Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- UTRERA GUTIERREZ, J.L., «La mediación familiar como instrumento para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares: la experiencia de los Juzgados de Familia de Málaga», en SÁEZ VALCÁRCCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P. (dirs.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la*

mediación, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

VALL RIUS, A., FERNÁNDEZ, J., FITÉ, J., GUILLAMAT, A., *et al.*, «La mediación en el ámbito familiar», en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J. y POBLET, M. (Eds.), *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2009.

VELARDE ARAMAYO, S. y SASTRE IBARRECHE, R., «Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR», en VELARDE ARAMAYO, S. (coord.), *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*, Salamanca, *Ratio legis*, 2006.

VIOLA DEMESTRE, I., «La gestión de los conflictos de la familia con negocio (o de la empresa familiar)», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), CARRETERO MORALES, E., RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2017.

VIOLA DEMESTRE, I., «La mediación en la empresa familiar», en SOLETO MUÑOZ, H., *Mediación y resolución de conflictos, Técnicas y ámbitos*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2013.

.....
(1)

M. Taruffo, *Páginas sobre Justicia Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 129, indica que: «*En China, la tradición confuciana que ha determinado por más de dos milenios la actitud hacia la resolución de los conflictos ha constituido la base filosófica e ideológica en la que se encuentra fundada la aversión hacia el recurso a la justicia de los tribunales y el privilegio de las distintas formas de conciliación*».

[Ver Texto](#)

(2) F. Martín Diz, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010, pp. 58-59.

[Ver Texto](#)

(3) S. Barona Vilar, «Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n.º 1, 2011, pp.185-211.

[Ver Texto](#)

(4) S. Barona Vilar, «Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice. Luces y sombras en Europa», *InDret*, 2014; disponible en [<http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>].

[Ver Texto](#)

(5) S. Barona Vilar, «Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n.º 1, 2011, p. 188.

[Ver Texto](#)

- (6) H. Soletto y M. Fandiño, *Manual de mediación civil*, Santiago (Chile), Global Affairs Canada, CEJA, 2017.
- [Ver Texto](#)
- (7) S. Barona Vilar, «Conflictos en el ámbito empresarial y su solución extrajudicial. Impulso de la mediación en Europa», *Revista de derecho Comercial*, 2016, pp. 40-67.
- [Ver Texto](#)
- (8) J. Redorta Lorente, «La justicia del futuro», Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones, 2009, p. 6.
- [Ver Texto](#)
- (9) S. Barona Vilar, «Solución extrajudicial de conflictos con ojos de mujer: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español», en K. Extebarría Estankona e I. Ordeñana Gezuraga (dirs.), *La resolución alternativa de conflictos. Segunda edición de las jornadas «Justicia con ojos de mujer» celebradas en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU el 26 de noviembre de 2009*, Bilbao, Argitalpen Zerbitzua S. E., 2010, p. 42
- [Ver Texto](#)
- (10) L. Díez-Picazo, y A. Gullón, *Sistema de Derecho civil, Vol. IV, Derecho de familia y sucesiones*, Madrid, Tecnos, 2002, 8ª edic., p. 32.
- [Ver Texto](#)
- (11) R. Alzate Sáez de Heredia, *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*, Bilbao, Argitalpen Zerbitzua S. E., 1998, p. 97.
- [Ver Texto](#)
- (12) C. Marques Cebola, «La mediación: un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos», *Revista Gredos USAL*, 2011, pp. 335-337.
- [Ver Texto](#)
- (13) S. Barona Vilar, «Solución extrajudicial de conflictos con ojos de mujer: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español», en K. Extebarría Estankona e I. Ordeñana Gezuraga (dirs.), *La resolución alternativa de conflictos, op. cit.*, p. 32.
- [Ver Texto](#)
- (14) F. Mejías Gómez, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, El Derecho Editores, S.A., 2009, p. 31.
- [Ver Texto](#)
- (15) F. Martín Diz, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Madrid, Consejo

General del Poder Judicial, 2010, p. 130.

[Ver Texto](#)

(16) K. Extebarría Estankona, «La mediación familiar en la Comunidad Autónoma del País Vasco. La Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar», en K. Extebarría Estankona e I. Ordeñana Gezuraga (dirs.), *La Resolución Alternativa de Conflictos*, *op. cit.*, p. 94.

[Ver Texto](#)

(17) R (98), el Consejo de Europa insta a los gobiernos de los Estados miembros instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente, y adoptar o reforzar todas las medidas que se juzguen necesarias para asegurar la puesta en marcha de los principios que se enumeran en la Recomendación. Y todo ello para la promoción y la utilización de la mediación familiar como medio apropiado de resolución de los conflictos familiares.

[Ver Texto](#)

(18) BOE 9.7.2005, la DF 3ª de la citada Ley 15/2005, de 8 de julio, señalaba: «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas». Si bien, no ha llegado a regularse una ley de mediación familiar a nivel estatal. La reforma de la LEC promulgada dando cabida a la mediación, se concreta en el art. 770, regla 7ª y art. 777, apartado 2, se regula la posibilidad de que las partes de común acuerdo solicitaren la suspensión para someterse a mediación.

[Ver Texto](#)

(19) BOE 7.7.2012.

[Ver Texto](#)

(20) DO L 136, de 24 de mayo de 2008.

[Ver Texto](#)

(21) F. Martín Diz, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, *op. cit.*, p. 240 .

[Ver Texto](#)

(22) C. Marques Cebola, «La mediación: un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos», *loc. cit.*, p. 335-337.

[Ver Texto](#)

(23) L. García García, «La mediación: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares», en V.

Moreno catena, J. Damián Moreno, N. González-Cuellar Serrano, y otros, *El Proceso en el Siglo XXI y Soluciones Alternativas*, Centro de Estudios Jurídicos, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, p. 255.

Ver Texto

(24) E. González Pillado, «Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica», en H. Soletto Muñoz (dir.), *Mediación y Resolución de Conflictos. Técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 357.

Ver Texto

(25) J.L. Utrera Gutiérrez, «La mediación familiar como instrumento para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares: la experiencia de los Juzgados de Familia de Málaga», en R. Sáez Valcárcel y P. Ortuño Muñoz (dirs.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 261.

Ver Texto

(26) STS Civil Sec. 1ª de 3 julio de 2009, n.º 537/2009.

Ver Texto

(27) ROJ STS 2290/2010.

Ver Texto

(28) A. Vall Rius, J. Fernández, J. Fité, A. Guillamat, *et al.*, «La mediación en el ámbito familiar», en P. Casanovas, L. Díaz, J. Magré y M. Poblet (eds.), *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2009, pp. 82-83.

Ver Texto

(29) Puede consultarse en «Mediación es Justicia», GEMME, 2016, disponible en [<https://mediacionesjusticia.com/2016/10/15/>], consultado 11-12-19.

Ver Texto

(30) Como señala I. Viola Demestre, «la mediación es un instrumento idóneo para gestionar los intereses divergentes entre los diferentes miembros de la familia y, en consecuencia, alcanzar los acuerdos satisfactorios que se recogerán en los instrumentos legales correspondientes. Su idoneidad radica en que la mediación está orientada a conseguir pactos sobre el conflicto y, al mismo tiempo, a mantener la relación entre las partes en disputa» (cf. «La mediación en la empresa familiar», en H. Soletto Muñoz, *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, 2013, 2ª ed., p. 425).

Ver Texto

(31) I. Viola Demestre, «La gestión de los conflictos de la familia con negocio (o de la empresa familiar)», en H. Soletto Muñoz (dir.), E. Carretero Morales y C. Ruiz López (coords.), *Mediación y resolución de*

conflictos: técnicas y ámbitos, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2013, p. 478.

[Ver Texto](#)

(32) Se señala en el punto de actuación 4.2.3, en referencia al desarrollo e implantación de nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias que, «esta actuación incluye una serie de medidas organizativas y legislativas que permitirán el progresivo establecimiento de procedimientos y sistemas para una solución de los conflictos jurídicos alternativa a la vía judicial. En concreto se potenciarán mecanismos como la mediación, la conciliación o el arbitraje en distintas jurisdicciones, así como el arreglo extrajudicial de controversias entre organismos públicos. El objetivo es, de un lado, contribuir a descongestionar los tribunales que actualmente operan en muchos casos única vía de solución de los conflictos intersubjetivos y, por otro, ofrecer a la sociedad nuevas formas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los tribunales como ultima *ratio*.

[Ver Texto](#)

(33) S. Barona Vilar, «Introducción», en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 71.

[Ver Texto](#)

(34) J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo y G. Stampa, *Principios Generales del Arbitraje*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 28.

[Ver Texto](#)

(35) A.P. Abarca Junco y M. Gómez Jene, «Arbitraje familiar internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2012), Vol. 4, N.º 1, pp. 5-19.

[Ver Texto](#)

(36) En Inglaterra, se creó en el 2012 el *Institute of Family Law Arbitration*; en Australia fue aprobada en 2016 la *Uniform Family Law Arbitration Act*; en Canadá en 1990 Ley Uniforme sobre Arbitraje.

[Ver Texto](#)

(37)
BOE 26.12. 2003.

[Ver Texto](#)

(38) La Ley de arbitraje ha sido reformada por la Ley 11/2011, 20 mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

[Ver Texto](#)

(39) En este sentido, como destaca S. Barona supone una apuesta por la institución arbitral y fomenta el

arbitraje comercial internacional. S. Barona Vilar, «Capítulo XIII», en A. Zapata de Arbeláez, S. Barona Vila y, C. Esplugues Mota (dirs.), *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 438.

[Ver Texto](#)

(40) E. Roca, «Crisis matrimonial y arbitraje», *Anuario de Justicia Alternativa*, N.º 6, 2005, pp. 171-200.

[Ver Texto](#)

(41) El citado artículo establece que: «*también será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*».

[Ver Texto](#)

(42) M.S. Velarde Aramayo y R. Sastre Ibarreche, «Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR», *Introducción al Derecho del arbitraje* (M.S. Velarde Aramayo, coord.), *Ratio legis*, 2006, pp. 11-70.

[Ver Texto](#)



La obligatoriedad vs. voluntariedad en el sistema arbitral de consumo

Compulsory vs. voluntary in the consumer arbitration system

La inteligencia artificial es una herramienta que se ha infiltrado en buena parte de nuestras vidas cotidianas. La propuesta que se formula en el presente estudio consiste en averiguar si las reclamaciones de consumo son clasificables con cierta facilidad, cosa que deben evaluar las Juntas arbitrales de consumo, utilizando la información que, de hecho, ya está disponible en algunas de sus webs, pero con bastante más detalle. Si la respuesta a esa pregunta es afirmativa, el siguiente paso consiste en seleccionar las reclamaciones que sean más frecuentes y que, además, acostumbren a ser similares tanto en las alegaciones presentadas por el consumidor como en las defensas ofrecidas por los empresarios. Si es así, ello querrá decir que la respuesta jurisdiccional también puede ser previsible, lo que abre el paso a su automatización a través de algoritmos de inteligencia artificial.

Arbitraje, Arbitraje de consumo, Sistema arbitral de consumo, Obligatorio, Inteligencia artificial, Juntas Arbitrales de Consumo.

Artificial intelligence is a tool that has infiltrated much of our daily lives. The proposal made in this study is to find out whether consumer complaints can be classified with some ease, something that should be evaluated by the Consumer Arbitration Boards, using the information that is in fact already available on some of their websites, but in much greater detail. If the answer to that question is yes, the next step is to select the complaints that are most frequent and that, moreover, are usually similar both in the claims made by the consumer and in the defences offered by the employers. If this is the case, it means that the judicial response can also be predictable, which opens the way to its automation through artificial intelligence algorithms.

Arbitration, Consumer arbitration, Consumer arbitration system, obligatory nature, Artificial intelligence, Consumer arbitration boards.



Jordi Nieva Fenoll

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN: *DE MINIMIS NON CURAT PRAETOR*

(1) Mentiría si empezara diciendo que el problema que subyace detrás del debate sobre la obligatoriedad o no del arbitraje consiste en el respeto por el derecho a la tutela judicial efectiva, como se ha dicho con frecuencia y ha asumido sobre todo el Tribunal Constitucional (2) y en parte, aunque tal vez por diferentes razones de consenso internacional, la Unión Europea (3). Pese a que esa cuestión será abordada en este trabajo, el problema no es ese en realidad. Luego se comentará cómo la STC 1/2018 (4) dio en alguno de sus votos particulares —particularmente en el de J.M. Xiol Ríos— alguna vía de escape profundamente discutible (5), pero que podría haber dejado la cuestión realmente resuelta por algún tiempo.

Pero no es esa la problemática real. Como se demostrará seguidamente, el arbitraje también es jurisdicción (6), y hasta hubiera sido posible una interpretación amplia del art. 24.1º CE, que hubiera incluido a los árbitros, si el Tribunal Constitucional así lo hubiera estimado conveniente. Al final, la potestad jurisdiccional, exactamente igual que el resto de los poderes, proviene del pueblo. Y si dicho pueblo decide acudir a unos juzgadores —los árbitros— y no a otros, podría haberse estimado que salvo en casos de abuso de posición dominante (7), aquel que inicia un litigio, en uso de los poderes que le otorga el principio dispositivo (8), podía decidir ante qué tipo de jurisdicción se sustanciaba el litigio por él comenzado. Hubiera sido una interpretación cuestionable por sus efectos prácticos, pero en el plano teórico podría haber sido impecable si el Tribunal Constitucional la hubiera asumido.

Pero no ha sido así. Al fin y al cabo, ideológicamente el arbitraje es mirado con desconfianza y la jurisdicción que ofrece les parece de segunda clase a demasiadas mentes jurídicas. Y no es que en ocasiones, dependiendo de quién preste el arbitraje, no tengan razón. Pero hay maneras de otorgar institucionalidad al arbitraje que hubieran permitido obtener una tutela al menos de la misma calidad —si no superior— que la prestada por los tribunales. Insisto, todo era una cuestión de opción y voluntad «política» (9), si puede decirse así.

Sin embargo, el problema real reitero que es otro. Dicho problema es que el legislador lleva siglos y siglos sin saber qué hacer con los pequeños litigios (10). En la Baja Edad Media, con paternidad desconocida (11), se impuso una máxima que no tiene origen romano —Roma era mucho más piadosa con los pequeños litigantes, como demuestran los *interdicta*— pero que se expresa en latín: *de minimis non curat praetor*. Es decir, de los pequeños casos no se encargan los jueces. Se considera que son bagatelas de las que no tiene por qué ocuparse la jurisdicción, porque en el fondo se parte de la base de que no inquietan al orden público. Con ese fundamento se ha diseñado incluso la estructura jurisdiccional de casi cualquier país del mundo, determinando las cuantías económicas el tipo de procedimiento, la competencia de algunos tribunales e incluso si las resoluciones que dictan son o no apelables.

Todo ello es un tremendo error. El tipo de procedimiento debe venir determinado por su dificultad, probatoria sobre todo, y no por su cuantía, que nada revela sobre la enjundia jurídica o fáctica del pleito. La competencia de los tribunales, en la realidad tecnológica actual, debe venir marcada por criterios de estricta división de trabajo, y no partiendo de la falsa presunción de que los pleitos más caros son más complejos. Los recursos deben existir por una voluntad de perfectibilidad de la jurisdicción (12), y no como una suerte de premio a los procesos de cuantía elevada. Y finalmente, la excelencia en la prestación de la función jurisdiccional debe ser la luz que guíe toda la estructura de Justicia. Y es sobre esa base de prestancia que debe tomarse la decisión de si son jueces o árbitros los que deben juzgar las controversias.

A continuación me ocuparé separadamente de todos estos temas. Las reflexiones que se expongan darán respuesta directa al interrogante planteado en el título, aunque sea por una vía inesperada.

II. UNA CUESTIÓN IDEOLÓGICA

Como decía, toda la problemática sobre el tema de este trabajo tiene una base profundamente ideológica. Los pequeños litigios no importan. Siempre han sido despreciados pese a que puntualmente hubo intentos en el pasado de que no lo fueran. La Decretal conocida por sus primeras palabras, *Saepe contingit* (13), intentó en 1306 justamente eso: que los pleitos pequeños fueran decididos *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*. Esta declaración tuvo su destacada relevancia histórica, pues hizo que los llamados «procedimientos sumarios» iniciaran su singladura (14). Es decir, aquellos procedimientos concebidos para sustanciar rápidamente pequeñas reclamaciones.

Pero pese a intentos como el anterior, es una constante histórica claramente constatable que los pequeños pleitos no han sido realmente tenidos en cuenta. Es bastante probable que ello se debiera a que en el pasado el justiciable debía pagar sus aranceles a todos los participantes en el proceso (15), lo que obviamente sólo merecía la pena si el pleito tenía una cuantía sustanciosa. Además, los abogados también acababan cobrando, de un modo u otro, un tanto por ciento (16) por el volumen del trabajo realizado (17). Todo ello, que inauguró la odiosa tendencia de aumentar irracionalmente la extensión de los escritos judiciales y los de parte, lo que si en un pasado tuvo un sentido —como se ha indicado— económico, actualmente no lo tiene. Pero como tantas otras veces, suprimida la base racional de una costumbre, queda dicha costumbre para la posteridad en forma de tradición, aunque desprovista de todo sustento lógico. Ello ha ocurrido en varios países, entre otros España, Italia, Portugal o los Estados de América Latina particularmente, en los que, absurdamente, no se concibe que un documento importante no deba ser extenso.

Lo relevante de todo lo anterior es que detalles aparentemente irrelevantes como el anterior marcan una tendencia y una mentalidad: lo pequeño no importa. Y como no importa, la jurisdicción estatal no le presta atención y no se lo pone fácil al justiciable para acudir a ella. Y aún y así, si de todas maneras dicho justiciable desea defenderse, tampoco le permite acudir a canales alternativos, como el del arbitraje, si el otro litigante no lo desea.

Y de esa forma, una ingenua libertad de elección de jurisdicción disfrazada de protección del

derecho a la tutela judicial efectiva (18) —nada menos—, se convierte de hecho en un tapón, en un freno, uno más, para los litigantes de pequeñas causas. Incluso disponiendo de una vía rápida, sencilla y barata de defender sus pretensiones como el arbitraje de consumo, no se les deja acudir al mismo porque el futuro demandado no accede a ello.

De ese modo, no sólo no se protege realmente dicho derecho fundamental al demandado, sino que en realidad se le deniega al demandante. No se le permite ir a un arbitraje que sí podría pagar. Pero se le deja ir a un tribunal estatal, lo que le produce unos gastos que no puede —o no merece la pena— sufragar. Y con ello, se quiera ver o no, se produce una denegación de la jurisdicción. Es como regalarle un telescopio a un invidente. Simplemente tiene la desgracia de no poder utilizarlo. De hecho, como en el ejemplo ofrecido, el supuesto regalo se transforma en una vulgar y grotesca crueldad.

Es una auténtica lástima que el Tribunal Constitucional no haya sido consciente realmente de esto introduciendo en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva el derecho a un proceso, no solamente sin dilaciones indebidas (19), sino también con un coste económico razonable (20). Y es que no puede haber ningún proceso de consumo que deba ser caro para las partes, porque salvo que se empeñen en ello, no es razonable pensar que van a pagar lo que costaría en un tribunal ordinario. Y teniendo en cuenta la entidad del daño reclamado, tampoco pueden esperar meses o años a que se les resuelva su pretensión, porque las pequeñas reclamaciones deben ser resueltas muy rápidamente. De lo contrario, su titular pierde interés por una razón psicológica que nadie tiene en cuenta. Es muy difícil soportar vivir con un pleito, con un problema legal en definitiva. Se aguanta cuando no hay otro remedio, pero cuando la renuncia a la pretensión provoca insatisfacción, pero también sensación de paz, cualquier ciudadano acaba renunciando a ella porque no le compensa la tensión de la espera ni las molestias, al menos burocráticas, que puede ocasionarle. Sin embargo, se genera con ello en la población un sentimiento de que la justicia no resuelve los problemas de la gente porque es ineficaz en este tipo de litigios tan frecuentes, lo que aumenta, por desgracia, su desprestigio.

Por todo ello, si el Estado no es capaz de generar una jurisdicción rápida y barata en estos casos, no considerar «jurisdicción» al arbitraje al no protegerlo a través del art. 24 CE, provoca, sencillamente, una denegación de justicia.

III. EL ARBITRAJE TAMBIÉN ES JURISDICCIÓN

Y es que buena parte de la responsabilidad de todo lo anterior la tiene, al contrario de lo que demasiados afirman, la teoría contractualista del arbitraje (21). Si en lugar de concebirse el arbitraje como un acuerdo entre las partes para conferir jurisdicción a un tercero en quien ambas confían, se fuera más realista saliendo del terreno de la ingenuidad y se viera que lo único que buscan las partes, particularmente la demandante, es la opinión de un tercero versado en la materia que imponga su opinión a los contendientes, se ganaría mucho terreno en la aceptación del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, porque se le dejaría de mirar con desconfianza.

Y es que dicha desconfianza, querellas doctrinales aparte, ha tenido como causa la lógica dificultad de las partes en localizar a ese tercero imparcial en quien puedan confiar. Dos personas adultas enfrentadas difícilmente van a ponerse de acuerdo en quién sea ese tercero, si ya ni siquiera han sido capaces de eliminar el litigio existente entre ellas. Tal vez ello sea más sencillo en comunidades muy pequeñas, pero en el mundo urbano de hoy en día, ese intento es simplemente una quimera.

Además, el llamado «arbitraje institucional» tampoco ha ayudado, en general, a la difusión de la institución del arbitraje, sino más bien todo lo contrario, porque han acostumbrado a convertirse en asociaciones elitistas, sólo interesadas en grandes pleitos que puedan reportar beneficios económicos a la asociación (22). Además, en no pocas ocasiones han descuidado la calidad técnica de los designados como árbitros, lo que unido a la dificultad legal para impugnar los laudos, ha provocado una huída del arbitraje, de forma y manera que su uso en términos porcentuales realmente no es que sea minoritario, sino absolutamente marginal. Esa falta de preparación técnica, e incluso una odiosa corrupción en los nombramientos de árbitros que a veces se ha observado, ha propiciado que hasta se estén planteando mecanismos alternativos al arbitraje como los llamados «tribunales comerciales internacionales» (23), es decir, grupos de expertos que ofreciendo un prestigio jurídico en sus integrantes, intentan ofrecer una solución a pleitos con elementos de internacionalidad que es muy complejo sustanciar ante las jurisdicciones estatales. Pero hay que recordar que el arbitraje ya es un medio alternativo, lo que sitúa a estos tribunales en la alternativa de la alternativa, lo que no es negativo en absoluto pero ciertamente paradójico, aunque revelador de dos cosas: la primera es que al arbitraje se le espera, pero no se le encuentra con facilidad. Y la segunda es que lo que echan de menos los litigantes, en el fondo, es una institucionalidad jurisdiccional, arbitral o no, en la que puedan confiar.

Los litigios de consumo no acostumbran a ser muy complejos y suelen ser bastante reiterativos, por lo que no es difícil que las personas que los atiendan como árbitros puedan ser particularmente eficientes y acertados en su labor

Al arbitraje, igual que a la mediación, por cierto, les falta en muchas ocasiones el prestigio de árbitros y mediadores, es decir, la *auctoritas* de la que hablaron D'Ors (24) y Carreras Llansana (25), y que ha venido investida por el Estado para los tribunales oficiales estableciendo unos estudios de judicatura con la exigencia y excelencia necesarias como para que esa *auctoritas* venga otorgada por la superación de los exámenes correspondientes, reconociéndolo así la sociedad. De ahí que la excelencia de esos estudios sea algo que deba preservarse especialmente y actualizarse a los tiempos, lo que no siempre sucede, pero esa ya es otra cuestión.

En todo caso, todo ello enseña qué es lo que le falta al arbitraje, y qué es lo que pueden darle las instituciones arbitrales de consumo. No sólo rapidez y bajo coste, como ya ha sido indicado, sino excelencia en la prestación de la función jurisdiccional, que es justamente lo que anhela cualquier

justiciable honesto. Por consiguiente, es preciso concentrarse en ese punto, y afortunadamente ello no es difícil. Los litigios de consumo no acostumbran a ser muy complejos y suelen ser bastante reiterativos, por lo que no es difícil que las personas que los atiendan como árbitros puedan ser particularmente eficientes y acertados en su labor.

Y si ello acaba siendo así y, además, un laudo es incuestionablemente «jurisdicción», como asume la ley española desde la ley de arbitraje desde la Ley 36/1988 (26), ¿qué dificultad habría en reconocer que el derecho a la tutela judicial efectiva se ve cubierto con la labor arbitral? Es decir, si la labor de un juez, ni en términos de tiempo, ni de costes, ni de eficiencia ni de excelencia va a ser mejor en estos casos que la de un árbitro, ¿por qué no considerar que el arbitraje en estos casos sí cubre el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva?

Debo advertir, no obstante, que es difícil extender lo anterior a cualquier otro ámbito que no sea el del Derecho de consumo. El consumo en nuestra sociedad es masivo porque nuestra economía, en buena medida, está sustentada en él, lo que hace que se genere una multitud de reclamaciones sustancialmente idénticas, básicamente porque todo el mundo compra lo mismo y le genera exactamente los mismos problemas. Pero tal situación no acostumbra a darse en el resto de los ámbitos. Por ello, permitir la atribución de esos litigios al arbitraje, por voluntad de una sola de las partes cuando es la parte débil de la relación contractual, es algo que sólo debe suceder en los casos indicados: litigios masivos con partes débiles, porque además en su fondo son conflictos de sencilla solución. Extender esta lógica a ámbitos en los que no estén presentes los citados elementos sería un simple sinsentido.

IV. LA CAPACIDAD DE CUALQUIER INSTITUCIÓN DE RESOLVER RECLAMACIONES MASIVAS

De ahí la importancia de que las administraciones públicas, además de ocuparse del sistema de justicia tradicional, hayan generado también alguna estructura jurisdiccional paralela que pueda atender debidamente a los ciudadanos. Es lo que se ha intentado hacer con las diversas juntas arbitrales de consumo (27). Siguiendo la línea que antes se indicó, las administraciones han seleccionado un determinado tipo de litigio y le han asignado un tribunal especial.

Sin embargo, el funcionamiento de las juntas no ha desplegado toda su eficacia, no solamente por el obstáculo de la necesaria voluntariedad de la sumisión a arbitraje, sino porque tal vez no han visualizado suficientemente su capacidad exponencial de resolver reclamaciones de consumo, descargando de ellas de manera eficaz a los tribunales. Si logran hacerlo, incluso aunque se opusieran *lobbies* formados por empresas relevantes que quieren seguir utilizando las deficiencias del sistema de justicia tradicional como barrera a las reclamaciones que reciban, llegaría un momento en que la presión de la opinión pública —que aún no conoce el arbitraje de consumo— llegaría a ser tan fuerte que debería cambiar la visión sobre este tema, propiciando así un cambio en la estricta jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La STC 1/2018 ya dejó ver fisuras entre los magistrados en cuanto a la vigencia de este planteamiento, por lo que una modificación futura de la jurisprudencia es viable.

Pero para ello, como se ha dicho, el sistema debe exhibir su eficacia. Y no lo hará mientras la

práctica de sus procesos siga la estructura tradicional, que data de época postclásica romana. En concreto, la estructura formal de alegaciones y pruebas debe ser sustituida por algo mucho más actual, acorde a los tiempos, y teniendo muy en cuenta que el ciudadano acudirá al sistema sin ir acompañado de abogado, y mucho menos de la vetusta figura del procurador.

Al contrario, el ciudadano debe encontrar una respuesta interactiva que sea capaz de entender, tan sencilla como crear un perfil en una red social, porque la complicación de los casos de Derecho de consumo en la enorme mayoría de las ocasiones no es superior a la creación de uno de esos perfiles. Para ello, las juntas debieran centrarse en diseñar cuestionarios muy sencillos para cada tipo de reclamación con diferentes alternativas, de manera que el consumidor pueda pedir justicia explicando lo sucedido sin mayores dificultades que dar sus datos como consumidor, la documentación u otros extremos que prueben su contratación y el inconveniente acaecido que ha generado la reclamación, pero priorizando la elección de alternativas (28) a la tradicional exposición de los hechos (29). Además, en casos de reclamaciones frente a empresas importantes, las juntas arbitrales deberían hacer un seguimiento de incidencias técnicas en las diversas empresas, de manera que la prueba de dichas incidencias se facilite al consumidor. Esto último posee un potencial realmente extraordinario.

Finalmente, deberían plantear al consumidor ideas de medios de prueba de que puede valerse, a fin de que aporte los que tenga. De hecho, de no ser aportados, la reclamación podría ser resuelta anticipadamente en sentido negativo. Pero en caso de que sí que sean entregados, la reclamación también podría ser fácil y rápidamente estimada ante la falta habitual de argumentos de defensa realistas por parte del demandado, lo que propiciaría que las empresas fueran aumentando y optimizando su comportamiento ético. Muchas veces, en la actualidad, al consumidor le invade una sensación de estafa porque en realidad algo muy parecido es lo que ha padecido: una disposición patrimonial que decidió hacer tras un engaño suficiente por parte del estafador.

Por poner sólo un par de ejemplos, me referiré a dos reclamaciones muy frecuentes: la cancelación de vuelos o los cortes de un servicio de red.

En el primer caso, lo único que tiene que hacer el consumidor es dar los datos de su vuelo, porque a la Junta de Consumo ya debería constarle la anulación del mismo. Es una reclamación que ni siquiera tendría que haberse generado, y que ha aparecido por la negligencia de la empresa en cumplir sus obligaciones económicas de inmediato, sin excusas y, en realidad, debiera ser precisa reclamación alguna. Y lo mismo sucede en el segundo caso. Las caídas en la red quedan reportadas por zonas sobre todo. Basta con que las Juntas, con la colaboración de las empresas, adquieran un activo conocimiento de dichas incidencias.

Si todo ello se consigue, las reclamaciones podrían, por tanto, automatizarse. De ahí que se pueda dar un paso más en esa automatización acudiendo a la última novedad en materia informática: la inteligencia artificial.

V. EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RECLAMACIONES DE CONSUMO

La inteligencia artificial es una herramienta que se ha infiltrado en buena parte de nuestras vidas cotidianas. Está tan integrada en nuestra normalidad y nos hace las cosas tan cómodas, que no nos damos cuenta de que no son solamente las redes sociales o los buscadores de internet los que hacen uso de ella, sino también los semáforos de las calles, las luces de un edificio o algunos sistemas de vigilancia cuya eficacia gozamos pero no percibimos porque ni siquiera sabemos que existen.

En materia de justicia (30), dejando de lado la experiencia china por ser antidemocrática al pretender, con elegantes y atractivos subterfugios, hacer de la jurisdicción una manifestación automática (31), se han desarrollado ya algunas aplicaciones que ayudan a gestionar el día a día de un juzgado clasificando asuntos y previendo su tramitación, o que automatizan las reclamaciones de cantidad por deudas dinerarias, o que tratan de procesar las denuncias más frecuentes de un modo mucho más rápido (32) —aunque no siempre eficiente—, pero que han llegado incluso al extremo de asistir a los jueces en la planificación de la prueba y en su valoración (33), o en la evaluación del riesgo de reincidencia delictiva en las medidas cautelares en el proceso penal (34).

No todos esos medios funcionan correctamente, y en no pocas ocasiones generan gran polémica, no tanto por la temible —y algo irreal— suposición de que las máquinas van a sustituir a los jueces, sino porque el uso de tales herramientas han supuesto el asentamiento de rechazables sesgos en la decisión de los jueces, tales como el racismo (35) u otras marginaciones de minorías. Al fin y al cabo, la inteligencia artificial es sólo una enorme base de datos de funcionamiento más complejo de lo habitual que se conduce a través de los llamados algoritmos, que son los que le permiten a la aplicación la gestión de los datos y la exposición de las alternativas de decisión a la cuestión planteada a la propia aplicación. Ese diseño de los algoritmos puede estar influenciado, naturalmente, por el informático que los configura, y por ello hay que tener un enorme cuidado político —casi podría decirse democrático— en la selección de esa persona y en el control de su trabajo, para que no introduzca en el algoritmo variables autoritarias, o simplemente complacientes con su gusto personal. Ha sucedido ya (36), y por ello hay que ser muy conscientes de que el riesgo es real.

El siguiente paso consiste en seleccionar las reclamaciones que sean más frecuentes y que, además, acostumbren a ser similares

La propuesta que se formula aquí consiste en averiguar si las reclamaciones de consumo son clasificables con cierta facilidad, cosa que deben evaluar las Juntas, utilizando la información que, de hecho, ya está disponible en algunas de sus webs (37), pero con bastante más detalle. Si la respuesta a esa pregunta es afirmativa, el siguiente paso consiste en seleccionar las reclamaciones que sean más frecuentes y que, además, acostumbren a ser similares tanto en las alegaciones presentadas por el consumidor como en las defensas ofrecidas por los empresarios. Si es así, ello querrá decir que la respuesta jurisdiccional también puede ser previsible, lo que abre el paso a su automatización a través de algoritmos de inteligencia artificial.

Si todo lo anterior es posible, la capacidad de respuesta de las Juntas arbitrales aumentará hasta extremos nunca vistos, pudiendo ser resueltos los litigios en un tiempo récord de pocos días, básicamente los que se considere conveniente ofrecer al empresario para elaborar su defensa, teniendo en cuenta que se trata de casos reiterativos y, por tanto, de respuesta altamente previsible, lo que simplifica en gran medida las alternativas de esa defensa y de decisión. Si ello es así, reclamaciones que actualmente tardan semanas en resolverse ante las Juntas o meses y hasta algún año por los tribunales, serían dirimidas mucho antes de que el consumidor sienta la tensión o el cansancio que le hace desistir de sus reclamaciones habitualmente.

El descrito no es un trabajo que pueda realizar en solitario la junta arbitral, sino que precisa de informáticos especializados. Pero lo que sí que puede hacer la junta es empezar a preparar ese trabajo, realizando la labor de clasificación a que antes me referí, por demandas, argumentos de defensa de ambas partes, medios de prueba habituales y alternativas más frecuentes de aplicación del ordenamiento jurídico. Con todo ello, el trabajo de los informáticos estará ya muy adelantado, porque lo que piden siempre son ese tipo de datos para aplicar sus conocimientos técnicos.

La duda surgirá solamente en cuanto a los argumentos de defensa inesperados, que tras su revisión por la aplicación y el descarte de que se trate de argumentos inscribibles en las categorías establecidas, aparezcan como realmente novedosos, momento en que será necesaria la intervención humana, en este caso de un árbitro, a fin de evaluar dicho argumento fáctico o jurídico, emitiendo la decisión definitiva por la vía tradicional.

Todo el sistema se podría empezar a configurar de manera experimental hasta que se obtenga un buen funcionamiento sin apenas errores, lo que precisa algo de tiempo, pero que en absoluto es invertido en vano. Al mismo tiempo habría que propiciar una reforma legal a fin de que este procedimiento telemático sea posible y se considere compatible con el derecho de defensa, lo que no debe plantear dudas si se muestra de manera transparente su funcionamiento y eficiencia.

Tal vez ello resultará inspirador para los tribunales, que empezarán a ansiar procedimientos similares para disminuir su carga de trabajo, y que ya deberían estar previstos en las leyes de enjuiciamiento, ahorrándose así un extraordinario volumen de tramitación que actualmente agobia a los trabajadores de la Justicia, que se pasan el día actuando mecánicamente como máquinas, sin serlo, cubiertos por una maraña de papeleo burocrático que tal vez tuvo sentido antes de la existencia de la informática, pero que desde luego ahora mismo es completamente ineficiente. El banco de pruebas del arbitraje de consumo puede servir para propiciar esas reformas, que además harían más evidente que no existe una diferencia real entre el trabajo de un juez y el de un árbitro, lo que desembocaría finalmente en la natural inclusión de los arbitrajes dentro del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, en la posibilidad de imponerlos en determinados ámbitos (38), que ya estaría exenta de cualquier dificultad y, sobre todo, de sospecha de falta de imparcialidad.

De hecho, una vez automatizados los procedimientos, no existirá una diferencia real entre que se sustancien ante los tribunales estatales o ante los órganos arbitrales, estribando su única diferencia en el carácter irrecurrible del laudo, que siempre aligera los procedimientos al hacer las resoluciones inmediatamente ejecutivas.

En esa nueva realidad se abrirán otras incógnitas, sobre todo en torno a la necesaria desclasificación de los algoritmos (39) o al procedimiento para su elaboración, a fin de acreditar sin duda de ningún tipo la independencia/imparcialidad de la herramienta, así como su compatibilidad con el derecho de defensa. Si bien al principio el mecanismo generará dudas y hasta reticencias, en breve su uso desembocará en una solución rápida, barata y previsible para las reclamaciones de consumo, que es lo que todos deseamos.

BIBLIOGRAFÍA

BROMBY, M.C. y HALL, M.J., «The Development and Rapid Evolution of the Knowledge Model of Advokate: An Advisory System to Assess the Credibility of Eyewitness Testimony Article», January 2002, pp. 143 ss. [<https://www.researchgate.net/publication/228189761>], y [https://www.researchgate.net/figure/ADVOKATE-Witness-Compellability_fig3_228189761].

CARRERAS LLANSANA, J., «Las fronteras del Juez», en: Fenech / Carreras, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1962, pp. 103 ss.

CHIOVENDA, G., «El juicio de reenvío y su perención», «*Ensayos de Derecho Procesal Civil*», vol III, Trad. Sentís Melendo, a la Edición de Roma de 1931, vol. II. E.J.E.A. Bosch y Buenos Aires 1949, p. 147.

D'ORS, Á., *Principios para una teoría realista del derecho*, Afil. Der. 1953.

DE BENINTENDI, P., *Decisiones causarum bononiensis*, Frankfurt 1573.

DRESSEL, J. y FARID, H., «The Accuracy, Fairness, And Limits Of Predicted Recidivism», *Science Advances*, 17-1-2018, <http://advances.sciencemag.org/content/4/1/eaao5580.full>.

FACH GÓMEZ, K., «La creación y el funcionamiento de los tribunales comerciales internacionales: estudio de sus efectos en el ámbito del arbitraje comercial internacional» (18 de Septiembre de 2018), en A. M. López Rodríguez y K. Fach Gómez (eds.) *Reconocimiento Y Ejecución De Sentencias Arbitrales Extranjeras en España y Latinoamérica*, Valencia 2019.

GUASP DELGADO, J., *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona 1956.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, Á., «Algunas reflexiones sobre el concepto de sumariedad», *RDProc*, 2003, n^{os} 1-3, pp. 289 ss.

HAU, W., «Las pequeñas causas en el proceso civil: tribunales, vías procesales (tracks) y procedimientos de escasa cuantía», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 1/2019, pp. 73 ss.

JAUERNIG, O. y HESS, B., Burkhard, *Zivilprozessrecht*, Múnich, 2011.

KLINGENBERG, G., «Minima non curat praetor», en *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*,

2009, pp. 559 ss.

LARSON, J., MATTU, S., KIRCHNER, L. y ANGWIN, J., «How We Analyzed the Compas Recidivism Algorithm», *Propublica*, 23 mayo 2016 [<https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>].

NIEVA FENOLL, J., «Mediación y arbitraje: ¿una ilusión decepcionante?», *Revista General de Derecho Procesal*, 39, 2016, p. 8.

NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal I, Introducción*, Valencia 2019.

NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

NISSAN, E., «Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement», *AI & Society*, 2015, p. 5.

PEARSON, J., «Bail algorithms are as accurate as random people doing an online survey», *Motherboard*, 17 enero 2018, [https://motherboard.vice.com/en_us/article/paqwmv/bail-algorithms-compas-recidivism-are-as-accurate-as-people-doing-online-survey].

ROSENBERG, L., SCHWAB, K.H., GOTTWALD, P., *Zivilprozeßrecht*, Múnich, 2010.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Jurisdicción», *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Liberalización y socialización del proceso civil», *RDProc*, 1972, pp. 520 ss.

YAO, J. y HUI, P., «Research on the Application of Artificial Intelligence in Judicial Trial: Experience from China», *Journal of Physics: Conference Series*, vol. 1487, 2020.

[<https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1742-6596/1487/1/012013/meta>].

-
- (1) Este texto es la base de la ponencia que presenté el 23 de octubre de 2020 en la Jornada Virtual Internacional de Arbitraje de Consumo, organizado por la Agencia Catalana de Consumo.

Ver Texto

- (2) STC 174/1995, 23-11.

Ver Texto

- (3) Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, punto 45.

Ver Texto

(4) STC 1/2018, 11-enero.

Ver Texto

(5) «Sostengo, por consiguiente, que en nuestra Constitución el arbitraje no tiene su asiento en el artículo 24, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, sino en el artículo 10 CE que proclama la dignidad y la autonomía de la persona, en relación con otros preceptos en los que se desarrolla este principio (por ejemplo, los arts. 33 y 38 CE).»

Ver Texto

(6) Determina de modo «irrevocable del derecho en un caso concreto», según afirmó M. Serra Domínguez, «Jurisdicción », *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1969, p. 50.

Ver Texto

(7) STJUE 15-3-2012, Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ, spol. s r. o. C-453/10.

Ver Texto

(8) O. Jauernig, y B. Hess, *Zivilprozessrecht*, Múnich, 2011, p. 93. L. Rosenberg, K.H. Schwab y P. Gottwald, *Zivilprozeßrecht*, München, 2010, pp . 395-396; M. Serra Domínguez, «Liberalización y socialización del proceso civil», *RDProc*, 1972, p. 520; F. Nieva Fenoll, *Derecho Procesal*, I, *Introducción*, Valencia, 2019, p. 146.

Ver Texto

(9) O. Jauernig, y B. Hess, *op. cit.*, p. 96: «*Wie die Verantwortung für die tatsächlichen Urteilsgrundlagen verteilt werden soll, ist primär ein rechtspolitisches Problem*»

Ver Texto

(10) *Vid.*. ampliamente W. Hau, «Las pequeñas causas en el proceso civil: tribunales, vías procesales (tracks) y procedimientos de escasa cuantía», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 1/2019, pp. 73 ss.

Ver Texto

(11) *Vid.*. P. De Benintendi, *Decisiones causarum bononiensis*, Frankfurt, 1573, p. 6, G. Klingenberg, «Minima non curat praetor», en *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, 2009, p. 559.

Ver Texto

(12) G. Chiovenda, «El juicio de reenvío y su perención», «*Ensayos de Derecho Procesal Civil*», vol III, Trad. Sentís Melendo, a la Edición de Roma de 1931, vol. II. E.J.E.A. Bosch y Buenos Aires 1949, p. 147.

Ver Texto

(13) Decretal de Clemente V de 1306 «*Saepe contingit, quod causas committimus, et in earum aliquibus simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii procedi mandamus.*» *Vid.*. A. Gutiérrez Berlinches,

«Algunas reflexiones sobre el concepto de sumariedad», *RDPProc*, 2003, nºs 1-3, pp. 289 ss.

[Ver Texto](#)

(14)

Vid. Usatge Quoniam ex conquestione, en Constitucions i altres drets de Catalunya, compilats en virtut del Capítol de Cort LXXXII de les Corts per la S.C.Y.R. Majestat del Rey Don Philip IV. nostre Senyor en la ciutat de Barcelona any MDCCII, Barcelona 1704, reedición facsímil de esta edición, Col. «Textos jurídics catalans», Lleis i costums IV/2, Barcelona 1995, CYADC, volumen I, libro 3, título 26, constitución 1 (p. 233): «Ab inviolabile observatio manam fermament esser guardat que con se esdevendra algun caminant o estranger ab alguns dels nostres sotmesos pledejar, que tost e sens triga aytal plet sie ab deguda fi termenat, car unica cosa seria si aytals personas, qui a perills de camins e fortuna de rius ells mateixs e lurs bens sovint exposan, contra arbitre de lur propia voluntat en algun loc havien a fer longa triga». Vid.. también Partida III, tít XXII, Ley 6: «En escripto diximos en la ley de suso, que deve todo Judgador dar su juycio acabado. Pero pleytos y ha, que pueden ser judgados sin escrito, e por palabra tan solamente. E esto seria, quando la demanda fuesse de quantia de diez maravedis ayuso, o sobre cosa que non valiesse mas desta quantia; mayormente quando tal contienda como esta acaesciesse entre omes pobres e viles. Ca a tales como estos deve los el Judgador oyr, e librar llanamente, de guisa que non ayan a fazer costa, e mission por raçon de las Escrituras. E esto mismo dezimos que deve ser guardado, quando los Oficiales dan cuenta de lo que ficieron en sus oficios; o quando algun Obispo oyere, o librare pleytos entre sus Clerigos. »

[Ver Texto](#)

(15) NR, Libro XII, Tít. XXXV, Ley XXIII. *Vid.* también Cap. 29 del Decreto de Nueva Planta de 9-10-1715 .

[Ver Texto](#)

(16) En torno al 5%, es decir, la veintena parte de la cuantía, como enseña NR, Libro V, Tít. XXII, Ley XVIII.

[Ver Texto](#)

(17) *Vid.* el inciso final de NR, Libro V, Tít. XXII, Ley XX.

[Ver Texto](#)

(18) *Vid.* de nuevo la STC 1/2018.

[Ver Texto](#)

(19) STC 142/2010, FJ 2.

[Ver Texto](#)

(20) J. Nieva Fenoll, *Derecho Procesal I, Introducción, op. cit.* p. 123.

[Ver Texto](#)

(21) *Vid.* J. Guasp Delgado, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona 1956.

Ver Texto

(22) Lo justifico con datos económicos en J. Nieva Fenoll, «Mediación y arbitraje: ¿una ilusión decepcionante?», *Revista General de Derecho Procesal*, 39, 2016, p. 8.

Ver Texto

(23) Sobre el particular, K. Fach Gómez, «La creación y el funcionamiento de los tribunales comerciales internacionales: estudio de sus efectos en el ámbito del arbitraje comercial internacional» (18 de septiembre de 2018), en A.M. López Rodríguez y K. Fach Gómez (eds.) *Reconocimiento Y Ejecución De Sentencias Arbitrales Extranjeras en España Y Latinoamérica*, Valencia 2019. También en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3255670].

Ver Texto

(24) A. D'Ors, *Principios para una teoría realista del derecho*, Afil. Der. 1953.

Ver Texto

(25) J. Carreras Llansana, «Las fronteras del Juez», en: Fenech / Carreras, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1962, pp. 103 ss.

Ver Texto

(26) Art. 37 de dicha ley de 1988: «el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada».

Ver Texto

(27) Desde el recordado RD 636/1993 de 3 de mayo, hoy sustituido por el Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero.

Ver Texto

(28)
En la línea apuntada, pero no culminada, por la Agència Catalana de Consum. *Vid.*. [<http://consum.gencat.cat/es/consultes-i-reclamacions/reclamacio-queixa-denuncia/>].

Ver Texto

(29) Es decir, lo contrario de lo que sucede habitualmente. *Vid.*. [<https://juntarbitral.bcn.cat/es/solicitud-de-arbitraje/>].

Ver Texto

(30) *Vid.* J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2018 .

Ver Texto

(31) Recomiendo una lectura reflexiva de «Big Data, AI and China's Justice: Here's What's Happening»,

China Justice Observer, 1 diciembre 2019.

[<https://www.chinajusticeobserver.com/a/big-data-ai-and-chinas-justice-heres-whats-happening>].
 Vid. también J. Yao y P. Hui, «Research on the Application of Artificial Intelligence in Judicial Trial: Experience from China», *Journal of Physics: Conference Series*, vol. 1487, 2020.
 [<https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1742-6596/1487/1/012013/meta>].

Ver Texto

(32) Vid. J. Pérez Colomé, «Así sabe la policía si tu denuncia es falsa (y acierta un 91% de veces)», *El País*, 17 septiembre 2018, [https://elpais.com/tecnologia/2018/09/16/actualidad/1537135174_883514.html].

Ver Texto

(33) M.C. Bromby y M.J. Hall, «The Development and Rapid Evolution of the Knowledge Model of ADVOKATE: An Advisory System to Assess the Credibility of Eyewitness Testimony Article», January 2002, pp. 143 y ss, [<https://www.researchgate.net/publication/228189761>], y

[https://www.researchgate.net/figure/ADVOKATE-Witness-Compellability_fig3_228189761]. NISSAN, Ephraim, «Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement», *AI & Society*, 2015, p. 5.

Ver Texto

(34) NORTHPOINTE INC., *Practitioners Guide to COMPAS*, 17-8-2012, [http://www.northpointeinc.com/files/technical_documents/FieldGuide2_081412.pdf]. J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner y J. Angwin, «How We Analyzed the Compas Recidivism Algorithm», *ProPublica*, 23 mayo 2016, [<https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>]. J. Pearson, «Bail algorithms are as accurate as random people doing an online survey», *Motherboard*, 17 enero 2018, [https://motherboard.vice.com/en_us/article/paqwmv/bail-algorithms-compas-recidivism-are-as-accurate-as-people-doing-online-survey]. E. Thadaneey Israni, «When An Algorithm Helps Send You To Prison», *The New York Times*, 26 octubre 2017, [<https://www.nytimes.com/2017/10/26/opinion/algorithm-compas-sentencing-bias.html>]. Turke & Strauss LLP, «Algorithms and criminal sentencing», [<https://www.turkestrauss.com/2016/06/algorithms-and-criminal-sentencing/>].

Ver Texto

(35) J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner y J. Angwin, «How We Analyzed The Compas Recidivism Algorithm», *ProPublica*, 23 mayo 2016, [<https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>]. J. Dressel y H. Farid, Hany, «The Accuracy, Fairness, And Limits Of Predicted Recidivism», *Science Advances*, 17-1-2018, [<http://advances.sciencemag.org/content/4/1/eaao5580.full>].

Ver Texto

(36) A. Torres Menárguez, «Kate Crawford: "Los ricos temen la rebelión de las máquinas, no tienen otra cosa de la que preocuparse"», *El País*, 18-6-2018. [https://elpais.com/tecnologia/2018/06/01/actualidad/1527868778_834780.html].

[Ver Texto](#)

(37) *Vid.* [http://consum.gencat.cat/es/consultes-i-reclamacions/reclamacio-queixa-denuncia/].

[Ver Texto](#)

(38) Pudiéndose persuadir para un cambio de mentalidad a la Comisión Europea y reformar así el art. 9 de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo: «Voluntariedad. *Ninguna de las partes tendrá la obligación de participar en el procedimiento ante una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo, excepto cuando una norma especial así lo establezca. En ningún caso la decisión vinculante que ponga fin a un procedimiento de participación obligatoria podrá impedir a las partes el acceso a la vía judicial.*»

[Ver Texto](#)

(39) *Cf. State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

[Ver Texto](#)

La necesaria transparencia del comportamiento ético de los árbitros

The necessary transparency in the ethical behaviour of arbitrators

En el presente trabajo me referiré únicamente a los árbitros, y especialmente a los distintos modos de designación de los mismos, así como a su independencia, imparcialidad y disponibilidad, con puntual atención al deber de revelación. También haré alusión a la irrenunciable transparencia en el modo de su designación. Resulta básico para el éxito del arbitraje, el convencimiento de las partes de que su controversia será conocida y resuelta por árbitros, no solo técnicamente capaces, sino también árbitros independientes, imparciales, designados con todas las garantías. Y que aseguren su disponibilidad para dedicar al mismo la atención y el tiempo necesario con una doble finalidad: conocer el fondo y objeto de la controversia y pronunciar el laudo en los plazos fijados por, o convenidos con, las partes.

Árbitros, Comportamiento ético, Independencia, Imparcialidad, Revelación.

In this paper I will refer only to the arbitrators, and especially to the different ways in which they are appointed, as well as to their independence, impartiality and availability, with due attention to the duty of disclosure. I shall also refer to the essential transparency of the way in which they are appointed. It is essential for the success of the arbitration that the parties are convinced that their dispute will be heard and resolved by arbitrators who are not only technically capable, but also independent, impartial and fully guaranteed to be appointed. They must also ensure that they are available to devote the necessary attention and time to the arbitration with a twofold purpose: to know the substance and object of the dispute and to render the award within the time limits set by, or agreed with, the parties.

Arbiters, Ethical behaviour, Independence, Impartiality, Disclosure.



Francisco Ruiz Risueño

Secretario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje. Árbitro

I. SOBRE LA NECESIDAD Y EXIGENCIA DE UN COMPORTAMIENTO ÉTICO DE LOS ÁRBITROS

Ya he señalado en alguna ocasión que el arbitraje es lo que sean los árbitros y las instituciones arbitrales (1) . Por ello, debe tenerse presente que la ausencia de independencia y/o imparcialidad del árbitro puede determinar la anulación del laudo en vía judicial por motivos de orden público, que la insuficiente dedicación al cumplimiento de su tarea puede determinar su remoción, y que la

objetividad y transparencia en su designación es una exigencia irrenunciable a la que tienen derecho las partes y los usuarios del arbitraje, como instrumentos indispensables para generar la imprescindible confianza en esta forma alternativa de resolución de controversias entre particulares.

Es, pues, reseñable la necesidad incuestionable de una conducta intachable de los árbitros.

El arbitraje se basa y apoya en esa verdad incuestionable. Impartir justicia es la razón de ser del arbitraje y la principal obligación del árbitro. El principio y el fin de su cometido. El alfa y omega de su existencia y de su función. Todo lo que se escriba sobre el arbitraje, todo lo que se estudie, se proponga o resuelva, sea en vía judicial, sea en vía arbitral, sobre el arbitraje, o sobre los árbitros, o sobre las instituciones arbitrales, o sobre los abogados y las partes, o sobre el cómo y modo de practicar las pruebas testificales o periciales, todo, absolutamente todo, gira o debe girar en torno a la imprescindible necesidad del comportamiento ético de los árbitros y a la transparencia en su designación. Es evidente que dicho comportamiento tan bien es exigible a las instituciones arbitrales. Y también es exigible a las partes y a sus letrados, y a los testigos, y a los peritos. Pero al ser el árbitro y la institución arbitral, el primero como encargado de rendir el laudo, y la segunda como encargada de la administración del arbitraje, los dos soportes de la confianza en este modo alternativo de resolución de controversia, es a ambos, a quienes les es exigible de manera especial una irrenunciable actitud y comportamiento éticos. Como ya he apuntado, en esta colaboración me referiré a la ética exigible a los árbitros en cuanto a su independencia, imparcialidad y disponibilidad, así como al modo, siempre transparente, de su designación.

La actitud ética es previa a cualquier arbitraje y anterior a que el árbitro reciba el encargo, y debe formar parte de su modo y forma de entender su misión de árbitro. El comportamiento ético es la plasmación en un arbitraje concreto, recibido que sea el encargo, de esa actitud que le es consustancial. El prestigio, la buena fama, la honradez de conducta, garantizan de modo inequívoco un comportamiento fiable del árbitro para ambas partes y sus letrados, y para la institución arbitral, que han confiado en su recto proceder al designarlo y/o admitir su designación.

El juez queda obligado a un comportamiento ético de modo permanente en virtud de su condición de servidor público y de su juramento o promesa de someterse a la ley, sin ningún vínculo o relación con las partes. El árbitro queda obligado en virtud de la aceptación del encargo que recibe de pronunciar el laudo que resuelva la controversia. En el caso de los jueces, el vínculo con la causa nace de la ley. En el caso de los árbitros, el vínculo con la causa tiene un claro origen contractual. Esta diferencia entre los tribunales de justicia y los tribunales arbitrales es clave para conocer la verdadera naturaleza del arbitraje y, en lo que ahora nos ocupa, para entender el diferente tratamiento y regulación de las causas de recusación de jueces y árbitros.

Dicho comportamiento del árbitro debe ponerse de manifiesto a lo largo de todo el procedimiento arbitral, comenzando desde el momento en el que se produce la propuesta de su designación, continuando con su aceptación y posterior tramitación del procedimiento arbitral propiamente dicho, y terminando con el pronunciamiento del laudo final y, en su caso, con su complemento, aclaración o rectificación.

II. SOBRE LA PROPUESTA DE DESIGNACIÓN

En el arbitraje institucional existe una fase, previa al nombramiento del tribunal arbitral, en la que, si bien este no puede intervenir por no estar todavía constituido, es preciso un pronunciamiento posterior de dicho tribunal, una vez, y a la vista, de que el expediente le haya sido remitido por la Corte. Así sucede cuando la parte demandada, supuesto cada vez más frecuente, ha planteado alguna excepción que debe resolver inicial y provisionalmente la propia Corte, y sobre la que necesariamente debe pronunciarse posteriormente el tribunal arbitral, resolviendo sobre la misma en los términos que procedan. A veces, la resolución que debe producir el tribunal puede implicar la terminación o suspensión del procedimiento arbitral (v.gr., por, tratarse de materia no arbitrable, o por invalidez del convenio, o por plantearse una cuestión prejudicial penal etc.).

El árbitro debe saber que debe responder con toda honradez y lealtad a la confianza que la parte o las partes, así como la institución arbitral, han depositado en él

En todo caso, cuando hablamos de la fase inicial del arbitraje, nos estamos refiriendo al momento de designación del árbitro o árbitros que van a conocer y resolver la controversia, momento o fase en el que el árbitro propuesto debe decidir si reúne o no los requisitos inexcusables de capacidad, independencia, imparcialidad y disponibilidad para hacerse cargo con toda garantía del arbitraje en el que se solicita su intervención. Este momento es uno de los momentos claves del arbitraje, y no por su solemnidad, de la que carece, sino por su transcendencia en garantizar una escrupulosa y exquisita neutralidad en el quehacer del árbitro. El árbitro debe saber que es precisamente en ese momento en el que debe responder con toda honradez y lealtad a la confianza que la parte o las partes, así como la institución arbitral, han depositado en él.

Y para ello es imprescindible que, teniendo en cuenta un mundo reducido y entrecruzado de relaciones como es el mundo del arbitraje, lleve a cabo la necesaria labor de investigación al objeto de averiguar, más allá de una apreciación inicial, si existe algún tipo de circunstancia, objetiva (independencia) o subjetiva (imparcialidad), relacionada con las partes o sus letrados, o con personas con ellos relacionadas, o con la materia controvertida, que pueda imposibilitarle o dificultarle para aceptar el encargo, así como si tiene la disponibilidad para atender con la debida diligencia y prontitud dicho encargo. Todo ello partiendo de la base de que ha sido propuesto por disponer de los conocimientos y capacidad necesarios para llevarlo a cabo con toda solvencia.

III. SOBRE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS: ¿DEBER DE LOS ÁRBITROS O DERECHO DE LAS PARTES? ARBITRAJE Y AMPARO JUDICIAL

Debemos insistir en que la exigencia del comportamiento ético de los árbitros tiene su máxima concreción en la necesidad de que los mismos sean absolutamente independientes e imparciales

con respecto a las partes litigantes (también respecto de la institución arbitral encargada de la administración del arbitraje), por lo que ambos requisitos se vertebran y configuran como elementos esenciales y concurrentes del arbitraje. Todo árbitro debe ser a la vez independiente e imparcial, requisitos cuya concurrencia se impone a los árbitros como un deber inexcusable, que, como veremos, es exigible, tanto en el momento de aceptar el encargo, como durante toda la tramitación del procedimiento arbitral.

Ese deber conlleva necesariamente el derecho de las partes a su existencia y exigencia, de suerte que su incumplimiento puede provocar, o bien la recusación del árbitro, o bien, lo que es más grave, la anulación del laudo, en los casos en que dicho incumplimiento así lo determinara y lo exigiera cualquiera de las partes. El derecho de las partes al árbitro imparcial ha sido reconocido por el TC, entre otras, en la STC 9/2005, de 17 de enero, si bien lo reconoce como un derecho de legalidad ordinaria, excluyendo por tanto, la posibilidad del recurso de amparo en caso de su vulneración en vía arbitral, en los siguientes términos:

«Es indudable que quienes someten sus controversias a un arbitraje ... tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro ... y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales ... derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos».

Añadiendo, sin solución de continuidad, que:

«... esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje —por medio de motivos de impugnación tasados— concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados».

La doctrina del TC puesta de manifiesto en esta sentencia nos lleva a hacer las siguientes consideraciones: a) en primer lugar, que la exigencia de imparcialidad de los árbitros es un derecho de las partes, basado en el vínculo que nace de su libre voluntad de acudir a un tercero, no juez, para que resuelva la controversia surgida entre las mismas, lo que supone y conlleva el derecho de las partes a que dicha controversia sea conocida y resuelta por un árbitro imparcial e independiente; b) en segundo lugar, se trata de un derecho cuyo ejercicio y cumplimiento queda reducido al ámbito arbitral, no pudiendo vincularse al derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24 de la CE, por lo que la posible parcialidad del árbitro a lo largo del procedimiento arbitral solo podrá ser susceptible de reparo, a través de la correspondiente acción de nulidad y de la sentencia a que a tal efecto dicte el TSJ competente; c) en tercer lugar, que solo cuando el tribunal de justicia que conozca de la acción de anulación (TSJ) no haya reparado la violación del derecho producida a la parte recurrente en la tramitación del arbitraje, o cuando el árbitro o alguno de los miembros del tribunal arbitral incumpliera su obligación de imparcialidad, podrá entenderse vulnerado el derecho de las partes al justo proceso y/o al juez imparcial y, en consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Como señala J.M. Xiol Rios «la STC 9/2005 sienta el principio de que aquello que por voluntad

expresa de las partes se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional» (2).

En este mismo sentido se pronuncia la STC 136/2010, de 2 de diciembre, que asimismo se refiere y cita a la STC 9/2005, al señalar que:

«El procedimiento y el Laudo arbitral no pueden ser objeto directo de impugnación en el recurso de amparo, ya que el Tribunal Constitucional carece de jurisdicción para su enjuiciamiento al no ser un acto referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC). De ese modo, las garantías contenidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) sólo pueden ser proyectadas respecto del control jurisdiccional que se desarrolle sobre las fases del procedimiento arbitral previstas en la legislación, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo (por todas, STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 2)».

Este posicionamiento del Tribunal Constitucional sobre el arbitraje y su configuración, parece, en opinión de Xiol Rios, haber sufrido una alteración con la STC 17/2018, de 11 de enero, cuando literalmente señala que

«Ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un "equivalente jurisdiccional", dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada».

Como resalta en su voto particular a dicha sentencia, para J.M. Xiol Rios (3) «El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias, pero no un equivalente jurisdiccional». Sin embargo, en opinión de J. García Torres:

«... el giro "equivalente jurisdiccional" no merece censura cuando se usa correctamente como lo hace el Tribunal Constitucional. Pero sí la merece si se abusa de él para aplicar indebidamente al laudo un tipo de test constitucional improcedente como, desgraciadamente, vienen haciendo ciertas Salas de lo Civil y lo Penal de algunos Tribunales Superiores de Justicia, y señaladamente la del TSJ de Madrid. De esto último el Tribunal Constitucional no es responsable más que, en su caso, por omisión, esto es, por no haber corregido este exceso en vía de amparo» (4).

En el mismo sentido se manifiesta J.F. Merino Merchán cuando manifiesta que (5) «conviene matizar, desde ahora, que esa calificación dada por el Tribunal Constitucional, se refería fundamentalmente a la actividad "sustitutiva" que el arbitraje representa respecto a la función jurisdiccional, no a que exista una igualdad o identidad absoluta entre arbitraje y proceso judicial o entre árbitro y Juez, o en fin, entre laudo y sentencia».

IV. SOBRE EL CONTENIDO DE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD Y SU CONTROL

La configuración de ambos requisitos como derechos incuestionables de las partes, nos servirá para

mejor determinar los términos y límites de su exigibilidad, por cuanto que las posibles dudas razonables que su no concurrencia impliquen, deben ser analizadas, no solo desde la perspectiva del propio árbitro, sino también y sobre todo, desde la perspectiva y posición de las partes litigantes, de suerte que a la hora de cumplir con el deber de revelación, el árbitro debe tener siempre presente la posición de las partes y no su personal criterio. Por ello la expresión ya acuñada en el ámbito arbitral de «dudas razonables sobre la independencia y/o imparcialidad del árbitro» debe referirse principalmente a las partes, y no solo a los árbitros, de suerte que estos, deben ser conocedores de la posición y opinión de quienes son destinatarios de sus decisiones (6) .

La necesidad de exigir a los árbitros los requisitos de independencia e imparcialidad, no está solo en delimitar adecuadamente el contenido de dichos requisitos, sino también en establecer los mecanismos de control que garanticen su inexcusable cumplimiento

Aunque se trata de situaciones que caminan paralelas, es evidente la importante diferencia existente entre una y otra, ya que mientras que la independencia tiene una naturaleza claramente objetiva, la imparcialidad la tiene subjetiva. En el primer caso, independencia, nos encontramos ante la ausencia de cualquier relación o vínculo del árbitro con las partes o sus letrados que pueda suponer una inclinación del aquel para favorecer a esa parte, en el segundo caso, imparcialidad, es necesaria la ausencia de una predisposición inicial del árbitro a favorecer o perjudicar a una de las partes. En la independencia, es exigible la ausencia del dato objetivo de una relación que condicione la decisión del árbitro. En la imparcialidad, es exigible la ausencia del dato subjetivo, difícilmente detectable, de la predisposición del árbitro a favor o en contra de una de las partes. En la independencia, la relación o vínculo existente puede no condicionar la actuación del árbitro, mientras que, en la imparcialidad, la predisposición del árbitro a favor o en contra de una de las partes, determinará siempre una actuación arbitraria y, por tanto, no deseable. Es evidente, pues, que el árbitro, al menos en teoría, puede no ser independiente y, sin embargo, ser imparcial. «Un tribunal arbitral puede ser dependiente, pero nunca parcial . Un árbitro imparcial con algún sesgo de dependencia en sus actuaciones, se puede considerar, mientras que un árbitro independiente, pero parcial, debe ser automáticamente descalificado» (7) .

A mi juicio, la necesidad de exigir a los árbitros los requisitos de independencia e imparcialidad, no está solo en delimitar adecuadamente el contenido de dichos requisitos, sino también en establecer los mecanismos de control que garanticen su inexcusable cumplimiento, ya que de nada sirve definir, incluso enumerar a través de interminables listas de supuestos, qué debe entenderse por independencia e imparcialidad de los árbitros o cuándo se producen los posibles casos que puedan afectar a la independencia e imparcialidad de los árbitros, sino si dispone de los medios que aseguren y garanticen su concurrencia. Ese y no otro constituye el principal desafío del arbitraje, a cuyo logro debe estar comprometida toda la comunidad arbitral: usuarios (particulares o empresas), árbitros, abogados, instituciones arbitrales y tribunales de justicia.

En efecto, si el arbitraje, en cuanto manifestación del principio de autonomía de la voluntad, emerge de la sociedad civil, deben ser sus protagonistas y usuarios quienes, con su intachable conducta, hagan del mismo un baluarte de la transparencia y un referente de confianza, porque solo generando la necesaria confianza entre todos los intervinientes en el proceso, el arbitraje podrá vertebrarse como un «*sólido sistema sustitutorio*» de los tribunales de justicia. Resultaría paradójico, a la par que contradictorio, que quienes defienden y apuestan por el arbitraje como medio de impartir justicia, no fuesen celosos vigías del mismo y llevaran a cabo conductas que le inoculen el virus de su propia destrucción.

Por ello, el primer mecanismo de garantía del recto proceder de los árbitros debe estar en ellos mismos, en su sólida convicción de que solo a través de su prestigio y buen hacer pueden generar la confianza que les haga acreedores al desempeño de su noble e importante función, lo que todavía es más trascendente en el arbitraje internacional debido a las distintas culturas que a veces concurren en el mismo (8). Los árbitros deben de ser sabedores de que su actuación y comportamiento afectan de modo directo, no solo a su propio prestigio, sino también al prestigio de la institución arbitral que ha intervenido en su designación, así como al prestigio del arbitraje como modo alternativo al judicial de solución de controversias. Árbitro, institución arbitral y arbitraje conforman un trípode esencial para generar la confianza necesaria en el arbitraje.

Cuatro son los mecanismos fundamentales de control que pueden coadyuvar a garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros: a) el deber de revelación, que tienen los propios árbitros, de informar a las partes y a la institución arbitral de las circunstancias que pueden afectar a su neutralidad, b) la transparencia en su designación o nombramiento, que se impone a las instituciones arbitrales, c) la posibilidad de su recusación, que corresponde a las partes y d) la posibilidad de anulación del laudo, que corresponde a los Tribunales de justicia (en el caso de España, a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia).

En el presente estudio, tal y como ya he señalado, me limitaré a analizar el deber de revelación y la transparencia en la designación del árbitro por ser los mecanismos de control que afectan directamente al propio árbitro y a la institución arbitral encargada de la administración del arbitraje.

V. SOBRE EL DEBER DE REVELACIÓN

1. Su contenido

El deber de revelación que incumbe a los árbitros es la consecuencia lógica de su compromiso ético. En efecto, si, como ya he señalado, el primero y más importante de los mecanismos de control de la neutralidad del árbitro es su propia convicción, conducta y recto proceder, es evidente que el deber de revelar a las partes y a la institución arbitral (y también a los demás árbitros en caso de tribunal arbitral colegiado) la existencia de hechos o circunstancias que puedan generar en las partes dudas razonables sobre dicha independencia e imparcialidad, constituye una exigencia plenamente congruente con dicha conducta. Se convierte así el deber de revelación en un elemento esencial para la confianza en el arbitraje y su ejercicio en una manifestación de la voluntad inequívoca del árbitro

de eliminar cualquier atisbo o sospecha sobre su recto proceder.

Y la primera y gran cuestión con la que se encuentra el arbitraje es en la necesidad de determinar qué debe entenderse por «dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros», determinación no fácil de encontrar al tratarse en sí misma de un concepto jurídico indeterminado, máxime cuando se trata del arbitraje internacional, en el que, ya lo he señalado, la existencia de culturas diferentes dificulta encontrar una definición unánimemente aceptada. No existe ley estatal o reglamento arbitral, ni siquiera en las Directrices IBA o en el Código de Buenas Prácticas del CEA que contengan una definición de las «dudas razonables».

En todo caso, y como señala la jurisprudencia de algunos TSJ españoles, y el propio TC, en base a lo establecido en la Ley española de arbitraje (que se inspira en la Ley Modelo), las «dudas» —novedad legislativa— que no son precisamente «certezas» sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros para determinar su abstención o recusación, y que tampoco son «meras sospechas». Son «sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos» (STSJ Asturias 1170/2018, de 3 de abril). La objetividad del dato que se utilice como punto de referencia es una de las exigencias en las que parece haber consenso en la Doctrina y en la jurisprudencia. Ante la propia «duda» que pueda plantearse al árbitro sobre si el hecho analizado puede o no generar «duda razonable» sobre su independencia o imparcialidad, las Directrices de la IBA aconsejan que «cualesquiera dudas que surjan acerca de si se ha de revelarse algún hecho o circunstancia que pudiera generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, deberá de resolverse a favor de darlo a conocer».

En mi opinión, el derecho de las partes a un árbitro independiente e imparcial, debe prevalecer sobre cualquier duda que se le plantee al árbitro sobre su obligación de revelar un determinado hecho, dato o circunstancia, lo que conlleva la necesidad de revelar siempre dicho hecho, dato o circunstancia, dándole a las partes la información necesaria para que tomen la decisión que a su juicio proceda. Ello no puede significar que la última palabra sobre la abstención o no del árbitro, incluso sobre su recusación, la tengan las partes. Sin embargo, el no revelar dicho hecho, dato o circunstancia, puede provocar en la parte afectada una desconfianza nada positiva para el desarrollo posterior del arbitraje.

En todo caso, parece aconsejable que las distintas reglas o directrices que sobre buena conducta hayan sido producidas y pretendan aplicarse, debe hacerse teniendo en cuenta las peculiares y circunstancias de cada caso y analizando en cada supuesto si se dan los elementos objetivos que puedan justificar la abstención o recusación del árbitro, tal y como señala la STSJM 59/2017, cuando señala que

«... la verificación de la falta de imparcialidad alegada, como verificación del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse "in casu"...comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva...más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios no concluyentes... incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean éstos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza».

En suma, es preciso tener presente, al objeto de generar el menor atisbo de desconfianza, que la dificultad de regular y prever los distintos supuestos y situaciones que puedan plantearse, aconsejan analizar cada caso de modo aislado para poder tomar con mayor y mejor información la decisión correcta.

La abundancia de opiniones sobre el contenido del deber de revelación surge por la ausencia de regulación en el ámbito estatal y la dificultad de vertebrar un sistema universal de obligado cumplimiento

En base a lo expuesto, es evidente que, tanto en el arbitraje internacional, como en el arbitraje doméstico, ha surgido abundantísima Jurisprudencia y Doctrina sobre cual deba ser el contenido del deber de revelación, así como sus posibles límites, plazo para su cumplimiento y efectos en caso de incumplimiento. En caso de incumplimiento del deber de revelación, aunque dicha omisión puede presuponer un comportamiento falto de la ética exigible al árbitro, la jurisprudencia ha venido a matizar dichos efectos tomando como base la trascendencia del dato omitido en relación a la independencia e imparcialidad del árbitro: Así, la STSJM, n.º 61/2015 tiene declarado que «lo esencial es que las circunstancias no reveladas a las partes en el procedimiento arbitral denotaran la falta de condiciones de imparcialidad o independencia».

La abundancia de opiniones sobre el contenido del deber de revelación surge por la ausencia de regulación en el ámbito estatal y la dificultad de vertebrar un sistema universal de obligado cumplimiento, dado el origen contractual del arbitraje y la importancia que en el mismo tiene la libre voluntad de las partes, así como las peculiaridades propias de cada caso en particular y de las diferentes culturas en presencia, lo que permite comprobar la dificultad de encontrar dos supuestos absolutamente idénticos, lo que condiciona el establecimiento de normas generales de obligado cumplimiento. La propia IBA reconoce este hecho, señalando que

«... si bien es cierto que las leyes y los reglamentos de arbitraje establecen ciertas reglas al respecto, éstas adolecen de falta de especificidad y de aplicación uniforme, lo que lleva a que, con frecuencia, la comunidad del arbitraje internacional no se guíe por los mismos estándares a la hora de revelar hechos y circunstancias susceptibles de dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y a la hora de decidir las objeciones y recusaciones de los árbitros».

Es, pues, razonable que la primera cuestión que debemos analizar y sobre la que debemos de debatir es sobre si es posible establecer unas reglas o directrices de obligado cumplimiento para todos los intervinientes en el arbitraje, sea este nacional o internacional, o si, por el contrario, si dichas reglas deben ser meramente orientadores y, en su caso, obligatorias solo cuando así lo hubiesen convenido las partes. Cuestión esta no menor, y que asimismo ha generado abundante literatura que indistintamente se inclinan por una u otra posición.

Personalmente me inclino por establecer normas «orientadoras» que puedan servir de pauta o guía a la comunidad arbitral, pero nunca de obligado cumplimiento, salvo que las partes así lo acordaren, bien en la cláusula arbitral (lo que no suele ser habitual), bien cuando surja la controversia. La razón que justifica mi posicionamiento radica en el carácter voluntario del arbitraje, por lo que deben ser las propias partes las que, en cada caso concreto, decidan libremente, a la vista de las circunstancias concurrentes y de las disposiciones del reglamento aplicable (cuando se trate de un arbitraje institucional), si deciden o no la aplicación, bien de las reglas IBA, bien, en el caso español, del Código de Buenas Prácticas del CEA, bien cualquiera otras que libremente acuerden. En todo caso, la cuestión puede plantearse, en los casos (frecuentes) en los que las partes hayan guardado silencio al respecto. En estos supuestos, y con ocasión del ejercicio de la acción de anulación del laudo, los tribunales de justicia no son ajenos a considerar y tener presente dichas directrices o códigos (9). En todo caso, sean normas orientadoras o de obligado cumplimiento, es aconsejable su elaboración.

La segunda cuestión, íntimamente ligada con la anterior, nos conduce a reconocer la dificultad de establecer reglas o directrices aplicables directamente al deber de imparcialidad de los árbitros, dado su proyección en el ámbito personal, subjetivo e interno del propio árbitro, lo que limita de modo evidente la posibilidad de conocer de modo inequívoco su predisposición o no a favor o en contra de una de las partes litigantes o de la posición procesal por ella defendida. En efecto, es cierto que el árbitro puede no ser independiente, y a pesar de ello puede ser imparcial. Asimismo, es posible que el árbitro tenga tal grado de dependencia o un vínculo de tal naturaleza con una de las partes, que necesariamente sea determinante de su falta de imparcialidad. Es por ello, que cuando de la imparcialidad se trata, solo, a través de presunciones, puede llegar a determinarse la posibilidad de una posición del árbitro que justifique, bien su abstención, bien su recusación. Por ello, las instituciones (IBA, en el arbitraje internacional y CEA, en el arbitraje español), que han elaborado reglas o directrices para coadyuvar a garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros, ponen el acento en las causas que pueden afectar a la independencia, para, a su través, poder aproximarse a la concurrencia o no de la imparcialidad de los árbitros (10).

2. Su permanencia en el tiempo

El deber de revelación del árbitro comienza en el momento de la designación o propuesta de nombramiento y continua hasta el momento de la emisión del laudo arbitral, debiendo entenderse, lógicamente, que nos estamos refiriendo también a la fase de aclaración, corrección y complemento de este, ya que podría darse la circunstancia de que sobreviniera el hecho determinante de la posible abstención del árbitro una vez pronunciado el laudo, pero antes de resolver sobre las peticiones aclaratorias o complementarias solicitadas, en su caso, por las partes. Si bien en este supuesto, revelada por el árbitro dicha circunstancia sobrevenida, y siempre que la misma no afectase al contenido esencial del laudo ya pronunciado, debería el mismo responder a dichos escritos, so pena de que nos encontremos con el hecho anómalo y no deseable, de un laudo que no ha podido ser aclarado, corregido o completado por imparcialidad del árbitro sobrevenida después de pronunciarse el laudo, lo que puede dificultar el ejercicio posterior de la posible acción de anulación por la parte solicitante de la aclaración, corrección o complemento del laudo.

Las partes del arbitraje, una vez reveladas los hechos por el árbitro, son, en principio, las que pueden

ejercer el control de la correspondiente revelación y decidir, a la vista de las misma, si los hechos revelados son determinantes o no de la correspondiente recusación, partiendo de la base, reconocida por la Doctrina y nuestra jurisprudencia, de que las exigidas «dudas razonables» a que suelen referirse, tanto las leyes nacionales, como los reglamentos que así lo establecieran, aluden a las partes y no a los árbitros. Por ello, los árbitros deben ser especialmente cuidadosos y exigentes consigo mismo y revelar aquellos hechos cuya existencia haga a las partes dudar razonablemente de su independencia y/o imparcialidad, por cuanto que, como señala Fernández Rozas, «el árbitro puede realizar declaraciones incompletas, equívocas o erróneas en detrimento de la exhaustividad y la severidad para consigo mismo que debe presidir la declaración de independencia del árbitro» (11)

La ley Modelo en su art. 12.1º señala al respecto que

«... la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas».

En la misma línea se expresa el art. 17.2º de LA española, que reproduce casi literalmente dicho precepto. Por su parte la Regla 11(1) de las Recomendaciones del Club Español del Arbitraje establece que el árbitro deberá «revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia». A su vez, el art. 18.2 del reglamento de CIMA concede al árbitro un plazo de diez días «desde que haya conocido por medio de la Corte su designación como árbitro» para revelar «cualquier circunstancia que pueda generar dudas justificadas sobre su imparcialidad, su independencia o su disponibilidad, mediante declaración firmada». En esta misma línea se coloca la jurisprudencia de los TSJ españoles (valga por todas la STSJM de 2 de junio de 2016, cuando señala que

«... 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 controversia».

Es evidente, pues, que la Doctrina, la jurisprudencia (12), la Ley Modelo, las leyes estatales y los reglamentos de las instituciones arbitrales, son unánimes en imponer a los árbitros, no solo el deber de revelar todas aquellas circunstancias que pueden plantear «dudas razonables» sobre su independencia e imparcialidad, sino el de llevarlo a cabo lo antes posible, al objeto de resolver con la debida y exigible celeridad dichas dudas o, en su caso, proceder, bien a la recusación, bien a la designación de un nuevo árbitro, evitando, en todo caso, que el árbitro, afectado por el deber de abstención o por el derecho de las partes a recusación, pueda adoptar alguna medida o dictar alguna resolución mientras no se haya despejado la duda que pesa sobre el mismo.

La importancia del deber de revelación ha sido reiterada recientemente por el Comité de anulación

del CIADI, en su resolución de 11 de junio de 2020, cuando, en un asunto que era parte el Reino de España, ha señalado que

«El Comité es de la opinión de que, dados los hechos y las circunstancias del presente caso, la ausencia de revelación del Dr. Alexandro privó a España de la oportunidad de recusarlo en el procedimiento de arbitraje. En consecuencia, también privó a España de la posibilidad de solicitar el beneficio y la protección de un tribunal independiente e imparcial, lo que pretende ofrecer el derecho de recusación. Esto también afectó el derecho de defensa de España y el derecho a un juicio justo. Esta omisión no puede considerarse como un mero error u omisión intrascendente o algo insignificante que no afecta de ningún modo el resultado del procedimiento ante el tribunal».

3. Insuficiencia del deber de revelación

La experiencia demuestra que el deber de revelación, con ser importante, no ofrece por sí solo la plena garantía de la neutralidad del árbitro. Es cierto que el derecho de las partes a recusar al árbitro (y la intervención de La Corte arbitral resolviendo la recusación) constituye un mecanismo de control que complementa y coadyuva a asegurar su independencia e imparcialidad. Y es igualmente cierto que las instituciones arbitrales deben garantizar, siempre en la medida de sus posibilidades, dicha independencia e imparcialidad (así lo proclama nuestra ley de arbitraje —art. 14— y el Regl. CIMA —art. 19.2º—). Pero es evidente, ya lo he señalado, la enorme dificultad que entraña conseguir la plena neutralidad de los árbitros, si estos tienen el firme propósito de favorecer a una de las partes, lo que se pone de manifiesto principalmente en relación con el deber de imparcialidad. Esta imposibilidad también se da en relación con los jueces, pero, al tener el arbitraje una base contractual y libérrima, su concurrencia no se presume, sino que debe acreditarse (13).

En efecto, dado el carácter subjetivo del requisito de la imparcialidad, esta no es posible garantizarla de modo pleno e inequívoco, por cuanto que el mismo afecta al criterio o pensamiento íntimo del árbitro, cuya predisposición anímica solo puede ser conocida por el propio árbitro. El principio romano (Ulpiano) «*cogitationis poenam nemo patitur*» (nadie sufre pena por su pensamiento), perfectamente trasladable a la imposibilidad de penetrar y descubrir el pensamiento del ser humano, pone de manifiesto la dificultad de conocer, a través de la investigación o indagación más rigurosa, si el árbitro tiene o no una determinada aptitud previa en relación con la controversia que se somete a su consideración, predisposición que puede tener las más variadas causas u orígenes, lo que incrementa la dificultad de su conocimiento. Esta realidad es lógicamente trasladable a los jueces y magistrados, pero con la importantísima diferencia, de que la utilización del arbitraje responde y necesita un acto volitivo de las partes, que solo optarán por dicho modo de resolver el conflicto si tienen la máxima garantía sobre la imparcialidad del árbitro. Las partes y sus abogados serán contrarios a la vía arbitral si el árbitro o árbitros no generan la necesaria confianza con su ético proceder. Solo el árbitro independiente e imparcial puede generar dicha confianza. Por ello, junto al deber de revelación, se hace preciso utilizar modos de designación claramente transparentes, como más adelante señalo.

VI. SOBRE LA DISPONIBILIDAD DEL ÁRBITRO

Pero de nada sirve que el árbitro tenga la cualificación profesional adecuada, ni que sea independiente e imparcial, si no dedica al arbitraje, cuya resolución se le encarga, el tiempo y la atención que la materia controvertida requiere. Se constituye así la disponibilidad como una exigencia al árbitro, que encaja plenamente en la ética de su comportamiento, ya que cualquier retraso en su actuación, además de desvirtuar la propia esencia del arbitraje donde la celeridad es una de sus características principales, puede suponer un perjuicio para las partes. Sin olvidar que la falta de dedicación del árbitro puede traducirse, además, en un laudo inconsistente y falto de rigor, lo que, aparte del perjuicio para los propios litigantes, puede justificar, bien su anulación, bien la consolidación de una situación contraria a lo que, en caso de estudio y dedicación, hubiese sido lo correcto.

Es por ello, que el árbitro que va a ser designado para intervenir en la llevanza del arbitraje, está obligado, junto a su declaración sobre independencia e imparcialidad, a declarar de modo inequívoco su disponibilidad para cumplir el encargo en el tiempo y plazo que el mismo convendrá con las partes en el Acta de Misión. Las partes, también la institución arbitral, podrán, en caso contrario, no solo plantear su remoción, sino también, exigirles las responsabilidades que pudieran derivarse de su inactividad o dejación de funciones. Se trata, en suma, de un control *a posteriori*, cuyo cumplimiento se comprobará por las propias partes y la institución arbitral, al igual que sucede con los requisitos de independencia e imparcialidad, a medida que se vaya tramitando el arbitraje.

La constatación, una vez comenzada la tramitación del procedimiento arbitral, de falta de diligencia y dedicación del tribunal arbitral unipersonal o de uno de sus miembros, si el Tribunal es colegiado, producirá, además, retrasos injustificados que, en caso de remoción, se verán agravados por la necesidad de iniciar de nuevo el complejo proceso para la designación de un árbitro sustituto. Es exigible, por tanto, a los árbitros un ejercicio de responsabilidad y deontología profesional, que incide plenamente en la conducta y comportamiento ético que debe presidir toda su actuación. Ética y arbitraje constituyen un binomio inseparable.

Las instituciones arbitrales, prácticamente sin excepción, suelen incorporar la disponibilidad como una de las condiciones exigibles a los árbitros para su nombramiento, así como su remoción, como medida sancionadora ante el posible incumplimiento de dicha exigencia.

La CIMA así lo regula en el art. 18.3º de su reglamento al disponer que «... la aceptación del nombramiento por parte de una persona propuesta para actuar como árbitro incluirá su compromiso de disponibilidad suficiente para la tramitación eficiente del procedimiento arbitral encomendado, de conformidad con las disposiciones del Reglamento», añadiendo el ap. 4 que «la ocultación de todas o de alguna de las circunstancias objetivas afectantes a su disponibilidad, imparcialidad o independencia por el candidato a árbitro a las partes, a la Corte o a los demás árbitros, facultará a la Corte para denegar, en su caso, la confirmación del candidato propuesto».

El reglamento del CIAM lo hace en su art. 10.2º al disponer que «antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro deberá confirmar su disponibilidad», para añadir en su ap. 5 que «El árbitro, por el hecho de aceptar su nombramiento, se obliga a desempeñar su función hasta su término con diligencia y de conformidad con lo dispuesto en este Reglamento». Así

pues, la disponibilidad y consecuente diligencia en el desempeño de su cometido se configuran igualmente como requisitos esenciales para el árbitro, previos a su nombramiento, de suerte si el árbitro no reconociese dicha disponibilidad, no debería ser nombrado como tal. Del mismo modo, el incumplimiento de los mismos determinará su remoción, tal y como establece el art. 14.2 del propio reglamento al disponer que

«... procederá asimismo la remoción y, en su caso, la sustitución de un árbitro a iniciativa del Centro o de los demás árbitros, previa audiencia de todas las partes y de los árbitros por término común de diez días, cuando el árbitro no cumpla con sus funciones de conformidad con el Reglamento o dentro de los plazos establecidos, o cuando concurra alguna circunstancia que dificulte gravemente su cumplimiento».

VII. SISTEMAS DE DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS: LA CUESTIÓN DE LAS LISTAS

Como ya he señalado al analizar el deber de revelación, es imprescindible e igualmente importante la función de control que corresponde a las instituciones arbitrales para contribuir a garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros y que justifica por si solo la implantación, cada vez mayor, del arbitraje institucional. Son las instituciones arbitrales las que deben de establecer mecanismos de designación de los tribunales arbitrales claramente transparentes y garantistas del derecho de las partes al árbitro imparcial. La transparencia en la designación de los árbitros forma parte de la esencia del arbitraje mismo y constituye una de las principales obligaciones de las instituciones arbitrales desde el momento que aceptan el encargo de gestionarlo y administrarlo. El legislador español ha sido consciente de tan importante labor, de suerte que, en 2011, modificó la ley 60/2003, para imponer a las instituciones arbitrales el deber de velar («velarán», dice la ley) «por la transparencia en su designación». A partir de aquí, es decir, de la obligación legal de transparencia impuesta a las instituciones arbitrales, será cada institución arbitral la que establezca el modo y forma de cumplir con dicha obligación. Y es en esta importante y trascendente cuestión en la que las instituciones arbitrales deben buscar y aplicar la fórmula que «mejor garantice» el cumplimiento del mencionado deber de transparencia.

En efecto, la respuesta a dicha cuestión no es la misma en cada institución arbitral, de suerte que el usuario del arbitraje se encuentra con distintos modos y sistemas de nombramiento del tribunal arbitral, todos ellos válidos, pero en algunos casos con importantes diferencias, al menos, desde la perspectiva del necesario control de la imparcialidad de los árbitros, tanto por las propias partes, como por la institución arbitral encargada de la administración del arbitraje. En efecto, la casi totalidad de los reglamentos, dejan en libertad a las partes para que sean ellas las que nombren los correspondientes árbitros. Dicho principio está casi unánimemente admitido. Es lógico que si el arbitraje nace de la libre voluntad de las partes, sean las propias partes puedan acordar el árbitro que deberá conocer y resolver la respectiva controversia. La cuestión surge cuando (lo que constituye el supuesto normal), las partes no se ponen de acuerdo, bien para designar al árbitro único, bien para designar al presidente del tribunal arbitral colegiado. Los reglamentos de las instituciones arbitrales, sin apenas excepciones, señalan que en tales casos será la propia institución arbitral la encargada del nombramiento.

Pero, a partir de tal afirmación, los sistemas varían. Así, unas instituciones designan al árbitro, en base a propuestas de un comité interno, cuyos nombres no son públicos; otras, se apoyan en las propuestas que les hacen los respectivos comités, cuyos integrantes si son conocidos; otras, hacen internamente la designación, sin intervención de comité alguno. En ninguno de estos supuestos, tienen intervención las partes, ya que la designación se hace directamente por la Corte. En otros casos, poco frecuentes, las instituciones arbitrales dan participación a las partes ofreciéndoles una lista reducida de árbitros, para que elijan dentro de dicha lista al árbitro que prefieren. En ningún de los casos referidos (con ofrecimiento o sin ofrecimiento de nombres) los nombres de los árbitros ofrecidos a las partes forman parte de una lista previa de la Corte, sino que son ofrecidos para cada caso en particular, sin lista previa conocida.

Por último, es el caso de CIMA, hay instituciones arbitrales que disponen de una lista de árbitros, pública y conocida, de suerte que el tribunal arbitral (árbitro único o colegiado) debe formar parte (salvo casos tasados) de dicha lista. Partiendo de la referida lista, se ofrece a las partes una lista con varios nombres (en el caso de CIMA, son ocho nombres) para que estas remitan a la Corte dicha lista con número menor que los nombres propuestos (en el caso de CIMA, son cinco de los ocho nombres), por su orden de preferencia. La lista de ocho nombres se presenta por riguroso orden rotativo y de antigüedad. Con este sistema, la intervención de la institución arbitral se limita a mantener el orden rotativo de los árbitros integrantes de la lista, siendo en verdad las partes las que deciden con su elección.

En mi opinión, es aconsejable aquel sistema que permita la participación de las partes en la designación de los árbitros, previa lista de nombres ofrecida por la Corte, ya que dicho sistema de elección permite la participación conjunta de la institución arbitral y de las partes: la de la institución arbitral, presentando una lista de posibles árbitros a las partes, la de estas, permitiéndoles manifestar sus preferencias en relación con dicha lista presentada por la Corte. Soy, por ello, partidario y convencido defensor, en virtud del principio de transparencia, de ofrecer a las partes una lista de árbitros para que sean ellas las que muestren sus preferencias en cada caso concreto, ya responda (caso de CIMA) o no (caso del CIAM) dicha lista a una previa lista de árbitros, pública y/o conocida, de la institución arbitral. Si a lo antedicho, resaltamos que la participación de las partes reducirá considerablemente los supuestos de recusación, es evidente que, a la transparencia, se añade la celeridad y eficiencia en la designación.

En todo caso, debo resaltar, una vez más, que la existencia de una lista de árbitros, pública y conocida, además de contribuir a una mayor transparencia en la designación de los árbitros, facilita, a mi juicio, dicha labor de designación, tanto para la institución arbitral, como para las partes. Para la institución arbitral porque le permite, mediante un proceso riguroso y previo de selección, incorporar a dicha lista a árbitros con alta cualificación técnica y recto proceder, acreditado por su personal y contrastado currículum, y para las partes, porque pueden ser sabedoras, antes de iniciar el arbitraje, de qué árbitros van a conocer sobre su pretensión, lo que les facilita una previa labor de investigación sobre los mismos, que resultaría menos sosegada si tiene que llevarla a cabo en el momento de su designación. Pero es que, además y en relación a la mejor garantía de la imparcialidad del árbitro, el sistema de lista, pública y conocida, permite a la institución arbitral

tener un mayor y mejor conocimiento de cada uno de los árbitros que la integran y de su actividad, lo que contribuirá a asegurar mejor su independencia, imparcialidad y disponibilidad. En suma, el sistema de lista, pública y conocida, cumple con una triple función: transparencia, pedagógica y de certeza.

En mi opinión, la práctica generalizada en el arbitraje internacional de que, a falta de acuerdo entre las partes, sea la propia Corte la que lleve a cabo la designación del tribunal arbitral, sin intervención alguna de estas, debería ser objeto de revisión y de un análisis tranquilo y sosegado, ya que no contribuye a la transparencia en la designación de árbitros y puede conllevar la «apariencia de comportamientos no deseables» en dicha designación, lo que sin duda puede no generar la necesaria confianza y, en consecuencia, afectar a la propia institución del arbitraje como modo alternativo de solución de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

FEBLES POZO, N., «Reflexiones en relación con los principios éticos en el arbitraje internacional: la independencia e imparcialidad del árbitro», *Cadernos de Derecho Actual*, nº11, 2019, pp. 141-160.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su transgresión», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, n.º 3, pp. 799-839.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Contenido ético del oficio de árbitro», Congreso de Arbitraje de La Habana, 2010 [<http://www.ohadac.com/bibliographie/21/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html?lang=es>].

FERNÁNDEZ-ROZAS, J.C., «Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators», *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid, La Ley, 2010, pp. 413-449

GARCÍA TORRES J., «Paradojas constitucionales al arbitraje: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018 y sus votos particulares», *El arbitraje y la buena administración de la Justicia. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords,) Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pp. 63-77.

MERINO MERCHÁN, J.F., «Similitudes y disimilitudes entre juzgar y laudar: sentencia vs laudo», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n.º 2-abril-junio 2020,s

RUIZ RISUEÑO, F., «Árbitros e instituciones arbitrales: la ética como exigencia irrenunciable de la actuación arbitral». *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones.*, vol. VII, n.º 3, 2014, pp. 807-833.

(1)

F. Ruiz Risueño, «Árbitros e instituciones arbitrales: la ética como exigencia irrenunciable de la actuación arbitral». *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones.*, vol. VII, n.º 3, 2014, pp. 807-

833.

Ver Texto

- (2) Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad n.º 2578-2015: «Sostengo, por consiguiente, que en nuestra Constitución el arbitraje no tiene su asiento en el artículo 24, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, sino en el artículo 10 CE que proclama la dignidad y la autonomía de la persona, en relación con otros preceptos en los que se desarrolla este principio (por ejemplo, los arts. 33 y 38 CE)» (STC 1/2018, de 11 de enero, BOE 7.2.2018).

Ver Texto

- (3) *Ibid.*

Ver Texto

- (4) J. García Torres, Paradojas constitucionales al arbitraje: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018 y sus votos particulares», *El arbitraje y la buena administración de la Justicia. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords,) Valencia, Tirant lo blanch, 2019, pp. 63-77.

Ver Texto

- (5) J.F. Merino Merchán, «Similitudes y disimilitudes entre juzgar y laudar: sentencia vs laudo», *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n.º 2, abril-junio, 2020

Ver Texto

- (6) J.C. Fernández-Rozas, «Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators», *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid, La Ley, 2010, pp. 413-449; *id.*, «Contenido ético del oficio de árbitro», Congreso de Arbitraje de La Habana, 2010 [<http://www.ohadac.com/bibliographie/21/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitral.html?lang=es>].

Ver Texto

- (7) N. Febles Pozo, «Reflexiones en relación con los principios éticos en el arbitraje internacional: la independencia e imparcialidad del árbitro», *Cadernos de Derecho Actual*, nº11, 2019, pp. 141-160; F. Ruiz Risueño, *loc. cit.*, p. 821 «...ya que un árbitro puede no tener ningún vínculo ni relación con ninguna de las partes y, sin embargo, no ser imparcial...»

Ver Texto

- (8) N. Febles Pozo: «El cumplimiento de las normas éticas y la buena reputación moral del árbitro son cuestiones trascendentales para el arbitraje internacional, teniendo en cuenta que en el procedimiento el árbitro se enfrenta a dos partes totalmente distintas, con intereses y culturas jurídicas diferentes, por lo que una actitud determinada del árbitro puede ser asumida como imparcial por una de las partes

mientras que para la otra puede no serlo, lo que provoca una colisión entre costumbres, y dificulta a nivel internacional la creación de un estándar ético en el arbitraje. En este sentido, los árbitros quedan obligados a cumplir un riguroso estatus de imparcialidad y hasta de su propia manera de conducir sus actuaciones» (*loc. cit.*, p. 149).

[Ver Texto](#)

- (9) STSJ Madrid 3278/2017: «Es una necesidad sentida, fuera y dentro de España, por los operadores del arbitraje. No ignora la Sala, dicho sea a modo de ejemplo, las recomendaciones del Club Español del Arbitraje (CEA) sobre buenas prácticas arbitrales, y en particular —porque hace al caso— aquella que señala que las instituciones arbitrales actuarán de forma independiente y neutral, especificando —*v.gr.*, deber 6—, sub-epígrafe De los conflictos de intereses, cómo dichas instituciones «deberán informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad».

[Ver Texto](#)

- (10) En las Directrices IBA, Parte I, n.º 2) letra c) y d) se dice: «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 méritos del caso presentado por las partes». «Existirá dudas justificadas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro en cualquiera de las situaciones descritas en el Listado Rojo Irrenunciable».

[Ver Texto](#)

- (11) Cf. J.C. Fernández Rozas, «Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su transgresión», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VI, n.º 3, pp. 799-839, esp. 802.

[Ver Texto](#)

- (12) SAP Madrid, 5 de mayo de 2008: «... el art. 17 LA establecen no solo la obligación que tiene todo árbitro de ser y permanecer independiente de las partes, sino también el deber de comunicar inmediatamente y por escrito...cualquier hecho o circunstancia susceptible, desde un punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia...».

[Ver Texto](#)

- (13) N. Febles Pozo, «La declaración de los árbitros una vez designados no puede seguir siendo la única opción de control de sus actuaciones durante el procedimiento arbitral. Las instituciones arbitrales deben implementar un control, una supervisión reguladora más activa y transparente en cuanto a la conducta del árbitro» (*loc. cit.*, p. 157).

[Ver Texto](#)

La aplicación en España de med-arb, arb-med y variantes como alternativa a los adr tradicionales

The application in Spain of med-arb, arb-med and its variants as an alternative to traditional ADR

La crisis provocada por el Covid-19, que conlleva inevitablemente más retrasos en la jurisdicción ordinaria y más disputas comerciales, ha supuesto un antes y un después en el impulso de los ADR y, en especial, de la mediación, como alternativa a la jurisdicción y al propio arbitraje. En este escenario, cabe plantearse la posibilidad de implementar medios de resolución de conflictos híbridos, que combinan arbitraje y mediación, y que han sido, hasta el momento, escasamente puestos en práctica en España. En este artículo se ahondará en el concepto de Med-Arb y Arb-Med y, en especial, en la variante Arb-Med-Arb, sus posibles limitaciones y recomendaciones para superar éstas. No obstante, en opinión de esta autora, para evitar, principalmente, que se cuestione la imparcialidad del árbitro y la confidencialidad del proceso, con los problemas que ello puede conllevar, sería conveniente que el mediador y el árbitro fueran personas distintas. En este sentido, para seguir manteniendo la eficacia y uniformidad inherentes a estos métodos, resultaría muy interesante la coordinación entre instituciones de mediación y arbitraje, o que una misma institución administrase ambas fases con distinto mediador y árbitro. En general, sería recomendable la regulación de algunos aspectos de estos métodos alternativos y la elaboración de protocolos específicos a nivel institucional para dotarlos de mayor seguridad jurídica y difusión a toda la comunidad jurídica. En cualquier caso, la utilización de cualquier método híbrido requiere de una extrema cautela y conocimiento por las partes, y especialmente por sus abogados, a la hora de acordarlos e implementarlos.

Métodos híbridos, Mediación, Arbitraje, Resolución, Med-arb, Arb-med, Arb-med-arb, Mecanismos alternativos de resolución de conflictos, ADR, Cáusula escalonadas, Protocolo AMA.

The crisis caused by Covid-19, which inevitably entails more delays in ordinary jurisdiction and more commercial disputes, has resulted in a before and after in the promotion of ADR and, especially, in mediation, as an alternative to court proceedings and arbitration itself, due to its advantages. Against this backdrop, it is worth considering the possibility of implementing hybrid conflict resolution means, which combine arbitration and mediation, and which have been, up to now, thinly applied in Spain. This article will delve deeper into the concept of Med-Arb and Arb-Med and, especially, in the Arb-Med-Arb variant, its possible limitations and recommendations to overcome these hurdles. In the opinion of this author, to avoid questioning the impartiality of the arbitrator and the confidentiality of the process, as well as the problems that this could involve, it would be advisable to separate the roles of the mediator and arbitrator. In this sense, in order to guarantee the effectiveness and uniformity inherent to these methods, it would be interesting to promote the coordination between mediation and arbitration institutions or for the same institution to administer both phases with a different mediator and arbitrator. In general, it would be recommendable for the regulation of some aspects of these alternative methods and the development of specific protocols at an institutional level to provide them with better legal certainty and use across the entire legal community. In any case, the use of any hybrid method requires extreme caution and knowledge by the parties, and especially their lawyers, when agreeing and implementing them.

Hybrid methods, Mediation, Arbitration, Resolution, Med-arb, Arb-med, Arb-med-Arb, Alternative dispute resolution mechanisms, ADR, Multi-tiered clause, AMA Protocol.



Marta Lalaguna Holzwarth

Árbitra. Mediadora

Abogada. CMS Albiñana & Suárez de Lezo

I. LOS ADR EN ESPAÑA EN EL ÁMBITO CIVIL Y MERCANTIL

1. Incidencia del Covid-19

La crisis sanitaria actual a causa del Covid-19 ha generado y sigue generando una serie de consecuencias entre las que se encuentran un aumento de controversias civiles y mercantiles. Por otro lado, este aumento de la litigiosidad y la suspensión de plazos procesales (1) supone un mayor retraso al que ya estábamos acostumbrados en la resolución de los conflictos sometidos a jurisdicción. Las medidas adoptadas por las autoridades competentes en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (2) (por ejemplo: habilitación de agosto, potenciación de los sistemas telemáticos, etc.), podrían por el momento, no ser suficientes para solucionar dicho retraso (3).

A ello se une la circunstancia de que los órganos jurisdiccionales se encuentran, a veces, colapsados. En el caso de los juzgados civiles, debido, en parte, a los recurrentes procedimientos de litigación bancaria y, en el caso de los juzgados mercantiles, debido, en parte, a los procedimientos sobre condiciones generales de la contratación, conflictos en materia de transporte y concurso de acreedores (4).

En estos tiempos sin precedentes, los mecanismos alternativos de solución de controversias («MASC» o «ADR» (5), en su acrónimo en inglés) —entre los que cabe destacar el arbitraje y la mediación, por su mayor notoriedad en España—, están siendo potenciados (6) por gran parte de la comunidad jurídica como una alternativa a la jurisdicción por sus ventajas frente a ésta que, a *grosso modo*, son su celeridad, flexibilidad y confidencialidad.

Creemos que hay que aprovechar este momento y que los ADR deben seguir desarrollándose, lo que implica también explorar, desde un enfoque creativo, medios alternativos a los tradicionales mediación y arbitraje.

Como señala A. Serrano Acitores, «Los ADR permiten a las partes una amplia gama de opciones creativas para la resolución de conflictos» (7). En este sentido, existen métodos híbridos de resolución de controversias (8), que algunos autores han bautizado como «la segunda generación de medios extrajudiciales en la resolución de conflictos», que combinan métodos autocompositivos y heterocompositivos, escasamente utilizados y desarrollados legalmente en España y, que, sin

embargo, son utilizados con éxito en otros países. Estos métodos híbridos, entre los que se va a destacar en este artículo el Med-Arb, Arb-Med y Arb-Med-Arb, son una alternativa a la propia alternativa tradicional a la jurisdicción que son la mediación y el arbitraje, valga la redundancia.

2. Auge de la mediación en la actualidad

Históricamente en España, el arbitraje ha sido el ADR que mayor implantación y acogida ha tenido, si bien, lo cierto es que, actualmente, la mediación está siendo insistentemente impulsada tanto a nivel normativo como por la propia realidad del mercado, en lo que viene siendo una especie de «eclosión» de la mediación (9) . En este sentido, cabe destacar lo siguiente:

En España, en el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación del Ministerio de Justicia (10) se plantea la instauración de la sesión informativa obligatoria como requisito previo de procedibilidad en algunas materias o la mediación intrajudicial en todos aquellos procedimientos en los que, a criterio del Juez o Magistrado, se apreciase la posibilidad de llevarla a cabo;

A modo de ejemplo, el 12 junio 2020 se dictó un «Acuerdo De Unificación de criterios de los juzgados de Primera Instancia de Barcelona» para potenciar la medición intrajudicial en el que los jueces de primera instancia de Barcelona (con competencia en asuntos civiles) acordaron que, a los efectos de imponer costas, podrá ser interpretado como mala fe o temeridad: 1) la negativa a acudir a la sesión informativa de mediación que haya sido convocada por derivación del juzgado; y, 2) el silencio o rechazo ante una oferta extrajudicial, cuando la resolución final del pleito se ajuste sustancialmente al contenido de esa oferta;

En junio de 2020, la Cámara de Comercio de España aprobó la creación del Centro Español de Mediación (CEM) (11) con vocación de ser una institución de mediación de referencia;

En los últimos meses son innumerables las webinars y publicaciones, en los que se ha abordado la cuestión del fomento e impulso de la mediación, lo que está creando un clima propicio para la extensión de su uso.

A nivel internacional, la «Convención de Singapur sobre la Mediación» (12) , suscrita por 52 países (entre los que están China y EE. UU., si bien por el momento, no es firmante ningún país de la Unión Europea) establece un marco jurídico armonizado para el derecho a invocar acuerdos de transacción, así como para su ejecución.

Tanto la mediación como el arbitraje tienen sus propias limitaciones y, autónomamente considerados, no son métodos ideales

Por tanto, si bien el arbitraje ha sido históricamente y sigue siendo la «alternativa estrella» a la jurisdicción por sus ventajas (al ser más rápido, flexible y confidencial), la mediación se plantea como una alternativa al arbitraje, ya que, en términos generales, puede decirse que es menos

costosa, más ágil y flexible que el arbitraje (al permanecer el control del proceso y la decisión sobre el acuerdo en las partes). En efecto, en estos tiempos, la mediación es una herramienta útil por su contribución a facilitar una solución real a las partes y a preservar las relaciones comerciales y que, de otro modo, podrían romperse si se tomaran rutas alternativas de litigio o arbitraje.

3. Las limitaciones del arbitraje y la mediación considerados individualmente

Tanto la mediación como el arbitraje tienen sus propias limitaciones y, autónomamente considerados, no son métodos ideales. En cuanto a la mediación, su limitación más evidente es que no asegura que las partes terminen forzosamente el proceso de mediación con una solución al conflicto. Esta limitación no ocurre en el arbitraje en el que el árbitro dictará un laudo con carácter vinculante y ejecutable.

En cuanto al arbitraje, tiene como limitación principal, respecto de la mediación, que el árbitro resuelve en función de la información que las partes le presentan en un ambiente de confrontación y su participación en el procedimiento no implica la empatía, sensibilidad y mantenimiento de las relaciones comerciales que generalmente son inherentes a un proceso de mediación.

En definitiva, cada método puede ser conveniente según las circunstancias concretas de las partes o las especialidades de la controversia. De manera general, el arbitraje puede interesar en controversias con un elevado carácter técnico o complejo, en las que urge la necesidad de contar con una resolución a la controversia (sin barajar la posibilidad de sondear el alcance de un acuerdo), cuando las partes estén enrocadas o se prevea muy difícil el alcanzar un acuerdo. En cambio, la mediación puede ser conveniente en controversias en las que los intereses de las partes trasciendan lo estrictamente jurídico, exista una voluntad real de alcanzar un acuerdo y consecuente apertura mental de las partes a no considerar que poseen «la razón» y sea prioritario el mantenimiento de las relaciones entre las partes.

4. La posibilidad de pactar métodos híbridos en los que el Arbitraje y la Mediación se complementen

La mediación y el arbitraje no son excluyentes y pueden utilizarse conjuntamente y de forma complementaria a través de fórmulas híbridas que combinen ambos. Estos métodos híbridos, que no gozan de implementación en España, son utilizados con éxito en otros ordenamientos jurídicos, fundamentalmente anglosajones.

Como dice el refrán, «la necesidad es la madre de la invención» y en tiempos difíciles como los que atravesamos, es normal y necesario que surjan y se desarrollen alternativas a los métodos tradicionales. Los métodos híbridos ya están inventados, pero parece que en España están por descubrir. Para ello es necesario, conocerlos, analizar sus características y posibles limitaciones y valorar su aplicación en cada caso en concreto.

II. MED-ARB COMO PARADIGMA DE MÉTODO HÍBRIDO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Un método híbrido es aquél que combina elementos propios de métodos autocompositivos con elementos propios de métodos hetero compositivos (13). El método híbrido de resolución de controversias más conocido es el Med-Arb en su fórmula pura o tradicional, que combina la mediación y el arbitraje, de manera sucesiva, y con la confluencia en la misma persona de las funciones de árbitro y mediador. En este método el Mediador, en caso de no lograr un acuerdo en el procedimiento de Mediación, pasaría automáticamente a convertirse en árbitro, que podemos denominar «Med-árbitro».

Es decir, este método consiste en el acuerdo por las partes del inicio de un proceso de mediación conducido por un mediador que, si resulta infructuoso (total o en parte), se transformará en un arbitraje y dicho mediador se convertirá en árbitro (14). Sam Kagel fue el primero en utilizar este mecanismo y denominarlo así para resolver una controversia relativa a una huelga en San Francisco en 1970 (15).

1. Ventajas del Med-Arb

En cuanto a las ventajas de esta figura, cabe destacar que la combinación de la mediación y el arbitraje asegura a las partes que existirá una solución a la controversia, ya sea mediante un acuerdo mediado, o bien, cuando la mediación haya sido infructuosa, a través de un laudo.

Si la controversia finalmente se resuelve en la mediación, se producirán todas las ventajas que la mediación entraña. Si no ha sido posible, el Med-árbitro poseerá un conocimiento profundo y exhaustivo de las circunstancias, de la controversia y de los intereses de cada parte, que le permitirán resolver con mayor agilidad y fundamento a la hora de tomar su decisión. Lo anterior, a su vez, se traduce en una menor duración del procedimiento y solución fundada con mayor detalle que en procedimiento arbitral tradicional o en un procedimiento jurisdiccional común.

Asimismo, el Med-Arb puede suponer un beneficio para el propio proceso de Mediación, en la medida en la que las partes, conociendo que se tiene que llegar a una solución (ya sea acordada por las partes o impuesta por el árbitro) en un período de tiempo concreto, estarán motivadas a alcanzar un acuerdo mediado. Es preciso apuntar, como veremos, que existe línea muy tenue y difícil de dibujar entre lo que es positivo (que las partes se encuentren «motivadas» a alcanzar un acuerdo) y lo que es negativo (que las partes se sientan «presionadas» o «conminadas» a alcanzar dicho acuerdo, al estar frente a su futuro árbitro).

En definitiva, este método mixto de combinación de Arbitraje y Mediación presenta su mayor fortaleza en el hecho de que las sinergias generadas por la combinación de ambos, «corrigen» las limitaciones de cada método individualmente considerado. Así, las partes, idealmente, por un lado, asegurarían: (i) la obligatoriedad de alcanzar un acuerdo (supliendo la principal limitación de la mediación); y (ii) que el laudo se adoptase con la sensibilidad y conocimiento de las circunstancias e intereses de las partes (supliendo así la principal limitación del arbitraje). A mayor abundamiento, la combinación de estos dos métodos en una sola instancia evitaría duplicidad de gastos, trámites innecesarios y tiempo de accionar los dos métodos sucesivamente.

2. Inconvenientes del Med-Arb

No obstante, Med-Arb encuentra obstáculos para su implementación, principalmente por algunos potenciales inconvenientes que puede conllevar.

A) La debida y cuestionada «imparcialidad» del Med-árbitro

El principal inconveniente es que el Med-Arb, en su fórmula tradicional, en la que el árbitro ha sido previamente al mediador, puede carecer de la imparcialidad exigida a todo árbitro como tercero neutral para imponer una solución vinculante a las partes. Según la RAE el término «parcialidad» se refiere a la «inclinación en favor o en contra de una persona o cosa al obrar o al juzgar un asunto».

La exigencia de imparcialidad en la función del árbitro se refiere a la ausencia de una inclinación a favor de una de las partes o en relación con las cuestiones en conflicto. La garantía de la imparcialidad de los árbitros se erige como un elemento fundamental del arbitraje (16).

De forma paradójica, una de las principales ventajas del Med-árbitro, que es su conocimiento profundo de la controversia en un ambiente de mediación, es a su vez su mayor hándicap

La figura del Med-árbitro no es nada sencilla, pues los roles de mediador y árbitro son distintos y hacen que sus funciones jueguen bajo parámetros diferentes. Existe un riesgo evidente de que la parcialidad eventualmente adquirida durante la mediación puede ponerse de manifiesto *ex post*, durante la dirección del arbitraje —*v.gr.*, en el interrogatorio por el propio árbitro— o incluso en el laudo. Puede haber una tentación o un sesgo —incluso inconsciente— de imponer como árbitro la solución insinuada como mediador que no prosperó por falta de aceptación de una de las partes. Como hemos adelantado anteriormente, esta mera posibilidad confiere al mediador una cierta capacidad de coacción implícita que puede condicionar a las partes en su libertad para alcanzar un acuerdo, lo que no es acorde con la mediación. Por ello, el Med-árbitro debe dejar de lado las «concesiones» y «confesiones» que, de forma privada y confidencial, le hayan realizado las partes de cara a dictar el laudo.

Sin embargo, en cuanto a la confluencia en una misma persona de las funciones de árbitro y mediador, es razonable pensar que una persona que ha escuchado conversaciones entre las partes — que pueden no formar parte de la esfera jurídica del conflicto— pueda empatizar o incluso simpatizar con alguna de las partes; lo que si bien no es un inconveniente para la mediación previa sí lo podría ser para el arbitraje posterior. Así, de forma paradójica, una de las principales ventajas del Med-árbitro, que es su conocimiento profundo de la controversia en un ambiente de mediación, es a su vez su mayor hándicap.

Cabe apuntar también en los incentivos perversos del Med-árbitro cuando tiene garantizada la posición de árbitro: por un lado, la capacidad coactiva sobre las partes que ya hemos mencionado; y, en sentido contrario, la tentación de no facilitar del todo la mediación por la mayor expectativa

económica del arbitraje.

Es evidente que para un Med-árbitro puede ser difícil o casi imposible olvidar lo escuchado y observado en las sesiones de mediación. Si bien se puede argumentar, que un árbitro —tal y como se le presume a un juez cuando ha escuchado una prueba posteriormente declarada nula— podría obviar la información adquirida mientras utiliza el «sombrero de mediador» cuando participa en el asunto con el «sombrero de árbitro», la realidad, sin embargo, es que es bastante difícil (si no imposible) de hacer.

No obstante, y pese a que es innegable el riesgo de que el Med-árbitro no goce de la misma imparcialidad que un árbitro, lo cierto es que precisamente en eso reside la virtualidad de este método y es un riesgo que las partes, ya sea por las circunstancias concretas de su conflicto o por la confianza depositada en el Med-árbitro seleccionado, deciden correr. La clave reside en que el Med-Arb es un proceso voluntario en el que las partes han aceptado voluntariamente que el Med-árbitro decida y emita su laudo teniendo pleno conocimiento de que, de forma irremediable, ostenta información obtenida en el proceso de mediación previo.

B) La debida y cuestionada «confidencialidad» de la información utilizada en la mediación

Otro de los obstáculos a la implementación de Med-Arb es las dudas que genera sobre la garantía de la confidencialidad propia de la mediación.

En efecto, una de las características de la mediación es el carácter confidencial de todas las informaciones que se divulguen durante el proceso de mediación. En España salvo acuerdo contrario de las partes, ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación están obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso —con determinadas excepciones vinculadas al orden público o a la propia aplicabilidad o ejecutividad del acuerdo alcanzado—.

La Ley de Mediación, en su art. 9 (17), ha ampliado el ámbito subjetivo del deber de confidencialidad extendiéndolo a las partes intervinientes, de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. También la Ley de Arbitraje, en su art. 24.2 (18), incluye esta obligación a los árbitros, a las instituciones arbitrales y a las partes.

A la vista de lo expuesto, lo cierto es que es cuestionable que en el procedimiento Med-Arb se pueda cumplir con esta exigencia de confidencialidad, lo que nos lleva de nuevo a llevar la cuestión al principio de la autonomía de la voluntad, en virtud de la que las partes, pueden pactar qué información revelar en la mediación y cual podrá ser utilizada en el arbitraje.

C) La actitud de las partes en Med-Arb puede desvirtuar la mediación

Como hemos apuntado, otro posible inconveniente también destacado por numerosa doctrina es el hecho de que en la fase de mediación del Med-Arb, las partes puedan mostrarse reticentes a colaborar y revelar toda la información sin condicionantes delante de un mediador que saben que podrá convertirse en árbitro, ya que ésta podría ser utilizada de forma contraria a sus intereses.

Asimismo, existe un riesgo de que las partes adopten una estrategia dirigida a convencer al mediador —posible futuro árbitro— de que sus posiciones y argumentos son los más justos y no afronten la mediación con una actitud abierta y negociadora.

Igualmente, las partes podrían sentirse presionadas a aceptar las recomendaciones del mediador del que saben que, posteriormente, podría convertirse en árbitro. Todo ello supone una limitación evidente de las posibilidades de éxito de la mediación previa en el Med-Arb.

D) Inconvenientes procesales de Med-Arb

Otro de los inconvenientes del Med-Arb puede ser la imposibilidad de aunar o compatibilizar las diferencias que en materia procesal existen entre el arbitraje y la mediación, por ejemplo, para el caso de que sean necesarias medidas cautelares o de práctica de prueba o para el nombramiento del árbitro —si no se ha establecido previamente por las partes o no hay acuerdo—. Así en el arbitraje debe acudir al auxilio de la jurisdicción ordinaria, si bien, no existe una previsión clara en este caso para la mediación. Lo cierto es que no hay una regulación clara y transversal para este tipo de necesidades propias y previstas en el arbitraje que sean aplicables a un proceso de Med-Arb.

E) Riesgo de anulación del laudo dictada en el procedimiento de Med-Arb

Derivado de lo anterior, un gran riesgo de la adopción del Med-Arb puede ser que una de las partes o ambas partes, si no han visto satisfechos sus intereses, traten de alegar la falta de parcialidad del árbitro (dada su condición previa de mediador) y, en consecuencia, una irregularidad en el arbitraje debido a la mediación previa como motivo para impugnar el laudo y obtener su anulación.

3. Posibles soluciones para paliar inconvenientes de Med-Arb y variantes

Debido a las limitaciones del Med-Arb, el mismo debe abordarse con cautela, profesionalidad y atendiendo a las circunstancias concretas e intereses de las partes.

Para asegurar que Med-Arb sea un proceso efectivo y reducir las probabilidades de ser impugnado por una parte insatisfecha, es importante que éstas intenten llegar a un acuerdo sobre cuestiones esenciales tales como la duración de la fase de mediación o la información que se podrá divulgar en el curso de ésta, así como la declaración de que conocen que posteriormente se desarrollará un procedimiento arbitral en el que podrá ser utilizada. En este sentido, y para poder aplicar el concepto de autonomía de la voluntad de las partes con propiedad es necesario que las partes (ya sean corporaciones a las que se les presupone asesoramiento por equipos bien estructurados e informados o particulares) dispongan de esa información sobre el procedimiento, la entiendan y consientan renunciar a ciertas garantías que son esenciales y consustanciales a la mediación.

A continuación, se indican algunas cuestiones que se pueden introducir en las cláusulas Med-Arb para tratar de asegurar la imparcialidad y confidencialidad en el proceso. Como veremos muchas de estas sugerencias coinciden con algunas variantes de Med-Arb destacadas por la doctrina.

A) Posibles remedios a los problemas de imparcialidad del Med-árbitro

El riesgo de que el Med-árbitro no sea imparcial puede resolverse pactando que el mediador y el

árbitro sean dos personas diferentes. No obstante, es preciso indicar que esta variante supone una pérdida de eficiencia del proceso Med-arb y la eliminación de uno de los principales motivos de su esencia que es que, por un lado, que un árbitro, con la sensibilidad y conocimiento del tema adquirida en la mediación resuelva y, por otro lado, el ahorro de costes que supone que la misma persona adopte las dos funciones.

Otra opción es que las partes pacten en la cláusula Med-Arb la posibilidad de cambiar al Med-árbitro si una de ellas considera tras su participación en la Mediación previa al arbitraje que este no va a ejercer su función de árbitro con todas las garantías. Se trataría de una suerte de «recusación» del árbitro, antes de iniciar al arbitraje (19) .

Asimismo, se puede pactar que, con carácter previo a iniciar el arbitraje, tras la mediación fallida, se consulte al potencial Med-árbitro si se considera idóneo para arbitrar la controversia o bien debe abstenerse si tiene dudas sobre su capacidad para ser imparcial o independiente (20) .

En la elección de un Med-árbitro, debe valorarse si aún tanto las capacidades propias a un mediador como las de un árbitro

No obstante, lo anterior, y ante las dudas que la figura del Med-árbitro suscita creemos que es conveniente que mediador y árbitro sean personas distintas, lo que nos llevaría a abandonar el Med-Arb en su aplicación pura o tradicional. Como desarrollaremos, creemos factible y conveniente someter una misma controversia a una misma institución que administre ambas fases con distinto mediador y árbitro, permitiendo con ello parte de la eficiencia que propugna este método o bien someter la controversia a distintas instituciones coordinadas que nombren respectivamente a un mediador y a un árbitro.

B) Posibles remedios a los problemas de confidencialidad

Los problemas relativos a la falta de confidencialidad en el Med-Arb pueden ser atenuados, si las partes pactan el establecimiento de determinadas reglas en el proceso de mediación previo al arbitraje del MedArb como: (i) la determinación de que las sesiones sean plenarios, es decir, que no existan reuniones individuales (*caucus*) entre el mediador y las partes; (ii) que determinada información revelada en la mediación no se revele en el arbitraje posterior; o (iii) el compromiso del Med-árbitro a obviar la información obtenida durante la etapa de mediación.

Es importante que cuando las partes decidan utilizar Med-Arb declaren su conocimiento y consentimiento sobre el hecho de que el árbitro sea el que previamente haya mediado previamente la controversia y que ha conocido la información revelada en el procedimiento de mediación (21) .

C) Posibles remedios a la actitud de las partes en Med-Arb

En relación con posibles actitudes que puedan desvirtuar la esencia de la mediación, lo cierto es que la evitación de este riesgo dependerá de las partes y de todos los profesionales (abogados y Med-

árbitros) involucrados en el Med-Arb. Es deseable que, en la elección de un Med-árbitro, se valore si aúna tanto las capacidades propias a un mediador como las de un árbitro, siendo capaz de generar la confianza y ambiente adecuado en la fase de mediación, así como de tener en cuenta únicamente la información necesaria y convenida por las partes y decidir en base a ella en Derecho o en equidad (según el arbitraje pactado).

D) Posibles remedios a los problemas procesales de Med-Arb

Ante las dificultades procesales que se planteen en el Med-Arb, sería recomendable una regulación específica en relación con determinados aspectos de aplicación práctica de estos métodos híbridos. Así lo apunta F. Martín Diz al indicar que «al mezclarse uno y otro instrumento en un único mecanismo de gestión extrajudicial del conflicto, y de Administración de la justicia, sería muy conveniente la preparación y promulgación de normas legales específicas que regulen la aplicación del Med-Arb y del Arb-Med, y que reflejen su identidad, particularidad, configuración y finalidad».

Estamos de acuerdo con esta manifestación pues la ausencia de normas específicas genera lagunas e inseguridad jurídica para las partes y son, en gran medida, las responsables de que la aplicación práctica de estos métodos híbridos sea cuestionada.

Por otro lado, y reiterando nuestra conformidad con esta postura, cabe preguntarse dónde está el equilibrio entre la regulación y la libertad de las partes para pactar y acordar el propio procedimiento. En España existe una tendencia a querer regularlo todo, precisamente para abandonar la sensación de inseguridad jurídica que generan las lagunas legales, si bien ello, precisamente, podría ser una limitación a la flexibilidad congénita de los ADR, y más específicamente de la mediación.

E) La renuncia acción de anulación del laudo en base la vulneración del orden público por falta de imparcialidad o independencia del Med-árbitro

Como ha quedado expuesto, un gran riesgo de utilizar Med-Arb es el problema que puede generar de cara a la validez del propio laudo si una de las partes ejercita la acción de anulación sobre la base de que el árbitro estaba influenciado por la información conocida durante la etapa de mediación para anular el laudo.

Para tratar de evitarlo, se podría plantear un pacto de renuncia por las partes al ejercicio de la acción de anulación basada en la función dual del árbitro como mediador —que en principio tendría cabida en las letras d) y f) del art. 41 LA (22) — contenido en la cláusula por la que se acuerde el Med-Arb.

En España la renuncia acordada a la acción de anulación no está ni permitida, ni prohibida expresamente por la legislación. La cuestión es, en qué medida dicho pacto de renuncia contravendría una ley imperativa o el orden público. Teniendo en cuenta que la imparcialidad e independencia de los árbitros es parte del orden público procesal, es muy probable que esta renuncia fuera declarada nula.

Ahora bien, lo cierto es que si las partes —siguiendo la recomendación antes expuesta— han declarado previamente en la cláusula en la que pacten el Med-Arb su conocimiento y consentimiento

sobre el hecho de que el potencial árbitro que resolverá la controversia haya sido previamente el mediador, el ejercicio de la acción de anulación por ese motivo (además, renunciada) sería cuestionable. De nuevo, entramos en la importancia de la información a las partes, de que estas sean verdaderamente conscientes de las dos fases del procedimiento y de sus características para que sea válida su renuncia en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. Y, por supuesto, de la profesionalidad del tercero, que sepa diferenciar bien una fase y la otra.

En este sentido, podría considerarse que las partes han renunciado tácitamente a la acción de anulación por ese motivo y les habría precluido la posibilidad de hacerlo en base al art. 6 LA (23). Asimismo, podría alegarse como oposición a dicha acción de anulación el uso fraudulento y contrario a la buena fe de la parte que esperó al dictado de Laudo para interponer demanda de anulación cuando éste le resultó desfavorable» (24).

En todo caso, y como última cuestión, creemos que la renuncia sólo sería admisible una vez completada la fase mediación, ya que sólo entonces las partes tendrían elementos de juicio suficientes —aunque no completos— para una renuncia de esta naturaleza (ello se identifica con el Med Arb con posibilidad de opción que se menciona a continuación).

4. Tipos de Med-Arb

De manera muy relacionada con los mecanismos para tratar de paliar los límites de Med-Arb en su versión pura, y tratar de salvaguardar las críticas sobre la cuestionable imparcialidad del Med-árbitro y la garantía de la confidencialidad de la mediación previa, existen determinadas variables de este método, entre las que cabe citar:

- i) Med-arb con diferente tercero. El mediador y el árbitro son personas distintas. En este caso, la documentación de la mediación será trasladada al árbitro (salvo aquella que sea estrictamente confidencial y lo hayan dispuesto así las partes). Esta variante, en principio elimina el mayor inconveniente y crítica del Med-Arb que es el riesgo de imparcialidad del Med-árbitro. No obstante, su mayor inconveniente es que por el hecho de que existe un mediador y un árbitro, implica un mayor coste, una mayor dilación en el tiempo y la ventaja del conocimiento profundo del asunto derivado de la mediación.
- ii) Med-arb plenario. En esta modalidad el mediador (potencial Med-árbitro) no está autorizado para mantener reuniones individuales (*caucus*) con las partes. Ésta es una forma de garantizar la neutralidad del que habiendo sido mediador será posteriormente árbitro. La desventaja es que desnaturaliza la función del mediador y el propio proceso de mediación.
- iii) Mediación con arbitraje de oferta final (medaloa). En esta variante tras la mediación infructuosa, las partes deberán plantear una oferta al mediador que, como si fuera un árbitro, decidirá entre las dos planteadas por cada parte que oferta va a adoptar como acuerdo definitivo. Este mecanismo somete a las partes a una fuerte presión para que resuelvan su conflicto en el marco del procedimiento de mediación.
- iv) Med-arb con opción de retirada. En principio en el Med-Arb las partes no pueden retirarse (al

igual que no pueden hacerlo en un arbitraje). En esta modalidad, se permitiría a las partes retirarse después en la fase de mediación antes del inicio del arbitraje.

- v) Mediación con posibilidad de opción. En esta variante, una vez realizada la mediación, si ha resultado infructuosa, cualquiera de las partes podría solicitar el cambio del mediador que iba a ser árbitro, nombrándose a un nuevo árbitro. Esta opción, resulta muy interesante como medida para que las partes, en virtud de su autonomía de la voluntad decidan si en función de cómo ha ido la mediación quieren que sea el mediador quien arbitre la controversia; y si, por alguna razón cualquiera de ellas cuestiona su imparcialidad, podrá decidir que sea otra persona quien arbitre la controversia. Esta opción que viene a ser una suerte de «recusación» del árbitro se postula como una solución al problema de la falta de imparcialidad del árbitro, a discreción de las partes y de cómo haya sido el procedimiento de mediación.
- vi) Co-med-arb. En esta modalidad, el mediador y el árbitro son personas distintas que escuchan inicialmente las posturas de las partes; luego el mediador tratará de que se resuelva el conflicto sin el árbitro y éste será llamado solo si la mediación fracasa. El inconveniente de esta variante es la duplicidad de costes que supone la intervención simultánea de ambas figuras.

III. CLÁUSULA ARB-MED: ESPECIAL REFERENCIA A ARB-MED-ARB

Existe otro método híbrido, el denominado Arb-Med, que viene a ser el método «reverso» del Med-Arb. Este método a veces se trata como una modalidad de Med-Arb si bien consideramos que tiene la suficiente entidad y diferencias como para ser considerado un procedimiento distinto al de Med-Arb. Además, existe una variante muy interesante y desarrollada por instituciones de mediación y arbitraje, el Arb-Med-Arb que también será objeto de análisis en este artículo.

1. Concepto

En Arb-Med el procedimiento comienza con el arbitraje, seguido de mediación. En este procedimiento se celebra el arbitraje si bien el árbitro mantiene la confidencialidad de su decisión y pasa a una fase de mediación, alentando a las partes a llegar a un acuerdo. Si las partes llegan a un acuerdo voluntario el árbitro nunca revelaría el laudo arbitral (25); sin embargo, si las partes son incapaces de tomar una decisión en la mediación, revelará el laudo que tendrá, como no puede ser de otra forma, carácter vinculante.

En comparación con Med-Arb, Arb-Med tiene la ventaja de que el mediador, que habrá sido previamente árbitro dispone de una visión del conflicto que le permitirá aunar posturas y autoridad para facilitar la mediación. Asimismo, el hecho de que las partes sepan que, si no llegan a un acuerdo mediado, el laudo será vinculante puede ser un incentivo de peso para alcanzar el acuerdo.

Por su parte, Med-Arb tiene el inconveniente de que requiere más tiempo y coste económico, por el esfuerzo necesario de llevar a cabo el procedimiento de arbitraje. Se critica que este coste puede ser en vano en caso de que la disputa quede resuelta finalmente en Mediación.

2. Arb-Med-Arb

Dentro de la categoría de Arb-Med, cabe destacar una modalidad que ha sido desarrollada de forma institucional por las cortes de Mediación y Arbitraje de Singapur. El 5 noviembre 2014, el Centro de mediación internacional de Singapur («*The Singapore International Mediation Centre*», SIMC) y Centro de Arbitraje Internacional de Singapur («*Singapore International Arbitration Centre*», SIAC) establecieron el protocolo AMA. Éste permite a las partes iniciar un proceso de arbitraje ante el SIAC, y posteriormente, acceder a un proceso de mediación ante el SIMC. El protocolo establece una cláusula modelo para que las partes que quieran utilizar este método la incluyan en sus contratos (26).

Aunque la SIAC es el único organismo arbitral que ofrece un Protocolo AMA específico, eso no significa que los procedimientos Arb-Med-Arb no serían posibles bajo otras reglas institucionales. Otras instituciones han seguido este método Arb-Med-Arb sobre la base de una cláusula de arbitraje extendida en el contrato. Así, por ejemplo, la Cámara de Comercio de Austria (VIAC) también tiene publicada una cláusula modelo (27).

Según está previsto el proceso se instituye como un arbitraje tradicional y una vez constituido el procedimiento arbitral, el árbitro o tribunal arbitral a cargo seguirá siendo el competente para llevar a cabo el proceso de mediación ante el SIMC. Una vez el demandado ha dado respuesta a la solicitud de arbitraje el árbitro o tribunal suspende el proceso arbitral y se inicia el proceso de mediación. Si la Mediación es fructífera, el Tribunal dicta un laudo por acuerdo de las partes y si no lo es las partes interesadas son remitidas nuevamente al arbitraje.

A) Ventajas

La ventaja más obvia de Arb-Med-Arb es que elimina los riesgos de dilación que se producen del paso de la mediación al arbitraje (propios de Med-Arb o Arb-Med) ya que en Med-Arb-Med el tribunal o árbitro ya está «preparado» y puede comenzar a trabajar mucho más rápido si falla la mediación. Así, si la cláusula prevé un período máximo para la mediación, por ejemplo, 60 días, ese es el tiempo adicional agregado a la resolución, no más.

Asimismo, con este método se produce una coherencia evidente entre ambos procedimientos. Dado que la mediación en los procedimientos Med-Arb-Med será realizada por la misma institución que el arbitraje, sus reglas proporcionarán la misma confidencialidad, así como la misma elección de ley y lugar, los procedimientos estarán alineados (*v.gr.*, para impugnaciones, etc), y los mismos administradores de casos se ocuparán del asunto.

Como diferencia con el MedArb o ArbMed tradicionales cabe destacar que según el Protocolo AMA el árbitro o tribunal y el mediador o mediadores son personas diferentes nombrados por la respectiva institución (salvo pacto en contrario) diferentes, por lo que se mantiene su imparcialidad. En este sentido, el Protocolo AMA ordena que la Mediación se complete en un período de ocho semanas a partir de su inicio para evitar dilaciones.

B) Inconvenientes

La principal desventaja de Arb-Med-Arb es que puede permitir a un demandado retrasar la

resolución de la disputa eso sí, en principio, con el límite de determinadas semanas (según el protocolo AMA, ocho semanas, si bien las partes pueden pactar el tiempo que consideren conveniente).

Otro inconveniente respecto de Med-Arb son, al igual que la variante Arb-Med los costes de accionar los dos procedimientos con personas distintas. Ahora bien, la diferencia de esta variante respect de Arb-Med es que en principio el arbitraje no se celebra hasta que se confirma que la mediación ha sido infructuosa por lo que los costes son menores que en la variante pura.

IV. REGULACIÓN DE LOS MÉTODOS HÍBRIDOS EN ESPAÑA

Una vez analizados los principales métodos híbridos de Mediación y Arbitraje y sus variantes, cabe analizar su regulación y su implementación en España. En primer lugar, es necesario comenzar destacando una realidad, tal y como que los métodos híbridos no son frecuentemente utilizados en España.

Podría decirse que el método híbrido más conocido en España es la mediación intrajudicial, que es la que se inicia una vez el conflicto ya está judicializado, y que, actualmente está siendo más utilizada debido al auge de la mediación como alternativa a la jurisdicción y al arbitraje (28).

La ley deja la puerta abierta a una combinación de mediación y arbitraje basado en la autonomía de la voluntad de las partes

Asimismo, como indica F. Martin Diz, la opción del Arb-Med se encuentra prevista de forma implícita dentro del arbitraje de consumo puesto que el Real Decreto 231/2008 (modificado posteriormente por Real Decreto 863/2009), dispone en el art. 38.1º que «cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto».

1. Med-Arb, Arb-Med y Arb-Med-Arb bajo la normativa española

En España, los ADR están regulados de forma individual por sus propias leyes, pero no existe una regulación relativa a los medios híbridos que combinan ambos métodos. Así, el uso de los métodos híbridos no se encuentra prohibido si bien no ha sido desarrollado claramente en la legislación española. Sin perjuicio de ello, la ley deja la puerta abierta a una combinación de mediación y arbitraje basado en la autonomía de la voluntad de las partes.

En principio, la Ley de Arbitraje prohíbe, salvo pacto en contrario, el Med-Arb y el Arb-Med-Arb. En efecto, el art. 17.4º LA, que regula los motivos de abstención y recusación, indica que «salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas». Con esta redacción se puede afirmar que el legislador español quiere

garantizar que el arbitraje no se vea afectado negativamente por la información que le ha podido ser revelada durante la mediación. Como indica el propio precepto, esta previsión, no obstante, cede ante la autonomía de la voluntad de las partes, puesto que ellas pueden valorar tanto los beneficios como los inconvenientes de la intervención como árbitro del previo mediador.

Esta disposición, en principio, no limita la posibilidad de Arb-Med puro en la medida en la que el mediador puede haber sido árbitro previamente (o, dicho de otra forma, el árbitro devenir mediador).

En cualquier caso, y como se refiere en el apartado de conclusiones de este artículo, sería muy recomendable que los métodos híbridos se regularan vía normativa y a través de protocolos por las instituciones implicadas en el uso de estos métodos de cara a garantizar su validez y eliminar las dudas sobre su aplicabilidad por las partes.

2. La implementación de Med-Arb y Arb-Med por las partes

El sometimiento a métodos híbridos se produce, al igual que en la mediación o el arbitraje, a través del sometimiento voluntario expreso de las partes al mismo, ya sea en el contrato que regula la relación entre las partes o bien con carácter posterior cuando ha surgido la controversia. En relación con ello, se plantea la duda de si las cláusulas contractuales que incorporan estos métodos Med-Arb y Arb-Med (y todas sus variantes) tienen naturaleza de lo que se conoce como cláusula escalonada.

A) Cláusulas Med-Arb y Arb-Med y Cláusula escalonadas

Cabe plantearse si estos métodos híbridos son, en realidad, lo que se conoce en España cláusulas escalonadas. Una cláusula escalonada (en inglés «*multi-steps clauses*» (29)) es aquella que contempla la obligación de las partes realizar un proceso previo que permita tratar de intentar una solución «autocompositiva» a controversia (por ejemplo, de negociación o mediación) y de agotar ésta, antes de someter la controversia a arbitraje o jurisdicción.

Efectivamente, las cláusulas que contemplan métodos híbridos de ADR como los comentados guardan una evidente similitud con las denominadas «*cláusulas escalonadas*». De hecho, gran parte de la doctrina equipara (30) las cláusulas Med-Arb y Arb-Med con cláusulas escalonadas, dando por supuesto que, o bien son lo mismo, o bien las cláusulas escalonadas serían el instrumento de implantación de estos métodos.

Sin embargo, hay otros autores que establecen diferencias. Entre estos últimos, A.I. Cobo Ordoñez (31) indica que «un breve análisis de su naturaleza y efectos nos permite concluir que guardan importantes diferencias». Esta autora destaca que «la principal distinción reside en que, mientras las cláusulas escalonadas han sido categorizadas como *multi-step clauses*, las cláusulas med-arb son *multi-step processes*; es decir, las primeras son cláusulas de pasos múltiples, mientras que las cláusulas de med-arb consisten en procedimientos híbridos». Según esta corriente, en las cláusulas escalonadas, cada proceso que las partes han pactado se resolvería en un procedimiento autónomo y con la intervención de un tercero independiente, mientras que, en las cláusulas que contemplan métodos híbridos, existiría únicamente un solo procedimiento con etapas y en el que interviene un

mismo tercero (salvo en el caso de un Med-Arb en su variante de diferente árbitro y mediador y el Arb-Med-Arb).

Creemos que los métodos híbridos pueden ser considerados una cláusula escalonada entendiendo éstas, en sentido amplio, como aquellas en las que las partes acuerdan que se sucedan (ya sean como fases de un mismo procedimiento o como dos procedimientos consecutivos) un método autocompositivo seguido de uno hetero compositivo, o viceversa.

En cualquier caso, lo cierto es que, en España, por el momento, parece que la implementación de los métodos híbridos de Med-Arb y Arb-Med sería a través de cláusulas escalonadas, y sea cual sea la naturaleza de las cláusulas que implementen estos métodos, lo relevante es que deben ser redactadas de forma muy clara para ser eficaces y no ser consideradas patológicas o inejecutables. A este respecto, A. Fernandez Pérez, indica que

«... debido a los diversos requisitos para la aplicación de este tipo de cláusulas en las distintas legislaciones nacionales, su empleo amerita que sean redactadas con claridad, que estén suficientemente detalladas y que utilicen unos términos donde se desprenda la voluntad inequívoca de las partes de agotar los sucesivos escalones que incorporen. Estos caracteres pueden ir acompañados, en determinadas circunstancias, de una indicación en torno a las consecuencias del incumplimiento de dicha etapa anterior, si una de las partes pasa unilateralmente al escalón superior» (32) .

En efecto, resulta preciso extremar la precaución en la redacción de estas cláusulas para mitigar o evitar potenciales problemas en su aplicación. La cláusula Med-Arb o Arb-Med y sus variantes debería determinar, entre otras cuestiones: (i) el carácter imperativo de la mediación previa al arbitraje o el arbitraje previo a la mediación; (ii) el período de tiempo después del cual la controversia podría ser sometida a arbitraje o mediación (este cómputo debería ser fijado a partir de un hecho claro; por ejemplo, la notificación por escrito de la intención de iniciar la mediación o el nombramiento del mediador); y (iii) definir las controversias sometidas a Med-Arb en términos idénticos (33) . La coordinación entre instituciones de mediación y arbitraje o la tramitación por una misma corte del procedimiento de mediación y seguido arbitraje —con personas distintas— que se propugna en el presente artículo contribuiría a facilitar la transición entre fases o procedimientos de mediación y arbitraje y evitar problemas y dilaciones en dicha transición.

B) Cláusulas Modelo que combinan Arbitraje y Mediación en instituciones españolas

A la vista de las dudas y riesgos que objetivamente tienen la redacción de estas cláusulas, puede ser útil para las partes (y sus letrados) que quieran pactar estos métodos de resolución de controversias acudir a cláusulas modelo redactadas y recomendadas por una institución arbitral o de mediación. Entre las instituciones arbitrales y de mediación españolas cabe destacar las siguientes cláusulas modelo:

INSTITUCIÓN	CLÁUSULA
-------------	----------

Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid (34) («CÁMARA MADRID»)

CLÁUSULA ESCALONADA DE SOMETIMIENTO A MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

«Para la solución de cuantas controversias pudieran derivarse del presente contrato o estuvieran con él relacionadas, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, ejecución o terminación, las partes acuerdan y se comprometen a someterlas al Centro de Mediación Empresarial de Madrid de la Cámara Comercio de Madrid, conforme a su Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de mediación, por un mediador nombrado conforme al mismo.

Opcional:

— Las partes podrán optar por más de un mediador.

— El lugar de celebración del procedimiento será [...].

— El idioma del procedimiento será [...].

A falta de resolución de las controversias según dicho Reglamento dentro de los 60* días siguientes a contar desde la admisión a trámite por el Centro de la solicitud de mediación, o al vencimiento de otro plazo que así hubiera sido estipulado expresamente por las partes, tales controversias serán resueltas definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid de acuerdo a su Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El arbitraje será resuelto por árbitro único**».

Opcional:

* Las partes podrán pactar un plazo mayor o menor de 60 días para la mediación.

**

— Las partes podrán optar por un tribunal arbitral formado por tres árbitros.

— La sede del arbitraje será [...], [...].

— El idioma del arbitraje será el [...].

Asociación Europea de Arbitraje (35) («AEADE»)

CLÁUSULA ARB-MED

«Las eventuales controversias derivadas de la formación, interpretación, o ejecución, validez, existencia y terminación del presente acuerdo serán sometidas a mediación administrada por el Centro de Mediación y Solución de Conflictos, Cemed, el cual realizará la labor encomendada a través de los mediadores a tal efecto designados, todo ello de conformidad con sus Estatutos y Normas Internas, a los que las partes se acogen. La información y documentación suministrada por las partes en el proceso de mediación será absolutamente confidencial, conforme a lo establecido en la Ley. En caso de concluir la mediación sin acuerdo respecto de la(s) controversia(s) en cuestión o en caso de que ésta se prolongue más de 15 días, salvo acuerdo expreso y por escrito de las partes de prolongar dicha mediación la(s) controversia(s) no resuelta(s) será(n) resuelta(s) definitivamente mediante arbitraje [de Derecho / equidad], administrado por la Asociación Europea de Arbitraje, de conformidad con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El Tribunal Arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por [un único / tres] árbitro[s] y el idioma del arbitraje será el [español/otro]. La sede del arbitraje será [ciudad + país]...» (Asociación Europea de Arbitraje, s.f.)».

Corte Española de Arbitraje («CEA»)

CLÁUSULA DE MEDIACIÓN CON ARBITRAJE CONSECUTIVO

«Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento o terminación, queda sometida en primer lugar a mediación, encomendándose la administración de la mediación y la designación del mediador al Centro Español de Mediación, de acuerdo con sus Estatutos y Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de mediación. El idioma de la mediación será el [indicar idioma]. El lugar de la mediación será [ciudad].

A falta de resolución de la disputa dentro de los [60] días siguientes al inicio de la mediación o de cualquier otro plazo pactado por las partes, la disputa quedará sometida a la decisión de [un árbitro / tres árbitros], encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a la Corte Española de Arbitraje, de acuerdo con sus Estatutos y Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El arbitraje será de Derecho. El idioma del arbitraje será el [indicar idioma]. El lugar del arbitraje será [ciudad]».

En relación con las cláusulas-modelo referidas cabe efectuar las siguientes apreciaciones.

- i) En primer lugar, cabe destacar la diferente naturaleza que se deriva de la denominación de cada cláusula según la institución. Así, la cláusula propuesta por CÁMARA MADRID se denomina «Cláusula escalonada de sometimiento a mediación y arbitraje»; la de AEADE se denomina «Cláusula Med-Arb» y la de CEA se denomina «Cláusula de Mediación con arbitraje consecutivo».

En estas diferentes denominaciones de cláusulas que, como puede observarse, establecen un mecanismo muy similar, se evidencia el debate ya expuesto en este artículo sobre si el Med-Arb (y variantes) es una clausula escalonada o un procedimiento autónomo. Como vemos, para la CAM sí sería una clausula escalonada, mientras que para AEADE sería propiamente un Med-Arb. Por su parte, CEA opta por una definición más objetiva.

- ii) En segundo lugar, es destacable que en la redacción de estas cláusulas que prevén los métodos de mediación y arbitraje combinados cada institución arbitral se «empareja» con su respectiva institución de Mediación (CAM-CEMEM, AEA-CEMED, CEA-Centro Español de Mediación). Como ya ha quedado apuntado, creemos que es conveniente que sea la misma institución de arbitraje y mediación o bien instituciones «aliadas» las que estén a cargo de un proceso que combina ambos métodos y que, la función de mediador y arbitraje sea desempeñada por personas distintas (36).
- iii) En tercer lugar, todas las cláusulas, en principio, están redactadas de manera en la que la figura del árbitro y mediador son diferentes; si bien en virtud de la autonomía de la voluntad esto puede ser modificado. En todas ellas se prevé la opción de un mediador o mediadores y un árbitro o tribunal arbitral. En este sentido, cabe señalar que en un procedimiento de Med-Arb puro (donde la función de árbitro y mediador las deba asumir una misma persona) lo habitual será el nombramiento de un solo Med-árbitro. Lógicamente, si las partes adoptaran un procedimiento de Med-Arb con organismos colegiados la designación y costes se incrementarían.
- iv) En cuarto lugar, y en relación con la duración de la fase o procedimiento de mediación previa, todas las cláusulas modelo establecen un período opcional y, en principio, cerrado (en la de la Cámara de comercio de Madrid un plazo de 60 días y en la de la Asociación Europea de Arbitraje de 15 días), para que se lleve a cabo la mediación previa, si bien en todas ellas se prevé la posibilidad de que la partes pacten cualquier otro plazo o lo prorroguen. Esta prevision es necesaria para prever retraso y por establecer la transición de la mediación al arbitraje.
- v) Por último, cabe destacar que la cláusula propuesta por la Asociación Europea hace especial mención a la garantía de confidencialidad al establecer que «La información y documentación suministrada por las partes en el proceso de mediación será absolutamente confidencial, conforme a lo establecido en la Ley».

Como conclusión cabe indicar que, en España, se pueden pactar métodos Med-Arb y Arb-Med de conformidad con lo que las partes quieran en virtud de su autonomía de la voluntad. Si bien no está claro en el puro ámbito doctrinal si las cláusulas que los contemplan son cláusulas escalonadas lo cierto es que la mayor parte de la doctrina las equipara y, para que su adopción sea efectiva, deben seguirse las recomendaciones que normalmente se aplican a las cláusulas escalonadas.

Si se quieren utilizar estos métodos combinados de arbitraje y mediación, se recomienda la utilización de cláusulas modelo, las directrices y recomendaciones de las instituciones arbitrales y de mediación (tanto nacionales como internacionales) (37) y la consciencia y responsabilidad por parte de los abogados que las redactan de que toda modificación de dichas cláusulas modelo puede ocasionar consecuencias no deseadas y debe ser analizada con suma cautela y conocimiento por las

partes afectadas.

V. REGULACIÓN MÉTODOS HÍBRIDOS EN LA COMUNIDAD ARBITRAL INTERNACIONAL Y DERECHO COMPARADO

La regulación de los métodos híbridos a nivel global también es, en términos generales, mejorable. Las principales instituciones de referencia CNUDMI (38) e ICC optan —como hace el sistema español— por establecer la incompatibilidad entre las funciones de mediador y árbitro, salvo pacto en contrario.

La «Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018» indica en su artículo 13 (39) que «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el mediador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento de mediación ni en otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos».

La CCI contempla en el «Reglamento de Resolución de Conflictos Amistosa» —denominado ICC ADR Rules (40)— en su art. 7 que «a menos que las partes acuerden lo contrario por escrito, —el tercero neutral— no actuará ni tendrá participación en una acción judicial, arbitraje o procedimiento similar relacionado con un conflicto una tercera parte neutral en caso de RCA, ni como juez, ni como árbitro, ni como experto ni como representante o asesor de una de las partes».

Al igual que en el apartado anterior, cabe incluir las siguientes cláusulas modelo que prevén métodos híbridos (especialmente Med-Arb) elaboradas por instituciones arbitrales y de mediación de referencia:

INSTITUCIÓN	CLÁUSULA
Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional (2010) (41)	<p><i>«Las partes se esforzarán por resolver amigablemente a través de mediación de acuerdo con [el reglamento de mediación seleccionado] todas las controversias derivadas del presente contrato o que guarden relación con el mismo, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez o terminación. Cualquiera de tales controversias que no sea resuelta de conformidad con dicho Reglamento dentro de los [45] días siguientes al nombramiento del mediador o dentro de otro período que las partes acuerden por escrito, serán resueltas definitivamente bajo [el reglamento de arbitraje seleccionado] por [uno o tres] árbitro[s] nombrados de conformidad con dicho reglamento. El lugar del arbitraje será [ciudad, país]. El idioma del arbitraje será [...]. [Todas las comunicaciones durante la mediación serán confidenciales y se considerarán como efectuadas en el curso de negociaciones de transacción y avenimiento a los fines de las normas aplicables en materia probatoria y de confidencialidad y secreto profesional previstas en el derecho aplicable.]»</i></p>

INSTITUCIÓN	CLÁUSULA
<p>Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD) (42)</p>	<p><i>«En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes acuerdan primero tratar de solucionar dicha controversia mediante mediación administrada por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Mediación internacional.</i></p> <p><i>Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de mediación por escrito, cualquier controversia o reclamación que no hay sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el CIRD de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional.»</i></p> <p><i>Las partes deben considerar añadir:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>«El número de árbitros será (uno o tres)»;</i> • <i>«La sede del arbitraje será [ciudad (provincia o estado), país]»;</i> • <i>«El/los idiomas(s) del arbitraje será(n) _____».</i>
<p>International Chamber of Commerce «ICC» (43) :</p>	<p>«Cláusula D»</p> <p><i>«En caso de controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas en primer lugar al procedimiento con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI. A falta de resolución de las controversias según dicho Reglamento dentro de los [45] días siguientes a la presentación de la solicitud de Mediación, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, tales controversias deberán ser resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.»</i></p>
<p>American Arbitration Association («AAA») (44)</p>	<p><i>«If a dispute arises from or relates to this contract or the breach thereof, and if the dispute cannot be settled through direct discussions, the parties agree to endeavor first to settle the dispute by mediation administered by the American Arbitration Association under its Commercial Mediation Procedures before resorting to arbitration. Any unresolved controversy or claim arising from or relating to this contract or breach thereof shall be settled by arbitration administered by the American Arbitration Association in accordance with its Commercial Arbitration Rules, and judgment on the award rendered by the arbitrator may be entered in any court having jurisdiction thereof. If all parties to the dispute agree, a mediator involved in the parties» mediation may be asked to serve as the arbitrator.» (American Arbitration Association, 2013, págs. 33-34)</i></p>
<p>London Court of International Arbitration («LCIA»)</p>	<p><i>«In the event of a dispute arising out of or relating to this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, the parties shall first seek settlement of that dispute by mediation in accordance with the LCIA Mediation Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause. If the dispute is not settled by mediation within [.....] days of the commencement of the mediation, or such further period as the parties shall agree in writing, the dispute shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause. The language to be used in the mediation and in the arbitration shall be [.....]. The governing law of the contract shall be the substantive law of [.....]. In any arbitration commenced pursuant to this clause (i) the number of arbitrators shall be [one/three]; and 142 (ii) the seat, or legal place, of arbitration shall be [City and/or Country].» (The London Court of International Arbitration (LCIA), s.f.)</i></p>

INSTITUCIÓN	CLÁUSULA
Vienna International Arbitral Centre («VIAC») (Austria)	<p><i>Model Clause 2: Obligation to Refer Disputes to Mediation followed by Arbitration</i></p> <p><i>«All disputes or claims arising out of or in connection with this contract, including disputes relating to its validity, breach, termination or nullity, shall first be submitted to Proceedings in accordance with the Mediation Rules (Vienna Mediation Rules) of the Vienna International Arbitral Centre (VIAC) of the Austrian Federal Economic Chamber.</i></p> <p><i>In the event that within a period of [60]1 days from commencing Proceedings under the Vienna Mediation Rules the dispute or claims are not resolved, they shall be finally settled under the Rules of Arbitration (Vienna Rules) of VIAC by one or three arbitrators appointed in accordance with the said Rules.</i></p> <p><i>— a different period of time agreed upon in writing by the parties</i></p> <p><i>— see the optional supplementary agreements for arbitration clauses»</i></p>

Todas las cláusulas modelo de procedimiento combinado de mediación y arbitraje referidas, al igual que la referidas en el apartado anterior son muy similares. De nuevo, la denominación de cada una es distinta, algunas se refieren directamente a la denominación Med-Arb (como la de «AAA») o bien contienen una denominación descriptiva como «Cláusula Mediación-Arbitraje» (como la de «CIRD»).

Asimismo, todas ellas (salvo de la recomendada por la IBA por razones evidentes) refieren que la mediación y el arbitraje se realicen bajo los respectivos reglamentos de mediación y arbitraje de la misma institución o instituciones coordinadas. Igualmente, todas ellas prevén que, en virtud de la voluntad de las partes, se incluya un mediador o mediadores y un árbitro o tribunal arbitral y, en principio están redactadas de manera en la que la figura del árbitro y mediador son diferentes (no obstante, la Cláusula de la AAA prevé que las partes acuerden que el mediador sea el propio árbitro).

Todas ellas establecen un período opcional para que se desarrolle la mediación, con posibilidad de prórroga. Por último, hay que destacar que la cláusula propuesta por la IBA hace especial mención a la garantía de confidencialidad.

Como conclusión, es evidente que el hecho de que todas las instituciones arbitrales referidas que son un referente global en la comunidad arbitral y de mediación cuenten con la previsión de la combinación del arbitraje y la mediación es una señal de la importancia y eficacia de convenir o intentar una solución mediada y, prever, para el caso de que no se produzca que la misma será resuelta por arbitraje.

VI. CONCLUSION Y RECOMENDACIONES

Actualmente se está produciendo un cambio cultural en toda la comunidad jurídica (en particular, en instituciones estatales, autonómicas, privadas, despachos, empresas y particulares) a la hora de decidir como solventar sus conflictos y a considerar diferentes opciones y métodos de resolución de conflictos distintos a la jurisdicción y a los ADR convencionales.

La clásica distinción entre jurisdicción frente a ADR y, dentro de éstos, únicamente entre arbitraje y mediación entendidos, de forma autónoma, como alternativas para resolver conflictos en la complejidad de las relaciones económicas y empresariales actuales, debe ser superada. Existen

métodos híbridos de resolución de conflictos que deben ser tenidos en cuenta.

En particular, Med-Arb y Arb-Med-Arb, con los roles de mediador y árbitro confiados a personas distintas, pueden ser una opción válida y acertada en determinadas disputas. Asimismo, la combinación de las instituciones de mediación y arbitraje pueden generar sinergias positivas y adecuadas para determinadas controversias eliminando posibles riesgos y dilaciones inherentes a la combinación de varias fases o procedimientos que implican estos métodos híbridos.

Son las partes las que, en virtud de la autonomía de la voluntad, con una información exhaustiva y verdadera comprensión del proceso y previa ponderación de intereses, deben elegir qué fórmula de solución de conflictos les resulta más adecuada. La flexibilidad que otorgan estos medios híbridos podrá garantizar la optimización en la resolución de la controversia, no solo desde el punto de vista de la propia discusión jurídica, sino también, desde el ámbito empresarial y mantenimiento de las relaciones comerciales.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener en cuenta posibles limitaciones de estos métodos entre las que cabe destacar: la cuestionable imparcialidad del Med-árbitro —que puede ser utilizada para tratar de anular el laudo—, la cuestionable confidencialidad de la información revelada en el proceso de mediación, y el cambio de actitud de las partes ante un Med-árbitro. Dichas limitaciones pueden solventarse, en la mayoría de los casos, con un conocimiento profundo de estos métodos y sus variantes y, con base en la autonomía de las partes, con una redacción adecuada de la cláusula que contemple el método de resolución del conflicto específico con especial atención a aspectos esenciales que garanticen la imparcialidad y confidencialidad y que minimicen cualquier inseguridad jurídica del procedimiento.

En España, sería recomendable, a los efectos de garantizar la seguridad jurídica a la hora de aplicar los sistemas híbridos, un esfuerzo regulatorio por parte del legislador que determine su naturaleza y finalidad y articule normativamente los aspectos procedimentales esenciales.

Sería recomendable también que las instituciones establecieran protocolos y acercasen así el conocimiento a los letrados (como han hecho por ejemplo las respectivas instituciones de mediación y arbitraje de Singapur fomentando el Arb-Med-Arb) de las posibilidades de los ADR para optimizar la resolución de cada controversia. En este sentido, sería conveniente analizar fuentes legislativas, jurisprudenciales y doctrinales en Derecho comparado y el éxito de estos métodos en otras jurisdicciones para importar a España aquello que pueda funcionar.

Es necesario que los letrados asesoren a sus representados con todo el abanico de posibilidades que existan, conociendo y aplicando los ADR en sus diversas expresiones, sin limitarse a los clásicos, arbitraje y mediación y que precisamente sea el cliente, sus intereses y las particularidades de cada caso los que decidan la vía a implementar en cada uno de los casos en los que prevean solucionar un conflicto. En este sentido, debe difundirse la existencia y aplicabilidad de los métodos híbridos de resolución de controversias en los planes de estudio de las Universidades, en los colegios de abogados, en los protocolos y documentos de las instituciones de mediación y arbitraje.

Si bien es cierto que, en España no se puede hablar siquiera de una aceptación unánime e implantación global de los ADR tradicionales y, pudiera parecer precipitado ir un paso más allá con lo que podría llamarse la «alternativa de la alternativa», creemos necesario abogar por un cambio cultural en la percepción de métodos de resolución de controversias. Creemos necesario, y más en este momento de necesidad y cambio, difundir de forma responsable las posibilidades de los ADR tradicionales y no tradicionales que, en algunos casos, previo análisis de las circunstancias concretas, pueden ser el medio óptimo de resolución o de intento de resolución de controversias.

BIBLIOGRAFIA

ADAME, M. y GORJÓN, F., «El valor intangible de la cláusula de estilo en los métodos alternos de solución de conflictos», *Revista Justicia, Barranquilla*: Editorial Mejoras - Universidad Simón Bolívar, vol. 24, n.º 34, 2018, pp. 323-339.

BARIL, M.B. y DICKEY, D., «MED-ARB: The Best of Both Worlds or Just A Limited ADR Option?»; agosto 2014. Disponible en:
[<https://www.mediate.com/pdf/V2%20MEDARB%20The%20Best%20of%20Both%20Worlds%20or%20Just%20a%20Limited%20ADR%20Option.pdf>].

COBO ORDÓÑEZ, A. I, y MESÍAS VELA, M.P., «Med-arb, arb-med y arb-med-arb a la luz de la legislación ecuatoriana», *USFQ Law Review*, vol. 5, n.º 1, agosto de 2018, pp. 25 ss.

CUÉLLAR TIJERINA, E.S., *La Cláusula med-arb en la actualidad: Mediación y Arbitraje vinculados* (Tesis Doctoral, Universitar Pompeu Fabra), 2015.

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://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3615/2183].

GOEL, S., «MED-ARB»: A Novel ADR Approach», July 2016, *SSRN Electronic Journal*; DOI: 10.2139/ssrn.280069.

LOZANO CORREA, L., «¿Puede un MED/ARB actuar en dos procesos?», *Revista de Mediación*. Año 5, n.º 10, 2º semestre 2012 [https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2016/11/Revista10-7.pdf].

MACHO GÓMEZ, C., «Los ADR «alternative dispute resolution» en el comercio internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 398-427 [https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1828/854]

MARTÍN DIZ, F., «La «Segunda Generación» de medios extrajudiciales en la resolución de conflictos: Arb-Med Y Med-Arb», *Nuevos Horizontes del Derecho Procesal Civil. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Bosch ed., 2016, pp. 309-316.

MARTÍN DIZ, F., *La mediación como sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid ,

Consejo General del Poder Judicial, 2010.

RODRIGUEZ VEGA, L., «Las insólitas circunstancias de Sección 15ª de la AP Barcelona y el lento declinar de una jurisdicción especializada», 2 julio 2020 en el blog «Almacén de Derecho» 2 julio 2020 [<https://almacendederecho.org/las-insolitas-circunstancias-de-seccion-15a-de-la-ap-barcelona-y-el-lento-declinar-de-una-jurisdiccion-especializada>].

SAIZ GARITAONAENDÍA, A., «El Medarb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras», *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* (Soletto Muñoz, H. —dir.—, Carretero Morales, E. y Ruiz López, C. —coords.—), Madrid, Tecnos, Madrid, 2013.

SERRANO ACITORES, A., «Una aproximación a los sistemas alternativo de resolución de conflictos en los Estados Unidos», *Las Medidas alternativas de Resolución de conflictos en las distintas esferas del ordenamiento jurídico* (Chico de la Cámara, P., dir.), Ed. Tirant lo Blanch, 2019 [<https://www.antonioserranoacitores.com/adrs-estados-unidos/>].

VALIÑO CES, A., «Acerca del método híbrido o med-arb», *Diario La Ley*, n.º 9469, 3 septembre 2019.

VALIÑO CES, A., «Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos», *Cadernos de derecho actual*, n.º 11, 2019, pp. 201-224.

.....

(1)

Los plazos procesales quedaron suspendidos como consecuencia del estado de alarma decretado el 14 marzo 2020 (DDAA 2ª del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo) hasta su alzamiento con efectos el 4 junio 2020 (artículo 2.2 del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril).

Ver Texto

(2) En el Plan de Choque del CGPJ aprobado el 16 de junio consta que uno de los propósitos de las reformas es «La potenciación de los mecanismos para la solución extrajudicial de conflictos».

Ver Texto

(3) «Abogados y procuradores rechazan que agosto haya aliviado el colapso judicial», *Cinco Días*, 7 septembre 2020.

Ver Texto

(4) L. Rodriguez Vega, «Las insólitas circunstancias de Sección 15ª de la AP Barcelona y el lento declinar de una jurisdicción especializada», en el blog «Almacén de Derecho» el 2 julio 2020.

Ver Texto

(5) Las siglas ADR proceden de la expresión anglosajona «Alternative Dispute Resolution», que comprende una variedad de mecanismos de resolución que se configuran como alternativa a un proceso judicial.

Muchos autores señalan que estos métodos en lugar de alternativos deberían denominarse «complementarios» a la jurisdicción ya que no excluyen el acceso posterior a la vía jurisdiccional y no garantizan que se alcance una solución al conflicto. *Vid.* A. Saiz Garitaonaendía, «El Med-arb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras», en Soletto Muñoz, H. (dir.), *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Madrid, Tecnos, Madrid, 2013; F. Martín Diz, «La mediación como sistema complementario de Administración de Justicia», Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010).

Ver Texto

(6) «Evitemos, ahora, el colapso judicial», *Expansión*, 7 abril 2020.

Ver Texto

(7) A. Serrano Acitores, «Una aproximación a los sistemas alternativo de resolución de conflictos en los Estados Unidos» en *Las Medidas alternativas de Resolución de conflictos en las distintas esferas del ordenamiento jurídico* (P. Chico de la Cámara, dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Ver Texto

(8) También llamados «*Multi-tiered dispute resolution*» (MDR) por A. Fernández Pérez (*cf.*, «Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales», Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 9, n.º 1, 2017, pp. 99-124) o «*Medios extrajudiciales de resolución de conflictos de segunda generación*» por contraposición a los de primera generación (mediación y arbitraje) por F. Martín Diz, «La Segunda Generación de medios extrajudiciales en la resolución de conflictos: Arb-Med Med-Arb»; *Nuevos Horizontes del Derecho Procesal Civil. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Bosch ed., 2016, pp. 309-316.

Ver Texto

(9) Entre otras noticias recientes publicadas en prensa cabe destacar: «*Colapso judicial: ¿es el momento de la mediación?*», *Expansión*, 18 abril 2020. y M. Díaz Baños, «Covid-19: un acelerador de cambios en la gestión de conflicto s», *Blog El Confidencial*, 20 de agosto de 2020.

Ver Texto

(10) [<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/110119-enlacemediacion.aspx#:~:text=El%20Consejo%2ode%20Ministros%2C%20a,de%20Impulso%2ode%20la%20Mediaci%C3%B3n.&text=El%20impulso%2ode%20la%20mediaci%C3%B3n,de%20respuesta%2ode%20la%20Justicia>].

Ver Texto

(11) [<https://www.camara.es/camara-crea-centro-espanol-mediacion>].

Ver Texto

(12) Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Nueva York, 2018).

[Ver Texto](#)

(13) Entre los métodos híbridos más utilizados en otras jurisdicciones, aparte de Med-Arb, Arb-Med y Arb-Med-Arb y sus variantes, cabe mencionar los siguientes: mini-trial, peritaje imparcial, dispute boards, partnership, adjudication, early neutral evaluation, etc. Para mayor detalle de estos otros procedimientos, *vid.* A. Serrano Acitores, *loc. cit.*; A. Fernández Pérez, *loc. cit.*; A. Valiño Ces, «Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos», *Cuadernos de derecho actual*, nº 11, 2019, pp. 201-224 y C. Macho Gómez «Los ADR «alternative dispute resolution» en el comercio internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 398-427.

[Ver Texto](#)

(14) A. Saiz Garitaonandia, *loc. cit.*

[Ver Texto](#)

(15) S. Goel Shivam, «MED-ARB»: A Novel ADR Approach», *SSRN Electronic Journal*, julio 2016.

[Ver Texto](#)

(16) En las «Directrices de la IBA Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014», tratan de facilitar la detección de cuando un árbitro puede estar incumpliendo esta exigencia de imparcialidad y existen listados en los que se incluyen situaciones que pueden suponer que el árbitro deba renunciar («Listado rojo renunciante») o bien situaciones susceptibles de ser motivo de renuncia por el árbitro («Listado rojo renunciante»). Una de las situaciones mencionadas en el Listado rojo renunciante es que el árbitro haya intervenido en el asunto en el pasado. Ante esta situación, el árbitro deberá poner en conocimiento de las partes, si las partes son conscientes de las mismas y acceden a ello, el Árbitro podrá desarrollar su función. Igualmente, en el Código de Buena Prácticas arbitrales del Club Español de Arbitraje (CEA) publicado en 2019, en la «Sección Tercera: Deberes de los árbitros» el ap. 1 viene referido a la «Imparcialidad e independencia» de los árbitros (p. 33) y el ap. 9 viene referido a la «Confidencialidad» exigida a los árbitros (p. 39). Estos deberes constan, asimismo, referidos, entre otros: en el Código Ético para Árbitros Internacionales de la *International Bar Association* (IBA) de 1987, en el Código Ético de la *American Arbitration Association* de 2004, en las Directrices del Chartered Institute of Arbitrators («CI Arb») sobre Entrevistas de Candidatos a Árbitros de 2007 y su revisión de 2016.

[Ver Texto](#)

(17) Ley de Mediación. Art. 9. *Confidencialidad*. «1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. 2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: 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. 3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico».

[Ver Texto](#)

(18) Art. 24 LA: «2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales»

[Ver Texto](#)

(19) Art. 19.2º LA: «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 la cualificación exigida por las partes».

[Ver Texto](#)

(20) En este sentido el reglamento CEDR (Centro para la Resolución Eficaz de Conflictos del Reino Unido) establece en su art. 7: «Si como consecuencia de su implicación para facilitar la resolución, a un árbitro le asaltan dudas sobre su capacidad para seguir siendo imparcial o independiente en el transcurso futuro del procedimiento de arbitraje, tendrá que dimitir».

[Ver Texto](#)

(21) En este sentido, en materia de confidencialidad en Med-Arb, los tribunales de Estados Unidos insisten en destacar que todo queda condicionado a lo pactado y decidido por los intervinientes: «*The record must also contain: (1) evidence that the parties are aware that the mediator will function as an arbitrator if the mediation attempt fails; (2) a written stipulation as to the agreed method of submitting their disputed factual issues to an arbitrator if the mediation fails; and (3) evidence of whether the parties agree to waive the confidentiality requirements imposed on the mediation process ... in the event that their disputes are later arbitrated*» en *Bowden v. Weickert*, N.º. S-02-017, 2003 WL 21419175 (Ohio App. 6 Dist. June 20, 2003).

[Ver Texto](#)

(22) Art. 41.1º. LA: «El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (...) «d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley» y «f) Que el laudo es contrario al orden público».

[Ver Texto](#)

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

[Ver Texto](#)

(24) En este sentido cabe citar la SAP Santa Cruz de Tenerife 4ª 14 febrero 2007 que resuelve con claridad: «(...) es doctrina del Tribunal Supremo que esto puede suponer un uso fraudulento y contrario a la buena fe, en el sentido de que la parte, conociendo previamente la eventual causa de recusación, se la reserva para después de que recaiga la resolución de que trate, para emplearla entonces, caso de serle esta desfavorable. Esta conducta atenta también contra la debida coherencia de los propios actos, como indica el alto tribunal en sentencias como las de 16-2-88, 15-6-89, 18-2-98 o 20-3-90, que declaran la incompatibilidad de la acción anulatoria con una conducta previa de conocimiento y consentimiento de la situación que luego se denuncia como causa de impugnación por inhabilidad del Árbitro».

Ver Texto

(25) Como refiere A. Serrano Acitores (*loc. cit.*): «resulta interesante destacar que, en la mayoría de las situaciones en las que se llega a un acuerdo, las partes deciden entonces destruir el laudo secreto sin averiguar cuál era —el resultado—».

Ver Texto

(26) «Las partes acuerdan además que, una vez iniciado el arbitraje, intentarán de buena fe resolver la disputa mediante la mediación en el Centro Internacional de Mediación de Singapur («SIMC»), de acuerdo con el Protocolo SIAC-SIMC Arb-Med-Arb actualmente vigente. Cualquier acuerdo alcanzado en el curso de la mediación será remitido al tribunal arbitral designado por SIAC y podrá emitirse un laudo por consentimiento en los términos acordados [<https://www.siac.org.sg/model-clauses/the-singapore-arb-med-arb-clause>].

Ver Texto

(27) «Además, las partes acuerdan considerar conjuntamente, después de la debida iniciación del arbitraje, llevar a cabo procedimientos de conformidad con las Reglas de Mediación (Reglas de Mediación de Viena) del Centro Internacional de Arbitraje de Viena (VIAC) de la Cámara Económica Federal de Austria. Arreglos que son generados en tales procedimientos se remitirán al tribunal arbitral designado en el arbitraje. El tribunal arbitral podrá dictar un laudo en los términos acordados que reflejen el contenido del acuerdo (art. 37, párrafo 1, Reglas de Viena).

Ver Texto

(28) En relación con la mediación intrajudicial *vid.* la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial [<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>] publicada por el Consejo General del Poder Judicial en su página web].

Ver Texto

(29) También conocidas: como «multi-tiered dispute resolution clause», «dispute escalation clause»; «multi-step alternative dispute resolution clauses»; «cascade clauses»; «ADR first clauses»; «integrated dispute resolution clauses».

Ver Texto

(30) E.S. Cuéllar Tijerina, *La Cláusula med-arb en la actualidad: Mediación y Arbitraje vinculados* (Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra), 2015. En el «Capítulo V. La vinculación de procesos med-arb a través de cláusulas escalonadas», el autor identifica los procesos Med-Arb y sus variantes con las cláusulas escalonada. Igualmente, M. Adame y F. Gorjón, «El valor intangible de la cláusula de estilo en los métodos alternos de solución de conflictos», *Revista Justicia, Barranquilla*: Editorial Mejoras - Universidad Simón Bolívar, Vol. 24, No. 34, 2018, pp. 323-339. DOI: <https://doi.org/10.17081/jjust.23.34.289> indica que «Las cláusulas med/arb, también reconocidas como escalonadas o mixtas que aseguran que la solución del conflicto se resuelva vía MASC».

Ver Texto

(31) A.I. Cobo Ordóñez y Mesías vela, M.P. «Med-arb, arb-med y arb-med-arb a la luz de la legislación ecuatoriana», *USFQ Law Review*, vol. 5, n.º 1, agosto de 2018, p. 25, doi:10.18272/lr.v5i1.1216

Ver Texto

(32) A. Fernández Pérez, *loc. cit.*, p. 124..

Ver Texto

(33) A. Entrena López-Peña, D. Pérez García y E. Vicente Maravall, «Las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos: reflexiones sobre su aplicación práctica, Autor», *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables Medidas preventivas de resolución de conflictos en las empresas*, Ed.:J.M. Bosch Editor, 2014, pp. 761-775.

Asimismo, sobre las mejores prácticas para la redacción de cláusulas escalonadas véanse por ejemplo los comentarios y propuestas de las «*Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional*» de 7 octubre 2010, pp. 33 a 37

[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf]; o la «*Guía para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas*» del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD) de 22 febrero 2016.

Ver Texto

(34) [<http://arbitramadrid.com/convenio-con-mediacion>].

Ver Texto

(35) [Asociacioneuropeadearbitraje.org/clausula-arbitral].

Ver Texto

(36) En este sentido F. Martín Diz (*loc. cit.*): «Cada vez es más habitual recurrir a una institución de mediación o a una institución arbitral. Lógicamente pueden dispensar también servicios de Med-Arb y Arb-Med, en cuyo caso, nos planteamos no sólo la conveniencia de que la persona que desarrolle la mediación y el arbitraje sea diferente, sino también recomendamos vivamente que se opte por instituciones diferentes —preestablecidas por las partes en su cláusula compromisoria— para gestionar la mediación y arbitraje correspondientes».

Ver Texto

(37) En este sentido, *vid.* párr. 83 de este artículo.

Ver Texto

(38) Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional.

Ver Texto

(39) [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_s.pdf].

Ver Texto

(40) [https://library.iccwbo.org/content/dr/RULES/RULE_ADR_7.htm?l1=Rules&l2=ADR+Rules].

Ver Texto

(41) Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional (2010), p.35 [<http://tinyurl.com/iba-Arbitration-Guidelines>].

Ver Texto

(42) Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD).

Ver Texto

(43) En la página web de ICC existe un apartado de cláusulas modelo de mediación con cuatro categorías distintas: las primeras (A) y (B) son modelo de cláusulas referidas a la mediación (considerada individualmente), las segundas (C) y (D) se refieren a la mediación combinada con el arbitraje. La Cláusula (C) establece un método en el que mediación y arbitraje se llevan a cabo de forma simultánea. En el presente artículo, dado su objeto, se ha transcrito la Cláusula (D) que es una cláusula en la que el arbitraje es consecutivo a la mediación.

Ver Texto

(44) «*Drafting Dispute Resolution Clauses*», American Arbitration Association, 2013, pp. 33-34.

Ver Texto

Dificultades prácticas derivadas de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros

Practical difficulties arising from the competence of the Spanish High Courts of Justice to recognise foreign arbitral awards

Este artículo analiza las dificultades prácticas que plantea la atribución de la competencia para el conocimiento de las solicitudes de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. En particular, el estudio se centra en los casos en que el demandado de reconocimiento sea un Estado soberano. Esta condición no solo determina un examen riguroso de las cuestiones asociadas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución sino también, desde el punto de vista puramente práctico, de la competencia territorial para el conocimiento tanto del reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y de las eventuales solicitudes de adopción de medidas cautelares o de aseguramiento de esa futura ejecución. En especial, los autores plantean e intentan resolver las dudas que suscita la posibilidad de que esas medidas cautelares sean acordadas por un Juzgado de Primera Instancia que no sea el del lugar en que el Tribunal Superior de Justicia, que esté conociendo del procedimiento de exequátur, tenga su sede.

Arbitraje, Laudos extranjeros, Reconocimiento y ejecución, Competencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

This article analyses the practical difficulties involved in conferring jurisdiction over applications for recognition of foreign arbitral awards to the Civil and Criminal Chambers of the High Courts of Justice. In particular, the study focuses on cases where the defendant for recognition is a sovereign state. This condition determines not only a rigorous examination of the issues associated with immunity from jurisdiction and execution but also, from a purely practical point of view, the territorial competence for the knowledge of both the recognition and the execution of the arbitral award and the possible requests for precautionary measures or for the assurance of such future execution. In particular, the authors raise and seek to resolve the doubts raised by the possibility that those interim measures may be granted by a court of first instance other than that of the place where the High Court of Justice, which is hearing the exequatur proceedings, has its seat.

Arbitration, Foreign awards, Recognition and enforcement, Jurisdiction of the Spanish High Courts of Justice.



Javier Izquierdo

Socio de litigación y arbitraje de Pérez-Llorca



Marta Robles

Abogada de litigación y arbitraje de Pérez-Llorca

I. SOBRE LA COMPETENCIA PARA EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y ARBITRALES EXTRANJERAS

Como parte de la internacionalización, cada vez mayor, de nuestro Derecho, el reconocimiento y ejecución en España de resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras ha ido adquiriendo una relevancia que ha obligado, de una parte, al legislador nacional a adaptarse a las numerosas exigencias que se plantean al tiempo de abordar esta cuestión, y de otra, a los jueces de nuestro país, a realizar una tarea, en muchos casos de extraordinaria complejidad, a fin de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución española.

El punto de partida de esa nueva regulación se encuentra, no obstante, en el art. 523 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), que remite a los Tratados Internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional, para la determinación de la fuerza ejecutiva de las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros, declarando, a continuación, que su ejecución se regirá por las disposiciones de la propia LEC, a salvo, por supuesto, de lo que puedan establecer los Tratados Internacionales vigentes en España.

La necesidad de una regulación específica en nuestro país del proceso judicial de ejecución no quedó satisfecha, sin embargo, con la entrada en vigor de la LEC, que se vio obligada, muy al contrario, a mantener la vigencia de los arts. 951 a 958 LEC/1881, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por órganos judiciales extranjeros, en tanto no fuera aprobada la correspondiente ley de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Nada menos que catorce (14) años después de la entrada en vigor de la LEC, vio finalmente la luz la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIC), promulgada siguiendo el mandato contenido en la Disposición Final Décima de la LEC y pendiente desde la promulgación de la Ley Orgánica 6/1085, de 1 julio, del Poder Judicial (LOPJ) que, de acuerdo con su propio Preámbulo, venía a colmar «la imperiosa necesidad de dotar a España de una regulación moderna sobre la cooperación jurídica internacional en materia civil».

La práctica procesal ha demostrado, no obstante, que algunas materias, como la que constituye el objeto de este artículo, han desbordado la regulación contenida en la LCJIC, planteando problemas, en muchas ocasiones, de difícil solución para el juzgador nacional que, intentando satisfacer, de una parte, el derecho a la tutela judicial efectiva antes referido, y de otra, el derecho a un proceso con todas las garantías, ve como uno y otro no siempre son conciliables. Ello da lugar a resultados no

siempre satisfactorios para las partes, que contemplan, muchas veces sin margen de maniobra, las dificultades que después de haber obtenido una sentencia o un laudo arbitral en país extranjero, se presentan al tiempo de obtener su reconocimiento y ejecución en España.

Esas dificultades se unen en ocasiones al lento desarrollo de los procedimientos tramitados con carácter general ante Juzgados de Primera Instancia o Juzgados de lo Mercantil (en función de la materia), conforme a la atribución de competencia contenida en el art. 52 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, (en adelante LCJIC). Lentitud provocada por la excesiva carga de trabajo de esos órganos jurisdiccionales, sin duda, más que competentes para conocer de las solicitudes de execuátur, pero impedidos muchas veces por la falta de medios para dar una respuesta rápida y adecuada a las necesidades y exigencias que plantea un procedimiento de estas características.

Tales inconvenientes, desafortunadamente, se agravan cuando la competencia es atribuida a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como ocurre en el caso de las resoluciones arbitrales extranjeras, por disposición expresa del art. 46 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, (en adelante LA) (1). Y se ven, si cabe, incrementados cuando el laudo en cuestión se haya dictado frente a un Estado soberano extranjero, en cuyo caso, la intervención del Ministerio de Asuntos Exteriores (MAEC) ralentizará algo más el procedimiento, con las gravísimas consecuencias que ello pueda determinar.

En este artículo desgranaremos, centrándonos en las dificultades asociadas al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, la regulación vigente en nuestro país a la que acabamos de hacer breve referencia, e intentaremos aclarar también, en la medida de lo posible, la cuestión relativa a la atribución de competencia para la adopción de medidas cautelares o de aseguramiento de la futura ejecución del laudo arbitral extranjero, que resultarán de extraordinaria importancia, en muchos casos, a fin de garantizar la obtención del execuátur.

II. ESPECIALIDADES DEL RECONOCIMIENTO DE LAUDOS ARBITRALES. LA COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LO CIVIL Y DE LO PENAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

La Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras («Convención de Nueva York») (2), en su artículo I, establece que la misma se aplicará al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en el que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

El artículo III de la Convención de Nueva York remite a los Derechos internos la determinación de la autoridad competente para reconocer y conceder la ejecución de una sentencia arbitral, así como para regular el procedimiento aplicable. Esto es, el legislador español es el competente para regular el procedimiento de reconocimiento y homologación de laudos extranjeros en nuestro país.

De esta manera, debemos remitirnos, en primer lugar, a la LA y, en particular, a su art. 46.2, que señala que 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 de junio de 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».

A continuación, es el art. 50 LCJIC, aplicable por remisión del art. 46.2º LA, el que determina que la ejecución de cualquier laudo debe llevarse a cabo una vez se obtenga el reconocimiento del mismo. Es decir, no será posible, como sucede con las resoluciones judiciales extranjeras, plantear el reconocimiento y la ejecución de forma simultánea ante el Juzgado de Primera Instancia territorialmente competente, sin perjuicio de que el reconocimiento sea siempre presupuesto previo necesario para poder ejecutar la resolución (3).

En este sentido, el art. 73.1º.c LOPJ aclara que «la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: [...] de las peticiones de *exequatur* de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados o las normas de la Unión Europea, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal».

Y, en el mismo sentido, el art. 8.6ºa LA confirma que: «para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir efectos».

El mismo art. 8.6º LA añade un segundo párrafo a fin de aclarar que «para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, será competente el Juzgado de Primera Instancia con arreglo a los mismos criterios».

En suma, el reconocimiento de un laudo, o sentencia arbitral extranjera, corresponderá a la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia territorialmente competente, según los criterios previstos en los preceptos anteriormente referidos. El primero de ellos, el del domicilio o residencia del demandado, no planteará problemas cuando éste sea un nacional español. Cuestión distinta, en la que intentaremos enfocar nuestro análisis, será que no lo sea, en cuyo caso, las dificultades para la determinación del Tribunal Superior de Justicia competente, como también del Juzgado de Primera Instancia que pueda conocer de la ejecución, plantearán mayores dificultades.

Así, para el caso de que el demandado frente a quien se pretende el reconocimiento y posterior ejecución del laudo extranjero no tenga ni su domicilio ni su residencia en España, habrá de acudir al criterio subsidiario referido al lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir efectos.

El art. 52.1º LCJIC, aunque referido al *exequatur* de resoluciones judiciales extranjeras, prevé los mismos criterios que el art. 8.6º LA para la atribución de la competencia territorial. En interpretación de aquel precepto, la doctrina ha entendido que, cuando menciona el fuero subsidiario del lugar de

ejecución o en el que la resolución extranjera deba producir sus efectos, se refiere, como sus propios términos indican, al lugar donde se hallaren bienes que puedan ser objeto de ejecución.

En particular, el profesor F. Cordon (4) confirma que «la determinación del lugar donde las medidas [ejecutivas] deban desplegar su efectividad puede resultar problemática en algunos supuestos. Si se trata de embargar bienes, por ejemplo, parece que el lugar donde las medidas deban producir su eficacia será aquel en el que se encuentren o radiquen los bienes embargados».

En todo caso, es cierto que el art. 52.1º LCJIC incluye un último fuero subsidiario, que prevé que «será competente, en último caso, el Juzgado de Primera Instancia ante el cual se interponga la demanda de execuátur».

La lógica de este último fuero es permitir al demandante elegir ante qué Juzgado interponer la demanda de execuátur cuando los efectos de la resolución extranjera puedan producirse en varios lugares o, como sería perfectamente posible, si tales efectos se producirán en toda España (5). Ahora bien, ese inciso no se incluye en el art. 8.6º LA, lo que, en la práctica, dificulta determinar tanto el Tribunal Superior de Justicia territorialmente competente para el reconocimiento, como el Juzgado de Primera ante el que solicitar posteriormente la ejecución. Y ello, en tanto que es más que posible que el demandado frente al que se pretende reconocer y ejecutar el laudo en cuestión, tenga bienes en más de un lugar dentro de nuestro país.

Planteado así el problema, y aunque pudiera parecer que, aparentemente, es la solicitud de reconocimiento del laudo la que debería determinar cuál será el Juzgado de Primera Instancia territorialmente competente para su posterior ejecución, lo cierto es que, muy al contrario, la regulación vigente lleva a entender que la competencia territorial para solicitar el reconocimiento al Tribunal Superior de Justicia correspondiente, dependerá de dónde tenga el demandado bienes en España y, por tanto, de cuál deba ser el Juzgado de Primera Instancia territorialmente competente para la ejecución.

Esta solución, que pudiera resultar razonablemente práctica, deviene complicada, cuando, por ejemplo, el demandado en cuestión no tenga bienes susceptibles de embargo en nuestro país de forma permanente. O cuando esos bienes se encuentren en una población determinada al tiempo de solicitar el reconocimiento, pero transcurrido el plazo necesario para su tramitación, puedan encontrarse en una población diferente o, sencillamente, ya no se encuentren en nuestro país. También, que se encuentren otros, eso sí, también en una población distinta.

En nuestra opinión, y, precisamente, ante escenarios como los descritos, la necesidad de interpretar las normas en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y resoluciones arbitrales extranjeras de la forma más favorable a su concesión (es el denominado principio *favor recognitionis*), debería llevarnos a entender que resulta posible solicitar el reconocimiento ante la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de una población determinada, siempre y cuando se cumplan los criterios del art. 8.6º LA, para después, una vez obtenido el execuátur, solicitar la ejecución ante los Juzgados de Primera Instancia de una población distinta, en la que ese procedimiento pueda devenir eficaz y finalice con la satisfacción completa del

demandante.

Por supuesto, lo anterior, también para aquellos casos en los que un demandado nacional de un Estado extranjero tenga bienes en distintos lugares de nuestro país que permitan al demandante decidir cuáles sean los más líquidos y, por tanto, más convenientes a la hora de proceder a su embargo para su realización posterior.

Lo anterior, en coherencia con el último fuero subsidiario de competencia territorial previsto en el art. 52.1º LCJIC, que, aunque se prevea únicamente para resoluciones judiciales y no para laudos arbitrales, entendemos que refleja el espíritu del legislador de facilitar al solicitante de *exequatur*, ya sea de una resolución judicial o arbitral (a la vista del desdoblamiento de la competencia que el legislador español ha consagrado), poder solicitarlo sin verse impedido por cuestiones de competencia territorial. De esta manera, reconocido el laudo arbitral extranjero por la Sala de lo Civil y de lo Penal de cualquier Tribunal Superior de Justicia de nuestro país, su equiparación con una sentencia nacional permitiría su ejecución, no ya por cualquier Juzgado de Primera Instancia del territorio nacional, sino también por cualquier Juzgado de otro Estado miembro de la Unión Europea, con las facilidades asociadas a dicho procedimiento de ejecución.

Se entenderá mejor todo lo anterior con un ejemplo muy gráfico: si el demandado frente al que se pretende reconocer y ejecutar un laudo extranjero, tiene bienes en Madrid, Barcelona y Valencia, el demandante podrá instar la ejecución del laudo, una vez reconocido, ante los Juzgados de Primera Instancia de cualquiera de esas provincias, que serán el lugar de ejecución o dónde el laudo puede hacerse efectivo. Ahora bien, el demandante o solicitante tendrá que poder instar el reconocimiento ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de cualquiera de esos lugares.

III. EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS ANTE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

1. Determinación del Juzgado de Primera Instancia competente

La determinación del Juzgado de Primera Instancia competente para instar la ejecución del laudo, una vez reconocido, está íntimamente relacionada con todo lo que acabamos de exponer.

Como decíamos, de la interpretación del art. 8.6º LA en conjunción con el art. 52.1º LCJIC, debe entenderse que, si el demandado requerido tiene bienes en más de un lugar dentro de España, podrá instarse la ejecución ante cualesquiera de los Juzgados de Primera Instancia de esos lugares, en tanto lugares de ejecución o lugares donde el laudo deba producir efectos.

Ahora bien, en la práctica, cabe plantearse si, por el contrario, la ejecución debe instarse únicamente ante el Juzgado de Primera Instancia del mismo lugar que el Tribunal Superior de Justicia ante el que se ha solicitado el reconocimiento, y ser ese Juzgado de Primera Instancia quien remita las correspondientes órdenes de embargo o análogas, a los Juzgados de Primera Instancia de los lugares donde pueda hacerse efectivo el laudo (mediante esos embargos o análogas medidas ejecutivas concretas).

Sin duda, ambas opciones deben entenderse posibles y válidas, sin perjuicio de que deberá prevalecer siempre la que garantice la mayor efectividad del derecho de defensa y la tutela judicial del solicitante, ejecutante ya en fase de ejecución del Laudo reconocido. No debemos olvidar que los órganos judiciales tienen la obligación de «actuar para dar satisfacción al titular del derecho fundamental a la ejecución, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Así pues, la prestación jurisdiccional debe ser "respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso" para una vez reconocido el derecho a ejecutar, atender "sin desmayo" a la realización de dicho derecho» (6) .

A esos efectos, parece que siempre será mejor acudir directamente a los Juzgados de Primera Instancia de los lugares donde haya bienes que embargar, en lugar de tener que esperar a que se tramite la ejecución ante un único Juzgado de Primera Instancia que centralice el proceso y remita a los demás Juzgados los correspondientes exhortos que permitan llevar a término la ejecución. Esos Juzgados no deberían oponer falta de competencia en caso de no ser los del lugar correlativo al Tribunal Superior de Justicia que haya otorgado el reconocimiento, pues, en todo caso, y al amparo del art. 8.6º LA, serían territorialmente competentes por ser Juzgados de Primera Instancia de lugares donde el laudo puede ser ejecutado o producir efectos.

Nos remitimos al ejemplo fáctico que usábamos anteriormente: si el demandado frente al que se pretende reconocer y ejecutar un laudo extranjero, tiene bienes en Madrid, Barcelona y Valencia, y el reconocimiento se ha instado frente a la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, habiendo sido ya otorgado el reconocimiento, entendemos que el solicitante podrá, o bien requerir al Juzgado de Primera Instancia de Madrid correspondiente que proceda a la ejecución del Laudo y a remitir, en su caso, las correspondientes órdenes de embargo a Barcelona y Valencia, o bien, de forma excluyente a esa alternativa, instar la ejecución del laudo reconocido ante los Juzgados de Primera Instancia competentes tanto de Madrid, como de Valencia y Barcelona.

Lo cierto es que, en la práctica, este problema no es muy frecuente, y apenas se han dado casos en los que el solicitante se haya visto en esa tesitura. En nuestra experiencia, lo habitual es que frente a quien se pretende ejecutar un Laudo extranjero tenga unos bienes muy concretos, también en un lugar muy concreto, en el país requerido, lo que permite tener clara desde el primer momento la competencia territorial. Ello es todavía más habitual cuando la ejecución del Laudo se pretenda frente a un Estado extranjero como parte demandada, en cuyas especialidades nos detendremos más adelante.

Otra cuestión especialmente controvertida es la de si, cuando nos encontramos con materias reservadas a los Juzgados de lo Mercantil, en virtud de lo establecido en el art. 83 ter LOPJ, la competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia vence a favor de aquellos.

Al interrogante anterior no ayuda el hecho de que el art. 52.2º LCJIC menciona, expresamente, la posibilidad de que sean competentes para tramitar el *exequatur*, los Juzgados de lo Mercantil. No obstante, y como ya hemos tenido ocasión de adelantar, dicho precepto se refiere a resoluciones judiciales, excluyendo así laudos arbitrales, de tal forma que no resultaría de aplicación a tales casos.

Precisamente, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo,

complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la competencia objetiva para conocer de las demandas ejecutivas de laudos corresponde, sin lugar a dudas, a los Juzgados de Primera Instancia, aun cuando el arbitraje verse sobre materias atribuidas al conocimiento de los Juzgados de lo Mercantil.

La Doctrina más autorizada ha abordado igualmente esta cuestión, confirmando que, en el supuesto de ejecución de laudos arbitrales siempre serán competentes los Juzgados de Primera Instancia, incluso en aquellos casos en que sí se tratase de materias de exclusiva competencia de los Juzgados de lo Mercantil. En particular, la Ley Orgánica 5/2011 no sólo «elevó» la competencia para el conocimiento de solicitudes de *execuatur* de laudos extranjeros a los TSJ, sino que, además, suprimió por completo la competencia de los Juzgados de lo Mercantil en todo lo relativo al arbitraje. Se ponía así fin a los problemas «de solapamiento de competencias existentes entre los Juzgados "comunes" (los de Primera Instancia) y los especializados (los de lo Mercantil)» y al patente riesgo de peregrinaje jurisdiccional cuando el laudo extranjero cuyo reconocimiento o *execuatur* se instase contuviese pronunciamientos de carácter estrictamente civil y otros de carácter mercantil» (7).

2. La competencia para la adopción, en su caso, de medidas cautelares o de aseguramiento

Cuestión también sensible es la relativa a la posibilidad de adoptar medidas cautelares para asegurar la efectividad de un laudo extranjero, que prevé expresamente el art. 8.3º LA, cuando dispone que «para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el art. 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Como vemos, el apartado tercero del art. 8 LA es un reflejo del apartado sexto, así como de lo que prevé el art. 54.2º LCJIC respecto de resoluciones judiciales extranjeras: «podrá solicitarse la de adopción de medidas cautelares, con arreglo a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que aseguren la efectividad de la tutela judicial que se pretenda».

En este sentido, el art. 724 LEC se refiere a la competencia territorial para conocer de solicitudes de medidas cautelares en supuestos de procedimientos arbitrales, reiterando, de nuevo, que «(...) será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia».

Es cierto que el referido art. 724 LEC, habla, primero, de medidas cautelares solicitadas «estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje», pero nuestra Doctrina y jurisprudencia han matizado dicha afirmación, señalando que resulta igualmente de aplicación a supuestos en que se soliciten medidas cautelares en el contexto de procedimientos de *execuatur* de laudos extranjeros.

En efecto y como señalan, entre otros, el Auto de 29 de enero de 2002 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, «los arts. 723 y 724 de la LEC contemplan las reglas de competencia objetiva y

territorial para la adopción de las medidas cautelares (...). Tratándose del procedimiento de execuátur, es difícil su encaje automático en alguno de los supuestos que contemplan una y otra norma. (...) Resultan de difícil aplicación a un procedimiento como el de execuátur, respecto del que se ha puesto incesantemente de manifiesto su carácter especial, meramente homologador y no enteramente contencioso, y del que se ha precisado que, no obstante su carácter declarativo, o declarativo-constitutivo, se encuentra a medio camino entre los procedimientos de esta naturaleza y los de ejecución propiamente dicha».

Por eso, y como tiene declarado, de forma clara y, por todos, el Auto de 29 de octubre de 2001 de la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo,

«... la competencia para adoptar medidas cautelares en el curso de un procedimiento de execuátur (supuesto diverso al de la solicitud de medidas cautelares mientras esté pendiente el proceso extranjero o tras haber recaído en éste la decisión sin haberse promovido en España su reconocimiento o declaración de ejecutoriedad) corresponde a los órganos jurisdiccionales del lugar donde la resolución extranjera deba ser ejecutada o, en su defecto, del lugar donde las medidas solicitadas deban producir su eficacia».

Dicho lo anterior, resulta indiscutible que las medidas cautelares deben solicitarse al mismo Juzgado de Primera Instancia ante el que se solicite luego la ejecución del laudo una vez reconocido. Y ello, como no puede ser de otra manera, en atención a que las medidas cautelares tienen como finalidad, precisamente, asegurar el reconocimiento del laudo en cuestión y la posibilidad de posteriormente ejecutarlo. De este modo, allí donde haya bienes del demandado donde pueda ejecutarse el laudo y hacerse efectivo, es donde deberán solicitarse las medidas cautelares.

Ahora bien, cabe preguntarse, como planteábamos con anterioridad, qué sucede cuando se pide el reconocimiento del laudo y medidas cautelares de aseguramiento sobre la base de unos bienes conocidos localizados en un determinado lugar y, de manera sobrevenida, se tiene conocimiento de que esos bienes han dejado de estar localizados en ese lugar, o bien, de que otros bienes del demandado, igualmente susceptibles de embargo, se encuentran también en nuestro país, pero en diferente lugar.

En principio, y en tanto que el reconocimiento tiene como efecto equiparar la sentencia arbitral extranjera a una resolución dictada en España, lo que implica que desplegará sus efectos en todo el territorio nacional, nada debería obstar para solicitar medidas cautelares de aseguramiento del reconocimiento y ejecución del laudo ante diferentes Juzgados de Primera Instancia, siempre y cuando se cumpla el requisito de, aun siendo más de uno, ser los del lugar de ejecución o donde el laudo deba producir sus efectos.

Ello, en línea con lo que decíamos anteriormente, al respecto de la posibilidad de solicitar la ejecución del laudo, una vez reconocido, ante varios Juzgados de Primera Instancia de distintos lugares, cumpliéndose siempre, como decimos, el requisito referido a que la resolución pueda hacerse efectiva en esos lugares. La colaboración entre los distintos órganos judiciales, en todo caso, resultará esencial, a fin de asegurar la necesaria celeridad que, en muchas ocasiones, de no

observarse, puede determinar la pérdida de la tutela judicial pretendida, como sucede cuando se pretende asegurar el futuro embargo de bienes del demandado que solo van a estar en territorio español por unas horas o un tiempo limitado.

IV. PARTICULARIDADES DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS DICTADOS FRENTE A ESTADOS SOBERANOS

Siempre que la parte demandada sea un Estado soberano, hay que extremar ciertas garantías y cumplir ciertos requisitos adicionales, con el fin último de que la inmunidad de dicho Estado no se vea comprometida.

En este sentido, la inmunidad de un Estado soberano implica, *a priori*, que los jueces y tribunales de un Estado no pueden juzgar a otro Estado. La inmunidad tiene una doble faceta: por un lado, el Derecho de un Estado a no ser demandado ni sometido a juicio ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado (inmunidad de jurisdicción) y por otro, el derecho a que no se ejecute lo juzgado (inmunidad de ejecución).

Los límites de las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los Estados se han ido perfilando a lo largo del tiempo, y se ha pasado de una concepción extensiva a otra restringida, en la que este privilegio estatal tiene que ponerse en relación con la tutela judicial efectiva y, en España, con el art. 24 CE.

Esa tendencia flexibilizadora ha sido reflejada en la reciente Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España («Ley Orgánica sobre Inmunidades») afirma en su Preámbulo, y viene reflejándose en nuestra jurisprudencia desde hace al menos tres décadas. Resulta especialmente paradigmática, como punto de partida, la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º. 107/1992, de 1 de julio.

El Tribunal Constitucional, en la resolución de referencia, vino a consagrar la distinción entre los llamados actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, estos últimos realizados por los estados con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado, y no en virtud de imperio. La tendencia del ordenamiento internacional, como bien señalaba ya por entonces el Tribunal Constitucional, ha sido la de permitir a los tribunales nacionales, cada vez con mayor flexibilidad, ejercer su jurisdicción, así como adoptar medidas de ejecución y coercitivas, sobre los actos *iure gestionis*, en tanto que afectan a bienes no vinculados a actividades soberanas, sino de carácter y naturaleza privativa .

No obstante, lo cierto es que la Ley Orgánica sobre Inmunidades ha introducido una serie de garantías, precauciones y requisitos adicionales que deben observarse para asegurar que la inmunidad del Estado extranjero no se pone en riesgo. Fundamentalmente, la necesidad de involucrar al MAEC tanto para notificar la existencia del procedimiento al Estado en cuestión, como para valorar si su inmunidad se encuentra comprometida; también, el carácter más restrictivo que frente a los llamados bienes *iure imperii* , asociados al sostenimiento de las actividades soberanas, tiene cualquier posible ejecución, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares, frente a

la permisividad respecto a los bienes *iure gestionis*, de naturaleza privada y comercial.

Nos centraremos en esta última cuestión, pues sí puede apreciarse, en cierto modo, un cambio de tendencia por lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares, toda vez que, con anterioridad a su entrada en vigor, la solicitud de medidas cautelares asociadas a una demanda de *exequatur* frente a un Estado soberano no revestía ninguna complejidad adicional a la de cualquier otra solicitud de tutela cautelar. En particular, la Ley Orgánica sobre Inmunidades, en su art. 17, introduce un criterio más restringido para adoptar medidas cautelares frente a un Estado soberano, habilitando únicamente la posibilidad de adoptar medidas de ejecución y coercitivas después de la resolución judicial y no antes, salvo que el Estado ejecutado preste su consentimiento.

Así, la Ley Orgánica sobre Inmunidades, al regular la materia, establece un conjunto de requisitos algo más restrictivos que, a nuestro entender, dificultan, pero no impiden o, al menos, no deberían, hacer uso de este instrumento legal para proteger el reconocimiento de la resolución extranjera, por más que la parte demandada sea un Estado soberano.

Como resulta evidente, se imponen requisitos nuevos que antes no existían, pero, desde nuestro punto de vista, tampoco es posible descartar de plano la posibilidad de adoptar medidas cautelares, atendiendo, de hecho, a la literalidad del propio art. 17 de la Ley Orgánica sobre Inmunidades. En particular, en su inciso primero, señala:

«1. Los órganos jurisdiccionales españoles se abstendrán de adoptar medidas de ejecución u otras medidas coercitivas contra bienes del Estado extranjero, tanto antes como después de la resolución judicial, salvo que dicho Estado lo haya consentido, de manera expresa o tácita».

Sin embargo, en el apartado segundo de ese mismo artículo sí se prevé la posibilidad de adoptar medidas de ejecución, y, por tanto, también coercitivas, en determinadas circunstancias:

«2. Después de la resolución judicial, los órganos jurisdiccionales españoles podrán también adoptar medidas de ejecución si se ha determinado que los bienes objeto de aquellas se utilizan o están destinados a ser utilizados por el Estado con fines distintos de los oficiales no comerciales, siempre que se encuentren en territorio español y tengan un nexo con el Estado contra el que se ha incoado el proceso, aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al litigio».

En otras palabras, cabe entender que es posible adoptar medidas coercitivas (es decir, cautelares), entendidas como sinónimo de medidas de ejecución, siempre y cuando concurren tres requisitos: (i) que los bienes sobre los que se pretenden sean *iure gestionis* (es decir, cuyos fines son distintos de los oficiales no comerciales) (ii) que dichos bienes se encuentren en España, y (iii) que guarden un nexo con el Estado demandado, independientemente de su conexión directa con el litigio.

Los mayores impedimentos tendrán que ver con acreditar el carácter *iure gestionis* de los bienes en cuestión, así como demostrar el nexo entre los bienes sobre los que se practicará la medida (por ejemplo, un embargo) y el Estado en cuestión, si bien, siempre teniendo en cuenta que, en sede de medidas cautelares, habrá de acreditarse lo anterior de forma indiciaria, sin que pueda exigirse al

solicitante una prueba plena de la conexión con el Estado; precisamente, por la propia naturaleza del procedimiento cautelar.

Por supuesto, si hay consentimiento del Estado frente al que se insta el reconocimiento y ejecución, entonces, no habrá duda de la posibilidad de adoptar las medidas correspondientes, independientemente de la naturaleza de los bienes. Aunque en la práctica parece imposible pensar que ningún Estado otorgue su consentimiento en este sentido, en el caso de los laudos arbitrales es habitual que ese consentimiento se incluya en el correspondiente convenio arbitral, en el que las partes aceptan el carácter vinculante y final del futuro laudo, así como la posibilidad de su futura ejecución, lo que algunos de nuestros tribunales han aceptado ya como prestación del consentimiento, con las consecuencias antedichas.

V. CONCLUSIÓN

La vía expedita que debería ser el procedimiento judicial de execuátur y la posterior ejecución en nuestro país de resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras no termina de colmar las expectativas de los distintos operadores jurídicos. Y ello, a pesar de los intentos del legislador nacional para agilizar esos procedimientos y ejecuciones que solo en los casos de sentencias judiciales dictadas en la Unión Europea, e incluso en estos con algunas excepciones, presentan un desarrollo relativamente ágil, que permite satisfacer las necesidades de las partes intervinientes en los mismos.

En la práctica, el procedimiento judicial de execuátur, ya se desarrolle ante un Juzgado de Primera Instancia o Mercantil, ya ante la Sala de lo Civil y de lo Penal de alguno de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, se presenta como un proceso complejo y no exento de dificultades.

Esta problemática deviene, si cabe, mayor, cuando lo que se reconoce y pretende ejecutar es un laudo arbitral extranjero, pues las bondades que podría determinar la atribución de la competencia para el reconocimiento a las experimentadas Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, complican, sin embargo, la determinación de la competencia para la posterior ejecución, como también para la adopción de medidas cautelares o de aseguramiento de esa futura ejecución.

La realidad termina demostrando que la interpretación de las normas en materia de competencia no es siempre la más acertada. Cuestión que no puede reprocharse, no obstante, a los juzgadores de instancia receptores de esas solicitudes de ejecución o de tutela cautelar, pues la normativa ni es clara, ni permite determinar tal competencia que, caso de encontrarse los bienes susceptibles de esa ejecución, presente o futura, en lugares y momentos distintos, podrá corresponder también a los Juzgados de otras tantas sedes. Esa interpretación adquirirá además una complejidad aún mayor en caso de ser el futuro ejecutado un Estado soberano, pues a la tarea de aplicar correctamente las normas en materia de atribución de competencia se unirá la siempre complicada de interpretar y aplicar las normas en materia de inmunidad de jurisdicción y ejecución.

La colaboración, en cualquier caso, de los órganos jurisdiccionales, al tiempo de iniciar procedimientos judiciales de execuátur se convierte, por tanto, en la mejor de las soluciones

disponibles para el solicitante. Éste, en muchos casos, no solo necesita de esa colaboración, sino de la coincidencia de tantas circunstancias, que a simple vista pueden hacer pensar que el reconocimiento y ejecución en España de resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras es algo más complicado de lo que debería.

BIBLIOGRAFÍA

ALMOGUERA, J. y GÓNGORA, A., «Reconocimiento de laudos extranjeros en España: algunas consideraciones procedimentales y de competencia tras la LCJIC en materia civil a la luz de la más reciente jurisprudencia», *Anuario de Arbitraje*, 2018, pp. 165-198.

CORDÓN, F., «Comentario al art. 724 LEC», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra) Aranzadi, 2011.

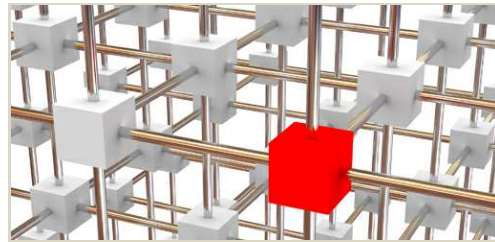
-
- (1) Norma especial de aplicación preferente, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la LCJIC, la cual identifica aquellas normas que tienen la consideración de especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil.
- [Ver Texto](#)
- (2) El Reino de España se adhirió a la Convención de Nueva York con fecha 12 de mayo de 1977, entrando dicha adhesión en vigor con fecha 10 de agosto de 1977.
- [Ver Texto](#)
- (3) Así se prevé en el art. 54.1º LCJIC: «la demanda de execuátur y la solicitud de ejecución podrán acumularse en el mismo escrito. No obstante, no se procederá a la ejecución hasta que se haya dictado resolución decretando el execuátur».
- [Ver Texto](#)
- (4) F. Cordon, «Comentario al art. 724 LEC», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011.
- [Ver Texto](#)
- (5) J. Almoguera y A. Góngora, «Reconocimiento de laudos extranjeros en España: algunas consideraciones procedimentales y de competencia tras la LCJIC en materia civil a la luz de la más reciente jurisprudencia», *Anuario de Arbitraje*, 2018, pp. 165-198.
- [Ver Texto](#)
- (6) STC n.º 18/1997 de 10 de febrero.

[Ver Texto](#)

(7)

J. Almoguera y A. Góngora, *loc. cit.*

[Ver Texto](#)



El estándar probatorio en relación con actos de corrupción en el arbitraje internacional

The standard of evidence in relation to acts of corruption in international arbitration

En el arbitraje internacional el estándar común es el de la prueba clara y convincente. Un fallo reciente sobre la ejecución de un laudo de la Corte de apelación de París introduce como nueva regla el «conjunto de indicios», el cual permite deducir el cohecho. Sin embargo, en el mismo asunto, tal estándar probatorio fue rechazado por los tribunales ingleses.

Arbitraje, Corrupción, Pruebas.

In international arbitration the common standard is that of clear and convincing evidence. A recent ruling on the enforcement of an award from the Paris Court of Appeal introduces the «set of evidence» as a new rule, which allows the deduction of bribery. However, in the same matter, such a standard of evidence was rejected by the English courts.

Arbitration, Corruption, Evidence.



James A. Graham (1)

Profesor titular de la Universidad Autónoma de Nuevo León (México)

Socio y cabeza de la práctica arbitral de 3CT (México, Bolivia)

«Sin instituciones de vigilancia sólidas, la impunidad se convierte en la base misma sobre la que se construyen los sistemas de corrupción. Y si no se derriba la impunidad, todos los esfuerzos para

poner fin a la corrupción son en vano» (2) . ¿Los tribunales arbitrales tienen que ser esas instituciones de vigilancia como lo dice la laureada del premio Nobel Rigoberta Menchú? Para contestar, es necesario ir a la raíz del concepto arbitral. ¿El arbitraje es un procedimiento contractual o institucional (3) ? En efecto, si es un proceso contractual, el árbitro es sólo un prestador de servicios y su deber es decidir sobre lo comprobado por las partes. Dudas, indicios, sospechas, valores no son argumentos legales para constar, por ejemplo, un acto de corrupción (I). Sin embargo, aunque la doctrina mayoritaria francesa por una parte mantiene el carácter contractual del procedimiento arbitral, por otra parte, ciertas voces defienden la postura de que el árbitro es más que un resolutor de disputas; es el guardián del orden internacional (4) . Al parecer, un reciente fallo de la Corte de apelación de París va en esa dirección, considerando que un conjunto de indicios es suficiente para constar el acto ilícito. Sin embargo, en el mismo asunto, la High Court inglesa contradice directamente la postura francesa, exigiendo, como la mayoría de los tribunales arbitrales y judiciales, la prueba concreta y fehaciente del cohecho ante el tribunal arbitral, el cual, consecuentemente, no está obligado a adivinar los hechos corruptivos (II).

I. EL ESTÁNDAR DE VALUACIÓN EN MATERIA DE CORRUPCIÓN

Existen dos maneras para enfocarse en las disputas sobre actos de corrupción. El primer estándar es moral: se juzga hechos tomando en cuenta los valores (1); el segundo estándar es probatorio: no hay consecuencias legales por actos de corrupción si no se han podido comprobar de manera contundente dichos actos (2).

1. El estándar valorativo

Si los comerciantes de la *societas mercatorum* consideran aceptables las relaciones y los favores recíprocos, ¿cómo pueden los árbitros afirmar lo contrario?, en la medida que el orden jurídico de la *societas mercatorum* es supuestamente la *lex mercatoria*, que se constituye, entre otros, según los diversos autores, de los usos y costumbres de los comerciantes (5) . Pierre Mayer afirma que, en tales casos, no se trata de invocar una norma prohibitiva, sino de enunciar un juicio de valores (6) . Cita el famoso caso de la *Créole*, nave esclavista, que fue liberada por las autoridades inglesas en las Bahamas. ¿Los «dueños» tuvieron derecho a una compensación por la pérdida de sus «bienes»? El comercio de esclavos en esa época fue una realidad, y una realidad legal, visto que muchos países lo permitieron. Por lo tanto, el tribunal arbitral estableció que, aunque el comercio de esclavos es contrario a «los principios de justicia y de humanidad», si varios países lo permiten, no puede ser contrario a la «Ley de las Naciones». Pierre Mayer concuerda, pero afirma que, aun así, el árbitro tiene la obligación de tener un juicio de valores, y en este caso, condenar la esclavitud (7) . Sin embargo, tener un juicio de valores no es pronunciarse en Derecho sino en conciencia o equidad. Y si el acta de misión prevé un arbitraje en Derecho, tal juicio de valores viola lo pactado por las partes al arbitraje.

Por eso, Eric Loquin preconiza no aplicar valores subjetivos, sino defender los valores objetivos de la comunidad internacional de los negocios, valores expresados por la CCI, por ejemplo, y que corresponden sino a todos a la mayoría de los Estados parte de esa comunidad internacional (8) . La Corte de apelación de París se refiere a la «ética de los negocios internacionales, tal como percibida

por la gran parte de los Estados» (9) . Y, según el mismo autor, no se trata de moral, sino de utilitarismo: la corrupción daña el negocio.

Dicho eso, en la práctica, las cosas son mucho más complicadas. Se puede decir que la primera ola de casos de corrupción trataba sobre un cierto *fairness*. Si el intermediario hizo su trabajo (no importa cómo) este tendría que ser pagado; es obvio que la contraparte actúa de mala fe, cuando alega la nulidad de un contrato por ilicitud del objeto (los actos de corrupción). Tal fue la postura del Tribunal Federal suizo en el asunto *Hilmarton*:

«Hence, it is utterly shocking that OTV refuses to execute fully its contractual obligations. OTV may not rely on a violation of Algerian law allegedly resulting in an affront to morality in Swiss law, when since the beginning said violation was tacitly part of the contract (10) ».

Nos parece que aún hay demasiadas vistas contrarias sobre lo que es un acto de corrupción. Entre la noción básica que consiste en que un operador entregue dinero para obtener un favor —lo que todos condenamos—, y la cena amigable entre el intermediario y el funcionario público —que parece ser lo cotidiano del comercio internacional—, no todas las legislaciones prevén las mismas consecuencias. Si uno puede estar de acuerdo con lo afirmado en el laudo CCI n.º 3913:

«... si las prácticas corruptas han podido ser constadas en ciertos países, es, sin embargo, recurrente que la comunidad internacional de los negocios y la gran parte de los gobiernos se oponen a cualquier práctica corrupta. La Cámara de Comercio Internacional, entre otros, ha establecido reglas de conducta para combatir tal exacción, y ha creado un consejo internacional contra la corrupción en las transacciones internacionales (11) ».

El árbitro puede cumplir cabalmente con su misión sin errar en nociones abstractas de moralidad. No es suficiente alegar la «corrupción», sino que debe de comprobarla cabalmente

Aun así, queda abierta la definición de la «práctica corruptiva» y el grado de corrupción. En otras palabras, si casi todos condenan la corrupción, no todos están de acuerdo sobre qué es exactamente la corrupción. Por ejemplo, ¿el *lobby* no es en sí una práctica que intenta «corromper» una autoridad, con palabras, desayunos, comidas, y diversas invitaciones para obtener lo deseado? Por ejemplo, el caso reciente del ex gobernador de Virginia, Robert McDonnell, ilustra de manera destacada la dificultad de distinguir entre mala y «buena» corrupción. Mientras estaba en el cargo, McDonnell aceptó 175,000 dólares en préstamos, obsequios y otros beneficios para él y su esposa, de un emprendedor de Virginia a cambio de hacer presentaciones a varias personas que podrían ser fundamentales para obtener ciertos estudios públicos de investigación útiles para dicho emprendedor. La Corte Suprema de los Estados Unidos absolvió a McDonnell de todos los cargos alegando que no había cometido un «acto oficial». Cualquier acto de ese tipo requería el ejercicio formal del poder gubernamental sobre algo específico y enfocado que está pendiente o que puede

ser llevado ante la ley. Organizar reuniones y hablar con otros funcionarios no se ajustaba a la definición de «acto oficial» (12) . Por esta razón tanto los tribunales arbitrales como judiciales parecen poner la vara muy alta para comprobar operaciones de corrupción.

2. El estándar probatorio

El árbitro puede cumplir cabalmente con su misión sin errar en nociones abstractas de moralidad. No es suficiente alegar la «corrupción», sino que debe de comprobarla cabalmente. Si no se puede, no corresponde al árbitro el «adivinar» un acto de corrupción. Lo obvio no es lo legal; pues ni modo. La perfecta ilustración de lo anterior es la postura del árbitro único en el caso ICC 9.333 (13) .

Los hechos fueron los siguientes. De conformidad con un acuerdo celebrado por las partes, la actora prometió proporcionar ciertos servicios para ayudar a la demandada a ganar y a realizar un contrato de construcción; lo anterior contra el pago de una comisión, cuyo monto se estableció en el acuerdo. Dos pagos que representan casi el 40% de dicho monto se realizaron en una cuenta bancaria suiza. Posteriormente, no se realizó ningún pago adicional. Según la demandada, la política del grupo estadounidense del que ha formado parte, le prohibía realizar pagos en un país distinto de aquel en el que se encontraba el agente o los servicios prestados. Se alega que esta política se introdujo en relación con la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) expedida por los E.U. La demandada creyó que las razones por las cuales el demandante deseó que se le pagara en Suiza estaban relacionadas con el soborno, lo que se considera un propósito ilícito que anula el acuerdo bajo el Código de Obligaciones de Suiza.

Sin embargo, el árbitro único consideró:

«Se agrega que incluso si la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos hubiera sido aplicable a la Demandada, esto no significaría que un Tribunal Arbitral internacional estaría obligado a aplicarla de esa manera. Incluso si se supone que (i) es una ley de policía y (ii) el arbitraje reconoce que dicha ley puede aplicarse a pesar de la elección de otra ley material, un interés fuerte y legítimo de los Estados Unidos para aplicar esta ley aún debe demostrarse. Pueden surgir serias dudas sobre este tema por el hecho de que la FCPA no está dirigida principalmente a la protección del orden público fundamental de los Estados Unidos, sino que su objetivo es restaurar la confianza pública en la integridad de las empresas estadounidenses cuya reputación se ha echado a perder por una serie de sensacionales escándalos. Por lo tanto, no es apropiado aplicar de esa manera la FCPA a empresas fuera de los Estados Unidos. La batalla contra la corrupción, ciertamente un objetivo digno, no justifica necesariamente la exportación de métodos o el código de conducta exclusivo de la FCPA para alcanzar ese objetivo (14) ».

Asimismo, el tribunal en el laudo CCI n.º 7.664/1996 señaló que, según la ley francesa,

«... un acuerdo para que un intermediario ejerza influencia corrupta sobre funcionarios públicos es ilegal, pero sabemos que en el comercio internacional muchas de las operaciones de alto costo están acompañadas de contratos de comisión estipulando que el agente tendrá la obligación de intervenir a favor de la celebración o ejecución del contrato. Dicho contrato no implica, en su

propia lógica, ningún defecto que afecte su validez»

Eso además que no se había comprobado el alegado acto de corrupción. El Westinghouse estándar (15) requiere «*clear and convincing proof*» del acto de corrupción, lo que es muy complicado en muchos casos, como lo ilustran los fallos *EDF vs Rumania* y *Bin Hammam v. FIFA*.

En *EDF* (16) , el inversionista alegó que fue víctima de las demandas de sobornos de altos funcionarios rumanos en dos ocasiones distintas, una en un estacionamiento del Hotel Hilton en Rumania y nuevamente en la residencia privada de un Secretario de Estado rumano. El inversionista sólo podía basarse en la testimonial de sus empleados que supuestamente recibieron las solicitudes de soborno. Esto fue contrarrestado por las negaciones de los testigos que respondieron (estas fueron las mismas personas acusadas de solicitar sobornos), y la falta de protesta por parte del inversionista en el momento en que ocurrió la supuesta solicitud de sobornos. Por lo tanto, la evidencia era tal que era poco probable que el inversionista demostrara con éxito la corrupción.

En efecto, lejos de establecer un estándar de prueba más indulgente para el inversionista que el estándar de equilibrio de probabilidades, el Tribunal elevó el listón probatorio, proclamando que la seriedad de la acusación de corrupción exige evidencia clara y convincente. Asimismo, en *Bin Hammam v. FIFA* (17) , se trataba de saber si el candidato a la presidencia de la FIFA había hecho actos de corrupción para obtener votos a su favor. El candidato pronunció un discurso de 45 minutos sobre su candidatura. Después del discurso y una vez que el Sr. Bin Hammam abandonó la sala de conferencias, el Sr. Warner anunció que había «obsequios» para los representantes de las asociaciones asistentes. El Sr. Bin Hammam partió de Trinidad y Tobago en la noche, después de asistir a una cena con otros participantes en la reunión anterior. El día siguiente, se distribuyeron «obsequios», en la habitación del hotel que estaba siendo utilizada como sala de juntas para los delegados de la *Caribbean Football Union* (CFU), cada uno de los cuales fue invitado a ingresar a la sala individualmente . A algunos de los delegados se les dijo en ese momento que el dinero en efectivo era un regalo de la CFU a su asociación nacional para el desarrollo del fútbol. Así lo confirman, por ejemplo, dos cartas que los representantes de Puerto Rico y de Haití solicitaron con fines aduaneros para poder transitar con el dinero vía Estados Unidos. El Panel no ha visto evidencia de que se le haya dicho eso a ningún individuo en la sala de juntas, ni que en ese momento la fuente del dinero no haya sido de la CFU:

«El Panel concluye además que lo más probable es que el Sr. Bin Hammam le haya dado el dinero, asumiendo que él es la fuente, al Sr. Warner. Pero incluso si ambos elementos se establecen a la cómoda satisfacción de la mayoría del Panel, no es, como tal, suficiente para establecer una violación de la FCE con respecto al cargo formulado contra el Sr. Bin Hammam. También tendría que establecerse para la mayor parte de la satisfacción del Panel que el dinero luego se pasó, a través del conducto del Sr. Warner, a los miembros de la CFU como un soborno del Sr. Bin Hammam con el fin de inducir a esos miembros a votar por él en las elecciones presidenciales de la FIFA. Si el Sr. Bin Hammam había estado en la sala cuando se anunciaron los obsequios, y si el Sr. Warner los había anunciado como provenientes de él (o si los había ofrecido con el Sr. Hammam como fuente en la sala de juntas cuando se entregaron los fondos), se podría decir que

las pruebas apuntan a las mismas conclusiones a las que llegaron los comités de ética y apelación de la FIFA. Pero esa no es la prueba ante el Panel».

La segunda ola, y que representa la actualidad, es combatir con todos los medios la corrupción. El fallo *Alstom* de la Corte de apelación de París (18) reúne todo para ilustrar perfectamente el «nuevo manejo» que tendrían las empresas y los tribunales vis-à-vis de la corrupción.

II. ALSTOM: ¿UN NUEVO CRITERIO DE VALUACIÓN DE LA CORRUPCIÓN?

No eyes wide shut. La expresión parece ser el nuevo lema de las jurisdicciones francesas en relación con la corrupción. Sin embargo, del otro lado de la Mancha, los jueces ingleses abogan por la ortodoxia arbitral: lo que no se compruebe no existe. Donde la Corte de apelación de París deduce la corrupción de un conjunto de indicios (1), la *High Court* de Inglaterra y Gales, como anteriormente el Tribunal federal suizo (19), dio un reverso, considerando que la corrupción tiene que ser comprobada más allá de la duda, confirmando así el estándar de *Westinghouse* (2).

1. El conjunto de indicios

Los hechos en *Alstom* fueron los siguientes. La empresa francesa Alstom Transport SA y la empresa inglesa Alstom Network U.K Ltd. celebraron tres contratos de consultoría con Alexander Brothers Ltd (ABL), una firma de abogados en la región administrativa de Hong Kong (República Popular de China), para ayudarlos a presentar ofertas para el suministro de equipos ferroviarios en China. Los dos primeros contratos se referían a licitaciones del Ministerio de Transporte para el suministro de locomotoras eléctricas de carga pesada y trenes de pasajeros de alta velocidad autopropulsados. El tercero, celebrado el 2 diciembre 2009, estaba relacionado con una licitación del Shanghai Shengton Holding Group para el suministro de material rodante para la ampliación del metro de Shanghai. *Alstom* se adjudicó estos tres contratos. Consecuentemente, pagó al intermediario los Contratos 1 y 2, pero no pagó el saldo y no pagó nada en virtud del Contrato 3.

El 20 diciembre 2013, ABL presentó una solicitud de arbitraje ante la CCI sobre la base de las cláusulas de arbitraje estipuladas en los tres contratos, que preveían el arbitraje en Ginebra con aplicación de la Ley suiza al fondo de la controversia. ABL reclamó el saldo de sus facturas. El Tribunal arbitral dio razón a ABL.

En el procedimiento de ejecución del laudo en Francia, Alstom sostuvo que el laudo es contrario «a las normas de ética y cumplimiento estipuladas en el contrato para prevenir prácticas corruptas en el comercio internacional», violando el orden público internacional, sin importar que no se demuestren hechos de corrupción. Mediante auto de 10 abril 2018, la Corte de apelación de París ordenó la producción bajo pena de varios documentos por parte de Alstom e invitó a las partes a alegar la existencia de un contrato de corrupción. Ahora bien, el Tribunal arbitral ha desarrollado el siguiente razonamiento:

«Dado que las partes acordaron que los tres contratos de consultoría se regirán por la Ley suiza, es necesario pronunciarse sobre la legalidad general de estos contratos bajo la Ley suiza. Desde el

punto de vista jurídico, los contratos celebrados entre las partes no son ilícitos en sí mismos.

Ninguna de las partes alegó que las partes tuvieran la intención de que el demandante cometiera actos de corrupción o ejerciera cualquier otra forma de influencia indebida sobre los clientes potenciales para obtener contratos. Por tanto, los contratos de consultores no se celebraron con fines ilegales. En este arbitraje no se argumentó que los tres contratos de consultores se obtuvieran por corrupción».

Sobre la alegación de las empresas Alstom, de que determinadas autoridades estatales podrían interpretar el pago como una remuneración por prácticas corruptas, los árbitros señalaron que ABL:

«... fue designado específicamente como consultor debido a que sus contactos con altos funcionarios del gobierno y [empresas de Alstom] esperaban que usara estos contactos para obtener los proyectos. Si bien los contratos de este tipo están prohibidos como tales en algunos países donde se cree que generalmente están destinados a ocultar prácticas corruptas, otros países como Suiza evitan la prohibición general de tales contratos. Por lo tanto, se requiere que se demuestre que las partes realmente pretendían que el agente o consultor sobornara o ejerciera influencia indebida sobre los funcionarios (20) ».

El Tribunal arbitral observó que la carga de la prueba pesa sobre las empresas de Alstom; que, en ese caso, no se demostró que la Oficina de Fraudes Graves del Reino Unido o cualquier otra autoridad estatal haya investigado los contratos en cuestión, o incluso las actividades del grupo Alstom en China. Los árbitros agregaron que, si se puede rebajar el estándar probatorio en el caso de una alegación de corrupción, dada la dificultad de establecer tales hechos, no era necesario en el caso. En efecto, Alstom se había limitado a indicar que no entendía cómo ABL había entrado en posesión de documentos que contenían información potencialmente confidencial, ni cómo había persuadido a la Municipalidad de Shanghái para que le adjudicara el contrato de la línea 2 del metro en ese momento, ya que su oferta había obtenido una puntuación inferior a la de sus competidores. El Tribunal concluye que «no se alega, sin embargo, que hubo actos de corrupción u otro comportamiento delictivo y [que] hay pruebas aún menos concluyentes de la existencia de actividad ilegal (21) ».

En otras palabras, Alstom alegó mas no comprobó que la decisión de adjudicación del contrato resultó, por un lado, de la consideración por parte del alcalde de Shanghái de los argumentos de ABL. De hecho, se desprende del correo electrónico del 11 febrero 2008 que la oferta de Alstom recibió una calificación inferior a la de sus competidores después de la ponderación entre criterios técnicos y financieros, y que, se mantuvo en la intervención de las autoridades municipales, antes de cualquier consideración del precio de los repuestos. Por tanto, parece que se distorsionó la competencia, por una parte, porque Alstom fue informada de la evaluación de las ofertas antes de su publicación y, por otra parte, porque se adjudicó el contrato, realizado sobre criterios ajenos a los de la convocatoria de licitación, sin que se haya comenzado a demostrar la naturaleza de dichos criterios.

De allí, la Corte de apelación hace su propia investigación; entre otros, ordena la auditoría de la

empresa ABL: tanto financiera, como material y humana. Se desprende de la auditoría que los asociados de ABL (tres familiares) recibieron en tres años 1.886.000 USD en forma de dividendos, cuyo uso no puede controlarse; 1,597,000 USD en reembolso de gastos corrientes sin facturas y 742,000 USD en reembolso de préstamos en cuentas corrientes de asociados, o sea aproximadamente el 90% de las sumas pagadas por un solo director, Alstom. De ello se desprende que ABL era esencialmente un vehículo para transferir fondos a sus asociados, para usos poco o no comprobables. A esta circunstancia se suma la compra de bienes costosos (muebles, obras de arte) que no se han encontrado en el activo, así como gastos por «entretenimiento» por un monto elevado (más de 40.000 USD por año en promedio). Otro indicio del uso de procedimientos ilícitos son los bajos (por no decir inexistentes) recursos materiales y humanos de ABL. Si esta última afirma que empleó a nueve empleados, sólo presenta en apoyo a esta alegación «hojas de información del consultor» enviadas a Alstom desde 2008. Además de que estos documentos son puramente declarativos y no especifican el nombre y el rol de las personas involucradas, no están corroborados por la producción de contratos de trabajo o cualquier otra prueba material. Finalmente, se concluyó que había operaciones de corrupción y por lo tanto no se podría ejecutar el laudo en Francia.

Como ya se dijo, el presente asunto toca una multitud de temas. Primero, por la técnica judicial, la Corte de apelación desecha los petitorios en relación con la alegada violación de lo pactado entre Alstom y ABL, entre otros, la cláusula de prohibición de actos de corrupción:

«El juez de ejecución no es el juez del contrato sino de la inserción de la sentencia en el ordenamiento jurídico nacional. Por lo tanto, el propósito de su control no es verificar que las estipulaciones contractuales, incluidas las reglas de cumplimiento ("cumplimiento"), se hayan ejecutado correctamente, sino solo garantizar que no sean el resultado del reconocimiento o ejecución de la sentencia una violación manifiesta, efectiva y concreta del orden público internacional y, en el presente caso, que la sentencia no dicta una orden de pago de sumas destinadas al financiamiento o la remuneración de una actividad de corrupción o tráfico de influencias».

Es el efecto del laudo que se mide, y no su contenido por la regla prohibitiva de revisar las sentencias arbitrales. Para «medir» el efecto del laudo, quiere decir ordenar el pago de ciertos montos a la parte actora, la Corte analiza si la ejecución forzosa del contrato en *litis*, no dará pauta a una operación ilícita:

«La prohibición del soborno de funcionarios públicos extranjeros es uno de los principios que el ordenamiento jurídico francés no puede ser violado ni siquiera en un contexto internacional. Por tanto, es una cuestión de orden público internacional».

La lucha contra la corrupción es un objetivo perseguido, en particular, por la Convención de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de 17 de diciembre de 1997, que entró en vigor el 15 febrero 1999, y por la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 9 de diciembre de 2003, que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

Según el consenso internacional expresado por estos textos, el cohecho de un servidor público

extranjero consiste en ofrecerle, directa o indirectamente, un beneficio indebido, para sí mismo o para otra persona o entidad, para que realice o abstenerse de realizar cualquier acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, con miras a obtener o mantener un mercado u otra ventaja indebida en relación con las actividades de comercio internacional.

Si bien la República Francesa y la República Popular de China tienen cargos penales por actos de corrupción, no es de la competencia de este tribunal, que conoce del recurso de apelación de la orden de exequátur de un laudo internacional, para determinar si una parte en el arbitraje puede ser declarada culpable de un delito de corrupción en virtud de las disposiciones penales de un ordenamiento jurídico nacional, pero sólo para determinar si el reconocimiento o la ejecución del laudo desconocen el objetivo de la lucha contra la corrupción en el sentido de que la condena dictada por esta sentencia tendría el efecto de financiar o remunerar una actividad de corrupción o tráfico de influencias. En este sentido, la posible mala fe del deudor es irrelevante, ya que sólo se trata de la denegación del pedido.

El examen por el juez del exequátur del alegato según el cual un laudo arbitral destinaría sumas destinadas a financiar una actividad de corrupción puede relacionarse, en vista del carácter oculto de los hechos de corrupción, únicamente a la reunión de un conjunto de indicios. Se trata de la admisibilidad, bajo las reglas del procedimiento civil, de las pruebas aportadas por el recurrente, de la realidad de las pruebas y de su carácter suficientemente serio, preciso y concordante, y no de hechos de corrupción identificados con precisión, que en este caso implica el ejercicio de los derechos de la defensa».

Por eso, la Corte ordenó su propia investigación con vista a ambas partes. El resultado ya lo hemos mencionado. Lo interesante es que, al contrario de la práctica arbitral mayoritaria, la Corte de apelación de París, no requiere una prueba «clara y convincente», sino admite el conjunto de indicios. Tomando en cuenta una empresa «vacía», la obtención de documentos gubernamentales confidenciales, y, lo más notado, la obtención de un mercado no obstante a no haber presentado la mejor oferta. Todos esos indicios en conjunto conllevan la conclusión de que ABL si es culpable (civilmente) de cohecho.

2. La prueba plena

En noviembre de 2016, el Tribunal Federal Suizo sostuvo en el procedimiento de anulación del laudo que se limitaba a pronunciarse sobre la base de los hechos encontrados por el Tribunal arbitral según consta en el Laudo, señalando que carecía de jurisdicción para rectificar o completar las conclusiones de hecho, incluso si los hechos «se establecieron de manera patente de manera inexacta o en violación de la ley». Por lo tanto, no examinó hechos fuera de los encontrados en el Laudo. El Tribunal suizo dijo que lo que describió como la «alegación implícita de corrupción» de Alstom había sido considerado por el Tribunal como no probado y que no podía volver a examinar esa decisión. La Corte también señaló que Alstom no afirmó tener pruebas de actos de corrupción cometidos en relación con los acuerdos en disputa. El Tribunal Suizo rechazó el argumento de Alstom de que era contrario al orden público que tuviera que realizar pagos que no se ajustaban a las propias normas de cumplimiento de Alstom. El Tribunal concluyó que la demanda en sí «no era un

reclamo concluyente de actividades corruptas u otra conducta delictiva, y mucho menos que existiera evidencia concluyente de alguna actividad ilegal». Destacando la necesidad de pruebas claras y concluyentes cuando se plantean acusaciones de corrupción, el Tribunal suizo declaró que «una mera sospecha de prácticas corruptas no sería suficiente para proporcionar a Alstom una defensa en el reclamo de pago de ABL.» El mismo razonamiento será adoptado por la *High Court* inglesa.

En efecto, ABL buscó la ejecución del laudo también en Inglaterra (22) . Siendo los mismos hechos y los mismos argumentos de Alstom, no hay lugar a repetir. Lo importante es que los jueces ingleses negaron la tentativa de Alstom de «re-litigar» el asunto. En efecto, recordamos que en el procedimiento de *exequatur* francés, la corrupción tampoco fue comprobada. Es sólo después de la investigación judicial, que se constó el acto ilícito. La *High Court* rechaza tal postura. La corrupción hubiera tenido que ser comprobada en el procedimiento arbitral; en lo que Alstom falló. En efecto, como lo nota el magistrado Cockerill, Alstom argumentó en el arbitraje que le preocupaba que ABL pudiera haber incurrido en prácticas corruptivas (el pago de sobornos) en la ejecución de los contratos de comisión. Concluyó que «la existencia real de prácticas corruptivas debe establecerse con pruebas sólidas». El Tribunal arbitral consideró los documentos que, según Alstom, daban lugar a sospechas de corrupción y señaló que habían sido presentados por ABL a Alstom muchos años antes del inicio del arbitraje, y que ABL no había intentado disfrazar u ocultar sus actividades. También señaló que ABL se había sometido a dos auditorías por parte de los auditores internos del grupo Alstom y no se encontró evidencia de corrupción.

* * *

Al parecer, las jurisdicciones francesas nadan a contracorriente....o son innovadoras. Se debería de determinar el Derecho positivo, se afirmaría que el estándar probatorio en materia de corrupción es muy alto, y debería de ser satisfecho en el procedimiento arbitral. Como lo dijeron los tribunales suizos e ingleses, los procedimientos de anulación y de ejecución son una segunda instancia para re-litigar la cuestión. Y es lógico en vista del principio universal que los tribunales judiciales no pueden revisar un laudo. ¿Se puede sospechar que los jueces no quieren realmente combatir la corrupción? Es un hecho notorio que la corrupción es parte del comercio internacional. A nivel mundial, el Foro Económico Mundial ha estimado que el costo de la corrupción es de aproximadamente 2,6 billones de dólares al año (23) . Los impactos de la corrupción afectan de manera desproporcionada a las personas más vulnerables de la sociedad; disuade la inversión; debilita el crecimiento económico; y socava el estado de Derecho. Sin embargo, no corresponde a los tribunales arbitrales de erigirse guardianes de un hipotético orden jurídico internacional. Corresponde a las partes el comprobar la corrupción; comprobarla de manera que el tribunal tenga un sustento factual verificado para declarar la existencia de prácticas corruptas. Si de nueva cuenta tendríamos que determinar el «Hecho positivo», pues deberíamos aceptar que en ciertos sectores, no hay negocio sin una forma de soborno. Es así que en el caso de la venta de las fregatas por parte de Francia a Taiwan, el número dos de la petrolera francesa *Elf-Aquitaine*, Alfred Sirven manifestó ante un tribunal arbitral (24) , que los negocios internacionales son basados en relaciones, las famosas redes, lo que no es corrupción sino *business as usual*. Tampoco, según él, las donaciones o los regalos son ilícitos, visto que todo siempre se basa en favores. Empero, muchas comisiones fueron pagadas directa y oficialmente por

el Estado francés bajo el rubro de «gastos de prospección de mercado». Lo anterior corresponde a una realidad que nadie puede negar, como se puede ver, por ejemplo, en el asunto *World Duty Free Company* (25), donde el inversionista «respetó» la costumbre local (y legal) llamada *harambee* (26), y «donó» 2 millones de dólares personalmente al presidente de Kenia con el fin de obtener el mercado en disputa (27).

Sin embargo, no se debe olvidar que, a final de cuentas, el laudo terminará ante el poder judicial por su ejecución. Si el tribunal arbitral, con o sin razón rechaza los alegatos de corrupción, el juez aún podrá investigar y en caso negar la ejecución del laudo. Al tribunal arbitral le corresponde resolver la controversia; y al tribunal judicial investigar la controversia. Es la mejor opción, y respeta el espíritu del arbitraje: la cooperación entre el árbitro y el juez. Y juntos, podrán combatir una práctica de más de 2.000 años. Es así como en el 4 siglo a.C., Kautilya Abrahmin en su obra *Arthashastra*, señaló:

Así como es imposible no saborear la miel o el veneno que se encuentra en la punta de la lengua, también es imposible que un servidor del gobierno no se coma, al menos una parte de los ingresos del rey.

Nada ha cambiado hoy en día; veremos cómo será el futuro...

BIBLIOGRAFÍA

GAILLARD, E., «L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité», *Revue de droit de McGill*, 2010, pp. 891 ss.

GRAHAM, J., *Lecciones de Arbitraje internacional*, Zamanga Editores, 2018.

LOQUIN, E., «Règles matérielles du commerce international et droit économique», *Rev. int. dr. économ.*, 2010 pp. 81 ss.

MAYER, P., «La règle morale dans l'arbitrage», *Choix d'articles*, París, LGDJ, 2015, pp.309.

(1)
graham@3ct.com.mx.

[Ver Texto](#)

(2) R, Menchú, «*The plague of corruption: overcoming impunity and injustice*», *Global Corruption Report*, 2001, p.155

[Ver Texto](#)

(3) J. Graham, *Lecciones de Arbitraje internacional*, Zamanga Editores, 2018, nº 44.

[Ver Texto](#)

- (4) *Vid.* E. Gaillard , «L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité», *Revue de droit de McGill*, 2010, p. 891.
- Ver Texto
- (5) Para la discusión, J. Graham, *op.cit.* pp.431 ss.
- Ver Texto
- (6) *Cf.* P. Mayer, «La règle morale dans l'arbitrage», *Choix d'articles*, París, LGDJ, 2015, pp.309.
- Ver Texto
- (7) *Ibid.*, p. 322 .
- Ver Texto
- (8) E. Loquin, «Règles matérielles du commerce international et droit économique», *Rev. int. dr. économ.*, 2010 pp. 81 ss.
- Ver Texto
- (9) *Cour d'appel* París, 10 septembre 1993, *Rev. trim, dr. comm.*, 1994, pp. 703 ss...
- Ver Texto
- (10) Tribunal Fédéral suizo, *Hilmarton v. OTV*, 17 abril 1990.
- Ver Texto
- (11) *Cf.* «*Si les pratiques corruptives ont pu être constatées dans certains pays, il est patent néanmoins que la communauté internationale des affaires et la plupart des gouvernements s'opposent à toute pratique corruptive. La Chambre de commerce internationale, entre autres, a établi des Règles de conduite pour combattre l'exaction, et créé un Conseil international contre la corruption dans les transactions internationales*» (*Journ. dr. int.*, 2000 pp. 1078 ss y nota de Y. Derains).
- Ver Texto
- (12) *McDonnell v. United States*, 579 US (2016).
- Ver Texto
- (13) *Vid. ICC Bull.* No. 2, 1999, pp. 102.
- Ver Texto
- (14) *Cf.* «*It is added that even if the U.S. Foreign Corrupt Practices Act had been applicable to the Respondent, this would not mean that an international Arbitral Tribunal would be bound to apply it in that manner. Even if it is supposed that (i) it is a law of a quality of police regulations and (ii) the arbitration acknowledges that*

such a law can be applied despite the choice of another material law, a strong and legitimate interest of the United States to apply this law must still be demonstrated. Serious doubts concerning this subject may result from the fact that the FCPA is not primarily aimed at the protection of the fundamental public order of the United States, but that its object is to restore public confidence in the integrity of American enterprises whose reputation has been spoiled by a series of sensational scandals. It is therefore not appropriate to apply in that manner the FCPA on enterprises outside the United States. The battle against corruption, certainly a worthy objective, does not necessarily justify the exportation of methods or the code of conduct unique to the FCPA in order to reach that objective».

Ver Texto

(15) Laudo ICC nº 6401, *Westinghouse and Burns & Roe (USA) v. National Power Company and the Republic of the Philippines*, 19 diciembre 1991, *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 7, nº 1, 1992, pp.31.

Ver Texto

(16) CIADI, 8 octubre 2009.

Ver Texto

(17) TAS, *Mohamed Bin Hammam v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, 19 junio 2012.

Ver Texto

(18) *Cour d'appel Paris, Société Alstom Transport SA et autres c/ société Alexander Brothers Ltd*, 28 mayo 2019, *Rev. arb.*, 2019 pp. 851 ss y nota de E. Gaillard.

Ver Texto

(19) *Tribunal Fédéral suizo, Alstom Transport SA et Alstom Network UK LTD c/ Alexander Brothers LTD*, 03 noviembre 2016.

Ver Texto

(20) *Vid.* Laudo, nº 258.

Ver Texto

(21) *Vid.* Laudo, nº 266.

Ver Texto

(22) *Alexander Brothers Limited (Hong Kong SAR) v (1) Alstom Transport SA; (2) Alstom Network UK Limited* [2020] EWHC 1585 (Comm)

Ver Texto

(23) [<https://www.icac.nsw.gov.au/about-corruption/why-exposing-and-preventing-corruption-is-important>].

[Ver Texto](#)

(24) *Vid. Frontier AG v. Thomson CSF, Le Monde, 04-05/02/2001.*

[Ver Texto](#)

(25) CIADI, *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, 4 octubre 2006.

[Ver Texto](#)

(26) Se trata de una tradición nigeriana de levantamiento de capital entre comunidades para financiar proyectos en común. Sin embargo, sirve también para «vehicular» sobornos por parte de los funcionarios públicos.

[Ver Texto](#)

(27)
Vid. supra, nota nº 24.

[Ver Texto](#)

Financiación por Terceros en el arbitraje internacional: Consideraciones prácticas para su intervención

Third-party financing in international arbitration: Practical considerations for your intervention

Durante estos últimos años en el arbitraje internacional se ha evidenciado la creciente intervención de Financiación por Terceros o *Third-Party Funding*. Esta figura tiene como objetivo otorgar un sustento económico a nuevos actores, facilitando el acceso a este fuero neutral e internacional a cambio de la participación en las eventuales resoluciones favorables. El presente trabajo se enfoca en encontrar soluciones prácticas a las cuestiones suscitadas producto de su participación. En tal sentido, se analiza principalmente las dificultades sobre el carácter y el alcance de su rol en los procedimientos arbitrales. Para ello, se recurre al análisis jurisprudencial y doctrinal respecto de este fenómeno.

Arbitraje internacional, Financiación por terceros, Instituciones arbitrales, Conflictos de intereses, Transparencia, Costas.

In recent years, international arbitration has witnessed the crescent intervention of Third Party Funding on a regular-basis. This figure aims to provide financial support to new parties, facilitating their access to this neutral and international jurisdiction in exchange for their participation in any favorable resolutions. This paper focuses on finding practical solutions to overcome issues related to their participation. Therefore, it mainly analyzes the difficulties arisen by the character and scope of effects produced by their role in arbitral procedures. For this purpose, this phenomenon is examined based on the criteria established by jurisprudence and doctrine.

International Arbitration, Third-Party funding, Arbitral Institutions, Conflict of Interests, Disclosure, Litigation Costs.



Marcos Maciel

Abogado. Magister en Derecho de los negocios internacionales de la Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

La financiación por terceros o *Third-Party Funding* (TPF) es un fenómeno que, en estos últimos años, ha generado un continuo y especial debate entre especialistas de derecho respecto a su creciente protagonismo en procedimientos tanto judiciales como arbitrales en la mayoría de las jurisdicciones y, especialmente, en el mercado jurídico-financiero.

Esto, debido a que, como ha señalado B.M. Cremades, actualmente «El arbitraje internacional ya no es una prerrogativa de grandes multinacionales; hoy es una práctica habitual que pequeñas y medianas empresas ejerzan sus derechos mediante demandas arbitrales, en razón de acuerdos previos. Por más que la estructura internacional rodeando al arbitraje se ha vuelto costosa. El arbitraje se ha transformado en una gran industria internacional, enormemente competitiva y extremadamente costosa» (1) .

El debate se centra, por un lado, en posturas que lo apoyan como herramienta que facilita y permite el acceso a la justicia a demandas meritorias que cuenten con grandes posibilidades de obtener un resultado favorable y que reduce o elimina riesgos asociados con la costosa, impredecible y prolongada aventura que consiste litigar; bajo la condición de que los eventuales beneficios que puedan obtenerse mediante esta operación de riesgo, sean compartidos.

Mientras que, por el otro lado, surgen posturas críticas considerando que ésta fomenta la presentación de demandas infundadas, aproximándola a figuras jurídicamente reprochadas como *champerty* del Derecho consuetudinario y el pacto de cuota *litis* del derecho continental. Preocupación que se acentúa, en cuanto aún el TPF aún se está regulando de forma difusa en códigos de buenas conductas, recomendaciones y demás instrumentos de *soft law* sin un estricto carácter vinculante para las partes, tribunales y cortes arbitrales.

Si bien ambas posturas deben considerarse, la realidad es que el TPF es un fenómeno de grandes desafíos y oportunidades que todo profesional, operador y cliente del mundo jurídico-financiero debe conocer y analizar, en cuanto:

«... independientemente del status procesal del caso, el primer paso [del] esquema de trabajo es analizar en profundidad los diversos factores de poder real que conforman el caso. Entre otros factores, debe incluirse el análisis de las Partes y sus relaciones con (...) terceros financistas, entre otros interesados. Solo después de tener ese aspecto clarificado, es posible adentrarse en las cuestiones fácticas y técnicas del caso» (2) .

Por ello, el presente artículo se centrará en comprender desde el derecho continental al TPF como una herramienta para preservar el acceso a la justicia arbitral y como un factor de poder real en el tráfico jurídico-económico transnacional, en cuanto

«... la cultura legal continental ha asumido una postura firme en el derecho económico internacional; el elevado número de procedimientos arbitrales con árbitros, abogados y partes solicitantes latinoamericanas, más aún, el derecho de nuestros países, han removido el foco de la frecuentemente sofocante exclusividad del Derecho anglosajón (...) la actual jurisprudencia arbitral ha desarrollado un derecho económico internacional moderno con gran influencia hispánica» (3) .

Por lo que la aceptación, adaptación y recepción del TPF por el derecho continental e hispanoamericano debe considerarse tanto una necesidad como un deber.

Para llevar esto a cabo, primero se desarrollara el concepto de TPF; en segundo lugar, se realizará un análisis comparativo para diferenciarlo respecto a las figura de *champerty* y pacto de cuota *litis* justificando su validez bajo ambas culturas jurídicas; en tercer lugar, se analizará su regulación en los códigos de buenas conductas de diversos ordenamientos jurídicos nacionales junto a jurisprudencia arbitral respecto a los cuestionamientos sobre el conflicto de interés y la *cautio judicatum solvi*; por último, se propondrán alternativas para superar la cuestión sobre la responsabilidad por costas desde figuras voluntaristas y normativas, respectivamente. Logrando de esta manera, dar respuesta y evacuar a las razonables preocupaciones que suscita, buscando alternativas para maximizar su beneficio y reducir su impacto negativo.

II. CONCEPTO DE «FINANCIACIÓN POR TERCEROS»

El TPF se refiere a cualquier persona física o jurídica que, no siendo parte de la controversia, celebra un acuerdo con una parte o su representación legal para dar apoyo financiero, total o parcial, solventando los gastos del procedimiento; a cambio del derecho a recibir un beneficio o devolución financiera, plena o parcial, sujeta al resultado favorable de la controversia (4) . Es de notar que, a diferencia del préstamo, de este acuerdo no pesa la obligación sobre el litigante financiado frente al financista de devolver lo solventado en caso de ser vencido o de no recuperar el monto otorgado (5) .

Son varias las circunstancias que rodean al TPF. Supongamos el caso de un inversor que, sufriendo pérdidas o en insolvencia, ve expropiado su proyecto por un precio devaluado o un procedimiento irregular; la pequeña o mediana empresa que tiene un caso meritorio pero no suficiente disponibilidad de caja para afrontar la provisión de fondos, una multinacional que cede su portfolio para disminuir sus gastos litigiosos o el de ONGs que asisten a litigantes o Estados para defender un interés legítimo frente a inversores (6) .

Es de resaltar que el contemporáneamente, el TPF «es una opción, no una necesidad. Algunas de las mayores multinacionales mundiales son usuarios habituales de financiamiento externo» (7) .

III. DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS

1. *Champerty & Maintenance*

Para comprenderla, primero debemos remontarnos a la época medieval, donde tuvieron su origen las doctrinas del *common law* conocidas como *champerty* y *maintenance*, las cuales fruto de los valores cristianos imperantes y la necesidad de dar orden a un frágil sistema institucional, calificaron al financiamiento de litigios como ofensas a los pares por cuanto incoar una demanda y fomentar la litigiosidad era considerado una conducta agresiva y reprochable.

La doctrina de *champerty* consiste en la actividad por la que un tercero ajeno al procedimiento celebra un acuerdo con una de las partes litigantes, obligándose a solventar de manera exclusiva el litigio bajo su propio riesgo, con la condición de recibir —si resultare victorioso— una porción del predio u otra ganancia a recuperar por ejercer esta actividad (8) .

La distinción entre esta doctrina y la de *maintenance* reside en el interés del tercero respecto al litigio, en cuanto, para configurarse un supuesto de *champerty*, el tercero debe recibir una ganancia o porción de lo obtenido por el litigio, mientras que el supuesto de *maintenance*, el tercero no obtiene su ganancia de la eventual victoria litigiosa sino de su intermediación diligente. Es por lo que todo *champerty* implica *maintenance*, pero no toda actividad de *maintenance* es *champerty* (9).

Pero como fue expuesto, estas leyes se correspondían al pensamiento medieval y muy distinta es la percepción global actual donde miles de actores e interesados constantemente intervienen y comercian a escala mundial con una enorme oferta de recursos profesionales, institucionales y económicos. Por esta razón el *Common Law* considerando a estas doctrinas como «antiguas», progresivamente fue modificando su calificación de delictivas (*offense*) por civiles (*tort*), como el abuso de derecho, o incluso sin darle calificación alguna (10).

Esto es lo que sucedió durante la década de 1990 en el estado de Nueva Gales del Sur de Australia, cuyo hito fue la derogación legislativa de las ofensas de *champerty* y *maintenance* mediante su «*Maintenance, Champerty and Barratry Abolition Act*» (1993).

Esta derogación fue avalada por la Corte Suprema de Australia estableciendo en el antecedente FOSTIF (2005) que «*la ley actualmente favorece a los acuerdos de financiación que promueven el acceso a la justicia, siempre que cualquier tendencia al abuso del derecho sea controlada*» (11). Es de notar, de igual manera, que durante este período, Australia buscaba alternativas para la subsistencia de sus compañías concursadas o en procedimientos de quiebra, autorizándolas a realizar acuerdos de TPF para la prosecución de sus acciones legítimas y meritorias que de otra manera no hubiesen podido ejercer (12).

El mismo criterio puede observarse durante este período en el Reino Unido, donde la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales resolvió en el antecedente *Hamilton vs. Al Fayed* (2002) que

«(...) es aceptado que es de interés público facilitar el acceso a la justicia mediante un acuerdo que tenga ese efecto. Ciertamente, es aceptado que se mantiene dentro de los límites del interés público el financiar la litigación siempre que mediante este no se perjudique a la parte contraria del procedimiento, usualmente la demandada, quien es expuesta a cargar con la responsabilidad sobre el incremento de costas a cubrirse por el acuerdo condicional de honorarios ante el éxito de su posición» (13).

Desde el ordenamiento jurídico Estadounidense, resulta igualmente llamativa la conclusión de la Corte Suprema de Carolina del Sur en *Osprey, Inc. v. Cabana Ltd. Partnership* (2000): «*Abolimos el champerty como defensa debido a que consideramos que actualmente no es necesario prevenir los males tradicionalmente asociados con esta doctrina que fue desarrollada en tiempos medievales*» (14).

2. Pacto Cuota *Litis*

Desde el derecho romanista-continental, una figura que puede asemejarse al TPF, es el pacto de cuota *litis*. Su origen se remonta a las *Partidas* y ha sido receptado desde entonces en el derecho

continental, sirviéndose de ejemplo ilustrativo, su regulación en el art. 3.3º del Código de Deontología de los Abogados Europeos del Consejo de la Abogacía Europea (CDCCBE).

El CDCCBE define en su art. 3.3.2 al pacto de cuota *litis* como

«(...) el acuerdo entre el Abogado y su cliente concertado antes de la conclusión definitiva de un asunto en el que tenga intereses el cliente y en virtud del cual el cliente se compromete a pagar al Abogado únicamente una parte del resultado, sea éste una cantidad de dinero o cualquier otro beneficio que consiga el cliente a la conclusión del asunto»

Una definición que se asemeja al del TPF respecto al acuerdo previo de recibir asistencia en el litigio sujeta al compromiso de retribuirla mediante una porción del resultado litigioso favorable.

Pero más allá de su parecido, lo llamativo es la evolución en la recepción normativa y jurisprudencial respecto a la prohibición del pacto de cuota *litis*, que demuestra el progresivo declive respecto a su prohibición, tal como sucede respecto a las doctrinas de *champerty* y *maintenance*. Este fenómeno que debe considerarse de trascendental importancia al valorar la validez o recepción de la figura del TPF en el derecho continental.

Es particularmente especial el caso de España, donde en la versión inicial de su Código Deontológico de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio (CDAE), en su art. 16 prohibía la cuota *litis* en sentido estricto, entendiéndose esta como

«aquél acuerdo entre el abogado y su cliente, formalizado con anterioridad a terminar el asunto en virtud del cual el cliente se compromete a pagar al Abogado únicamente un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por el asunto».

Lo interesante es que, brevemente posterior a su entrada en vigor, el 10 de diciembre de 2002, por acuerdo del Pleno del Consejo General de la Abogacía Española y en respuesta a diversas resoluciones rechazando la aplicación del art. 16 del CDAE (15), se suspendió la vigencia y eficacia de dicha disposición, aceptándose así la celebración del pacto de cuota *litis*.

Puede considerarse que contemporáneamente se promueve la intervención de los TPF de manera regulada y exteriorizada, incluso a través de asociaciones internacionales, reflejando el cambio de paradigma

Respecto a esta circunstancia, es fundamental destacar que el pacto de cuota *litis* actualmente está gozando de considerable admisión en Hispanoamérica, encontrándose regulado bajo ciertas limitaciones en el art. 36 del Código de Ética Profesional del Consejo General del Colegio de

Abogados de Chile y el art. 4 de la Ley Nacional No. 21.839 de Argentina, entre otros.

3. Conclusión

Lo que se intenta demostrar del presente análisis comparativo es que, según la actual postura normativa, jurisprudencial y doctrinal de ambas culturas jurídicas, las preocupaciones respecto a la admisión y validez de los TPFs como un fomento a la litigación frívola, puede que estén fundamentadas en concepciones antiguas e imperceptiblemente arraigadas sobre sus efectos con respecto al interés público, que indudablemente ha sufrido modificaciones.

Bien puede considerarse que contemporáneamente se promueve la intervención de los TPF de manera regulada y exteriorizada, incluso a través de asociaciones internacionales (16), reflejando el cambio de paradigma respecto al carácter de la litigiosidad y la garantía del acceso a la justicia, adaptándose a nuevos fenómenos como la globalización, el comercio transnacional y la deslocalización de procedimientos judiciales y arbitrales. Siendo progresivamente adoptada por distintos ordenamientos jurídicos e institucionales jurídicas internacionales.

IV. DESAFÍOS SOBRE LA INTERVENCIÓN DE TPFs EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

1. Conflicto de interés

El conflicto de interés es una cuestión especialmente relevante en el ámbito del arbitraje, debido a que la imparcialidad e independencia de los árbitros es uno de los aspectos que deben preservarse durante la sustanciación del proceso, exigiéndoles un deber de revelación y aún incluso su apartamiento, frente a circunstancias capaces de afectar tales cualidades debido a que su inobservancia es causal de recusación de árbitros y anulaciones de laudos.

El problema es que el mundo arbitral es aún relativamente pequeño y conformado por abogados, profesores y profesionales que, la mayoría de las veces, deben cambiar sus vestiduras por las de representantes, árbitros y consultores. Esto, sumado al nivel de exigencia del rubro, el progresivo corporativismo de la profesión por grandes firmas (17), la intermediación virtual en ponencias y congresos, por citar algunas cuestiones, inevitablemente crea lazos estrechos en un segmento altamente concentrado de profesionales y árbitros (18).

Este riesgo se acentúa frente a la intervención de TPFs, como consecuencia de la creciente práctica común de grandes firmas que emprenden en colaboración con entidades financieras el lanzamiento de fondos para la financiación de litigios arbitrales, para lograr obtener mayor competitividad en el mercado y brindar mayor servicio a sus clientes (19).

Es por ello, que frente a tal fenómeno de concentración, diversos instrumentos de *soft law*, códigos de buenas prácticas arbitrales y financieras junto a jurisprudencia, se están expidiendo al respecto para prevenir y dar respuesta a los posibles casos de conflicto de interés y control indirecto que puedan acaecer respecto a la intervención de TPFs. Aspectos que serán desarrollados a continuación.

Es de destacar el primer abordaje regulatorio realizado en 2014 por las Directrices de la *International Bar Association* (IBA) sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional, respecto a los terceros con interés en la controversia: «Los terceros financiadores y las aseguradoras en relación a la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo, y por tanto pueden considerarse como equivalentes a la parte» (20).

Tal criterio, aunque ya distinguiendo entre parte y tercero interviniente, ha sido el seguido por instrumentos posteriores como el Código de Buenas Prácticas para Terceros Financistas en Arbitrajes elaborado por el Departamento de Justicia de Hong Kong en 2019 (CBPHK) (21) y el Código de Buenas Prácticas del Club Español de Arbitraje (CBPCEA) (22) realizado también en 2019, cuyas recomendaciones de éste último, fueron finalmente incorporadas en el Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), en vigor desde enero del 2020.

Esta incorporación es importante en cuanto prevé, integral y sistemáticamente, a los TPFs como terceros intervinientes y el respectivo deber de revelación, desde la solicitud de arbitraje «(que) contendrá, al menos, las siguientes menciones: i) Si existiera un tercero que hubiera facilitado la financiación o fondos vinculados al resultado del arbitraje, deberá revelarse este hecho y la identidad del financiador» (art. 5.2 Reglamento CIAM); hasta la declaración de independencia, imparcialidad y disponibilidad de los árbitros (art. 10.2 Reglamento CIAM) y su artículo especializado sobre financiación del arbitraje (art. 23 Reglamento CIAM).

Sin embargo, surgen dudas y contradicciones respecto al alcance de dicho deber de revelación en cuanto instrumentos como el CCIG sostiene el deber que pesa sobre el TPF de preservar «la confidencialidad de toda la información y documentación relacionada con la controversia en la medida en que la ley lo permita y con sujeción a los términos de cualquier acuerdo de confidencialidad o no divulgación acordado entre el Financiador y la Parte financiada» (art. 7 CCIG), haciéndolo responsable en caso de incumplimiento.

Uno de los primeros casos en enfrentarse a este dilema fue el asunto *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC vs. Bolivia*, donde el tribunal arbitral no admitió que la parte demandante tuviera acceso «al acuerdo de financiación y a la documentación adicional para evaluar una solicitud de garantía de gastos y confirmar que no había conflictos de intereses». Decisión fundamentada bajo el razonamiento de que Bolivia no especificó sobre el posible conflicto de intereses producto del acuerdo firmado.

De todas maneras, lo llamativo de este caso fue que posteriormente durante la sustanciación del procedimiento, la demandada habiendo afirmado descubierto mediante otros documentos la identidad del financiador, el tribunal arbitral sostuvo que las disposiciones aplicables que rigen los conflictos de intereses «no prevén la presentación de documentos por las partes, sino su divulgación por los árbitros al tener conocimiento de circunstancias que podrían crear un conflicto de intereses» (23).

Posteriormente, el criterio se modificó mediante nuevos antecedentes como *South American Silver Limited v. Bolivia* (24) donde el demandado pidió que se revelara la identidad del financiador con el

objetivo de garantizar la integridad del arbitraje y asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal al igual que los términos del acuerdo de financiación bajo el argumento de conocer si las demandas de arbitraje habían sido cedidas y si el tercero financiador se había comprometido a pagar una orden de gastos adversos.

Al respecto, el Tribunal Arbitral decidió que «hay bases para ordenar la revelación del nombre del tercero financiador, pero no para ordenar la revelación del acuerdo celebrado con el tercero financiador» (25). La postura adoptada por el Tribunal conlleva a un deber de revelación limitado con relación a la existencia de un acuerdo de fondo de litigios en el arbitraje y enfocado en la sola revelación de la identidad del TPF, con la salvedad de que surjan circunstancias excepcionales (26).

Ambos casos son ilustrativos, pero la realidad es que actualmente, si bien hay reticencias al deber de revelación sobre TPFs, estas expresan que no es debido a querer mantener su identidad secreta sino para evitar técnicas de «guerrilla» procesal que eleven el costo de su inversión y den lugar a recusaciones innecesarias (27); el deber de revelación se está transformando en una práctica común que incluso, como fue previamente expuesto al analizar los reglamentos y códigos de buenas prácticas, la promueven desde el comienzo del procedimiento arbitral o apenas el acuerdo de financiación sea formalizado.

Sobre esta cuestión, resulta útil recordar lo dicho por Fouchard, Gaillard & Goldman, respecto a que la existencia de relaciones negócias entre los árbitros o con las partes no conduce necesariamente a la existencia de relaciones de dependencia que justifique la recusación de un árbitro (28). De igual manera, la decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité del caso *Vivendi Universal S.A. v. Argentina*, en la que se puso de manifiesto que el gran número de posibilidades que existe de que los árbitros tengan o hayan tenido algún «contacto profesional» con las partes, debe excluir como fundamento las suposiciones o los argumentos especulativos basados en contactos sociales previos y en sí mismos inocuos entre el árbitro recusado y una parte (29).

2. Control del TPF

Una cuestión que genera aún más debate y cuya regulación escapa del alcance de los reglamentos, es el del control que los TPFs puedan ejercer como «*factor de poder real*» respecto a clientes, abogados y árbitros.

Esto en cuanto, el mercado de financistas es reducido y enormemente especializado, por lo que el acceso de clientes y firmas al mismo exige cumplir ciertos requisitos y aceptar ciertas condiciones como la exhaustiva presentación del caso que analice cuestiones jurisdiccionales, de mérito, cuantía, viabilidad, posibilidad de victoria y de ejecución (30). Actual y habitualmente, esta tarea suele ser realizada por los grandes despachos, incluida como servicio diferenciado a su cliente o ante considerar que el caso es meritorio de financiación.

Sobre este aspecto, el principal debate versa sobre quién recae el verdadero interés del abogado en el caso de posturas contradictorias respecto al desarrollo del caso entre el cliente y el financista. Porque aunque los códigos deontológicos otorgan privilegio a la representación del cliente, la

realidad es que la mayoría de los clientes de grandes causas suelen acudir a las firmas por única vez; mientras que los TPFs pueden trabajar conjuntamente repetidas veces, siendo habitual la financiación de portfolios de litigios ofrecidos por una firma. Es frente a esta cuestión que se pone en duda sobre quien realmente recae el privilegio íntimo del abogado, es decir, a quién buscara satisfacer y quién ejercerá el control real sobre el desarrollo del caso.

La línea es difusa, supongamos el caso del secreto profesional que obliga al abogado a mantener la confianza y confidencialidad sobre todos los hechos y lo expresado por su cliente. Ahora bien, el art. 5 del CDAE alcanza a las propuestas del cliente, las del adversario y de sus compañeros; bien podría interpretarse que, de igual manera, podría alcanzar y encontrarse dentro del límite del secreto profesional la comunicación, sujeta a un *non-disclosure agreement*, con un posible financista, sea este propuesto por el cliente, por un compañero o por sí mismo. Tal conducta, limitada, puede considerarse en beneficio del cliente y dentro de su actuación profesional respecto al caso, pero el límite es difuso.

Otra circunstancia sería frente a la posibilidad de lograr un acuerdo o transacción con la contraparte capaz de satisfacer, mediante un rápido retorno de la inversión, al TPF pero que no alcanza a satisfacer o dar remedio a la pretensión del cliente. El abogado se encontraría en la encrucijada ética respecto a quién apoyar, si bien ambas partes resultarían beneficiadas y el cumpliría su servicio, el dilema ético y jurídico persistiría.

Un caso emblemático fue *Teinver S.A. y otros vs Argentina* en el que siendo las demandantes financiadas por Burford Capital, el Acuerdo de Financiación celebrado entre Burford y las demandantes exigía a éstas tener como representante a una firma de abogados estadounidense. Esta condición, sumado a la cláusula de resolución unilateral sin expresión de causa a favor de Burford, pareciera exteriorizar el control que Burford como financista ejercía tanto sobre los abogados, la estrategia procesal y, especialmente, sobre el litigante.

Esta cuestión fue controvertida por Argentina alegando que ésta sería el primer beneficiario por el laudo «abusando el sistema CIADI, a través de una acción contraria al objeto y fin del Convenio, para obtener espectaculares ganancias». Si bien, tal argumento fue desestimado por falta de probidad y laudando a favor de los demandantes, debe tenerse en cuenta que el TPF es un tercero ajeno al procedimiento por lo que no tiene la legitimidad ni carácter de parte, salvo que le sea extendida por su interés directo, en su caso, la cláusula arbitral y quede sujeto como parte al proceso.

De igual manera, persiste la posibilidad de desnaturalizarse el procedimiento arbitral mediante la obtención de un laudo incongruente cuyo objeto real sea satisfacer al financista por sobre el titular de la acción. Es una línea delgada, pero frente a estas circunstancias, parece correcto evaluar el carácter y alcance del financista, como tercero o parte, para que sus efectos se reflejen en el procedimiento y la ejecutabilidad del laudo.

Frente a estas cuestiones, los TPFs están buscando soluciones comenzando a autor regularse mediante asociaciones internacionales, como el *International Legal Finance Association (ILFA)*, para dar apoyo y control a su actividad en el mercado, lo cual parece una herramienta útil y de probada

efectividad en el derecho internacional. De igual manera, ampliando el alcance de sus servicios, desarrollando sus propios cuerpos y oficinas legales, para así apoyar el rol de las firmas de abogados, facilitar el acceso de clientes realizando el análisis de casos a financiar, el posterior *due-dilligence* y los respectivos contratos de confidencialidad *inter-partes*.

Como parte de esta autorregulación, se establecen estándares como las siguientes cláusulas: a) prohibición de su constitución o adquisición por firmas de abogados o inversores con intereses en firmas de abogados; b) prohibición de celebrar contrato entre inversores y firmas de abogados; c) prohibición del inversor de ejercer control o dirección sobre el litigio (31); d) deber de revelación sobre conflictos de interés entre el inversor y la firma de abogados y el tribunal arbitral; d) contratación por el TPF de una prima de seguro y; e) realización de auditorías periódicas (32).

Es a través de estas regulaciones, estándares y fiscalización, que los TPFs buscan dar respuesta a estas cuestiones controvertidas, buscando exteriorizarse como entidades mercantiles sujetas a responsabilidad civil, teniendo constitutivamente prohibido el ejercicio de control exclusivo del caso y encontrándose sujetas a la fiscalización de entidades administrativas para preservar su transparencia.

3. Responsabilidad por costas y medidas provisionales

Además de las cuestiones relativas a la imparcialidad e independencia de los árbitros frente a la intervención de TPFs en el procedimiento, otra garantía esencial del debido proceso arbitral afectada por esta intervención es la igualdad procesal de las partes. Esto en cuanto, debido al carácter confidencial de los acuerdos de financiación, la contraparte y el tribunal arbitral se encuentran en desconocimiento de su alcance y participación respecto a la cobertura de las costas y medidas provisionales que puedan surgir dentro del procedimiento.

Frente a esta circunstancia y la laguna normativa e institucional, la jurisprudencia ha intentado buscar soluciones prudentes o al menos expedirse al respecto para plantear la necesidad de su regulación. Siendo la medida más solicitada y utilizada la *cautio judicatum solvi* que, en Derecho Internacional Privado, constituye la fianza que debe constituir el demandante extranjero, con objeto de garantizar al demandado nacional, si la acción se rechaza, el pago de los gastos y daños y perjuicios que deriven del litigio.

Este supuesto ha sido regulado dentro del art. 10 del CCIG y el art. 2.12 del CBPHK que prevén, de forma análoga, la estipulación optativa de responsabilidad por estas sumas en los acuerdos de financiación, siendo su redacción básica: «El acuerdo de financiación debe establecer si (y en su caso, su alcance) el financista o su entidad subsidiaria o entidad asociada se obliga frente a la parte financiada a: a) responder por las costas surgidas del acuerdo aceptado por la parte financiada u orden del tribunal; b) pagar la prima [incluyendo el impuesto por prima de seguro] para obtener un seguro por costas; c) otorgar *cautio judicatum solvi* y; d) responder por cualquier otra obligación financiera».

Dentro del derecho continental, el art. 23 del Reglamento CIAM establece que:

«2. Sujeto a las normas sobre secreto profesional que puedan ser aplicables, el tribunal podrá pedir a la parte financiada por un tercero que revele la información que considere oportuna sobre dicha financiación y sobre la entidad financiadora».

De su lectura, aunque este precepto faculta al tribunal solicitar la revelación de información sobre la financiación, no especifica su alcance y si el mismo abarca a estas estipulaciones dentro del acuerdo de financiación que son capaces de repercutir en gran medida en el desenvolvimiento del procedimiento y cuya revelación se suele dificultar bajo el amparo del secreto comercial; cuestión que se ha planteado como un gran desafío en la jurisprudencia vigente.

De igual manera, los antecedentes jurisprudenciales tampoco logran establecer un criterio uniforme sobre estas cuestiones suscitadas, particularmente respecto al alcance de la responsabilidad por costas, la revelación de acuerdos de financiación y la solicitud de *cautio judicatum solvi*; tal como se expondrá ilustrativamente a continuación.

El primer caso de referencia fue *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, que resolvió mediante laudo interlocutorio (33) la solicitud de caución a pedido de la parte demandada ante exteriorizarse la financiación de la demandante por un tercero. El tribunal expresó que

«El reconocimiento de la financiación por terceros sustenta la preocupación del tribunal sobre que el demandante no cumplirá con las eventuales costas ordenadas en su contra, en cuanto, no habiendo ofrecimiento de caución o garantías, es dudoso si el tercero financista asumirá responsabilidad en cumplir tal orden. Ante esta circunstancia, el tribunal considera injustificado cargar al demandado con el riesgo emanado de la incertidumbre si el tercero financista oculto voluntariamente cumplirá o no con el posible laudo sobre costas a favor del demandante» (34).

Tal decisión, en cuanto primigenia, fue acompañada de opiniones a favor y en contra de los árbitros designados por cada parte que merecen ser consideradas. Respectivamente, la que avala tal decisión resalta la creciente normalización de este tipo de financiación no prevista por los legisladores de tanto APPRIs como CIADI y que, asemejándose este fenómeno a un contrato de colaboración, hace menester una

«... re calibración» para mantener la igualdad de las partes en el procedimiento; proponiendo de esta manera que «revelándose que la acción de un inversor es financiada por un tercero, es ante el inversor sobre quién debe pesar la carga de revelar todo factor relevante y alegar porque no debe ordenarse la *cautio judicatum solvi*» (35).

La opinión en disidencia del árbitro nominado por la demandante se centró en cuestionar el procedimiento y méritos respecto a la imposición de caución en función de los mecanismos previstos por estas convenciones y no respecto a su pertinencia frente a la presencia del TPF, diciendo que

«Las preocupaciones generales sobre la financiación por terceros y la imposición de caución puede y debe ser abordada por el Consejo Administrativo bajo su potestad reglamentaria (...) Hasta que

el Consejo Administrativo no sea más explícito al respecto, un tribunal individual no debiera utilizar un lenguaje de elasticidad ilimitada para lograr los objetivos que considera apropiados» (36).

Luego de fijado este antecedente, en junio de 2015, dos casos en seno de CIADI cristalizaron esta división de criterio, el caso *Muhammet Çap & Sehil In_aat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, avalando en su orden procesal no. 3 (37), la aplicación de caución frente a la ausencia de revelación sobre el TPF y revertido por *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. República de Eslovenia*, también en su orden procesal no. 3 (38), rechazando la solicitud de caución incoada por el demandado ante el peligro de que la demandada no satisfaga las eventuales costas en su contra.

Según el tribunal, la caución sólo debe otorgarse ante circunstancias excepcionales y en *RSM v. Santa Lucía* fue ordenada debido a la acumulación estas causas, pero que

«... las dificultades financieras y la financiación por terceros —que se han vuelto una práctica habitual— no constituyen necesariamente per se circunstancias excepcionales justificando que el demandado goce de caución a su favor» (39).

Desde entonces, esta última postura ha prosperado en los distintos centros y procedimientos arbitrales bajo el fundamento que la *cautio judicatum solvi* solo debe otorgarse ante circunstancias excepcionales de urgencia o *periculum in mora* (40). Razonamiento que no resulta equívoco ni sorpresivo, en cuanto como explicita E. Nottingham, en su opinión en disidencia sobre *RSM vs. Santa Lucía*, los árbitros sólo tienen potestad para resolver mediante los mecanismos previstos y que fueron elegidos por las partes (41); dejándose así un vacío normativo y jurisprudencial frente a la incertidumbre del alcance de la financiación sobre las eventuales costas adversas.

V. ALTERNATIVAS A LA CAUTIO JUDICATUM SOLVI

Como se desprende de lo desarrollado anteriormente, el sistema de *cautio judicatum solvi* parece, en reglas generales, ser inadecuado por su carácter excepcional y exigentes requisitos de operatividad para hacer frente a la duda que suscita el alcance del financiamiento por terceros pasible de generar un desequilibrio entre la igualdad de las partes en el procedimiento.

De igual manera, tampoco parece correcto imponer desde una etapa inicial del procedimiento a una parte —que utiliza una herramienta actualmente habitual, aceptada y legal— que desembolse una cuantiosa suma en concepto de costas que aún son inciertas y sujetas a la eventualidad de fracaso; imponer tal carga bien puede considerarse como la denegación del derecho de ejercer una acción legítima. (42) Es por ello que, buscando una alternativa se sugieren, acumulativa o alternativamente, las siguientes proposiciones para intentar subsanar esta disyuntiva.

1. Contrato de fianza

Esta alternativa propone un cambio de perspectiva hacia un enfoque preventista, en función del rol de los TPFs, de las partes y de los árbitros, haciendo hincapié en el real desenvolvimiento del procedimiento y sus caracteres esenciales de confidencialidad, celeridad y voluntariedad.

Es más razonable optar por adelantarse a las incidencias dilatorias que indefectiblemente se plantean ante la presencia de financiación

La fianza es la «obligación accesoria que, en garantía de la deuda ajena, asume el fiador y debe cumplir subsidiariamente en defecto del cumplimiento de la obligación fiada», agregando que esta obligación es autónoma por lo que puede pactarse que sea idéntica o por un monto menor a la de la obligación principal (43). De igual manera, goza de distintas modalidades de ejecución y liberación, la obligación puede ser solidaria o mancomunada, limitada o ilimitada e incluso pudiendo pactarse sus particulares beneficios de orden, división y exclusión.

En esto se busca hacer hincapié, en su carácter voluntarista en contrapartida del carácter coercitivo de la caución. El contrato de fianza ofrece modalidades únicas de alcance y ejecución que favorecen enormemente al fiador o financista. Asimismo, es más razonable optar por adelantarse a las incidencias dilatorias que indefectiblemente se plantean ante la presencia de financiación, ofreciendo una solución consuetudinaria donde las partes *ab initio* hayan delimitado el monto, alcance y modalidad de la prestación de garantía y su ejecución frente al proceso.

De igual manera, al ser el contrato de fianza de carácter accesorio, con la sola revelación de éste, se lograría evitar la vulneración al secreto profesional que implica la inmiscusión del tribunal y la contraparte en el acuerdo de financiación, la capitalización del fondo, repartición de beneficios, duración y demás estipulaciones; permitiendo al TPF conocer y determinar desde un inicio su eventual responsabilidad por costas, dotando de mayor seguridad económica a esta operación de riesgo y con la ventaja de que, aún encontrándose frente a circunstancias adversas, puede gozar del beneficio de exclusión viéndose afectado sólo ante el supuesto de incumplimiento del obligado principal por un laudo por costas.

Son estas características las que hacen al contrato de fianza un medio idóneo para subsanar el presente dilema, dando una solución preventiva y voluntaria que aún indirectamente impulsará en gran medida la celeridad, confidencialidad y transparencia de los procedimientos arbitrales; beneficiando de esta manera a la seguridad e igualdad de las partes, la tarea discrecional de los árbitros, y la seguridad económica y rapidez de recupero de los TPFs.

2. Contratación de seguro

También podría solicitarse reglamentariamente que la admisión de TPFs en el procedimiento sea bajo la condición de contratación de una prima de seguro para solventar las costas a cargo de la parte financiada o que eventualmente resulten en el caso de un laudo con costas adversas. Este requerimiento se encuentra regulado dentro del art. 10.2 del CCIG y del art. 2.12.2 CBPHK, al establecer que

«El acuerdo de financiación debe establecer si (y en su caso, su alcance) el financista o su entidad

subsidiaria o entidad asociada se obliga frente a la parte financiada a pagar la prima [incluyendo el impuesto por prima de seguro] para obtener un seguro frente a costas adversas».

Ambos códigos de conducta son utilizados de manera regular como modelos estándares de los estatutos constitutivos de TPFs, por lo que otorgarles un respaldo reglamentario no debería sonar irrazonable. Sin embargo, la problemática de optar por esta vía es evidente, en cuanto podría causar que los TPFs opten por instituciones más laxas que hagan su intervención menos gravosa. De todas maneras esta alternativa no debiera descartarse *ab initio*, en tanto el TPF se caracteriza por ser una operación de riesgo, donde aún habiéndose realizado los correspondientes *due dilligences* y análisis sobre la viabilidad del litigio, el resultar vencido continua siendo una variable; por lo que es posible que los TPFs efectivamente cuenten con una póliza de seguro capaz de alcanzar al litigio particular.

Esta vía podría efectivizarse realizando la correspondiente discriminación de la póliza de seguro durante la confección de la provisión de fondos previo al inicio del procedimiento arbitral, otorgando de esta manera certitud sobre la solvencia del accionante frente a los *adverse costs*, evitar incrementar los costos del procedimiento mediante la producción de incidencias, aumentar la celeridad del procedimiento y reducir el período de retorno del capital.

3. Revelación de la cláusula de responsabilidad sobre costas

Por último, podría seguirse la metodología establecida por la jurisprudencia y normativa comparada para afrontar el posible conflicto de interés entre el TPF y el tribunal arbitral (44). Si bien la jurisprudencia ha distinguido entre la revelación de la identidad de los TPFs y del acuerdo de financiación, lo mismo se debe a la especial protección que reviste el secreto profesional.

Ante este supuesto, cabe delimitar dos cuestiones. La primera, es que la protección al secreto profesional no es absoluta sino que cede ante la necesidad de proteger un interés legítimo (45) cómo es asegurar la igualdad de las partes en el procedimiento arbitral, interés que reside y faculta tanto a la institución, como al tribunal y la contraparte a solicitar —realizando el adecuado control de confidencialidad— la revelación, sola y únicamente, de la estipulación en particular sobre el alcance de la responsabilidad sobre costas del TPF que los códigos de conducta anteriormente analizados regularmente recomiendan.

En segundo lugar, tal metodología se encuentra justificada por el efecto absoluto de los contratos, desarrollada por la doctrina alemana de considerar al contrato como hecho jurídico, en cuanto:

«... éste no es, ni puede ser considerado, como totalmente indiferente para los terceros, desde que despliega una cierta dosis de eficacia con relación a ellos. (...) Por lo que siendo parte de la realidad jurídica, éste se puede invocar por las partes frente a terceros y por los terceros frente a las partes como fundamento de una toma de posición» (46).

excepción que legítimamente podría invocar la contraparte afectada por la financiación en la determinación de su estrategia procesal, los árbitros al delinear el desenvolvimiento del procedimiento o las instituciones al solicitar la provisión de fondos o desembolsos para la prosecución del procedimiento.

Es necesario aclarar que esta metodología puede igualmente enfrentar los desafíos expuestos anteriormente respecto al *onus probandi*, pertinencia y requisitos de procedencia. Por ello, de llevarse a cabo, es recomendable fundarlo en la buena fe y *animus* de transparencia de las partes o de la potestad reglamentaria de las instituciones arbitrales y no de tribunales individuales como se exteriorizó en la opinión en disidencia de *RSM vs. Santa Lucía*.

VI. REFLEXIONES FINALES

El TPF se coincide con en el interés público actual y global. La normativa, jurisprudencia y doctrina actual, es clara y coherente al calificar de anticuadas a las figuras clásicas que limitan el acceso a la justicia bajo el fundamento de fomento de la litigiosidad frívola.

- 1) El TPF se ha convertido en un participante activo dentro del arbitraje internacional en las últimas dos décadas.
- 2) El deber de revelación sobre conflicto de interés producido por la intervención de TPF en el procedimiento arbitral es una herramienta eficaz y de actual aceptación jurisprudencial e incorporación reglamentaria.
- 3) El ejercicio de control directo e indirecto de TPFs sobre firmas de abogados y litigantes es actualmente el desafío urgente a dar luz y resolver.
- 4) El TPF está sujeto a constante evolución mediante su autorregulación y diversos instrumentos tendientes a delimitar su alcance y actividad, que de ser adaptados pueden influir positivamente en su aceptación, desenvolvimiento y protagonismo en la forma de litigar.
- 5) La solicitud de caución a la parte financiada (o en su defecto, al TPF) para solucionar la problemática sobre eventuales cosas adversas solo procede en casos excepcionales, por lo que no es una solución idónea sino una construcción jurisprudencial para intentar dar respuesta a esta disyuntiva.
- 6) Dar certitud y otorgar garantías respecto al alcance de los acuerdos de financiación celebrados entre los TPFs y las partes en un litigio son una necesidad imperante para el correcto desenvolvimiento procedimental, especialmente en el arbitraje internacional.
- 7) El contrato de fianza es una alternativa voluntarista de carácter preventivo capaz de solucionar de previo la incertidumbre sobre el alcance del acuerdo de financiación permitiendo, de igual manera, preservar la confidencialidad del mencionado acuerdo.
- 8) La contratación de una póliza de seguro por el financista es una alternativa voluntarista de carácter preventivo que permite preservar la confidencialidad del acuerdo de financiación y es una de las vías recomendadas por los códigos de buenas conductas que debiera contar con mayor apoyo institucional.
- 9) El deber de revelación limitado al alcance del acuerdo de financiación respecto a las costas

adversas cuenta con fundamento jurídico, es capaz de preservar la confidencialidad del acuerdo y ha demostrado ser una vía idónea para solucionar las cuestiones respecto a la posibilidad de conflictos de intereses por lo que su aplicación podría lograr idéntico resultado respecto a la responsabilidad por costas.

BIBLIOGRAFÍA

- BOGART, Ch. P., «Third-party financing of international arbitration», *b-Arbitra. Belgian Review of Arbitration*, vol. 2017, n.º 2, 2017.
- CREMADES, B.M., «Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration», *Transnational Dispute Management*, vol.8, n.º 4, 2011, pp. 2 ss.
- CREMADES, B.M., *El arbitraje en la encrucijada de la crítica*, Discurso de Ingreso Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2018.
- DE LOS SANTOS, Carlos; TIRADO, J., «Los fondos de financiación de pleitos facilitan litigar y aportan valor a las empresas»,. Newsletter de Arbitraje internacional - Garrigues [en línea]. Abril de 2018. [https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/los-fondos-de-financiacion-de-pleitos-facilitan-litigar-y-aportan-valor-las-empresas].
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «La financiación por terceros en el arbitraje internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, vol. 8, n.º 2.
- MARTÍN MÁRQUEZ, V., «La fianza tratamiento jurídico en el Derecho español y en la contratación internacional», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n.º 16, 1998, pp. 191-238.
- NIEUWVELD, L.B. y SAHANI, V.S., *Third-party funding in international arbitration*, 2ª ed., Kluwer Law International BV, 2017.
- PARK, W.W. y ROGERS, C., «Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force», *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2015.
- PARRILLA, P., «El problema de costes del arbitraje de inversiones es lo exorbitante de los honorarios de los abogados». Revista CIAR Global [en línea], mayo 2018. [<https://ciarglobal.com/pablo-parrilla-el-problema-de-costes-del-arbitraje-de-inversiones-es-lo-exorbitante-de-los-honorarios-de-los-abogados/>].
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., «El pacto de "quota litis" en la deontología de los abogados», *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 25, 2008-2009, pp. 79-110.
- SAHANI, V.S., «Judging Third-Party Funding», *UCLA L. Rev.*, vol. 63, 2016, pp. 390 ss.
- SHERIDAN, J., «Champerty and Maintenance in the Modern Era», *Lexology, Law Business Research*

[<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d1e2c6d9-bdf8-4520-a8e2-76ab91e9b98f>]

VIDAL OLIVARES, Á. R., «El efecto absoluto de los contratos», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 6, 2006, pp. 51-85.

-
- (1) B.M. Cremades, «Third Party Litigation Funding: Investing in Arbitration», *Transnational Dispute Management*, vol.8, n.º 4, 2011, pp. 2 ss.
[Ver Texto](#)
- (2) P. Parrilla, «El problema de costes del arbitraje de inversiones es lo exorbitante de los honorarios de los abogados», *Revista CIAR Global [en línea]*, mayo 2018. [<https://ciarglobal.com/pablo-parrilla-el-problema-de-costes-del-arbitraje-de-inversiones-es-lo-exorbitante-de-los-honorarios-de-los-abogados/>].
[Ver Texto](#)
- (3) B.M. Cremades, «Third Party Litigation Funding...», *loc. cit.*, pp. 2 ss.
[Ver Texto](#)
- (4) W.E. Park y C. Rogers, «Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force», *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2015, p. 50.
[Ver Texto](#)
- (5) V.S. Sahani, «Judging Third-Party Funding», *UCLA L. Rev.*, vol. 63, 2016, pp. 390 ss.
[Ver Texto](#)
- (6) CIADI No. ARB/10/7. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. vs. la República Oriental del Uruguay*.
[Ver Texto](#)
- (7) Ch. P. Bogart, «Third-party financing of international arbitration». *b-Arbitra. Belgian Review of Arbitration*, vol. 2017, n.º 2, 2017, p 10.
[Ver Texto](#)
- (8) Sobre *Small v. Mott*, 22 Wend. (N.Y) 405. The Law Dictionary. Champerty. Black's Law Dictionary Free Online Legal Dictionary [en línea], 2020, 2ª ed. [<https://thelawdictionary.org/champerty/>].
[Ver Texto](#)
- (9) Sobre *Stotsenburg v. Marks*, 79 Ind. 190. The Law Dictionary. Champerty. Black's Law Dictionary Free

Online Legal Dictionary [en línea], 2020, 2da edición. [<https://thelawdictionary.org/champerty/>].

Ver Texto

(10) J. Sheridan, «Champerty and Maintenance in the Modern Era», *Lexology, Law Business Research* [<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d1e2c6d9-bdf8-4520-a8e2-76ab91e9b98f>].

Ver Texto

(11) SHCA No. S514/2005. *Campbells Cash and Carry Pty Limited v Fostif Pty Ltd*. pp. 98-93, 115-116.

Ver Texto

(12) L.B. Nieuwveld y V.S. Sahani, *Third-party funding in international arbitration, 2ª ed., Kluwer Law International BV, 2017*.

Ver Texto

(13) SCAEW QB 1175/2003, No. 2. *Hamilton vs. Al Fayed, No. 2*. §69.

Ver Texto

(14) SSCNC 340 S.C. 367 (S.C. 2000). *Osprey, Inc. v. Cabana Ltd. Partnership*.

Ver Texto

(15) J. Rodríguez-Toubes Muñiz, «El pacto de "quota litis" en la deontología de los abogados», *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 25, 2008-2009, pp. 79-110, esp. pp. 84-85.

Ver Texto

(16) Ch. Bogart, About us [en línea]. *International Legal Finance Association, 2020* [<https://www.ilfa.com/>].

Ver Texto

(17) B.M. Cremades, *El arbitraje en la encrucijada de la crítica, Discurso de Ingreso Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2018*, p. 82.

Ver Texto

(18) W.E. Park y C. Rogers, «Third-Party Funding in International Arbitration: The ICCA Queen-Mary Task Force», *Austrian Yearbook on International Arbitration, 2015*. p. 14-67.

Ver Texto

(19) B.M. Cremades, *El arbitraje en la encrucijada ..., op. cit.*

Ver Texto

(20) IBA. Directrices sobre conflicto de interés en el arbitraje internacional, 2014. p. 17.

Ver Texto

(21) Hong Kong. Código de Buenas Prácticas para Terceros Financistas en Arbitrajes elaborado por el Departamento de Justicia [en línea], 2019.
[https://gia.info.gov.hk/general/201812/07/P2018120700601_299064_1_1544169372716.pdf].

Ver Texto

(22) Código de Buenas Prácticas del Club Español de Arbitraje [en línea], 2019. Sección VI.
[<https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cbbpp-cea.pdf>].

Ver Texto

(23) CPA No. 2011-17. Orden procesal No. 13. *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC vs. El Estado Plurinacional de Bolivia*.

Ver Texto

(24) CPA No.2013-15. Orden Procesal No. 10, *South American Silver Limited v. Bolivia*.

Ver Texto

(25) *Id.* Ap. 84.

Ver Texto

(26) E. Fernández Masiá,, «La financiación por terceros en el arbitraje internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, vol. 8, n.º 2. pp. 204-220.

Ver Texto

(27) Ch. P. Bogart, «Third-party financing...», *loc. cit.*, p. 87.

Ver Texto

(28) *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer Law International BV, 1999. p. 587.

Ver Texto

(29) CIADI No. ARB/97/3. Decisión acerca de la Recusación del Presidente del Comité. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*.

Ver Texto

(30) Aceris Law LLC. Third party funders for international arbitration. *International Arbitration Information* [en línea], 2020. [<https://www.international-arbitration-attorney.com/third-party-funders->

international-arbitration/].

Ver Texto

- (31) J. Beisner y G. Rubin Gary, «*Stopping the Sale on Lawsuits: A Proposal to Regulate Third-Party Investments in Litigation. U.S. Chamber for Legal Reform*» [<https://www.instituteforlegalreform.com/research/stopping-the-sale-on-lawsuits-a-proposal-to-regulate-third-party-investments-in-litigation>]. pp. 13-14.

Ver Texto

- (32) Reino Unido. Código de Conducta para Fondos de Litigio elaborado por la Asociación de Fondos de Litigio de Inglaterra y Gales [en línea], 2018 [<https://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2018/03/Code-Of-Conduct-for-Litigation-Funders-at-Jan-2018-FINAL.pdf>].

Ver Texto

- (33) CIADI No. ARB/12/10. *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*.

Ver Texto

- (34) *Id.*, Laudo interlocutorio sobre solicitud de *cautio judicatum solvi*. p.23.

Ver Texto

- (35) *Id.*, G. Griffith, Opinión a favor sobre laudo interlocutorio sobre solicitud de *cautio judicatum solvi*. p. 3.

Ver Texto

- (36) *Id.*, E. Nottingham, Opinión en disidencia sobre laudo interlocutorio sobre solicitud de *cautio judicatum solvi*. pp. 8-9.

Ver Texto

- (37) CIADI No. ARB/12/6. Ap. 2, 11-12, Orden Procesal No. 3 *Muhammet Cap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, pp. 1-3.

Ver Texto

- (38) CIADI, Caso No. ARB/14/14. *EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic*.

Ver Texto

- (39) *Id.* pp. 31-32.

Ver Texto

- (40) *Vid. Oil Exploration Company v. Federal Republic of Nigeria*; CPA CNUDMI No. 2016-20, Auto Interlocutorio. *Sergei Viktorovich Pugachev v. The Russian Federation*. 2017; CPA No. 2016-20. Orden

sobre solicitud del Demandante y Demandado sobre medidas interlocutoras . *Dawood Rawat v. The Republic of Mauritius*.

[Ver Texto](#)

(41) *Id.* ref. 47.

[Ver Texto](#)

(42) Convencion de La Haya sobre procedimeinto civil. Título III. *Cautio judicatum solvi*, 1954.

[Ver Texto](#)

(43) V. Martín Márquez, «La fianza tratamiento jurídico en el Derecho español y en la contratación internacional», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n.º 16, 1998, pp. 191-238.

[Ver Texto](#)

(44) *Vid. ut supra.* Título VI. A.

[Ver Texto](#)

(45) Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Artículo 5.d.

[Ver Texto](#)

(46) A.R. Vidal Olivares, «El efecto absoluto de los contratos», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 6, 2006, pp. 51-85, p. 57.

[Ver Texto](#)

An Appeal Mechanism in Investor-State Arbitration

Un mecanismo de apelación en el arbitraje entre inversores y Estados

El Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado ha sido objeto de numerosas críticas. Preguntas sobre la finalidad del laudo, su coherencia, la corrección y la previsibilidad del sistema de arbitraje han sido planteadas. El componente público de este procedimiento de arbitraje internacional, el monto de dinero en riesgo y el impacto potencial de los laudos en los poderes reguladores del Estado, son motivo de controversia. El estándar de revisión de los laudos y el establecimiento de un panel de apelación permanente versus árbitros *ad-hoc* es un debate en curso. Este artículo tiene como objetivo analizar la práctica, el procedimiento y algunos de los tratados que incluyen mecanismos de apelación para así establecer si esta es una opción requerida y necesaria en esta clase de arbitraje.

Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado, Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), Consistencia; Previsibilidad, Exactitud, Mecanismo de Apelación.

The Investor-State Dispute Settlement System has been subject to increasing criticism. Questions about finality of the award, consistency, correctness, and predictability of the arbitration system have been raised. The public component of this international arbitration proceeding, the substantial amounts of money at stake and the potential impact of the awards on State's regulatory powers, have been a matter of controversy. The standard of review of the awards and the establishment of a permanent appeal panel versus *ad-hoc* arbitrators is an on-going debate. This article aims at analysing practice, procedure and some investment treaties which include an appeal mechanism in order to establish if its inclusion is required.

Investor State Disputes Settlement System (ISDS), International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), Consistency, Predictability, Correctness, Appeal Mechanism.



Ricardo Vásquez Urrea (1)

Lawyer, Universidad de Chile. LL.M The University of Sydney, Australia (2007)

Founding Partner Vásquez Urrea Abogados

I. INTRODUCTION

The opening of the economies and the need to present a favourable climate to business and foreign investment has increased the use of arbitration in the last decade.

The combination of international arbitration procedure and the substantive obligations arising under domestic, investment and public international law (2), has created many challenges related to the application of fundamental principles in the administration of justice. One such challenge is deciding whether there is a need for an appellate mechanism in international arbitration.

The criticism against the traditional Investor State Disputes Settlement System (hereinafter, «ISDS») encouraged the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter, «ICSID») Secretariat to release on 22 October 2004, the discussion paper «*Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*» for public comments, which contemplated, amongst other reforms, the creation of an appeal facility within the ICSID framework (3).

The 2004 proposal was strongly opposed by the majority of ICSID members being discarded by the working paper «*Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*», in which the ICSID Secretariat concluded that «*it would be premature to attempt to establish such an ICSID mechanism at this stage, particularly in view of the difficult technical and policy issues raised in the Discussion Paper*» (4).

In 2017 at the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter, the «UNCITRAL») began discussions on potential ISDS reform, when UNCITRAL gave a working group the mandate to work on a possible reform of investor-State dispute settlement and deemed that discussions would need to be Government-led/ consensus-based, and fully transparent.

Nowadays criticism to the traditional ISDS continues. The European Union (hereinafter, the «EU») adopted a new approach including within the investment chapter of its Free Trade Agreements an appellate body. The EU has seized the opportunity to reform the traditional arbitration-based system and replace it with a permanent court system (5).

On 26 May 2020, the EU put in place a public consultation. Concern of investors for ensure more uniform and predictable application of EU rules is part of it. A favourable intra-EU investment environment, where clear rules are implemented in a coherent way, effective remedies are ensured and measures facilitating access to investment opportunities are provided, are critical to encourage people to invest across EU Member States, the document states (6).

The new EU approach combines elements of the traditional arbitration procedures with judicial features.

Thus, questions over finality of the award versus consistency and correctness, predictability of the arbitration system, the standard of review of the award, issues over legal certainty, the establishment of a permanent appeal panel versus *ad-hoc* arbitrators, the nomination process of its members and the costs of the appeal panel, to name a few, still raise concerns within the international field. Certainly, administrative issues are motive of concern as well.

II. PRELIMINARY COMMENTS

In 1985, the United Nations General Assembly recommended its member states the adoption of the Model Law on International Commercial Arbitration drafted by the UNCITRAL (7). Legislation based on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration has been enacted in more than 80 countries around the world (8).

Under the UNCITRAL Model Law Article 34(2), the only permissible review is by a domestic court at the place of arbitration. The standard of review is limited to six grounds: (1) invalidity of the agreement to arbitrate or incapacity of a party; (2) lack of notice to a party or other inability to present the case by a party; (3) *ultra petitem*; (4) irregularity in the composition of the tribunal or the arbitral procedure; (5) non-arbitrability of the subject-matter of the dispute under the applicable law; and (6) conflict with the public policy of a State.

This type of challenge does not extend to the review of errors of law, or a review of the application of the facts to the law.

Regarding legal disputes arising out of an investment, ruled by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, Article 52 establishes an internal annulment process of an award due to one or more of the followings grounds: (1) irregularity in the composition of the tribunal; (2) *ultra petitem*; (3) corruption of an arbitrator; (4) serious departure of a fundamental rule of procedure; and (5) lack of States the reasons on which the award is based.

An appeal is concerned with the substantive correctness of the decision and a Court is permitted to substitute its view, whereas an annulment erases the preclusive effect of the award and provides the parties with a second chance to arbitrate the same issues again before an entirely new tribunal.

Reviews explained above do not correspond to an appellate examination.

III. CRITICISM TO THE CURRENT ISDS

In the last years, the ISDS has been subject to an increasing volume of criticism both from host States and the civil society. The substantial amounts of money at stake and the potential impact of the awards on State's regulatory powers, have been a matter of controversy.

Criticism to the ISDS are several, among others: (1) The lack of consistency amongst the decisions; (2) The lack of predictability of the awards; (3) The desirable correctness of the awards; (4) The necessity of an appeal mechanism; (5) The lack of impartiality of the arbitrators; (6) the lack of transparency of the proceedings.

This article will only focus in the first four.

1. Finality v Consistency and Correctness

Is it more important to have an arbitration proceeding that provides finality, or consistency and correctness?

There is no doubt that one of the fundamental features and benefits of the ISDS and arbitration in general is finality. An award rendered by an arbitral tribunal is a final decision concerning facts and law. By definition, in arbitration there is no appeal to a superior body, unlike in the domestic court system.

Most of the parties which enter in an arbitration process chose arbitration seeking to remove jurisdiction from domestic courts, looking to avoid long periods of uncertainty waiting for a decision by the competent authority, as well as transaction and opportunity costs.

Those who advocate correctness, rely on the rationale that there is a need to «...*legitimize the arbitration process by creating greater consistency [...] and objectivity*» (9) .

Different from a national court —particularly in common law where a formal system of *stare decisis* is in place— there is no formal system of precedent in ISDS.

Moreover, most of the investment treaties have provisions concerning the non-existence of precedent or binding effect between arbitral awards (10) . For instance, the Free Trade Agreement (hereinafter, «FTA») between Chile and the United States of America (USA), Chapter Investment, Article 10.25(4) (11) states that «*an award made by a tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case*».

Same provision can be found in the FTAs signed by the USA with Singapore (12) , Central America (13) and NAFTA (14) .

Although arbitral awards are not considered binding precedent, they are certainly viewed by arbitrators as having persuasive authority.

It is constructive to revise the available awards issued by international arbitral tribunals to determine what level of consistency has been reached.

Despite the fact that some authors state that the system of soft precedent has actually resulted in consistency among these tribunal decisions —and often the awards involving claims against Argentina are cited (15) as an argument to show a high degree of consistency— after revising these awards it looks like there is certain lack of consistency among the different panels (16) .

Thus, arguments addressed by the ICSID Secretariat in 2004, fostering for coherence and consistency in case law generated in ICSID and other investor-State arbitrations initiated under investment treaties (17) , and the current concerns of the UE Members, it seems valid.

It is indispensable to ensure an effective and independent dispute settlement mechanism, in order to achieve predictability

The balancing between finality and consistency and correctness hits the wall at this point. Is justice being met when there is no second opinion concerning law in arbitration? Are other values, such as correctness and consistency, in conflict with the benefits of finality?

2. Predictability

Every time an arbitral tribunal has the final word on the facts and the law, in a case before it, it provides a great deal of predictability to the process.

Parties resort to arbitration to avoid the technicalities of national procedures and substantive rules, which are, for the most part, unsuitable in an international business environment. These fundamental expectations from the parties can only be fulfilled if control over awards is kept to a minimum so setting aside and refusal of enforcement are permitted only in truly exceptional circumstances (18).

The finality of awards is not only an essential expectation of the parties, it is indispensable to ensure an effective and independent dispute settlement mechanism (19), in order to achieve predictability.

Predictability derives from consistency, being the former a fundamental hallmark of any given legal system. The lack of a review of the merits in cases where inconsistent decisions clash increases the sense of unpredictability, as there is no certain binding interpretation of reference. In this sense, critics have argued that *«[t]he mantra of one case not being binding on any other, each one being an individual, one-off, ad-hoc process, has no place in a legal system that passes judgment on a vast range of government measures affecting international investments»* (20). Consequently, a review-tier body is envisaged to play a role in consolidating predictable decisions.

However, the question remains the same. Will an appellate mechanism help the achievement of predictability? Is there really a lack of consistency which justifies the creation of an appellate body? Do some inconsistencies or contradictory decisions prove that there is a need for revision of facts and law by a different tribunal and, consequently diminish predictability to the current system?

3. Necessity

Since to appellate an award issued by an arbitral tribunal is not possible, it is worth asking if, where a remedy is possible there has been a significant number of applications, in order to realize the degree of arbitral fallibility and which would indicate whether the community should envisage permitting appeals.

It is a fact that investment tribunals are as capable of falling into error as domestic courts. Many international decisions involve questionable and appealable positions; thus, every opportunity should be taken to reduce the risk of perpetuating judicial or arbitral errors. Some states that a system which provides such an opportunity should be preferred to one that does not. As Warren Burger, who later became Chief of Justice of the United States of America, said in 1968 when he was still a Judge of the Circuit Court of Appeals:

«A court which is the final and unreviewable needs more careful scrutiny than any other. Unreviewable power is most likely to self-indulge itself and the least likely to engage in dispassionate self-analysis» (21).

Available information about annulment procedures can be found in the ICSID website (22). From the information existing at 23 June 2020, in the past decade 181 cases were concluded, 44 of them were reviewed, corresponding to a 24% of the total.

Looking at the figures, it seems that users of ICSID tribunals are more or less confident in the decisions issued by those tribunals.

Therefore, is there a real need to create an instance or a high body to revise awards? Are the principles of finality and predictability more important than correctness and consistency?

Maybe there are other issues that produces uncertainties and distrust besides predictability, correctness and consistency, but those are beyond the scope of this article (23).

4. Practice. Treaties which allow appeals

There are examples of intentions by the States to establish an Appellate Body.

The FTA between Chile and USA includes the following provision:

«Within three years after the date of entry into force of this Agreement, the Parties shall consider whether to establish a bilateral appellate body or similar mechanism to review awards rendered under Article 10.25 in arbitrations commenced after they establish the appellate body or similar mechanism» (24).

The FTAs signed by the USA with Colombia (25), Peru (26), Singapore (27), Morocco (28), and Panama (29), contain the same provision, as well as in the Treaty between the United States and the Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (30).

The Free Trade Area of the Americas Agreement and the Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement includes a stronger obligation, as follows:

«Within three months of the date of entry into force of this Agreement, the Commission shall establish a Negotiating Group to develop an appellate body or similar mechanism to review awards rendered by tribunals under this Chapter» (31).

Based on the mandate given to it by the UNCITRAL in 2017 (32), a working group was created in order to draw up a possible reform of the ISDS.

The working group concluded that the development of reforms by UNCITRAL was desirable to address the concerns related, among others, to lack of consistency, coherence, predictability and correctness of arbitral decisions by ISDS tribunals, which results in: (i) Unjustifiably inconsistent interpretations of investment treaty provisions and other relevant principles of international law by

ISDS tribunals; (ii) Lack of a framework for multiple proceedings that are brought pursuant to investment treaties, laws, instruments and agreements that provide access to international dispute settlement mechanisms and; (iii) Absence of, or limited mechanisms in many existing treaties to address inconsistency and incorrectness of decisions (33) .

Finally, in 2009, with the entry into force of the Lisbon Treaty, the Member States of the EU added «foreign direct investment» to the terms of article 207(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union and, consequently, gave the competence to the EU —as a unit— for negotiating and concluding agreements protecting foreign direct investments in all sectors (34) .

This arrangement constituted a significant transformation in the EU’s investment policy in many ways, setting the ground for the adoption of a single and comprehensive approach to the foreign investment regime. The EU’s new investment policy aims at a more consistent, impartial and transparent system achievable —in its view— by the introduction of an Investment Court System (hereinafter, the «ICS») for the resolution of investment-related disputes merging features of arbitration and judicial settlement.

The ICS establishing a first instance permanent tribunal with publicly appointed members, as opposed to the traditional panel of arbitrators selected by the parties. Introduces an appellate tribunal, as opposed to the annulment committee with limited grounds under the ICSID Convention or the setting aside procedure before national courts in non-ICSID cases.

To this date, the ICS has been already included in most recent FTAs entered into by the EU (35) , and suggested in others currently in negotiation (36) .

5. Waiving the right to seek revision

If an appellate body were established, could parties wishing instead to provide for arbitration without recourse under an appellate body simply omit them from the consent to arbitration? In other words, would this mechanism be applied by default?

The consensual nature of the arbitration process cannot be at risk. An appeal facility must be flexible and subject to adjustment in the underlying consent document.

Parties that wish to avoid the uncertainty created by the prospect of an appellate mechanism should be authorized to waive the right to appeal in the arbitration agreement.

Nonetheless, the validity of such waivers must be considered. Some commentators contend that Convention Article 52 is not subject to modification by the parties and that such waivers could be challenged before an ad-hoc committee. Therefore, the parties involved in the development of an appeal mechanism must be aware and consider not only substantive matters, but procedural and administrative ones as well in order to avoid, including article 40 of the Vienna Convention in the Law of Treaties.

6. Advantages and disadvantages

Some of the advantages and disadvantages have been stated earlier. However, a discussion addressing the factors driving the creation of an appellate mechanism would not be complete without exploring some of the key issues about the desirability of having one.

If we add an entire full appeal step to the overall process, the finality benefit of arbitration is severely undermined (37).

Arbitrations could become much longer and more expensive and the benefit of lengthening the process will go to large, well-resourced governments and corporations. Claims by smaller investors, and defences by developing countries, will correspondingly become much more difficult, and that it is not desirable.

The proposal for amendment of the ICSID rules which includes a new section to the Arbitration Rules including the option of appoints a sole arbitrator for expedited arbitration it is a great achievement in order to avoid greater expenses and administrative cost (38).

Subjecting arbitral tribunals awards to an appeal mechanism might not just detract from the finality of the awards, but also could open opportunities for delays in their enforcement.

From our perspective, in order to get true consistency among arbitral awards, it might be expected some kind of formal system of precedence to be adopted, otherwise the goal of consistency would be difficult to achieve.

When addressing the question of correctness, the standard of review of any appeal mechanism becomes important. The standard of review can be placed on a continuum with the limited review incorporated into judicial review under the UNICTRAL Model Law or the New York Convention, on one hand, or a full appeal on fact and law, with the right of the court to substitute its decision, on the other.

Finally, costs must be taken into consideration. If a full appeal is allowed, the arbitration process could become more expensive.

IV. CONCLUSION

The constant growing of trade and the proliferation of disputes settled before international arbitral tribunals urge us to study the possibility of the implementation of an appeal mechanism.

Questions about finality and consistency of the awards are cornerstones of this debate.

There is no doubt that scholars, practitioners and main institutions should participate in the discussion and improvement of the present arbitration system.

The public process initiated by ICSID and currently ongoing, it is certainly an appropriate method for moving forward on a number of important issues of process.

The amendments proposed by the Working group III under UNCITRAL in order to draw up a possible reform of the ISDS, and the EU's new investment policy by the introduction of an Investment Court System for the resolution of investment-related disputes merging features of arbitration and judicial settlement, must be followed closely.

The debate is open, and the chances for development and improvement of the system clearly exists. Maybe, it is not premature to attempt the establishment of an appeal mechanism. However, technical and administrative issues must be resolved. In any case, enriching the debate at an academic and practitioner level, is necessary.

BIBLIOGRAFÍA

BERGER, K.P., «Understanding Commercial Arbitration», *Understanding Transnational Commercial Arbitration*, 2000 5, pp. 11 ss.

CHARRIS-BENEDETTI, J.P., «The proposed Investment Court System: does it really solve the problems?», *Revista Derecho del Estado*, vol. 42, 2019, pp. 83-115.

CHARRIS-BENEDETTI, J.P., «The proposed Investment Court System: does it really solve the problems?», *Revista Derecho del Estado*, vol. 42, 2019 , pp. 83-115.

KOETH, W., «Can the Investment Court System (ICS) Save TTIP and CETA», *European Institute of Public Administration*, working paper 2016/W/01.

KOETH, W., «Can the Investment Court System (ICS) Save TTIP and CETA», *European Institute of Public Administration*, working paper 2016/W/01.

LAIRD, I. y ASKEW, R., «Finality Versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System?», *The Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 17, n.º 2, 2005, pp. 285-286.

LAIRD, I. y ASKEW, R., «Finality Versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System?», *The Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 17, n.º 2, 2005, pp. 285-286.

LAUTERPACHT, E., *Aspect of Administration of International Justice*, Cambridge University Press, 1991.

MANN, H., et al, «Comments on ICSID Discussion Paper», *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, International Institute for Sustainable Development (IISD), 2004, pp. 6 ss.

MOURRE, A. y RADICATI DI BROZOLO, L.G., «Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One Step Back», *J. Int'l Arb.*, vol. 23, n.º 2, 2006, pp.171 y 171.

.....

(1)

I gratefully acknowledge Mr Francesco Campora Gatica's comments.

Ver Texto

- (2) I. Laird y R. Askew, «Finality Versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System?», *The Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 17, n.º 2, 2005, pp. 285-286.

Ver Texto

- (3) International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*. ICSID Secretariat, 2004.

Ver Texto

- (4) International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Suggested Changes to The ICSID Rules and Regulations*. ICSID Secretariat, 2005, par. 4.

Ver Texto

- (5) W. Koeth, «*Can the Investment Court System (ICS) Save TTIP and CETA*», European Institute of Public Administration, working paper 2016/W/01, p. 6.

Ver Texto

- (6) Investment protection and facilitation framework at [<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12403-Investment-protection-and-facilitation-framework>] at 22 June 2020.

Ver Texto

- (7) K.P. Berger, «Understanding Commercial Arbitration», *Understanding Transnational Commercial Arbitration*, 2000 5, pp. 11 ss.

Ver Texto

- (8) According to information provided by UNCITRAL at [<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/overview-status-table.pdf>] at 19 June 2020.

Ver Texto

- (9) Above n2, 294.

Ver Texto

- (10) A similar provision exists in Article 59 of the Statute of the International Court of Justice. «The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.» *Statute of the International Court of Justice*, available at [<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>] at 17 June 2020.

Ver Texto

(11) *Chile and The United States of America Free Trade Agreement* (entered into force 01 January 2004) [https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset_upload_file1_4004.pdf] at 23 June 2020.

Ver Texto

(12) *Singapore and The United States of America Free Trade Agreement*, Chapter 15, Article 15.25(4) (entered into force 01 January 2004) [https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file708_4036.pdf] at 23 June 2020.

Ver Texto

(13) *The Central American-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement*, Chapter 10, Article 10.26(4) (signed on 5 August 2004) [https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file328_4718.pdf] at 23 June 2020.

Ver Texto

(14) *North America Free Trade Agreement*, Chapter 11, Article 1136(1) (entered into force 1 January 1994) [<http://www.sice.oas.org/Trade/NAFTA/chap-111.asp#Chap.XI>] at 23 June 2020.

Ver Texto

(15) Above n1, 301.

Ver Texto

(16) See *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (Case No. ARB/01/13) and *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* (Case No. ARB/02/6), where the tribunals adopted two different opinions interpreting an umbrella clause included in a contract; and *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* (Case No. ARB/97/7) and *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (Case No. ARB/00/4), where the tribunals adopted a different approach in the application of the Most Favoured Nation Treatment clause of a Bilateral Investment Treaty, with respect to provisions concerning dispute settlements.

Ver Texto

(17) ICSID, ICSID Secretariat, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, ICSID Working Paper #1 (October 22, 2004) available at [<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>] at 17 June 2020.

Ver Texto

(18) A. Mourre y L.G. Radicati di Brozolo, «Towards Finality of Arbitral Awards: Two Steps Forward and One

Step Back», *J. Int'l Arb.*, vol. 23, n.º 2, 2006, pp.171 y 171.

Ver Texto

(19) *Ibid.*

Ver Texto

(20) H. Mann, et al, «*Comments on ICSID Discussion Paper*», *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, International Institute for Sustainable Development (IISD), 2004, p. 6.

Ver Texto

(21) E. Lauterpacht, *Aspect of Administration of International Justice*, Cambridge University Press, 1991, p. 110.

Ver Texto

(22) Information about concluded and pending cases available at [<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>] at 17 June 2020.

Ver Texto

(23) See [<https://ciarglobal.com/anulado-laudo-de-128me-contra-espana-en-arbitraje-con-eiser/>] at 22 June 2020.

Ver Texto

(24) Above n11, Annex 10-E.

Ver Texto

(25) *Colombia and The United States of America Free Trade Agreement*, Annex 10-D (signed 22 November 2006) [https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/colombia/asset_upload_file630_10143.pdf] at 17 June 2020.

Ver Texto

(26) *Peru and The United States of America Trade Promotion Agreement*, Annex 10-D (signed 4 December 2007) [https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/peru/asset_upload_file78_9547.pdf] at 23 June 2020.

Ver Texto

(27) Above n12, Side letter.

Ver Texto

(28) *Morocco and The United States Of America Free Trade Agreement*, Annex 10-D (entered into force 01

January 2006)

[https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/morocco/asset_upload_file651_3838.pdf] at 23 June 2020.

Ver Texto

(29) *Panama and The United States of America Free Trade Agreement*, Annex 10-D

[http://www.sice.oas.org/Trade/PAN_USA_TPA_Texto607_e/agreement_text_TPA_e.asp#c10] at 23 June 2020.

Ver Texto

(30)

Treaty between the United States and the Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Annex 10-E (signed 25 October 2004)

[<https://tcc.export.gov/static/Uruguay-11.4.05.pdf>] at 23 June 2020.

Ver Texto

(31) Above n 13 *Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement*, Annex 10-F.

Ver Texto

(32) *Official Records of the General Assembly, Seventy-second Session, Supplement No. 17 (A/72/17)*, paras. 263 and 264. (The Commission entrusted Working Group III with a broad mandate to work on the possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). In line with the UNCITRAL process, Working Group III would, in discharging that mandate, ensure that the deliberations, while benefiting from the widest possible breadth of available expertise from all stakeholders, would be government-led with high-level input from all governments, consensus-based and be fully transparent. The Working Group would proceed to: (i) first, identify and consider concerns regarding ISDS; (ii) second, consider whether reform was desirable in light of any identified concerns; and (iii) third, if the Working Group were to conclude that reform was desirable, develop any relevant solutions to be recommended to the Commission. The Commission agreed that broad discretion should be left to the Working Group in discharging its mandate, and that any solutions devised would be designed considering the ongoing work of relevant international organizations and with a view of allowing each State the choice of whether and to what extent it wishes to adopt the relevant solution(s)).

Ver Texto

(33) Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Note by the Secretariat at

[<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.166>] at 23 June 2020.

Ver Texto

(34) J.P. Charris-Benedetti, «The proposed Investment Court System: does it really solve the problems?», *Revista Derecho del Estado*, vol. 42, 2019, pp. 83-115 [<https://dx.doi.org/10.18601/01229893.n42.04>] at 22 June 2020.

Ver Texto

(35)

The European Commission's draft text of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), complemented in November 2015, was the first IIA to include the ICS as the mechanism of dispute settlement. The ICS was implemented in the EU-Vietnam FTA (2016), followed by the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), the EU-Singapore Investment Protection Agreement and the EU-Mexico Trade Agreement (2018).

Ver Texto

(36) The EU and Chile started the negotiation process for the modernisation of the EU - Chile Association Agreement in 2017. Due to COVID-19 the seventh round took place by videoconference finishing on 29 May 2020.

See [https://www.linkedin.com/posts/ricardovasquezurra_chile-uniaejneuropea-vua-ugcPost-6676577375121154048-lG5S].

Ver Texto

(37) Above n 2, 298.

Ver Texto

(38) Proposal for amendment of the ICSID rules, Arbitration Rules, Rules 77 at [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_4_Vol_1_En.pdf] at 22 June 2020.]

Ver Texto

El Secretario Administrativo del Tribunal arbitral

The Administrative Secretary of the Arbitration Tribunal

En el presente artículo, analizaremos la figura del secretario administrativo del tribunal arbitral. Trataremos de ser ambiciosos en el estudio de la misma, sin limitarnos a las funciones que los reglamentos, la práctica habitual y la doctrina asignan a esta institución arbitral, para adentrarnos en la relevancia real de la misma en la conducción y resolución del procedimiento, el tradicional debate relativo a la limitación de sus funciones, así como en la dimensión académica y formativa de una nueva generación de árbitros que, sin duda, ostenta la institución del secretario administrativo.

Arbitraje, Tribunal arbitral, Secretario administrativo.

In this article, we will analyse the figure of the administrative secretary of the arbitration tribunal. We will try to be ambitious in our study of this figure, without limiting ourselves to the functions that the rules, the usual practice and the doctrine assign to this arbitration institution, in order to enter into the real relevance of this figure in the conduct and resolution of the procedure, the traditional debate regarding the limitation of its functions, as well as the academic and training dimension of a new generation of arbitrators that, without a doubt, holds the institution of the administrative secretary.

Arbitration, Arbitral tribunal, Tribunal Secretary.



Cristina Vidal

Abogado del Estado (exc.)

Socia Ramón y Cajal, Abogados



Fernando Tallón

Asociado Ramón y Cajal, Abogados

I. EL SECRETARIO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN LOS REGLAMENTOS DE ARBITRAJE DE LAS DIVERSAS INSTITUCIONES ARBITRALES NACIONALES E INTERNACIONALES

1. Regulación de la figura del secretario administrativo en las Cortes arbitrales internacionales

El *Centro Internacional de Arbitraje de Madrid* («CIAM»), la *International Chamber of Commerce* («ICC»), la *London Court of International Arbitration* («LCIA») y el *Hong Kong International Arbitration Centre* («HKIAC»), por ejemplo, prevén múltiples reglas relativas a la figura del secretario administrativo.

El Reglamento CIAM (1) regula de manera muy detallada la figura del secretario administrativo en su art. 15 (2), previendo, en primer término, la posibilidad de su designación por «los árbitros» para apoyar al tribunal siembre que se considere que ello contribuirá a resolver el arbitraje de manera eficiente.

El Reglamento CIAM es absolutamente claro al establecer que solo se podrá llevar a cabo su nombramiento con el previo conocimiento y consentimiento de las partes, lo que implica un escrupuloso respeto a la autonomía de la voluntad de las mismas (3).

En cualquier caso, prevé un procedimiento concreto para su propuesta y nombramiento, que parte del envío a las partes de un *curriculum vitae* del candidato con referencia expresa a la experiencia en la actuación previa como secretario administrativo y proporcionando información sobre (i) su nacionalidad; (ii) su independencia, imparcialidad y disponibilidad; así como el deber de informar a las partes sobre cualquier cambio de estas condiciones durante el procedimiento.

El CIAM prevé específicamente que el secretario debe actuar bajo la supervisión del tribunal y siguiendo sus instrucciones, entendiéndose que todas las tareas desempeñadas se realizan en nombre de los árbitros, que son los responsables de su conducta en el arbitraje.

Lo más relevante de esta regulación es la clara delimitación de las funciones de carácter decisorio, que en ningún caso podrán ser delegadas por los árbitros en los secretarios administrativos. En cuanto a la regulación de las funciones del secretario administrativo en sentido positivo, establece un amplio listado de actuaciones que solo podría ser alterado en caso de acuerdo expreso de las partes (*vid.* apartado cuarto del art. 15 del Reglamento CIAM). De la expresión «*tales como*» incluida en el citado precepto, podemos concluir que se trata de un *numerus apertus*, aunque se trata sin duda de un listado exhaustivo de «*tareas administrativas, organizativas y de apoyo*»:

- Transmisión de comunicaciones en nombre de los árbitros;
- Organización y custodia de la copia del expediente arbitral;
- Organización de audiencias y reuniones del tribunal;
- Asistencia a audiencias, reuniones y deliberaciones;

- Elaboración de notas escritas o memorandos (que «no eximirá a los árbitros de su deber personal de revisar el expediente y de redactar cualquier decisión»); y
- Correcciones formales en órdenes procesales y laudos.

Por último, y además de prever que el secretario administrativo podrá ser cesado de forma discrecional por los árbitros, el Reglamento CIAM contempla que esta figura arbitral no implicará honorarios ni gastos adicionales para las partes, que en todo caso deberán ser sufragados por los árbitros.

Por su parte, las demás instituciones arbitrales internacionales indicadas (ICC (4) , LCIA (5) y HKIAC (6)) disponen de reglas o directrices específicas sobre la materia. Existe, no obstante, alguna institución arbitral internacional que no establece ninguna regulación concreta sobre el secretario administrativo como es el caso de la *American Arbitration Association* («AAA») (7) .

Entre aquellas que sí prevén esta figura, las reglas y directrices tienen claros denominadores comunes, que pueden resumirse en los siguientes aspectos:

- Las exigencias de imparcialidad e independencia son las mismas para los secretarios administrativos que en el caso de los árbitros;
- Pueden ser nombrados por el tribunal en cualquier momento del procedimiento;
- En todo caso, su nombramiento debe ir precedido del conocimiento previo y el consentimiento expreso de las partes, que siempre tendrán la habilidad de objetar e impedir, por tanto, que produzca el nombramiento;
- El secretario debe actuar siempre bajo las instrucciones y supervisión del tribunal, responsable en todo momento de la actuación del secretario administrativo en el arbitraje;
- Con independencia de las funciones delegadas en el secretario, se establece la obligación personal de los árbitros de revisar y estudiar el expediente;
- Los secretarios no deben mantener contactos unilaterales con las partes o con sus representantes en relación con la disputa;
- Los árbitros, bajo ninguna circunstancia, pueden delegar en el secretario administrativo funciones decisorias o de deliberación, que en ningún caso pueden desarrollar funciones esenciales de los árbitros;
- Los secretarios administrativos sí pueden llevar a cabo funciones como transmitir documentos y comunicaciones en nombre del tribunal, organizar y mantener el expediente y localizar documentos, organizar las vistas y reuniones, redactar borradores de correspondencia para las partes, así como enviarlas en nombre del tribunal, preparar borradores de órdenes procesales y de partes de los elementos fácticos o del laudo, así como los antecedentes de hecho, cronología de los hechos y resumen de las posiciones de las partes, asistir a las vistas, reuniones y

deliberaciones, tomando notas y midiendo tiempos, llevar a cabo búsquedas de jurisprudencia y doctrina que sirvan a la motivación del laudo, labores de *proof-reading*, revisión de citaciones, fechas y referencias cruzadas y gestiones relativas a las facturas del tribunal arbitral.

- En cuanto a los gastos, a salvo de la posibilidad de solicitar a las partes los gastos razonables derivados de la asistencia del secretario administrativo a las vistas y reuniones, en todas las regulaciones se prevé que su designación no implicará en ningún caso el desembolso de honorarios ni gastos adicionales por las partes, sino que éstos serán asumidos por los árbitros (incluso bajo el esquema de una tarifa horaria). De hecho, algunas directrices especifican que los acuerdos directos entre el tribunal y las partes en relación con los gastos del secretario administrativo están prohibidos (8).
- Además, aunque algunas cortes prevén la posibilidad de proporcionar candidatos a secretario administrativo, en la práctica son los árbitros quienes proceden a la selección de los candidatos apropiados.

Se comprueba, en definitiva, una regulación bastante homogénea y detallada de la figura y funciones del secretario administrativo en el ámbito del arbitraje internacional.

No todas las cortes de arbitraje españolas contemplan una regulación exhaustiva en relación con la figura y funciones de los secretarios administrativos, ni ofrecen directrices o notas concretas al respecto

La práctica habitual en los arbitrajes de corte internacional corrobora las premisas anteriormente abordadas, siendo habitual el nombramiento de secretarios administrativos que, en función de la complejidad de la disputa, miembros del tribunal arbitral, número de partes, cuantía del procedimiento, etc., asumen muy diversas funciones, pero siempre respetando los principios básicos resaltados. Básicamente, un nombramiento sujeto al expreso y explícito consentimiento de las partes, previo conocimiento por estas del perfil del candidato, una actuación siempre sujeta a las instrucciones y supervisión del tribunal, la imposibilidad de delegar en los secretarios administrativos funciones decisorias o de deliberación y la asunción de sus honorarios por los árbitros.

2. Regulación de la figura del secretario administrativo en las Cortes arbitrales españolas

Aunque no todas las cortes de arbitraje españolas contemplan una regulación tan exhaustiva en relación con la figura y funciones de los secretarios administrativos, ni ofrecen directrices o notas concretas al respecto, lo cierto es que reglamentos como el de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje («CIMA») (9) prevén disposiciones bastante detalladas al respecto.

En el art. 22 (10) del Reglamento CIMA, denominado «*Secretario administrativo del tribunal arbitral*», se prevé la posibilidad de que el tribunal pueda proponer a las partes, en cualquier momento del

procedimiento, el nombramiento de un secretario administrativo, siempre que recabe «*el previo y expreso parecer de las partes*». Además, se establece una prohibición expresa para continuar con su nombramiento «*si alguna de las partes objetase la propuesta*».

Así, cobra especial importancia en esta regulación, como no podía ser de otra manera, la autonomía de la voluntad de las partes, previéndose su nombramiento tanto en sentido positivo como negativo: no solo se indica que el nombramiento del secretario administrativo requiere el previo parecer y la expresa autorización por las partes, sino también que si alguna de las partes formula objeción a la propuesta, el tribunal arbitral no puede proceder con su nombramiento.

Además, el citado artículo del Reglamento CIMA contiene, en su segundo apartado, el régimen de supervisión y responsabilidad del tribunal arbitral sobre la figura del secretario administrativo, contemplándose que éste último actúe

«... en todo momento, bajo la estricta supervisión del tribunal arbitral y según las indicaciones e instrucciones que le sean cursadas», así como que «el tribunal arbitral será, en todo momento, responsable de la conducta de su secretario administrativo en relación con el arbitraje».

Por otro lado, con el objeto de delimitar adecuadamente las funciones de esta figura, el apartado tercero del art. 22 del Reglamento CIMA establece que

«... el tribunal arbitral, bajo ninguna circunstancia, podrá delegar sus funciones decisorias o la ejecución de cualquiera de sus deberes esenciales en su secretario administrativo, el cual no participará en las deliberaciones del tribunal arbitral».

Vemos así como el Reglamento CIMA ha pretendido evitar el debate habitual sobre la delimitación de las funciones del secretario, estableciendo una clara línea roja sobre las deliberaciones y funciones decisorias del tribunal.

Por último, en esta detallada regulación de la figura del secretario administrativo, se contempla que su nombramiento no pueda implicar coste alguno adicional para las partes, previéndose específicamente que el tribunal no pueda solicitar a la Corte compensación adicional alguna por las actividades del secretario administrativo. Esto es, como resulta lógico, los costes asociados al secretario administrativo deben imputarse con cargo a los honorarios del árbitro o tribunal.

Comprobamos, en definitiva, que CIMA determina el nombramiento, responsabilidades, funciones y limitaciones asociadas al cargo y el coste de esta figura habitual del panorama arbitral con un amplio grado de detalle.

Por su parte, la Corte Española de Arbitraje («CEA») también incluye en su reglamento (11) la figura del secretario administrativo, al que denomina «*secretario*» sin el «apellido» administrativo, y realiza una regulación ciertamente detallada. En concreto, el art. 18 del Reglamento CEA (12) es categórico al establecer que el «*secretario*» podrá ser designado por el presidente o árbitro único (no incluye a los co-árbitros) «*previo consentimiento de las partes*».

Nuevamente, encontramos como *conditio sine qua non* para que se produzca el nombramiento del secretario administrativo el previo consentimiento de las partes; y una vez más, frente a figuras de obligado nombramiento en el procedimiento arbitral, nos hallamos ante una figura no esencial y que solo será designada en caso de que las partes así lo determinen, tras la correspondiente propuesta de los árbitros.

Por otro lado, se realiza una breve pero clara delimitación de sus funciones cuando se establece que el secretario realizará «*ciertas tareas de carácter administrativo, organizativo y de apoyo*», con referencia expresa al necesario seguimiento de instrucciones del tribunal, bajo cuya supervisión debe actuar en todo momento.

Por tanto, podemos concluir que, pese a contener una regulación al mismo nivel de detalle que CIMA, la CEA parece prever unas funciones más limitadas o restrictivas para el secretario, al que no apellida «administrativo» pero al que parece otorgar funciones estrictamente administrativas.

Por otro lado, mientras que CIMA explicita lo que el secretario administrativo no puede hacer, CEA regula en positivo las funciones que considera que corresponden a esta figura, aunque fijando también los mismos límites en relación con las funciones decisorias y valorativas de la controversia (*vid.* tercer apartado del art. 18 del Reglamento CEA). En definitiva, parece que encontramos ya un denominador común en los reglamentos arbitrales y posiciones doctrinales estudiadas, relativo a la regulación negativa de las funciones del secretario administrativo. Es decir, parece que todos están de acuerdo en que no puede acceder a tareas decisorias y de deliberación sin duda como lógica consecuencia del mandato *intuitu personae* del árbitro o tribunal.

En cuanto al aspecto meramente procedimental, el segundo apartado del citado precepto prevé que el secretario sea

«... nombrado y destituido por el presidente o árbitro único», así como que tenga «los mismos deberes de confidencialidad, independencia e imparcialidad que los árbitros».

Y es que el Reglamento CEA, a diferencia del Reglamento CIMA, prevé un procedimiento específico de nombramiento del secretario, pues el presidente o árbitro único debe proponer un candidato y facilitar a las partes

«... un curriculum vitae que indique su nacionalidad, sus estudios y su experiencia profesional y adjuntará un documento en el que el candidato a secretario confirme su independencia, imparcialidad y disponibilidad».

Así, mientras el Reglamento CIMA hace responsable al tribunal arbitral de las funciones y actuaciones del secretario administrativo por él nombrado, el Reglamento CEA parece institucionalizar la figura, que pasa a asumir en nombre propio determinadas responsabilidades. Al igual que en el caso del tribunal arbitral, el «candidato» debe de confirmar su independencia, imparcialidad y disponibilidad.

De este modo, parece estar extendiéndose a la figura del secretario administrativo la necesidad de

mantener al tribunal arbitral alejado de cualquier atisbo de conflicto de interés o de dudas en cuanto a su imparcialidad e independencia. También debe pronunciarse sobre su disponibilidad, aunque se sobreentiende que es una cuestión ya abordada con el tribunal arbitral o arbitro único antes de su nombramiento.

Por último, el apartado cuarto del art. 18 del Reglamento CEA también contempla el aspecto económico de la figura del secretario administrativo, previéndose que *«(...) será remunerado directamente por el presidente o árbitro único con cargo a sus propios honorarios, salvo que las partes y los co-árbitros, antes de su designación, convinieran otro sistema»*. El criterio general es, nuevamente, que los honorarios del secretario administrativo corran a cargo del tribunal arbitral, si bien se contempla expresamente la posibilidad de que las partes convengan otro sistema.

No obstante, el mismo apartado cuarto del citado artículo prevé una excepción al régimen general de asunción de gastos derivados de la actuación del secretario administrativo. En concreto, se indica que *«correrán a cargo de las partes»* los gastos de viaje del secretario administrativo con ocasión de audiencias y reuniones.

Parece haber consenso, por tanto, y salvo alguna excepción de carácter menor, en que las partes no deben ver encarecido el procedimiento arbitral con el nombramiento del secretario administrativo, salvo que dispongan (o más bien convengan) otra cosa al respecto.

Analizadas estas dos reglamentaciones detalladas, comprobamos que la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid («CAM») no prevé una regulación específica de la figura del secretario administrativo del tribunal arbitral (13), sin que la ausencia de previsión signifique la imposibilidad de nombrar un secretario administrativo en aquellos arbitrajes administrados por la CAM.

Lógicamente, como sucede con otros trámites arbitrales que no encuentran regulación concreta, no podemos pensar que aquello que no esté expresamente contemplado en el reglamento no esté permitido, sino todo lo contrario: todo lo que no esté expresamente prohibido está permitido, siempre y cuando exista acuerdo y expreso consentimiento por las partes. Y es que del Reglamento CAM se desprende, como no puede ser de otra manera, un absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de las partes.

En cuanto al Reglamento de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid («ICAM») (14), tampoco prevé ni regula la existencia de secretario administrativo. Nuevamente, la inexistencia de previsión al respecto no puede asimilarse a una prohibición, por lo que debe estarse nuevamente al convenio de las partes al respecto.

La práctica habitual en el arbitraje doméstico demuestra que no es más frecuente el nombramiento de secretarios administrativos en aquellas cortes que prevén una regulación más detallada, sino que depende de las características concretas de la disputa y de la composición del tribunal, fundamentalmente, con independencia de la institución que administre el procedimiento. Y como ya apuntábamos en relación con los arbitrajes internacionales, las actuaciones y funciones de los

secretarios pueden ser muy diversas, pero están —o deben estar— sujetas siempre a las premisas del expreso consentimiento de las partes, la actuación bajo las instrucciones y supervisión del tribunal, la imposibilidad de que les sean delegadas funciones decisorias o de deliberación y que sus honorarios sean siempre asumidos por los árbitros, salvo que las partes acuerden otro sistema de remuneración.

Creemos que, si no se sobrepasan estas sencillas y razonables «líneas rojas», siempre podrá existir la figura del secretario administrativo del tribunal para dotar al procedimiento de una mayor eficiencia e incluso calidad jurídica sin incurrir en los riesgos que referimos a continuación.

II. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE A LA FIGURA Y FUNCIONES DEL SECRETARIO ADMINISTRATIVO

Como se puede comprobar, es difícil determinar, a la vista de la asimetría entre reglamentos, si se trata de una figura suficientemente regulada y generalmente aceptada en todas las cortes, internacionales y nacionales. Según la publicación de 2014 de los autores Michael Polkinghorne y Charles B Rosenberg, no existe un criterio de regulación uniforme de la figura, existiendo un «*enormously grey area*» (15). En cualquier caso, a la vista de las diferentes regulaciones reglamentarias (tanto nacionales como internacionales), pueden extraerse dos conclusiones principales: de un lado, lo más relevante a la hora de nombrar un secretario administrativo es garantizar la autonomía de la voluntad de las partes respetando de forma escrupulosa el acuerdo o contrato entre éstas en relación con dicha figura, su nombramiento, funciones, costes, etc., de otro, una vez nombrado, el secretario administrativo deberá ejercer sus funciones bajo el control directo del tribunal arbitral y sin asumir tareas decisorias y de deliberación.

No cabe duda, partiendo del necesario cumplimiento de este principio inspirador de todo procedimiento arbitral, que debe garantizarse el conocimiento previo de las partes, así como la existencia de un acuerdo expreso de las mismas en relación con el nombramiento. En este sentido, el grado de conocimiento que debe tenerse del candidato a secretario administrativo debe ser, en todo, equiparable al que las partes tenga del árbitro o árbitros que integran el tribunal arbitral, con una diferencia, el tribunal arbitral es el responsable último tanto del nombramiento como del posterior ejercicio por el secretario administrativo de las funciones encomendadas. Consideramos por tanto que el conocimiento de las partes debería alcanzar tanto a su perfil e independencia como a las concretas funciones a desempeñar durante el procedimiento arbitral.

La utilización por el tribunal arbitral de un secretario administrativo «encubierto» o *de facto* pone en riesgo la legitimidad misma del procedimiento arbitral

No por su obviedad debemos dejar de señalar que la utilización por el tribunal arbitral de un

secretario administrativo «encubierto» o *de facto* pone en riesgo la legitimidad misma del procedimiento arbitral favoreciendo *ab initio* la eventual impugnación del laudo. Resulta evidente, no obstante, que tales situaciones serán absolutamente anecdóticas sin perjuicio de lo cual entendemos que, la mejor forma de eludir este concreto riesgo, parte de una reglamentación expresa y del control de las partes en el procedimiento.

En cuanto a las funciones generalmente reservadas al secretario administrativo, puede observarse que todas ellas se encuentran sujetas a delegación de las otorgadas a los árbitros, y siempre bajo la responsabilidad única y final de los mismos, dada la función personalísima del tribunal. Un primer indicio de tal carácter viene dado por el adjetivo que usualmente acompaña a la figura del secretario «administrativo», esa es su esencia y esa debe ser su principal tarea. Por otro lado, el hecho de tener atribuidas exclusivamente funciones delegadas impide que haya cualquier tipo de duda o debate doctrinal en cuanto a una eventual colisión o superposición entre las funciones propias de la secretaría de la corte y las del secretario administrativo. Aún así, con toda probabilidad la casuística proporciona zonas grises que deberán ser resueltas caso a caso por el tribunal arbitral con base, esencialmente, en el reglamento de la corte respectiva.

Por otro lado, existen claros límites o líneas rojas en esa delegación de funciones, en la medida en que existen funciones esenciales reservadas a los árbitros: las funciones de deliberación y decisorias. Y es que el consenso es unánime tanto en las diversas regulaciones como en la doctrina, en cuanto a que la función decisoria del tribunal resulta indelegable.

Tal afirmación resulta evidente en el plano teórico, sin embargo, puesta en práctica puede generar ciertas dudas sobre cuales serían los límites infranqueables en el desarrollo de las funciones de deliberación y decisorias. Se debería entender que la asistencia del secretario administrativo a las deliberaciones del tribunal está absolutamente vedada o, por el contrario, que es posible y hasta positiva su intervención en cuanto a que su conocimiento de los hechos y pruebas del procedimiento pueden resultar útiles en el debate fáctico y/o jurídico o incluso que puede atribuírsele la tarea de «levantar acta» de los debates favoreciendo así el desarrollo de las deliberaciones y la posterior elaboración del laudo arbitral.

Sin duda, es esta la cuestión más controvertida y de más difícil reglamentación, debiendo por tanto resolverse por el tribunal arbitral el papel que debe desempeñar el secretario judicial en el momento más importante del procedimiento arbitral, a menos, claro está, que tal intervención esté directamente prohibida por las partes o por el respectivo reglamento de la corte.

Así, es el tribunal quien —respetando los límites indicados— debe evitar el riesgo de convertir al secretario administrativo en lo que se ha denominado por algunos autores como un «cuarto árbitro», sorteando el peligro de que se pueda poner en duda el principio de imparcialidad y, en última instancia, limitar al máximo las posibilidades de impugnación del laudo.

Urquiola de Palacio, en el anuario de arbitraje de 2018, señala al respecto que «la cuestión es que, cuando el secretario realiza el tipo de tareas que exceden de las puramente administrativas, pudiera considerarse que este tercero se convierte de alguna manera en un "cuasi árbitro"», señalando que

«este aspecto puede causar problemas» (16) .

Estamos de acuerdo en que la realización de tareas que excedan de las estrictamente administrativas puede implicar la aparición del riesgo del cuarto árbitro, si bien consideramos que esta problemática surgirá realmente cuanto se exceden los límites de las funciones verdaderamente reservadas al Tribunal Arbitral (decisorias y de deliberación).

Adicionalmente, el riesgo debe evitarse o reducirse considerablemente con la adecuada y continua supervisión y tutela de las tareas que lleve a cabo el secretario administrativo por parte del tribunal. Y es que el secretario administrativo deberá actuar siempre, en todo lo relacionado con el arbitraje, en nombre del tribunal arbitral.

De todo lo analizado se puede concluir, sin necesidad de extenderse en el debate sobre la supuesta «zona gris» de la que hablan Michael Polkinghorne y Charles B Rosenberg, que prácticamente la única controversia en el nombramiento de secretarios administrativos consiste en la delimitación concreta de sus tareas, pues parece ser pacífico entre los diferentes operadores del mundo arbitral que la figura del secretario administrativo dota al procedimiento de mayor eficiencia, celeridad e incluso calidad (al disponer de más tiempo que los miembros del tribunal para la búsqueda de antecedentes, doctrina, jurisprudencia, etc.), se mantiene un pulso más dinámico con las partes y, además de todo lo anterior, se forma una nueva generación de árbitros.

Así, dejando al margen el eventual incremento de los costes del arbitraje (pues en la mayoría de las instituciones arbitrales se prevé que el nombramiento de un secretario administrativo no suponga costes adicionales para las partes), las dudas surgen cuando se sospecha que, dadas las funciones realmente ejercidas por el secretario, se ha nombrado a un «cuarto árbitro».

En este sentido, debe determinarse si las funciones del secretario administrativo deben limitarse exclusivamente a tareas de índole administrativa, o si pueden o deben ir más allá, como por ejemplo revisando alegaciones y pruebas presentadas, proporcionando al tribunal su punto de vista y participando en el proceso de toma de decisiones del tribunal, documentándose en la doctrina y la jurisprudencia, elaborando órdenes procesales, redactando los antecedentes del laudo, alguna parte de su motivación o incluso, por qué no plantear aquí todas las posibilidades, redactar un primer borrador del laudo.

En nuestra opinión, evitar el riesgo de hallarnos ante un «cuarto árbitro» y generar así desconfianza entre los diversos operadores del mercado es relativamente sencillo, y consideramos que es tarea únicamente reservada a los árbitros en la medida en que la responsabilidad última del procedimiento recae sobre ellos.

En conclusión, como en otros muchos aspectos del procedimiento arbitral, la actuación del secretario administrativo también debe estar revestida de flexibilidad, adaptando sus tareas a la tipología y complejidad del arbitraje, así como a la composición del tribunal arbitral, sofisticación y experiencia de los representantes de las partes y del propio secretario administrativo. De este modo, las tareas pueden variar desde un mero apoyo administrativo, de gestión de comunicaciones y

documentación, hasta un apoyo más técnico-jurídico, que englobe tareas como la elaboración de órdenes procesales o de motivación de decisiones arbitrales, siempre y cuando se garantice una mayor eficiencia y calidad del procedimiento (17) . Pero respetando en todo caso las líneas rojas ya apuntadas, y que pueden resumirse en que las tareas decisorias y de deliberación deben quedar reservadas a los árbitros (18) .

III. FUNCIÓN ACADÉMICA O FORMATIVA DE UNA NUEVA GENERACIÓN DE ÁRBITROS

Vemos, en definitiva, que las fórmulas adoptadas por los diferentes reglamentos y directrices son muy diversas, sin que en ningún caso esté prohibido el nombramiento de un secretario administrativo. De hecho, de conformidad con nuestra práctica arbitral habitual —tanto nacional como internacional—, podemos confirmar que es muy habitual que el tribunal arbitral (ya sea el presidente del tribunal o el árbitro único) se apoye en la figura del secretario para cuestiones de índole procedimental, administrativas, de seguimiento del día a día del procedimiento y, en ocasiones, para cuestiones con un marcado carácter técnico-jurídico que requieren el nombramiento de una persona con cierta experiencia en la práctica arbitral.

Así, en atención a las funciones del secretario, que se limitan tanto por la práctica habitual como por los propios reglamentos arbitrales a un apoyo en la gestión y conducción del procedimiento y que en ningún caso comprenden funciones decisorias, valorativas o de deliberación, encontramos en la mayoría de los casos un perfil académico y de formación relativamente homogéneo: abogada/-o joven con excelente perfil académico y cierta experiencia previa en arbitraje que, en la mayoría de los casos, está desarrollando una carrera y labrándose una reputación en el mundo del arbitraje. Esta menor experiencia sin duda garantizará una mayor independencia o ausencia de conflictos de interés que, como ya hemos señalado, debe igualmente exigirse al secretario administrativo en pie de igualdad con el tribunal arbitral, hasta tal punto que, algunos autores, reclaman la aplicación directa de las Directrices IBA.

El hecho de que, en la práctica sea frecuente que el candidato a secretario administrativo preste sus servicios en la misma firma que el árbitro o presidente del tribunal arbitral, lejos de considerarlo negativamente, estimamos que aporta una mayor fiabilidad a la elección del candidato dado el profundo conocimiento que, sin duda, el árbitro o presidente tiene del candidato y, por tanto, de su idoneidad para el desarrollo del procedimiento arbitral.

Podemos decir así que la figura del secretario administrativo resulta un entrenamiento o una práctica excelente para un futuro árbitro y que se trata, sin lugar a dudas, de la mejor experiencia formativa para las nuevas generaciones de árbitros jóvenes.

Por todo ello, los árbitros tienen una responsabilidad adicional a todas las ya asumidas con el nombramiento de secretarios administrativos, consistente en la formación de futuros árbitros y expertos en este método alternativo de resolución de disputas, que era fundamental en el panorama de resolución de conflictos a nivel mundial y que, dadas las circunstancias, se ha convertido en absolutamente crucial.

BIBLIOGRAFÍA

DE PALACIO DEL VALLE DE LERSUNDI, U., «Reflexiones en torno al principio de inmediación en el proceso arbitral; a propósito de los límites de la delegación de funciones por parte de los árbitros», *Anuario de Arbitraje*, 2018, pp. 199-227.

POLKINGHORNE, M. y ROSENBERG, Ch.B., «The role of the Tribunal Secretary in International Arbitration in International Arbitration: A Call for a Uniform Standard»; *Dispute Resolution International*, vol. 8, n.º 2, 2014, p107 [<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=FF94ED13-F7F6-4B09-9F7E-19251723A559>].

-
- (1) El Reglamento CIAM puede consultarse en: [https://madridarb.com/wp-content/uploads/2020/04/REGLAMENTO_CIAM_DIGITAL-DEF2.pdf].

Ver Texto

- (2) De conformidad con el art. 15 del Reglamento CIAM:

«1. Los árbitros podrán designar a un secretario administrativo que apoyará al tribunal arbitral siempre que se considere que tal designación contribuirá a resolver el arbitraje con eficiencia. El nombramiento del secretario administrativo solo se podrá llevar a cabo con el previo conocimiento y consentimiento de las partes.

2. El tribunal arbitral propondrá un candidato para el nombramiento de secretario administrativo y facilitará a las partes un curriculum vitae que incluya sus estudios y experiencia profesional, así como las ocasiones en las que ha actuado como secretario administrativo. El tribunal arbitral deberá informar de la nacionalidad del candidato. El tribunal arbitral deberá confirmar a las partes que el candidato propuesto es independiente e imparcial, y que está disponible y libre de cualquier conflicto de interés. El tribunal arbitral deberá informar a las partes en el caso de que cualquiera de estas condiciones cambie durante el procedimiento arbitral. El secretario administrativo se encontrará sujeto a los mismos estándares de imparcialidad e independencia que los árbitros.

3. El secretario administrativo actuará siguiendo las instrucciones de los árbitros y bajo su supervisión. Las tareas desempeñadas por el secretario administrativo se entenderán realizadas en nombre de los árbitros y éstos serán responsables de la conducta de su secretario administrativo en relación con el arbitraje.

4. Los árbitros no podrán delegar en el secretario la toma de decisiones. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el secretario administrativo desempeñará las tareas administrativas, organizativas y de apoyo que se le encomienden por los árbitros, tales como la transmisión de comunicaciones en nombre de los árbitros, la organización y custodia de la copia del expediente arbitral hasta la finalización del procedimiento, la organización de audiencias y reuniones del tribunal, la asistencia a audiencias, reuniones y deliberaciones, la elaboración de notas escritas o memorandos, o las correcciones formales en órdenes procesales y laudos. La preparación por el secretario administrativo de notas escritas o

memorandos no eximirá a los árbitros de su deber personal de revisar el expediente y de redactar cualquier decisión.

5. El secretario administrativo podrá ser cesado discrecionalmente por los árbitros.

6. En caso de cese, fallecimiento o incapacidad, renuncia o cuando prospere la recusación del secretario administrativo, los árbitros podrán nombrar a otra persona de conformidad con este artículo.

7. El nombramiento de secretario administrativo, que en todo caso no sustituirá la labor del Centro, no implicará honorarios ni gastos adicionales para las partes. Cualquier remuneración o gasto que deba pagarse al secretario administrativo será sufragado por los árbitros.»

Ver Texto

- (3) Debe tenerse en cuenta en este sentido el artículo V 1 d) de la Convención de Nueva York de 1958 ([<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>]), cuando prevé, entre otras circunstancias, que podrá denegarse el reconocimiento y la ejecución del laudo extranjero si «(...) la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes (...)».

Ver Texto

- (4) *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 January 2019, XIX - Administrative Secretaries*: [<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>].

Ver Texto

- (5) *LCIA Notes for Arbitrators, 26 October 2017, 8. Secretaries to Tribunals*: [<https://www.lcia.org//adr-services/lcia-notes-for-arbitrators.aspx>].

Ver Texto

- (6) El art. 13.4º Regl. HKIAC prevé la figura del secretario administrativo ([https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018_hkiac_rules.pdf]): «*The arbitral tribunal may, after consulting with the parties, appoint a secretary. The secretary shall remain at all times impartial and independent of the parties and shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence prior to his or her appointment. A secretary, once appointed and throughout the arbitration, shall disclose without delay any such circumstances to the parties unless they have already been informed by him or her of these circumstances*». Asimismo, la HKIAC ofrece las *Guidelines on the use of a Secretary to the Arbitral Tribunal, 1 June 2014*: [https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/6ai_HKIAC_Guidelines_on_Use_of_Secretary_to_Arbitral_Tribunal.pdf].

Ver Texto

- (7) Ni el reglamento ([https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web.pdf]) ni el *Code of Ethics*

([https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators_2010_10_14.pdf]) de la AAA establecen previsiones relativas al secretario administrativo del tribunal.

Ver Texto

(8) *Vid.* párrafo 192 de la *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration, 1 January 2019, XIX - Administrative Secretaries* de la ICC.

Ver Texto

(9) Reglamento aprobado por la Asamblea General Extraordinaria de CIMA celebrada el día 19 de diciembre de 2019: [http://arbitrajecima.com/wp-content/uploads/2020/03/REGLAMENTO_ESPA%C3%91OL.pdf].

Ver Texto

(10) De conformidad con el art. 22 del Reglamento CIMA:

«1. En cualquier momento del procedimiento arbitral y recabando el previo y expreso parecer de las partes, el tribunal arbitral podrá proponerles el nombramiento de un secretario administrativo. Si alguna de las partes objetase la propuesta, el tribunal arbitral no podrá continuar con el nombramiento del mismo.

2. El secretario administrativo del tribunal arbitral actuará, en todo momento, bajo la estricta supervisión del tribunal arbitral y según las indicaciones e instrucciones que le sean cursadas. El tribunal arbitral será, en todo momento, responsable de la conducta de su secretario administrativo en relación con el arbitraje.

3. El tribunal arbitral, bajo ninguna circunstancia, podrá delegar sus funciones decisorias o la ejecución de cualquiera de sus deberes esenciales en su secretario administrativo, el cual no participará en las deliberaciones del tribunal arbitral.

4. El nombramiento de secretario administrativo del tribunal arbitral no implicará coste alguno adicional a las partes. El tribunal arbitral no podrá solicitar a la Corte compensación alguna por las actividades de su secretario administrativo.»

Ver Texto

(11) El Reglamento de la CEA se puede consultar en: [https://www.cearbitraje.com/sites/default/files/2020-05/Reglamento_y_Estatutos_CEA.pdf].

Ver Texto

(12) De conformidad con el art. 18 del reglamento CEA:

«1. Previo consentimiento de las partes, el presidente o arbitro único podrá designar un secretario, para que, siguiendo sus instrucciones y bajo su supervisión, realice ciertas tareas de carácter administrativo, organizativo y de apoyo.

2. El secretario es nombrado y destituido por el presidente o árbitro único, y tiene los mismos deberes de confidencialidad, independencia e imparcialidad que los árbitros. El presidente o árbitro único propondrá un candidato y facilitará a las partes un curriculum vitae que indique su nacionalidad, sus estudios y su experiencia profesional y adjuntará un documento en el que el candidato a secretario confirme su independencia, imparcialidad y disponibilidad.

3. Los árbitros no delegarán en el secretario ninguna función decisoria ni valorativa de las posiciones de hecho o de derecho de las partes.

4. El secretario administrativo será remunerado directamente por el presidente o árbitro único con cargo a sus propios honorarios, salvo que las partes y los co-árbitros, antes de su designación, convinieran otro sistema. Se exceptúan los gastos de viaje del secretario administrativo con ocasión de audiencias y reuniones, que correrán a cargo de las partes.»

Ver Texto

(13) El Reglamento de la CAM se puede consultar en: [<http://arbitramadrid.com/reglamento1>].

Ver Texto

(14) Estatutos de la corte de arbitraje y reglamento de arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, aprobados en 20 de julio de 2010 y modificados por acuerdos de la Junta de Gobierno de 7 de febrero de 2012, 6 de junio de 2018 y 11 de diciembre de 2019.

Ver Texto

(15) M. Polkinghorne y Ch.B. Rosenberg «The role of the Tribunal Secretary in International Arbitration in International Arbitration: A Call for a Uniform Standard»; *Dispute Resolution International*, vol. 8, n.º 2, 2014, p107 [<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=FF94ED13-F7F6-4B09-9F7E-19251723A559>].

Ver Texto

(16) U. de Palacio del Valle de Lersundi, «Reflexiones en torno al principio de intermediación en el proceso arbitral; a propósito de los límites de la delegación de funciones por parte de los árbitros», *Anuario de Arbitraje*, 2018, p. 202.

Ver Texto

(17) De conformidad con una de las encuestas reflejadas en la Guía de Young ICCA sobre secretarios arbitrales, que puede consultarse en [https://www.arbitration-icca.org/media/10/87040056920372/young_icca_guide_on_arbitral_secretaries_spanish_online_final.pdf], «Aproximadamente el 41% de las opciones seleccionadas se refieren a tareas que no son administrativas».

Ver Texto

(18) En este sentido, resulta interesante la lectura de la sentencia dictada por el *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court*, de 3 de febrero de 2017 ([<https://www.judiciary.uk/wp->

content/uploads/2017/03/p-v-q-and-ors-2017-ewhc-148-comm-20170203.pdf]), relativa a un arbitraje LCIA en el que el presidente del tribunal arbitral nombró un secretario administrativo con el acuerdo de las partes y en el que, tras un correo electrónico destinado al secretario administrativo para recabar su opinión en relación con el trámite de producción documental enviado por error a los letrados de la parte actora, se planteó la recusación del tribunal, entre otras cuestiones, por una incorrecta delegación de tareas al secretario administrativo.

[Ver Texto](#)

Nuevo reglamento de arbitraje de la London Court of International Arbitration (1)

New arbitration rules of the London Court of International Arbitration

La London Court of International Arbitration publicó en agosto de 2020 su nuevo Reglamento de Arbitraje. El nuevo Reglamento introdujo normas destinadas a la conducción eficiente del procedimiento arbitral, en distintos ámbitos, incluido el de las facultades de los árbitros. Igualmente, el nuevo Reglamento positiviza normas que reflejan la práctica de los usuarios del Reglamento, como las que atañen a la figura del secretario arbitral o la aplicación del derecho inglés en la interpretación del Reglamento.

Arbitraje, Arbitraje institucional, London Court of International Arbitration, Reglamento.

The London Court of International Arbitration published its new Rules of Arbitration in August 2020. The new Rules introduced provisions aimed at the efficient conduct of the arbitration proceedings, in various areas, including the powers of arbitrators. The new Rules also include provisions which reflect the practice of the users of the Rules, such as those relating to the role of the Registrar and the application of English law in the interpretation of the Rules.

Arbitration, Institutional Arbitration, London Court of International Arbitration, Rules.



Irene Arranz Puig

Abogada asociada del Área de Litigación y Arbitraje del Despacho Cuatrecasas

I. INTRODUCCIÓN

En agosto de 2020, la London Court of International Arbitration («LCIA») publicó su nuevo Reglamento de Arbitraje, que entró en vigor el 1 de octubre de 2020 y que se aplica a los procedimientos que se inicien a partir de dicha fecha (el «Reglamento LCIA 2020»). El Reglamento LCIA 2020 es una actualización del Reglamento en vigor hasta ahora, que es el de 2014.

Uno de los objetivos claros del Reglamento LCIA 2020 es agilizar y hacer más eficiente el procedimiento arbitral, lo que pasa por tres categorías de nuevas reglas. En primer lugar, el Reglamento LCIA 2020 introduce cambios para dar preferencia a los medios de comunicación y gestión electrónicos y preconizar el uso de la tecnología en el proceso. En segundo lugar, el Reglamento LCIA 2020 introduce novedades sobre la iniciación y prosecución conjunta de arbitrajes.

En tercer lugar, el Reglamento LCIA 2020 plasma facultades expresas de los árbitros para facilitar la resolución expedita de los procedimientos.

Además de lo anterior, con el Reglamento LCIA 2020, la Corte ha aprovechado para incorporar al Reglamento varias disposiciones sobre aspectos que ya venían siendo práctica habitual de los usuarios, aunque hasta la fecha estaban recogidas en notas prácticas u otro tipo de *soft law*. Entre estas, destacan la regulación de la figura del secretario arbitral y la interpretación del Reglamento LCIA 2020 conforme al derecho inglés.

Finalmente, la LCIA ha introducido disposiciones sobre cuestiones no sustantivas del procedimiento, como son las relativas a la protección de datos y el compliance. Igualmente, ha modificado ciertos aspectos económicos, señaladamente las tarifas de la Corte y la tarifa horaria máxima de los árbitros.

II. NOVEDADES MÁS RELEVANTES INTRODUCIDAS POR EL REGLAMENTO LCIA 2020

1. Reglas relacionadas con el uso de la tecnología

La LCIA era (y es) una de las cortes que se ha mostrado más abierta al uso de la tecnología en la conducción del procedimiento. En línea con ese espíritu, y a la vista de las necesidades planteadas por la pandemia de Covid-19, el Reglamento LCIA 2020 ha apostado claramente por el uso de medios telemáticos para la conducción del procedimiento.

Entre otras normas, el Reglamento LCIA 2020 ha introducido reglas nuevas para priorizar el uso de los medios electrónicos para las comunicaciones (y aprovecha para eliminar el uso del fax como medio de comunicación, claramente obsoleto pero que aún pervivía en el Reglamento de 2014) (art. 4.2º). Entre estas comunicaciones se incluye la presentación de la solicitud de arbitraje, que deberá realizarse necesariamente por correo electrónico o a través del sistema de gestión electrónica de la LCIA (LCIA Online Filing). A los efectos de realizar esas comunicaciones, el Reglamento LCIA 2020 dispone que se usarán las direcciones previstas en el convenio arbitral (o el contrato en el que éste se inserte, se entiende) o aquellas que se hayan utilizado habitualmente entre las partes (art. 4.3º). De ahí que sea importante mantener actualizadas las cláusulas de notificaciones de los contratos en los que exista convenio arbitral y mantenerse alerta ante cualquier comunicación (que puede ser remitida a interlocutores que no necesariamente serán los responsables legales o representantes de las partes).

También con el mismo objetivo, el Reglamento LCIA 2020 mantiene (aunque con una redacción algo distinta) que las vistas se podrán realizar por medios virtuales, tales como la teleconferencia o la videoconferencia (art. 19). Esto no es una novedad para la LCIA, puesto que el Reglamento LCIA de 2014 ya incluía la posibilidad de celebrar vistas por vídeo o teleconferencia. No obstante, es preciso reseñarlo por la importancia que a partir de ahora va a tener esta forma de audiencias y el impacto que esta forma tenga en la validez y ejecutividad de los laudos resultantes.

La realidad es que, aun cuando los reglamentos pudieran no contemplar dicha posibilidad hasta

ahora, en muchas (si no la mayoría) de las audiencias en procedimientos internacionales se usaban medios telemáticos. Esta era desde luego práctica habitual para las audiencias sobre cuestiones procesales (las case management conference) y en caso de que algún testigo residiera fuera del país en el que se celebraba la audiencia. Eso nunca había supuesto un problema para los usuarios del arbitraje en general, y del Reglamento LCIA en particular.

La novedad que ha impuesto la actual pandemia es que todos los participantes de la audiencia (incluidos el tribunal y los letrados o representantes de las partes) lo sean a través de medios telemáticos, señaladamente la videoconferencia. Esto ha provocado que algunas cortes (entre ellas, la de la International Chamber of Commerce) (2) hayan aprovechado la modificación de sus reglamentos para introducir esta posibilidad expresamente y proteger así los laudos que se dicten bajo sus reglamentos contra posibles acusaciones de vulneración del derecho a ser oído, al debido proceso o a la igualdad de armas procesales.

Podemos anticipar que esta asimetría (que algunos reglamentos lo contemplen expresamente y otros no) podrá provocar cierta incertidumbre sobre el uso de estos medios, sobre todo a raíz de los intentos (hasta ahora infructuosos) de anular o impedir el reconocimiento de los laudos por haberse celebrado la audiencia de pruebas por videoconferencia (3).

Por último, el art. 26.2º prevé que los laudos se puedan firmar electrónicamente. Esto puede plantear problemas en aquellas jurisdicciones cuya ley de arbitraje exija que los laudos se emitan con firma autenticada o similar. En nuestra jurisdicción no debería ser el caso, ya que no solo no se exige esa formalidad, sino que además el art. 37 de la Ley de Arbitraje expresamente permite que los laudos sean dictados y firmados en soporte electrónico (4).

Por otra parte, la forma electrónica podría plantear preguntas en sede de reconocimiento del laudo, porque el Artículo IV del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, que exige que se presente el original del laudo autenticado, y el nuevo Reglamento LCIA 2020 prevé la posibilidad de que el original sea un documento electrónico, sin que exista por tanto un verdadero original con firma manuscrita. No obstante, podemos anticipar que esto no será un impedimento para el reconocimiento, dado el espíritu del Convenio y la tendencia a aplicarlo bajo el principio del favorecimiento del reconocimiento.

2. Reglas relacionadas con la prosecución conjunta de procedimientos

El art. 1.2º del Reglamento LCIA 2020 introduce la posibilidad de que pueda iniciarse más de un arbitraje (ya sea contra la misma o distintas partes, o bajo el mismo, o distinto, convenio arbitral) en una única solicitud de arbitraje, denominada solicitud compuesta (composite request). Sin perjuicio de que la solicitud sea única, en la misma deberán consignarse separadamente los datos de los distintos procedimientos que se pretenden iniciar, de forma que cada arbitraje pueda continuar individualmente. Igualmente, el hecho de que la solicitud sea única no exonera al solicitante de pagar tantas tasas de registro como procedimientos se inicien. Correlativamente, el art. 2.2º prevé que, ante una solicitud compuesta, la contestación se pueda realizar tanto de forma conjunta (dando

respuesta a todos o algunos de los procesos planteados), como separadamente.

Además del inicio conjunto de arbitrajes, el Reglamento LCIA 2020 incorpora un nuevo art. 22. A sobre la consolidación de procedimientos. La novedad en esta materia es que la anterior versión del Reglamento solo permitía la consolidación de arbitrajes entre las mismas partes. El Reglamento LCIA 2020 recoge la facultad del tribunal arbitral (o de la LCIA, si no existe tribunal nombrado en ninguno de los asuntos) de acumular procedimientos iniciados al amparo del mismo convenio arbitral o de convenios compatibles, ya sea o no entre las mismas partes, relacionados con la misma transacción o con transacciones relacionadas. Ello, claro está, siempre y cuando no se haya nombrado aún el tribunal arbitral de los asuntos que se consoliden, o que coincidan los tribunales de todos los asuntos.

3. Reglas relacionadas con las facultades de los árbitros

El antiguo art. 14.4º del Reglamento 2014 (ahora el nuevo art. 14.1º del Reglamento LCIA 2020) ya contemplaba la obligación del tribunal de «adoptar procedimientos adecuados a las circunstancias del arbitraje, evitando demoras y gastos innecesarios, a fin de proporcionar un medio justo, eficaz y rápido para la resolución final de la controversia entre las partes». Ahora el Reglamento LCIA 2020 explicita esas facultades (art. 14.6º, 15.7º, 19, entre otros), seguramente con el ánimo de incitar a los tribunales a que las ejerzan efectivamente, con el respaldo del Reglamento. Entre esas facultades se encuentran la posibilidad de limitar la extensión de los escritos o las declaraciones de los testigos o limitar las cuestiones a tratar en una vista, e incluso prescindir de ella.

Debemos destacar la facultad explícita de resolver de forma anticipada reclamaciones o defensas que estén manifiestamente fuera de la jurisdicción del tribunal, resulten inadmisibles o carezcan manifiestamente de fundamento, lo que se denomina *Early Determination* (sección (viii) del art. 22.1º). Debe entenderse que esta decisión temprana, que podrá adoptarse mediante orden o laudo, puede hacerse respecto de cuestiones de sencilla solución, esto es, sin necesidad de excesivo desarrollo argumental por las partes (más allá de la solicitud de arbitraje y la contestación o, quizá, de los primeros escritos rectores intercambiados) y desde luego sin necesidad de práctica de (mucho) prueba. Lo contrario implicaría acercar esta facultad de decisión temprana a la de la bifurcación del procedimiento.

Esta no es una novedad del Reglamento LCIA. Otras cortes ya lo habían introducido en sus respectivos reglamentos (5) o notas prácticas (6). El Reglamento LCIA 2020 toma de esos reglamentos y notas el uso del término «manifiestamente», presumiblemente para no introducir un estándar distinto del que ya se utiliza en la práctica.

4. Regulación de la figura del secretario del tribunal arbitral

El Reglamento LCIA 2020 introduce un nuevo art. 14A para regular la figura del secretario del tribunal arbitral.

Podría decirse que esto no era necesario, pues el art. 14 A recoge esencialmente lo que ya preveía la sección 8 de la guía de la LCIA de recomendaciones para los árbitros (*LCIA Guidance Note for*

Arbitrators) de 2017, y que a su vez se publicaron a raíz de que la figura del secretario arbitral saltara a la palestra con el caso *Yukos* (7) y sentencias de los tribunales ingleses que trataron la cuestión también por esas fechas. Entre otras, por aquel entonces fue relevante la decisión recaída en el caso *P v Q* [2017] EWHC 194 (Comm) resuelto en febrero de 2017 por el Hon. Mr. Justice Popplewell de la *English High Court* (8). En aquel caso, Popplewell J. resolvió (desestimándola) una petición de remoción de árbitros basada en que estos no habían desempeñado su labor debidamente (9), por haberla delegado en el secretario. Más allá del sentido de la decisión, en la misma se hizo un análisis de la ley de arbitraje inglesa, el Reglamento de la LCIA de 1998 (aplicable a aquel caso), las varias normas de soft law sobre el uso de secretarios arbitrales, comentarios doctrinales y jurisprudencia de los tribunales ingleses sobre la materia, de ahí el interés de la resolución.

No obstante, tiene sentido que la LCIA haya incorporado estas normas al Reglamento 2020, en atención a la sensibilidad que sigue despertando la figura del secretario del tribunal, que está bajo escrutinio desde entonces. Estas normas se rigen por el principio de que el tribunal no puede delegar su función decisoria y es además responsable de lo que haga el secretario, y regulan, entre otros, aspectos como la declaración de independencia, imparcialidad y disponibilidad del secretario, la aceptación expresa por las partes del nombramiento del secretario y de las funciones que puedan encomendarsele, así como su remuneración.

5. Interpretación del Reglamento LCIA 2020 de acuerdo con el Derecho inglés

Otra novedad reseñable es la que se introduce por medio del nuevo ap. 5 del art. 16. Esta nueva norma dispone que, sin perjuicio de la ley aplicable al convenio arbitral, el Reglamento LCIA 2020 deberá interpretarse de acuerdo con la legislación de Inglaterra.

Entendemos que esta norma debería contribuir a homogeneizar la interpretación del Reglamento, lo que sin duda aportará mayor seguridad jurídica a los usuarios del arbitraje LCIA. No obstante, no van a ser únicamente los tribunales o los árbitros ingleses quienes interpreten el Reglamento, y por tanto apliquen la ley inglesa, lo que seguramente genere distorsiones en la práctica. Igualmente, esta norma (que habrá que ver si se interpreta como imperativa o dispositiva para las partes), puede generar problemas cuando el derecho inglés fricciona con aquella regulación que sea aplicable al procedimiento por razón de la sede del arbitraje o por elección libre de las partes.

6. Otras disposiciones no sustantivas

La LCIA ha aprovechado la reforma de sus normas para incluir una serie de previsiones en materia de protección de datos (artículo 30A) y compliance (artículo 24A).

En relación con la protección de datos, el Reglamento LCIA 2020 otorga a los árbitros la facultad de adoptar medidas específicas para proteger la información que se vaya a compartir durante el arbitraje, incluidos los datos personales, en línea con la regulación aplicable al respecto. Por lo que se refiere al compliance (que engloba el soborno, la corrupción, financiación del terrorismo, fraude o evasión fiscal, blanqueo de capitales y sanciones comerciales o económicas, que el Reglamento denomina «Actividades Prohibidas»), las nuevas normas establecen, entre otras cuestiones, que la LCIA puede rechazar cualquier instrucción o aceptar cualquier pago si la LCIA determina

(discrecionalmente y sin necesidad de justificarlo) que ello puede involucrar cualquiera de dichas actividades prohibidas. Además, con el sometimiento al Reglamento LCIA 2020, las partes se comprometen a facilitar a la LCIA la información y documentos que puedan ser necesarios a efectos de cumplir con obligaciones legales sobre esas actividades.

En otro orden de cosas, el Reglamento LCIA 2020 introduce cambios también sobre los costes del arbitraje. El más relevante es el que se refiere a los costes relativos al arbitraje de emergencia. En el Reglamento LCIA 2020 se ha establecido que ahora la facultad de resolver sobre esta cuestión atañe al propio árbitro de emergencia, y no, como anteriormente, al tribunal del asunto principal (art. 9.10).

Finalmente, la LCIA ha actualizado también las tarifas de gastos del arbitraje. En particular, la tasa de registro ha subido de £1.750 a £1.950; la tarifa horaria máxima de los árbitros de £450 a £500; y las tarifas horarias de los miembros de la Secretaría de la LCIA también han sido revisadas al alza.

(1)

La información contenida en esta nota es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 16 noviembre 2020 y Cuatrecasas no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

[Ver Texto](#)

(2) La CCI ha anticipado que, entre los cambios que introducirá en su Reglamento, efectivos desde enero de 2021, se incluye el de la celebración de vistas de forma telemática, en su art. 26. Esta posibilidad estaba solo prevista anteriormente de forma expresa para las case management conferences, el procedimiento de árbitro de emergencia y los procedimientos expeditos, si bien en el apéndice del Reglamento referido a las técnicas de conducción del procedimiento (*Case Management Techniques*) se apuntaba como posibilidad en general.

[Ver Texto](#)

(3) Para un análisis en profundidad sobre los potenciales riesgos para la ejecutividad o validez del laudo, puede verse M. Scherer, «Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework», *J. Int'l Arb.*, vol. 37 n.º 4, 2020, p. 13.

[Ver Texto](#)

(4) Art. 37. *Plazo, forma, contenido y notificación del laudo* [...].

3. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte

electrónico, óptico o de otro tipo.

Ver Texto

- (5) *Vid.* art. 29 del Reglamento SIAC de 2016 y el art. 39 del Reglamento de la Stockholm Chamber of Commerce de 2017.

Ver Texto

- (6) *Vid.* *Note to the Parties* de la CCI, en su interpretación del art. 22 del Reglamento CCI 2017, que se refiere a la determinación *expedita* (que no temprana).

Ver Texto

- (7) *Yukos Universal Limited v Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No AA. 227.

Ver Texto

- (8) La decisión completa se puede encontrar aquí: [<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/03/p-v-q-and-ors-2017-ewhc-194-comm-20170209.pdf>]

Ver Texto

- (9) Al amparo de la Section 24(1)(d)(i) of the Arbitration Act 1996 (AA 1996).

Ver Texto

SENTENCIA SELECCIONADA



Delimitación de las funciones del árbitro y del secretario del tribunal arbitral designado por el centro de arbitraje

Sentencia del TSJ de Canarias de 8 abril 2020 (1)

Delimitation of the Functions of the Arbitrator and the Secretary of the Arbitration Tribunal Appointed by the Arbitration Centre

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias desestimó una acción de anulación contra un laudo arbitral basada dos motivos. En primer lugar, la falta de competencia de la Corte, para administrar el arbitraje, por una incorrecta designación de la misma en el convenio de arbitraje, En segundo lugar, la incorrecta composición de un supuesto «tribunal arbitral» integrado por un árbitro y un secretario designado por la referida corte. En el presente comentario se analiza en alcance de ambas cuestiones por separado. Ambas cuestiones han motivado un estudio particularizado sobre ambas cuestiones.

Arbitraje, Acción de Anulación, Cláusula arbitral patológica, Secretario del Tribunal arbitral, Designación por el centro de arbitraje, Funciones.

The Tribunal Superior de Justicia de Canarias dismissed an action for annulment of an arbitration award on two grounds. Firstly, the lack of competence of the Court to administer the arbitration, due to an incorrect designation of the Court in the arbitration agreement. Secondly, the incorrect composition of an alleged «arbitral tribunal» composed of an arbitrator and a secretary appointed by that court. This commentary discusses the scope of the two issues separately. This commentary discusses the scope of the two issues separately.

Arbitration, Annulment Action, Pathological arbitration clause, Secretary of the Arbitral Tribunal, Appointment by the arbitration centre, Functions.



José Carlos Fernández Rozas

Director de la Revista

I. ANTECEDENTES

1. Siguiendo una aceptable trayectoria en materia de anulación de laudos arbitrales (2) el TSJ de Canarias desestima en la presente decisión una acción de anulación interpuesta por la entidad mercantil H.S.I. S.L.U. y por don E. contra un Laudo de 5 junio 2019 dictado por la Corte Nacional de Arbitraje Civil, Mercantil y Marítimo de Las Palmas, en un arbitraje de Derecho. Dicha acción descansa en dos motivos. En primer lugar, en la falta de competencia de la corte por una incorrecta designación de la misma en el convenio de arbitraje y, en segundo lugar, en la incorrecta composición de un supuesto «tribunal arbitral» integrado por un árbitro y un secretario designado por la referida corte. Ambas cuestiones registran un denominador común: la aplicación del Reglamento de la Corte Nacional de Arbitraje Civil, Mercantil y Marítimo de Asociación Nacional de Jurisdicción Arbitral.

Debe dejarse constancia que el demandante en anulación esgrimió los mismos argumentos ante el árbitro el cual, en aplicación del postulado de competencia-competencia, inserto en el art. 22 LA, procedió a rechazarlos en el propio laudo. El TSJ incorporó a su decisión el razonamiento contenido en dicho laudo, por lo que es especialmente pródigo en consideraciones jurídicas sobre los temas debatido.

2. Esta mínima argumentación sobre el caso concreto contrasta con el tenor de su FD 2º de la presente decisión, donde el TSJ Canarias, reitera su doctrina en orden a la acción de anulación del laudo (3), según la cual estamos ante una figura *sui generis*, distinta de las impugnaciones por medio de los recursos ordinarios y que no es una segunda instancia. Con ello aprovecha para delimitar los perfiles que, en su opinión, configuran la acción de anulación: a) la imposibilidad de reexaminar por el TSJ las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral y de entrar a conocer del fondo del asunto resuelto por los árbitros; b) la limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el art. 41 LA; c) el carácter restringido de la intervención judicial en este ámbito para determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales; d) el ajuste del laudo a los límites marcados en el convenio arbitral en caso de que carezca de validez.

II. EVENTUAL PATOLOGÍA DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE

1. Designación incorrecta del centro administrador

3. En el presente asunto, la primera de las causales de anulación esgrimidas se sustenta, curiosamente, no en el art. 41.1º.a), sino, según declara el TSJ, en el art. 22 LA/2013, afirmándose la incompetencia del tribunal arbitral para dictar el laudo, al entender que la Corte Nacional de Arbitraje Civil, Mercantil y Marítimo de la Asociación Nacional de Jurisdicción Arbitral (ANJAR) (4),

no era el un organismo competente para llevar a cabo el arbitraje que las partes habían acordado en el documento privado de arrendamiento. Con ello se puso en duda la eficacia de la cláusula generadora de obligaciones para las partes que pactaron el convenio de arbitraje y de la competencia del árbitro por una falta de determinación de la voluntad de las partes, en la institución encargada del arbitraje y de la renuncia acceso de los tribunales. Dicho en otros términos, se esgrimió la patología de la cláusula (5) por una la defectuosa designación de la institución encargada de administrar el arbitraje. Debe adelantarse que el referido art. 22 LA no es una causal de anulación, sino un precepto que incorpora la «Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia», potestad que fue utilizada por el árbitro en su laudo a través de un amplio razonamiento que, como indicamos, el TSJ canario reproduce ampliamente, sin añadir especiales consideraciones. Queda constancia, sin embargo, que la parte demandada se opuso a la asunción de competencias por parte de la «Corte Nacional de Arbitraje Civil, Mercantil y Marítimo», que en su opinión no le correspondían, por no haber acordado expresamente las partes la remisión a dicha Corte, esgrimiendo para ello el texto literal de conformidad con la cláusula 12 del contrato de arrendamiento según la cual «Las partes firmantes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación de la ejecución o interpretación del presente contrato o relacionado con él directa o indirectamente, se resolverá definitivamente mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de la Corte de Arbitraje de S/C de Tenerife, comprometiéndose expresamente a cumplir el laudo arbitral que se dicte». Con respaldo en este texto la demandada afirma que se limitó a designar un Reglamento de arbitraje «que no existe además, por la inexistencia de la «Corte de Arbitraje de S/C de Tenerife», y que mucho dista de ser la «Corte Nacional de Arbitraje Civil, Mercantil y Marítimo (ANJAR)».

4. Observan por lo general, las instituciones administradoras una especial preocupación para que se recurra a ellas a la hora de solucionar un litigio. Para ello cuentan con reglas y procedimientos preestablecidos y perfeccionados por la experiencia, bastando con frecuencia la simple referencia al reglamento de la institución sin necesidad de que las partes se extiendan en mayores detalles. Al igual que muchas de las organizaciones de empresarios y de profesionales elaboran y ofrecen contratos tipo o modelos contractuales también las cortes de arbitraje promocional su disponibilidad para la solución de controversias. El hecho de que una gran parte de los contratos, especialmente los internacionales, incluyan cláusulas de arbitraje obedece a una doble finalidad. De un lado, las asociaciones profesionales orientan a sus miembros en la dirección más adecuada para que la solución de sus litigios sea ágil y eficaz teniendo en cuenta las circunstancias concretas del tipo contractual y, por ende, litigioso. De otro lado, y dada la diversidad posible de decisiones sobre una misma cuestión jurídica, las cláusulas compromisorias suponen la unificación de la doctrina, de manera que no es raro encontrar expresiones como «arbitraje Uncitral», «arbitraje FIDIC», «arbitraje CCI», o «arbitraje CIMA», altamente expresivas de la habitualidad de este tipo de solución de controversias (6) .

Si esto no es así la cláusula arbitral puede presentar problemas, generalmente de índole fáctico, que impidan una claridad total e inicial, sobre la voluntad de las partes en someterse a arbitraje y dicha valoración puede volver a requerir la intervención judicial, bien porque se presenta directamente la reclamación ante el juez desconociendo la cláusula compromisoria, bien con posterioridad, como

acontece en el presente caso, en la fase de anulación del laudo. Siendo el convenio de arbitraje la pieza maestra de la institución arbitral, éste se basa por entero en el principio de autonomía de la voluntad de las partes (7), como es de común aceptación por la generalidad de las legislaciones estatales. Por consiguiente, el arbitraje sólo puede ponerse en marcha cuando resulte incuestionable la voluntad de las partes de someterse a este procedimiento de arreglo de controversias, existiendo una presunción, desde el momento en que las partes insertan una cláusula de arbitraje en un contrato, de que su intención ha sido la de acudir a este eficaz mecanismo eficaz para solucionar los litigios previstos en la misma.

Ello no empece para que cuando surge la controversia la puesta en marcha del convenio arbitral pactado muestre una extraordinaria complejidad, pues el ambiente anteriormente descrito cambia radicalmente apareciendo intereses encontrados, opuestos, y probablemente medie hasta desconfianza entre las partes. También cabe la posibilidad de que, una vez pronunciado el laudo, sea preciso volver a los términos de dicho convenio con el propósito de anular este último, si la parte que solicita la anulación alega y prueba que «el convenio arbitral no existe o es inválido» (art. 41.1º.a LA). En el primer caso, debe demostrarse que el convenio carece de alguno de los presupuestos necesarios que determinan su existencia; en el segundo caso es menester que acredite la existencia de determinados vicios en el convenio arbitral que justifican una medida sancionadora de tamaña trascendencia como la anulación del aludo.

El centro administrador ha de adoptar una posición activa ocupándose de difundir una cláusula modelo que evite la imprecisión

5. Dentro de esta opción impugnatoria el motivo de anulación que estudiamos se articula en que el convenio arbitral no es válido. Como es bien sabido, la eficacia del laudo requiere la validez del convenio arbitral, por lo que este podrá ser anulado cuando la parte que la solicite alegue y pruebe que el convenio arbitral no es válido lo cual es congruente con la referida la autonomía de la voluntad de las partes, plasmada en el convenio arbitral, que es el pilar fundamental del arbitraje y la fuente de la competencia de los árbitros. En la determinación de la referida validez deben tenerse en cuenta de manera separada los elementos subjetivos, objetivos y formales del convenio arbitral. Como regla general, la formulación del convenio de arbitraje debe considerarse válida cuando esté en armonía con los textos legales y no aparezca probado algún elemento de hecho alguno que permita mantener otra interpretación, siendo expresión de la voluntad de someter a la decisión de un árbitro incluir en ella todas las cuestiones litigiosas que puedan surgir del convenio.

Precisamente, de la búsqueda del alcance de la voluntad de las partes depende la decisión fundamental de si es apreciable o no dicha voluntad, por lo que no debe quedar duda alguna en torno a la intención de las partes de someterse al mecanismo arbitral (8), lo cual exige una redacción precisa del convenio de arbitraje (9). Por esa razón no sólo las partes deben ser especialmente precisas en la redacción de la cláusula, sino que el centro administrador ha de adoptar una posición activa ocupándose de difundir una cláusula modelo que evite la imprecisión o que en su reglamento

de arbitraje aporte elementos que permitan solucionar eventuales imprecisiones, despejando, en unos casos, cualquier duda en torno a la denominación de la entidad, o estableciendo una cláusula transitoria si se ha producido un cambio en la referida denominación o en el Reglamento de la institución (10), en otros casos.

6. Surge la patología de la cláusula en función de circunstancias muy diversas dentro de las cuales ocupan un lugar destacado circunstancias tales como la defectuosa designación de la institución encargada de administrar el arbitraje, que tal institución no administre el arbitraje o que no cuente con un Reglamento que permita desempeñar tal función. Bien entendido que el concepto de convenio arbitral «patológico» hace referencia a aquel convenio válido, pero que presenta imprecisiones cuya aparición puede provocar la ineficacia del pacto. No comprende, por tanto, aquellos supuestos en que éste sea radicalmente nulo por una razón que afecte a su esencia misma, como la indisponibilidad de la controversia o la inexistencia de la entidad a la que se encomienda la administración del arbitraje (11).

La práctica del arbitraje muestra errores muy frecuentes de la primera de estas situaciones cuando en el texto se inserte equivocadamente la denominación de la institución que administrará el arbitraje. Con independencia de que el árbitro se pronuncie sobre esta cuestión a lo largo de la sustanciación de las actuaciones arbitrales, si la cuestión se suscita en sede de anulación se exige del juez que proceda a la separación entre lo defectuoso y lo válido atendiendo al denominado «efecto útil» del convenio arbitral (12). Por eso debe distinguir con precisión entre una cláusula oscura, que no suponga ningún obstáculo para la realización del arbitraje y, por ende, de la eficacia del laudo arbitral, de aquella otra que sí lo suponga; por ejemplo, en las hipótesis que hemos formulado, cuando no pueda identificarse con claridad el centro arbitral al que las partes pretenden someterse. Se entiende, en tal sentido, que después de que las partes hayan incluido una cláusula compromisoria en el contrato el juez debe presumir que su intención es establecer un futuro mecanismo de solución de la controversia basado en el arbitraje (13). Esto es, el juez dejará constancia de la voluntad real de las partes de recurrir al arbitraje y únicamente le será dable llegar a una solución contraria si esta voluntad no está suficientemente acreditada por medio de circunstancias de índole objetivo. No se trata de que el juez tenga la obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir, si así lo considera oportuno, la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir de una simple lectura meramente formal de la cláusula controvertida. Mas tampoco el juez ha de extralimitarse en su función y llegar a una revisión de la cláusula, lo cual evidencia el difícil equilibrio que adorna esta función, pues si la imposibilidad de revisión de la cláusula se encuentra en un extremo de la balanza, en el otro se halla una eventual denegación de justicia.

Cuando la interpretación es estricta y rígida, el menor error puede implicar que el convenio arbitral decaiga. Cuestión más fáctica que jurídica, debe tenerse muy presente el alcance del error, con la finalidad de determinar si es sustancial o meramente instrumental. Y siempre teniendo en cuenta que en el arbitraje comercial, en sentido estricto, no encontramos supuestos en que participen partes especialmente protegidas o cuya pericia profesional sea algo dudoso. En este orden de ideas, el principio general de eficacia máxima y la seguridad jurídica de las partes son conceptos compatibles

que el juez de la anulación deberá tener muy en cuenta.

7. La voluntad integradora del juez encargado de enjuiciar este variado elenco de problemas constituye la última palabra en la determinación la eficacia del convenio arbitral (14) . No es la primera vez que los tribunales españoles abordan esta cuestión tanto con anterioridad como con posterioridad a la LA/2003. La SAP A Coruña 2ª 27 enero 2005 tuvo que pronunciarse en torno a la validez de una cláusula arbitral que remitía a la «Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de A Coruña» cuando a la fecha del contrato la única entidad existente era, el «Tribunal de la Asociación Gallega para el Arbitraje, constituida por la misma Cámara de A Coruña» (15) ; asimismo la STSJ Madrid CP 1ª 18 de febrero 2019, consideró que la nominación de la «Cámara de Comercio Internacional de Madrid», debía hacerse a «la Corte de Arbitraje de Madrid, en cuanto adscrita a la Cámara de Comercio de Madrid» (16) . Y esta voluntad integradora no impide, además, que se ponga en marcha la designación judicial de árbitro sustituyendo la incorrecta designación del centro de arbitraje por la posibilidad de un arbitraje *ad hoc* (17) o alcanzado un pacto transaccional homologado por el propio TSJ (18) .

En el caso que estudiamos el TSJ canario consideró que existía una institución arbitral llamada «Corte Nacional de Arbitraje Civil», Mercantil y con una Delegación en Tenerife, y con un «Reglamento procesal de arbitraje y normativa concordada». Para ello manifestó que para la interpretación de la cláusula de arbitraje debía prevalecer un criterio «flexible (no formalista) en la materia», bastando que «el convenio arbitral contenga por escrito y claramente el consentimiento de las partes de someterse a las decisiones de los árbitros para que se reconozca la existencia en el contrato el compromiso arbitral». Entiende el TSJ que en el presente caso se aprecia la existencia de un compromiso arbitral entre ambas partes, de conformidad con la cláusula 12 del contrato de arrendamiento. Dicha apreciación coincide además, como se ha indicado, con el pronunciamiento del árbitro en el laudo cuando, con respaldo en el art. 22.1º LA se pronunció sobre su propia competencia. Acierta pues la sentencia que se comenta en apreciar la existencia y validez de la cláusula arbitral con independencia de los «los pormenores de su contenido» insistiendo en que la promotora de la acción de anulación no acreditó que el convenio arbitral carecía de alguno de los presupuestos necesarios que determinan su existencia no siendo de recibo sus alegaciones que justificaban en este punto una medida sancionadora de tamaño trascendencia como la anulación del laudo. A partir de tal consideración la presente sentencia declara que «existe convenio arbitral, existe árbitro, y existe Reglamento de arbitraje de la propia institución arbitral», por lo cual no procede la admisión del primer motivo de nulidad esgrimido.

8. Al margen del fallo referido no está de más insistir en la originalidad de todo lo que concierne a la Corte Nacional de Arbitraje Civil, Mercantil y Marítimo (Asociación Nacional de Jurisdicción Arbitral) cuyos laudos, junto a la invocación de otras causales habituales en la práctica española (19) , no es la primera vez, que se impugnan en anulación y, en particular, por la redacción de la cláusula de sumisión al «arbitraje de ANJAR» (20) . Un recorrido por su página web (21) muestra significativas peculiaridades que no son frecuentes en otras entidades similares: a) La página está a nombre de la referida entidad, pero desde su propio inicio se hace referencia a otra denominada «Tribunal de Arbitraje, ANJAR, legalmente inscrito en el Registro Nacional de Asociaciones», aunque en el art. 1

del Reglamento de Procedimiento se proceda a una identificación de la institución arbitral: «se constituye, en el seno de la Asociación Nacional de Jurisdicción Arbitral (ANJAR), la denominada "Corte Nacional Arbitraje Civil, Mercantil y Marítimo" (identificada en el presente texto, también, como Corte de Arbitraje, Corte Arbitral o Institución)» (22) . b) Se indica que «Con el fin de facilitarle el acceso al procedimiento arbitral, ANJAR ha firmado un convenio de colaboración a nivel nacional con "Central de Arbitraje" (23) , que le ayudará y asesorará en todo lo concerniente a la preparación de documentos, plazos, etc., añadiendo que esta última entidad es "una institución completamente independiente de ANJAR que presta servicios de mediación, asesoramiento y ayuda previos al arbitraje que, además de ofrecerle el servicio de seguimiento y control (notificaciones, comunicaciones, plazos, etc.) del procedimiento arbitral, le ofrece la ejecución del laudo por la vía de la Jurisdicción Ordinaria, si ello fuese necesario"» (24) . c) Se incluye un Reglamento Procesal de 1 septiembre 2019 verdaderamente original que, entre otras cosas, inserta disposiciones concernientes a la intervención judicial (arts. 52 a 54), a la anulación, ejecución y revisión del laudo (arts. 73 a 77), al régimen disciplinario (arts. 78 a 96), y a la designación por la corte del secretario arbitral (art. 12). Esta última cuestión será abordada más abajo por ser el origen de una de las causales de anulación invocadas en la decisión objeto del presente comentario.

2. Inexistencia de renuncia tácita

9. Rechazado el anterior argumento, no puede sorprender el rechazo de otro de menor consistencia esgrimido por el solicitante de la anulación del laudo, según el cual, la parte actora «ante el conocimiento de la imposibilidad de acudir a la vía arbitral» (*sic*) le había remitido un burofax con el siguiente texto «les informo que acudiremos a los tribunales para defender los derechos e intereses de mi representado». Con ello se apunta, aunque ni se argumenta conveniente ni se acredita, a una renuncia tácita de la demandante al convenio de arbitraje. Este planteamiento no puede aceptarse pues para que opere la renuncia tácita es necesario que la parte, incumpliendo lo convenido en el acuerdo de arbitraje, solicite la intervención de la jurisdicción ordinaria. En tal caso, el acuerdo arbitral carecerá de eficacia a menos que se otorgue la facultad a la otra parte para oponer la excepción de incompetencia basada en el acuerdo de arbitraje. No existe impedimento para que las partes renuncien al convenio de arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial; por eso se entenderá que las partes renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción (25) . Cabe recordar que la vigente LA/2003, a diferencia de la LA/1988 (art. 11.2º) (26) , no hace referencia expresa a la renuncia tácita al arbitraje,

Se desprende a partir de lo dicho que no estamos ante, el supuesto al que alude el demandante de anulación: el hecho de que advierta en un burofax ante el incumplimiento de la contraparte que «acudiremos a los tribunales» es una mera cláusula de estilo y no pone en modo alguno en cuestión la cláusula de arbitraje.

III. PAPEL DEL SECRETARIO ADMINISTRATIVO DESIGNADO POR EL CENTRO

1. Vinculación al tribunal arbitral o al centro de arbitraje

10. Para el estudio de los argumentos esgrimidos en la segunda causal de anulación (a incorrecta composición de un supuesto «tribunal arbitral» integrado por un árbitro y un secretario designado por la referida corte), debe recordarse a modo previo una obviedad: que la figura del secretario del tribunal arbitral, se distingue con toda nitidez de la del secretario del centro de arbitraje (27) .

No es el momento de estudiar en toda su intensidad las funciones que la primera de estas figuras ejercen en la actual del desarrollo del procedimiento arbitral (28) . Baste retener que desempeña, *prima facie*, una función auxiliar colaborando con el tribunal arbitral en la realización de las funciones burocráticas que dicho procedimiento conlleva. Esta figura, introducida por la vía de hecho, fue siendo objeto paulatinamente de una regulación específica más detallada con la finalidad de delimitar su función, evitando posibles situaciones que por anómalas pudieran conllevar la anulación del laudo. Aunque en la práctica, la figura del secretario surgió de forma aislada, como un asistente o auxiliar del tribunal arbitral colegiado, se presencia terminó haciéndose habitual, incluso, como acontece en la decisión que se comenta, en casos de árbitro único. Sobre todo cuando se esté en presencia de controversias complejas con gran volumen documental y entre partes de reconocida solvencia económica y/o industrial o empresarial).

Tanto la práctica arbitral como la jurisprudencia estatal reconocen la posibilidad de que el tribunal arbitral sea asistido por un secretario (29) . Se considera que la presencia en el procedimiento de un jurista especializado que desarrolle el papel de secretario favorece la buena marcha del procedimiento arbitral y el desarrollo de determinadas actividades descargando a los árbitros de las tareas meramente técnicas para que puedan concentrarse en el examen del expediente y en la función propia de juzgar, consiguiendo con ello que no se produzcan determinados vicios de forma que no sólo pudieran dar lugar a la anulación del laudo, sino entrañar su responsabilidad.

La imposibilidad de los árbitros de delegar sus funciones (30) no impide que acudan a juristas para que les ayuden en el desempeño de su mandato arbitral y ello ha dado lugar a que en el mundo del arbitraje crezca la preocupación por lo que se percibe como el excesivo papel de algunos de estos asistentes que, con determinadas prácticas en el ejercicio de su oficio como secretarios de los tribunales (31) , deslegitiman con ello la función arbitral (32) .

11. Resulta ingenuo suponer que un secretario arbitral no tendrá una influencia importante, aunque sea indirecta, sobre el tribunal arbitral pese a qué si le encarguen funciones de carácter secundario. Críticas aparte, el empleo de secretarios arbitrales ha encontrado un amplio apoyo en la comunidad arbitral planteando la cuestión de cuáles han de ser sus funciones y si éstas deben ir más allá de la actividad auxiliar (33) . A ello se opone que el mandato del árbitro es muy personal y de acuerdo con esta posición a un secretario arbitral no se le debe encargar en modo alguno la revisión de los alegatos y pruebas de las partes. El resumen de los hechos de un caso, la revisión de los documentos y pruebas y la recapitulación de los alegatos de las partes es algo que debe ser hecho por el árbitro o por el tribunal arbitral como un paso importante en la evaluación del caso a la hora determinar los argumentos de las partes que conduzcan a la decisión final cuestiones meramente administrativas. En todo caso, cuando el secretario ha sido nombrado con el consentimiento de las partes y éstas no se han puesto de acuerdo sobre sus atribuciones, es probable que se le permita al menos realizar

tareas administrativas, pero los árbitros no pueden delegar su función decisoria ni el deber de firmar el laudo. No es fácil, sin embargo, establecer la línea divisoria exacta entre la delegación correcta e incorrecta.

Algunas voces procedentes del mundo arbitral consideran que esta actividad «auxiliar» se vincula a lo que acontece en los procedimientos ante la jurisdicción ordinaria con los asistentes de órganos judiciales prestando auxilio a los jueces en el desempeño de sus funciones, sin que esta asistencia sea considerada como una derogación ilegítima de la función jurisdiccional. Sin embargo, existe una distinción importante entre los auxiliares judiciales y los secretarios de tribunal arbitral que impide un tratamiento análogo de ambas figuras. La existencia de los primeros, que en España reciben el nombre de «letrados de la Administración de Justicia» (34), obedece a necesidades de descongestionar la justicia estatal y cuenta con un estatuto extraordinariamente detallado en las leyes de ordenación judicial. Dicha regulación no encuentra un paralelismo, en lo que concierne a la figura que estamos examinando, salvo algunas excepciones en las leyes estatales o en los convenios internacionales (35).

No resulta habitual que los centros dedicados al arbitraje comercial establezcan un procedimiento formal de designación de secretarios arbitrales sin intervención de los árbitros

Dejando a un lado la expresada situación diferencial, como punto de partida no debe considerarse inadecuado que un árbitro haga uso de los servicios de un jurista para que le ayude a informarse mejor sobre el fondo del caso y que entre sus funciones figure la transmisión de comunicaciones en nombre de los árbitros, la organización y custodia de la copia del expediente arbitral, de las audiencias y reuniones del tribunal y otras funciones. Menor unanimidad se observa en torno a su intervención en la deliberación del tribunal arbitral (36), pero aunque un secretario arbitral no deba participar en el proceso de toma de decisiones existe un consenso general de que sus funciones pueden ir más allá de aquellas meramente administrativas. Hasta que no se cuente en la comunidad de arbitraje con un amplio consenso sobre el papel que debe desempeñar el secretario del tribunal arbitral no se podrá disipar una cierta desconfianza hacia su papel, que puede tener un efecto perjudicial en esta forma de resolución de controversias (37). No debe extrañar que desde medios procedentes de la práctica arbitral se llame la atención de la necesidad de una especial atención a los aspectos éticos y a la delimitación detallada de las funciones del secretario del tribunal arbitral (38).

12. En los últimos tiempos el empleo y la aceptación general de los secretarios arbitrales, sobre todo en los tribunales colegiados, se refleja en las modernas versiones de los Reglamentos de arbitraje, estableciéndose un procedimiento formal y detallado en orden a su designación.

- i) Por lo general en la gran mayoría de los arbitrajes el nombramiento de un secretario arbitral continúa siendo una cuestión que compete al tribunal arbitral. La generalidad de los reglamentos

de los principales centros de arbitraje internacionales y españoles regulan con detenimiento tanto el procedimiento de nombramiento como el estatuto del «secretario administrativo» (39). El denominador común de estos instrumentos es que el nombramiento del secretario administrativo corresponde al tribunal arbitral (por lo general corresponde tal decisión al Presidente respecto de una persona de su confianza).

- ii) No resulta habitual que los centros dedicados al arbitraje comercial establezcan un procedimiento formal de designación de secretarios arbitrales sin intervención de los árbitros. Hay ciertas excepciones como la que se contiene en el modelo arbitral del *Netherland Arbitration Institute* permisivo a los árbitros de solicitar de esta institución que nombre un secretario para la realización de ciertas actividades para el tribunal arbitral (art. 39.1º Regl. NAI 2010); y para suministrar candidatos, el propio Instituto se encarga de organizar cursos de formación entre jóvenes juristas. Cosa distinta acontece en el arbitraje de inversiones. Sin ir más lejos el CIADI «podrá» designar, dentro de sus consejeros jurídicos a los que deberán desempeñar la función de secretario arbitral cuestión que está prevista en sus propias reglas (40). Asimismo, la Corte Permanente de Arbitraje provee a sus consejeros jurídicos para que desempeñen la función de secretarios arbitrales trabajando a veces junto con un secretario externo o asistente designado por el Tribunal arbitral.

Sin entrar en el complejo debate acerca del papel desarrollado por las «cortes intervencionistas», frente a las que son celosas de la separación entre sus específicas cometidos y la actividad de los árbitros, en la medida en que el secretario del tribunal arbitral despliegue una actividad meramente organizativa, su presencia en un procedimiento arbitral no suscita problema alguno. El límite está en la invasión por parte del secretario de cometidos que incumben únicamente a los árbitros y sus funciones, dígame de paso, en ningún caso podrán extenderse a las labores decisorias. Las discrepancias se presentan, sin embargo, cuando practiquen tareas jurídicas que desborden la mera asistencia al tribunal o tengan una determinada relación de dependencia con la institución administradora (41). En el primer caso, es perfectamente asumible la aportación de documentos doctrinales o jurisprudenciales y la preparación de resúmenes de los mismos, la preparación de determinados proyectos de resoluciones de contenido procesal, siendo mucho más cuestionable su contribución en la redacción del laudo (42), incluso de su resumen fáctico. En el segundo caso, aun cuando algunos reglamentos de arbitraje confirmen que el secretario del tribunal arbitral debe pertenecer al personal de la institución de arbitraje y que permitan e, incluso, estimulen la presencia de un secretario procedente de su personal, la respuesta debe ser contraria pues supone una quiebra de la necesaria independencia que debe mantener el tribunal arbitral respecto de la institución administradora (43).

13. Como se desprende de lo anterior, lo habitual en los Reglamentos e Arbitraje es que la designación del secretario arbitral sea competencia del propio tribunal arbitral. Ahora bien, dentro de las originalidades anteriormente apuntadas del Reglamento procesal de Corte Nacional de Arbitraje Civil, Mercantil y Marítimo (ANJAR) figura un sistema de nombramiento de secretario administrativo que se aparta de la generalidad de los Reglamentos de arbitraje, aproximándose a la orientación que prima el intervencionismo de la corte a lo largo de la sustanciación de las actuaciones arbitrales. Concretamente su art. 12 dispone que

Artículo 12. Nombramiento y funciones del Secretario Arbitral.

Cada Tribunal será asistido por un Secretario Arbitral designado por el Tribunal Decano.

La designación del Secretario Arbitral puede recaer en el Presidente del Tribunal Decano o en su Secretario General.

El Secretario Arbitral tendrá los siguientes cometidos:

a) La organización y custodia de toda la documentación del proceso arbitral.

b) La vigilancia del cumplimiento de las normas procesales.

c) La comunicación a las partes, mediante Diligencia y por orden del Árbitro Presidente, de la iniciación de cada momento procesal, incluidas las notificaciones, citaciones y/o emplazamientos y traslado de documentos que pudiera conllevar cada fase del procedimiento. La ejecución de tales comunicaciones se realizará a través de la Secretaría del Tribunal Decano.

d) La redacción de los testimonios vertidos en la ejecución de prueba.

e) La Certificación de cualquier extremo del proceso arbitral a petición del Árbitro Presidente. Si el peticionario fuere el Tribunal Decano, el escrito de solicitud ha de estar motivado y dirigido al Árbitro-Presidente, quien decidirá, bajo su responsabilidad, y también de forma motivada, sobre su pertinencia.

f) La redacción de Providencias y otros instrumentos decisorios del Presidente Arbitral.

g) Por indicación del Árbitro-Presidente, el anuncio del comienzo y finalización de las audiencias que se celebren en el transcurso del procedimiento, así como la preparación protocolaria de las mismas.

h) En las propuestas de reconducción del proceso, en cumplimiento de la obligación prescrita en el apartado b), y previa venia del Árbitro-Presidente, dará lectura a la norma legal o reglamentaria en que se fundamente dicha reconducción.

El Secretario Arbitral está sujeto a las mismas obligaciones de sigilo y confidencialidad impuestas a los Árbitros con ocasión del ejercicio de las funciones arbitrales. Su incumplimiento, al igual que el de cualquier norma deontológica dimanante del presente Reglamento o de la Ley de Arbitraje, llevará aparejada la acción disciplinaria a que se refiere el apartado j) del art. 4.

La Corte Arbitral creará un Censo de Secretarios Arbitrales, que se registrá por el Estatuto que a tal efecto articule el Secretario General, previa encomienda del Presidente.

La designación contemplada en este precepto es «imperativa» pudiendo recaer en el Presidente del Tribunal Decano o en su Secretario General, aunque se prevé la posibilidad de crear un Censo de

Secretarios Arbitrales. Las partes no cuentan con ninguna disponibilidad en esta designación.

2. Condicionamiento del secretario en la función arbitral

14. A tenor del contenido del reseñado art. 12, resulta acreditado, como reconoce la sentencia que comentamos que «un Secretario Arbitral no es un árbitro, como tampoco un Letrado de Administración de Justicia, por más que en una sentencia sea citado, no es Juez o Magistrado y, por tanto, no dicta Sentencia. Cada uno tiene su función y son funciones diferentes, con cometidos diferentes, tal y como queda expuesto en el artículo citado». Es cierto que los centros de arbitraje acostumbran a dejar bien sentada la separación entre las actuaciones de la corte y las del respectivo tribunal arbitral pero, en muchas ocasiones, existen interferencias notables como, entre otras, la presencia de un miembro de la institución arbitral, a título de secretario, en las deliberaciones del tribunal arbitral que merma de necesaria independencia de los árbitros a la hora de adoptar sus decisiones. Una cosa es la delimitación formal entre ambas figuras y otra la realidad en ciertos procedimientos de arbitraje donde interviene el árbitro designado por el centro administrador. De ello es sumamente ilustrativa la opinión de J.A. Dalhuisen en asunto *Compañía de Aguas contra Argentina*, donde se incluye una crítica la ampliación del papel de los secretarios del tribunal en los arbitrajes del CIADI. En dicho informe se subraya que el papel del secretario debe ser de «*administration and support*» y que el secretario «*not the fourth member of ICSID Tribunals or ad hoc Committees*» (44). La práctica posterior dirá si el discrepante figura de nuevo en los paneles de esta institución.

Ello lleva al TSJ canario a rechazar la argumentación expuesta por la parte demandante y a afirmar que el Laudo ha sido dictado por un único árbitro y que «D.^a Frida ha formado parte del Tribunal en su condición de Secretaria, es decir, de tramitación del procedimiento arbitral».

No obstante, se podría considerar que el secretario es un árbitro indebidamente nombrado si ha participado indebidamente en las deliberaciones del tribunal y en tal caso no resulta descabellado impugnar en laudo si se demuestra que la actuación del secretario pudo haber influido probablemente en el resultado del caso. Es cierto que dicha influencia es difícil de probar, pero no puede descartarse de manera tajante (45), lo que conlleva el riesgo inminente de que su sombra se haga demasiado alargada. Cuando un secretario de tribunal sobrepasa los límites de sus funciones de carácter auxiliar en su lugar actúa como (en la decisión que comentamos), «segundo» o «cuarto» árbitro (46), su conducta puede dar lugar a reclamaciones de responsabilidad, impugnaciones y a la anulación de los laudos (47).

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSSON, S., *A Study on the Appointment and Authority of Arbitral Secretaries in Swedish Arbitral Proceedings*, Universidad de Uppsala (Master's Thesis in Arbitration Law), 2015 [[https://www .diva-portal.org/smash/get/diva2:817193/FULLTEXT01.pdf](https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:817193/FULLTEXT01.pdf)].

ARTUCH IRIBERRI, E., «El convenio arbitral defectuoso», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, pp. 415-421.

- BONNELL, M., «When is an Arbitration Agreement "Inoperative"?», *Int'l. Arb. L. Rev.*, vol. 11, n.º 3, 2008, pp. 111 ss.
- CLAY, Th., «Le secretaire arbitral», *Rev. arb.*, 2005, n.º 4, pp. 931-957.
- CHATTERJEE, C., «The Reality of the Party Autonomy Rule in International Arbitration». *J. Int'l Arb.*, vol. 20, n.º 6, 2003, pp. 539-560.
- EISEMANN, F., «La clause d'arbitrage pathologique», *Essais in Memoriam de Eugenio Minoli*, Turín, UTET, 1974, pp. 120 ss.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, J.E. Boch, 2017.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y ARTUCH IRIBERRI, E., «Validez y eficacia del convenio arbitral internacional» (en colaboración con E. Artuch Iriberry) *Tratado de Derecho arbitral*. Colección Estudios, Tomo I, *El convenio arbitral* (2). Grupo Editorial Ibáñez / Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá, 2011, pp. 745-78.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Clausulas compromisorias y acuerdos de arbitraje», *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis* (S. Sánchez Lorenzo, dir.), Barcelona, Atelier, 2012, pp. 140-182.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators», *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid, La Ley, 2010, pp. 413-449.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino», *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 697-725.
- 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. 116 ss.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado de arbitraje comercial internacional en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 571-573.
- FISCHER, E. y PETER, F., «The Consequences of a Tribunal Secretary's Breach of Duties - the Games of Thrones Edition», *ASA Bull.*, vol. 37, n.º 2, 2019, pp. 358-365, esp. p. 364-365.
- GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., «X. Disposiciones adicional y transitoria Regl. CIMA», *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Madrid, CIMA / Iprolex, 2016, pp. 495-496.
- JENSEN, J.O., «Secretaries to Arbitral Tribunals: Judicial Assistants Rooted in Party Autonomy»,

International Journal for Court Administration, vol. 11, n.º 3, 2020, pp. 2-3.

JENSEN, J.O., *Tribunal Secretaries in International Arbitration*, Oxford University Press, 2019.

JONES, D., «Ethical Implications of Using Paralegals and Tribunal Secretaries», *Hors Serie (Victoria Univ. of Wellington)*, vol. XVII, 2014, pp. 251-261.

MALEVILLE, M.H., «Pathologies des clauses compromissaires», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2000, n.º 1, pp. 61-83.

PARTASIDES, C., «The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration», *Arb. Int'l*, vol. 18, n.º 2, 2002, pp. 147-163.

PERALES VISCASILLAS, M.P., «Los secretarios arbitrales: una oportunidad perdida en el Código de Buenas Prácticas del CEA», *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, número especial dedicado al «Comentario al Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje», 2020, pp. 881-393.

POLKINGHORNE, M. y ROSENBERG, Ch.B., «The Role of the Tribunal Secretary in International Arbitration: A Call for a Uniform Standard», *Disp. Res. Int'l*, vol. 8, n.º 2, 2014, pp. 107-128.

RESTEMAYER, C.J., «Secretaries Always Get a Bad Rep: Identifying the Controversy Surrounding Administrative Secretaries, Current Guidelines, and Recommendations», *Yearbook on Arbitration and Mediation*, vol. 4, 2012, pp. 32-342.

ROSELL, J., «La redacción del laudo por el secretario del tribunal. Opiniones contrastadas», *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 38, 2020, pp. 9-30

TERCIER, P.D., «Chapter 23 - The proper role of tribunal secretaries», *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (L.W. Newman y R. D. Hill), 3ª ed., Huntington (NY), Juris, 2014, p. 531 ss.

VIDAL, C. y TALLON, F., «El Secretario Administrativo del Tribunal arbitral», en la Sección «Práctica arbitral», *La Ley: Mediación y Arbitraje*, n.º 4, 2020.

VIDAL, C., «Papel del secretario del tribunal arbitral», *El laudo arbitral* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords, Valencia, Tirant lo blach, 2021 (en prensa).

.....

(1)

Vid. el resumen de esta decisión en la «Selección de las resoluciones más destacadas dictadas recientemente por nuestros Tribunales», *infra*.

Ver Texto

(2) STSJ Canarias CP 1ª 15 noviembre 2012; STSJ Canarias CP 1ª 29 abril 2014; STSJ Canarias CP 1ª 1

diciembre 2015; STSJ Canarias CP 1ª 15 diciembre 2015; STSJ Canarias CP 1ª 3 marzo 2016; STSJ Canarias CP 1ª 17 mayo 2016; STSJ Canarias CP 1ª 5 abril 2017 (ES:TSJICAN:2017:619); STSJ Canarias CP 1ª 7 junio 2017 (ES:TSJICAN:2017:621).

Ver Texto

(3) STSJ Canarias CP 1ª 12 diciembre 2012.

Ver Texto

(4) Según la web de esta entidad: «La ANJAR, está integrada por profesionales especialistas en diversas disciplinas tales como el derecho (en sus distintas especialidades), inmobiliario (arrendamientos rústicos y urbanos, comunidades de propietarios, etc.), arquitectura, ingeniería, marítimo, medicina, etc., con el fin de ofrecer una solución profesional y ajustada no sólo a derecho, sino a la realidad de cada caso» [<http://www.anjar.es/>].

Ver Texto

(5) F. Eisemann, «La clause d'arbitrage pathologique», *Essais in Memoriam de Eugenio Minoli*, Turín, UTET, 1974, pp. 120 ss; E. Artuch Iriberry, «El convenio arbitral defectuoso», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, pp. 415-421. M.H. Maleville, «Pathologies des clauses compromissaires», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2000, n.º 1, pp. 61-83; J.C. Fernández Rozas, «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. 116 ss; J.C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, «Validez y eficacia del convenio arbitral internacional» (en colaboración con E. Artuch Iriberry) *Tratado de Derecho arbitral*. Colección Estudios, Tomo I, *El convenio arbitral* (2). Grupo Editorial Ibáñez / Instituto Peruano de Arbitraje, Bogotá, 2011, pp. 745-78.

Ver Texto

(6) J.C. Fernández Rozas, «Cláusulas compromisorias y acuerdos de arbitraje», *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis* (S. Sánchez Lorenzo, dir.), Barcelona, Atelier, 2012, pp. 140-182.

Ver Texto

(7) Vid. C. Chatterjee, «The Reality of the Party Autonomy Rule in International Arbitration». *J. Int'l Arb.*, vol. 20, n.º 6, 2003, pp. 539-560.

Ver Texto

(8) A. Fernández Pérez, *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, J.E. Boch, 2017, p. 30. STS 1ª 20 junio 2002 «lo que resulta importante, a efectos de la vinculación de los interesados a la estipulación, es que el convenio arbitral, debidamente formalizado por escrito, contenga (...) el consentimiento claro, preciso y determinante de las partes, como declaración de voluntades concordes de someterse a arbitraje, es decir que no cabe dejar abiertas puertas a la duda o imprevisión de lo que debe quedar bien explicitado».

Ver Texto

- (9) M. Bonnell, «When is an Arbitration Agreement «Inoperative?»», *Int'l. Arb. L. Rev.*, vol. 11, n.º 3, 2008, pp. 111 ss.

[Ver Texto](#)

- (10) *V.gr.*, «X. Disposiciones adicional y transitoria Regl. CIMA» y observaciones de C. González-Bueno Catalán de Ocón en *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords.), Madrid, CIMA / Iprolex, 2016, pp. 495-496.

[Ver Texto](#)

- (11) *V.gr.*, el inexistente «Tribunal Arbitral de Cantabria». Según la AAP Cantabria 2ª 23 julio 2007 «no es eso lo que quisieron convenir las partes, que de manera irreflexiva encomendaron a un organismo inexistente funciones arbitrales decisivas, sin hacer ninguna previsión acerca de cómo sustituirle en caso de imposibilidad originaria (como ha sido el caso) o sobrevenida (como lo hubiera sido si existente ese tribunal, el mismo hubiera desaparecido con posterioridad)» (*Jurisprudencia Española de arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Aranzadi-Thomson -Reuters, 2013 —en adelante JEA—, n.º 244). Desde esta perspectiva negativa resulta obligado referirse al AAP Tarragona 1ª 25 enero 2017 (ES:APT:2017:152A) y a la SAP Zaragoza 28 diciembre 2017 (ES:APZ:2017:2813), que desestimó una declinatoria arbitral por designar la cláusula arbitral indistintamente al arbitraje de la Corte Internacional de la CCI y a los tribunales de Zaragoza.

[Ver Texto](#)

- (12) J.C. Fernández Rozas, «El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino», *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 697-725, esp. 712-714.

[Ver Texto](#)

- (13) AAP Barcelona 11ª 7 febrero 2019 (ES:TSJM:2019:2135); AAP Salamanca 1ª 12 marzo 2019 (ES:APSA:2019:95A); AAP Badajoz 3ª 1 julio 2019 (ES:APBA:2019:350A).

[Ver Texto](#)

- (14) En el asunto abordado por la SJPI n.º 5 de Barcelona 12 febrero 1985, en el contrato causa de la controversia, se encontraban dos cláusulas contradictorias. Una, referida al Derecho aplicable que contenía una remisión expresa al ordenamiento español y que incluía la indicación de que serían competentes los tribunales de Barcelona. Y otra que, titulada «solución de disputas» fijaba el arbitraje de la Corte de la CCI. Ante el dilema, el juzgado se inclinó por validar la cláusula arbitral por ser la relativa el arbitraje de carácter más específico que la de jurisdicción; incluso se entiende que esta referencia jurisdiccional es eficaz en un plano territorial, a los efectos de determinar el concreto tribunal competente para realizar los actos coadyuvantes del arbitraje, verdadera jurisdicción elegida por las partes (*Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. IV, 1987, pp. 137 ss y nota de M. Amores Conradi, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XL, 1988, pp. 189 -190). *Vid.*, asimismo, STSJ Murcia CP 1ª 6 abril 2017: «En tales condiciones, consideramos que la ya señalada difícil convivencia de ambas cláusulas de sumisión debe resolverse interpretando que la intención evidente de los contratantes era someter a arbitraje las diferencias que surgieran en las obras de construcción...» (ES:TSJMU:2017:659).

[Ver Texto](#)

(15) De acuerdo con la Audiencia: «No podemos aceptar que la voluntad de las partes al convenir haya sido la de someterse a una antigua Corte y no a la actual de la Cámara, ni error en la encomienda arbitral pactada, acorde con el art. 10 y 14 de la Ley. Por la cláusula en cuestión las partes también se sometieron al reglamento de la Corte arbitral» (JEA, n.º 242).

[Ver Texto](#)

(16) El fallo del TSJ madrileño no puede ser más explícito en el sentido de que «Debe acogerse, por tanto la interpretación y conclusión que alcanza la árbitra, con apoyo en el principio *favor iurisdictionis* (...). En otro orden de cosas debe rechazarse la alegación de nulidad de la cláusula arbitral, por efectuar la designación a una institución arbitral inexistente. Ciertamente y así lo pone de manifiesto el Laudo impugnado, no existe en Madrid capital una corte de arbitraje con la concreta denominación de «Cámara de Comercio Internacional de Madrid», pues solo la de París es la que tiene la denominación de «Cámara de Comercio Internacional», ello no obstante cabe salvar dicha imprecisión o errónea denominación, entendiendo que la referencia debe hacerse a la Corte de Arbitraje de Madrid, en cuanto adscrita a la Cámara de Comercio de Madrid, tal como señala el Laudo, acogiendo el criterio de la parte demandante, siendo lógica dicha conclusión, y permite descartar cualquier otro órgano de arbitraje de Madrid, cuyas denominaciones no guardan ni la similitud ni la relación entre Cámara de Comercio y Corte de Arbitraje» (ES:TSJM:2019:2135).

[Ver Texto](#)

(17) STSJ Castilla y León CP 1ª 24 noviembre 2011 «La circunstancia de que no exista en la Cámara de Comercio e Industria de León una Corte de Arbitraje ni un reglamento que regule esta institución no es motivo suficiente para entender inválido el convenio» (JEA, n.º 248).

[Ver Texto](#)

(18)
STSJ Madrid CP 1ª 10 octubre 2017 (ES:TSJM:2017:11063).

[Ver Texto](#)

(19) La STSJ CP 1ª 12 diciembre 2017 (ES:TSJICAN:2017:3891) anuló el laudo por deficiente notificación, sin embargo, la STSJ Canarias CP 1ª 25 marzo 2020 (ES:TSJICAN:2020:424) confirmó el laudo.

[Ver Texto](#)

(20) Si bien la STSJ Canarias CP 1ª 22 diciembre 2017 rechazó entre otras causales de anulación la alegación de «inexistencia de convenio arbitral», considerando que la parte actora se había limitado a negar la realidad de la cláusula de sumisión al arbitraje de ANJAR «y para ello alega que la referida cláusula está puesta debajo del sello y firma del presupuesto, cuestionando así su realidad o insinuando que dicha cláusula se hubiera puesto con posterioridad a la devolución y aceptación, con sello y firma de la empresa, de aquel presupuesto» (ES:TSJICAN:2017:3935).

[Ver Texto](#)

(21) [<http://www.anjar.es/>].

Ver Texto

(22)

Esta entidad incluye la siguiente cláusula tipo: «Las partes intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la aplicación o interpretación del presente contrato, o relacionados con él, directa o indirectamente, se resolverán definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte Nacional de Arbitraje Civil, Mercantil y Marítimo de la «Asociación Nacional de Jurisdicción Arbitral» (ANJAR), incluida la designación de Árbitro. La indicada Corte Arbitral sustanciará los procedimientos según las normas establecidas en el Reglamento Procesal de Arbitraje de la Institución, publicado en la página www.anjar.es y que las partes afirman conocer y aceptar. Todo ello de conformidad con lo previsto en el apartado 2 del Artículo 14 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje».

Ver Texto

(23) Esta entidad, cuenta con una página web [<http://www.centraldearbitraje.com/quienes-somos.html>] donde se indica que es la marca Registrada del Grupo SEPIMA S.L. sustentada por tres principios básicos: servicio de recobro, prevención de impagados y ahorro fiscal, luchando «decididamente contra los morosos profesionales aplicando la eficacia del arbitraje» (*sic*). Su domicilio se ubica en el Polígono Industrial de los Tarahales (Las Palmas de Gran Canaria).

Ver Texto

(24)

Un ofrecimiento que debería delimitarse, pues todo lo concerniente al despacho de ejecución del laudo es función exclusivamente jurisdiccional que queda fuera de los árbitros y de la institución arbitral.

Ver Texto

(25) SAP Cantabria 2ª 20 junio 1996 (JEA, n.º 302).

Ver Texto

(26) SAP Islas Baleares 20 julio 1995 (JEA, n.º 326).

Ver Texto

(27) Th. Clay, «Le secretaire arbitral», *Rev. arb.*, 2005, n.º 4, pp. 931-957.

Ver Texto

(28) Un completo estudio sobre esta cuestión, con un especial detenimiento en el capítulo del nombramiento y del comportamiento ético de los secretarios en la práctica del arbitraje internacional, se encuentra en la monografía de J.O. Jensen, *Tribunal Secretaries in International Arbitration*, Oxford University Press, 2019.

Ver Texto

(29) Como pusiera de relieve la sentencia de la *Cour d'appel* París (1^{ère} Ch.) 21 junio 1990 (*Cie. Honeywell Bull / Computacion Bull de Venezuela*): «*Considérant que les faits invoqués... quant au déroulement des audiences ne caractérisent pas davantage une violation des règles essentielles de la procédure, le tribunal ayant la possibilité de s'adjoindre un secrétaire*» (*Rev. arb.*, 1991, pp. 96 ss y nota de J.-L. Delvolvé).

[Ver Texto](#)

(30) *V.gr.*, Código de ética para árbitros en controversias comerciales (AAA/ICDR) (1977), Canon V(C): «*an arbitrator should not delegate the duty to decide to any other person*». Canon V(B): «*An arbitrator may obtain help from an associate, a research assistant or other persons in connection with reaching his or her decision if the arbitrator informs the parties of the use of such assistance and such persons agree to be bound by the provisions of this Canon*».

[Ver Texto](#)

(31) D. Jones, «Ethical Implications of Using Paralegals and Tribunal Secretaries, *Hors Serie (Victoria Univ. of Wellington)*, vol. XVII, 2014, pp. 251-261.

[Ver Texto](#)

(32) M.P. Perales Viscasillas, «Los secretarios arbitrales: una oportunidad perdida en el Código de Buenas Prácticas del CEA», *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, número especial dedicado al «Comentario al Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje», 2020, pp. 881-393, esp. p. 882.

[Ver Texto](#)

(33) Los defensores de las responsabilidades amplias sostienen que los secretarios del tribunal aumentan la eficiencia del procedimiento de arbitraje, permiten a los árbitros centrarse en la deliberación sobre el fondo y pronunciar sus laudos con mayor rapidez. Por el contrario, quienes abogan por una función limitada para los secretarios del tribunal argumentan que la selección de los árbitros es *intuiti personae* y que, por lo tanto, no debería haber ninguna delegación (Report of the International Commercial Disputes Committee and the Committee on Arbitration of the New York City Bar Association, «Secretaries to International Arbitral Tribunals», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 17, n.º 4, 2006, pp. 575-596). *Vid.* M. Polkinghorne y Ch.B. Rosenberg, «The Role of the Tribunal Secretary in International Arbitration: A Call for a Uniform Standard», *Disp. Res. Int'l*, vol. 8, n.º 2, 2014, pp. 107-128.

[Ver Texto](#)

(34) Con la entrada en vigor de la reforma de la LOPJ de 21 julio de 2015, los Secretarios Judiciales pasaron a denominarse Letrados de la Administración de Justicia, dando respuesta a una demanda histórica de este colectivo. Esta medida afectó a más de 4.200 personas de toda España.

[Ver Texto](#)

(35) J.O. Jensen, «Secretaries to Arbitral Tribunals: Judicial Assistants Rooted in Party Autonomy», *International Journal for Court Administration*, vol. 11, n.º 3, 2020, pp. 2-3.

[Ver Texto](#)

(36) P.D. Tercier, «Chapter 23 - The proper role of tribunal secretaries», *The Leading Arbitrators» Guide to International Arbitration* (L.W. Newman y R. D. Hill), 3ª ed., Huntington (NY), Juris, 2014, p. 531 ss. *V.gr.* art. 22.3º Regl. CIMA 2015 dispone que «El tribunal arbitral, bajo ninguna circunstancia, podrá delegar sus funciones decisorias o la ejecución de cualquiera de sus deberes esenciales en su secretario administrativo, el cual no participará en las deliberaciones del tribunal arbitral». Recuérdese que en el caso *Yukos* quedó acreditado que el Secretario del Tribunal no sólo participó en las deliberaciones, sino que tuvo un importante papel en la redacción del laudo (*Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. The Russian Federation*, PCA Case n.º AA 227, 2014). *Vid.* C. Vidal, «Papel del secretario del tribunal arbitral», *El laudo arbitral* (F. Ruiz Risueño y J.C. Fernández Rozas, coords), Valencia, Tirant lo blach, 2021 (en prensa).

[Ver Texto](#)

(37) C.J. Restemayer, «Secretaries Always Get a Bad Rep: Identifying the Controversy Surrounding Administrative Secretaries, Current Guidelines, and Recommendations», *Yearbook on Arbitration and Mediation*, vol. 4, 2012, pp. 32-342, esp. 342.

[Ver Texto](#)

(38) M.P. Perales Viscasillas, «Los secretarios arbitrales: una oportunidad perdida...», *loc. cit.*, p. 881.

[Ver Texto](#)

(39) *Vid. infra*, C. Vidal y F. Tallon, «El Secretario Administrativo del Tribunal arbitral», en la Sección «Práctica arbitral» de este número de *La Ley: Mediación y Arbitraje*. Los autores realizan un análisis pormenorizado del contenido de los modernos Reglamentos de arbitraje en la materia, y a dicho estudio nos remitimos.

[Ver Texto](#)

(40) Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero: «El Secretario General nombrará un Secretario para cada Comisión, Tribunal y Comité. El Secretario podrá ser escogido de entre el Secretariado del Centro y en todo caso, mientras actúe en calidad de tal, será considerado como miembro de su personal».

[Ver Texto](#)

(41) J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial internacional en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 571-573.

[Ver Texto](#)

(42) J. Rosell, «La redacción del laudo por el secretario del tribunal. Opiniones contrastadas», *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 38, 2020, pp. 9-30

[Ver Texto](#)

(43) J.C. Fernández Rozas, «Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators», *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid, La Ley, 2010, pp. 413-449, esp. p. 439.

Ver Texto

(44) De acuerdo con este miembro de un Comité *ad hoc* de anulación: «También, parecería absolutamente inapropiado que la Secretaría redacte las decisiones y el razonamiento en todo o en parte, aun siguiendo las instrucciones básicas de los Árbitros o de los Miembros del Comité *ad hoc*, aunque la versión final estuviera naturalmente sujeta a su aprobación. Esto no parecería suficiente para legitimizar el texto» (*Compañía de Aguas del Aconquija SA & Vivendi Universal SA v La República Argentina*, Caso CIADI No ARB/97/3 (Procedimiento e Anulación), A Opinión Adicional del Profesor J.H. Dalhuisen bajo el Artículo 48(4) del Convenio del CIADI, 30 julio 2010, párr. 7. [<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/itao222.pdf>].

Ver Texto

(45) S. Andersson, *A Study on the Appointment and Authority of Arbitral Secretaries in Swedish Arbitral Proceedings*, Universidad de Uppsala (Master's Thesis in Arbitration Law), 2015, pp. 53-55 [<https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:817193/FULLTEXT01.pdf>].

Ver Texto

(46) C. Partasides, «The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration», *Arb. Int'l*, vol. 18, n.º 2, 2002, pp. 147-163.

Ver Texto

(47) E. Fischer y F. Peter, «The Consequences of a Tribunal Secretary's Breach of Duties - the Games of Thrones Edition», *ASA Bull.*, vol. 37, n.º 2, 2019, pp. 358-365, esp. p. 364-365.

Ver Texto



Arbitraje y mediación en el Texto Refundido de la Ley Concursal

Arbitration and Mediation in the Consolidated Text of the Spanish Insolvency Law

El art 140 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley Concursal (en adelante, TRLCon), presta atención a dos cuestiones puntuales relativas al tratamiento de los arbitrajes y la mediación en el marco del concurso. De un lado, estipula los efectos que se derivan de la declaración de apertura de un concurso sobre los pactos de sometimiento a mediación o los convenios arbitrales que hubieran sido concluidos por el deudor con anterioridad a la fecha de apertura del concurso. De otro, regula el tratamiento concursal de los procedimientos arbitrales y de mediación en los que fuera parte el deudor concursal, que ya estuvieran tramitándose antes del inicio del concurso. El precepto recoge, en términos generales, el contenido del derogado art. 52 de la Ley Concursal, aunque introduce una serie de novedades que se analizan en el presente comentario.

Arbitraje, Mediación, Procedimientos concursales, Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

Article 140 of Royal Legislative Decree 1/2020, of 5 May, which approves the consolidated text of the Insolvency Law, pays attention to two specific issues relating to the treatment of arbitration and mediation within the framework of the Insolvency. On the one hand, it stipulates the effects that derive from the declaration of the opening of a Insolvency proceeding on the submission agreements to mediation or the arbitration agreements that may have been concluded by the debtor prior to the date of opening of the Insolvency proceeding. On the other hand, it regulates the Insolvency treatment of arbitration and mediation procedures to which the Insolvency debtor was a party, which were already being processed before the start of the Insolvency. This provision generally includes the content of the repealed Article 52 of the Insolvency Law, although it introduces a series of new features that are analysed in this commentary.

Arbitration, Mediation, Insolvency proceedings, Royal Legislative Decree 1/2020, of 5 May.



Iván Heredia Cervantes

Profesor Titular de Derecho internacional privado

Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre los procedimientos concursales, de un lado, y la mediación y el arbitraje, de otro, no resultan en absoluto pacíficas. Todos ellos son mecanismos procesales que persiguen objetivos de muy diversa naturaleza y, en consecuencia, los problemas que se derivan de su «encuentro» resultan de especial complejidad. Mientras los procedimientos concursales se caracterizarían por la fuerte presencia de intereses colectivos (defensa de la igualdad de trato a los acreedores, protección de los empleados, defensa de los derechos de los acreedores e inversores, etc.), la mediación y el arbitraje, únicamente pretender dar respuesta a los intereses de los sujetos sobre los que se proyecta el pacto de sometimiento a mediación o el convenio arbitral, manteniéndose, al menos *a priori*, al margen de cualquier circunstancia ajena al encargo realizado por las partes. Dicho de otro modo, mientras el administrador concursal debería velar por la maximización del patrimonio concursal en interés de todos los acreedores, los árbitros o los mediadores únicamente tendrían que atender a los intereses de los particulares que han decidido encomendarle su controversia. Se podría decir que la relación entre arbitraje y mediación, por un lado, y los procedimientos concursales, por otro, debe concebirse como un conflicto entre polos opuestos, desde el momento en que el procedimiento concursal ejerce una presión inexorable hacia la centralización a través del juego de la *vis attractiva concursus*, mientras que la lógica que subyace tras la mediación y el arbitraje conduce hacia la descentralización de las controversias englobadas en el convenio arbitral.

El art. 140 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley Concursal (en adelante TRLCon), presta atención a dos cuestiones puntuales relativas al tratamiento de los arbitrajes y la mediación en el marco del concurso. De un lado, estipula los efectos que se derivan de la declaración de apertura de un concurso sobre los pactos de sometimiento a mediación o los convenios arbitrales que hubieran sido concluidos por el deudor con anterioridad a la fecha de apertura del concurso. De otro, regula el tratamiento concursal de los procedimientos arbitrales y de mediación en los que fuera parte el deudor concursal, que ya estuvieran tramitándose antes del inicio del concurso.

El precepto recoge, en términos generales, el contenido del derogado art. 52 de la Ley Concursal, tal y como quedó redactado tras la entrada en vigor de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, (en adelante LA), de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la administración general del Estado (1). No obstante, el art. 140 introduce una serie de novedades que se analizarán a continuación, que en ocasiones aumentan las numerosas dudas que ya planteaba el art. 52 Ley 22/2003 de 9 de julio, (en adelante LC).

II. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS PACTOS DE SOMETIMIENTO A

MEDIACIÓN Y LOS CONVENIOS ARBITRALES CONCLUIDOS POR EL DEUDOR CONCURSAL

1. La solución general: el mantenimiento de los efectos del pacto de sometimiento a mediación y del convenio arbitral

Tal y como ya se ha avanzado, el art. 140 TRLCon, análogamente al art. 52 LC regula dos cuestiones diferentes. De un lado, los efectos de la declaración de apertura del concurso sobre los pactos de sometimiento a mediación y los convenios arbitrales concluidos por el deudor concursal que no hubieran dado origen a un procedimiento de mediación o arbitral en el momento de apertura del concurso. De otro, los efectos que se derivan de la apertura del concurso sobre los procedimientos de mediación y arbitrales en los que sea parte el deudor, que se encontrasen ya «*en tramitación*» en dicha fecha. Las soluciones por las que opta el precepto para ambas situaciones son coherentes entre sí y se muestran especialmente respetuosas con las instituciones de la mediación y el arbitraje. En el caso de los pactos de sometimiento a mediación y convenios arbitrales, se mantiene con carácter general su vigencia, a salvo de lo contemplado en el ap. 3º. En cuanto a los procedimientos de mediación y arbitrales que se encontraran en tramitación en la fecha de apertura del concurso, continuarán hasta la terminación de la mediación o hasta la firmeza del laudo.

Esta coherencia a la hora de regular ambos supuestos, no existía sin embargo antes de la reforma del art. 52.1º LC que introdujo la ya mencionada Ley 11/2011. Hasta dicha reforma, el art. 52.1º dispensaba un trato especialmente duro a los convenios arbitrales al establecer que quedaban «*sin valor ni efecto*» durante la tramitación del procedimiento concursal. La Exposición de la Ley 11/2011 dejó claro que lo que se pretendía lograr al modificar el art. 52.1º era

«... mantener la vigencia del convenio arbitral, siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso». Y el propio legislador dio ejemplos sobre cuáles son esas acciones: las relativas «a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal y los litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura».

Por el contrario, todas aquellas acciones que enfrente a las partes de un pacto de sometimiento a mediación o de un convenio arbitral que tengan su fundamento en la existencia de un procedimiento concursal o en cualquiera de los institutos pre-concursales contemplados en el Libro Segundo del TRLCon, quedan fuera del ámbito de aplicación del precepto (2).

La suspensión de los efectos del convenio podría estar justificada cuando el juez del concurso considerase que ello redundaría en interés del concurso

2. Suspensión de los efectos del pacto de sometimiento a mediación y del convenio arbitral: el art. 140.3º TRLCon

El art. 140.3º TRLCon permite al juez del concurso suspender los efectos de los convenios arbitrales y de los pactos de sumisión a mediación si entendiera que, en caso contrario, podría derivarse un perjuicio para la tramitación del concurso. Esta posibilidad, incorporada también al art. 52 LC por la Ley 11/2011, no se contemplaba ni en el Anteproyecto ni en el Proyecto de dicha Ley y ha generado importantes dudas sobre su contenido, dado que el legislador no aporta indicación alguna sobre los elementos a tener en cuenta a la hora de valorar el posible «perjuicio para la tramitación del concurso». Ante este panorama, se ha defendido que las valoraciones que ha de realizar el juez del concurso deben estar guiadas por un análisis meramente económico y se ha propuesto utilizar como referente hermenéutico la jurisprudencia que interpreta los criterios que, en aplicación del art. 165 TRLCon, permitirían resolver los contratos en interés del concurso (3). En definitiva, la suspensión de los efectos del convenio podría estar justificada cuando el juez del concurso considerase que ello redundaría en interés del concurso. Y para realizar esta operación, el juez del concurso deberá comparar necesariamente las **consecuencias** que supone **para el interés colectivo de los acreedores** el hecho de que el litigio se resuelva, no en el marco de un arbitraje, sino ante el juez que sería competente en el caso de que el convenio quedara sin efectos.

El art. 140.3º TRLCon presenta una destacada importancia en presencia de arbitrajes internacionales y, en particular, en aquellos casos en los que la sede del arbitraje se encuentra fuera de España. Evidentemente, un procedimiento arbitral internacional no es barato y los costes pueden aumentar exponencialmente si la sede del arbitraje se encuentra en el extranjero, por lo que esta circunstancia deberá ser tenida en cuenta al aplicar el art. 140.3º. Ahora bien, a la hora de comparar los costes que puede suponer mantener la vigencia de un convenio arbitral, y por tanto, permitir la tramitación de un futuro procedimiento arbitral en el que pueda ser demandado el deudor concursal, o suspender la eficacia del convenio arbitral y obligar a las partes a litigar ante los órganos jurisdiccionales competentes, un dato importante a tener en cuenta es que, en el ámbito internacional, la suspensión de los efectos del convenio no supondría necesariamente que el juez del concurso poseyese competencia judicial internacional para conocer de las eventuales acciones sobre las que se proyectaba dicho convenio. Nuestra normativa sobre insolvencia internacional y, en concreto, los artículos 6 del Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia y 56 TRLCon, apuestan por una concepción muy atenuada de la *vis attractiva concursus en el ámbito internacional*, de tal manera, que sólo aquellas acciones que tengan su fundamento en la insolvencia del deudor y se encuentren estrechamente vinculadas con ésta, quedarán dentro de la competencia del juez que conoce del procedimiento de insolvencia. Para el resto de las acciones no se alteran las reglas «ordinarias» o *extra-concursales* de competencia internacional.

Y esto es precisamente lo que acontece con las acciones típicas cubiertas por un convenio arbitral. Se trata de acciones de naturaleza obligacional (fundamentalmente contractuales, pero también en ocasiones extracontractuales), que claramente quedarían fuera de la competencia del juez del concurso. Ello supone que sólo podrían tramitarse en nuestro país si las normas «ordinarias» sobre competencia judicial internacional —el Reglamento 1215/2011 (Reglamento Bruselas I bis), el

Convenio de Lugano de 2007 o el art. 22 LOPJ— le atribuyeran competencia. En definitiva, podría suceder que el convenio arbitral obligara al deudor a litigar en un Estado extranjero porque la sede del arbitraje se fijó allí, pero si se suspendiera la eficacia del convenio la consecuencia podría ser que el deudor también se viera obligado a litigar en el extranjero al no haber ningún foro «ordinario» que atribuyese competencia a los tribunales del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia. Como señaló el Juzgado de lo Mercantil de Cantabria en su Auto de 30 septiembre 2019 (4) .

«La suspensión del convenio producirá una reactivación de las normas ordinarias de competencia judicial internacional. La comparación por lo tanto ha de producirse entre el tiempo y los costes asociados al arbitraje internacional, y las del procedimiento que resultará aplicable en su ausencia».

3. Referencia a los «tratados internacionales»

El art. 722, igual que el art. 52.1º LC, sigue manteniendo la referencia a los «tratados internacionales», algo que, además de innecesario, puede ser fuente de equívocos. Se trata de una referencia innecesaria porque la supremacía de los Tratados internacionales sobre el ordenamiento interno español se consagra en el art. 96.1 de la CE y porque no existe en la actualidad ningún texto convencional en vigor en nuestro país que regule el tratamiento concursal del convenio arbitral. Por el contrario, en el ámbito internacional, el tratamiento concursal del convenio arbitral se contiene, fundamentalmente, bien en el mencionado Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, bien, fuera de los supuestos regulados por este instrumento, en la regulación internacional del TRLCon (5) . Pero además, nos encontramos ante una remisión que ha fomentado interpretaciones erróneas del precepto, basadas en una incorrecta identificación de las normas que deben determinar las consecuencias de la apertura del concurso sobre el convenio arbitral, y que tienen su origen en una desenfocada concepción del problema, que ha gozado de cierto predicamento jurisprudencial (6) . Según dicha concepción, el tratamiento concursal del convenio arbitral celebrado antes de la declaración de apertura debería ser regulado, no ya a través de la normativa concursal sino mediante las propias normas arbitrales y, más en concreto, mediante las normas que regulan la ley aplicable a la eficacia del convenio arbitral, al asumirse que nos encontramos ante una cuestión relativa al ámbito personal y eficacia de éste.

El problema que presenta esta interpretación es que ignora por completo el reparto de tareas entre la normativa concursal y la extra-concursal. En concreto, olvida que una cosa es la validez del convenio arbitral concluido por el deudor concursal y otra muy diferente las consecuencias que para ese convenio arbitral válidamente celebrado y plenamente eficaz antes de la declaración de apertura, supondría el hecho de que frente a una de las partes que lo celebraron se abriera un procedimiento concursal. La validez y efectos extra-concursales del convenio nos la proporcionan, evidentemente, las normas arbitrales y el resto de las reglas que pueden incidir en su válida celebración. Por el contrario, y aquí es donde se encuentra el error de esta interpretación, las consecuencias que para un convenio arbitral válido supone la apertura de un procedimiento de ejecución colectiva frente a uno de sus celebrantes, corresponde en exclusiva a la legislación de la insolvencia (7) . Del mismo modo que el tratamiento concursal de un contrato o de un derecho real no debe buscarse ni en las normas contractuales ni en las jurídico-reales, sino —como no podía ser

de otra manera— en las concursales, tampoco se puede buscar en las normas que determinan la validez y eficacia del convenio arbitral el tratamiento concursal de éste. Afirmar que las consecuencias que sobre un convenio arbitral puede suponer el concurso de una de las partes que lo celebraron deben ser determinadas por el Convenio de Nueva York o por el Convenio de Ginebra, al ser la normas que regulan el Derecho aplicable a su validez y eficacia, es tan desacertado como señalar, por ejemplo, que, dado que el Reglamento Roma I determina el Derecho nacional aplicable a la validez y eficacia del contrato, debe ser esta norma la que determine el tratamiento concursal de un contrato internacional. O, por poner otro ejemplo: de seguir esta tesis, se llegaría a la insostenible conclusión de que debería ser el art. 10.1º Cc, es decir, la norma de conflicto que regula la válida constitución de un derecho real y su eficacia *erga omnes*, a quién correspondería determinar el tratamiento concursal de una garantía previamente celebrada por el deudor concursal para asegurar un eventual crédito frente a un acreedor.

4. Efectos de la apertura del concurso sobre los procedimientos de mediación y los arbitrajes en tramitación

Al igual que el art. 52.2º LC, el art. 140.2 TRLCon estipula que los procedimientos de mediación y los procedimientos arbitrales en tramitación a la fecha de la declaración de concurso continuarán hasta la terminación de la mediación o hasta la firmeza del laudo arbitral. El precepto limita su aplicación a los supuestos meramente internos. Ello supone, por lo que se refiere al arbitraje, que en aquellos casos en los que la sede se ubique fuera de España, los preceptos aplicables serán el art. 15 del Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, si la sede del arbitraje se ubica en otro Estado miembro (excepto Dinamarca, ya que en este Estado no se aplica dicho Reglamento), o el art. 731 TRLCon en aquellos casos en los que la sede se ubique en un tercer Estado (o Dinamarca).

También de forma análoga al art. 52.2º LC, el art. 140.2º TRLCon utiliza como criterio temporal relevante que el procedimiento arbitral se encuentre «en tramitación» en la fecha de apertura del concurso. Y lo cierto es que la interpretación de este término ha planteado dudas que el legislador ha dejado sin resolver. Con relación a los procedimientos arbitrales, diversas resoluciones judiciales consideran que dicha fecha debe determinarse a partir del art. 27 LA, el precepto que estipula cuándo cabe entenderse «iniciado» un procedimiento arbitral (8), por lo que, salvo pacto en contrario de las partes, el arbitraje debería considerarse «en tramitación» sólo desde que el demandado recibiese el requerimiento de someter la controversia a arbitraje. Esta interpretación resulta la más coherente con la redacción del art. 140.3º que permite solicitar la suspensión del convenio arbitral o del pacto de sometimiento a mediación antes de que comience el procedimiento de mediación o de que se inicie el procedimiento arbitral. No obstante, lo que resulta indiscutible es que la redacción del art. 140.2º no se refiere a los procedimientos arbitrales «pendientes» o «iniciados», sino a los procedimientos arbitrales «en tramitación». Y ello podría dar a entender que el precepto no exige que el arbitraje esté iniciado, en el sentido del art. 27 LA, sino únicamente que se haya realizado el primer trámite necesario para que el procedimiento arbitral pueda iniciarse y que, en consecuencia, permita considerar «activado» el convenio arbitral (por ejemplo, el registro de la entrada del arbitraje en la institución arbitral) (9).

El art. 720.2º señala además que «La representación y defensa del concursado en estos

procedimientos se regirá por lo establecido para los juicios declarativos en el capítulo I de este título». El legislador se refiere a las normas que regulan las eventuales restricciones a la capacidad procesal del deudor concursal, su sustitución por el administrador concursal, la suspensión del procedimiento arbitral hasta que el administrador pueda ser instruido y haga efectiva su participación, las potestades y límites que a éste le corresponderían en el seno del procedimiento arbitral, las facultades de allanamiento o transacción de ambos, así como la posibilidad del deudor de mantener una representación o defensa separada en el procedimiento arbitral y de que los acreedores del deudor concursal u otros sujetos interesados se subroguen en los derechos del concursado. Dichas normas se contemplaban en los apartados 2º y 3º del art. 51 LC y en el TRLCon se ubican ahora en los arts. 119-121.

5. Los interrogantes que plantea el art. 140.4º TRLCon

Según el art. 140.4º TRLCon. «En caso de fraude, la administración concursal podrá impugnar ante el juez del concurso los pactos de mediación y los convenios y procedimientos arbitrales». Ahora bien, no es esta la única referencia al fraude que se proyecta sobre el arbitraje y la mediación contemplada en el Texto Refundido. En concreto, el art. 260.2º estipula que «(...) la administración concursal, dentro del plazo para la emisión de su informe, podrá impugnar en juicio ordinario, los convenios o procedimientos arbitrales si concurriera fraude». El contenido de ambos preceptos coincide, en términos generales, con el de los arts. 53.2º y 86.2º LC y, por tanto, sigue suscitando las mismas dudas que planteaban los preceptos ahora derogados.

La primera duda de calado que plantea la aplicación de estos preceptos es la identificación del verdadero objeto de la impugnación. ¿Se trata realmente, como indica el tenor literal del precepto, de «*los convenios y procedimientos arbitrales*» o, por el contrario, como parece más probable (aunque no toda la doctrina piensa de igual modo), el legislador se refiere en realidad a la impugnación del laudo que pudiera haberse dictado de manera fraudulenta (p.ej., cuando se reconozca artificialmente en un laudo transaccional o no contradictorio un crédito contra la contraparte del deudor concursal o se altere a favor de éste la cuantía de un crédito ya existente)? A ello hay que unir las dudas sobre si los arts. 53.2º y 86.2º LC establecen una acción diferente a la acción de anulación y a la acción de revisión o, por el contrario, se trata de meras normas de legitimación activa de la administración concursal que habilitan a ésta para que ejerza dichas acciones. Pese a las innegables dudas que plantea la cuestión, lo cierto es que la primera interpretación parece la más correcta.

Pero sorprendentemente, el TRLCon incorpora un nuevo interrogante a los ya apuntados. Como se acaba de indicar, hasta ahora la interpretación más plausible de los arts. 53.2º y 86.2º pasaba por entender que, aunque con deficiente técnica normativa, ambos preceptos se referían a una única realidad, y, más en concreto a una única acción, diferente a la de revisión y a la de anulación. Se trataba además de una acción que, según el art. 86.2º, debía ser resuelta en juicio ordinario, con lo que, no sólo se excluía la vía del incidente concursal para resolverla, sino también la competencia del juez del concurso. Sin embargo, el Texto Refundido parece dar la impresión de que los arts. 140.4º y 260.2º regulan dos acciones diferentes. El motivo es que, mientras que el art. 260.2º TRLCon, que es el precepto equivalente al art. 86.2º LC, sigue señalando que la impugnación deberá realizarse en juicio ordinario —y, por tanto—, ante los jueces «civiles» y no ante el juez del concurso, el art. 140.4º

TRLCon estipula que la impugnación deberá realizarse ante el juez del concurso.

BIBLIOGRAFÍA

GÓMEZ JENE, M., «Concurso y arbitraje internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 92-103.

HEREDIA CERVANTES, I., «Arbitraje, concurso internacional y ... David Guetta», en *Almacén de Derecho*, 21-11-2019 (accesible en [<https://almacenederecho.org/arbitraje-concurso-internacional-y-david-guetta>]).

HEREDIA CERVANTES, I., *Arbitraje y concurso internacional*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, pp. 83-104.

PENADÉS FONTS, M., *Insolvencia transfronteriza y arbitraje comercial internacional*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2015.

.....
(1) BOE 21.5.2011.

Ver Texto

(2) Es evidente, en cualquier caso, que estos litigios difícilmente podrían quedar incluidos en el marco de un convenio arbitral o un pacto de sometimiento a mediación.

Ver Texto

(3) *Vid.* M. Penadés Fons, *Insolvencia transfronteriza y arbitraje comercial internacional*, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2015, pp. 142-147.

Ver Texto

(4) En similares términos se pronunció el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, en su Auto de 27 de enero de 2020. Sobre esta cuestión, *vid.* I. Heredia Cervantes, «Arbitraje, concurso internacional y ... David Guetta», en *Almacén de Derecho*, 21-11-2019 (accesible en [<https://almacenederecho.org/arbitraje-concurso-internacional-y-david-guetta>]).

Ver Texto

(5) *Vid.*, con carácter general, I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso internacional*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008, pp. 83-104.

Ver Texto

(6) AAP Barcelona 15ª 29 abril 2009.

[Ver Texto](#)

- (7) *Vid.* el ya citado AJM Cantabria 30 septiembre 2019 (ES:JMS:2019:1003).

[Ver Texto](#)

- (8) Entre los más recientes, *vid.*, *v.gr.* STSJ Cataluña CP 1ª de 15 de junio de 2015, STSJ Madrid CP 1ª 14 de octubre de 2015, las dos Sentencias de la AP de Barcelona, Sección 15ª, de 19 de abril de 2016 o el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Sevilla de 20 de febrero de 2018 (ES:JMSE:2018:27A).

[Ver Texto](#)

- (9) *Vid.* M. Gómez Jene, «Concurso y arbitraje internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 92-103, esp. pp. 96-97.

[Ver Texto](#)

Dos peculiaridades de la legislación arbitral boliviana: Un enfoque desde el Derecho público a la exclusión de los contratos administrativos y al arbitraje de inversiones de sede nacional

Two Peculiarities of Bolivian Arbitration Legislation: An Approach from the Public Law to the Exclusion of Administrative Contracts and the Bolivian Seat of Investment Arbitration

De acuerdo con la Ley de Arbitraje de Bolivia, los contratos administrativos no pueden ser objeto de arbitraje. Este artículo demuestra que dicha prohibición no tiene fundamento en una supuesta naturaleza sustantiva de dichos contratos. También de acuerdo a dicha Ley, el arbitraje de inversiones debe tener por sede Bolivia. Esta es una regulación *sui generis* de esta materia. El punto de este artículo es demostrar que tal obligación no tiene su fuente en la ley de arbitraje, sino en la Constitución de Bolivia.

Bolivia, Arbitraje, Arbitraje comercial, Arbitraje de inversiones, Contratos administrativos, CIADI, Constitución boliviana.

According to Bolivian Law of Arbitration, administrative contracts cannot be object of arbitration. This article demonstrates that such a prohibition has no basis in an allegedly substantive legal nature of such contracts. Also according to Bolivian Law of Arbitration, investment arbitration must be Bolivian. This is a *sui generis* regulation of this matter. The point of this article is to demonstrate that such a provision does not have its source in the Law of Arbitration, but in the Bolivian Constitution.

Bolivia Arbitration, Commercial Arbitration, Investment Arbitration, Administrative Contracts, ICSID, Bolivian Constitution.



Horacio Andaluz Vegacenteno

Árbitro internacional

Profesor de Teoría General del Derecho y de Derecho Constitucional (Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra)

I. INTRODUCCIÓN

1. La primera legislación propia de arbitraje que tuvo Bolivia fue la Ley 1770, de 10 marzo 1997. Antes de ella, el arbitraje estaba regulado incidentalmente por el Código de Procedimiento Civil. La Ley

1770 seguía las pautas principales de la Ley Modelo de UNCITRAL, aunque alargó su extensión incluyendo también la regulación de la conciliación. Luego esta ley fue modificada innecesariamente por la Ley 708, de 25 junio 2015. A cambio de no haber necesidad para la reforma en los términos que la hizo, la Ley 708 perpetúa ciertos defectos de su antecesora (como mantener la remisión a las normas del proceso civil, contribuyendo a que se tome el arbitraje como un apéndice de aquel); reglamenta lo que las leyes de arbitraje no regulan (como las fases del arbitraje o la designación de peritos); introduce normas sin consecuencia jurídica aparente (como establecer un plazo para el dictado del laudo y, a la vez, excluir que éste pueda ser anulado por haberse dictado fuera de plazo); simple y llanamente no norma nada (como cuando se limita a decir que el laudo será anulado por la «autoridad judicial competente», sin jamás individualizarla en la organización judicial, y a la que, al final, se tiene que llegar residualmente a partir del carácter vis atractivo que la Ley del Órgano Judicial da a los jueces públicos en materia civil y comercial); y, cuando quiere ponerse a tono con las legislaciones más modernas, se cohíbe, normando ineficientemente (como cuando introduce la figura del árbitro de emergencia pero lo ata a su inclusión expresa en la cláusula arbitral, en vez de normarlo como un efecto accesorio de dicha cláusula).

2. Hay dos peculiaridades de esta Ley que interesan desde el Derecho público. Una, el hecho que excluye del arbitraje a los contratos administrativos, lo que supone un cambio respecto de la Ley 1770. Otra, que regula el arbitraje de inversiones, disponiendo que será de sede boliviana. Como se verá al concluir, hay una diferencia entre estas dos peculiaridades, y es que, mientras la exclusión de los contratos administrativos es un asunto de entera responsabilidad del legislador, la regulación del arbitraje de inversiones fue de responsabilidad del constituyente, y no del legislador, que tuvo que lidiar con severas limitantes constitucionales.

II. ARBITRAJE DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Materias excluidas del arbitraje

3. Es el Estado —su derecho positivo— el que permite que su jurisdicción sea sustraída por contrato. Y es también el que decide las hipótesis en las que tal sustracción es válida y en las que no, dando contenido al objeto del contrato de arbitraje. Esto es lo que la doctrina y legislación universalmente denominan materia arbitrable. Una precisión respecto del lenguaje: lo arbitrable no son jamás materias, sino siempre derechos. Específicamente, controversias sobre derechos. Tan simple como que si el arbitraje es un medio de resolución de controversias, versa, en efecto, sobre controversias; y éstas, por definición, son una contraposición de derechos. Son los derechos en disputa los que dan sentido a la materia arbitrable. Y por eso ésta debe entenderse como un complejo entramado de derechos que se consideran arbitrables. La posibilidad de arbitrar se predica, así, respecto de cada uno de los derechos que integran la materia en cuestión. El Derecho positivo da la opción de que en un caso concreto determinados derechos puedan ser arbitrados. Y ya que ejercer esta opción es disponer del derecho, suele ocurrir el redoblado equívoco de equiparar la arbitrabilidad de los derechos con su disponibilidad: lo que importa, por una parte, un razonamiento circular según el cual son arbitrables los derechos disponibles y son disponibles los derechos arbitrables; y, por otra, asumir *a priori* que arbitrabilidad y disponibilidad son connaturales a algunos derechos. Y no es así.

No hay derechos arbitrables ni disponibles por naturaleza, sino sólo, y siempre, por virtud del derecho positivo. Y lo mismo ocurre a la inversa: tampoco hay derechos indisponibles ni de orden público por naturaleza, sino también sólo y siempre por derecho positivo. Para ambos casos se trata de lo mismo: un acto estatal que traduce en términos jurídicos una política pública.

Para la Ley 708 la prohibición de arbitrar no es un *posterius*, sino un *prius*

4. El Derecho positivo, en la forma de la legislación sobre arbitraje, usa dos criterios para definir los derechos arbitrables. De un lado, acude a un permiso general, abierto e inclusivo, que consiente que se someta a arbitraje toda una categoría de derechos, específicamente, aquellos de libre disponibilidad por parte de sus titulares. De otro lado, acude a una prohibición, tasada y cerrada, que marca las fronteras de dicho permiso, estableciendo las excepciones a la regla: si el permiso deja arbitrar la generalidad de los derechos disponibles, la prohibición tasa aquellos que, a pesar de su libre disponibilidad, no pueden ser arbitrados. Otra vez: no se trata de una virtud por naturaleza, sino de una práctica común en la legislación de la materia. Nada más. Un examen de la Ley 708 revela su desvío con respecto a esta práctica. Para esta Ley, la prohibición de arbitrar no es un *posterius*, sino un *prius*. No es sólo que por su ordenación sistemática las materias excluidas del arbitraje anteceden al permiso general, sino que no hay tal permiso. (1) El primer artículo propiamente normativo de la Ley es una prohibición (art. 4), que encima se pretende general y abierta con la exclusión ociosa de «cualquiera otra [materia] determinada por la Constitución o la ley» (art. 4.13º), como si lo prohibido por una constitución pudiese ser autorizado por una ley y como si la competencia para producir nuevo derecho se extinguiese de no advertirse que pueden dictarse otras leyes. (2) Su siguiente artículo es una ampliación de la prohibición (art. 5), que enfatiza su carácter bautizándose de «expresa», como si el listado de exclusiones del artículo anterior no fuese también expreso o como si prohibir arbitrar una materia no fuese lo mismo que excluirla del arbitraje. (3) Para rematar: decir que se pueden arbitrar los «temas no prohibidos por la Constitución y las leyes» (art. 39.I) no es un permiso. Un permiso no es lo que queda después de una prohibición. Es al revés: es la prohibición lo que queda después de un permiso, en tanto aquélla es excepción de éste. La redacción empleada por la Ley en este asunto revela que su concepción del poder prima sobre su concepción de la libertad individual, al punto que, como defendiendo aquélla frente a ésta, se ha esforzado para eludir en su texto cualquier referencia a la arbitrabilidad de los derechos disponibles, cayendo en una serie de reduplicaciones y redundancias normativas que hubiese podido evitar con tan sólo hacer del permiso, y no de la prohibición, el *prius*.

5. Considérese: una ley que, a título de regla abierta e inclusiva, se limitara a permitir el arbitraje tan sólo de los derechos disponibles, no necesitaría excluir la «propiedad de los recursos naturales» (art. 4.1º), asunto que es tan de orden público como que la propia Constitución atribuyó tal propiedad al Estado (art. 348). Ni tampoco requerirían de exclusión «los títulos otorgados sobre reservas fiscales» (art. 4.2º), «los tributos y regalías» (art. 4.3º) ni «las licencias, registros y autorizaciones sobre

recursos naturales en todos sus estados» (art. 4.6º), que son todos asuntos indisponibles por estar sujetos a regulación administrativa y tributaria. Lo mismo que son indisponibles, como asuntos de derecho constitucional, el «acceso a los servicios públicos» (art. 4.5º), con la estrecha salvedad de los efectos patrimoniales de su prestación, las «cuestiones que afecten al orden público» (art. 4.7º) y las «funciones del Estado» (art. 4.11º). Como tampoco es disponible, por definición, la cosa juzgada (art. 4.8º), porque no se puede disponer de aquello que es inmodificable (art. 1451 del Código Civil y art. 397.I del Código Procesal Civil). Lo mismo que tampoco puede disponerse de «las cuestiones que no sean objeto de transacción» (art. 4.12º), desde que únicamente se puede transar sobre derechos disponibles (art. 946 del Código Civil y art. 233.II.3 del Código Procesal Civil). También son indisponibles, por ínsitos a la personalidad jurídica atribuida al ser humano, el «estado civil y la capacidad» (art. 4.9º); lo mismo que «los bienes y derechos de incapaces sin previa autorización judicial» (art. 4.10º), por la especial e inveterada protección que recibe este grupo humano; y lo mismo que «las controversias en materia laboral y de seguridad social» (art. 5.1º), que son indisponibles desde las reformas constitucionales de 1938 (art. 129: «Los derechos y beneficios reconocidos por ley a favor de los trabajadores y empleados son irrenunciables. Son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos»), que inauguraron el constitucionalismo social en el país. Y tampoco son disponibles, por ser asuntos de derecho internacional público y, por tanto, concernientes al Estado en tanto sujeto de dicho orden, «los acuerdos comerciales y de integración entre Estados» (art. 5.2º) ni «los contratos de financiamiento externo» entre el Estado y «organismos financieros internacionales» (art. 5.3º).

6. De tanto redundar quedan dos cosas. (1) Que a fuerza de repetir no se amplía un contenido normativo. Ociosamente, sólo se lo reafirma. Así, de las dieciséis exclusiones listadas, con excepción de la prohibición general y abierta del art. 4.13º y de la exclusión de los contratos administrativos (art. 4.4º), catorce repiten lo mismo, a saber, que, cualquiera que sea la parcela del ordenamiento, aquello que no es de libre disponibilidad de sus titulares, no es objeto de arbitramento. Por esta vía sólo se llega a un contrasentido: la Ley que se contuvo de reconocer la arbitrabilidad de los derechos disponibles, a carro de sumar prohibiciones, terminó reforzando la idea de la arbitrabilidad sólo, y nada más, de los derechos disponibles. (2) Que la única exclusión atribuible al imperio de esta Ley es la de los contratos administrativos. Excluirlos del arbitraje no es redundar en la inarbitrabilidad de lo indisponible. Es exceptuar de lo disponible un entramado de derechos de contenido patrimonial. Es esta exclusión, y no ninguna de las otras, la única con un auténtico carácter normativo, en el sentido de que es ella, y no las otras fuentes que le place reduplicar, la que impide arbitrar lo que, de otro modo, sería arbitrable por su disponibilidad. Concentrémonos en esto.

2. El contrato administrativo como acto jurídico

7. El objeto del contrato administrativo no es la función pública. Para evitar confusiones, ni siquiera lo es en el caso del servicio público, en que sólo se concede su gestión. El objeto es la adquisición de bienes y servicios. Aquí, la Administración es cliente de los privados en un terreno de intercambio patrimonial. Y como es el intercambio patrimonial entre sujetos de derecho lo que da entidad a la relación jurídica, se acude a la forma normativa por antonomasia que se utiliza para regular las relaciones patrimoniales consensuales entre personas, a saber, el contrato. O sea el mismo instrumento utilizado desde siempre por los particulares en su tráfico jurídico. El contrato

administrativo es, pues, un contrato en todo el sentido de la palabra. Vayamos por orden.

8. Un contrato es un acuerdo de voluntades que crea o modifica una obligación y el derecho subjetivo que le es correspondiente. Esta es su sustancia. Puestos lado a lado, tal sustancia es la misma tratándose del contrato civil o del administrativo. En lo que ambos se diferencian es en las particularidades de su régimen jurídico. Estas particularidades atingen (1) al proceso de formación del contrato, atado siempre a rigores formales pensados para que desde su formación se garantice el fin público administrativo; (2) a su ejecución, atada, también siempre, al ejercicio de ciertas prerrogativas administrativas que arraigan en el mismo fin; y (3) a su juzgamiento, que corresponde a un fuero distinto al de derecho común. Ninguna de estas particularidades da al contrato administrativo sustantividad propia alguna.

9. Que el proceso de formación del contrato esté sujeto a formas rigurosas, en vez de decir de una sustancia propia del contrato administrativo, de hecho ratifica su identidad de sustancia con el contrato civil, tanto como que la forma es para ambos contratos una condición para su validez, y que ambos comparten los factores constitutivos de consentimiento, objeto y causa, con lo que se asegura la identidad de ambos contratos a través de la identidad de sus elementos de formación.

10. Fijémonos en la segunda particularidad referida: las prerrogativas administrativas. Estas prerrogativas pueden agruparse en el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, por un lado; y, por otro, en el privilegio de la modificación unilateral del contrato (1). Por el primero, la Administración decide con fuerza ejecutoria sobre la invalidez del contrato, su interpretación, cumplimiento, prórroga, resolución, liquidación, aplicación de sanciones, aceptación de las prestaciones, devolución de fianzas, etc. Al contratista, por su parte, le asiste el derecho de impugnación contencioso-administrativa, si es su voluntad ejercerlo, abriendo la competencia de un tercero imparcial e independiente para revisar los actos de la Administración y revocarlos o atribuirles firmeza. Por el segundo privilegio, la Administración modifica por su sola voluntad el contrato, manteniéndose la equivalencia de prestaciones al acompañarse la modificación de una indemnización al contratista, a quien, como es obvio, le sigue asistiendo el derecho de impugnación contencioso-administrativa.

11. De la existencia de estos privilegios nace el lugar común de asumir para el contrato administrativo una sustancia distinta a la de su par civil. Este error en tratar lo accidental como esencial no repara en que las prerrogativas de poder público operan formalmente sobre el contrato, pero no alteran materialmente su contenido obligacional. En abono a la claridad: los privilegios del *imperium* estatal no sustituyen el acuerdo de voluntades, sino que son un accidente al hecho que uno de los contratantes sea la Administración, y son tan así accidentales, como que de hecho no operan cuando la Administración no es parte. De modo que considerar las prerrogativas de la Administración como propiedades definitivas de la esencia contractual es tan errado como inferir que sólo en Alemania hubo compositores barrocos porque Bach y Pachelbel fueron alemanes. En ambos casos, es una falacia de accidente la base del equívoco. En el contrato administrativo la Administración es, a la vez de contratante, titular de sus potestades soberanas, y esto oscurece el hecho de que su régimen exorbitante sea una pura consecuencia de los poderes propios de la

Administración; poderes que no pueden ser definidos sino es a partir de la Constitución. De hecho (1) el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria no es otra cosa que el privilegio general de autotutela. Se trata de la pura aplicación de la potestad ejecutiva, nacida del art. 172.1º de la Constitución («Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes»), y que, desde su propia denominación, dice de suyo de la competencia de la Administración para ejecutar sus propias actuaciones, siempre con cargo a la probable revisión en el contencioso-administrativo a instancia del afectado. (2) El privilegio de la modificación unilateral del contrato es ejercicio de la potestad imperativa, que se desprende del mismo art. 172.1º, en la medida que «hacer cumplir» no es sino emitir órdenes y obligar al cumplimiento de las órdenes emitidas, mediante actos oportunos de mando para satisfacción del interés general, al cual se supone que el contrato y las modificaciones ordenadas sirven. (3) El privilegio de la modificación unilateral también puede ser expresión de la potestad reglamentaria de la Administración, nacida del art. 172.8º de la Constitución («Dictar decretos supremos y resoluciones»), que le confiere competencia normativa para producir reglamentos que, por las particularidades del sistema de fuentes, inciden, modificándolos, en los contratos de ejecución continua relacionados con tales regulaciones, en todas las prestaciones que no hubiesen sido ya cumplidas por el contratista (2) .

12. Pasemos a la tercera particularidad: el enjuiciamiento de los contratos administrativos en la sede contencioso-administrativa. Esta jurisdicción especializada, distinta a la común de derecho civil, no es causa ni efecto de una sustantividad propia del contrato administrativo. No es causa, porque es un asunto de organización judicial, no de derecho sustantivo. Y no es efecto, porque su origen es contingente a un problema de poder en un momento histórico determinado (3) .

13. La Revolución francesa tomó del Derecho inglés la división de poderes. Pero dedujo de ella una prohibición que vedaba a los jueces interferir en el funcionamiento de la Administración. Sin eufemismos: prohibía juzgarla. Su razón: la resolución de las controversias en que estaban implicados el poder ejecutivo y sus agentes no podía ser confiada a los tribunales, porque, de ser así, el poder ejecutivo quedaría subordinado al poder judicial. Convengamos en que la división del poder, por sí sola, más que garantía para la libertad, acrecienta sus riesgos. La división de poderes es relevante únicamente en tanto precondition de los frenos y contrapesos: para estructurar las competencias del poder público de tal manera que se fiscalicen recíprocamente es necesario que distintos órganos tengan distintas competencias, de tal manera que ínsito al ejercicio de las competencias propias sea el control de las ajenas. Esto es lo que hace de la división de poderes una garantía para la libertad. Bajo esta lógica, mientras que para fines del siglo XVIII ingleses y americanos recién independizados tenían a su disposición el *writ of mandamus*, para imponer a la Administración el cumplimiento de un acto debido, y el *quo warranto*, para cuestionar la legalidad de los actos administrativos, en Francia la Ley 16-24 de 1790, en sentido opuesto, disponía lo siguiente: «Las funciones judiciales son distintas y se mantendrán siempre separadas de las funciones administrativas; los jueces no podrán, bajo pena de abuso de funciones, obstaculizar en modo alguno la actividad de los cuerpos administrativos, ni convocar ante sí a los administradores por causa de sus funciones» (4) . Cinco años después estas disposiciones fueron recordadas por un segundo texto: «Se reitera la prohibición a los tribunales para conocer de los actos administrativos, de cualquier clase que sean» (5) .

14. Una posición así no podía sostenerse. Violaba la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. (1) Su art. 7 había llevado al derecho positivo el principio de legalidad en sentido lato («Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la Ley debe obedecer inmediatamente»). Si los poderes públicos sólo podían hacer aquello para lo cual habían sido habilitados legalmente, como quedaba del art. 7, entonces los actos no autorizados de la Administración eran arbitrarios y algún remedio debía haber contra ellos. (2) A su vez, la libertad general de actuación, que nacía del art. 5 («Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la Ley no ordena»), quedaba desprovista de medios de defensa frente a los abusos de la Administración si ésta no podía ser objeto de enjuiciamiento. (3) Y el art. 16, que asentaba el régimen constitucional en la garantía efectiva de los derechos («Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución»), quedaba privado de su virtud jurídica, cayendo el principio de legalidad por su base y con él la garantía efectiva de la libertad, si a favor de la Administración regía tal suerte de inmunidad. De quedarse así las cosas, la Revolución habría dado un rodeo para llegar al mismo punto: el enseñoramiento de la Administración sobre los ciudadanos. Se instituyó un remedio, en consecuencia, pero la cura no fue completa. Recelos y resquemores frente a un estamento judicial todavía monárquico condujeron a lo que, de otro modo, podría sin motivo creerse una solución contraída a las palabras y no al fondo de la cuestión: no los jueces, pero sí la Administración, juzgaría a la Administración, porque «juzgar a la Administración es administrar». La Constitución napoleónica del año VIII (1799), aplicando dicho razonamiento, creó el Consejo de Estado, para que se ocupe de las reclamaciones patrimoniales contra la Administración y del control de legalidad de sus actos (exceso de poder). Con el devenir del tiempo el Consejo tomó características judiciales, volviendo las cosas al curso natural de la división de poderes. Pero dejó como legado una jurisdicción reservada para el juzgamiento de los actos de la Administración, incluyendo los contratos en los que ésta participa.

15. Llegados acá, no hay retorno: el contrato administrativo no tiene sustantividad propia. Es tan contrato como lo es uno de Derecho civil. «El contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en derecho público que en derecho privado; o más bien, no hay distinción entre el derecho público y el derecho privado y el Estado está obligado por los contratos que ha celebrado como un simple particular» (Duguit (6)). Que hoy el intercambio patrimonial de la Administración tenga un fuero propio para su enjuiciamiento es entendible por una cuestión de especialización, pero también por el simple acostumbramiento a una forma de organización judicial que se asume natural, acaso por su antigüedad y expansión en el derecho comparado.

16. Y ya que el fuero no sigue a una sustancia propia, nada hay que impida conceptualmente que las controversias sobre contratos administrativos sean radicadas en el fuero común de derecho civil o en el arbitraje. (1) En ambas sedes se litigan derechos de contenido patrimonial, como los que dan forma a los negocios jurídicos que los particulares celebran con la Administración. (2) En ambas sedes, también, la división de poderes, como garantía de los derechos, queda por igual asegurada. En el fuero común, porque, lo mismo que la jurisdicción contencioso-administrativa, es parte del poder judicial, por lo que ofrece las mismas garantías que ésta. Y en el arbitraje, porque, aun cuando

por definición es un fuero inorgánico, por igual se trata de un fuero imparcial e independiente, cuyos laudos quedan abiertos al escrutinio judicial a instancias del interesado, a través del recurso de nulidad. Y en ambas, a la vez, porque todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales para el ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, a la competencia de la jurisdicción constitucional para su enjuiciamiento. Si no fuera así, estarían fuera del sistema jurídico. (3) Y a favor del arbitraje, en particular, hay una cuestión de coherencia. Prohibirlo es inconsistente con el hecho de que hasta los servicios públicos, aquello que se teorizó como fundamento y límite del Estado (Duguit (7)), puedan ser gestionados vía contrato por particulares (art. 20.II de la Constitución). Si el Estado ha sustraído la gestión directa de sus propias obligaciones sustantivas, no debiera caer en el dogma de prohibir que las contingencias procesales de dichas obligaciones fuesen también sustraídas de su poder.

III. ARBITRAJE DE INVERSIONES

1. Sumisión a la jurisdicción boliviana

17. La Ley 708 dedica sus arts. 127 a 133 a regular el arbitraje de inversiones, definiéndolo por su carácter nacional. Reglar que «serán nacionales» (art. 129.1º) y tendrán por «sede» Bolivia (art. 129.2º) es decir dos veces lo mismo. Ya la Ley dijo que es nacional el arbitraje de sede boliviana (art. 54.I) y, a contrario, que es extranjero un laudo dictado en otra sede (art. 120). Ergo, en el lenguaje de la Ley nacionalidad y sede son sinónimos. Por tanto, decir que un arbitraje nacional tendrá por sede Bolivia es redundar. Para llegar a que el derecho boliviano condiciona la validez del arbitraje de inversiones bastaba con referirse a su sede: «un concepto puramente legal» (Corte de Apelaciones de París, asunto *Société Procédés de Préfabrication pour le Béton v. Libye*, 1998) (8), que vincula al laudo con el sistema jurídico nacional que gobierna su validez. Puesta a un lado la reduplicación enfática de su texto, en esta materia la Ley sigue a la Constitución y nada más, que al transferir al Poder Legislativo su poder de producción jurídica, lo hizo condicionando la validez de sus resultados a los límites de sus arts. 320.II y 366.

18. En lo aplicable directamente al arbitraje de inversiones, el art. 320.II de la Constitución dice: «toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción (...) boliviana (...)». Esta norma prohíbe menos de lo que su texto aparenta. Para determinar su significado jurídico, acordemos (1) que el arbitraje es un derecho (2) que las limitaciones a los derechos deben interpretarse restrictivamente y (3) que la unidad jurisdiccional no es antinómica con el arbitraje.

19. El arbitraje es un derecho, y de fuente constitucional, porque deriva de la propiedad privada (art. 56 de la Constitución). Deducir un derecho en la vía arbitral es en naturaleza jurídica un acto de disposición. Cuando la Constitución garantiza la propiedad, garantiza sus facultades, esto es, la posibilidad de usar, gozar y disponer de un derecho de contenido patrimonial, que es lo definitorio de su contenido esencial (STC 121/2012-AAC, 2 de mayo, párrafo III.4). Como siendo propietario se puede disponer de un derecho, al garantizar la propiedad se está garantizando también la libertad de contratación, como medio para ejercer dicho poder de disposición. Por tanto, derechos tales como vender, comprar o donar, que tienen todos su fuente en un contrato, enraízan en la Constitución, porque todos derivan del ejercicio de la libertad de disposición como facultad comprendida en la

propiedad, instrumentalizada, en el caso de los ejemplos, a través de un acto jurídico. Y lo mismo ocurre con el arbitraje. Que se pacte someter a la decisión de un tercero una controversia de carácter patrimonial es tan sólo ejercer la libertad de disposición que corresponde a los titulares de los derechos envueltos en tal controversia; nada más. Por ello, habiendo propiedad, hay arbitraje.

20. Siendo el arbitraje un derecho, debe interpretárselo a favor de su ejercicio. La razón de Estado republicana es instituir un gobierno de poderes limitados para garantizar los derechos, porque solo la libertad política «hace posible la única forma de convivencia entre individuos digna de un ser humano», y es la «condición previa de nuestra responsabilidad personal, de nuestra humanidad» (9). Respecto de los derechos, la organización del poder es tan solo un instrumento, el medio que ha concebido la organización política para cumplir su finalidad garantista. Por tanto, el fundamento del Estado es la guarda de los derechos. Eso es lo que justifica su existencia como poder público. Nada de esto es ajeno a nuestra jurisprudencia constitucional, que ha dicho del Estado boliviano «que responde a un modelo de naturaleza eminentemente garantista, el cual se estructura bajo una premisa esencial: la eficacia máxima de los derechos fundamentales» (STC 1112/2012-AAC, 6 de septiembre, párrafo III.2). Pues bien, si los derechos deben interpretarse a favor de su ejercicio, a contrario, sus limitaciones deben interpretarse restrictivamente. La fórmula política del Estado constitucional se positiva en una norma general que excluye de licitud la privación de conductas no prohibidas expresamente (art. 14.IV de la Constitución). Y consecuencia de esta libertad general de actuación es que las limitaciones a los derechos deban interpretarse restrictivamente, porque para que lo prohibido se mantenga expreso debe rechazarse que argumentos *a similitud* amplíen sus supuestos de hecho. Llegados a que (1) el arbitraje es un derecho y (2) sus limitaciones deben interpretarse restrictivamente, el art. 320.II debe ser tomado en el sentido menos gravoso para su ejercicio.

21. Al decir que la «inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción (...) boliviana», el art. 320.II está diciendo que estará «sometida» a la «potestad de impartir justicia» (art. 178.I de la Constitución) que corresponde a la «función judicial» (art. 179.I). Hay, cuando menos, dos alternativas para entender este texto: (1) entender que la obligación de sometimiento a la jurisdicción boliviana queda cumplida solo si los méritos del caso son juzgados por los tribunales del país (*v.gr.*, en su jurisdicción ordinaria); o (2) entender que hay sometimiento a la jurisdicción boliviana siempre que el juzgamiento de méritos no exorbite la unidad que rige a la función judicial. Ambas alternativas conllevan regular un derecho: el derecho a arbitrar, nacido de la libertad de disposición. Para decidir si en la producción legislativa se ha violado un derecho, desde 2001 el Tribunal Constitucional ha adoptado la garantía del contenido esencial, como técnica para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. En su aplicación, excluye de regulación el núcleo esencial de los derechos, que no puede ser afectado para que no se «altere el derecho como tal» (STC 4/2001-RDI, 5 de enero, párrafo V.2). Al decir «el derecho como tal», el Tribunal Constitucional tomaba partido por la teoría absoluta del contenido esencial, que sostiene que los derechos están definidos por una específica esfera permanente, que existe como una medida preestablecida, fija y determinable en forma abstracta, como lo ha hecho al definir los derechos a la propiedad (STC 121/2012-AAC, 2 de mayo, párrafo III.4), a una sentencia fundada (STC 2221/2012-AAC, 8 de noviembre, párrafo III.1) y al debido proceso (STC 284/2015-AAC, 2 de marzo, párrafo III.2).

22. Junto a la teoría absoluta, la garantía del contenido esencial tiene también una vertiente relativa, en la cual «el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación» (10) . Se trata del principio de proporcionalidad, un ejercicio conceptual de ponderación de intereses contrapuestos de reiterado uso en el derecho constitucional. Como técnica para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, la ponderación fue aplicada primero por la Corte Suprema de Estados Unidos. Ya en 1928 el juez Holmes había escrito, en su disidencia en el asunto *Panhandle Oil Co. v. Mississippi ex rel. Knox*, que «en los días de [Marshall] no estaba reconocido, como sí lo está hoy en día, que muchas de las distinciones del derecho son distinciones de grado» (11) . Pero su razonamiento recién influenciaría en la Corte en las décadas siguientes, entendiéndose que una intromisión en la esfera de un derecho era innecesaria si es que la misma no era la más benigna con el derecho en cuestión (o la menos gravosa), entre todas aquellas medidas conducentes al cumplimiento de un fin constitucionalmente válido, como fue aplicado en los asuntos *Home Building & Loan Association v. Blaisbell* (12) (1934), sobre moratoria hipotecaria, *Schneider v. State* (13) (1939), sobre libertad de expresión, y *Korematsu v. United States* (14) (1944), sobre discriminación. En el Derecho continental europeo, la aplicación pionera del principio de proporcionalidad la hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán, recurriendo en 1958 a la ponderación en un asunto que involucraba la libertad de elegir una profesión y en el que razonó que «el legislador ten[ía] que elegir siempre la forma de intervención que limitase los menos posible» (15) una libertad constitucional. Nada de esto es ajeno a la jurisprudencia boliviana, que a la vez que se ha mantenido aferrada a la teoría absoluta del contenido esencial, también ha dado aplicación a su vertiente relativa, como lo ha hecho al declarar la inconstitucionalidad del delito de desacato, por tratarse de una intromisión «desproporcionada» en la libertad de expresión (STC 1250/2012-AIC, 20 de septiembre, párrafo III.3.1).

Hay sometimiento a la jurisdicción boliviana siempre que el
juzgamiento de méritos no exorbite la unidad que rige a la función
judicial

23. Que el Tribunal Constitucional se haya decantado, a la vez, por la garantía del contenido esencial (teoría absoluta) y por el principio de proporcionalidad (teoría relativa) es constitucionalmente válido, porque ambos son definiciones operativas del concepto jurídico de inviolabilidad de los derechos (art. 13.I de la Constitución). Hasta acá el marco que debe usarse para el enjuiciamiento constitucional de las dos alternativas dadas. Enjuiciada la primera según la teoría absoluta, entender que la obligación de sometimiento a la jurisdicción boliviana queda cumplida solo si los méritos del caso son juzgados por los tribunales del país (*v.gr.*, en su jurisdicción ordinaria) es inconstitucional, por su velada privación del derecho a arbitrar. Como el contenido esencial de este derecho consiste en la libertad de decidir si una controversia se somete a la jurisdicción ordinaria o al arbitraje, la primera alternativa supone vaciarlo de contenido, excluyendo de antemano la prerrogativa de someter una controversia a arbitramento allí donde la Constitución no la ha excluido expresamente.

Enjuiciada según el principio de proporcionalidad, la primera alternativa es por igual violatoria del derecho a arbitrar. La causa ya no es el vaciamiento en sí mismo de su contenido esencial, sino la desproporción entre la medida adoptada para dar cumplimiento al art. 320.II y el derecho a arbitrar. Como la medida que adopta la primera alternativa supone que el juzgamiento de méritos quede a cargo exclusivamente de la jurisdicción ordinaria, la decisión de someter una controversia a arbitramento estaría completamente excluida. Con esto, la primera alternativa se configura como una intromisión innecesaria en la libertad de disposición. Y ya que la «necesidad» de la intromisión en la esfera de un derecho es un concepto relacional, véase que la segunda alternativa es la más benigna con el derecho a arbitrar, haciendo de la primera la menos benigna o la más gravosa y, por tanto, inconstitucional.

24. La segunda alternativa entiende que hay sometimiento a la jurisdicción boliviana siempre que el juzgamiento de méritos no exorbite la unidad que rige a la función judicial. Hay unidad jurisdiccional cuando la justicia que emana del pueblo (art. 178.I de la Constitución) sólo la ejerce el órgano por él delegado. Dice de su monopolio por parte del Estado y de su encargo al Poder Judicial. Arraiga en la división de poderes. Viene de la prohibición de delegación de las competencias públicas (art. 12.III). Está en la declaración de unicidad de la función judicial (art. 179.I) y en la prohibición de tribunales de excepción (como organización, art. 180.III; como derecho, art. 120.I). El Poder Judicial está formado por una pluralidad de órganos independientes entre sí (jueces y tribunales). Forman una unidad si sus decisiones son revisables, directa o indirectamente, por un único órgano supremo. En los sistemas que vienen del *common law*, la unidad la dan sus cortes supremas. Aunque en los niveles inferiores la jurisdicción es especializada, la competencia de las cortes supremas no queda cercenada. El único alto tribunal son ellas. En los sistemas que evolucionaron de la Revolución Francesa, la unidad la dan sus tribunales constitucionales. Acá no hay diferencia con los sistemas del *common law*: mientras que en la tradición romano-germánica la defensa de la Constitución se encarga a un tribunal especializado, el mundo anglo-americano la confía a sus cortes supremas. En ambos casos la unidad de la jurisdicción viene de la unidad de la norma fundacional del sistema jurídico. Sólo puede venir de allí. Esa norma es la Constitución. Y la unidad jurisdiccional es la representación funcional de su defensa. No hay decisión judicial que no pueda ser enjuiciada por violaciones constitucionales: todas están sujetas al imperio de la Constitución. Y, por tanto, lo están a la competencia de su custodio: las decisiones de la jurisdicción ordinaria y de sus jurisdicciones especializadas, de la jurisdicción militar (art. 180.III), de la jurisdicción agroambiental (art. 186) y de la jurisdicción indígena originaria campesina (art. 190.II) son todas enjuiciables por el Tribunal Constitucional. Llegados acá, no hay antinomia entre la unidad jurisdiccional y el arbitraje, porque todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales para el ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, a la competencia del Tribunal Constitucional para su enjuiciamiento. Lo contrario sólo sería explicable si el arbitraje exorbitara el sistema constitucional. No siendo así, es simplemente insostenible. Por tanto, aplicado al arbitraje, la unidad jurisdiccional significa la competencia que tiene el Poder Judicial para enjuiciar la validez de las decisiones arbitrales. Y si resulta que el arbitraje de inversiones es de sede boliviana (arts. 129.1º y 129.2º de la Ley 708), el sistema jurídico que gobierna la validez del laudo es el nacional y la jurisdicción competente para decidir sobre su nulidad es también la boliviana. Por tanto, al entender que hay sometimiento a la jurisdicción boliviana siempre que el juzgamiento de méritos no exorbite la unidad que rige a la

función judicial, la segunda alternativa asegura que «toda inversión extranjera est[é] sometida a la jurisdicción (...) boliviana» (art. 320.II de la Constitución), porque está sometida a su «potestad de impartir justicia» (art. 178.I de la Constitución), que corresponde a la «función judicial» (art. 179.I) a través del recurso de nulidad del laudo.

25. Enjuiciada la segunda alternativa según la garantía del contenido esencial, esta vez el derecho a arbitrar no queda desprovisto de sustancia. Como la competencia de la jurisdicción boliviana para resolver el recurso de nulidad contra el laudo es consecuencia de la sede del arbitraje, para que el sometimiento a la jurisdicción boliviana quede asegurado, debe asegurarse que la sede sea Bolivia. Esto es lo que hace la Ley 708 (arts. 129.1º y 129.2º). Al reglar que el arbitraje de inversiones será nacional (art. 129.1) y tendrá por sede Bolivia (art. 129.2º) está reservando la competencia de resolver el recurso de nulidad contra el laudo al Poder Judicial boliviano. Con esto, hace dos cosas: (1) somete a la jurisdicción boliviana el enjuiciamiento de la validez de las decisiones arbitrales; y (2) regula el derecho a arbitrar sin cercenarle su esencia. La decisión de someter una controversia patrimonial a arbitramento sigue en la esfera protegida de la libertad de disposición, siendo lícito decantarse por someterse a la jurisdicción ordinaria o al arbitraje. Lo único que se ha regulado, prohibiéndoselo, es la decisión sobre la sede del arbitraje. Esta decisión, con importante que es, es de naturaleza accesoria respecto al derecho a arbitrar. Mientras que decidir someter una controversia a arbitramento hace a la esencia de este derecho, la elección de la sede está en su periferia. Por tanto, es constitucionalmente válido que la decisión sobre la sede esté sometida a una regulación imperativa. Es así porque no importa privación del derecho a arbitrar, sino que lo presupone. Y si se somete la segunda alternativa a un juicio de proporcionalidad, el resultado también es su constitucionalidad. Esta vez el fundamento no viene de preservar el contenido esencial del derecho, sino de la proporcionalidad entre la medida de cumplimiento del art. 320.II de la Constitución y la intromisión en la esfera de la libertad de disposición. Al reservar, a través de la sede, la competencia del recurso de nulidad a los tribunales bolivianos a cambio de prohibir la elección de una sede distinta a la nacional, la segunda alternativa se configura como una intromisión «necesaria» en la esfera de la libertad de disposición, porque es la más benigna para cumplir el fin constitucionalmente válido de sometimiento a la jurisdicción boliviana. A contrario: no hay manera menos invasiva del derecho a arbitrar que prohibir la elección de sede para dar cumplimiento al art. 320.II. Por tanto, el significado jurídico de este artículo consiste en reservar para el Poder Judicial el enjuiciamiento en vía de nulidad de los laudos producidos en arbitrajes de inversiones. Así determinado su significado, su texto prohíbe menos de lo que efectivamente norma. Hasta acá la interpretación del art. 320.II.

2. Prohibición de arbitraje internacional

26. Pasemos ahora al art. 366 de la Constitución. Éste, en lo aplicable directamente al arbitraje de inversiones, dice: «las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado (...) no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional (...)». Pasa acá lo mismo que con el art. 320.II: la norma prohíbe menos de lo que aparenta su texto. Pero con una agravante: hay que liberar a la norma de la literalidad de su propio texto para que produzca algún efecto jurídico.

27. Por su ámbito de aplicación personal, el art. 366 se dice aplicable a «todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado». Aquí está el problema. Si solo Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB) es (1) la «única [empresa] facultada para realizar las actividades de la cadena productiva de hidrocarburos y su comercialización» (art. 361.I de la Constitución); y (2) por consecuencia de tal calidad, es la única autorizada a «suscribir contratos (...) con empresas públicas, mixtas o privadas, bolivianas o extranjeras, para que dichas empresas, a su nombre y representación, realicen determinadas actividades de la cadena productiva» (art. 362.I), es constitucionalmente imposible que una empresa extranjera participe en la cadena productiva hidrocarburífera «en nombre y representación del Estado» (art. 366). A contrario: la única posibilidad para que participase sería que el Estado incumpla su propia Constitución y contrate directamente con ella, rehusando la participación obligatoria de YPFB. Hasta acá, la literalidad del art. 366 sustrae su aplicación a sus propios sujetos normativos. Por tanto (1) gramaticalmente el art. 366 no produce efecto alguno (i.e. no hay sujeto al cual aplicarla), y (2) produce, más bien, una antinomia con el art. 361.I.

28. Ya para 1803 el juez Marshall había importado para la interpretación constitucional una regla tan antigua como que ya estaba inscrita en el Digesto de Justiniano (siglo VI) y que manda que «en casos ambiguos, lo más conveniente es aceptar que la cosa de que se trata más bien sea válida a que perezca» (16), razonando por la Corte que «no puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto» (Corte Suprema de Estados Unidos, asunto *Marbury v. Madison*, 1803) (17). La corrección racional de esta regla la dota de la universalidad suficiente para aplicarla a cualquier fuente del derecho. Pero en el caso de la Constitución boliviana, su aplicación debe sortear primero su art. 196.II.

29. El art. 196.II es una cláusula de interpretación: «En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto». Las reglas de interpretación positivadas son meta normas (fuentes). Ellas, al reglar la reconstrucción interpretativa de las disposiciones jurídicas, están sujetando sus condiciones de validez al criterio de interpretación positivado por la regla. Y aunque por su ámbito de aplicación personal el art. 196.II sólo vincula al Tribunal Constitucional, su cumplimiento es una exigencia de razonabilidad práctica, que dicta que al interpretar la Constitución se la interprete según los criterios que usará el Tribunal para juzgar la corrección de tal interpretación. La locución adverbial «con preferencia» es la que da al art. 196.II su significado jurídico, más allá del mandato literal de preferir la «voluntad del constituyente» (interpretación histórica) y el «tenor literal del texto» (interpretación gramatical). No dice que preferirá un criterio al otro, sino que preferirá ambos: «con preferencia» uno «así como» el otro, que es lo mismo que «con preferencia» uno «y» el otro. La determinación de su significado jurídico es más compleja que la lectura de su texto. Si ambos criterios deben aplicarse «con preferencia», otros criterios también pueden aplicarse, pero sin tal carácter preferente. Por el operador deóntico que contiene, «con preferencia» no es una prohibición, sino un permiso: autoriza a servirse de otros criterios, frente a los cuales tienen preferencia los mencionados en la cláusula. Por tanto, la cláusula de interpretación no confina a la aplicación de sus criterios, sino que obliga a justificar su inaplicación, cuando existan razones excluyentes (18) para hacerlo (razones que

justifiquen que, a pesar de inaplicarlos, no se está incumpliendo la Constitución). Hasta aquí se extiende su sentido normativo.

30. En este punto, hay dos razones para rehuir la interpretación gramatical del art. 366. (1) Cuando el texto no conduce a ningún resultado, como es el caso acá, los límites naturales de la interpretación gramatical actúan como razones excluyentes de la obligación de aplicarla. Cada criterio de interpretación está limitado por las propias razones que lo justifican como tal y ninguno está libre de no conducir a ningún resultado, sucumbiendo por agotamiento interno. Cuando un criterio queda rendido por consunción, son sus propias limitaciones las que devuelven al intérprete la plenitud de su libertad hermenéutica, debiendo prescindir de él. Y esto es lo que ocurre acá, donde «el tenor literal del texto» sustrae la aplicación del art. 366 a sus propios sujetos normativos. (2) Cuando el texto es antinómico con otras normas constitucionales, la unidad del sistema jurídico es también razón excluyente suficiente para no interpretarlo gramaticalmente. El sistema jurídico forma una unidad en la medida que la validez de la pluralidad de sus normas puede ser reconducida hacia una única norma mayor como fuente universal de validez. Para que un sistema jurídico forme una unidad, la norma que le provee validez debe también formar una unidad: lo que se traduce en que el seno de la Constitución no puede albergar antinomias (principio de unidad de la Constitución). Por tanto, una interpretación constitucional posible es aquella que se justifica en la unidad de la Constitución. A contrario: debe rechazarse aquella interpretación que quiebre la unidad del sistema, aún cuando fundada en el «tenor literal del texto». Y tal es el caso acá, donde la literalidad del art. 366 es antinómica con el art. 361.I.

31. Basta con leer el art. 366 según los arts. 361.I y 362.I para reconstruir interpretativamente su sujeto normativo. Si ya el primero dijo que YPFB es la «única [empresa] facultada para realizar las actividades de la cadena productiva de hidrocarburos y su comercialización», y si ya el segundo la autorizó a «suscribir contratos (...) con empresas públicas, mixtas o privadas, bolivianas o extranjeras, para que dichas empresas, a su nombre y representación, realicen determinadas actividades de la cadena productiva», al referirse a «las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado», el art. 366 se está refiriendo a las empresas que lo hagan en nombre y representación de YPFB, porque sólo YPFB está facultado a participar en las actividades de la cadena productiva y a contratar a su nombre y representación los servicios de terceros para la ejecución de dichas actividades. Esta es una interpretación sistémica, fundada en la coherencia formal y material entre los artículos que pertenecen a una misma fuente (la Constitución) y que comparten el mismo contenido (hidrocarburos).

32. Agotada la elaboración a que obligaba la sustracción literal del sujeto normativo, toca determinar el significado jurídico de la prohibición de «invocar (...) arbitraje internacional». Como la fórmula política del Estado constitucional se positiva en una norma general que excluye de licitud la privación de conductas no prohibidas expresamente (art. 14.IV de la Constitución), si lo prohibido es el arbitraje internacional, a contrario, el arbitraje nacional está permitido. Pero esto es cambiar una imprecisión por otra: ya que el art. 366 no define el carácter internacional del arbitraje, no puede excluirse de su definición a su antónimo. Lo que sí puede hacerse es leer el art. 366 en conjunto con

el art. 320.II. La razón: ya que una «empresa extranjera» (art. 366) es una «inversión extranjera» (art. 320.II), hay entre ambas categorías una relación de identidad, donde «inversión extranjera» es el género y «empresa extranjera [de hidrocarburos]» la especie, por lo que es atendible al pensamiento jurídico que las reglas del género sean por igual aplicables a sus especies, salvo regla expresa en contrario.

33. Ya está visto que el significado jurídico del art. 320.II consiste en reservar para el Poder Judicial la competencia de enjuiciar en vía de nulidad los laudos producidos en arbitrajes de inversiones. Ergo, el arbitraje excluido de la prohibición del art. 366 será aquel que no cumpla con dicha reserva. Y ya que la competencia para declarar la nulidad del laudo es consecuencia de la sede del arbitraje, solo se incumpliría con la reserva si es que la sede del arbitraje no fuera Bolivia. La razón: la sede es simplemente la vinculación del laudo con el sistema jurídico que gobierna su validez, de ahí que sean los tribunales de dicho sistema los competentes para juzgar su nulidad. Llegados acá, si leído según el art. 320.II lo permitido por el art. 366 es el arbitraje de sede boliviana, lo que su texto debió prohibir es el arbitraje extranjero: aquel gobernado por un sistema jurídico que no sea el nacional. Al prohibir el «arbitraje internacional», su texto se contradijo a sí mismo: si está normando el arbitraje entre «empresas extranjeras» y YPF (v.gr., una empresa boliviana), se trata de un arbitraje con conexiones a otros sistemas jurídicos y, por tanto, convencionalmente calificado como internacional, ya sea por la nacionalidad o el domicilio de las partes, como sería el caso acá, o por la materia controvertida, el lugar de cumplimiento de las obligaciones o el lugar que guardase la relación más estrecha con el objeto de la controversia. Al prohibir el arbitraje internacional, el art. 366 quiso significar que prohibía el arbitraje en sede extranjera. Este es el significado jurídico de su prohibición.

34. En consecuencia, la Ley 708, al reglar que el arbitraje de inversiones será nacional (art. 129.1) y de sede boliviana (art. 129.2º), aunque redundante, no hizo más que normar la materia de acuerdo con la Constitución, que (1) reserva para la jurisdicción boliviana la decisión de nulidad de los laudos de inversiones (art. 320.II) y (2) prohíbe que las inversiones foráneas en hidrocarburos se arbitren en sede extranjera (art. 366). Por tanto, la obligación de arbitrar con el Estado en su propia sede, si cuestionable, no lo es como decisión de política legislativa, sino como obligación de fuente constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª reimpr., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

DAVID, R., *Os grandes sistemas do direito contemporaneo*, 2ª ed., Lisboa, Meridiano, 1978.

DERMIZAKY PEREDO, P., *Derecho administrativo*, 3ª ed., Cochabamba, Serrano, 1997.

DROMI, R., *Derecho administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.

DUGUIT, L., *Las transformaciones generales del Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1975.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*, 12ª ed. t. I, Lima, Palestra, 2006.

HILL, R., «On-line Arbitration: Issues and Solutions», *Arb. Int'l*, vol. 15, 1999, p. 203.

MARTÍNEZ BRAVO, J.A., *Derecho administrativo boliviano*, 2ª ed., Santa Cruz, El País, 2010.

MERRYMAN, J.H., *La tradición jurídica romano-canónica*, 8ª reimpr., México DF, Fondo de Cultura Económica, 2003.

POPPER, K.R., *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995.

RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, reimpr., Nueva York, Oxford University Press, 2002.

SCHWABE, J. (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2009.

VAN CAENEGEM, R.C., *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea*, Lima, Palestras, 2011.

VEDEL, G., *Derecho administrativo*, 6ª ed., Madrid, Aguilar, 1980.

(1)

Cf. R. Dromi, *Derecho administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, pp. 368-371; E. García de Enterría y T.R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, 12ª ed. t. I, Lima, Palestra, 2006, pp. 733-747; G. Vedel, *Derecho administrativo*, 6ª ed., Madrid, Aguilar, 1980, pp. 205-212. En la bibliografía boliviana cf. P. Dermizaky Peredo, *Derecho administrativo*, 3ª ed., Cochabamba, Serrano, 1997, pp. 141 y 142; y J.A. Martínez Bravo, *Derecho administrativo boliviano*, 2ª ed., Santa Cruz, El País, 2010, p. 193.

[Ver Texto](#)

(2) Esto último es un límite que la garantía de irretroactividad (art. 123 de la Constitución) impone a la potestad reglamentaria. Desde la introducción de esta garantía en las reformas constitucionales de 1843 (art. 89: «Ninguna ley puede tener fuerza retroactiva») hasta el presente, la Constitución jamás ha determinado ella misma su significado jurídico: no ha tomado partido por la teoría de los derechos adquiridos ni por la teoría de los hechos cumplidos. Tal determinación normativa ha correspondido al Tribunal Constitucional, el cual ha tomado partido por la teoría de los hechos cumplidos desde su primera sentencia en la materia: «se entiende por retroactividad no auténtica conocida también como retrospectividad cuando una Ley regula o interviene en situaciones fácticas aún no concluidas» (STC 11/2001-R/II, 5 de febrero, párrafo VI.1).

[Ver Texto](#)

- (3) Cf. R. David., *Os grandes sistemas do direito contemporaneo*, 2ª ed., Lisboa, Meridiano, 1978, pp. 55-166, 327-455; J.H. Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, 8ª reimpr., México DF, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 163-171; R.C. Van Caenegem, *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea*, Lima, Palestras, 2011, pp. 123-135.
- [Ver Texto](#)
- (4) Cit. por G. Vedel, *op. cit.* en nota al pie 3, p. 59.
- [Ver Texto](#)
- (5) Cit. por L. Duguit, *Las transformaciones generales del Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 91.
- [Ver Texto](#)
- (6) *Ibíd.*, en nota al pie 5, p. 100.
- [Ver Texto](#)
- (7) «La noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público» (*ibíd.*, en nota al pie 5, p. 27).
- [Ver Texto](#)
- (8) R. Hill, «On-line Arbitration: Issues and Solutions», *Arb. Int'l*, vol. 15, 1999, p. 203.
- [Ver Texto](#)
- (9) K.R. Popper, *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 147 y 236.
- [Ver Texto](#)
- (10) R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª reimpr., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), p. 288.
- [Ver Texto](#)
- (11) 277 U.S. 218, 223 (1928).
- [Ver Texto](#)
- (12)
290 U.S. 398 (1934).
- [Ver Texto](#)
- (13) 308 U.S. 147 (1939).
- [Ver Texto](#)

⁽¹⁴⁾ 323 U.S. 214, 216 (1944).

[Ver Texto](#)

⁽¹⁵⁾ BVerfGE 7, 377, en J. Schwabe (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 322.

[Ver Texto](#)

⁽¹⁶⁾ «*Quoties in ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitar, magis valeat quam pereat*» (Digesto, Ley 12, Tít. 5, Lib. 34).

[Ver Texto](#)

⁽¹⁷⁾ 5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803).

[Ver Texto](#)

⁽¹⁸⁾ El concepto de «razones excluyentes para la acción» es de Raz (cf. J. Raz, *Practical Reason and Norms*, reimpr., Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 35 ss).

[Ver Texto](#)

Crónica de los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre las cuestiones relativas al arbitraje acelerado

El objetivo del Grupo de Trabajo (GT) de la UNCITRAL a partir del 69º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de febrero de 2019) ha sido la consecución de una mejor eficacia en el procedimiento arbitral, su disminución del costo y la duración del procedimiento e intercambiar ideas acerca de la modificación del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, o incorporar sus disposiciones a los contratos en las cláusulas de arbitraje que contemplen procedimientos acelerados. También ha abordado la posibilidad de ofrecer orientación a las instituciones arbitrales que quieran establecer estos procedimientos, respetando los principios y garantías procesales. Todas estas cuestiones fueron consideradas en el 71º período de sesiones en Nueva York, del 3 al 7 de febrero de 2020.



I. ORGANIZACIÓN DE LAS SESIONES

En su 69º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de febrero de 2019), el Grupo de Trabajo (GT) comenzó el examen de las cuestiones relativas al arbitraje acelerado con un debate preliminar sobre el alcance de su labor y la forma que esta podría asumir, y las características del arbitraje acelerado. En su 70º período de sesiones (Viena, 23 a 27 de septiembre de 2019), el GT examinó el proyecto de disposiciones sobre arbitraje acelerado preparado por la Secretaría.

El GT, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 71º período de sesiones en Nueva York, del 3 al 7 de febrero de 2020. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del GT: Alemania, Argelia, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Chequia, Chile, China, Colombia, Côte d'Ivoire, Croacia, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Filipinas, Finlandia, Francia, Hungría, India, Indonesia, Irán (República Islámica del), Israel, Italia, Japón, Kenya, Malasia, Mauricio, México, República de Corea, República Dominicana, Rumania, Singapur, Suiza, Tailandia, Turquía, Ucrania, Viet Nam y Zimbabwe. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Armenia, Bahrein, Camboya, Chipre, El Salvador, Eswatini, Etiopía, Gabón, Georgia, Grecia, Guinea Ecuatorial, Iraq, Malta, Marruecos, Moldova (República de), Noruega, Países Bajos, Paraguay, Qatar, República Democrática del Congo, Senegal y Uruguay. También asistió al período de sesiones un observador de la Santa Sede. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: a) organizaciones intergubernamentales: Comité Consultivo

Internacional del Algodón (CCIA), Corte Permanente de Arbitraje (CPA) y Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana (AALCO); y b) organizaciones no gubernamentales invitadas: American Arbitration Association/International Centre for Dispute Resolution (AAA/CIRD), ArbitralWomen, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), Belgian Centre for Arbitration and Mediation (CEPANI), Center for International Investment and Commercial Arbitration (CIICA), Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb), CISCG Advisory Council (CISG-AC), Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), Comité français de l'arbitrage (CFA), Corte de Arbitraje de Madrid, European Law Students' Association (ELSA), Forum for International Conciliation and Arbitration (FICA), Georgian International Arbitration Centre (GIAC), German Arbitration Institute (DIS), Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), Hong Kong Mediation Centre (HKMC), ICC International Court of Arbitration (ICCWBO), Inter-American Bar Association (IABA), Inter-American Commercial Arbitration Commission (IACAC), International Council for Commercial Arbitration (ICCA), International Insolvency Institute (I II), International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR), Korean Commercial Arbitration Board (KCAB), Law Association for Asia and the Pacific (LAWASIA), Miami International Arbitration Society (MIAS), Milan Chamber of Arbitration, Netherlands Arbitration Institute (NAI), New York City Bar Association, New York International Arbitration Center (NYIAC), P.R.I.M.E Finance Foundation, Regional Centre for International Commercial Arbitration - Lagos (RCICAL), Russian Arbitration Center at the Russian Institute of Modern Arbitration (RAC at RIMA).

Fueron elegidos los siguientes integrantes de la Mesa: Presidente: Sr. Andrés Jana (Chile) Relator: Sr. Takashi Takashima (Japón)

El GT si bien observó que las disposiciones sobre arbitraje acelerado se presentaban, por un lado, como un apéndice del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL y, por otro, como un texto independiente decidió proceder a examinarlas como si fueran a constituir un apéndice del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Si bien la opinión general fue que el *consentimiento expreso de las partes* debía ser el único fundamento para la aplicación de las disposiciones sobre arbitraje acelerado en el contexto del arbitraje *ad hoc*, se observó que las instituciones arbitrales cuyos reglamentos tomaran como modelo las disposiciones sobre arbitraje acelerado podrían prever que este tipo de procedimiento se aplicara automáticamente cuando se cumplieran determinadas condiciones, dado que las instituciones se encontrarían en posición de salvaguardar los intereses de las partes. Se indicó que se harían esas recomendaciones a las instituciones arbitrales en una etapa posterior.

Tras un debate, se acordó que las disposiciones sobre arbitraje acelerado incluyeran un mecanismo que permitiera a las partes desistir de la aplicación del arbitraje acelerado, aunque en circunstancias limitadas y con sujeción a la determinación que hiciera el tribunal arbitral. También se sugirió que, dado que el mecanismo por el que la parte desistiría de la aplicación del arbitraje acelerado no estaba directamente relacionado con el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre arbitraje

acelerado, debería preverse en una disposición separada.

III. NOTIFICACIÓN DEL ARBITRAJE

En cuanto a si debería tratarse la notificación del arbitraje en el arbitraje acelerado como si fuera un escrito de demanda, se consideró en general que ello podría agilizar efectivamente el procedimiento al eliminar la necesidad de que el demandante presentara un escrito de demanda por separado. La opinión general fue que sería suficiente con solicitar al demandante que presentara documentos y otras pruebas en la medida de lo posible, como se establece en el art. 20.4º del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL. En orden a la información que sería necesario incluir en la notificación del arbitraje se indicó que incluir una remisión a los artículos pertinentes del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL sería suficiente si las disposiciones sobre arbitraje acelerado figuraran como apéndice del Reglamento.

Una vez debatida la cuestión, se convino en examinar de manera más exhaustiva la notificación del arbitraje y la respuesta a esta, así como los escritos de demanda y de contestación, en el contexto del arbitraje acelerado, teniendo en cuenta los plazos establecidos en las disposiciones sobre arbitraje acelerado (incluidos los que fijara el tribunal arbitral) y la necesidad de garantizar la aplicación del procedimiento acelerado. Al efecto, se pidió a la Secretaría que preparara un texto con opciones que reflejaran las opiniones expresadas, a fin de que el GT las siguiera examinando. También se señaló que, si bien al formular las diferentes opciones debía tenerse en cuenta el hecho de que las partes hubieran convenido expresamente someter la controversia a un arbitraje acelerado, también era necesario dar tiempo suficiente a las partes para que presentaran sus demandas y las contestaran. por último se subrayó que uno de los objetivos de la formulación de las diversas opciones sería que el tribunal se constituyera con prontitud, ya que tendría que adoptar varias decisiones de procedimiento, por ejemplo, sobre determinados plazos que habrían de imponerse a las partes.

IV. NÚMERO DE ÁRBITROS

El GT aprobó una disposición en cuanto al fondo y convino en que no era necesario añadir un nuevo párrafo en el que se previera la posibilidad de que una parte que hubiese aceptado la intervención de un solo árbitro solicitara la constitución de un tribunal formado por más de uno. Se explicó que esa solicitud debería examinarse de la misma manera en que se examinaría una solicitud para desistir de la aplicación de las disposiciones sobre arbitraje acelerado.

V. NOMBRAMIENTO DEL ÁRBITRO

i) *Tribunales nacionales como autoridad nominadora.* El GT convino en que no sería necesario incluir en las disposiciones sobre arbitraje acelerado una referencia expresa a la posibilidad de que los tribunales nacionales actuaran como autoridad nominadora.

ii) *Disponibilidad del árbitro.* Con respecto a la forma en que un árbitro confirmaría oficialmente su

disponibilidad y su disposición para conducir un arbitraje acelerado, se observó que las declaraciones modelo de independencia e imparcialidad que debían presentarse de conformidad con el art. 11 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL podrían reformularse de modo que incluyeran referencias a las disposiciones sobre arbitraje acelerado y a la necesidad de que el arbitraje se sustanciara con celeridad.

iii) *Autoridades designadoras y nominadoras.* Tras deliberar, el GT convino en que las disposiciones sobre arbitraje acelerado dispusieran que, si las partes no podían llegar a un acuerdo sobre la elección de una autoridad nominadora en un plazo determinado, cualquiera de ellas podría solicitar al Secretario General de la CPA que designara la autoridad nominadora o que actuara en esa calidad. Se solicitó a la Secretaría que siguiera examinando las dificultades que podrían presentarse en relación con la aplicación de esa disposición (por ejemplo: i) cuando una parte ya hubiera propuesto al Secretario General de la CPA para que actuara como autoridad nominadora y la otra parte no hubiera estado de acuerdo; ii) cuando una parte solicitara al Secretario General de la CPA que actuara como autoridad designadora y la otra parte le solicitara que actuara como autoridad nominadora; y iii) la función del Secretario General de la CPA teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 6, párrafo 4, del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL) y ofreciera opciones de redacción para que fueran examinadas posteriormente por el GT.

Se convino además que el plazo previsto en la disposición 5, párrafo 2, podría reducirse a 15 días, una posibilidad que el GT podría examinar en más detalle, una vez que hubiera considerado los otros plazos que se establecieran en las disposiciones sobre arbitraje acelerado. Por último, se convino que, habida cuenta de la importancia de que las partes se pusieran de acuerdo en designar una autoridad nominadora en el arbitraje acelerado, el GT estudiaría la forma de destacar mejor ese aspecto en el modelo de cláusula compromisoria.

VI. CONFERENCIA DE GESTIÓN DEL CASO Y CALENDARIO PROVISIONAL

Se expresaron opiniones divergentes sobre si el tribunal arbitral debería celebrar conferencias de gestión del caso en el arbitraje acelerado. A favor de esa posición, se señaló que las conferencias de gestión del caso podrían contribuir a simplificar en general el procedimiento y que si se daba suficiente flexibilidad al tribunal arbitral sobre la forma de llevarlas a cabo (como se disponía en la disposición 6, párr. 2), su celebración no supondría una carga. Según otra opinión, si bien la conferencia de gestión del caso era útil, el tribunal debería tener la flexibilidad de celebrarla o no, dado que ello dependería de las circunstancias del caso. Se explicó además que una conferencia de gestión del caso quizás no sería apropiada y tal vez ni siquiera necesaria en algunos tipos de controversias y que exigir su celebración resultaría demasiado prescriptivo.

Tras deliberar, el GT convino en que debería establecerse que el tribunal arbitral tiene la obligación de consultar a las partes sobre la forma en que conduciría el proceso, y que una forma de hacerlo podría ser mediante una conferencia de gestión del caso. En cuanto a la oportunidad en que se celebraría la consulta, se acordó que el GT consideraría la posibilidad de fijar un plazo breve en que el tribunal debería consultar a las partes. El GT convino además prestar orientación al tribunal arbitral sobre la

forma en que podrían llevarse a cabo las consultas (por ejemplo, mediante una conferencia de gestión del caso). Se convino asimismo en que se reformulara la propuesta, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 17, párrafo 2, del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL.

VII. PLAZOS Y DISCRECIONALIDAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El GT debatió acerca de la oportunidad de incluir en el proyecto una disposición que estableciese un plazo general para la sustanciación del arbitraje acelerado y al efecto se observó que podría ser conveniente conservar tanto el plazo general para el arbitraje como el plazo para dictar el laudo, para que las partes supieran a qué atenerse y orientar al tribunal arbitral en la sustanciación del arbitraje. Se subrayó tanto la necesidad de velar por que se respetara el plazo general, como de permitir prórrogas cuando fuese necesario. No obstante, en general se consideró que, si en las disposiciones sobre arbitraje acelerado se fijaba un plazo para dictar el laudo, poco aportaría el hecho de que se estableciera un plazo general. En cuanto a la duración del plazo que se fijaría en las disposiciones sobre arbitraje acelerado, se propusieron distintas duraciones, que oscilaban entre los 3 y los 12 meses. Hubo acuerdo en que el plazo debía ser breve para que reflejara el carácter acelerado del procedimiento, pero que debería también preverse la posibilidad de que pudiera prorrogarse. En cuanto al momento a partir del cual comenzarían a correr los plazos, la opinión general fue que en el arbitraje acelerado los plazos deberían empezar a computarse a partir de la constitución del tribunal. Se explicó que, en un arbitraje *ad hoc*, no habría ninguna entidad que impusiera los plazos antes de que se constituyera el tribunal. Tras deliberar, el GT acordó que no era necesario que en las disposiciones sobre arbitraje acelerado se estableciera un plazo general, siempre y cuando se mantuviera el plazo para dictar el laudo. En general se consideró que ese plazo debía empezar a correr a partir de la constitución del tribunal.

- i) *Incumplimiento del plazo.* Se señaló que tal vez fuera necesario modificar el art. 30 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL en el contexto del arbitraje acelerado.
- ii) *Discrecionalidad del tribunal arbitral en el arbitraje acelerado.* Tras un debate, el GT, se señaló que podría reformularse una disposición general: i) que indicara las finalidades generales de las disposiciones sobre arbitraje acelerado (por ejemplo, el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias rápido, justo y eficaz en función de los costos); y ii) que indicara también que las partes (al aceptar que se aplicaran a su controversia las disposiciones sobre arbitraje acelerado) y el tribunal arbitral (al aceptar cumplir la función de árbitro de conformidad con esas disposiciones) se encontrarían obligados por esas finalidades. Se afirmó que varios reglamentos institucionales incluían una disposición similar. Si bien se observó que la necesidad de otorgar a las partes la oportunidad de presentar sus argumentos también debería mencionarse en una disposición general de ese tipo, hubo acuerdo en que en el art. 17, párrafo 1, del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL se trataba suficientemente esa cuestión. Se acordó, además, que esa disposición debería figurar entre las primeras de las disposiciones sobre arbitraje acelerado.

VIII. RECONVENCIONES Y NUEVAS RECLAMACIONES

El GT confirmó su entendimiento de que debía preservarse el derecho de las partes a presentar reconvenções y nuevas reclamaciones, aunque podían fijarse limitaciones a las disposiciones sobre arbitraje acelerado, dejando librada a la discrecionalidad del tribunal arbitral la posibilidad de no aplicarlas. En ese contexto, se sugirió que se diera al demandado tiempo suficiente para presentar una reconvenção, que podría incluirse en la contestación de la demanda. Otra sugerencia fue que las reconvenções solo pudieran permitirse en las primeras etapas del arbitraje a efectos de asegurar la eficiencia del proceso en general. Con independencia de las limitaciones temporales, se convino en general que el tribunal debería tener discrecionalidad para aceptar reconvenções en una etapa posterior. Se observó que las contrademandas y las nuevas demandas podrían tener como consecuencia que la sustanciación de un arbitraje acelerado ya no fuera adecuada para resolver la controversia. Se señaló que en esas circunstancias una parte podría solicitar que no se aplicaran las disposiciones sobre arbitraje acelerado

IX. DILIGENCIAMIENTO DE PRUEBAS

La opinión general fue que en el arbitraje acelerado el tribunal arbitral debía tener la facultad de limitar la presentación de otros escritos por las partes, así como la presentación de documentos, elementos probatorios o medios de prueba. Si bien la discrecionalidad de hacerlo surgía de los arts. 24 y 27 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, se acordó que se incluyeran en disposiciones sobre arbitraje, estableciendo expresamente esa discrecionalidad del tribunal.

X. AUDIENCIAS

En ese contexto, se sugirió que se destacara en las disposiciones sobre arbitraje acelerado que solo se celebrarían audiencias en circunstancias excepcionales y que las partes podrían acordar que no se celebrarían.

- *Plazo para solicitar una audiencia:* Con respecto a si en las disposiciones sobre arbitraje acelerado debería fijarse un plazo dentro del cual una parte podría solicitar una audiencia (u oponerse a la decisión del tribunal de no celebrarla), en general se consideró que no debería establecerse esa limitación, en el entendimiento de que debería ser posible formular esa solicitud en una etapa apropiada del proceso (*vid.* Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, art. 17, párr. 3). Se señaló que lo ideal sería que la solicitud se hiciera antes o durante las consultas que el tribunal arbitral celebraría con las partes.
- *Sustanciación de la audiencia.* Independientemente de si el tribunal arbitral estuviera obligado a celebrar una audiencia o no, en general se consideró que debía concedérsele amplia discrecionalidad para simplificar y agilizar la celebración de audiencias. Por ejemplo, el tribunal arbitral tendría flexibilidad para decidir cuáles serían los medios más apropiados para celebrarlas (por ejemplo, a distancia, sin la presencia física de las partes) y limitar su duración, el número de testigos y los conainterrogatorios. Se señaló que, si fuera posible celebrar las audiencias de esa forma limitada, tal vez se atenuarían las preocupaciones que se habían manifestado respecto de que los tribunales arbitrales estuvieran obligados a celebrar audiencias a instancia de una de las partes.

XI. EMISIÓN DEL LAUDO

- i) *Plazo para dictar el laudo.* Se recordó que el GT había convenido en que no sería necesario establecer un plazo general para la sustanciación del arbitraje acelerado, siempre y cuando se fijara un plazo para dictar el laudo. Durante las deliberaciones mantenidas al respecto, se consideró en general que el plazo para dictar el laudo debía empezar a correr a partir de la constitución del tribunal. En cuanto a la duración del plazo, se expresó alguna preferencia por que fuera de seis meses. Se señaló que un plazo de seis meses sería suficiente para destacar que se trataba de un procedimiento acelerado y que dicho plazo sería congruente con el plazo previsto en numerosos reglamentos institucionales sobre arbitraje acelerado. Tras haber decidido que se fijaría un plazo para dictar el laudo, que comenzaría a correr a partir de la constitución del tribunal, el GT convino en que no era necesario prever un plazo separado que empezara a computarse a partir del cierre de las audiencias. Se observó que establecer ese plazo podría complicar excesivamente la gestión del proceso y generar una discrepancia entre las expectativas de las partes y las del tribunal arbitral.
- ii) *Prórroga del plazo.* La opinión general fue que en las disposiciones sobre arbitraje acelerado se debería prever la posibilidad de que se prorrogara el plazo para la emisión del laudo en circunstancias excepcionales. También se consideró en general que el tribunal arbitral (y no la autoridad nominadora) debería decidir si prorrogar el plazo o no, tras invitar a las partes a expresar sus opiniones. Con respecto a «en circunstancias excepcionales», se dijo que la expresión podría explicarse un poco más (tal vez indicando cuáles serían esas circunstancias)
- iii) *Laudo motivado.* El GT reafirmó su entendimiento de que el art. 34, párrafo 3, del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL sería aplicable al arbitraje acelerado, sin modificaciones.

XII. DESESTIMACIÓN TEMPRANA Y DETERMINACIÓN PRELIMINAR

Tras examinar las disposiciones en torno a la «desestimación temprana» y a la «determinación preliminar», se reiteró que esas medidas podrían mejorar la eficiencia general del arbitraje y algunas instituciones expusieron sus experiencias prácticas al respecto. Se observó que, si bien la aplicación de esas medidas constituiría una de las facultades inherentes de los tribunales arbitrales, establecer expresamente en las disposiciones sobre arbitraje la posibilidad de utilizarlas facilitaría su aplicación. La introducción de esas medidas podría tener repercusiones positivas, en cuanto desalentaría la presentación de demandas infundadas por las partes.

Aplicación Provisional del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 5 mayo 2020

El Consejo de Ministros de 4 agosto 2020 aprobó la firma del Acuerdo para la terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados Miembros de la Unión Europea se autoriza la aplicación provisional del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea. (MPCM) Propuesta conjunta: Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación; e Industria, Comercio y Turismo. Dicho acuerdo se incluye en el BOE de 30 septiembre 2020.



I. ANTECEDENTES

Desde 2011, la compatibilidad de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) con la legislación de la Unión Europea ha sido objeto de un gran debate en Europa. Este último se ha referido principalmente a APPRI entre Estados miembros (APPRI intracomunitarios), pero en los últimos tiempos se ha extendido a la política de la Unión Europea (UE) y de los Estados miembros con respecto a APPRI celebrados entre Estados miembros de la UE y terceros países (TBI extracomunitarios). El 6 marzo 2018, el Tribunal de Justicia de la UE dictó la Sentencia *Achmea* (asunto incompatibilidad de la cláusula arbitral no solo del Acuerdo de Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) entre Eslovaquia y Países Bajos, sino de todos los Acuerdos de Inversión entre Estados Miembros (Intra-EU BIT) (1) . A partir de este fallo, los Estados Miembros se comprometieron a negociar un Acuerdo de terminación de los Acuerdos de inversión intracomunitarios (AT). Para ello se constituyó un Grupo de Trabajo que se reunió hasta en nueve ocasiones. El 24 octubre 2019, los Estados miembros de la UE llegaron a un consenso sobre un tratado multilateral para la terminación de los tratados bilaterales de inversión (TBI) dentro de la UE. El Acuerdo sigue las declaraciones del 15 y 16 enero 2019 sobre las consecuencias legales de la sentencia del Tribunal de Justicia en *Achmea* y sobre la protección de la inversión en la Unión Europea, donde los Estados miembros se comprometieron a rescindir sus TBI dentro de la UE. De conformidad con dichas declaraciones, la Comisión intensificó los debates con los Estados miembros con el objetivo de garantizar una protección completa, sólida y efectiva de las inversiones en la Unión Europea.

El 5 mayo 2020 se firmó en Bruselas el Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea (2) . En dicho instrumento se reconoce que las cláusulas de arbitraje entre inversores y Estados en los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros de la Unión Europea (tratados bilaterales de inversión intraUE) son contrarias a los Tratados de la UE y, debido a esta incompatibilidad, no pueden aplicarse después de la fecha en que la última de las Partes en un tratado bilateral de inversión intraUE se haya convertido en Estado miembro de la Unión Europea;

A través de este Acuerdo, veintitrés Estados miembros de la Unión Europea (Bélgica, Bulgaria, Croacia, República de Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia y España) acordaron la terminación de los TBI entre los citados Estados miembros, incluidas las cláusulas de remanencia, las cuales extienden la protección de inversiones realizadas antes de la fecha de terminación de dichos TBI por un período de tiempo adicional. España firmó el acuerdo *ad referendum*, previa autorización de la ministra de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación . Otros Estados no firmantes, como Finlandia, Suecia y Austria, se comprometieron a terminar sus acuerdos de forma bilateral e Irlanda no cuenta con este tipo de acuerdos intracomunitarios.

II. CONTENIDO

1. Efectos de la terminación

El Acuerdo regula los efectos de la terminación distinguiendo entre procedimientos de arbitraje nuevos, pendientes y concluidos.

Los procedimientos de arbitraje concluidos son aquellos que hayan finalizado con acuerdo de conciliación o laudo definitivo emitido antes del 6 marzo 2018, siempre que, o bien el laudo se haya ejecutado debidamente antes de dicha fecha, o haya sido revocado o anulado antes de la entrada en vigor del Acuerdo.

La terminación de los TBI no afecta a los procedimientos de arbitraje concluidos, los cuales no serán reabiertos.

Los procedimientos de arbitraje pendientes son aquellos iniciados antes del 6 marzo 2018, que no se consideren concluidos, y los procedimientos de arbitraje nuevos son los iniciados el 6 marzo 2018 o con posterioridad. En estos casos, las partes contratantes deberán cumplir dos requisitos. Informar a los tribunales arbitrales sobre las consecuencias jurídicas de la sentencia *Achmea*, esto es, que las cláusulas de arbitraje de los TBI son contrarias a los Tratados de la UE y no podrán servir como base jurídica para los Procedimientos de Arbitraje. En caso de estar pendiente un procedimiento judicial sobre el laudo, solicitar al órgano jurisdiccional nacional competente que revoque, anule o se abstenga de reconocer y hacer cumplir el laudo.

Respecto a los procedimientos de arbitraje pendientes, el Acuerdo también prevé la aplicación de

medidas transitorias, consistentes en el inicio de un diálogo estructurado, supervisado por un conciliador imparcial, y el acceso a los recursos jurisdiccionales previstos en el ordenamiento jurídico nacional.

2. Diálogo estructurado para los Procedimientos de Arbitraje Pendientes

El diálogo estructurado consiste en un procedimiento de conciliación, que deberá iniciarse en los seis meses posteriores a la terminación del TBI. Su procedencia dependerá de si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) o un tribunal nacional, por sentencia firme, han determinado si la medida impugnada en el procedimiento de arbitraje pendiente infringe o no el Derecho de la Unión; o si puede determinarse una posible infracción del citado Derecho.

El procedimiento de conciliación será supervisado por un conciliador imparcial con vistas a encontrar entre las partes, de forma extrajudicial y sin recurrir al arbitraje, una solución amistosa, lícita y equitativa al litigio objeto del Procedimiento de Arbitraje. El procedimiento de conciliación será imparcial y confidencial. Cada una de las partes en el procedimiento de conciliación podrá dar a conocer su punto de vista.

El conciliador

- Será designado de común acuerdo por el inversor y la Parte Contratante afectada que actúe como demandada en el correspondiente Procedimiento de Arbitraje Pendiente.
- Será elegido entre personas cuya independencia e imparcialidad estén fuera de toda duda y que posean las cualificaciones necesarias, incluido un conocimiento profundo del Derecho de la Unión.
- No podrá ser nacional del Estado miembro en el que se haya realizado la inversión ni del Estado miembro de origen del inversor ni hallarse en situación de conflicto de intereses.

Si en el plazo de un mes a partir del inicio del procedimiento de conciliación no se llega a un acuerdo común sobre la elección del conciliador imparcial, el inversor o la Parte Contratante afectada que actúe como demandada en el correspondiente Procedimiento de Arbitraje Pendiente solicitará al Director General del Servicio Jurídico de la Comisión Europea que designe a un antiguo Miembro del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual, previa consulta a las partes en litigio, nombrará a una persona que cumpla los criterios mencionados en el presente apartado. En el anexo D se establece un baremo indicativo de honorarios del conciliador.

El conciliador solicitará al inversor y al Estado miembro en el que se haya realizado la inversión que presenten observaciones por escrito en un plazo de dos meses a partir de su designación. Cuando el procedimiento de conciliación se haya iniciado sobre la base del apartado 6, el conciliador podrá solicitar a la Comisión Europea asesoramiento sobre las cuestiones pertinentes relacionadas con el Derecho de la Unión en el plazo de dos meses.

El conciliador organizará de manera imparcial las negociaciones para la resolución del litigio y

prestará apoyo a las partes con el fin de llegar a una solución amistosa en un plazo de seis meses a partir de su designación, o en un plazo más largo acordado por las partes. Las partes participarán en dicho proceso de buena fe. Al realizar esta labor, el conciliador tendrá debidamente en cuenta las sentencias del TJUE o del órgano jurisdiccional nacional, así como las decisiones de la Comisión Europea que tengan carácter definitivo, y el asesoramiento correspondiente. El conciliador también tendrá en cuenta las medidas adoptadas por la Parte Contratante afectada para cumplir las sentencias pertinentes del TJUE y la jurisprudencia del TJUE sobre el alcance de las indemnizaciones por daños con arreglo al Derecho de la Unión.

Si se alcanza un acuerdo, las condiciones de la conciliación deberán incluir la obligación del inversor de retirar la demanda de arbitraje o renunciar a la ejecución del laudo y de abstenerse de iniciar un nuevo procedimiento de arbitraje. Asimismo, podrán incluir la renuncia a todos los demás derechos y pretensiones relacionados con la medida objeto del procedimiento de arbitraje pendiente.

3. Acceso a los recursos judiciales

Sin perjuicio de lo anterior, el inversor tendrá acceso a los recursos judiciales previstos en el ordenamiento jurídico nacional contra toda medida impugnada en un procedimiento de arbitraje pendiente, aun cuando los plazos nacionales para interponer acciones hayan expirado, siempre que concurren tres circunstancias. En primer lugar, que el acceso al tribunal nacional sirva para presentar una demanda basada en el Derecho nacional o de la Unión. Por otro lado, que no se haya alcanzado ningún acuerdo de conciliación a raíz del diálogo estructurado. Por último, que en el plazo de seis meses desde la terminación del TBI o, en caso de uso del diálogo estructurado, desde su rechazo o desde el rechazo de la propuesta de conciliación, el inversor renuncie al Procedimiento de Arbitraje Pendiente y a todos los derechos y pretensiones derivados del TBI o a la ejecución del laudo, y se comprometa a no iniciar un Nuevo Procedimiento de Arbitraje.

El Acuerdo está compuesto por 18 artículos, agrupados en cuatro secciones. La primera es la de las definiciones e incluye solamente al art. 1. La Sección 2 contiene las disposiciones relativas a la terminación de los tratados bilaterales de inversión, arts. 2 al 4. La Sección 3 está dedicada a las disposiciones relativas a las demandas presentadas en virtud de tratados bilaterales de inversión, arts. 5 a 10. Por último, la Sección 4 regula las disposiciones finales, en las que se aborda las cuestiones más comunes a los tratados multilaterales: la designación del depositario del Acuerdo, que en este caso recae en el secretario general del Consejo de la Unión Europea; las reservas; la resolución de controversias; la entrada en vigor, y las versiones auténticas.

4. Anexos

En esta misma sección, el art. 12 hace mención a los Anexos del Acuerdo, que forman parte integrante del mismo, y son cuatro:

- **Anexo A:** lista de los tratados bilaterales de inversión que se terminan en virtud del presente Acuerdo. En la parte correspondiente a España se incluyen 10 tratados:
 - 1) Acuerdo para la protección y fomento recíprocos de inversiones entre el Reino de España y la

República Federativa Checa y Eslovaca, de 12 diciembre 1990.

- 2) Acuerdo para la protección y fomento recíproco de inversiones entre el Reino de España y la República Federativa Checa y Eslovaca, de 12 diciembre 1990
- 3) Convenio entre el Reino de España y la República de Hungría para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 9 noviembre 1989.
- 4) Acuerdo entre España y Rumanía para la promoción y protección recíproca de inversiones, de 25 enero 1995.
- 5) Acuerdo entre el Reino de España y la República de Lituania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 6 julio 1994.
- 6) Acuerdo entre el Reino de España y la República de Letonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de 26 octubre 1995.
- 7) Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bulgaria para la promoción y protección recíprocas de inversiones, de 5 septiembre 1995.
- 8) Acuerdo entre el Reino de España y la República de Estonia para la promoción y protección recíprocas de inversiones, de 11 noviembre 1997.
- 9) Acuerdo entre el Reino de España y la República de Croacia para la promoción y protección recíproca de inversiones, de 21 julio 1997.
- 10) Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Eslovenia, de 15 julio 1998.

— *Anexo B:* lista de los tratados bilaterales de inversión ya terminados con una cláusula de remanencia que puede surtir efecto. Por lo que se refiere a España solamente se incluye el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Polonia para la protección y fomento recíprocos de las inversiones, firmado el 30 julio 1992, que entró en vigor el 1 mayo 1993, y que terminó en 2019.

— *Anexo C:* contiene el modelo de declaración a la que se refiere el art. 7 del Acuerdo.

«Las Partes Contratantes confirman que las Cláusulas de Arbitraje son contrarias a los Tratados de la UE y, por lo tanto, no son aplicables. Como consecuencia de esta incompatibilidad entre las Cláusulas de Arbitraje y los Tratados de la UE, a partir de la fecha en que la última de las Partes en un Tratado Bilateral de Inversión se haya convertido en Estado miembro de la Unión Europea, la Cláusula de Arbitraje de dicho Tratado Bilateral de inversión no podrá servir de base jurídica para los Procedimientos de Arbitraje».

— *Anexo D:* se establece un baremo indicativo de honorarios del conciliador, en el ámbito de los procedimientos de arbitraje pendientes regulado en el art. 9 del Acuerdo.

Iniciación del diálogo estructurado, análisis interno preliminar y solicitud al inversor y al Estado miembro de acogida de la inversión de que presenten observaciones por escrito en un plazo de dos meses a partir de su designación: 1.000 euros.

Organización de las negociaciones para la resolución del litigio y apoyo a las partes con el fin de llegar a una solución amistosa: 1.000 euros.

Proyecto de solución amistosa: 1.000 euros.

(Si no se acepta la solución amistosa) organización de nuevas negociaciones a la luz de los cambios solicitados por las partes para hallar una solución al litigio mutuamente aceptable: 1.000 euros.

(Si aún no se ha encontrado una solución) propuesta de arreglo amistoso: 1.000 euros.

5. Aplicación provisional

También dentro de la Sección 4 se encuentra el art. 17, que regula la aplicación provisional del Acuerdo.

La aplicación provisional permite que este Acuerdo comience a desplegar sus efectos antes de su entrada en vigor. Esta posibilidad es especialmente relevante en este caso si se tiene en cuenta que el retraso en la ratificación del Acuerdo genera incertidumbre tanto en los inversores como en los Estados miembros. Por otra parte, los inversores europeos siguen utilizando los Acuerdos intracomunitarios para abrir procedimientos de arbitraje contra los Estados miembros y los tribunales de arbitraje continúan admitiendo dichas reclamaciones intracomunitarias, actuando así en contra del Derecho de la UE. Por estos motivos el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo ha instado que se autorice esta aplicación provisional por parte de España.

(1)

Vid. 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; *id.*, «*Belenergia c. Italia* : el arbitraje de inversiones *intra-UE* en el escenario post-*Achmea* y la interpretación del trato justo y equitativo en el marco de los recortes en el sector de la producción eléctrica fotovoltaica en Italia», *LA LEY Mediación y Arbitraje*, n.º 1, enero-marzo 2020, n.º 1, 1 abril 2020.

[Ver Texto](#)

(2) *Vid.* en texto en *LA LEY Mediación y Arbitraje*, n.º 3, julio-septiembre 2020, n.º 3, 1 julio 2020.

[Ver Texto](#)



Competencia judicial internacional de los tribunales españoles para la adopción de medidas cautelares *inaudita altera pars* en apoyo de un arbitraje CCI

Auto de la AP de Oviedo 12 abril 2019 (1)

Dado que la competencia de los tribunales españoles sobre la obligación de garantía es única y no está exceptuada por un convenio arbitral, ni siquiera *prima facie*, nada impide que una parte solicite la suspensión de la ejecución de la garantía, si estima que hay causas ajenas a la relación causal, amparadas en la propia nulidad de la garantía, tales como falsedad documental o cualquier otra circunstancia que afecte propiamente a la eficacia de la obligación de garantía.



Sixto A. Sánchez Lorenzo

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada

Árbitro internacional

1. El Auto n.º 46/2019 de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Sexta de 12 abril 2019 aborda la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para la adopción de medidas cautelares *inaudita altera pars* en apoyo de un procedimiento de arbitraje administrado por la CCI, presuntamente con sede fuera de España. En el año 2015, la compañía israelí Imaproject Israel Ltd celebró con otra compañía Israelí, Alstom Israel Ltd, un contrato para la construcción de una planta

de energía termo-solar en Israel. Para garantizar su obligación de pago, Imaproject gestionó un aval a primer requerimiento a favor de Alstom, que fue suscrito con la sucursal del Banco de Sabadell de Oviedo. La garantía se sometía a las «Reglas Uniformes para la Ejecución de Garantías, Publicación n.º 758 de la CCI». En dichas reglas se establece como ley aplicable la del domicilio de la sucursal del garante (art. 34) y la sumisión a los tribunales de dicho lugar (art. 35). Imaproject, por su parte, «ha iniciado los trámites» para interponer una demanda arbitral ante la CCI por incumplimiento de contrato por parte de Alstom, en la que, entre otros extremos, se solicita la suspensión de la ejecución del aval, que es precisamente la medida que se solicita ante el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, ante el requerimiento de pago realizado por Alstom a la entidad bancaria.

2. El Juzgado de Primera Instancia de Oviedo declina su competencia al estimar que no existe norma jurídica en el sistema que pueda fundarla, afirmación que, obviamente, la Audiencia Provincial pone en tela de juicio. Para justificar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, la Audiencia va a aplicar de forma exclusiva el sistema interno contenido en la LOPJ (art. 22), sin referencia alguna al Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis).

Conviene recordar, en primer término, que la competencia judicial internacional para adoptar medidas cautelares en apoyo del arbitraje no queda afectada por la exclusión del arbitraje en la letra d) del art.1.2º del Reglamento «Bruselas I bis», tal y como ha señalado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de noviembre de 1998 (As. C-391/95: «*Van Uden*», ECLI :EU:C:1998:543). Es cierto que la mayor parte de las normas de competencia del Reglamento solo se aplican cuando el domicilio del demandado se encuentra en un Estado miembro, y que el caso litigioso oponía a dos compañías israelíes. Para medir el alcance de esta circunstancia, es preciso, sin embargo, precisar el doble título que habilita la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia cautelar.

En primer lugar, los tribunales españoles son competentes para adoptar medidas cautelares siempre que tengan competencia judicial internacional sobre el fondo del asunto. Cuando la controversia ha sido sometida a arbitraje, la competencia cautelar de los tribunales españoles no podría fundarse, en principio, en esta posibilidad, como señala la propia sentencia del TJCE en el asunto *Van Uden*:

«Procede señalar que, cuando las partes han sustraído válidamente un litigio derivado de un contrato, a la competencia de los tribunales estatales para atribuirlo a un órgano arbitral, no existen, en el sentido del Convenio, tribunal estatal competente para conocer del fondo del litigio. De ello se deduce que una parte de tal contrato no tiene la posibilidad de solicitar la adopción de medidas provisionales o cautelares ante un tribunal estatal competente, en virtud del Convenio, para conocer sobre el fondo» (ap. 24) (2).

En consecuencia, la única posibilidad competencial vendría dada por la aplicación del art. 35 del Reglamento, que permite solicitar ante los tribunales de un Estado miembro medidas cautelares previstas en la Ley de dicho Estado. Cabe plantearse en qué medida el art. 35 del Reglamento es una norma de competencia directa o simplemente consiste, como parece más verosímil, en una norma

habilitante que finalmente depende de que los tribunales competentes de cada Estado miembro se consideren competentes para la adopción de la medida cautelar en aquellos casos en que no tengan competencia sobre el fondo, con la salvedad de que tales normas se basen en un criterio de proximidad suficiente. En tal caso, y esta es la interpretación más razonable, el art. 35 del Reglamento no puede separarse de lo dispuesto en el art. 22 sexies de la LOPJ que atribuye competencia estrictamente cautelar a los tribunales españoles cuando se trate de medidas cautelares sobre bienes o personas que se encuentren en España (3) . Pero en el caso que nos ocupa, dado que el domicilio de ambas partes se encuentra en Israel, no cabría en puridad recurrir al art. 35 del Reglamento, sino exclusivamente al art. 22 sexies de la LOPJ. En cualquier caso, no habría un tratamiento muy distinto de la cuestión en supuestos europeos o extra-europeos.

El caso planteado, sin embargo, no encaja en el análisis general. La competencia cautelar de los tribunales españoles se refiere más bien a la primera posibilidad, esto es, en razón de su competencia judicial internacional sobre el fondo. El objeto de la medida cautelar es la suspensión de la ejecución de una garantía o aval autónomo, y esta cuestión no está, como veremos, sometida a arbitraje, sino que es competencia única de los tribunales españoles. La constitución de una garantía autónoma y su ejecución constituye una materia y una obligación independientes de la relación causal (el contrato de construcción), no solo en términos mercantiles, sino procesales. Al incorporar a la garantía las Reglas Uniformes de la CCI, las partes se habían obligado, por referencia, a través de una cláusula atributiva de competencia que cumple las condiciones de validez formal contempladas en el art. 25 del Reglamento «Bruselas I bis». Este precepto se aplica, con independencia del domicilio de las partes, siempre que la cláusula atribuya competencia a los tribunales de un Estado miembro. Este es, precisamente, el caso planteado: las controversias relativas a las obligaciones asumidas en la garantía o aval autónomo fueron sometidas a los tribunales españoles, que tiene competencia única en virtud del art. 25 del Reglamento «Bruselas I». Como tribunales internacionalmente competentes para conocer del fondo, los tribunales españoles, en virtud del mismo precepto, son internacionalmente competentes para adoptar medidas cautelares. Tal singularidad hace inaplicable en este punto la doctrina *Van Uden*, pues la medida cautelar se refiere a un objeto conexo con el procedimiento arbitral, pero cuya competencia sustancial no cae en manos de los árbitros, sino de los tribunales españoles, ante los que se podría plantar un procedimiento principal sobre la ejecución de la garantía, paralelo al procedimiento arbitral sobre la relación causal.

3. La solución de la competencia judicial internacional, resuelta en la forma señalada, deja abierta aún la cuestión de la competencia territorial interna y, en particular, la competencia de los tribunales españoles en razón de la vinculación de la medida cautelar a un procedimiento principal de naturaleza arbitral. La Audiencia invoca, como no podía ser menos, el art. 722 LEC, que habilita la competencia de los tribunales españoles en apoyo de procedimientos arbitrales pendientes en España o en el extranjero, o incluso *ante causam*. Aunque la dicción del art. 722 LEC parece legitimar únicamente a quienes ya sean parte en el procedimiento arbitral abierto en el extranjero, una lectura conforme al art. 11.3º Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LA) da a la razón a la doctrina y a la jurisprudencia que admiten con normalidad la posibilidad de adopción por los tribunales españoles de medidas cautelares *ante causam*, aun cuando el procedimiento arbitral en el extranjero no se haya iniciado (4) . Por lo demás, la competencia de los tribunales españoles por

sumisión no puede justificar una excepción sobre la base de una competencia exclusiva de los tribunales españoles.

Por lo que se refiere a la competencia territorial, la aplicación de los arts. 723 y 724 LEC suscitan algunos problemas interpretativos. En principio, se diría que procede aplicar lo dispuesto en el art. 724 LEC y en el art. 8.3º LA, de forma que si se encuentra pendiente el procedimiento arbitral en el extranjero (circunstancia que no está clara *in casu*) serían competentes los tribunales del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, del lugar en que las medidas deban producir su eficacia. Esta regla de competencia territorial se acomoda a aquellos casos en que los tribunales españoles carecen de competencia sobre el fondo (art. 35 del Reglamento «Bruselas I bis» y art. 22 sexies de la LOPJ), pero es discutible cuando los tribunales españoles, como ocurre en este singular caso, son competentes sobre el fondo en virtud de una regla del propio Reglamento «Bruselas I» (aunque en la práctica la competencia de los Juzgados de Oviedo hubiera podido afirmarse por ambas vías). No obstante, la norma de competencia del art. 25 del Reglamento, al igual que en muchos otros casos, actúa no solo como norma de competencia judicial internacional, sino como norma de competencia territorial interna en su caso. De ahí la fórmula empleada: «han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro». De conformidad con este precepto, los Juzgados de Oviedo son internacional y territorialmente competentes para conocer del fondo de las obligaciones de garantía por voluntad de las partes, y dicha competencia debería extenderse a la adopción de medidas cautelares vinculadas con dicha obligación. Para ello, conviene no olvidar que el art. 724 matiza: «salvo lo que prevean los Tratados». Una interpretación coherente del propio Reglamento con la LEC aconseja recurrir, pues, a la misma regla prevista en el art. 723 para las medidas *ante causam*, y en este especial caso establecer la competencia territorial de los tribunales de Oviedo, por ser los competentes para conocer de las obligaciones de garantía.

4. Otra cuestión de interés consiste en analizar la solución del caso según el modelo de arbitraje comercial internacional en materia de medidas cautelares. El modelo español de arbitraje parte de un principio de competencia compartida entre los tribunales y los árbitros en lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares en apoyo del arbitraje (art. 11.3º y 23 LA y art. 6.4º del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional hecho en Ginebra el 21 abril 1961). Ello hace que la competencia de los tribunales españoles, frente a los árbitros, dependa en realidad de la voluntad del solicitante de la medida cautelar, con independencia de que se haya iniciado o no el procedimiento arbitral. Otros sistemas, sin embargo, establecen con carácter general la competencia exclusiva de los árbitros para adoptar medidas cautelares una vez que se ha constituido el tribunal arbitral (momento que coincide generalmente en dichos sistemas con el inicio del procedimiento arbitral). Los tribunales de justicia únicamente intervienen en aquellos casos en que no resulte factible la adopción de medidas cautelares por los árbitros [secc. 44 (5) de La Ley inglesa de Arbitraje de 1996]. A este planteamiento responde *ab initio* el sistema francés, en la medida en que los jueces únicamente están habilitados para adoptar medidas cautelares *ante causam* (art. 1.449 CPC), esto es, antes de que se constituya el tribunal arbitral y, en consecuencia, pueda adoptar él mismo tales medidas (5). Es cierto que este criterio se exceptúa cuando se trata de medidas cautelares que implican la ejecución sobre bienes, como el embargo preventivo (art. 1468 CPC) (6), pero el modelo francés plantea una interesante cuestión: Si tenemos en cuenta la jurisprudencia del

TJUE, la competencia judicial internacional para adoptar medidas cautelares en apoyo del arbitraje se rige por el Reglamento «Bruselas I bis», y en este caso singular dicho Reglamento debe atribuir competencia para la adopción de dichas medidas a los tribunales de un Estado miembro competentes para conocer sobre el fondo, en la medida en que la ejecución de la garantía no queda afectada por las controversias sobre la relación causal sometidas a arbitraje. Por lo demás, si existe un convenio arbitral, el Reglamento «Bruselas I» no afecta a la potestad de que gozan los tribunales de los Estados miembros para evaluar el alcance de sus efectos negativos sobre su competencia judicial, como especifica el considerando 12 del propio Reglamento. En un caso como el presente, la medida cautelar no se incardina propiamente en una materia incluida en el convenio arbitral, sino en la suspensión de la ejecución de una garantía, para la que el órgano jurisdiccional sí tiene competencia sobre el fondo, pues tal materia no es alcanzada por los efectos del acuerdo arbitral. La cuestión, nada obvia a la luz de otras decisiones del TJUE como *West Tankers*, sería entonces en qué medida el órgano francés podría declinar su competencia cautelar al amparo de las normas internas que atribuyen a los árbitros la competencia cautelar exclusiva durante el procedimiento. La delimitación de la exclusión de la materia arbitral en el Reglamento «Bruselas I» ofrece en este caso tan singular una nueva perspectiva. En realidad, si las partes se hubiesen sometido a un tribunal francés conforme a las Reglas URDG-758 para resolver las controversias relativas a la obligación de garantía, no parece que dicho tribunal pudiera justificar su declinación de competencia cautelar en favor de los árbitros amparándose en la existencia en curso de un procedimiento arbitral cuyo objeto no se extiende a dicha garantía, sino que se circunscribe a la relación causal.

5. En efecto, las consideraciones procesales vertidas sobre la competencia se encuentran en realidad viciadas por una cuestión sustantiva que confiere al presente caso una enorme singularidad. El objeto del procedimiento arbitral no puede extenderse a la eficacia de la garantía a primera demanda, que es competencia de la jurisdicción española y no está cubierta por la cláusula de arbitraje relativa a la relación causal, a saber, el contrato de construcción. Esta ineficacia de la cláusula arbitral respecto de la ejecución de la garantía es tanto subjetiva como objetiva. En primer lugar, la garantía a primera demanda involucra asimismo a la entidad crediticia como garante, que no ha suscrito el acuerdo arbitral, que está amparada por una cláusula de sumisión a los tribunales españoles, y que no puede ser obligado como tercero a participar en el procedimiento arbitral (7). En segundo lugar, la obligación de garantía es independiente, y no accesoria, respecto de la relación contractual principal, como indica con claridad el propio artículo 5 de las Reglas URDG-758. Tal es su esencia y su naturaleza. El valor comercial de tales garantías es, precisamente, su independencia o autonomía de la relación causal, y su ejecutividad abstracta, que impide al deudor oponer motivos de oposición al pago vinculados al incumplimiento del contrato o relación causal. Por lo demás, exige una interpretación contenida de las cuestiones sometidas a arbitraje conforme al convenio arbitral contenido en el contrato de construcción, que debe cohonestarse con la sumisión a los tribunales españoles que rige la obligación autónoma de garantía. Esta independencia no solo separa procesalmente la ejecución de la garantía, sometida a los tribunales españoles, del incumplimiento del contrato de construcción, sometido a arbitraje. Afecta, asimismo, al principio de buen derecho y al *periculum in mora* como elementos sustantivos que justifican la medida.

En definitiva, es posible que *a priori* los tribunales españoles sean competentes para conocer de la

solicitud de suspensión de la ejecución del aval como medida cautelar vinculada a un procedimiento arbitral. Esta es la cuestión que resuelve adecuadamente, aunque con fundamentos jurídicos discutibles, la Audiencia Provincial. Otra cosa es que el tribunal español deba conceder dicha medida para garantizar la solución de un arbitraje basado en el presunto incumplimiento contractual del beneficiario de la garantía y en un convenio arbitral que *prima facie* no puede resolver sobre la obligación de garantía y su ejecución sin resultar *ultra o extra petita*. Si la garantía autónoma es ejecutable sin que puedan oponerse motivos causales, no puede existir un buen derecho, sino un abuso, cuando se pide la suspensión de la ejecución al amparo de un procedimiento arbitral que debe limitarse a resolver las cuestiones que afectan a la relación causal, esto es, al contrato de construcción. Un laudo arbitral final eventualmente favorable al obligado por la garantía podría ser ejecutado fácilmente en Israel sobre los bienes del demandado. Incluso la solicitud de un embargo preventivo, que computara las cantidades abonadas en virtud de la garantía, tendría mucho más sentido en dicho país que en España, lugar donde la ejecución del laudo no parece razonable. En suma, la medida cautelar consistente en suspender la ejecución de la garantía autónoma pretende básicamente que el demandante en el procedimiento arbitral se libere de una obligación abstracta que, por definición, es independiente del incumplimiento y el propio resultado del procedimiento arbitral relativo a la relación causal, y que debe resolver, en cuanto al fondo, el tribunal español. Semejante pretensión vulnera los postulados sustanciales de buen derecho que deben amparar cualquier solicitud de medidas cautelares.

Dado que la competencia de los tribunales españoles sobre la obligación de garantía es única y no está exceptuada por un convenio arbitral, ni siquiera *prima facie*, nada impide que una parte solicite la suspensión de la ejecución de la garantía, si estima que hay causas ajenas a la relación causal, amparadas en la propia nulidad de la garantía, tales como falsedad documental o cualquier otra circunstancia que afecte propiamente a la eficacia de la obligación de garantía. Pero en tal caso, se trataría de una medida cautelar *ante causam* que tendría una breve vigencia de veinte días, pues el solicitante estaría obligado por el art. 730.2º LEC a presentar la demanda sobre el fondo de la eficacia de la garantía ante el propio tribunal español, que el único competente en virtud de la sumisión realizada por las partes.

(1) *Vid.* el resumen de esta decisión en la «Selección de las resoluciones más destacadas dictadas recientemente por nuestros Tribunales», *infra*.

[Ver Texto](#)

(2) *Vid.* R. Arenas García, «Medidas cautelares *ante causam* y sometimiento a arbitraje en el extranjero: problemas y soluciones», *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, 2010/2, p. 514; *Id.*, «La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento 44/2001: de *Van Uden* a *West Tankers*», *ibid.*, vol. II, 2009/2, pp. 410-411. Por otra parte, esta posibilidad exige resolver la cuestión de la eficacia extraterritorial limitada de las medidas cautelares adoptadas de conformidad con el art. 35 del Reglamento, que se circunscribe al territorio del Estado en que se adoptan [considerando 33 y art. 2 a)

del Reglamento]. Si la medida está destinada a producir efectos en un procedimiento arbitral cuya sede se encuentra en otro Estado miembro, es preciso proceder a una interpretación extensiva favorable a su eficacia extraterritorial, como si se hubiese pronunciado por un tribunal competente sobre el fondo (*vid.* M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2018, pp. 319-320).

[Ver Texto](#)

- (3) *Vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson-Reuters, 2018, pp. 96-97.

[Ver Texto](#)

- (4) *Vid.* para más detalles R. Arenas García, «Medidas cautelares...», *loc. cit.*, pp. 254-255.

[Ver Texto](#)

- (5) El mismo criterio sigue el modelo de arbitraje en la OHADA (art. 13 del Acta Uniforme sobre Derecho de arbitraje; art. 10.5º del reglamento de Arbitraje de la Corte Común de Justicia y Arbitraje)

[Ver Texto](#)

- (6) Para algunos autores este sería el caso asimismo del sistema inglés o italiano y, con ciertas vacilaciones, el estadounidense [*cf.* *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (E. Gaillard y J. Savage eds.), La Haya, Kluwer Law International, 1999, n.º 1.334, p. 716, nota 80ª].

[Ver Texto](#)

- (7) *Vid.* más en detalle sobre esta cuestión L. Carrillo Pozo, «Litigación multiparte y garantías autónomas: alteración de los criterios de competencia judicial internacional», *Revista de Derecho procesal*, nºs 1-3, 2001, pp. 100-108.

[Ver Texto](#)

Verificación del convenio arbitral en el ejercicio de la acción de anulación

Sentencia TSJ Murcia de 26 diciembre 2019 (1)

Resulta de notable interés el análisis de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 26 diciembre 2019, al anular un laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral del Transporte de la Región de Murcia por entender que, en el supuesto objeto de enjuiciamiento, no existe constancia de documento escrito firmado por las partes o de un intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de telecomunicación que permitan apreciar la existencia de acuerdo para someter sus diferencias a arbitraje, ni intercambio de escritos de demanda y contestación en los que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra, en orden a activar la presunción que establece el art. 9.5º LA



Alfonso Ortega Giménez

Profesor titular de Derecho internacional privado

Universidad Miguel Hernández de Elche

1. El arbitraje es un procedimiento *heterocompositivo* mediante el cual las partes implicadas, voluntariamente y de común acuerdo, someten la desavenencia que ha surgido entre ellas a la decisión de una o varias personas imparciales, denominadas árbitros. La preferencia por esta fórmula de resolución de conflictos conlleva un rechazo tácito a la jurisdicción ordinaria, una vez que el árbitro ha conocido un determinado asunto y se ha pronunciado sobre el mismo a través del laudo, en sentido estricto, no se puede interponer recurso alguno por medio del cual examinar, con mayor o menor amplitud el tema de fondo. El art. 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (2) (en adelante, LA) no admite la más mínima duda al declarar que: El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (3) para las sentencias firmes.

Pese a que esta es la regla general, suponiendo, la opción por el arbitraje, la exclusión de la vía jurisdiccional para las partes en conflicto, existen determinados supuestos legalmente tasados en los que los tribunales pueden llegar a anular un laudo arbitral, como sucede en la Sentencia del Tribunal

Superior de Justicia de Murcia, de 26 diciembre 2019, objeto de este comentario.

2. La Decisión del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 26 diciembre 2019 anula un laudo arbitral al apreciar la inexistencia de convenio arbitral firmado por las partes, tras una acción de anulación de laudo arbitral interpuesta por Nazario, GMBH & amp; Co, KG, contra la mercantil Transportes El Mosca, S.A.

Con fecha de 17 mayo 2019, el demandante presentó un escrito por el que ejercita la acción de anulación del laudo dictado el día 5 febrero 2019 por la Junta Arbitral del Transporte de la Región de Murcia en su expediente JAR/200/2017, en cuya parte dispositiva acordaba estimar la reclamación promovida por la mercantil Transportes El Mosca, S.A. frente a la ahora demandante, condenando a la primera al pago a la segunda de la suma de 7.450 euros. Transportes El Mosca, S.A. compareció en las actuaciones en el plazo al efecto concedido, contestando a la demanda. Por Auto de la Sala de fecha 24 octubre 2019, se acordó la admisión de práctica de los medios probatorios propuestos por la parte actora, consistente en la documental aportada y unida a las actuaciones, así como para que se reclamara de la Junta Arbitral del Transporte de la Región de Murcia la remisión de la totalidad del Expediente.

El demandante invoca la inexistencia de convenio arbitral, siendo este determinante, según el ex art. 41.1º.a) LA, de la nulidad del laudo, precisamente por esa aludida inexistencia que, según la consideración del demandante, también vienen a sancionar el Convenio de Ginebra de 1956 (4) y el art. 9 LA.

3. Tras sintetizar los aspectos esenciales de la controversia objeto de resolución por la Sentencia objeto del presente comentario, resulta pertinente, antes de valorar la resolución de la controversia por parte del Tribunal, el análisis de dos cuestiones fundamentales como son por una parte, las posibilidades de control jurisdiccional de un laudo arbitral por la vía de la acción de anulación prevista en la LA (i) y, b) por otra parte, el carácter esencial de la autonomía de la voluntad de las partes para el sometimiento de la controversia a arbitraje (ii).

El estudio abstracto de ambas cuestiones constituye un hito de gran importancia para arrojar luz sobre la decisión judicial de anulación y su acierto conforme al concreto planteamiento al que se ha hecho referencia.

- i) La LA dispone, en su art. 40, la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del laudo arbitral; determinando, en su art. 41, los motivos que han de ser alegados y probados por la parte que solicita la anulación para que el laudo pueda ser anulado; se trata de motivos tasados, que no permiten, por regla general, una revisión de fondo de la decisión de los árbitros.

Por lo tanto, se establece un procedimiento que se rige por el denominado principio de legalidad procesal, de modo que la acción de anulación no controla la corrección o incorrección de la decisión de fondo, sino de los requisitos formales del laudo y del arbitraje, siendo ésta la intención del legislador, como se observa en la propia LA cuando, en su Exposición de Motivos, hace referencia a la evitación de la expresión «recurso» ya que, entiende el legislador que dicha

expresión «resulta técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros».

Es evidente que, a diferencia de lo que ocurre, generalmente, en la vía jurisdiccional, en el procedimiento arbitral no existe una segunda instancia en la que un órgano superior jerárquico pueda revisar la cuestión controvertida y emitir un nuevo pronunciamiento en el que se contradiga (o confirme) la decisión del árbitro. Al contrario de lo que se pudiese pensar, la acción de anulación, que constituye la única acción que se puede interponer contra un laudo arbitral, no da lugar a la intervención del Poder Judicial como una segunda instancia, sino como un poder autorizado para revisar el procedimiento formal (STSJ Murcia CP 1ª 5/2020).

Se ha de concluir que la revisión, por parte de los órganos judiciales, de los laudos arbitrales, encauzada a través de la acción de anulación prevista en la propia LA, se ciñe a un análisis de legalidad procesal de la decisión arbitral que, además, ha de basarse, exclusivamente, en las causas tasadas previstas en el art. 41 de la LA (5), sin que, en ningún caso, pueda equipararse la acción de anulación a un recurso o a una segunda instancia en la que por parte de los órganos jurisdiccionales se efectúe un control de fondo de la decisión arbitral.

- ii) El convenio arbitral, como es sabido, es el acuerdo de las partes para someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual, como muestra de la decisión de las partes de someter la controversia a arbitraje en ejercicio de la libre autonomía de la voluntad.

De acuerdo con el art. 9.3º LA, se exige para el convenio arbitral la forma escrita en un documento firmado por las partes, o en un intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, conteniendo, también, la LA una previsión de acuerdo tácito cuando, en su art. 9.5º establece una presunción de existencia de convenio arbitral en aquellos casos en los que exista un intercambio de escritos de demanda y contestación en que la existencia de convenio sea afirmada por una parte y no negada por la otra (6).

Cabe concluir que, cuando existe una cláusula de sometimiento a arbitraje, ya sea a la firma del acuerdo o contrato principal o coetánea al inicio del conflicto, los Tribunales no deben conocer de la controversia, siendo, sin embargo, un requisito inexcusable la existencia del convenio arbitral que, aun teniendo en cuenta el criterio antiformalista en su formalización, deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión.

4. En la STSJ Murcia 26 diciembre 2019, el demandante ejercita la acción de anulación del laudo arbitral dictado el día 5 febrero 2019 por la Junta Arbitral del Transporte de la Región de Murcia en su

expediente JAR/200/2017, en cuya parte dispositiva acordaba estimar la reclamación promovida por la mercantil Transportes El Mosca, S.A., condenando al demandante al pago de la suma de 7.450 euros, por lo que éste presenta escrito de acción de anulación del laudo arbitral por inexistencia de convenio arbitral firmado por las partes.

Tras la determinación de los términos en los que se plantea la controversia resuelta por la decisión que comentamos, y después del análisis abstracto de las cuestiones relativas a las posibilidades de control jurisdiccional por la vía de acción de anulación, así como a la inexcusable existencia del convenio arbitral, como muestra de la manifestación de voluntad encaminada al sometimiento de la cuestión a arbitraje, es pertinente analizar la concreta decisión del Tribunal Superior de Justicia de Murcia contenida en la Sentencia que, en último término, constituye el objeto del presente comentario.

En el sentido de lo expuesto, dicha Sentencia toma en consideración el art. 41 LA que, como se ha visto, determina los motivos que han de ser alegados y probados por la parte que solicita la anulación para que la acción pueda prosperar. El Tribunal tiene en cuenta que se trata de motivos tasados, que no permiten, por regla general, una revisión de fondo de la decisión de los árbitros y valora la concurrencia en el caso objeto de resolución, de la causa prevista en la letra a) del ap. 1 del referido precepto, que se fundamenta en la inexistencia o invalidez del convenio arbitral.

Teniendo en cuenta la anterior causa de anulación, que deriva de la necesaria manifestación de voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral, la Sentencia comentada tras el análisis de los concretos hechos concurrentes concluye que, en el supuesto objeto de enjuiciamiento, no existe constancia de documento escrito firmado por las partes o de un intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de telecomunicación que permitan apreciar la existencia de acuerdo para someter sus diferencias a arbitraje, ni intercambio de escritos de demanda y contestación en los que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra, en orden a activar la presunción que establece el art. 9.5º LA.

Aclara el Tribunal en este punto que, el hecho de que el demandado en el procedimiento arbitral no compareciera en el mismo, pese haber sido notificado por correo de la demanda arbitral, si bien le acarrearía una serie de gravámenes en el seno de un procedimiento arbitral válidamente constituido (fundamentalmente, la continuación del arbitraje sin su participación), no puede ser interpretado como consentimiento o sumisión tácita a dicho arbitraje. El art. 9.5º LA exige una constancia patente y perceptible de tal sometimiento derivado del hecho de contestar efectivamente a la demanda sin excepcionar la existencia de convenio arbitral, pero en modo alguno puede aceptarse la existencia de un consentimiento tácito si no compareció en dicho procedimiento. Afirma el Tribunal que tal circunstancia debía haber sido valorada por el árbitro a la hora de examinar su propia competencia (*ex art. 22.1º LA, sin necesidad de serle planteada por las partes*).

Por tanto, la referida Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia procede a la estimación de la demanda de nulidad por el primero de los motivos invocados, esto es, por considerar la inexistencia del convenio arbitral, lo que exime de consideración del resto de motivos, de modo que acuerda la nulidad del laudo dictado el día 5 febrero 2019 por la Junta Arbitral del Transporte de la

Región de Murcia en su expediente JAR/200/2017.

En definitiva, se trata de una Sentencia que tiene especial interés porque, con unos razonamientos concisos, claros y contundentes, se pone el foco en una importante cuestión jurídica que resulta esencial para el sometimiento de una controversia a arbitraje, como es la existencia del convenio arbitral y, en definitiva, la necesidad de una voluntad inequívoca de las partes para excluir el conocimiento de los órganos judiciales y someterse a un método alternativo de resolución de controversias, como es el arbitraje, que puede reportar beneficios para las partes.

5. La revisión, por parte de los órganos judiciales, de los laudos arbitrales, encauzada a través de la acción de anulación prevista en la propia LA, se ciñe a un análisis de legalidad procesal de la decisión arbitral que, además, ha de basarse, exclusivamente, en las causas tasadas previstas en el art. 41 LA, sin que en ningún caso pueda equipararse la acción de anulación a un recurso o a una segunda instancia en la que, por parte de los órganos jurisdiccionales, se efectúe un control de fondo de la decisión arbitral, encontrándose, entre las causas de nulidad tasadas por el referido art. 41 LA y, concretamente, en la letra a) del apartado 1 del referido precepto, la inexistencia o invalidez del convenio arbitral.

Cuando existe una cláusula de sometimiento a arbitraje, ya sea a la firma del acuerdo o contrato principal o coetánea al inicio del conflicto, los Tribunales no deben conocer de la controversia, siendo, sin embargo, un requisito inexcusable la existencia del convenio arbitral que, aun teniendo en cuenta el criterio antiformalista en su formalización, deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión.

Así las cosas, teniendo en cuenta los términos en los que se plantea la controversia, y tras el análisis de los concretos hechos concurrentes, la STSJ Murcia CP 1ª 26 diciembre 2019, concluye que, en el supuesto objeto de enjuiciamiento no existe convenio arbitral, ni tampoco puede aplicarse la presunción que establece el art. 9.5º LA, en relación a la afirmación por una parte, en un intercambio de escritos de demanda y contestación, de la existencia de arbitraje, no negada por la otra parte, considerando que la no comparecencia de una de las partes en el procedimiento arbitral no es suficiente para la activación de la mencionada presunción, por lo que, siendo la inexistencia del convenio arbitral una causa hábil para la anulación del laudo arbitral y constatándose de dicha inexistencia, declara la anulación del laudo arbitral objeto de la acción.

.....

(1)

Vid. el resumen de esta decisión en la «Selección de las resoluciones más destacadas dictadas recientemente por nuestros Tribunales», *infra*.

[Ver Texto](#)

(2) BOE 26.12.2003.

[Ver Texto](#)

(3) BOE 8.1.2000.

[Ver Texto](#)

(4) Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR), hecho en Ginebra el 19 mayo 1956 (BOE 7.5.1974).

[Ver Texto](#)

(5) Se exige, además, por los órganos jurisdiccionales que el demandante concrete con absoluta claridad las concretas causas en las que fundamenta su acción de nulidad, sin que resulten admisibles alegaciones genéricas que impidan, o dificulten, al órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de la acción de anulación, conocer en cual, o en cuales de las causas tasadas legalmente establecidas pretende el demandante fundar su acción de anulación. En este sentido, resulta interesante la STSJ Cataluña CP 1ª 21 diciembre 2017.

[Ver Texto](#)

(6) Esta previsión es acorde al principio de buena fe que ha de regir las relaciones entre las partes en el tráfico jurídico, así como al propio principio de seguridad jurídica que ha de tener en cuenta los propios actos de las partes en los casos en los que una de las partes muestra su voluntad inequívoca de someterse a arbitraje y no se produce la oposición de la otra parte. Resulta interesante al respecto la STSJ Murcia CP 1ª 3 octubre 2019, en la que se considera fijada la voluntad de sometimiento a arbitraje ante la ausencia de oposición por parte del demandado al propio sometimiento a arbitraje de la controversia.

[Ver Texto](#)

Cronología de decisiones

Selección de las resoluciones más destacadas dictadas recientemente por nuestros Tribunales

UNIÓN EUROPEA

Derecho del tomador del seguro a elegir libremente un procedimiento de mediación judicial o extrajudicial (Sentencia Tribunal de Justicia 3ª 14 mayo 2020)

Procedimiento prejudicial — Directiva 2009/138/CE — Seguro de defensa jurídica — Art. 201 — Derecho del tomador del seguro a elegir libremente a su representante, Procedimiento de mediación — Mediación judicial y extrajudicial.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 14 mayo 2020, (asunto C 667/18: *Orde van Vlaamse Balies y Ordre des barreaux francophones y germanophone* (ponente: L.S. Rossi) declara que el art. 201, ap. 1, letra a), de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 noviembre 2009, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «procedimiento judicial» mencionado en esa disposición comprende un procedimiento de mediación judicial o extrajudicial en el que interviene, o puede intervenir, un órgano jurisdiccional, ya sea al inicio, ya sea tras la conclusión de dicho procedimiento.

Los Colegios de Abogados interpusieron ante el *Grondwettelijk Hof* (Tribunal Constitucional, Bélgica) un recurso de anulación contra la Ley de 9 abril 2017. En apoyo de este recurso, invocan, en particular, un motivo basado en la violación de ciertas disposiciones de la Belgische Grondwet (Constitución belga) en relación con el art. 201 Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 noviembre 2009, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II). En concreto, los Colegios de Abogados alegan que la citada Ley es disconforme con este art. 201, al no atribuir, esencialmente, al tomador del seguro, en el marco de un contrato de defensa jurídica, el derecho a elegir a su abogado en caso de un procedimiento de mediación. En efecto, según los Colegios de Abogados, dado que este procedimiento está comprendido en el concepto de «procedimiento judicial» en el sentido del referido art. 201, el tomador del seguro debería disponer de ese derecho. Antes de la entrada en vigor de la Ley de 9 abril 2017, todos los contratos de seguro de defensa jurídica debían estipular la libertad del tomador del seguro de elegir a un abogado o a otra persona cualificada «cuando se [debiera] acudir a un procedimiento judicial o administrativo». Dicha Ley hace extensiva tal libertad de elección al procedimiento de arbitraje y al

mismo tiempo la excluye para el procedimiento de mediación fundándose en que, por un lado, la presencia de un abogado no favorece la mediación y, por otro lado, la mediación no se apoya necesariamente en un razonamiento jurídico. cabe retener que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el concepto de «procedimiento judicial» en el sentido del art. 201 de la Directiva 2009/138 debe ser objeto de una interpretación amplia con el fin de proteger los intereses del tomador del seguro, otorgándole un derecho general y autónomo a elegir libremente a su representante legal dentro de los límites fijados por este artículo. Ahora bien, dicha jurisprudencia no permite determinar con certeza si tal derecho se aplica igualmente a un procedimiento de mediación como el controvertido en el litigio principal. No en vano el procedimiento de mediación del ordenamiento jurídico belga reviste características que tienen semejanza tanto con las de una solución amistosa del litigio como con las de un proceso judicial. En particular, porque, por un lado, al igual que en el procedimiento de solución amistosa, en el procedimiento de mediación se intenta obtener un acuerdo de mediación entre las partes del litigio. Por otro lado, porque, análogamente a un proceso judicial, el procedimiento de mediación generalmente resulta de una transacción amistosa, está regulado por el Código de Enjuiciamiento Civil y puede concluir con un acuerdo de mediación, celebrado bajo la dirección de un mediador autorizado, que puede ser homologado por el juez competente mediante auto de homologación con los efectos de una sentencia.

En tales circunstancias, el *Grondwettelijk Hof* (Tribunal Constitucional) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia si el art. 201, ap. 1, letra a), de la Directiva 2009/138 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «procedimiento judicial» mencionado en esta disposición comprende un procedimiento de mediación judicial o extrajudicial en el que interviene, o puede intervenir, un órgano jurisdiccional, ya sea al inicio, ya sea tras la conclusión de dicho procedimiento. En la presente decisión el Tribunal de Justicia razona en los siguientes términos:

«(...) 20. Para responder a esta cuestión, conviene recordar que, según el citado art. 201, ap. 1, letra a), cuando se recurra a un abogado o a cualquier otra persona que posea las cualificaciones requeridas por la legislación nacional para defender, representar o servir los intereses del asegurado, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, el asegurado tendrá libertad de elección de dicho abogado o de dicha persona.

21. Dado que esta disposición básicamente reproduce el art. 4, ap. 1, letra a), de la Directiva 87/344, la jurisprudencia relativa a esta última disposición es pertinente para interpretar el antedicho art. 201, ap. 1, letra a).

22. Pues bien, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar, en primer término, que el art. 4, ap. 1, de la Directiva 87/344, relativo a la libre elección de representante, tiene alcance general y valor obligatorio (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 septiembre 2009, Eschig, C-199/08, ap. 47; de 26 mayo 2011, Stark, C-293/10, ap. 29, y de 7 noviembre 2013, Sneller, C-442/12, ap. 25).

23. Seguidamente, del propio tenor del art. 4, ap. 1, letra a), de la Directiva 87/344 se desprende que el concepto de "procedimiento administrativo" debe entenderse como opuesto al de "procedimiento judicial" (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 abril 2016, Massar, C-460/14,

ap. 19, y de 7 abril 2016, AK, C-5/15, ap. 17). Además, la interpretación de los conceptos de "procedimiento administrativo" o de "procedimiento judicial" no puede limitarse estableciendo una diferenciación entre fase preparatoria y fase decisoria de un procedimiento judicial o administrativo (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 abril 2016, Massar, C-460/14, ap. 21, y de 7 abril 2016, AK, C-5/15, ap. 19).

24. Hechas estas precisiones, ni el art. 4, ap. 1, letra a), de la Directiva 87/344 ni el art. 201, ap. 1, letra a), de la Directiva 2009/138 proporcionan una definición del concepto de "procedimiento judicial".

25. En tal situación, según reiterada jurisprudencia, para interpretar una disposición de Derecho de la Unión, debe tenerse en cuenta no solo su tenor, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (sentencias de 7 abril 2016, Massar, C-460/14, ap. 22 y jurisprudencia citada, y de 7 abril 2016, AK, C-5/15, ap. 20).

26. En primer lugar, se ha de recordar, como resulta del considerando 16 de la Directiva 2009/138, que el objetivo que se persigue con esta y en particular con su art. 201, relativo a la libre elección de abogado o de representante, es proteger adecuadamente los intereses de los asegurados. El alcance general y el valor obligatorio reconocidos al derecho de elegir abogado o representante se oponen, por tanto, a una interpretación restrictiva del art. 201, ap. 1, letra a), de dicha Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 abril 2016, Massar, C-460/14,, ap. 23, y de 7 abril 2016, AK, C-5/15, ap. 21).

27 De esta manera, por lo que respecta al concepto de "procedimiento administrativo" en el sentido de la citada disposición, el Tribunal de Justicia ha declarado que tal concepto incluye un procedimiento en el que un organismo público debe decidir si autoriza al empresario a despedir a un trabajador que tiene suscrito un seguro de asistencia jurídica, así como la fase de reclamación ante un organismo público en la que dicho organismo dicta una resolución que puede ser recurrida ante los tribunales (véanse, en este sentido, respectivamente, las sentencias de 7 abril 2016, Massar, C-460/14, ap. 28, y de 7 abril 2016, AK, C-5/15, ap. 26).

28. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha destacado que una interpretación del concepto de "procedimiento administrativo" limitada únicamente a los procedimientos judiciales en materia administrativa, es decir, los que tienen lugar ante un tribunal propiamente dicho, privaría de contenido a la expresión, usada intencionadamente por el legislador de la Unión Europea, de "procedimiento administrativo" (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 abril 2016, Massar, C-460/14, ap. 20, y de 7 abril 2016, AK, C-5/15, ap. 18).

29. Por consiguiente, como advierte el Abogado General en el punto 81 de sus conclusiones, el término "procedimiento" no abarca solo la fase de recurso ante un tribunal propiamente dicho, sino también una fase que la precede y que puede desembocar en una fase judicial.

30. Por lo que se refiere al concepto de "procedimiento judicial" en el sentido del art. 201 de la Directiva 2009/138, procede interpretarlo en un sentido no menos amplio que el de "procedimiento

administrativo", habida cuenta de lo incoherente que resultaría interpretar estos dos conceptos de manera diferente en cuanto concierne al derecho de elección de abogado o de representante.

31. De ello se sigue que el concepto de "procedimiento judicial" no puede limitarse ni solo a los procedimientos no integrados en la vía administrativa y que se sustancian ante un tribunal propiamente dicho ni mediante una diferenciación entre fase preparatoria y fase decisoria de tal procedimiento. Así pues, cualquier fase, aunque sea preliminar, que pueda desembocar en un procedimiento ante una instancia judicial debe considerarse comprendida en el concepto de "procedimiento judicial" en el sentido del art. 201 de la Directiva 2009/138.

32. En el presente asunto, por lo que hace a la mediación judicial, de los autos remitidos al Tribunal de Justicia se desprende que dicha mediación la ordena necesariamente un juez que está conociendo de un recurso judicial, y que representa una fase del procedimiento judicial entablado ante un tribunal propiamente dicho, el cual estará vinculado, en principio, por el acuerdo de mediación que eventualmente alcancen las partes.

33. En tal contexto, considerar que esta mediación no constituye también, a los efectos del art. 201 de la Directiva 2009/138, un "procedimiento judicial" en el sentido de dicho artículo privaría al asegurado, solamente para esa fase, de su derecho a elegir a su abogado o a su representante. Pues bien, es incontestable que el asegurado necesita protección jurídica en la fase que, una vez iniciada, forma parte del procedimiento ante el tribunal que la ha ordenado. Tal interpretación es por lo demás conforme con el objetivo de la Directiva 2009/138, al que se ha hecho referencia en el ap. 26 de la presente sentencia, que persigue una protección adecuada de los asegurados, en la medida en que les permite continuar asistidos por el mismo representante para la fase propiamente judicial del procedimiento.

34. De igual forma, con respecto al procedimiento de mediación extrajudicial, la circunstancia de que este no se desarrolle ante un órgano jurisdiccional tampoco permite excluirlo del concepto de "procedimiento judicial" en el sentido del art. 201 de la Directiva 2009/138.

35. En efecto, tal procedimiento de mediación puede desembocar en un acuerdo entre las partes afectadas que puede ser homologado por un tribunal, bastando para ello con que lo solicite solamente una de las partes. Por otro lado, en el procedimiento de homologación, el tribunal en cuestión está vinculado por el contenido de dicho acuerdo, tal como quedó definido por las partes en la mediación, al margen de las hipótesis en las que se trate de un acuerdo contrario al orden público o al interés de los hijos menores, en su caso.

36. De ello se sigue que el acuerdo alcanzado por las partes, ya resulte de una mediación judicial o de una mediación extrajudicial, vincula en consecuencia al órgano jurisdiccional competente que lleva a cabo su homologación y, tras adquirir fuerza ejecutiva, surte los mismos efectos que una sentencia.

37. En tales circunstancias, parece que la función del abogado o del representante es incluso más importante en el marco de una mediación que en el de una reclamación intentada ante una

autoridad administrativa como la mencionada en el ap. 27 de la presente sentencia, cuyo resultado no vincula ni a una eventual instancia administrativa ulterior ni a un tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa.

38. En un procedimiento en el que puede quedar fijada definitivamente la posición jurídica del tomador del seguro, sin que exista una posibilidad real de modificar esa posición por la vía de un recurso judicial, el tomador del seguro necesita protección jurídica y, dados los efectos de la homologación del acuerdo resultante de la mediación, se protegen mejor los intereses del tomador del seguro que acudió a la mediación si este puede ampararse en el derecho a la libre elección de representante establecido en el art. 201 de la Directiva 2009/138 al igual que el tomador del seguro que solicitara directamente la tutela del juez.

39. En segundo lugar, por lo que hace al contexto de dicho art. 201, procede señalar que el ámbito de aplicación de la sección 4 del capítulo II del título II de la Directiva 2009/138, relativa al seguro de defensa jurídica, viene definido en el art. 198 de la citada Directiva de manera particularmente extensa, ya que, según esta disposición, la sección 4 se aplicará al seguro de defensa jurídica, en virtud del cual una empresa de seguros se compromete, a cambio del pago de una prima, a hacerse cargo de los gastos de procedimiento judicial y proporcionar otros servicios directamente derivados de la cobertura de seguro, en particular con vistas a defender o representar al asegurado en un procedimiento civil, penal, administrativo o de otra naturaleza, o contra una reclamación de la que este sea objeto.

40. Tal definición del ámbito de aplicación de la referida sección confirma una interpretación extensiva de los derechos que se atribuyen en ella a los asegurados, en particular el de elegir a su representante, del que trata el art. 201 de la Directiva 2009/138.

41. Por otra parte, el propio Derecho de la Unión fomenta el uso de los procedimientos de mediación, ya sea, como observan los Colegios de Abogados, a través de 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 (DO 2008, L 136, p. 3), ya sea sobre la base del Derecho primario, en particular del art. 81 TFUE, ap. 2, letra g), según el cual, en el marco de la cooperación judicial en materia civil, el legislador de la Unión deberá adoptar medidas destinadas a garantizar "el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios". En consecuencia, sería incoherente que el Derecho de la Unión fomentara el uso de tales métodos y al mismo tiempo restringiera los derechos de los justiciables que deciden acudir a ellos.

42. Por cuantas consideraciones anteceden, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el art. 201, ap. 1, letra a), de la Directiva 2009/138 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "procedimiento judicial" mencionado en esa disposición comprende un procedimiento de mediación judicial o extrajudicial en el que interviene, o puede intervenir, un órgano jurisdiccional, ya sea al inicio, ya sea tras la conclusión de dicho procedimiento (...).»

Procedencia de una medida cautelar solicitada durante la tramitación de un arbitraje CCI (AAP Asturias 12 abril 2019)

Arbitraje — Corte internacional de arbitraje de la CCI — Convenio de arbitraje — Competencia judicial internacional — Medidas cautelares — Garantías: reglas uniformes para la ejecución de garantías Reglas Uniformes URDG758.

El Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Sexta, de 12 abril 2019 (ponente: Marta María Gutiérrez García) declara la competencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo para conocer de la medida cautelar interesada de suspensión de la ejecución de aval prestado respecto a la mercantil Imaproyects Israel LTD por parte de Banco Sabadell a favor de Alstom Israel LTD para el conocimiento de la presente pieza, y el archivo del procedimiento. De acuerdo con la Audiencia:

«(...) Imaproyects ha iniciado los trámites para interponer un arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional siendo una de sus pretensiones la improcedencia de la ejecución del aval. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas (art. 11.3º LA/2003). Podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales. También podrá pedir las quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el art. 15 LA/2003; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento (art. 722.I LEC). La solicitud de medida cautelar que se solicitó en instancia y reitera en esta alzada es la suspensión de la ejecución del aval prestado por la entidad Banco Sabadell en su oficina de Oviedo. Sometiéndose las partes de forma expresa en el Aval a las Reglas Uniformes para la ejecución de Garantías. En las citadas Reglas se dispone: Art. 34.- Ley aplicable: la ley aplicable será la del domicilio del garante. Art. 35.- cualquier disputa se resolverá en los tribunales del domicilio del garante. Los arts. 723 y 724 de la LEC 1/2000 contemplan las reglas de competencia objetiva y territorial para la adopción de las medidas cautelares. Con carácter general, corresponde adoptarlas al tribunal que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si no se hubiese iniciado el proceso, al que sea competente para conocer de la demanda principal. El art. 724, por su parte, determina la competencia en los casos en los que esté pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, así como cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, dejando a salvo en este último caso lo dispuesto en los Tratados Internacionales. En todos estos supuestos será competente para resolver sobre las medidas cautelares el tribunal del lugar donde el laudo o la sentencia extranjera deba ser ejecutada, y, en su defecto, del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será Tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (art. 724 LEC). En idénticos términos se pronuncia el art. 8.3º LA/2003. Es decir, sin perjuicio de las reglas especiales previstas en los Tratados y Convenios o en las normas

comunitarias que sean de aplicación, también se podrá solicitar de un Tribunal español por quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en un país extranjero la adopción de medidas cautelares si se dan los presupuestos legalmente previstos salvo en los casos en que para conocer del asunto principal fuesen exclusivamente competentes los Tribunales españoles (art. 722.II LEC). Será Tribunal competente, el del lugar en que el laudo o la sentencia extranjera deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, salvo lo que prevean los tratados. Y ello incluso en los supuestos en que las medidas cautelares se soliciten en el curso de un procedimiento de execuátur (art. 724 LEC y Auto del Tribunal Supremo de 30/12/2002). De los preceptos citados resulta que las partes firmantes de un convenio arbitral pueden en todo caso solicitar la adopción de medidas cautelares a los órganos jurisdiccionales y, salvo acuerdo en contrario de las partes, a los propios árbitros. De todo lo expuesto se deduce tanto la jurisdicción como la competencia de los juzgados de primera instancia de Oviedo para el conocimiento de la medida cautelar interesada, suspensión de la garantía prestada por el Banco Sabadell S.A. de Oviedo».

[Véase: Sixto A. Sánchez Lorenzo, «Competencia judicial internacional de los tribunales españoles para la adopción de medidas cautelares inaudita altera pars en apoyo de un arbitraje CCI» (Auto de la AP de Oviedo 12 abril 2019), supra]

Anulación de un laudo arbitral por inexistencia de convenio arbitral firmado por las partes o de intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de telecomunicación (STSJ Murcia 26 diciembre 2019)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Juntas arbitrales de transportes — Acción de anulación — Convenio de arbitraje: verificación — Inexistencia — Falta de validez — Comparecencia del demandado — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala Civil y Penal Sección Primera, de 26 de diciembre de 2019 (ponente: Enrique Quiñonero Cervantes) acuerda la nulidad de un laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral del Transporte de la Región de Murcia con el siguiente razonamiento:

«(...) Como el primero de sus motivos de demanda, invoca la representación de la actora la inexistencia de convenio arbitral, determinante, ex art. 41.1º.a) LA, de la nulidad del laudo, precisamente por esa aludida inexistencia que, según su entender, también vienen a sancionar el Convenio de Ginebra de 1956 (sic) y el art. 9 de nuestra Ley de Arbitraje. Alude a la existencia de una serie de documentos sobre la cual basa sus afirmaciones de que la demandante no aparecía en ninguno de esos documentos como parte de un convenio arbitral. La LA/2003, dispone en su art. 40 la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del laudo arbitral. Y, en el art. 41, determina los motivos que han de ser alegados y probados por la parte que solicita la anulación para que el laudo pueda ser anulado; se trata de motivos tasados, que no permiten, por regla general, una revisión de fondo de la decisión de los árbitros, tal como expresa la Ley en su Exposición de Motivos; y entre ellos el que figura en la letra a) del ap. 1 de dicho precepto: que el convenio arbitral no existe o no es válido. El convenio arbitral, como es sabido, es el acuerdo de las

partes para someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia impera a la hora de examinar su existencia o validez un criterio antiformalista, que considera innecesarias fórmulas rituales, aunque sea exigible, de acuerdo con el art. 9.3º LA, la forma escrita en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o del intercambio de escritos de demanda y contestación en que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra (art. 9.5º LA). Es, por tanto, esencial que la voluntad de las partes de someter su controversia, actual o futura, a arbitraje sea patente y perceptible. En el supuesto objeto de enjuiciamiento no existe, tal y como sostiene el aquí demandado, constancia de documento escrito firmado por las partes o de un intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de telecomunicación que permitan apreciar la existencia de acuerdo para someter sus diferencias a arbitraje, ni intercambio de escritos de demanda y contestación en los que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra, en orden a activar la presunción que establece el art. 9.5º LA/2003. El hecho de que el demandado en el procedimiento arbitral no compareciera en el mismo, no obstante haber sido notificado por correo de la demanda arbitral, si bien le acarrearía una serie de gravámenes en el seno de un procedimiento arbitral válidamente constituido (fundamentalmente, la continuación del arbitraje sin su participación), no puede ser interpretado como consentimiento o sumisión tácitos a dicho arbitraje. El art. 9.5º LA exige una constancia patente y perceptible de tal sometimiento derivado del hecho de contestar efectivamente a la demanda sin excepcionar la existencia de convenio arbitral, pero en modo alguno puede aceptarse la existencia de un consentimiento tácito si no compareció en dicho procedimiento. Tal circunstancia debía haber sido valorada por el árbitro a la hora de examinar su propia competencia (ex art. 22.1º LA, sin necesidad de serle planteada por las partes) y puede ser ahora revisada con ocasión de este recurso de anulación. Procede la estimación de la demanda de nulidad por el primero de los motivos invocados, lo que exime de consideración del resto de motivos».

[Véase: Alfonso Ortega Giménez, Verificación del convenio arbitral en el ejercicio de la acción de anulación (Sentencia TSJ Murcia de 26 diciembre 2019), supra].

Sin pacto aceptado no hay cláusula compromisoria y los tribunales no pueden aplicar criterios de conveniencia para evitar el conocimiento del conflicto, extendiendo el arbitraje a quienes entre ellos nunca se pactó (AAP Zaragoza 4ª 20 enero 2020)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral: verificación — Desestimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de 20 enero 2020 (ponente: Juan Ignacio Medrano Sánchez) estima un recurso de apelación del juzgado que admitió una declinatoria arbitral. De acuerdo con la Audiencia:

«(...) La respuesta, a criterio de la Sala, debe alcanzarse sobre la base del relevante alcance que tiene la cláusula compromisoria, (art. 9.1º LA/2003). El convenio arbitral excluye la jurisdicción, al

impedir a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje (art. 11.1º LA), y por tanto puede incidir en un derecho fundamental, el del acceso a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Por ello el acuerdo de solucionar un conflicto de forma heterónoma, a través de un tercero, exige una declaración de voluntad ad personam, además documentada y, como hemos advertido, inequívoca. En base a ello no es factible entender que ni el acto profesional ni ese grado de fungibilización que la Ley de sociedades profesionales llega a hacer entre el profesional que realiza el acto profesional propiamente dicho y la misma sociedad autoricen que la cláusula compromisoria alcance a los técnicos: la responsabilidad contractual que se reclama de los arquitectos alcanza a esa faceta. Pero no los convierte en parte contractual. Debiéndose reiterar aquí lo ya anticipado en el sentido de que la Ley de sociedades profesionales mantiene como centro y referente de los derechos y obligaciones a la sociedad, la que así se mantiene como único centro de imputación de los mismos (art. 5.2º Ley 2/2007). Y si se niega la aplicación de esa Ley y se quiere mantener la estricta regulación de la forma societaria que tenía al tiempo de suscribirse el contrato, la inaplicación de la cláusula de arbitraje a los árbitros e imposibilidad de extensión de la misma a los arquitectos resulta incontestable. Y que esto es así se desvelará en el propio escrito de oposición al recurso cuando se afirma que "una básica lectura de los documentos... no puede llevar a conclusión distinta que entender que no existió contrato alguno...". Lo que no se salva por el hecho de que se diga en la oposición que, pese a ello, se les demanda como partes contractuales. Por mucho que así se afirme en la demanda esa condición ni es asumible por el tribunal ni se aceptó por los apelados. Que así, fuera de la operatividad de la Ley 2/2007, tomaría de dicho contrato lo que le interesaría, la cláusula de arbitraje a la par que niega su condición de parte contractual. Advirtiéndose además que los demandados niegan el ejercicio en la demanda de la acción de responsabilidad de los técnicos derivada de la LOED, y si bien no se les puede negar razón en que existe un cierto y aún notable grado de confusión en los términos del suplico, también es cierto que en la demanda se ejercita con certeza esa acción, tradicionalmente denominada en el uso forense "por ruina" o por "responsabilidad decenal", con clara referencia a su origen legal, antes el art. 1591 Cc y ahora la LOED, con las consecuencias que más adelante advertiremos respecto a la sociedad misma. De estos criterios se colige que el único sometimiento a arbitraje es el contenido en el documento nº 15, contrato de asistencia técnica firmado exclusivamente por la sociedad profesional, entonces mera sociedad limitada y la promotora. El arquitecto que lo firma no lo hace en nombre propio, sino actuando en nombre de la sociedad. Y que se designen en el documento 15 bis a los técnicos no convierte a los mismos en centro autónomo de imputación contractual. Es ese acto la primera actuación para el desarrollo del contrato, la identificación de la persona física con habilitación y titulación suficiente para realizar el acto profesional. Designar no es contratar, moviéndose la relación contractual del técnico en la esfera de su vínculo con la sociedad profesional No en la del contrato promotor/sociedad profesional. No hay, bajo ningún concepto, sometimiento a arbitraje de los técnicos. No basta con que estos lo sepan, ni aunque lo aceptaran, pues la naturaleza contractual de la cláusula haría necesario que concurriese la voluntad de la promotora y la de los técnicos. Sencillamente no hay pacto entre ellos (...). No comparte la Sala el planteamiento de la recurrente que quiere acotar la cláusula compromisoria al tiempo de ejecución del contrato, de suerte que al finalizar la documentación del fin de obra se entendiera claudicante al sometimiento a arbitraje. El pacto comprendía el cumplimiento del contrato y, por ende, alcanza la otra cara de esa misma moneda;

la de su incumplimiento. Las dudas se pueden plantear, con relación a la sociedad, respecto a la acción ejercitada en base a LOED. En efecto, es conocido que, recogiendo una consolidada jurisprudencia, la LOED diferencia entre la responsabilidad que resulta de esa Ley de la que sea seciente al incumplimiento del contrato (art. 17.1º LOED). Aunque puedan tener en parte una base común, su régimen jurídico es diferente, desde el alcance de su responsabilidad, los plazos de garantía y la prescripción. También la legitimación. Es un título diferente de imputación. Las acciones ejercitando la responsabilidad prevenida en la LOED se fundan en la demanda en la condición que tienen como propietarios de diversos departamentos. Legitimación que reconoce el art. 17.1º LOED. Además se dice ejercitar no sólo en interés propio sino en defensa de los intereses de la comunidad (las deficiencias afectan esencialmente a elementos comunes), extremo en el que no resulta ahora pertinente ahondar más de lo necesario para resolver la declinatoria planteada, anticipando así que es legitimación que en general vienen siendo admitida por la jurisprudencia (ATS 18 octubre 2017, STS 30 octubre 2014 y STS 28/06/2011). Desde esta perspectiva, en la que se desvela la colectividad de intereses que entran en juego, parecería impertinente una aplicación extensiva de la cláusula compromisoria a un conflicto que encuentra sus sustento de una manera directa en la Ley (art. 17 LOED), no en el contrato que la recogía y en la que con precisión se detallaba que las disputas o controversias que puedan surgir y que se someten a arbitraje son las que pudieran traer causa "del cumplimiento o ejecución de este contrato". Y dada la interpretación estricta que se debe dar a las cláusulas compromisorias la única acción que queda sometida a arbitraje es la relativa a la acción contractual. Pero no es pertinente cuando en base a diferente título de imputación lo que se resuelva afecta a una colectividad completamente ajena al contrato y a la cláusula compromisoria (...). Sin pacto aceptado y convenido no hay cláusula compromisoria, y sin que los tribunales puedan aplicar criterios de conveniencia o de oportunidad para evitar la división del conocimiento del conflicto, extendiendo el arbitraje a quienes entre ellos nunca se pactó».

La interdicción de la indefensión en materia de actos judiciales de notificación y, en particular, de garantías ineludibles en el acceso a la jurisdicción, son extensibles al arbitraje (STSJ Madrid CP 1ª 3 marzo 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Deficiente notificación — Indefensión — Orden público. Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 3 marzo 2020 (ponente: Jesús María Santos Vijande) estima una demanda de anulación de un Laudo arbitral pronunciado por un árbitro único en arbitraje administrado por la Asociación Tribunal de Conciliación y Arbitraje (TCA). Tras un examen exhaustivo de la doctrina del Tribunal Constitucional en orden a la indefensión material, la presente decisión afirma que:

«(...) La demanda de anulación se sustenta en un único motivo al amparo del art. 41.1º.b) LA/2003, a saber: no haber tenido conocimiento alguno la actora del procedimiento arbitral sustanciado contra ella, del que no habría sido notificada; la demanda aduce que la Sra. Azucena

solo supo del Laudo dictado el 10 noviembre 2016 con ocasión del proceso de ejecución forzosa del mismo sustanciado ante el JPI nº 101 de Madrid (autos 447/2018), del que sí fue debidamente notificada. La Sala, vistos los alegatos de la actora, ha de partir de una doctrina constitucional conteste relativa a la interdicción de la indefensión en materia de actos judiciales de notificación y, en particular, de garantías ineludibles en el acceso a la jurisdicción, que son extensibles al arbitraje, dada su naturaleza de "equivalente jurisdiccional" (por todas, SSTC 176/1996 y 1/2018), y controlables a través de la acción de anulación ex art. 41.1º.f) LA, a saber: que, en materia de notificaciones, únicamente lesiona el art. 24 CE la llamada indefensión material y no la formal, impidiendo "el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la resolución en términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución" (SSTC 155/1989, de 5 de octubre, FJ 3; 184/2000, de 10 de julio, FJ 2; y 113/2001, de 7 de mayo, FJ 3), con el "consiguiente perjuicio real y efectivo para los interesados afectados" [SSTC 155/1988, FJ 4; 112/1989, FJ 2; 91/2000, de 30 de marzo; 184/2000, de 10 de julio, FJ 2; 19/2004, de 23 de febrero; y 130/2006, de 24 de abril, FJ 6]. Lo anterior implica básicamente, en lo que aquí interesa, que sí, pese a los vicios de cualquier gravedad en la notificación, puede afirmarse que el interesado llegó a conocer el acto o resolución por cualquier medio —y, por lo tanto, pudo defenderse frente al mismo—, o no lo hizo exclusivamente por su negligencia o mala fe, no cabe alegar lesión alguna de las garantías constitucionales, dado el principio antiformalista y el principio general de buena fe que rigen en esta materia [SSTC 101/1990, de 4 de junio, FJ 1; 126/1996, de 9 de julio, FJ 2; 34/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 90/2003, de 19 de mayo, FJ 2; y 43/2006, de 13 de febrero, FJ 2]».

«(...) A la vista de lo que antecede y de la documental aportada a la causa por la actora, no impugnada, esta Sala concluye que no existe prueba de que haya sido notificado a la demandante el procedimiento arbitral iniciado contra ella a instancia de I.P., S.A., ante el TCA, mientras que sí concurren, por el contrario, indicios plenamente acreditados que permiten sostener a esta Sala que o bien no existió tal notificación, o si tuvo lugar lo fue al domicilio que la arrendataria ya había abandonado meses antes de haberse instado la solicitud de arbitraje con conocimiento de la arrendadora. Ciertamente es que el Laudo afirma que se comunicó el inicio del procedimiento a las partes el 7.10.2016 —antecedente 5º—, y reconoce que la allí demandada, Dª. Azucena, no presenta alegaciones ni pruebas. A falta de otra indicación en el Laudo se ha de presumir que la notificación del procedimiento, en la hipótesis de haber sido efectuada, lo fue en el domicilio arrendado que se designa a tal fin en el convenio arbitral —doc. nº 7. Ahora bien; son datos muy significativos, a los que esta Sala concede especial relevancia —y que puede contrastar por la documental obrante en la causa— los que pone de relieve el Auto 50/2019, de 10 de abril, del JPI nº 101 de Madrid, cuando estima la oposición a la ejecución del Laudo aquí impugnado, con archivo de las actuaciones y levantamiento de las medidas acordadas en el proceso de ejecución forzosa 447/2018. Un dato indiciario es el hecho de que la notificación del Laudo cuya ejecución se pretendía —aportada por el ejecutante como doc. 7, y acompañada a esta causa como doc. nº 3— ni especifica el domicilio al que se remitió la notificación, ni consta en ella su recepción por la Sra. Azucena o por tercero... En segundo término, recoge el precitado Auto 50/2019 cómo la parte demandada en el arbitraje afirmó —y así lo asevera también en esta causa— "que desalojó la finca arrendada el 12 julio 2016. Adjuntó para su prueba el nuevo contrato de arrendamiento suscrito

por ella y contrato de suministro eléctrico". (Por el contrario), la demandante de ejecución fechaba el abandono en su demanda el día 1 diciembre 2016, si bien en su impugnación rectifica y alega que esa fecha ha sido un error material, si bien no expresa la fecha real del desalojo (...). La aquí demandante de anulación ha aportado a esta causa —doc. nº 6— el nuevo contrato de arrendamiento que suscribió el 12 julio 2016 en el que se hace constar que " ambas partes acuerdan un periodo de carencia en el pago de los días que van del 12 al 14 julio 2016", por lo que los arrendatarios quedan expresamente exonerados del mismo, periodo durante el cual se hallarán realizando la mudanza - párrafo tercero de la cláusula 3ª. Reconocido por el Laudo que la notificación de la designación del árbitro y la comunicación del inicio del procedimiento a las partes ha tenido lugar el 7 octubre 2016, varios meses después de que quepa sostener con razonable fundamento el abandono de la vivienda arrendada, sin que el Laudo haga constar la menor labor indagatoria por la Corte de Arbitraje del nuevo domicilio de la arrendataria, hay razones sobradas para sostener que, en efecto, el procedimiento arbitral se sustanció a espaldas de la demandante de anulación, sin negligencia acreditada de la misma. Precisamente de las contradicciones en que incurren los escritos de la mercantil aquí demandada en el proceso de ejecución —de su carácter evasivo en la no fijación de la fecha de abandono de la vivienda por Azucena—, de que da cuenta el Auto 50/2019, del JPI nº 101 de Madrid, y del Contrato de Arrendamiento de 12/07/2016 cabe inferir que I.P., S.A., sí conocía el abandono de la vivienda y que éste tuvo lugar entre el 12 y el 14 julio 2016. La sustanciación del procedimiento arbitral ha tenido lugar mediando real y efectiva indefensión de la demandante de anulación, por lo que, en lógica consecuencia, el Laudo ha de ser anulado ex art. 41.1º.b) LA».

El árbitro ha dictado el laudo con imprudente premura, sin esperar a que expirase el plazo para que el demandado ejercitase su derecho de alegar y proponer prueba en la sustanciación del arbitraje (STSJ CP 1ª Madrid 3 marzo 2020 —II—)

Arbitraje — Acción de anulación — Arbitraje de alquileres — Indefensión — Inexistencia o falta de validez del convenio arbitral — Anulación parcial.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 3 marzo 2020 (II) (ponente: Jesús María Santos Vijande), estima una demanda de anulación de Laudo arbitral pronunciado por un árbitro único en arbitraje administrado por el Tribunal de Arbitraje Institucional (TAI), con las siguientes consideraciones:

«(...) La Sala observa con seria preocupación cómo el asunto que ahora se nos plantea ha sido ya suscitado con reiteración ante este Tribunal en procedimientos arbitrales administrados por el TAI: sin ánimo exhaustivo, los resueltos acordando la anulación en nuestras SS 3/2017, de 17 de enero; 6/2017, de 24 de enero; 9/2017, de 31 de enero; 16/2017, de 6 de marzo y 43/2017, de 27 de junio. En el caso la estimación de la anulación es del todo evidente por lo que consigna el propio Laudo sin necesidad de recabar el expediente y de analizar si, como en otras ocasiones en que fue aportado, se verificaba una radical inexistencia del convenio arbitral apreciable de oficio por su conexión con la infracción del orden público dada la vinculación entre A.P., S.L. —que aparece en

el Laudo como representante de la demandante— y la Corte de Arbitraje —de nuevo sin pretensión de exhaustividad—, cf., el FJ 4º de la precitada Sentencia 9/2017, de 31 de enero. Más allá de esta última constatación, es evidente de toda evidencia que ha de prosperar la anulación pretendida, pues el Laudo ha sido dictado sin que el arrendatario, ahora demandante, haya podido hacer valer sus derechos en el procedimiento arbitral, lisa y llanamente porque el Árbitro —como tantas veces hemos dicho ha dictado el Laudo con imprudente premura—, sin esperar a que expirase el plazo para que el demandado ejercitase su derecho de alegar y proponer prueba en la sustanciación del arbitraje, de acuerdo con los plazos y formas de practicar las comunicaciones previstos en el propio convenio arbitral que invoca (...). Es evidente que el arrendatario demandado en el procedimiento arbitral, aun cuando hubiese podido acceder a la documentación remitida por el TAI el mismo día 14 de marzo —lo que resulta poco menos que imposible siendo el conducto de comunicación como fue el correo certificado— y, en la peor de las hipótesis para él, hubiera empezado a computarse el plazo para evacuar alegaciones y proponer pruebas el día 15, disponía hasta el propio día 21 para remitir su escrito de alegaciones por uno de los medios que dejen constancia de la comunicación previstos en el apartado e) del Convenio —trasunto del art. 5.a) LA—. En estas circunstancias, es absolutamente inadmisibles que el Laudo se haya dictado el 21 de marzo sin una espera mínimamente razonable para que la parte demandada pudiera remitir su escrito de alegaciones y/o de proposición de prueba y éste ser recibido y debidamente examinado por el Árbitro antes de resolver. Esta verificación y el hecho, reconocido por el propio Laudo —antecedente octavo— de que "la parte demandada no formula alegaciones en contestación a los hechos alegados por la parte contraria", evidencian, sin necesidad de más consideraciones, que el motivo de anulación invocado debe prosperar (...). La precipitación del Árbitro al laudar revela una abierta desconsideración hacia el derecho de defensa del ahora demandante, que se traduce sin el menor paliativo en el dictado de una resolución análoga a una judicial, con la misma fuerza de cosa juzgada material, que acreditadamente ha sido emitida ignorando por completo lo que la parte demandada en el arbitraje tuviera a bien alegar y/o probar; el Laudo incurre por tanto en manifiesta arbitrariedad lesiva del art. 24.1º CE».

Cualquier intento de convertir el elenco de supuestos fijados en el art. 41.1º LA/2003 como vía adecuada para eliminar supuestas injusticias formales o de fondo contenidas en el laudo dictado está llamado al fracaso (STSJ CP 1ª Canarias 25 marzo 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Firmeza del fallo — Imposibilidad de litispendencia — Deficiente notificación — Incongruencia *extra petita* — Orden público — Anulación im procedente.

La Sentencia del Tribunal de Justicia Canarias, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 25 marzo 2020 (ponente: María Margarita Varona Faus) desestima en su integridad la demanda de anulación contra un laudo arbitral con los siguientes argumentos, tras un exordio sobre la acción de anulación:

«(...) Antes de entrar en el examen de los motivos concretos de anulación del Laudo, es preciso reseñar que aunque la intervención jurisdiccional una vez dictado el Laudo sea fundamental para

garantizar la seguridad del mismo, la acción de anulación del Laudo es una figura sui generis, distinta de las impugnaciones por medio de los recursos ordinarios, cuya finalidad es sólo la de comprobar si los árbitros se han sometido a lo convenido por las partes, pero sin entrar en la mayor o menor fundamentación del mismo. La acción de anulación, por tanto, no es una segunda instancia en la que se puedan analizar todas las cuestiones, es sólo un instrumento fiscalizador del cumplimiento de las garantías procesales que no permite entrar a conocer del fondo del asunto resuelto por los árbitros. De lo que se trata en el fondo es de impedir que los jueces conozcan de lo que ya ha sido objeto de decisión por los árbitros, cayendo de esta forma en lo que desde el primer instante se ha querido evitar, esto es, la intervención jurisdiccional y consiguiente aplicación del esquema o patrón propio de la Justicia estatal. El título VII de la LA/200, con su posterior modificación, regula la acción que las partes tienen a su disposición para garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustan a lo establecido en la Ley. Ahora bien dicha acción, expresamente prevista en el art. 40 de la citada Ley, no supone un ilimitado mecanismo de control del Laudo por parte de los Tribunales, sino que la acción de anulación, tal y como resulta de la remisión que efectúa el citado precepto, habrá de fundarse en la alegación y prueba de unos determinados motivos dentro del procedimiento legalmente establecido. La Ley no ha establecido, por tanto, un recurso de apelación contra el Laudo arbitral, esto es, un recurso que permita la nueva y plena valoración de los hechos y la íntegra revisión del Derecho aplicable, sino que, en definitiva, lo que ha establecido son unos topes máximos a la función de control y, en su caso de anulación que otorga a los tribunales. Topes máximos por cuanto la invocación y desarrollo del control judicial no pueden sobrepasar el ámbito de los concretos y tasados motivos de anulación que se establecen en el art. 41 LA. El control jurisdiccional, pues, queda circunscrito a la observancia de las formalidades o principios esenciales establecidos por la ley en cuanto al convenio arbitral, el procedimiento y el Laudo, y a la preservación del orden público, como queda recogido en los tasados motivos de nulidad que enumera el art. 41.1º de la Ley, cuya interpretación ha de ser, además, estricta, excluyendo de su ámbito cualquier otro que no se incardine en el mismo».

«(...) Esta Sala no puede compartir la argumentación efectuada por la representación letrada de la demandante incidental, puesto que en el caso examinado consta que la parte actora sí pudo obtener el preciso conocimiento de las actuaciones arbitrales, toda vez que en dos ocasiones y a través del servicio de Correos fue entregado en el domicilio de la Comunidad (...), aviso del burofax enviado por la Corte de Arbitraje por el que se remitía a la demandada la demanda arbitral, su documentación y la citación para la vista (...) vuelto de las presentes actuaciones, y así fue puesto de manifiesto en los Antecedentes de Hecho Cuarto y Quinto del Laudo arbitral, y, sin embargo, se abstuvo de ir a recogerlo. Curiosamente, y remitida a la misma dirección, sí que fue recogida por la Comunidad demandada la copia de la diligencia de notificación del Laudo arbitral, de fecha 29 julio 2019, remitida `por la Corte Arbitral al mismo domicilio al que se había enviado por Correos el aviso para la recogida y recepción del burofax conteniendo la demanda arbitral y documentación adjunta a la misma, y también al mismo domicilio fue remitido y recogido el burofax en el que la aquí demandada comunicaba a la Comunidad de Propietarios la rescisión del contrato, en fecha 6 febrero 2019. El mero error mecanográfico que, en cuanto al número correspondiente al edificio donde radica la Comunidad demandada, se consigna en la demanda y

en las facturas reclamadas, no priva de virtualidad alguna a la realidad constatada de que la comunicación de la notificación de la demanda y de sus documentos se llevó a efecto en la dirección correcta. Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que la parte demandante incidental, pudo haber sido conocedora, si así lo hubiera querido, del procedimiento arbitral pues fue debidamente notificada y no compareció. Fue la mera voluntad de la parte demandada en el arbitraje y no un defecto del procedimiento arbitral, el que dicha representación no quisiera recoger la documentación que se le había remitido a través del servicio de Correos y el no defenderse frente a la reclamación efectuada de contrario...».

«(...) Lo recogido en el Laudo y antes transcrito no supone extralimitación alguna respecto a lo que constituía el petitum de la demanda arbitral, lo que sería causa de nulidad del art. 41.1º.c) LA, dado que es a aquel petitum al que se limita exclusivamente el Fallo del Laudo, con independencia de que el árbitro pueda hacer constar en los fundamentos jurídicos de su resolución cuantos antecedentes considere oportunos en justificación de su decisión. El Fallo del Laudo se ajusta, por tanto, a la reclamación que se hace en la demanda, y por ello no concurre el vicio de nulidad que se alega».

«(...) En relación al motivo de nulidad por contravención por el Laudo del orden público, es sobradamente sabido que el objeto de la acción de anulación de un laudo no es la controversia suscitada entre las partes, sino una revisión por motivos tasados de la validez del mismo más allá de la cual, por la vía de la revisión judicial de fondo, quedaría desnaturalizada la institución del arbitraje. Entre esos motivos tasados de anulación, el legislador ha incluido la infracción del orden público. Es éste un concepto jurídico indeterminado cuya precisa determinación ha sido realizada jurisprudencialmente, tras definirlo (por todas, en la STC 54/1989) como "aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico" y, por ende, a los efectos previstos en el art. 41.1º, ap. f) LA/2003, debe considerarse contrario al orden público aquel laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el art. 21 CE, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3º CE (...). Lo que no puede perderse de vista en ningún momento es que, la acción de anulación del laudo no es un medio de impugnación en sentido estricto que tienda a corregir los errores —in procedendo o in iudicando— en que hubieran podido incurrir los árbitros. En absoluto. El arbitraje como instrumento de resolución de conflictos se diseña con una estructura procedimental de instancia única. De ahí que se otorgue firmeza al laudo y se impida encuadrar la pretensión de anulación en una situación de litispendencia, desde luego inexistente. Y puesto que la acción que se analiza da paso a un proceso nuevo, técnicamente no puede confundirse ni con los recursos extraordinarios, ni mucho menos con los de índole ordinaria, cuyo planteamiento permite la introducción de un segundo grado para revisar, desde una perspectiva fáctica y jurídica, el fondo del asunto o, en su caso, para proceder a un novum iudicium de la cuestión litigiosa. Excluyéndose como se excluye del ámbito de enjuiciamiento de la acción de anulación la valoración del acierto o desacierto de la decisión arbitral, cualquier intento de convertir el elenco de supuestos fijados en el art. 41.1º LA en vía

adecuada para eliminar supuestas injusticias formales o de fondo contenidas en el laudo dictado está llamado al fracaso».

No concurre en el presente supuesto el consentimiento expreso de las partes para someter la concreta cuestión a la decisión de los árbitros (AAP Valencia 11ª 27 marzo 2020)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio de arbitraje arbitral: Verificación — Desestimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Decimoprimer, de 27 marzo 2020 (ponente: Susana Catalán Muedra) estima un recurso de apelación interpuesto contra un Auto del Juzgado de Primera Instancia en Juicio cambiario, que apreció la existencia de una declinatoria arbitral. De conformidad con la Audiencia,

«(...) Y el recurso prospera. Y ello considerando que si bien conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, ha de primar una interpretación flexible (no formalista) en la materia, de modo que para que el convenio arbitral sea válido basta con que aparezca por escrito y revele claramente el consentimiento de las partes de someterse a las decisiones de los árbitros, no siendo, por tanto, necesario, siquiera, que se haga constar expresamente que se obligan las partes a cumplir la decisión de los mismos. No lo es menos, que sí ha de constar expresamente el consentimiento de las partes la concreta cuestión a la decisión de los árbitros, lo que no acontece en el presente supuesto. En él, las partes, a la cláusula 8ª del contrato que les vinculó celebrado el 1º marzo 2012, sometieron cualquier discrepancia a arbitraje de equidad de un solo árbitro a designar por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia. Ahora bien, el 14 octubre 2015 resuelven dicha relación contractual y liquidan las cuentas derivadas de ella de plena conformidad, liquidación de la que resulta un saldo a favor de la actora de 147.404,36 euros, que el demandado manifiesta ser en deber, para cuyo pago le concede la actora un aplazamiento de 60 días durante el que la demandante cobrará el importe de las facturas pendientes de pago y que el demandado pone a su disposición, minorando así la deuda ya liquidada. Y convienen que pasado el dicho plazo el saldo resultante será vencido y exigible, quedando facultada la actora para completar y poner en circulación las letradas entregadas en garantía, letras que hoy constituyen el título de la demandante. O lo que es lo mismo, dejan resuelta la relación contractual y liquidan el saldo deudor, no constituyendo ya objeto de litigio la ejecución del contrato que les vinculó, sino tan solo una imputación de pagos y puesta en circulación de títulos cuyo resultado no han sometido las partes a arbitraje alguno (...). En consecuencia, procede revocar el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia, y, en su lugar, desestimar la declinatoria planteada...».

Un secretario arbitral no es un árbitro pues cada uno tiene su función y son funciones diferentes, con cometidos diferentes (STSJ Canarias CP 1ª 8 abril 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Arbitraje institucional — Árbitros — Composición del

colegio arbitral: imparidad — Convenio arbitral: existencia y validez — Secretario del Centro de Arbitraje: funciones — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 8 abril 2020 (ponente: Carla María del Rosario Bellini Domínguez) desestima una demanda de anulación de laudo arbitral en arbitraje administrado por la Corte Nacional de Arbitraje Civil, Mercantil y Marítimo (ANJAR), con las siguientes consideraciones legales:

«(...) hay que manifestar que la interpretación flexible (no formalista) en la materia, es la que prevalece en la doctrina. En ella se sostiene que "basta que el convenio arbitral contenga por escrito y claramente el consentimiento de las partes de someterse a las decisiones de los árbitros" para que se reconozca la existencia en el contrato el compromiso arbitral. Éste debe contener el consentimiento, plasmado en las declaraciones de voluntad concordadas de las partes, y es ésta la interpretación que más se ajusta al espíritu de la Ley respecto a la simplificación de formas y facilitación del arbitraje, en sintonía con su función y respeto al principio de la autonomía privada (art. 1255 Cc: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público".), toda vez que en esta materia rige la doctrina jurisprudencial de la seguridad en las relaciones contractuales, las del tráfico jurídico, la prohibición de ir en contra de los actos propios, y las normas de la buena fe del art. 7 Cc: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe". Sentado lo anterior, debemos afirmar que ciertamente existe la voluntad de compromiso arbitral entre ambas partes, según se desprende de la cláusula 12 del contrato de arrendamiento y de su Anexo. Esta estipulación doceava del contrato sobre el que se sustenta el acuerdo del arbitraje dispone claramente: "Las partes firmantes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación de la ejecución o interpretación del presente Contrato o relacionado con él directa o indirectamente, se resolverá definitivamente mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de la Corte de Arbitraje de S/C de Tenerife, comprometiéndose expresamente a cumplir el laudo arbitral que se dicte". Por su parte, el Anexo al Contrato de Arrendamiento de fecha 2 noviembre 2017, recoge textualmente la misma cláusula número doce con exacto contenido. Pero es más, el citado consentimiento se hace extensible a que el arbitraje se lleve a cabo por medio de un árbitro, sin nominar a ninguno en especial, y bajo un Reglamento Arbitral. Sin embargo, surgidas las discrepancias y, por tanto, utilizando para resolverlas la citada cláusula de Convenio Arbitral, entiende la parte hoy actora que nada sirve y nada vale para que dicha controversia sea resuelta según acuerdo arbitral y no judicial, afirmando que entiende que no es competente el árbitro que dictó el Laudo de fecha 5 junio 2019. Sin embargo, no es posible que, después de firmado el acuerdo de voluntades y surgido el desacuerdo, intente ir contra sus propios actos, alegando que el árbitro no es competente y que el Reglamento carece de validez. Es obvio que en este caso, al menos en cuanto a las infracciones que ahora se alegan, es de aplicación del concepto del consentimiento tácito, pero no por mera inactividad de la parte, sino por su propia actuación reveladora del consentimiento (STS 5 julio 2011), consideramos, por tanto, que de la documentación, y lo alegado se pone de relieve la existencia de actos propios de voluntad de someter la controversia a través de un convenio arbitral, y que puede cabalmente

afirmarse que entre las partes medió la voluntad de someter sus disputas a arbitraje (...).

«(...) Por todo cuanto antecede, ha de estimarse la existencia y validez de la cláusula compromisoria contenida en la Condición 12 del Contrato de Arrendamiento suscrito por los litigantes el día 20 febrero 2017, y de su Anexo, de fecha 2 noviembre 2017. Consecuentemente, y tal y como dispone el art. 13.1º del Reglamento Procesal de Arbitraje de esta Institución "Quedará legitimada la Corte para conocer y administrar un determinado procedimiento de arbitraje cuando se acredite la existencia de convenio arbitral, adoptado por cualquiera de las formas reconocidas en el art. 9 LA/2003, que contengan una sumisión expresa a sus Tribunales"; y ello en congruencia con el art. 14 LA/2003, según el cual "1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: (.) b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. 2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos" precisando el art. 4 del mismo cuerpo legal que "Cuando una disposición de esta Ley: b) se refiera al convenio arbitral o a cualquier acuerdo entre las partes se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido"; e indica tal reglamento que "A tales efectos se entenderá por sumisión al Tribunal el compromiso de las partes a aceptar: a) La designación de árbitro o árbitros realizada por el Tribunal Decano. b) La determinación del lugar e idioma del arbitraje. c) La sustanciación del procedimiento arbitral de conformidad con las normas procesales contenidas en este Reglamento. d) El acatamiento a lo dispuesto en el Laudo final o, si existieran, por los laudos parciales" (art. 14) (...). Consecuencia de la cláusula contractual citada es la existencia del acuerdo de las partes para someter a arbitraje cualquier cuestión que se suscite en la interpretación o con respecto al cumplimiento del contrato, y de su Anexo, como es la que ha sido objeto del Arbitraje discutido. Es decir, se acuerda, sin asomo de duda alguna, la voluntad de las partes de someter a arbitraje las discrepancias o controversias que pudieran surgir a raíz del citado acuerdo de voluntades. Ello a través de un árbitro y mediante un reglamento arbitral y, descartando en el citado acuerdo de voluntades, la vía judicial para la resolución de sus conflictos. Tampoco le presenta duda alguna a esta Sala que el arbitraje se acordó para ser llevado a cabo por un solo árbitro, que puede ser una persona física o una institución, pues nada señala la parte al respecto. Solo y únicamente señala que la normativa a aplicar para la resolución de la contienda tiene que estar basada en el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Santa Cruz de Tenerife... ».

«(...) la parte solicita la anulación del Laudo debido a que, a su entender, la composición del Tribunal Arbitral es contraria a lo prevenido en el art. 12 LA/2003, en relación con el art. 41.1º, aps. d) y f). Sostiene la demandante incidental que los árbitros, según la Ley, han de constituirse en número impar y, en este caso, han sido dos los árbitros que han resuelto la controversia. Tal afirmación la fundamenta en que en este arbitraje ha intervenido doña Frida, Secretaria Arbitral, y es en base a tal intervención por lo que entiende que son dos los árbitros que han resuelto la disputa (...). Resulta obvio que un Secretario Arbitral no es un Árbitro, como tampoco un Letrado de Administración de Justicia, por más que en una sentencia sea citado, no es Juez o Magistrado y, por tanto, no dicta Sentencia. Cada uno tiene su función y son funciones diferentes, con cometidos diferentes, tal y como queda expuesto en el artículo citado. Y, resulta acreditado, no sólo porque el demandante así lo afirma en este apartado de su demanda, sino que también de la propia

documentación aportada a las actuaciones a instancia de este Tribunal consistente en el Expediente de Laudo Arbitral remitido por la Corte, que doña Frida es la Secretaria del Tribunal Arbitral, con una labor en la que no se encuentra la de enjuiciar, como también contempla el mencionado artículo. Ello lleva a este Tribunal a rechazar la argumentación expuesta por la parte demandante. El Laudo ha sido dictado por un único árbitro. Doña Frida ha formado parte del Tribunal en su condición de Secretaria, es decir, de tramitación del procedimiento arbitral. Consecuencia de ello, es la desestimación del motivo alegado».

[Véase: José Carlos Fernández Rozas, «Delimitación de las funciones del árbitro y del secretario del tribunal arbitral designado por el centro de arbitraje», en la sección Sentencias seleccionadas, supra]

Al no descansar en un pacto contractual la mera subrogación en la posición de arrendador, no implica la obligatoriedad de sumisión a la mediación (AAP Valencia 5 mayo 2020)

Arbitraje — Mediación — Declinatoria — Desestimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Decimoprimer, de 5 mayo 2020 (ponente: Alejandro Francisco Giménez Murria) estimó un de apelación interpuesto contra un Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia Instrucción nº 6 del Lliri revocando la resolución recurrida y acordando en su lugar desestimar una declinatoria. De acuerdo con la Audiencia:

«(...) La demandante interpuso recurso de apelación, alegando en síntesis: en el contrato de arrendamiento de 1 julio 2016, no existe cláusula alguna de sometimiento a arbitraje o mediación. En el presente caso el demandante ejercita las acciones de desahucio por falta de pago y reclamación de rentas, correspondientes a los meses de octubre 2018, noviembre 2018, diciembre 2018 y enero de 2019. Ella adquirió el inmueble arrendado mediante Decreto de adjudicación, dictado el 19 enero 2018, por el JPI nº 1 de Liria, ejecución hipotecaria 421/2014, subrogación que fue comunicada a la parte arrendataria y aceptada por ésta. La subrogación en la posición de arrendadora lo fue respecto al contrato suscrito en fecha 1 julio 2016. En cualquier caso y aún en el supuesto de que dicha acta se refiriese al contrato de arrendamiento objeto de esta litis, hecho que negamos tajantemente, el mismo se refiere a una deuda preexistente en el año 2017 así como a unas obras a realizar en el inmueble, objeto de discusión que nada tiene que ver con la acción ejercitada por mi mandante y que no es otra que el desahucio por impago de las rentas correspondientes a los meses comprendidos entre octubre 2018 y enero 2019, ambos inclusive. En la citada acta se fija que, si existe incumplimiento respecto al reconocimiento de deuda del año 2017 o a las obras a ejecutar, este incumplimiento se resolverá por el servicio de mediación, pero en ningún caso existe una sumisión a mediación para cualquier controversia o incumplimiento contractual. La mediación se encuentra delimitada a unos hechos concretos (deuda 2017 y obras) no pudiendo extenderse más allá de lo acordado por las partes que lo suscribieron. En conclusión: no existe cláusula alguna en el contrato de sometimiento a mediación, por lo que no puede verse obligada la demandante a acudir a dicho servicio; el acta del servicio de mediación aportada a autos fue suscrita por personas distintas a la demandada y demandante, por lo que ninguna trascendencia puede tener en los presentes autos un documento suscrito por terceros distintos de

la parte arrendataria; no consta en el acta que el acuerdo se refiera al contrato de arrendamiento objeto de autos, por lo que en nada puede afectar a este proceso; y, en cualquier caso, el acuerdo ante el servicio de mediación se refiere a unas rentas y obras que no son objeto de la presente acción de desahucio por falta de pago, no siendo objeto del proceso el cumplimiento del citado acuerdo (...).».

«(...) Sobre la falta de jurisdicción y el sobreseimiento del proceso. Se considera relevante: 1º) La legitimación activa nace del contrato de arrendamiento celebrado el día 1 julio 2016 entre doña Camila, arrendadora, y la demandada, arrendataria, sobre la vivienda sita en la ... de la Pobla de Valbona, la que subastada y adjudicada a la ejecutante le fue cedido el remate a la actora de este procedimiento. 2º) La demandada y la anterior arrendadora en 11 julio 2017, ante el servicio de mediación llegaron a una serie de acuerdos: 1º) la demandada reconoce adeudar las rentas de los meses de mayo, junio y julio de 2017, comprometiéndose a esta último a su pago en un mes, así como que adeuda el importe de basura, reciclaje y alcantarillado y tres cuotas de agua; 2º) ambas partes deciden continuar el contrato de arrendamiento comprometiéndose la arrendadora (se entiende que es un error, quiere decir arrendataria), a no acumular ninguna mensualidad, pagando del día 1 al 10 de cada mes, abonar el 15 octubre 2017, al menos 100 euros para amortizar la deuda, en casos de que la demandada recupere la paga o encuentre un trabajo a pagar 100 euros al mes; 3º) en cuanto a las reparaciones que deben hacerse la vivienda la arrendataria se compromete a realizar las gestiones para su reparación; (no existe pacto cuarto), y en el 5º) se acordó que en caso que no se cumplan los acuerdos alcanzados, las partes revisarán las condiciones y la continuidad del alquiler acordando acudir al servicio de mediación para la toma de acuerdos si así lo decidiesen. La cuestión controvertida radica en determinar si en virtud del sometimiento a mediación del litigio nacido por el impago de rentas con la anterior arrendadora, y el acuerdo transcrito en el mismo trasciende a la demandante actual y por tanto excluye el conocimiento de la acción ejercitada. Se tiene en consideración que en el contrato de arrendamiento no se pactó entre arrendadora y arrendataria el sometimiento a la mediación para la resolución de las controversias que pudiesen plantearse, por ello se acepta la alegación del recurrente, en el sentido de que la mera subrogación en la posición de arrendador, no implica la obligatoriedad a la sumisión a la mediación al no ser un pacto contractual. Por eso se ha sostenido que la vinculación derivaría de la extensión a este litigio de los pactos alcanzados en el acuerdo julio 2017, en el que no intervino el demandante y que se concluyeron para resolver una concreta deuda nacida por el impago de unas determinadas rentas. No se discute que, configurada la mediación como medio para la resolución de conflictos (preámbulo de la Ley 5/2012 de 6 de julio), su art. 2.1º posibilita su aplicación a asuntos civiles o mercantiles, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable, por lo que claramente incluye los arrendamientos y dentro de ellos la acción de resolución por impago de las rentas y su posterior desahucio; congruentemente con ello el 4.5º LAU permite que las partes pacten la sumisión a mediación o arbitraje. Conforme el art. 10 de la Ley de Mediación es necesario que exista un compromiso de sometimiento y su iniciación es la que impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas durante el tiempo que se desarrolle esta. Partiendo de esta configuración, la Sala discrepa de lo razonado por la Juez a quo; y ello por cuanto, conforme se ha transcrito antes no existe un compromiso de sometimiento a

mediación que afecte a la acción entablada, sí se tiene en cuenta que el pacto quinto del acuerdo de mediación, conforme los términos en que está suscrito, lo circunscribe a las deudas anteriores; es decir, lo que establece es el sometimiento, pero con un presupuesto "en caso de que no se cumpla los acuerdos alcanzados", en ese caso, se pacta que las partes "revisarán las condiciones y la continuidad del alquiler" y este supuesto lo someten al servicio de mediación para tomar acuerdos con la coletilla final "si así lo decidiesen"; es decir, que se fijaron dos límites a este pacto de mediación, por un lado la referencia a los acuerdos alcanzados y por otra parte que así lo decidan ambas partes, expresión que se interpreta en la idea que decidan someterse nuevamente a la mediación. El impago que generó la reclamación económica y fundamento de la resolución contractual se refiere a meses distintos a aquellos que se incluían en la demanda. Si bien la única extensión podría referirse a la obligación asumida por la arrendataria del pago de la renta en los sucesivos, pero ésta se califica de insuficiente al ser una obligación legal y contractual a la que el acuerdo mediador nada trasciende. Esta interpretación de los términos (art. 1281 Cc), no permite concluir, como sostuvo la demandada y aceptó la Juez a quo, que el pacto de mediación se extienda a todos aquellos incumplimientos o impagos en que incurra la demandada durante todo el tiempo que dure el contrato de arrendamiento, pues la Sala considera que si esa fue la voluntad de las partes lo debieron haber expresado así en el contrato y esa conclusión no puede derivarse del pacto quinto que se refiere a una concreta deuda en un momento determinado».

Confirmada una declinatoria arbitral, pues la entidad actora no tiene la condición de consumidor, en el sentido del art. 8.2º de la LCGC (AAP Valencia 19 mayo 2020)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Consumidores — Convenio de arbitraje: verificación — Cláusula abusiva, Principio *kompetenz-kompetenz* — Estimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, de 19 mayo 2020 (ponente: María Carmen Crines Tarraso) confirma una decisión del Juzgado que estimó la declinatoria planteada que declaro la falta de jurisdicción de este juzgado para conocer de la acción entablada por haberse sometido el asunto a arbitraje. Entre otras cosas, la Audiencia afirma que:

«(...) En fecha 3 septiembre 2019 se dictó el Auto que es objeto de recurso que tras analizar la cláusula debatida y la legislación aplicable al caso, concluye en el sentido de estimar la declinatoria planteada y declara la falta de jurisdicción de este Juzgado para conocer de la acción entablada por haberse sometido el asunto a arbitraje. Los argumentos de la resolución apelada son en síntesis los siguientes: A) la entidad actora no tiene la condición de consumidor, no le puede ser de aplicación la remisión que hace el art. 8.2º LCGC a la normativa de consumidores, que califica abusiva una cláusula de este tipo en su art. 90.1º. B) el art. 9.2º LA establece que "si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato". C) considerando que la cláusula debatida, debe ser considerada condición general de la contratación, le es de aplicación el control de incorporación y contenido, no de transparencia (STS de 10/01/2018) (...). El art. 5.5º Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación establece

que "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez". El ap. a) del art. 7 de la citada norma refiere que "no quedaran incorporadas al contrato las condiciones que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o no hayan sido firmadas; así como las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles". (art. 7 ap. b). D) concluye la resolución apelada en el sentido de que de la lectura de dicha cláusula se aprecia que la misma es legible, comprensible gramaticalmente, y no se acredita que la prestataria no conociese la existencia y claridad de la misma, pues la misma demandante aporta los contratos suscritos por su representante legal. La cláusula hace referencia a la sumisión a arbitraje "para la solución de cualquier cuestión litigiosa derivada de este Contrato". Ha de suponerse que el administrador de una empresa que debe observar la diligencia del ordenado empresario (normativa del Ccom y de la Ley de Sociedades de capital) dentro del cual al menos debe entenderse incluido que haya leído el contrato que suscribe para la misma. Y ello con independencia de lo que se resuelva sobre la validez o nulidad de dicha cláusula en los términos que se solicitan en la demanda, limitándose la resolución a realizar un análisis en cuanto a su incorporación al contrato. Además no podemos olvidar que el pronunciamiento de los árbitros sobre su propia competencia no escapa sin embargo al control jurisdiccional, pues la decisión que los árbitros adopten estará en todo caso sujeta a revisión judicial mediante el mecanismo previsto para la acción de anulación del laudo (art. 41 LA). Partiendo de cuanto antecede, la Sala considera el recurso de apelación formulado, improsperable, y da por reproducidos los acertados fundamentos jurídicos contenidos en la resolución impugnada...».

La falta de concreción de los términos de la sumisión insertos en la cláusula de arbitraje impide considerar que la misma sea válida y por tanto se rechaza la declinatoria arbitral (AAP Zamora 1ª 21 mayo 2020)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio de arbitraje: verificación — Cláusula abusiva — Cláusula patológica — Desestimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Zamora, Sala Primera, de 21 mayo 2020 (ponente: Jesús Pérez Serna) estima el recurso de apelación y deja sin efecto la decisión del Juzgado que admitió una declinatoria arbitral razonando del siguiente modo

«(...) En relación con las normas relativas a la competencia objetiva en el procedimiento de jura de cuentas y el sometimiento a arbitraje que se contiene en los contratos que se han venido suscribiendo entre las entidades como la demandada en este caso y los Letrados, pueden encontrarse distintas resoluciones de las Audiencias Provinciales, aunque debe tenerse en cuenta que no todas las cláusulas tienen el mismo contenido y que haya que estar al de la que es objeto de este procedimiento. En primer término, debe ponerse de manifiesto que las normas relativas a la competencia objetiva en relación con el procedimiento de jura de cuentas, viene determinada por lo dispuesto en el art. 35 LEC que la atribuye al órgano jurisdiccional en el que se tramitó el procedimiento en el que se devengaron los honorarios y, sin embargo, la aplicación de lo dispuesto

en el art. 11 LA cuando señala que "El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria" determinaría la competencia arbitral. Ahora bien y como se señala en el AAP Cáceres 25 setiembre de 2018, lo primero que debe resolverse es la validez o no de la cláusula de arbitraje contenida en el contrato que regulaba las relaciones contractuales entre las partes y para ello debe de tenerse en cuenta que: 1) estamos ante un contrato de adhesión, así se cataloga en dicha resolución un contrato idéntico al que es objeto de examen en este caso, en base al contenido del mismo y del suscrito por otros Letrados con la misma entidad. Esto implica que estamos ante una cláusula no negociada y, con independencia de que el demandante sea o no consumidor, ello conlleva la aplicación de lo previsto en el art. 9.2º LA y que para la determinación de la validez o no de la cláusula debemos tener en cuenta la regla de interpretación prevista en el art. 1288 Cc y 6.2º de la Ley de condiciones Generales de la Contratación, es decir, que el adherente haya prestado efectivamente el consentimiento. 2) a estos efectos debe tenerse en cuenta que según la STC 136/2010, de 2 de diciembre, la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y 3) que dicha sumisión se establezca válidamente, es decir con cumplimiento de todas y cada uno de los requisitos que establece la Ley y dentro de ellas las determinante de la sumisión, es decir, que se fije de forma clara y precisa el órgano arbitral al que se someten. Pues el pacto relativo a la sumisión a arbitraje se contenía en la cláusula decimoprimera del contrato suscrito entre las partes dispone: "El despacho (y los abogados que lo conforman) y BCEISS renuncian expresamente a acudir a cualquier otro fuero que por Ley pudiera corresponderles, incluyendo la renuncia expresa a acudir al procedimiento de jura de cuentas o de similar naturaleza sometiéndose expresa e irrevocablemente a arbitraje de derecho, al nombramiento de un (1) árbitro que designe el Tribunal Arbitral de Madrid y al procedimiento y reglamento de dicha institución para que dirima la resolución de cualesquiera disputas que pudieran surgir en relación con la ejecución e interpretación del presente pliego y la prestación del servicio, obligándose las partes a asumir y cumplir el laudo que en su día se dictare". La falta de concreción de los términos de la sumisión impide considerar que la misma sea válida puesto que se someten a arbitraje de Derecho y delegan el nombramiento de un árbitro a una entidad que no consta que existe, por lo que es evidente que el convenio no podría cumplirse en sus propios términos y, además las partes se someten a un procedimiento y reglamento inexistentes, desconociéndose como efectivamente se habría de llevar a cabo el nombramiento de árbitro y a qué normas debería someterse el arbitraje, contraviniendo los propios términos de la cláusula impuesta por la demandada en el contrato de adhesión. Lo anterior supone que en el caso presente, dada la similitud existente en las cuestiones planteadas, haya de estimarse el recurso de apelación interpuesto y declarar la competencia del juzgado de instancia para conocer de la cuenta jurada ante el mismo interpuesta. Y todo ello sin necesidad de añadir las consideraciones sobre el particular, al entender que la cláusula sometiendo a arbitraje el tema carece de validez en orden la resolución de la cuestión planteada por el recurrente».

Verificación de la existencia de un convenio arbitral a los efectos de la designación judicial de árbitros (STSJ Canarias CP 1ª 25 mayo 2020)

Arbitraje — Designación judicial de árbitro — Convenio de arbitraje: verificación — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 25 mayo 2020 (ponente: Carla María del Rosario Bellini Domínguez) estima una demanda de formalización judicial de arbitraje, para designación de árbitro con las siguientes consideraciones:

«(...) El art. 15.3º LA dispone que, caso de no resultar posible designar árbitro mediante el procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar el nombramiento de árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello, sustanciándose las pretensiones por el cauce del juicio verbal. Téngase presente que serán las partes directamente las que con total libertad pueden acordar el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad —art. 15.2º LA— y solo para aquellos supuestos, como el presente, en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes, se podrá solicitar al Tribunal la designación de los árbitros para evitar su paralización e impulsar el arbitraje. El art. 15.5º LA dispone que el Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de convenio arbitral, aunque hemos de añadir, igualmente, que también podrá ser rechazada cuando la cuestión no sea materia susceptible de arbitraje conforme lo dispuesto en el art. 2 LA. El art. 9 LA establece los elementos esenciales de la voluntad del convenio arbitral entre los cuales no se encuentra ni la forma de designar a los árbitros ni si debe ser de derecho o de equidad, prevaleciendo, en su interpretación, el principio de conservación del acuerdo de arbitraje o favor arbitri. Para ello basta, conforme lo dispuesto en el art. 9.1º que, en la cláusula, bien sea incorporada al contrato o en acuerdo independiente, conste 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 último también hemos de reseñar, a los efectos examinados, conforme lo dispuesto en el art. 15.6º LA, que el Tribunal confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado, teniendo en cuenta al confeccionar dicha lista los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar la independencia e imparcialidad. En el presente caso el sometimiento al arbitraje viene establecido en la disposición vigesimocuarta del contrato celebrado el 11 noviembre 2014 y obrante en los 13 al 22 de las actuaciones. Por lo expuesto parece clara la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, procediendo, por ende, el nombramiento judicial de árbitro. Nótese que conforme al principio de conservación del negocio jurídico arbitral, el favor arbitri resultara determinante cuando aparece clara la voluntad de sometimiento al arbitraje (...). Consecuencia de lo anterior es que ha quedado constancia en las actuaciones a través de la documental obrantes en la misma, que las partes acordaron mediante contrato de fecha 11 noviembre 2014, y concretamente en la estipulación vigesimocuarta, la figura del arbitraje para la solución a los problemas que del citado contrato pudieran derivarse. Así mismo también ambas partes mostraron su conformidad para que el arbitraje fuera de equidad mediante tres árbitros. A tal fin, la representación de la hoy actora designó a don Borja y la hoy parte demandada a don Carmelo. Sin embargo, no lograron ponerse de acuerdo respecto del nombramiento del tercer árbitro,

motivo por el cual la parte actora se vio obligada a acudir a la vía judicial. Resultado de la insaculación llevada a cabo en la vista del Juicio verbal, ha sido designado por esta Sala como Arbitro dirimente: Don Abelardo. Como primera suplente: D^a Inmaculada. Y como segundo suplente: D. Adrián».

Una cosa es que el laudo arbitral sea inmediatamente ejecutivo y otra que su ejecución anticipada cuando no es firme, pues sobre él pende un recurso de anulación (AAP Asturias 7^a 26 mayo 2020)

Laudo arbitral — Despacho de ejecución — Ejecución provisional — Pendencia de la acción de anulación — Laudo arbitral posteriormente anulado — Estimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Séptima, de 26 mayo 2020 (ponente: Rafael Martín del Peso García) desestima un recurso de apelación interpuesto contra un Auto, dictado en Ejecución forzosa del laudo arbitral 296/17, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Gijón, que se confirma en su integridad. De acuerdo con la Audiencia:

«(...) La parte no discutió en su escrito de alegaciones a la presentación por la contraria de la liquidación de daños y perjuicios conforme al art. 712 LEC y a tenor de lo establecido en el art. 715, como puede verse de la lectura del escrito de 14 julio 2019, en el que debiera haber formulado oposición la cuantificación de los perjuicios y partidas reclamadas, sino exclusivamente, el hecho de que se pueda iniciar el incidente y fijarse con motivo de la ejecución provisional despachada de un laudo arbitral ulteriormente anulado, supuesto que no debe confundirse con la ejecución provisional de las sentencias, dado que aquel produce eficacia de cosas juzgada. Una cosa sin embargo es que el laudo arbitral sea inmediatamente ejecutivo y otra que su ejecución anticipada cuando no es firme, pues sobre él pende un recurso de anulación que pudiera dejarlo sin efecto, no permita la indemnización de perjuicios al ejecutado, si la ley lo autoriza, y la norma específica que regula este supuesto, no es sino el art. 45.3º LA que tras contemplar las posibles causas de suspensión y reanudación de la ejecución del laudo, define además los efectos de un recurso de anulación estimatorio para declarar lo siguiente: El Secretario judicial alzará la ejecución, con los efectos previstos en los arts. 533 y 534 LEC, cuando conste al Tribunal que ha sido estimada la acción de anulación (...). Esta norma especial se remite pues a los preceptos de la ejecución provisional de sentencias para regular los efectos de la anulación del laudo ejecutado y concretamente el art. 533.1º con claridad dispone que: "Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara totalmente, se sobreseerá por el Letrado de la Administración de Justicia la ejecución provisional y el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado." De ahí que la obligación de indemnizar en estos supuestos y por tanto la posibilidad de abrir el incidente objeto de impugnación y fijar los perjuicios irrogados al ejecutado, se halla expresamente prevista en la ley y así lo recoge la jurisprudencia, a, como por ejemplo AAP Barcelona 26 octubre 2018 y más específicamente, el ATSJ Cataluña 15 diciembre 2016 (...) de modo que siguiendo tal doctrina debe ser desestimado el recurso en su motivo único y confirmada

la recurrida».

Desestimación de una declinatoria arbitral pues la demandada pretende imponer que la demandante tiene que ir a un arbitraje con un tercero, quiera o no quiera (AAP A Coruña 3ª 27 mayo 2020)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio arbitral: examen — Extensión a terceros
extensión de la cláusula a terceros verificación del convenio arbitral — Desestimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Tercera, de 27 mayo 2020 (ponente: Rafael Jesús Fernández-Porto García) estima un recurso de apelación contra una decisión del juzgado que declaró la declinatoria de este órgano para conocer de la demanda presentada por la Sra. Montero Veiga en representación de Fundación Santo Hospital de Caridad «Hospital Juan Cardona», debiendo someterse la cuestión litigiosa planteada a arbitraje. La Audiencia declara a este respecto que:

«(...) No procede considerar que la discusión esté sometida a arbitraje, por cuanto ese arbitraje no se desarrollaría entre los litigantes. Aunque se aplicase el convenio, los sometidos a arbitraje de esa subcomisión serían "Fundación Santo Hospital de Caridad de Ferrol" y "Línea Directa Aseguradora Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A." (aseguradora del vehículo de la lesionada). Y el presente litigio se desarrolla entre "Fundación Santo Hospital de Caridad de Ferrol" y "Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija" (aseguradora del otro vehículo). Lo que esta demandada pretende imponer es que la demandante tiene que ir a un arbitraje con un tercero, quiera o no quiera. Cuando sostiene que con este no tiene contienda alguna. El planteamiento solo sería viable jurídicamente si se hubiese establecido en el convenio un arbitraje a tres: las dos aseguradoras que no quieren pagar y el centro hospitalario que prestó la asistencia sanitaria. 2º.- La acción ejercitada no es derivada del convenio UNESPA. Este establece un sistema para el rápido abono de la asistencia sanitaria directamente por la aseguradora y no por el lesionado. Negado el abono por la aseguradora, el entre médico es libre de ejercitar las acciones que le correspondan contra terceros. En este caso contra la otra entidad aseguradora. El único que podría plantear el sometimiento a arbitraje sería "Línea Directa Aseguradora Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.". La demanda se fundamenta por una parte en que se está ejercitando la acción subrogatoria que correspondería a la lesionada, y por otra la acción directa como perjudicada económicamente por el siniestro. 3º.- Esta cuestión, como alega el apelante, ya fue resuelta por el auto 152/2019, de 28 de noviembre, de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial, razonando que "No se dirige la demanda contra la aseguradora del vehículo en que iban los lesionados, atendidos en el Centro hospitalario demandante, que según el Convenio sería la obligada a sufragar las prestaciones sanitarias correspondientes, sino contra la aseguradora Reale (no obligada por el Convenio) a quien la demandante considera responsable civil extracontractual del accidente con las lesiones y perjuicios o gastos asistenciales, conforme a los arts. 1902 ss Cc, Ley de responsabilidad civil en materia automovilística, y Ley del Contrato de Seguro. Es verdad que ésta también firmó el Convenio, pero la acción ejercitada en la demanda no

es la contractual, con fundamento en lo convenido en el mismo, como sería frente a aquella otra aseguradora, sino la distinta de tipo legal o extracontractual, por subrogación en los derechos y acciones que cedieron los lesionados a la entidad demandante, respecto del importe de la asistencia sanitaria, frente al responsable civil. En esa tesitura no creemos admisible que, cuando aquella otra aseguradora ha rechazado el pago de los servicios por una de las causas contempladas en el Convenio como es la falta de relación de causalidad, no pueda el Centro ejercitar contra la supuesta responsable de los daños y perjuicios del siniestro la acción que le fue transmitida por los perjudicados, terceros, sin previamente tener que agotar la vía contractual interna contra la otra aseguradora a través de la subcomisión o comisión de vigilancia para dirimir el desacuerdo", desestimándose la declinatoria de jurisdicción. Por lo que el recurso debe ser estimado, desestimándose el recurso de reposición».

Tras comprobar la existencia de un convenio arbitral, la concurrencia de un requerimiento a la parte contraria y el desacuerdo entre las partes procede la designación judicial (STSJ Extremadura CP 1ª 4 junio 2020)

Arbitraje — Designación judicial de árbitro — Convenio de arbitraje: verificación — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 4 junio 2020 (ponente: Jesús Plata García) procede a una designación de árbitros con las siguientes consideraciones:

«(...) Atribuida la competencia a esta Sala únicamente para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes (STSJ Civ 1ª 13 febrero 2017) este Tribunal ha comprobado, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia de un convenio arbitral pactado entre las partes, la concurrencia de un requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, el desacuerdo entre las partes para el nombramiento; en estas circunstancias, el Tribunal ha de proceder al nombramiento imparcial de los árbitros, sin que esta decisión prejuzgue la decisión que el árbitro pueda adoptar sobre su propia competencia, e incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación le impida entrar en el fondo de la controversia (art. 22.1º LA). No habiendo habido acuerdo sobre el nombramiento y propuestos por cada una de las partes una relación de tres árbitros se procedió a insaculación de los mismos, siendo designados, por la suerte, los que se reseñan en la parte dispositiva de la presente resolución. El designado emitirá un arbitraje de Derecho».

El deber de revelación que el art. 17.2º LA/2003 contempla en relación a los árbitros es igualmente aplicable de las instituciones arbitrales (STSJ Galicia CP 1ª 5 junio 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Arbitraje institucional — Convenio arbitral — Árbitros — Independencia imparcialidad — Deber de revelación — Instituciones de arbitraje — Corte

Arbitral de Galicia — Independencia e imparcialidad — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 5 junio 2020 (ponente: Pablo Ángel Sande García) estima una demanda de anulación de un laudo dictado por un árbitro designado en el seno de la Corte Arbitral de Galicia, como consecuencia de la falta de validez del convenio arbitral. La presente sentencia razona con los siguientes términos:

«(...) por lo que hace a la perseguida nulidad del Laudo derivada de la no validez de la cláusula de sometimiento a arbitraje por mor de la vinculación —entre otras— que une a la CAG y el despacho del marido de la administradora de la EEL, la actora aduce que cuando firmó el contrato de colaboración en el que se inserta la cláusula, desconocía tal vinculación, en concreto, que la página web del aludido despacho de abogados tiene entre sus entidades colaboradoras a la CAG, que dicho despacho tiene como miembros y empleados tanto al Presidente como al Secretario de la CAG, y que el domicilio social del despacho y de la CAG es el mismo. Insiste en que esas vinculaciones, al menos de facto, existen y conllevan un evidente conflicto de intereses que vicia de imparcialidad el procedimiento arbitral; subraya que cuando firmó el contrato desconocía tales vinculaciones no habiendo sido informada de ellas. Cita en apoyo de su tesis los arts. 1261 y 1300 Cc, por un lado, así como, por otro, el 7.1º y 2º Cc; entiende, en definitiva, que no prestó consentimiento libre y que no cabe hablar de mínimas garantías de imparcialidad en la resolución del conflicto con mención de los arts. 1255 y 1258 Cc (...). La parte demandada reduce esencialmente su oposición al recién expuesto motivo tocante a la falta de validez de la cláusula arbitral aduciendo —en el escrito de contestación a la demanda— que la acción de nulidad habría caducado al no haberse impugnado en tiempo el Laudo parcial dictado con fecha de 13 diciembre 2017. La objeción resulta completamente inatendible. En efecto, que un Laudo —parcial o no— produce efectos de cosa juzgada ex art. 43 LA no es discutible, como tampoco lo es que el plazo de ejercicio de dos meses de la acción de nulidad ex art. 41.4º LA se aplica también a cualquier Laudo, sea este parcial o no, pero lo cierto y decisivo en el caso que nos ocupa es que el Laudo parcial dictado con fecha de 13 diciembre 2017, que en su parte dispositiva dice por lo que importa "Desestimar la excepción relativa a la existencia o validez del acuerdo arbitral instada por la parte demandada, Dña. Magdalena declarando la existencia del convenio arbitral respecto de la cuestión pretendida por el demandante, la mercantil Escuela Europea de Líderes, S.L., y la competencia de la Corte Arbitral de Galicia, y por ello de este árbitro, para intervenir en la resolución de la misma", en absoluto incidió en la controvertida nulidad de la cláusula arbitral de que se trata, ni tan siquiera entonces suscitada por la aquí parte actora, la cual en respuesta al escrito de solicitud de arbitraje se limitó a impugnar la competencia del árbitro en el correspondiente expediente ex arts. 52.1.12º y 54.2 LEC, así como a poner de manifiesto que había presentado declinatoria ante determinado órgano judicial. En concreto, el Laudo en cuestión, tras pronunciarse sobre si en la solicitud de arbitraje formulada se suscita una cuestión en materia de competencia desleal, así como sobre la competencia del árbitro al efecto, analiza —en respuesta igualmente a la objeción formulada por la ahora demandante— si la solicitud de arbitraje se plantea respecto de un contrato de adhesión, así como a su vez sobre la competencia del árbitro al efecto, y en este sentido es en el que el árbitro descarta la nulidad del convenio arbitral, es decir,

por no encontrarnos en presencia de un contrato de adhesión, lo que por añadidura no le priva de advertir que el mero hecho de estar contenido el convenio arbitral en un contrato de adhesión no conlleva su nulidad. Por si no bastase con lo dicho, recordamos, tal y como avanzamos en el Fundamento de Derecho precedente, que no fue sino el 29 noviembre 2018 cuando la aquí actora formuló incidente de nulidad de pleno derecho en relación específicamente a la cláusula de sometimiento a arbitraje; que la Corte arbitral notificó a las partes que el mismo sería resuelto por el árbitro en el momento de dictar Laudo, habiéndose aquietado una y otra tal notificación; y que, en fin, como sobradamente sabemos, en consecuencia el árbitro se pronuncia en el Laudo combatido, de fecha 18 marzo 2019, "sobre la pretendida nulidad de pleno derecho de la cláusula de sometimiento a arbitraje presente en el contrato objeto de controversia". Pronunciamiento, así pues, que es el impugnado en tiempo y forma por la demandante en el motivo primero que acompaña a su acción de nulidad, que inmediatamente estudiaremos junto con el tercero y último dada la íntima relación existente entre ambos.

2. La independencia e imparcialidad que se predica de los árbitros ex art. 17.1º LA, cuya vulneración a su vez invoca la actora en el motivo tercero de la demanda, no constituye una exigencia exclusivamente vinculada a aquéllos, sino que —extremo, en el que no repara el árbitro que dictó el Laudo impugnado ni tampoco la demandada— también se extiende a las instituciones administradoras del arbitraje, tal cual la CAGen el presente caso. Es más: el principio de igualdad, a su vez invocado a su favor por la actora en el motivo tercero del recurso, informa no solo la sumisión a arbitraje, sino también la designación de los árbitros y la sustanciación misma del procedimiento arbitral, tal y como apunta la demandante en línea con una reiterada y notoria doctrina de los TTSSJJ, entre la que destacan las SSTSJ-Madrid de 14 noviembre 2014, 10 mayo 2016 y 26 julio 2018. Al respecto, concluye la actora transcribiendo en parte lo que puede leerse en la Exposición de Motivos de la LA en orden a la exégesis auténtica del art. 4, que es "evidente de toda evidencia que la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad incompatible con la desigualdad de las partes y con la situación de preeminencia que tiene EEL respecto a mi mandante por las conexiones y relaciones dichas. Resulta incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones haya de estar precedida de una debida ecuanimidad, que en este arbitraje, los hechos dicen lo contrario". La LA, ciertamente, es muy clara al fijar los cometidos básicos de las instituciones arbitrales, a saber, en los términos de la STSJM 28/2019, de 12 de septiembre: "la administración del arbitraje y la designación de árbitros (...), velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia" (aps. 1 y 3 del art. 14 LA). Tanto en la designación de árbitros (art. 15.1 LA), como en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 24.1º LA), "la institución arbitral ha de respetar el principio de igualdad. Las funciones que desempeñan las Cortes de arbitraje al administrarlo —nombramiento de árbitros, comunicaciones entre las partes, fe del procedimiento arbitral (...)—, han de estar presididas, es incuestionable, por el respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes, con desinterés respecto del thema decidendi, y con independencia, con ausencia de vínculos de sujeción —más allá de los que son propios o inherentes al arbitraje institucional— que puedan poner en entredicho, fundadamente, la ecuanimidad de su proceder". En consecuencia, se deben extremar las cautelas en el arbitraje institucional, lo que se traduce en el escrupuloso respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que "la Corte

arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes y con pleno desinterés respecto del thema decidendi. Esa neutralidad subjetiva y ese desinterés objetivo, necesarios en el caso concreto, se predica, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte, pero también de la Corte misma y, por inexcusable conexión o consecuencia, se ha de extender a la corporación, asociación o entidad sin ánimo de lucro que haya creado la Corte, y que pueda intervenir más o menos directamente, en la designación de sus órganos de Gobierno". Las instituciones arbitrales, así pues, han de actuar de forma independiente y neutral, pero además deben informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad, y el caso es —lo recordamos— que cuando la actora firmó el contrato en el que se inserta la cláusula de sumisión al arbitraje desconocía las vinculaciones de EEL, S.L., con la CAG. Desde luego no consta que fuera informada de ellas y las desconocía en su "verdadera y real dimensión" antes y al tiempo de firmar el contrato y únicamente fueron puestas de relieve con posterioridad, ya avanzado el expediente arbitral. En este sentido, mal que bien puede hablarse, en efecto, de un consentimiento pactado libremente y debidamente informado. Extremos, los apuntados por la actora, en realidad no contradichos por la demandada, la cual no niega que el marido de la administradora de la EEL —por más que contrajeran matrimonio veintitrés meses después de la firma del contrato— era abogado de la susodicha mercantil, que la web de la CAG señala que su dirección es la misma que la del despacho "L. Lex Abogados, S.L.P.", para quien aquél prestaba servicios, y que entre los letrados de la CAG se encuentra alguno de los socios de dicho despacho. Olvida, o no repara en ello suficientemente la demandada, que no se trata únicamente de que la interdicción establecida en el art. 17.1º LA en relación a los árbitros es aplicable también a las instituciones arbitrales. Determinantemente resulta por añadidura que el deber de revelación que el art. 17.2º LA contempla en relación a los árbitros, es igualmente aplicable de las instituciones arbitrales pues como bien enseña la doctrina de referencia la finalidad directa de dicho precepto, a modo de garantía institucional, "busca preservar el riesgo de que el procedimiento arbitral se desarrolle sin las debidas garantías y/o con menoscabo del derecho de las partes a elegir con verdadera libertad a los árbitros y a las Instituciones llamadas a administrar el arbitraje: la norma, trasunto casi literal del art. 12.1º de la Ley Modelo Uncitral, se ordena a la salvaguarda de la transparencia en el procedimiento arbitral y a que, resultas de ella, impere la libertad de las partes (...)". El art. 17.2º LA/2003 instaura un deber de revelación más amplio que el del precedente art. 17.3º LA/1988 dado que es comúnmente admitido que la nueva norma prevé un deber más estricto: "el árbitro ha de revelar todo cuanto pueda dar lugar a dudas justificadas. El deber de revelación existe aun cuando el árbitro —o los miembros de la Corte que intervienen en la administración del arbitraje— sean y se sientan imparciales e independientes y existe porque no se trata solo de preservar esas dos garantías esenciales a todo arbitraje, a toda decisión jurisdiccional o a ella equivalente; se trata también de salvaguardar la verdadera libertad de las partes en la designación de árbitros y de Cortes, como expresión de la mayor flexibilidad del arbitraje, también en este punto, respecto de la Jurisdicción". No se trata solo, en resumidas cuentas, de que el árbitro o la Corte no reveladores —como es el caso— puedan ser recusados o apartada, respectivamente. Se trata sobre todo, con carácter previo y prioritario, de que el procedimiento arbitral ha de preservar la libertad de las partes en la designación de árbitros y de las instituciones administradoras del arbitraje. Los hechos acreditados conducen por todo ello, singularmente por causa de la infracción del deber de revelación y del principio de igualdad que se incluye en el

concepto de orden público, a declarar la nulidad del Laudo impugnado como consecuencia de la falta de validez del convenio arbitral».

Anulación de un laudo al apreciarse cosa juzgada material por existir identidad de objeto litigioso en dos procedimientos arbitrales en los que se dictaron sendos laudos pronunciados por el comité jurisdiccional y de conciliación de la Real Federación Española de Fútbol (STSJ Madrid CP 1ª 12 junio 2020)

Arbitraje — Arbitraje deportivo — Comité jurisdiccional de la Real Federación Española de Fútbol — Acción de anulación — Arbitrabilidad — Cosa juzgada — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 12 junio 2020 (ponente: Francisco José Goyena Salgado) anula un laudo arbitral dictado por el Comité Jurisdiccional y de Conciliación de la Real Federación Española de Fútbol, con la siguiente argumentación:

«(...) Con carácter previo al examen de los motivos de anulación formulados por la parte demandante, hemos de examinar la cuestión planteada por la parte demandada, relativa a la inexistencia de laudo arbitral, al considerar que el Comité Jurisdiccional de la RFEF no es un órgano arbitral, ni resuelve litigios mediante arbitraje, ni emite laudos y, consecuentemente, no le son aplicables las previsiones de la LA/2003. La cuestión debe ser desestimada, pues contrariamente a dicho planteamiento, el Comité Jurisdiccional de la RFEF sí tiene la naturaleza y ejerce funciones como tal, de órgano arbitral, y así se le ha reconocido por este tribunal, ejemplo de ello es la sentencia que cita la parte demandante 51/2017, de 12 de septiembre. Más recientemente, esta Sala, en su sentencia de fecha 18 febrero 2020, se ha pronunciado al respecto en los siguientes términos: "...". Ciertamente no se cuestionaba, como en la presente ocasión la naturaleza de órgano arbitral y en consecuencia la competencia de la Sala para conocer de la demanda de anulación, pero dicho reconocimiento, por los citados órganos jurisdiccionales, deriva de la obligación de examinar de oficio la propia competencia, que impone el art. 38 LEC. Por otra parte, la posibilidad de que las cuestiones de naturaleza jurídico deportiva puedan resolverse por vía de arbitraje, acomodado a lo que dispone el art. 2.1º LA/2003, está previsto en el art. 87 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, a cuyo tenor: "Las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, Clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas, podrán ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje, en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia", estableciendo el art. 88: "...". En concordancia con lo anterior el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas, en su art. 34, establece: "...". La competencia, para conocer, entre otras materias, de cuestiones de mediación y arbitraje, corresponde en la RFEF al Comité Jurisdiccional, de acuerdo con el art. 41 Reglamento general Real Federación Española de Fútbol, a cuyo tenor: "...". En otro orden de cosas no cabe cuestionar la competencia de esta Sala, alegando que el Comité Jurisdiccional de la RFEF no es un órgano

arbitral, cuando fue dicha parte la que instó demanda de reclamación de cantidad, frente al ahora demandante en el presente procedimiento de anulación, ante el Comité Jurisdiccional de la RFEF, sin que sea dable pensar que dicha reclamación se formulaba, para su resolución, frente a un organismo que constituyera una tercera vía, distinta de la jurisdiccional civil o de la arbitral».

«(...) la cuestión objeto del presente procedimiento, pasa por la estimación por esta Sala del instituto de la cosa juzgada material, puesta en relación con el alcance del procedimiento de nulidad de los laudos arbitrales, limitado al examen de los eventuales motivos, de los contemplados en el art. 41 LA, que se esgriman. A este respecto cabe hacer las siguientes consideraciones: a) Como señala la STS 20 abril 2010 "...". La Doctrina jurisprudencial y científica, a la vista del art. 222 LEC señala la necesidad de la concurrencia de los siguientes tres requisitos para la apreciación de la cosa juzgada material: a) que entre el proceso ya resuelto y el nuevo en el que se opone la autoridad de cosa juzgada de la resolución dictada en el primero exista identidad de sujetos, de litigantes; b) que entre el litigio ya resuelto y el nuevo, exista identidad de objeto litigioso; c) Entre los requisitos para que tenga lugar ese efecto negativo de la cosa juzgada, se encuentra el referido a la identidad de la causa de pedir. El examen de los dos Laudos a que se hace referencia en el presente procedimiento: el de fecha 27 noviembre 2019, recaído en el Expediente 26, temporada 2018/1019 y el de fecha 16 mayo 2019, recaído en el Expediente 57, temporada 2018/2019, cuya anulación se pretende en el presente procedimiento, pone de manifiesto la concurrencia de los citados tres requisitos. a) Hay coincidencia entre las partes, lo que no se discute. b) Hay identidad de objeto litigioso, derivada de que la pretensión deducida por D. C. y de "M.F.A.D., S.L.", en los dos procedimientos arbitrales en los que se dictan los citados laudos, se fundamenta en la misma cláusula contractual, la quinta, del contrato de fecha 25 junio 2016, suscrito por las partes litigantes. Dicha cláusula, intitulada "Incumplimiento y resolución anticipada del contrato", establece: "Para el caso de que el jugador incumpliera cualquiera de las obligaciones contenidas en el presente contrato, rescindiera el presente contrato de forma anticipada o suscribiera algún contrato deportivo sin la intervención del intermediario durante la vigencia de este acuerdo, el intermediario mantendrá indemne su derecho a percibir el porcentaje estipulado en la cláusula segunda, sobre el importe bruto de todos los contratos deportivos que el jugador haya suscrito, aunque EL intermediario no haya participado en los mismos al haber incumplido el jugador lo dispuesto en la cláusula de exclusividad establecida en el punto anterior." El objeto litigioso es común en ambas demandas y se concreta en la reclamación frente al demandado en el procedimiento arbitral, de una indemnización, cuya cantidad se calcula por remisión a la cláusula segunda del contrato suscrito por las partes litigantes. c) Y hay, por último, la identidad de la causa de pedir, esto es el título o fundamento de la pretensión que, a través de la demanda, se formula ante la Jurisdicción. La causa petendi, como señala la sentencia 357/2014, de 19 septiembre 2014, está conformada "ya como hechos constitutivos con relevancia jurídica que constituyen condiciones específicas de la acción ejercitada, o bien, como hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal". Por otra parte la STS 863/2003, de 24 de septiembre, establece: "...". En similar sentido dice la sentencia de 31 diciembre 1998 que "se ha definido la causa de pedir, como aquella situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible, por tanto, de recibir por parte del órgano jurisdiccional competente, la tutela jurídica solicitada. De dicha definición se desprende la

existencia de dos elementos, cuya identidad es precisa, como son a) un determinado factum y b) una determinada consecuencia jurídica en que se subsumen los hechos". De lo anterior se sigue que la identidad de la causa de pedir debe recabarse respecto del factum o del título que conforman el derecho a la indemnización de los demandantes en el procedimiento arbitral. Recordemos que, según se recoge en el fundamento de derecho segundo del laudo de fecha 27 noviembre 2019, recaído en el Expediente 26, temporada 2018/1019: "El intermediario reclama al jugador la cantidad de 36.300 euros en concepto de indemnización por la rescisión unilateral del contrato de acuerdo con la cláusula quinta del contrato de representación". Y sigue diciendo más adelante: "...el objeto de la controversia se centra en determinar si el jugador ha rescindido de forma anticipada el contrato de representación o ha suscrito algún contrato deportivo sin la intervención del intermediario bajo la vigencia de dicho contrato". La segunda demanda, que da lugar al laudo de fecha 16 mayo 2019, recaído en el Expediente 57, temporada 2018/2019, y al amparo de la cláusula segunda, reclama una indemnización por los honorarios que se adeudan al intermediario, y demandante. Ahora bien, la causa de la segunda demanda, aunque se omite, no deja de ser la reclamación de los honorarios, como consecuencia de que por parte del jugador no prorrogara el contrato, dándolo por finalizado, habiendo suscrito otro ya desligado del intermediario. En ambas demandas, aunque esto no sea relevante para el examen de la identidad de la causa petendi, se ejercita una acción de reclamación de cantidad por incumplimiento contractual, en la primera alegando la rescisión anticipada (cláusula quinta), en la segunda alegando la falta de pago de los honorarios que, conforme a la cláusula segunda, mantiene le son debidos. En realidad, aunque en una y otra demanda, con el claro objeto de obviar el instituto de la cosa juzgada material, se fundamente la reclamación en una u otra cláusula, lo cierto es que las dos demandas, en el fondo se amparan en la misma cláusula, la quinta, que es la que regula y así se intitula el Incumplimiento y resolución anticipada del contrato. En ambos casos, tanto si se alega la rescisión anticipada como el impago de honorarios, no se está denunciando sino el incumplimiento del contrato. A los efectos de la reclamación de la indemnización, la cláusula segunda agota su contenido en la fijación, sustancial sin duda para la existencia del contrato, de las condiciones económicas del contrato de intermediación, pero no es la cláusula que regula las consecuencias del incumplimiento, que para el intermediario supone mantener indemne su derecho a percibir el porcentaje estipulado en la cláusula segunda, y que, repetimos, es el contenido propio de la cláusula quinta. Así las cosas, el factum y título de pedir es el mismo, en la medida en que el demandado y ahora actor, dejó de abonar al demandante y ahora demandado en nuestro procedimiento de anulación, los honorarios que estima le corresponden y que rechaza el ahora demandante. El fallo del Laudo de fecha 27 noviembre 2019, recaído en el Expediente 26, temporada 2018/1019 es claro y firme, pues no fue impugnado en su momento y establece la desestimación de la reclamación formulada por D. C. y M.F SL contra D. C. por una rescisión unilateral y anticipada del contrato de representación y asesoramiento suscrito entre ambos que no se ha producido. Y dicha rescisión unilateral y anticipada no se produjo porque el demandante (jugador), con la antelación suficiente, según lo pactado, comunicó su deseo a la otra parte de no prorrogar la vigencia del contrato. Partiendo de lo anterior, esto es que en el primer Laudo se establece que no hubo rescisión anticipada unilateral, sino el ejercicio contractual válido de la opción que tenía el jugador de no mantener la vigencia del contrato y en consecuencia de no tener que hacer frente a la obligación sinalagmática del abono de honorarios a la otra parte

contratante, se constituye en antecedente del segundo pleito arbitral, habiendo podido la parte demandante (intermediario) haber planteado lo que es objeto del segundo pleito en el primero, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el ap. 4 del art. 222 LEC, acerca de la extensión de los efectos de la cosa juzgada, en su aspecto negativo, al establecer: "Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal". Así las cosas, la concurrencia del instituto de la cosa juzgada material debe apreciarse en relación al Laudo final dictado, objeto del presente procedimiento La estimación del primer motivo, exime a la Sala de entrar en el análisis de los restantes motivos de anulación formulados».

Procede el despacho de ejecución de un laudo arbitral por quedar acreditado que la ejecutada fue notificada mediante correo electrónico (AAP Madrid 12ª 18 junio 2020)

Arbitraje — Laudo arbitral — Despacho de ejecución — Notificación del laudo — Procedencia.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimosegunda, de 18 junio 2020 (ponente: Fernando Herrero de Egaña Octavio de Toledo) desestima un recurso de apelación contra el despacho de ejecución de un laudo arbitral, con la siguiente argumentación:

«(...) Alega la recurrente, que no puede entenderse que por el mero hecho de haber enviado la notificación del laudo por correo electrónico y no haber sido devuelto el correo, se pueda considerar que es susceptible de apertura, ya que no es posible verificar dónde ha llegado dicho correo, si a la bandeja de spam, papelera o bandeja de unwanted. Entiende que no puede considerarse cumplido el requisito mínimo de seguridad jurídica que la firmeza de una resolución requiere. El recurso debe ser desestimado (...) Se desprende de las actuaciones que obran ante esta Sala que a la hoy recurrente se le notifica del laudo mediante correo electrónico que se envía el 14 diciembre 2018, se recibe por la hoy recurrente ese mismo día y el 25 diciembre 2018 se tiene por notificado por falta de acceso (...). En el contrato de arrendamiento, en su cláusula decimosegunda, las partes se someten de mutuo acuerdo al Consejo Arbitral para el alquiler de la Comunidad de Madrid, designando como domicilio del arrendatario para oír notificaciones la dirección de correo..., siendo ésta la dirección a la que se dirige la comunicación anteriormente reseñada. Como indica la resolución recurrida, con arreglo a lo dispuesto en el art. 5 LA, salvo acuerdo en contrario, será válida la comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan acreditar su remisión y recepción. En el presente supuesto, la comunicación por medio de correo electrónico está expresamente pactada. Como igualmente señala la resolución recurrida, con arreglo a lo dispuesto en el art. 162.2º LEC, cuando conste debidamente remitido el acto de comunicación por medios técnicos, si transcurren tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación se ha efectuado, produciendo plenamente sus efectos. El citado art. 162.2º, en su párrafo segundo, señala que se exceptúan aquellos supuestos en los que el

destinatario justifique la falta de acceso al sistema de comunicaciones durante ese periodo. Si dicha falta de acceso se debe a causas técnicas, el acto de comunicación se practicará mediante entrega de copia de la resolución. De la documentación reseñada se desprende que el documento se envió y recibió por la hoy recurrente, si bien, transcurridos 10 días, la misma no lo había consultado, por lo que con arreglo al referido precepto debe entenderse que la notificación se produjo, produciendo la misma plenos efectos legales. No consta que la recurrente no haya tenido acceso al correo electrónico durante el tiempo que media entre la recepción y el día en que se da por recibido por falta de consulta, ni tampoco consta que haya existido fallo del sistema o recepción del correo como spam, correo no deseado u otra causa similar que haya impedido su correcta recepción a la recurrente, hecho cuya carga probatoria corresponde a la ejecutada, ya que, aparte de que el párrafo segundo del art. 162.2º LEC impone expresamente tal carga probatoria al destinatario, cabe añadir que corresponde al demandado alegar las causas impeditivas de la pretensión que se formula (art. 217.3º LEC), y por ello acreditar los motivos de oposición. En todo caso, para el actor es extremadamente difícil determinar que ha existido un fallo en el sistema o que el correo se ha recibido como correo no deseado u otra causa similar, mientras que por el contrario, la ejecutada tiene fácil y directo acceso a los medios de prueba que han de llevarle a acreditar tales circunstancias, aportando simplemente la correspondiente impresión gráfica del correo durante el periodo reseñado que acredite el fallo técnico o la recepción como correo no deseado otra causa de las legalmente establecidas (art. 217.7º LEC)».

Aunque no existe una cláusula de arbitraje, el hecho de que el contrato diga que «el arbitraje tendrá lugar en Ljubljana (República de Eslovenia)» basta para apreciar una declinatoria arbitral (AAP Barcelona 1ª 22 junio 2020)

Arbitraje — Declinatoria arbitral — Convenio de arbitraje: irregularidad — Convención de Nueva York de 1958 — Estimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, de 22 junio 2020 (ponente Amelia Mateo Marco) confirma una decisión de instancia que estimó una declinatoria arbitral, con una extensa descripción normativa. En esencia la Audiencia afirma que:

«(...) (E)n cuanto a requisitos de forma, lo único que se exige, tanto en la ley eslovena como en la española, es que el convenio arbitral conste por escrito, pero sin que sea necesaria la utilización de determinadas fórmulas. Ambas están inspiradas en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 junio 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL) recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 diciembre 1985, "teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral". En la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje española se pone de relieve que "(...) la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma". A este antiformalismo se ha referido el Tribunal Supremo en Sentencia 607/2010, de 7 de octubre: "(...) lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes

contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta Sala se pronuncia en contra de las 'fórmulas sacramentales' como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje" y a favor, en cambio, del criterio respetuoso con la voluntad de las partes presente en el art. 3.2º de la Ley "... que en esta materia predomina un criterio antiformalista, de modo que si el CNY exige la forma escrita lo es a efectos de que quede constancia de la existencia del pacto, pudiendo resultar el convenio arbitral de un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación más modernos que dejen constancia del acuerdo. De esta forma, como criterio interpretativo, resulta de interés la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del art. II del CNY aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI) de 7 julio 2006, conforme a la cual, considerando lo extendido del comercio y de las comunicaciones electrónicas, el art. II ha de interpretarse en el sentido de que los mecanismos allí recogidos no son exhaustivos sino que debe incluirse entre los medios aptos para acreditar el acuerdo, la comunicación electrónica. Lo que por otra parte admite ya el art. 9.3º LA española. Así pues, la cuestión radicará en determinar si la fórmula utilizada por las partes pone de manifiesto su voluntad clara de someter la cuestión a arbitraje. Es en este aspecto en el que pone todo su énfasis el recurso de la demandante, pues considera que la cláusula 21 no contiene una voluntad clara y manifiesta de las partes de someter todas o parte de las cuestiones que pudiesen surgir en relación con el contrato a arbitraje. La cláusula en cuestión no dice que las partes acuerden someter las cuestiones derivadas del contrato a arbitraje, sino que directamente señala cual haya de ser la legislación aplicable, la eslovena ("este contrato deberá íntegramente interpretarse y aplicarse de conformidad con las Leyes de la República de Eslovenia"), y el lugar donde tendrá lugar el arbitraje ("el arbitraje tendrá lugar en Ljubljana, República de Eslovenia"). Sin embargo, su contenido no puede ser interpretado en otro sentido que el de querer someter las discrepancias que pudieran surgir a arbitraje. Así resulta de su tenor literal, y no hay ningún indicio en el propio contrato que revele que su intención era otra (art. 1281 Cc), ni tampoco por actos coetáneos y posteriores al contrato (art. 1282 Cc, a contrario sensu). La demandante alegó que la voluntad de las partes fue la de suprimir la cláusula arbitral que se incluía en el modelo de contrato que ella misma redactó, pero por un error material, se omitió eliminar su última frase. No existe prueba alguna de esta alegación, ni puede inferirse sin más del redactado de la cláusula. Su primera frase indica la sumisión de las partes a un determinado ordenamiento para la resolución de las controversias, y, la segunda, que es donde se hace referencia al arbitraje, al lugar donde se llevará a cabo éste, lo que está en total concordancia con la primera, porque es la capital del país cuya legislación se declara aplicable. Más parece que si en realidad se hubiese omitido algo involuntariamente, fue precisamente, la expresión de que se sometían las controversias a arbitraje. En cualquier caso, hubiera habido, o no, omisiones involuntarias, es algo que a la luz del contrato, que es lo único con lo que contamos, resulta imposible discernir, por lo que, como hemos razonado, el tenor literal de las palabras no puede sino ser interpretado en el sentido de que la voluntad de las partes era la de someter las discrepancias derivadas del contrato a arbitraje. Otra interpretación no resulta posible».

Ninguna objeción puede hacerse al cauce de notificación del laudo utilizado por la Junta Arbitral, siendo imputable exclusivamente al reclamante el rehusado de dicha notificación (STSJ Murcia CP

1ª 22 junio 2020)

Arbitraje — Arbitraje de transportes — Acción de anulación — Notificaciones — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 22 junio 2020 (ponente: Miguel Alfonso Pasqual del Riquelme Herrero) declara no haber lugar a la anulación del laudo arbitral de fecha 15 junio 2019 dictado por la Junta Arbitral del Transporte de la Región de Murcia, con las siguientes consideraciones

«(...) El examen del expediente arbitral incorporado a las actuaciones a instancia del propio actor evidencia la existencia de notificación de la citación para vista oral a ambas partes (demandante y demandada) en el procedimiento arbitral a través de la dirección electrónica habilitada al efecto. Así consta a los folios 15 (acuerdo de citación a vista oral), 16 (notificación a la demandada y hoy promotora de la nulidad del laudo) y 17 (notificación a la actora). Ambas notificaciones —de fecha 22 mayo 2019— constan rehusadas por sus respectivos destinatarios, a diferencia de lo que aconteció al serles notificados en fecha 23 julio 2019 por la misma vía electrónica el laudo arbitral, que en esta ocasión no fue rechazada ni por la actora ni por la demandada, tal y como consta, respectivamente, a los folios 23 y 24 del expediente arbitral. Sentados los anteriores hechos, es oportuno reseñar, en primer lugar, que tal forma de notificación a través de la DEH ha de considerarse válida, pues de conformidad con la previsión del art. 9.6 del Reglamento de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (RD 1211/1990 de 28 septiembre), en las notificaciones a las partes que se realicen por la secretaría de las Juntas Arbitrales de Transporte será de aplicación la legislación de procedimiento administrativo. Remisión que hay que entender hecha a los arts. 14 y 40 ss Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyas previsiones son de aplicación preferente a las que regulan los requisitos para el primer emplazamiento de la demandada en los procedimientos judiciales civiles, en los que sí es de aplicación (ya sin duda alguna a partir de la clarificadora STC 47/2019, de 8 de abril —BOE 15.5.2019—) el régimen establecido en el art. 155 LEC. Y así, el art. 14.2º de la Ley reguladora del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que "en todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo", entre otros sujetos: "a) Las personas jurídicas". Por su parte, el art. 41.1º de la misma Ley prescribe que las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, "en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía". Por su parte, el art. 43 resumidamente dispone que (2) cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido; así como que (3) se entenderá cumplida la obligación de notificación con la puesta a disposición de la misma en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única. A la vista de la normativa aplicable, procede otorgar pleno valor al resguardo de la notificación discutida, que consta debidamente documentada por un organismo público en un expediente del mismo carácter

(concretamente, al folio 16 del expediente arbitral remitido por la Junta Arbitral del Transporte de Murcia). Valor probatorio que no puede quedar desvirtuado por los dos documentos (2 y 3 de su demanda) aportados por la mercantil Antonio Aranzadi, S.L, con la apariencia de copia impresa de dos correos electrónicos remitidos por la FNMT, pero en modo alguno averados en su autenticidad y alcance probatorio (en especial, en lo relativo a cómo la supuesta alta en el sistema de fecha 4 julio 2019 acreditaría la inexistencia de DEH apta para recibir notificaciones en fecha 22 mayo 2019). Desde las previsiones legales y reglamentarias antes citadas y a la vista del distinto alcance probatorio de lo consignado en un expediente oficial y lo alegado y probado por la promotora de la nulidad del laudo, ninguna objeción puede hacerse al cauce de notificación utilizado por la Junta Arbitral, siendo imputable exclusivamente al ahora reclamante el rehusado de dicha notificación válidamente realizada. Como tampoco cabe plantear objeción alguna a que el procedimiento continuara por los cauces previstos en el art. 9 del Reglamento de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre, cuyo ap. 5 prescribe que la inasistencia de la parte reclamada no impedirá la celebración de la vista ni que se dicte el laudo».

La demanda de nulidad del laudo descansa en una visión acerca del concepto de orden público económico, en su vertiente financiera, que sobrepasa notoriamente los límites en los que ha de verse encuadrado (STSJ Madrid CP 1ª 23 junio 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Arbitraje de seguros — Orden público — Vertiente financiera — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 23 junio 2020 (Ponente: Celso Rodríguez Padrón) desestima una demanda de anulación de un laudo arbitral contra un laudo administrado por la Corte de Arbitraje del Itre. Colegio de Abogados de Madrid. Entre otros fundamentos Jurídicos, la Sala afirma que:

«(...) En no pocos supuestos, la pretensión que formalmente se ampara en la invocación de una causa de nulidad, cuanto pretende en el fondo es realmente abordar la revisión de la materia de fondo, rebasando de tal modo lo que debe ser el correcto entendimiento del proceso de anulación del laudo arbitral. Se insertan en la demanda proclamaciones reiteradas sobre la naturaleza del proceso judicial de anulación y sin embargo, la pretensión perseguida se encauza como una verdadera apelación, buscando alcanzar ante la Jurisdicción lo que no se obtuvo en el espacio arbitral».

«(...) Son asimismo numerosos ya los pronunciamientos emitidos en torno a la delimitación que debe otorgarse a la causa prevista en el art. 41.1º.f) LA en cuanto contempla como una de las causas tasadas de impugnación por nulidad de los laudos arbitrales la contrariedad al orden público. Una Jurisprudencia constante, nacida ya en el seno de las Audiencias Provinciales cuando detentaban la competencia para conocer de cuestiones como la que hoy nos ocupa, y aquilatada por el Tribunal Supremo en sucesivas sentencias, vino ocupándose del desarrollo del concepto jurídico indeterminado en que consiste el orden público, tanto en su vertiente material como desde el enfoque procesal. Si la primera vertiente se relaciona directamente con la infracción de los

derechos y libertades fundamentales contemplados en la Constitución, el orden público procesal se centra en los derechos que proyecta el art. 24 del texto fundamental y la tutela efectiva. El arbitraje, no por su condición de institución sustitutiva del proceso judicial puede obviar el cumplimiento de las garantías esenciales que la Constitución reconoce en el ámbito citado. El Estado, al reconocer el arbitraje como alternativa válida a la jurisdicción en los supuestos disponibles, no puede consentir que a través de esta vía se traicionen o vulneren las garantías básicas de todos los ciudadanos a la hora de dirimir sus controversias en un campo decisorio no oficial pero generador de importantes consecuencias jurídicas. El carácter flexible del procedimiento arbitral no puede desligarse, por ejemplo, de la consecuencia de cosa juzgada que resulta inherente al laudo que le pone fin de acuerdo con lo establecido en el art. 43 LA. Desarrollando estos conceptos, esta misma Sala de lo Civil y Penal, entre otras muchas en la Sentencia antes citada, vino a resumir cuanto dijo ya en pronunciamientos anteriores (por ejemplo Sentencia 6 noviembre 2013 —Recurso de anulación nº 5/2013; 13 febrero de 2013, Recurso de anulación nº 31/2012; y 23 mayo de 2012— Recurso nº 12/2011), en los siguientes términos: ("..."). Si el marco conceptual anterior es aplicable en todo caso como punto de partida, se ha venido resaltando en los últimos años una parcela de particular incidencia en el terreno de los laudos arbitrales que se ha dado en conocer como "orden público económico". No puede desprenderse de su origen basado en los principios informadores de una determinada realidad económica, pero forzosamente ha de verse completado —desde un punto de vista jurídico— con la consideración de módulo a tener en cuenta para medir la validez de las relaciones patrimoniales. A raíz del fortalecimiento de los derechos de los consumidores (no solo a nivel nacional, sino también comunitario) y la proliferación de la contratación mercantil, el concepto de orden público económico ha visto incrementada su presencia, y trasladándose al ámbito del arbitraje dada la creciente también frecuencia con la que en muchos contratos se incluía esta fórmula de dirimir conflictos como cauce a seguir. Es copiosa la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia dedicada a este concepto —no siempre pacífico en su aplicación— particularmente alumbrada a raíz de la contratación de productos financieros. Puede citarse —solo a título indicativo— la STSJ Madrid 28 enero 2015 (...))»

«(...) La lectura de la demanda de nulidad conduce a una conclusión directa: cuanto que pretende la actora es sencillamente un segundo examen sobre el fondo del asunto; somete a la Sala la nueva valoración de las mismas cuestiones que ya se debatieron en el procedimiento arbitral. Esto daría pie a insistir sobre la tantas veces recordada doctrina que aleja a este procedimiento jurisdiccional extraordinario y peculiar del esquema de la apelación, de las claves de la doble instancia, de la imposibilidad de revisar la lectura jurídica que ha llevado a cabo el árbitro por parte de la Sala de Justicia. No parece innecesario reiterar en el supuesto que hoy nos ocupa esta línea doctrinal. Y así podemos recordar como en nuestra Sentencia de 10 de septiembre 2019, recurriamos a la cita de la del Tribunal Constitucional, 176/96, de 11 de noviembre, pronunciada a propósito de la denuncia de vulneración de la tutela judicial efectiva en un recurso de amparo contra la sentencia del tribunal jurisdiccional que conoció de la acción de nulidad arbitral (...). Dijimos en la misma STSJ Madrid 10 septiembre 2019 que "no corresponde a esta Sala la reinterpretación de conceptos, ni debemos abordar otra valoración jurídica cuando los árbitros no han incurrido en palmaria subversión de las figuras jurídicas, ni han forzado la lectura del contrato

que sirve de origen a la controversia llevando a deducciones insostenibles". Los argumentos sobre los que se sostiene por la parte demandante de nulidad que el Laudo incurre en vulneración del orden público se alejan de las alegaciones que suelen ser más habituales a la hora de esgrimir este polivalente concepto. No se pone en cuestión directamente la motivación del laudo en cuanto a su racionalidad o coherencia, ni se alega que el árbitro haya incurrido en una palmaria e injustificada ignorancia de las pruebas practicadas, sino que se sostiene una tesis más que ambiciosa sobre el siempre tan debatido concepto. 1.- Se centra en primer lugar la demanda en una visión acerca del concepto de orden público económico —en su vertiente financiera— que alcanza, en general, una extensión reflexiva que sobrepasa notoriamente los límites en los que ha de verse encuadrado el controvertido concepto. Se dice que el laudo desnaturaliza la función económico social del seguro de responsabilidad civil profesional, ignorando su carácter tuitivo. No podemos compartir esta amplísima visión, ni siquiera con apoyo en cuanto dijo esta Sala en la Sentencia que se cita en la propia demanda: la STSJM 13/2015, de 28 de enero, que —en línea con algunas otras— abrió una línea incidente en la protección de los derechos de los consumidores en supuestos de contratación de productos financieros complejos (como eran los Swap) con incumplimiento de los deberes bancarios inherentes a los ámbitos de información, adecuación y buena fe contractual. Nada tiene que ver el supuesto que nos ocupa, en donde la parte actora no es un consumidor sino una entidad aseguradora, que sostiene discrepancia con sus asegurados en cuanto al alcance de la atención y cobertura de un siniestro. Deberíamos centrarnos en el supuesto concreto y no acudir a la introducción de una tesis (doctrinal) tan general como pretendido soporte. Desde esta óptica, la concreción no nos sitúa ante la vulneración de normas imperativas (que sí sería objeto de discusión desde el punto de vista del respeto al orden público). Se dice en la demanda que con el pronunciamiento del Laudo se vulnera lo dispuesto en el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro. Recoge dicho precepto que: "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido". No alcanzamos a comprender en qué medida se produce la vulneración alegada. Alega la parte actora que con la satisfacción de los gastos de los directivos asegurados por parte de la compañía puede vaciarse la suma asegurada dejando a los potenciales perjudicados sin cobertura. Ante esta nuclear oposición han de tenerse en cuenta los datos que se resaltan las contestaciones a la demanda de nulidad: que dicha suma alcanza el importe de 6.000.000 de euros, de modo tal que no se ha agotado con la asunción de los gastos de defensa jurídica que la compañía ya en parte vino asumiendo. Pero además, cuanto observamos es que en la práctica, a lo que se está dando cumplimiento es al clausulado de la propia póliza (Doc. Nº 3 acompañado a la demanda), puesto que en su artículo primero, al abordarse en las Condiciones Generales la cobertura principal del Objeto del Seguro, contempla "Pagar en nombre de los algos cargos asegurados todo coste, gasto y cargo incurrido con el consentimiento del Asegurador relacionado con su defensa jurídica derivada de un procedimiento administrativo, judicial, o arbitral seguido contra un alto cargo asegurado por un

acto incorrecto cometido durante el desempeño de sus funciones y de acuerdo con la cobertura del presente contrato. Quedan incluidos los gastos de defensa de reclamaciones derivadas de cualquier acto presuntamente doloso de facto tales como actos deshonestos, fraude, conducta maliciosa..." Más bien, a la luz de semejante cobertura, podría decirse que lo único que se ha planteado en el procedimiento arbitral (al margen de la adecuación de las sumas reclamadas a las tablas de honorarios colegiales) es el cumplimiento de lo previsto en el artículo siguiente de la misma norma, el 76 a), que contempla específicamente la modalidad de contratación de los gastos de defensa jurídica. En ningún lugar encontramos esa limitación a la que alude la parte actora, que supone para ella una infracción de lo estipulado dentro del marco legal. Reconducir la pretensión a la teoría de la función social del seguro no encuentra amparo dentro de la forzada invocación del complejo concepto del orden público económico financiero. Nada puede oponerse por tanto, a la respuesta dada por el árbitro en el laudo que se pretende anular; particularmente en el parágrafo 161 cuando aborda la verdadera función del contrato de seguro, centrándola en el salvamento del patrimonio del asegurado a la hora de afrontar los gastos derivados de un siniestro».

«(...) Por otra parte (...), se pretende la declaración de nulidad en protección de los (hipotéticos) perjudicados, que se identifican (sin concreción ni explicación alguna sobre el grado de implicación que pudieran tener) nada menos que con (todos) "los clientes e inversores del Banco de Valencia". No puede pretenderse de esta Sala a través del ejercicio de la acción extraordinaria de anulación, el dictado de resoluciones del tal grado de alcance tutelar de los consumidores (casi universal), que prácticamente construyan una doctrina reinterpretaiva de las normas jurídicas sobre un concepto polivalente del orden público aplicable de forma indiscriminada a todo supuesto y contrato. Asiste la razón a los demandados Sres. Florian y Diego al resaltar en su contestación a la demanda la contradicción en la que incurre el epígrafe... de la demanda de la compañía aseguradora con los contenidos de los nºs 19 y 48 de la misma. Ya hemos dicho que realmente se persigue por la actora la revisión de la interpretación que ha dado el árbitro a la pretensión conocida en su procedimiento, y esto es un planteamiento inasumible en el ejercicio judicial de la acción de anulación ante los Tribunales de Justicia. No puede pretenderse —como en no pocas ocasiones se intenta— equiparar la acción revisora de los laudos arbitrales a un recurso, ni mucho menos acomodar este intento a los esquemas ordinarios de la apelación jurisdiccional. Ello supondría sencillamente negar la configuración y naturaleza del cauce arbitral. Pero ha de añadirse a estas precisiones la debilidad de la argumentación de la actora en cuanto se construye sobre hipótesis. Por una parte, parece que se está avanzando el sentido condenatorio de la sentencia que en su día pueda recaer, y aceptando ya que los directivos asegurados van a ser incluidos en los escritos de acusación que en su día puedan emitirse en el seno de las causas penales que se siguen ante los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional que se detallan en los nºs 229 y 230 del Laudo impugnado. Por otra parte —como indica la contestación a la demanda realizada en nombre del Sr. Fidel (Hecho 17º)— existe otra póliza de cobertura de la responsabilidad civil concertada con la compañía Mapfre. Y no es menos acertada la argumentación que en contra de la demanda añade esta misma parte en las páginas 25, 32 y 33 de su escrito de contestación al abordar: la naturaleza básica del seguro de responsabilidad civil (no ajeno a los principios generales del contrato de seguro); la representación de los intereses de esos

terceros indefinidos e hipotéticos perjudicados como una expectativa de derecho y no un derecho subjetivo en sí; y la referencia a los accionistas e inversores del banco, que hemos de aceptar como tan lejana (y ajena a este proceso judicial) que debilita la alegación, llevándola a límites de muy escasa trascendencia. Una alegación de vulneración del orden público como causa de anulación de un laudo arbitral ha de tener sustento en bases sólidas y contundentes. No puede tratar de ampararse en argumentos tangenciales de la debilidad que presentan los que construyen la demanda de la que conocemos. En suma, los argumentos esgrimidos por la actora no pueden tener acogida».

Anulación de un laudo por falta de elementos sustanciales para poder validar el convenio arbitral como expresión de una voluntad conjunta de las partes (STSJ Madrid CP 1ª 30 junio 2020)

Arbitraje — Arbitraje de alquileres — Acción de anulación — Convenio arbitral irregular — Anulación total.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 30 junio 2020 (Ponente: Francisco José Goyena Salgado) anula un laudo arbitral, con los siguientes argumentos:

«(...) La acción de anulación que se ejercita en la demanda que examinamos, alegaba (...) los motivos contemplados en los aps. a), b) y d) del art. 41.1º LA. Empezando por la denuncia del motivo relativo a la inexistencia de Convenio Arbitral, cabe hacer las siguientes alegaciones (...) en el caso presente el contrato intitulado "Garantía de alquiler", conforme se constata de su lectura, ciertamente contiene una cláusula arbitral escrita y expresa, como último párrafo del ap. 4 "Objeto de la garantía". No podemos sino hacernos eco de la justificada queja de cómo están redactadas las diversas cláusulas de dicho contrato de garantía, en letra excesivamente pequeña, que dificulta la lectura, a lo que cabe añadir su farragosidad y difícil comprensión. La cláusula de arbitraje presenta dichas características (...). Con todo, la estimación del motivo y en definitiva de la demanda, sin necesidad de entrar en mayores disquisiciones, deriva de la constatación, o mejor su falta, de dos elementos sustanciales para poder validar el convenio arbitral como expresión de una voluntad conjunta de las partes contratantes de someter a arbitraje sus diferencias en el desarrollo del contrato de arrendamiento suscrito. El simple visionado del documento pone de relieve, como señala la parte demandante, que ni lleva fecha ni está firmado (suscrito) por el ahora demandante y arrendatario demandado en el procedimiento arbitral. La ausencia de contestación a la demanda, al situarse en rebeldía la parte demandada, impide conocer sus alegaciones. Por ello, en principio, la falta de fecha impide conectar, más allá de la referencia a un inmueble, el contrato de arrendamiento con el contrato de Garantía de Alquiler, en el que se contempla el convenio arbitral. Y, sobre todo, la falta de firma, acreditativa de la suscripción del citado contrato de garantía, afirmada rotundamente por la parte demandante, determina que no podamos tener por acreditado que ésta suscribiera el convenio arbitral, y en consecuencia de la sumisión al procedimiento arbitral para resolver las cuestiones que pudieran surgir, entre otras, las resueltas en el laudo cuya nulidad se pide».

Procede la designación judicial del árbitro pues no hay duda de la real y efectiva existencia de un convenio arbitral que vincula a las partes y existir allanamiento de la parte demandada a todas las pretensiones del actor (STSJ La Rioja CP 1ª 3 julio 2020)

Arbitraje — Árbitros — Designación judicial — Convenio arbitral: verificación — Allanamiento — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Civil y Penal de 3 julio 2020 (ponente: Javier Marca Matute) procede a un nombramiento judicial de árbitro con los siguientes argumentos:

«(...) 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 (...) 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) (...). 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 (...). 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 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). Por todo lo expuesto, debemos acordar el nombramiento de árbitro para dirimir la controversia entre las partes en aplicación de lo establecido en el art. 15.2º, ap. a) LA/2003 (...). En cuanto al procedimiento de designación del árbitro 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 la "Lista general de árbitros 2020" remitida al efecto por el Ilustre Colegio de Abogados de esta capital, considerando que los mismos reúnen las cualidades necesarias para el desempeño del arbitraje promovido (...)».

Para pedir válidamente la constitución del órgano arbitral es necesario que se dirija la demanda

contra la sociedad y no contra uno sólo de los socios (STSJ Murcia CP 1ª 3 julio 2020)

Arbitraje — Sociedades — Árbitros — Designación judicial — Desestimación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 3 julio 2020 (ponente: Enrique Quiñonero Cervantes) desestima íntegramente la demanda de juicio verbal para nombramiento judicial de árbitro interpuesta con la siguiente consideración:

«(...) Efectivamente, los estatutos de la entidad R. prevén la existencia de un convenio arbitral para ventilar las cuestiones que se susciten entra la sociedad y los accionistas. Asimismo, el art. 366 de la Ley de sociedades de capital alude a que la solicitud de disolución judicial debe dirigirse contra la sociedad. Es cierto que el ahora demandante dirige su demanda contra el demandado Sr. Raúl y no contra la sociedad, lo que contradice el contenido de la cláusula estatutaria (art. 46) y del aludido precepto de la Ley de sociedades de capital. Está claro que para pedir válidamente la constitución del órgano arbitral es necesario que se dirija la demanda contra la sociedad y no contra uno sólo de los socios, precisamente porque también son los propios intereses de la sociedad los que podrían verse afectados por la cuestión sometida a arbitraje; por eso y porque las normas así lo regulan. De manera que no puede accederse a la formalización del arbitraje que se interesa, pues no se dan los requisitos necesarios para que el convenio arbitral produzca sus efectos, lo que si se hubiera producido si el ahora demandante hubiese requerido a la sociedad en lugar de limitar su requerimiento a uno sólo de los socios. Respecto del resto de cuestiones planteadas por el demandado no es necesario entrar en su análisis pues su pretensión de desestimación de la demanda encuentra suficiente fundamento en lo expresado».

Procede el executur de un laudo CCI por constar la voluntad de allanarse por la demandada y no apreciarse un posible perjuicio para tercero como consecuencia del allanamiento, que se realice en fraude de ley y que fuese contrario al orden público (ATSJ Madrid CP 1ª 7 julio 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Allanamiento — Cámara de comercio internacional — Convención de Nueva York de 1958 — Derecho internacional privado — Reconocimiento y ejecución laudos extranjeros — Executur: sí.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera de 7 julio 2020 (Ponente: Francisco José Goyena Salgado) otorga el executur a un laudo arbitral CCI pronunciado en Ginebra, con las consideraciones legales siguientes:

«(...) Debemos 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: "...". 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 expresamente declara su voluntad de allanarse con la pretensión deducida por la parte demandante, a salvo la petición de la no imposición de costas del presente procedimiento. Procede, en consecuencia, estimar la demanda de ejecutur formulada por la mercantil actora (...)».

«(...) A lo dicho reconocimiento no empece, todo lo contrario, que la parte demandada se haya allanado, empezando porque, como indicábamos en el fundamento anterior, ni alega ni menos prueba, motivo alguno, de los previstos legalmente, para no dar lugar al reconocimiento del laudo extranjero que se plantea. a) La figura del allanamiento está acogida en nuestro derecho procesal, en el art. 21 LEC, que a los efectos que se plantean en este procedimiento, sería el previsto en el ap. 1: "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". La doctrina define el allanamiento como "la declaración de voluntad unilateral del demandado por la que acepta que el actor tiene derecho a la tutela jurídica solicitada en la demanda". Por su parte la STS 1ª 15 junio 2020 establece: "...". b) En el caso presente, el examen del Laudo cuyo reconocimiento se solicita, evidencia, por una parte, que se trata de una materia arbitrable y disponible para las partes, que se desenvuelve en un estricto ámbito privado, en el que la libertad normativa de las partes, expresión de la autonomía de la voluntad, tiene un desarrollo especialmente intenso, reconocido en nuestro ordenamiento, tanto en lo sustantivo, como en el procesal, en este caso en las figuras del desistimiento y del allanamiento. Es cierto que, ninguna de estas dos figuras es ilimitada en el despliegue propio de sus efectos, como fórmula de terminación del proceso, sino que tienen su acotamiento, en el caso del allanamiento en que se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero. En el caso presente no se aprecia que lo resuelto en el laudo arbitral afecte a terceros ajenos al litigio mantenido entre las partes, y por lo tanto no se aprecia un posible perjuicio para tercero como consecuencia del allanamiento. Y tampoco, que el allanamiento se realice en fraude de ley, por cuanto el laudo cuyo reconocimiento se solicita, reviste formalmente todos los requisitos de validez, empezando por que ha sido dictado en un proceso arbitral al que expresamente se sometieron las partes, sin que se haya alegado y menos aún probado, los motivos que impedirían otorgarle ejecutividad en nuestro país. Y tampoco, finalmente, se aprecia que el allanamiento sea contrario al orden público, entendido, como tiene señalado esta Sala, en sentencia de 23 mayo 2012, Recurso 12/2011, como "...". Criterio reiterado, entre otras, en nuestra sentencia de fecha 12 junio 2018. No podemos obviar que el reconocimiento del laudo viene avalado por el informe del Ministerio Fiscal, especial garante de que el orden público sea observado. En definitiva, como ya apuntábamos, debe estimarse la demanda que da lugar al presente procedimiento de ejecutur».

El ámbito del orden público en el ejecutur ha de atenerse a los criterios establecidos por la STC de 15 junio de 2020 (ATSJ Madrid CP 1ª 7 julio 2020 —II—)

Arbitraje — Derecho internacional privado — Laudo arbitral — Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros — Convención de Nueva York de 1958 — Orden público — Ejecutur: sí.

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 7 julio 2020 (II) (Ponente: Celso Rodríguez Padrón) reconoce un laudo arbitral pronunciado en el seno del Centro Internacional de Arbitraje de Viena con, entre otros, los siguientes argumentos:

«(...) Partiendo de la base legal que queda expuesta, debemos recordar que esta misma Sala, por ejemplo, en el ATSJ Madrid 19 octubre 2018 sostuvo que el objeto del procedimiento para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros es dotar de eficacia jurídica en España a este tipo de resoluciones extranjeras, convirtiéndolas en títulos ejecutivos susceptibles de provocar efectos jurídicos en España, en todos los aspectos ("..."). Nos hallamos, pues, 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».

«(...) A la luz del resumen que acabamos de exponer, no es difícil avanzar que la entidad demandada pretende ante todo conducir a esta Sala a un examen de las razones de fondo que sostuvieron la controversia arbitral. Ni siquiera combate los argumentos del laudo, sino que parece dirigirse al Tribunal sobre el esquema básico de contestación directa a una demanda declarativa. Como hemos dicho, esta función de reexamen del fondo nos resulta vedada por completo, y no puede en modo alguno convertirse el cauce del execuátur en una discusión jurídica sobre —en este caso— la pureza técnica de los equipos que la demandada compraba a la actora para distribuir en España. De ningún modo podemos aquí dar por probado que los instrumentos técnicos que la empresa española suministraba a los puestos de ITV se acomodaban o no a las exigencias medioambientales reglamentarias, y como consecuencia de semejante circunstancia estaba más o menos justificado —en su caso— cualquier tipo de ajuste económico entre las dos empresas. El contrato que vinculaba a ambas empresas regulaba la venta en España por la demandada de productos fabricados por la entidad demandante, quien (estipulación 2.2) garantizaba que los Productos cumpliesen "todos los requisitos legales del territorio". Los pedidos se realizaban por escrito (punto 6.2 del acuerdo) y en el Anexo III se establecían las condiciones de pago. La legislación aplicable a la interpretación del acuerdo se pactó que fuese la de Austria. Estamos ante un típico contrato de suministro, suscrito libremente entre las partes y que se inserta en las materias propias del comercio, perfectamente encuadrables en el ámbito del arbitraje en cuanto a la resolución de las discrepancias que pudieran surgir entre los contratantes como consecuencia del desarrollo o ejecución del contrato. Son materias de libre disposición con lo que este modo de solución de conflictos se ve amparado por el art. 2.2º LA/2003. No puede por lo tanto la mercantil demandada —menos aún con la sencillez con que lo hace— que las diferencias entre las partes no pueden resolverse por la vía arbitral. Se invoca también —con escaso desarrollo— una supuesta infracción del Orden Público español al oponerse a la demanda en este

primer apartado. Con relación a este último aspecto que se menciona en el escrito de oposición a la demanda debemos anticipar su falta de virtualidad. Recordando numerosos pronunciamientos ya no solo de esta Sala, sino comunes en la Jurisprudencia, muy brevemente dejamos constancia de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTS 15/1987, de 11 de febrero; 116/1988, de 20 de junio; y 54/1989, de 23 de febrero); y desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal. Puede decirse que se concentra en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indispensables para el legislador por exigencia constitucional o admitidos internacionalmente. Es reciente la STC de 15 junio 2020 que llama la atención sobre la escasa nitidez que en ocasiones se atribuye al concepto de "orden público" previsto en la normativa arbitral como causa de anulación de laudos, o en el procedimiento de ejecución como razón denegatoria del reconocimiento. Esa escasa nitidez —dice el Tribunal Constitucional— "multiplica el riesgo de que se convierta en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes" (FJ 4º). Es precisamente esta tarea —de reexamen de la controversia arbitral— lo que se nos está planteando con el motivo primero de oposición. Se nos presentan motivos de oposición de diversa índole: una compensación de deudas que entiende la empresa demandada que tenía que haberse realizado; y, sobre todo, la causa de los impagos de las facturas: hipotéticos defectos o anomalías en los dispositivos o instrumentos que adquiriría a la entidad fabricante que —según el escrito de oposición— no se ajustaban a los requerimientos técnicos determinados por la normativa española y comunitaria. Al margen de que para que esta Sala diese por cierta esta segunda alegación tendría que practicarse una verdadera prueba pericial (ajena por completo al procedimiento del ejecución suscitado), ambas son cuestiones que debió discutir quien las alega ante el árbitro nombrado para dirimir la controversia, que, por otra parte, giró sobre materia perfectamente arbitrable. Pero además, el orden público español, como conjunto de principios normativizados, de base constitucional, cuyo respeto es necesario para una solución en Derecho admisible aún fuera de la jurisdicción, no puede decirse que se haya visto afectado en modo alguno. No puede confundirse este concepto —ya definido— con el ajuste de un producto a un reglamento de metrología, por mucho que revista la forma de Decreto y respetable que sea su contenido de cara a la protección del medio ambiente o a lo que en el escrito de contestación se identifica como una diferencia de atractivo entre estaciones de Inspección Técnica de Vehículos. No puede elevarse a la categoría de orden público la apreciación que realiza la demandada de que los productos que adquiriría no cumplían las especificaciones técnicas; y aun así, de ser cierto este reparo, la devolución de los mismos o las reclamaciones a las que diese lugar este juicio de calidad, tendrían su espacio de discusión en una instancia que no es ahora ésta»

«(...) Los restantes motivos esgrimidos por la entidad demandada tampoco pueden verse acogidos por la Sala. Denuncia, por una parte, la naturaleza parcial del Laudo, e identifica este carácter con una especie de incongruencia omisiva (bien es cierto que con escaso desarrollo argumental), al no abordar —dice el escrito— algunas de las alegaciones de defensa. Una vez más se está

pretendiendo del Tribunal el análisis en cuanto al fondo, poniendo además de manifiesto el no ejercicio de la potestad de solicitar aclaración o complemento del Laudo en su día dictado si consideraba esta parte que no se había pronunciado sobre alguna cuestión esencial. No es admisible tampoco la oposición fundada en el enunciado de que "Técnicas de Automoción" no admitió nunca, ni expresa ni tácitamente, el arbitraje ante la corte de Viena. Si consultamos la completa documentación que se aporta con la demanda (perfecta y ordenadamente traducida en cada uno de sus instrumentos) podemos verificar que en el contrato (sin resquicio posible a la duda) de 15 enero 2013 que unía comercialmente a las dos entidades (denominado Acuerdo de Colaboración) se contiene una cláusula 16 cuyo inciso segundo indica: "Las controversias derivadas de este acuerdo se someterán a un procedimiento de arbitraje vinculante ante la Cámara de Comercio de Viena de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI". Contamos con el contrato en versión original aportado como documento nº 2 de los acompañados a la demanda, y la firma de quien figura suscribiendo el documento por "AutoExpert S.L." no ha sido negada en ningún momento, ni tachada de falsa, ni tampoco cuestionada por otras causas de invalidez. No tenemos por lo tanto otra evidencia que la válida vinculación de ambas partes a su propio convenio arbitral, de modo que la negación de la entidad demandada carece radicalmente de soporte. Cuestión totalmente distinta es la actitud procesal que haya seguido esta parte en el transcurso de la controversia arbitral. Si voluntariamente optó en alguna de sus fases o trámites por la rebeldía (expresa o tácita) se supone que fue midiendo —tenía obligación de hacerlo— sus consecuencias jurídicas. Pero no puede esa estrategia legitimar ahora a dicha parte para alegar que no aceptó la sumisión al órgano arbitral (...). En conclusión: el Laudo cuyo reconocimiento en España se pretende a través de este procedimiento, se ajusta perfectamente a las exigencias de la ya citada Convención de Nueva York, y no se ha opuesto por la parte demandada razón alguna que impida proceder a la homologación que se pretende en la demanda. Ninguna de las alegaciones esgrimidas como motivos de oposición encuentran sustento bastante para que resulten acogidas. Por todo ello, hemos de estimar, y estimamos la demanda íntegramente».

La eventual incongruencia del laudo debe apreciarse de acuerdo a lo dispuesto en el ap. c) del art. 41.1º LA/2003 y no en el ap. f) («orden público») (STSJ Castilla y León CP 1ª 10 julio 2020)

Arbitraje — Acción de anulación — Incongruencia *extra petita* jurisprudencia — Orden público — Anulación improcedente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 10 julio 2020 (ponente: Carlos Javier Álvarez Fernández) desestima una acción de anulación contra un laudo arbitral basada en la extralimitación de dicho laudo por supuesta incongruencia *extra petita*, con resultado de incongruencia *citra petita* u omisión de pronunciamiento sobre la cuestión realmente planteada en el procedimiento arbitral, con el siguiente razonamiento:

«(...) esta Sala entiende que el planteamiento que efectúa la parte demandante en su demanda de anulación carece de todo fundamento, sin que exista ninguna de las incongruencias invocadas en

el Laudo cuya anulación se pretende. En primer lugar, no es cierto que la cuestión de si existió o no resolución contractual por incumplimiento imputable, según la demanda, a la Academia demandada, sea algo que ambas partes admitiesen y que estaba, por tanto, excluido del conocimiento del árbitro. Al contrario, esa es precisamente la base de la demanda, su causa de pedir, como ya hemos dicho, de modo que, al entrar en tal cuestión, en modo alguno puede sostenerse que el Laudo haya incurrido en incongruencia extra petita. La afirmación que se efectúa en la demanda de anulación acerca de que el Arbitro cree erróneamente que el incumplimiento contractual imputado a la Academia demandada se basa en la nulidad de la resolución adoptada por la AEB al sancionar al alumno (rechazada en el Laudo arbitral dictado en el procedimiento nº 74.2/2016 seguido anteriormente entre las partes, de fecha 12 mayo 2017, cuya anulación fue desestimada, a su vez, por sentencia de esta misma Sala de lo Civil y Penal de fecha 30 noviembre 2017), cuando en realidad dicho incumplimiento se refiere a las Normas Académicas y Disciplinarias relativas a la convocatoria y celebración de la AEB, es casi un verdadero sofisma. El demandante no precisa en momento alguno cuales son los incumplimientos de tales normas, o, por mejor decir, que éstos sean ajenos a lo que ya se examinó en el anterior procedimiento arbitral y en el recurso de anulación anteriormente seguido ante esta Sala, que no fue otra cosa precisamente que la regularidad procedimental, su conformidad con las normas disciplinarias contractuales, del proceder de la citada Academia en las actuaciones sancionadoras iniciadas contra el alumno. Aunque es cierto que el Laudo anterior admitió que existieron irregularidades procedimentales, sin embargo, en lo esencial, el alumno tuvo ocasión de ser oído y de rebatir en condiciones de igualdad las imputaciones que se le efectuaron como consecuencia del acto de pilotaje no autorizado a que se ha hecho referencia en tales actuaciones. Y es precisamente por ello que la pretensión ejercitada en el procedimiento arbitral anterior, de anular el expediente disciplinario iniciado contra el alumno y la resolución final que le fue impuesta, y a que hemos hecho referencia, fue desestimada en el Laudo arbitral dictado, decisión que esta misma Sala rechazó anular. Luego, el alumno, no conforme con ello, pretende después, en este segundo procedimiento arbitral, ser indemnizado por parte de la Academia (para recuperar al menos parte del importe abonado), basando su pretensión en el incumplimiento por parte de la misma de las normas disciplinarias, y, por tanto, del contrato, lo que, en su opinión, ha dado lugar a una resolución unilateral del mismo por causa imputable a la Academia lo que originaría el derecho a ser indemnizado, pero naturalmente ello exigiría que, por parte del árbitro, se entrase a establecer que existió tal incumplimiento injustificado, lo que se rechaza tal y como hemos ya razonado. Además, el árbitro entra en la cuestión de la nulidad de la estipulación en cuanto se refiere a la fijación, como cláusula penal, de la indemnización que podría corresponder al alumno en caso de admitirse tal incumplimiento imputable a la Academia y también en la posibilidad de apoyar dicha indemnización en la doctrina del enriquecimiento sin causa. No entendemos, por tanto, donde está la pretendida incongruencia extra petita. Pero es que, en segundo lugar, no existe tampoco incongruencia citra petita, puesto que lo que ya hemos expuesto evidencia que el árbitro sí entró a conocer de la pretensión indemnizatoria que se ejercía en la demanda, solo que, para que la misma pudiese prosperar, era obligado establecer la existencia de un incumplimiento contractual por causa imputable a la Academia, algo que, reiteramos, se rechazó por las razones ya dichas, de modo que el rechazo de la pretensión se hizo inevitable».

El orden público no es un motivo de oposición al despacho de ejecución de un laudo arbitral (AAP Madrid 14ª 13 julio 2020)

Arbitraje — Corte de Arbitraje de Madrid — Laudo arbitral — Despacho de ejecución — Orden público — Procedencia.

La Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, de 13 julio 2020 confirma la decisión del Juzgado nº 101 que consideró no haber motivos contra el despacho de ejecución de un laudo arbitral, con las siguientes consideraciones:

«(...) La oposición a la ejecución fundada en resolución arbitral única y exclusivamente puede fundarse y sustentarse, bien en la concurrencia de alguno de los defectos procesales expresamente enumerados en el art. 559 LEC. 1.º.- Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda. 2.º.- Falta de capacidad o representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda. 3.º.- Nulidad radical del despacho de ejecución por no contener el laudo arbitral, que integra el título ejecutivo invocado, pronunciamiento de condena o por no cumplir el laudo los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución; bien, por motivos de fondo, en alguna de las causas taxativamente enumeradas en el art. 556.1º de esa Ley: El pago o cumplimiento de la obligación objeto de condena, la caducidad de la acción ejecutiva, o el pacto o transacción convenido para evitar la ejecución que conste en documento público. Sin que ninguno de los motivos alegados en el recurso de apelación puedan considerarse incluidos dentro de ninguna de esas causas de oposición. Así, respecto al primero de los defectos formales insubsanables que dicen concurrir en el despacho de ejecución, por encontrarse incompleto el título ejecutivo al no aportarse el laudo aclaratorio que lo integra y el certificado acreditativo de su notificación, resaltar que constan aportados tanto el título ejecutivo como el certificado de constancia de su notificación al tiempo de interposición de esa demanda o, si se prefiere, antes del despacho de ejecución al haber sido requerida la ejecutante a fin de que aportasen sus originales. Despacho, en todo caso, posterior al 6 octubre 2017, fecha del auto por el que se denegó la aclaración y complemento del laudo que, por tanto, no integró el título ejecutivo y cuya no aportación no generó quebranto o indefensión a ninguna de las partes como requisito necesario para poder decretar la nulidad de ese despacho»

«(...) El segundo de los motivos denuncia que el laudo arbitral vulnera el orden público. Motivo que, como ya se adelantó, no puede integrarse en ninguna de las causas o motivos de oposición legalmente previstos, por lo que resulta improcedente. Además de que esa concreta vulneración ya sirvió para sustentar el recurso de nulidad contra el mismo laudo y, a mayor abundamiento, ser aducido de forma novedosa y, por tanto, extemporánea e indebidamente en esta alzada (mutatio libelli)».

Denegación de un despacho de ejecución de un laudo arbitral por irregular notificación del laudo al ejecutado (AAP Madrid 13ª 16 julio 2020)

Arbitraje audiencia — Laudo arbitral — Despacho de ejecución — Notificación del laudo — Desestimación.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sala Decimotercera, de 16 julio 2020 (ponente: María Cristina Domenech Garret) confirma la decisión del Juzgado de Primera Instancia nº 101, que estimó la oposición a la ejecución contra un laudo arbitral, con el siguiente razonamiento:

«(...) Ciertamente a la oposición a la ejecución de laudo arbitral le es de aplicación el art. 556 LEC, pero este precepto regula la oposición por motivos de fondo exclusivamente y es motivo de oposición común a toda ejecución - tanto si se funda en títulos judiciales o asimilados, como si el título es no judicial la oposición por motivos procesales recogida en el art. 559 LEC, que prevé la nulidad del despacho de la ejecución por no cumplir el laudo los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución (art. 559.1.3º). Entre cuyos motivos precisamente se haya la falta de notificación del laudo, en el que tiene encaje la alegada falta de notificación de cualquier actuación del procedimiento arbitral y el conocimiento del mismo una vez iniciada la ejecución. Como viene declarando el Tribunal Constitucional de forma reiterada (SSTC 167/1992, 103/1993, 316/1993, 334/1993, 108/1994, 325/1994, 108/1995, 148/1995, 86/1997 entre otras) los actos de comunicación procesal tienen especial trascendencia para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo su objeto garantizar que todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por lo resuelto en un proceso tengan la posibilidad de acceder al mismo y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de ser oídas y ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos, según lo visto en las leyes procesales. La finalidad de los mismos consiste, como es sabido, en llevar al conocimiento personal de los litigantes las decisiones y resoluciones judiciales, a fin de que estos puedan adoptar la conducta procesal que consideren oportuna en defensa de sus derechos e intereses. Para la efectividad del derecho previsto en el art. 24.1º CE es especialmente relevante el emplazamiento que se hace a quien es o puede ser parte en el proceso, pues en tal caso es el instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos o intereses cuestionados (SSTC 1/1983, 37/1984 y 158/1985) y para asegurar que el demandado pueda comparecer en el juicio y defender allí sus posiciones frente a la parte demandante, pues no son un formalismo, sino una garantía para el afectado en el procedimiento y una carga que corresponde llevar al órgano judicial. Por ello todo ello, estos últimos tienen un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal a fin de asegurar en la medida de lo posible su recepción por los destinatarios, dándoles así la ocasión de defenderse. Por ser los actos de comunicación elemento fundamental del núcleo esencial de la tutela judicial efectiva, cuando se omiten o se realizan de forma deficiente, frustrando la finalidad con ellos perseguida, colocan al interesado en una situación de indefensión lesiva del derecho de defensa (en este sentido, STC 16/1989). No obstante, a efectos de dilucidar si se ha producido indefensión, como declara la STC nº. 86/1997, con cita de la STC 105/1995 no basta, con que se haya producido la transgresión de una norma procesal, sino que para ello "en primer lugar, la indefensión ha de ser material y no meramente formal, lo que implica que ese defecto formal haya supuesto un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa (SSTC 43/1989, 101/1990, 6/1992 y 105/1995, entre otras). Pero, además, en segundo lugar, es necesario que la indefensión padecida

no sea imputable a la propia voluntad o a la falta de diligencia del demandado. Para juzgar este último extremo, hemos declarado también con reiteración que es necesario atender a las circunstancias concurrentes en cada caso..., pues está vedado que sostenga una denuncia constitucional de indefensión quien, por su actitud pasiva y negligente, coadyuvó a su producción al no comparecer en el proceso estando a tiempo de hacerlo, pese a tener conocimiento de su existencia por cauces distintos a su emplazamiento personal o haberlo podido tener si hubiera empleado una mínima diligencia (SSTC 87/1988 [RTC 1988\87], 72/1990, 174/1990, 275/1993 y 105/1995, entre otras)". Dicha doctrina es igualmente aplicable a los procedimientos arbitrales en cuanto según el art. 34 LA rigen en él también por los principios de audiencia y contradicción, por lo que se ha de examinar si en el presente caso los actos de comunicación y señaladamente la notificación del laudo ha sido practicada en la forma exigible. En este sentido el art. 37.7º LAU establece que los árbitros notificarán el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar. Pues bien, el convenio arbitral suscrito el 17 julio 2018 por los arrendatarios ejecutados D. Jon, D. Nicanor y D. Oscar, en su apartado e) establece que "Las notificaciones del árbitro a las partes y las de éstas a aquél, se practicarán... A estos efectos cada parte designa como domicilio el que figura en el contrato de arrendamiento referenciado en este documento y en su defecto el indicado posteriormente en el anverso del presente convenio. En todo caso al arrendatario se le practicarán las notificaciones en el inmueble arrendado...". En el encabezamiento del contrato de arrendamiento de 22 mayo 2018 del que deriva dicho convenio arbitral, los arrendatarios aquí ejecutados designaron sus respectivos domicilios sitios todos ellos en Getxo y en la cláusula sexta se estipula que "A los efectos del presente contrato las partes establecen como domicilio para practicarse todo tipo de notificaciones los señalados en expositivo de este contrato". Por su parte el art. 5 LA/2003, al que también se remite el apartado e) del convenio arbitral, establece que "Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes: a) Toda notificación o comunicación se considerará recibida (...) o haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. (...). En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario". Pues bien, a tenor del clausulado del convenio arbitral y del contrato de arrendamiento se desprende que el domicilio a efectos de notificaciones es el domicilio designado en el Exponen del contrato en que se describe la vivienda arrendada, lo que coincide con la designación "en todo caso" del domicilio arrendado a que se refiere el convenio arbitral, habiendo sido dirigidas a este domicilio todas las comunicaciones y notificaciones, incluida la del laudo arbitral, dirigidas a los arrendatarios. Sin embargo, atendiendo a las previsiones del inciso final del citado art. 5.a) de la LA, ante el resultado negativo de las notificaciones de las actuaciones arbitrales, en particular del laudo arbitral dirigidas a la vivienda arrendada, no resultaba admisible dar por recibida la notificación, pues era exigible una "indagación razonable" en que practicar la notificación y solo en el caso de que ésta fuera imposible o resultara negativa, podía haberse dado por intentada en el domicilio arrendado. Pero no es este el caso, pues en el contrato se designaron los domicilios de los arrendatarios en Getxo (Vizcaya), donde pudo, sin

gran dificultad, al menos, ser intentada la notificación. Por lo tanto, no practicada en la forma exigible la notificación a los arrendatarios del laudo arbitral —y demás comunicaciones del procedimiento arbitral—, no cabe sino concluir que no debió ser despachada la ejecución por no reunir dicho título los requisitos legales exigidos».

El TSJ no pueda rechazar la pretensión de nombramiento de árbitros a menos que verifique la inexistencia de convenio arbitral (STSJ Galicia CP 1ª 23 julio 2020)

Arbitraje — Árbitros — Designación judicial — Convenio de arbitraje: verificación — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 23 julio 2020 (ponente: Fernando Alañón Olmedo) procede a la designación judicial de árbitros declarando lo siguiente:

«(...) Señala el art. 8.1º LA/ 2003 que para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje. La demanda rectora de litis interesa el nombramiento de árbitro para resolver la controversia que dice existir entra ella misma y doña Ariadna. Aquella trae causa del documento privado suscrito entre las ahora litigantes por cuya virtud, con fecha 1 abril 2013, constituyeron la Comunidad de Bienes ...; en dicho documento se insertó una cláusula a cuyo tenor "Todas las cuestiones o diferencias que puedan surgir entre los comuneros acerca de la interpretación, cumplimiento, ejecución del presente contrato, así como, para la división de cosa común, serán resueltas, a excepción de lo previsto para el caso de valoración de la cuota en los supuestos de transmisión, mediante arbitrajes de derecho, a emitir en el domicilio social de la Comunidad, por tres árbitros designados al efecto, por consiguiente, los comuneros se obligan desde ahora a otorgar las oportunas escrituras de compromiso y poder." Esta Sala, por consiguiente, es competente para el nombramiento de árbitro en los términos interesados y no existe debate sobre la realidad del convenio arbitral»

«(...) Indica el art. 15 LA/2003 que el nombramiento de árbitro tendrá lugar de conformidad con lo pactado por las partes y de no ser posible será este Tribunal el que los designe sin que pueda rechazar la pretensión de nombramiento a menos que verifique la inexistencia de convenio arbitral. Las litigantes convienen en la necesidad de nombrar árbitro de donde se infiere no solo la realidad del convenio arbitral sino también la necesidad de su nombramiento a lo que la Sala accede en los términos que han resultado del sorteo que al efecto se ha realizado».

Nada prueba que la controversia tenga que ver con el conflicto suscitado entre las partes en el otro procedimiento y no se pone en duda la cláusula arbitral, por los que procede el nombramiento de árbitro (STJS Castilla-La Mancha CP 1ª 29 julio 2020)

Arbitraje — Árbitros — Designación judicial — Convenio de arbitraje: verificación — Procedencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, de 29 julio 2020 (ponente: Vicente Manuel Rouco Rodríguez) procede a la designación judicial de árbitro, razonando del siguiente modo:

«(...) En el presente caso se planteada como objeción la declinatoria fue rechazada ya en auto de esta Sala a cuyas razones no remitimos. Ya se dijo que la objeción era imprecisa jurídicamente pues no se hace referencia a si es de jurisdicción o lo que se plantea es una cuestión de competencia. Es obvio sin embargo que no puede ser de competencia territorial, puesto que los fueros relativos a la competencia territorial se ciñen a los relativos a qué Tribunal será el competente para la designación de árbitro pretendida y en definitiva para dilucidar si la pretensión ejercitada procede o no. Sin embargo, un examen del escrito presentado —ayuno de cualquier fundamentación de derecho— permite calibrar que lo que está planteando la parte demandada es la existencia de una controversia privada en torno a la liquidación de una sociedad o comunidad de bienes de carácter comercial para la explotación de un negocio, cuyas incidencias tienen lugar en el seno de un procedimiento judicial, más bien de ejecución de títulos judiciales que se sigue en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Toledo. En rigor no se plantea pues una declinatoria por competencia territorial que únicamente podría sustanciarse ante otro Tribunal Superior de Justicia en aplicación de los fueros previstos en el art 8 LA/2003, sino una objeción de fondo a que la cuestión sea decidida por árbitro, pretextando que existe un procedimiento judicial en el que se ventila una liquidación de la comunidad de bienes. Así pues, la declinatoria lo es — como interpretó la diligencia de ordenación de la LAJ de esta Sala— de jurisdicción por entender que es la jurisdicción ordinaria la competente, y en consecuencia que no procede resolver la controversia mediante arbitraje. Ahora bien, esto es la cuestión de fondo, que la parte demandada ha querido ventilar mediante declinatoria desde el primer momento, y que, desde este mismo momento con los datos disponibles, puesto que no se niega la existencia del convenio entre las partes ni la existencia del convenio o cláusula arbitral, procede rechazar con desestimación de la declinatoria. Rechazo de la oposición que procede ahora reiterar, añadiendo que nada se prueba en el sentido de que la controversia relativa al préstamo pactado y documentado tenga que ver con el conflicto suscitado entre las partes en el otro procedimiento judicial y aun cuando lo fuera no se pone en duda la cláusula arbitral ni el préstamo por lo que la incidencia que la supuesta controversia para la liquidación de las relaciones comerciales existentes pudiera tener en dicho préstamo será la cuestión que deba decidirse en el arbitraje si es que tienen alguna relación».

«(...) En efecto, y conforme con la Exposición de Motivos de la L 60/2003 "el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio" (...). En consecuencia, no habiendo otro motivo de oposición, al no existir duda ninguna sobre la existencia y validez de la cláusula arbitral se impone la acogida de la demanda y procede la designación solicitada de árbitro en los términos que se estiman procedentes, propuestos por la actora, y no cuestionados eficazmente de contrario, con integra estimación de la demanda y expresa condena en las costas procesales a la parte demandada por

aplicación del principio del vencimiento, conforme con el art. 394 LEC»

Sanción por la quiebra de la confidencialidad en un proceso de mediación familiar (SAP Barcelona 12ª 17 septiembre 2020)

Mediación familiar — Deber de confidencialidad — Personas que intervienen en el procedimiento de mediación — Divulgación por escrito de los preacuerdos parciales alcanzados — Responsabilidad — Determinar la cuantía de la multa a imponer.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, de 17 septiembre 2020 (ponente: Raquel Alastruey Gracia) estima un recurso con una decisión de instancia que desestimó la modificación de medidas instada por el Sr. M., padre de Serafín, apreciando error en la valoración de la prueba, e insistiendo en la necesidad de establecer una guarda del hijo común, compartida con la madre. Entre los razonamientos de la Audiencia se afirma:

«(...) En la alzada se derivó a mediación y se inició ésta, si bien las respectivas defensas no comunicaron puntualmente al tribunal su finalización, como era debido. Con independencia de que el art. 19 de la Ley de Mediación de Catalunya establece la obligación de la persona mediadora de comunicar al Tribunal que hubiera hecho la derivación, si la misma finalizó con o sin acuerdo y ello no ha sucedido en este caso, ese deber también les corresponde a los Abogados pues son los interlocutores de las partes con el Tribunal. Ahora bien, si esa falta es conveniente ponerla de manifiesto a fin de evitar que se produzca de nuevo en otros procedimientos, aunque no merece más sanción que la advertencia que aquí se hace; lo que no puede dejarse pasar es el quebrantamiento de la confidencialidad de la mediación que ha llevado a cabo la Letrada defensora de los intereses de la Sra. Delfina. El art. 7.1º de la ley (autonómica catalana) 15/2009 de mediación en el ámbito del derecho privado, establece que todas las personas que intervienen en el procedimiento de mediación tienen la obligación de no revelar las informaciones que conozcan a consecuencia de esta mediación. Tanto los mediadores como los técnicos que participan en el procedimiento están obligados a la confidencialidad por el secreto profesional. En el mismo sentido, el art. 9 de la ley (estatal) 5/12 de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece que el procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. Y establece que la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico. Con independencia de que los Abogados hubieran participado activamente o no en el proceso de mediación iniciado entre sus clientes por derivación del Tribunal ese deber de confidencialidad les afecta con mucha mayor intensidad, pues como primeros valedores que deben ser de este método que pretende gestionar de forma cooperativa o en colaboración las diferencias de los clientes con el objetivo de poder alcanzar acuerdos que permitan un mejor futuro posible para sus clientes, deben preservar precisamente la seguridad y la confianza mutua en que todo lo que allí se trate, se alcancen o no acuerdos, no será desvelado al

Tribunal. Sólo de esta forma se garantiza que las partes acudan a mediación con la tranquilidad y en la confianza de que allí podrán hablar sin temor a que se utilice en su contra lo que se diga, lo que se proponga, lo que se esté dispuesto a ceder y que puedan salirse del estricto marco procesal para replantear la controversia y hacer aportes para llegar a alcanzar alguna de las múltiples soluciones posibles. En el presente caso además se estima que las consecuencias de la infracción son graves pues la Letrada Sra. V.O. no se limita a aportar el acta final de la mediación (que no está sujeta al deber de confidencialidad) sino que expresa por escrito lo que titula como preacuerdos parciales alcanzados, que el Tribunal no le había solicitado ni debía manifestar, para después restarles vigencia y validez jurídica precisamente porque no se alcanzaron, sino que además aporta dos documentos que al parecer se trabajaron en la mediación uno sin firmas, con identificación de las partes y del mediador que alcanzaría a cuestiones de responsabilidad parental y otro firmado en blanco sobre cuestiones de repartos vacacionales, gastos y liquidación de la vivienda. Y ello se hace cuando el Tribunal previamente a la deliberación del caso les requiere para que manifiesten si hubo acuerdos que les llevaran a desistir del recurso o, en otro caso para que actualizaran los datos personales y económicos, al amparo del art. 752 LEC, y no sólo no se aportan estos últimos sino que se relatan los pretendidos acuerdos con la clara intención de influir en la decisión del Tribunal, lo que se estima contrario a la buena fe procesal y sancionable económicamente, a tenor de lo establecido en el art. 247 LEC, por lo que con copia del escrito fechado el 7 junio 2020, de los documentos 1,2 y 3 anexados al mismo y de esta resolución se formará pieza separada a los efectos de dar audiencia a la Letrado Sra. M.V.O. y poder determinar la cuantía de la multa a imponer. Sin perjuicio de lo anterior y de conformidad con lo previsto en el art. 247.4º LEC procederá también dar traslado de la presente resolución al Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona».



I Curso virtual de especialización arbitral - intervención judicial en el arbitraje: asistencia, control y ejecución

El curso, de 67 horas lectivas, se impartirá vía Zoom desde el 11 de enero hasta el 3 de marzo de 2021 y desde el inicio de las enseñanzas los alumnos/as tendrán acceso a foros de debate y/o tutorías para resolver las dudas que les puedan surgir.

No es el arbitraje un procedimiento que pueda desarrollarse con total autonomía en relación con la justicia ordinaria. Por esta razón, la Ley de Arbitraje prevé determinados cauces a través de los cuales la función jurisdiccional constituye una pieza esencial en el desarrollo del procedimiento arbitral con el fin de hacer posible su efectividad cuando pueda resultar necesario, ya sea al inicio del procedimiento, durante su sustanciación o tras la emisión del laudo. Se trata de una materia de carácter esencialmente procesal, en las que están presentes diversos institutos como, por ejemplo, la declinatoria arbitral, la formalización judicial en el nombramiento de árbitros, la acción de anulación, el execuátur de laudos procedentes del extranjero, o el despacho de ejecución forzosa del laudo arbitral.

La finalidad del presente curso de especialización, dirigido por **José Carlos Fernández Rozas** (Catedrático de Derecho internacional privado y Vocal de la Corte de Arbitraje del ICAM) es la exposición global de todas estas figuras procesales, que en España involucran esencialmente a los Tribunales Superiores de Justicia, pero que también implican a Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales. Tras la exposición teórica de las instituciones involucradas en las relaciones jueces-árbitros, se realiza un examen exhaustivo de la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales de justicia y la redacción de los instrumentos procesales concernientes a cada uno de ellos.

El curso, de 67 horas lectivas, que se impartirá vía Zoom desde el 11 de enero hasta el 3 de marzo de 2021, cuenta con el patrocinio de la revista *LA LEY Mediación y Arbitraje que dirige*, igualmente, José Carlos Fernández Rozas.

Más información, programa, profesorado e inscripciones, en este enlace.

Open de Arbitraje 2020: Apostando por la tecnología y la innovación

Con más de 1000 inscritos de 35 países diferentes, el Open de Arbitraje 2020 volvió a reunir una vez más a los mejores expertos del arbitraje doméstico e internacional para debatir sobre la actualidad de la especialidad.



Después de cinco ediciones en formato presencial en el que se ha convertido en un referente internacional, vuelve el Open de Arbitraje con todas las novedades del arbitraje internacional de la mano de expertos de cuatro continentes. Una ocasión única para informarse y debatir sobre los apasionantes desafíos que este nuevo escenario mundial nos plantea, en un evento que se ha convertido ya en punto de encuentro para árbitros, peritos, abogados, centros de arbitraje y empresas a nivel internacional

En esta ocasión y por motivos excepcionales, el evento se desarrolló de forma íntegramente virtual, con un formato único e innovador nunca visto hasta la fecha que llegará cargado de novedades y sorpresas en su forma y contenido. Las fechas elegidas para la realización del Congreso fueron el 7 y 8 de octubre.

Como en anteriores ocasiones, el Open de Arbitraje 2020 contó con una temática que sirviese de hilo conductor entre las diferentes ponencias y mesas. El tema elegido para esta edición fue el de la tecnología e innovación, una temática de rigurosa actualidad que ocupa un espacio central en la agenda de todas las empresas, instituciones y estados en un año tan especial como está siendo 2020.

Algunos de los temas que se abordaron fueron:

- Arbitraje internacional. Audiencias en remoto. ¿Crisis? ¿Futuro?
- Online Dispute Resolution.
- Conflictos societarios como método de resolución de controversias en el sector de la tecnología.

- La anulación de laudos en la jurisdicción norteamericana.
- Peritos y abogados, condenados a entenderse.
- El perito ante la alta litigiosidad consecuencia del Covid-19.
- La importancia de la elección de la sede en Arbitraje Internacional.
- Retos del Arbitraje en el siglo XXI.
- Acquisition of awards: Market trends and challenges.
- Los efectos del arbitraje en los concursos de acreedores.
- Ética e Inteligencia Artificial.

Para seguir haciendo del Open un punto de encuentro para los profesionales del sector, en esta edición virtual también se proporcionó a los asistentes la posibilidad de hacer networking y ampliar su red de contactos. Para ello se contó con una sala de reuniones en la que se pudo contactar con cualquiera de los asistentes y ponentes a través de reuniones *on line* administradas por el equipo del Open. Una innovadora iniciativa cuyo objetivo fue garantizar que la distancia no sea un impedimento para ampliar horizontes a nivel profesional y personal.

También se unió experiencia y juventud en una Sala Mentoring que fue punto de encuentro de distintas generaciones y sirvió para compartir experiencias e inquietudes.

Todos los inscritos al Open de Arbitraje 2020 obtuvieron una suscripción anual gratuita a la revista «LA LEY Mediación y Arbitraje», por cortesía de Wolters Kluwer, Media Partner del evento, una publicación teórico-práctica centrada en la práctica de la justicia alternativa, haciendo especial mención a la mediación y al arbitraje.

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES



Meg Kinnear reelegida como Secretaria General del CIADI

Según un comunicado del CIADI, mediante resolución adoptada el 10 de septiembre de 2020, el Consejo Administrativo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) reeligió a Meg Kinnear para un tercer mandato como Secretaria General del CIADI.



La Sra. Kinnear se incorporó al CIADI como Secretaria General en 2009. Anteriormente, se desempeñó como Directora General de la Oficina de Derecho Mercantil de Canadá, donde fue responsable de la conducción de todos los litigios comerciales y de inversiones internacionales que involucran a Canadá.

El Secretario General del CIADI es designado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI en consulta con los Estados Miembros y requiere el voto de la mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo Administrativo.

Durante el mandato de la Sra. Kinnear, el CIADI ha experimentado un crecimiento significativo en membresía y número de casos. Se ha dado prioridad a la racionalización de los procesos internos del Secretariado y al fortalecimiento del programa de asistencia técnica del CIADI.

Desde 2018, la Sra. Kinnear también ha liderado un proyecto para modernizar integralmente las reglas procesales del CIADI para arbitraje, conciliación, mediación y determinación de hechos. A principios de este año, el CIADI también lanzó un proceso para desarrollar un Código de conducta para los jueces en la solución de controversias entre inversores y Estados, junto con la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID



La Corte de Arbitraje de Madrid da un nuevo paso en el fortalecimiento de su arquitectura institucional

El 29 de octubre de 2020 el Pleno de la Corte de Arbitraje de Madrid adoptó tres acuerdos importantes: la creación de una nueva Comisión de Recusación de Árbitros, la constitución de una Comisión Restringida del Pleno y la aprobación de unas reglas de distribución de competencias entre los órganos de la Corte, en relación con las decisiones que el Reglamento atribuye a la institución. Con estos cambios la Corte pretende continuar avanzando en su fortaleza institucional, garantizar la eficacia e independencia de sus decisiones, y renovar su compromiso con la transparencia.

TRASFONDO Y MOTIVACIÓN DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS

Tradicionalmente, el Reglamento de la Corte se refería en varios puntos a determinadas decisiones que correspondían a la Corte, en el contexto de la administración de un arbitraje. Sin embargo, el Reglamento no precisaba qué órgano de la Corte era el encargado concreto de esas decisiones. Con la idea de sentar las bases para introducir más claridad y transparencia en este punto, se incorporó al nuevo texto reglamentario que entró en vigor el pasado 1 de septiembre de 2020 un nuevo art. 2.6, a tenor del cual:

«En aquellos puntos de este Reglamento en los que se hace referencia a que la Corte podrá o deberá tomar una decisión o realizar un determinado acto, esa remisión debe entenderse en el sentido de que podrá o deberá tomar la decisión o realizar el acto de que se trate el órgano de la Corte que su Pleno designe».

En la referida sesión de 29 de octubre, el Pleno ha acordado complementar ese nuevo precepto, aprobando una distribución de esas competencias a las que se refiere el Reglamento entre los distintos órganos de la Corte. Esa distribución completa será publicada próximamente en la web de la Corte.

El proceso de elaboración del mencionado esquema de distribución competencial se ha aprovechado, además, para seguir promoviendo la mayor calidad, eficacia e independencia de las decisiones de la Corte. Para ello, el Pleno ha decidido complementar la actual arquitectura institucional con dos nuevos órganos: la Comisión de Recusación de Árbitros y la Comisión Restringida del Pleno.

CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE



La digitalización y flexibilización del arbitraje permiten mantener su actividad durante la pandemia

El presidente de la Cámara de Comercio de España, la Secretaria de Estado de Comercio, la presidenta de la Corte Española de Arbitraje y el presidente de CESCE participaron el 5 noviembre 2020 en un evento organizado por la Corte Española de Arbitraje.



Durante el discurso de apertura, el presidente de la Cámara de Comercio Española, José Luis Bonet, reseñó que el arbitraje es un «poderoso instrumento para la competitividad empresarial y, por tanto, pieza clave para estimular la generación de riqueza y el bienestar general de la sociedad». José Luis Bonet también tuvo palabras para la situación actual fruto del Covid-19: «La relevancia del arbitraje es aún mayor, si cabe, en escenarios de crisis económica y empresarial como el provocado por la pandemia Covid-19. En estas circunstancias adversas, el arbitraje, junto con otros medios alternativos de resolución de disputas como la mediación, están llamados a desempeñar un papel protagonista por las significativas ventajas que presentan en términos de tiempo y coste respecto a la litigación ante los tribunales de justicia».

Por su parte, Fernando Salazar, presidente de CESCE, profundizó durante el coloquio en cómo el arbitraje se ha adaptado a la situación generada por el Covid-19, destacando que este método de resolución de conflictos siempre es muy importante, pero más ahora, como una alternativa rápida ante el número creciente de conflictos y cuando la justicia ordinaria está «al borde del colapso».

«Además, cuanto más los usamos, más nos gustan», añadió desde el punto de vista de usuario de los mismos.

Precisamente en este contexto, el presidente de la Cámara de Comercio alabó la buena labor de la Corte Española de Arbitraje para adaptarse al contexto actual: «Sus órganos de gobierno, liderados por Elena Otero-Novas, como Presidenta, y Adolfo Díaz-Ambrona, como Secretario General, han desplegado en los últimos meses un esfuerzo formidable con el fin de poder ofrecer un servicio en las condiciones de independencia, profesionalidad, transparencia y eficiencia que las empresas demandan y la presente coyuntura exige».

En este sentido, Elena Otero Novas, presidenta de la Corte Española de Arbitraje, destacó la labor de digitalización que han llevado a cabo, especialmente relevante en el contexto actual y de cara al futuro. «Gracias a este esfuerzo, no solo hemos agilizado los arbitrajes que ya estaban en marcha, sino que también hemos podido continuar con la tramitación de todos ellos durante la etapa del confinamiento, frente a la paralización de los procesos judiciales», aseguró. «Aunque el gobierno está abordando que la digitalización de la Administración de Justicia, lo cual es un objetivo imprescindible para el conjunto del país, esta es una labor que difícilmente podrá estar culminada de la noche a la mañana, y por eso es fundamental contar, también a corto plazo, con métodos alternativos de resolución de conflictos rápidos y eficientes», añadió.

Más allá de las implicaciones que han tenido para la pandemia, durante su intervención, Elena Otero-Novas también detalló las principales novedades introducidas recientemente por la Corte: «Estas novedades responden a un único objetivo: nuestra vocación de servicio a las empresas españolas, a cuya disposición ponemos nuestra experiencia de ya casi cuarenta años; el talento, liderazgo y visión de las personas que integran sus órganos de gobierno; la capacidad de los árbitros encargados de los procedimientos sometidos a la Corte; la profesionalidad de nuestra Secretaría General y nuestra infraestructura, dotada de los medios materiales y tecnológicos más avanzados para la administración de procedimientos arbitrales».

Tras ella, Fernando Salazar, felicitó a la Corte por sus 40 años de experiencia y ha señalado que «nos genera una enorme confianza que el máximo órgano de gobierno de la Corte esté integrado por profesionales de tanto nivel y con perfiles tan diversos. «El sistema de selección de árbitros, en el que las partes pueden elegir de una lista con profesionales altamente cualificados, especializados y con amplia experiencia, es una garantía de calidad y nos transmite una gran confianza a los usuarios del arbitraje», aseguró.

ARBITRAJE COMO IMPULSO DEL CRECIMIENTO ECONÓMICO

Durante el discurso de bienvenida, el presidente de la Cámara de Comercio también destacó la vinculación existente entre el progreso económico vivido por España en los últimos 40 años con la evolución vivida por los procesos arbitrales. «No es una coincidencia que la espectacular expansión experimentada por el arbitraje en España en los últimos 40 años tenga lugar durante el período de progreso económico, social y empresarial más brillante de nuestra historia», subrayó. En esta dirección, también destacó, como factor de desarrollo del arbitraje en nuestro país en las últimas

décadas, la Ley de Arbitraje de 2003, que acabó de situar a la legislación española entre las más avanzadas del mundo en este ámbito.

Elena Otero-Novas, presidenta de la Corte Española de Arbitraje, por su parte, ahondó en esta idea durante el coloquio: «Nuestro país cuenta con una moderna infraestructura judicial de apoyo y control del arbitraje. España es, por tanto, una jurisdicción decididamente pro-arbitraje tanto por sus normas como por sus tribunales de justicia. Buena prueba la ofrece la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2020, que ha supuesto un importante espaldarazo al arbitraje en España, reforzando la autonomía privada». De la misma forma, la presidenta recordó las ventajas que ofrece el arbitraje para las disputas empresariales respecto a los procesos judiciales, haciendo especial hincapié en la especialización y disponibilidad de los árbitros, la celeridad de los procesos, la flexibilidad y confidencialidad del proceso y la reducción en costes que todo ello conlleva.

A estas características, el presidente de CESCE, sobrayó de nuevo tres de ellos: «La especialización de los árbitros en el tema que ocupa al conflicto, la celeridad, algo vital para nosotros, y la certidumbre en la sentencia del laudo. Un 99% de los laudos firmados se han confirmado y han sido ejecutivos».

ESPAÑA PUEDE CONVERTIRSE EN UN CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

Durante el discurso de clausura, la secretaria de Estado de Comercio, Xiana Méndez, puso de manifiesto la importancia del papel del arbitraje y otros métodos de resolución de conflictos, como una alternativa necesaria a la justicia ordinaria. En este sentido, destacó la certeza del laudo dictado, así como la flexibilidad y la capacidad de adaptación del arbitraje como método para aprovechar al máximo los recursos disponibles. Para ilustrar este argumento, la secretaria de Estado de Comercio aseguró que «los casos de arbitraje han crecido exponencialmente en las últimas décadas, han pasado de un centenar de casos en el año 2000, a más de 600 en 2010 y en 2019 ya superaban el millar».

De la misma forma, en su intervención también quiso destacar el esfuerzo legislativo llevado a cabo en España para potenciar este tipo de prácticas, generando un mayor marco de certidumbre y flexibilidad para la práctica del arbitraje, lo que también es un atractivo para la atracción de las inversiones. «Hemos incluido estos métodos de resolución de disputas como medida de protección a la inversión en los últimos acuerdos de libre comercio que hemos firmado, con Canadá, Vietnam o Singapur», indicó.

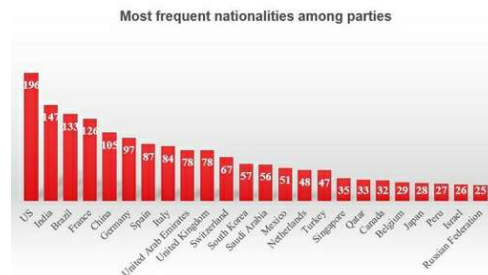
«Esta apuesta temprana por el arbitraje en España, también puede convertir a España en un centro internacional de arbitraje, especialmente para los países hispanohablantes, en un contexto en el que esta práctica va a ser cada vez más relevante», ha querido señalar también. En este sentido también ha alabado el trabajo realizado por el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, en cuya fundación y gestión también ha colaborado la Corte Española de Arbitraje, a quién también ha agradecido los esfuerzos realizados para renovarse y adaptarse a los más altos estándares internacionales y la digitalización como clave para incrementar la celeridad de los conflictos.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CCI



La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional publica las estadísticas sobre la resolución de controversias de 2019

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha publicado su informe estadístico completo sobre la solución de controversias correspondiente al año 2019, habiendo anunciado en enero cifras récord preliminares.



La Corte de la CCI registró un récord de 869 nuevos casos en 2019. De ese total, 851 se administraron con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CCI y en ellos intervinieron partes originarias de 147 países y territorios independientes, así como árbitros originarios de 89 jurisdicciones. En 18 casos, la CCI actuó como autoridad nominadora.

Asimismo registró un aumento significativo del número de entidades estatales y de propiedad estatal en el arbitraje de la CCI en los últimos cinco años. Marcando un récord histórico, 42 estados y 172 entidades estatales fueron partes en el 20% de los nuevos casos de la CCI.

También se observó un aumento en el número de partes indias, que se triplicó y llegó a 147. Tras haber ocupado el 15º lugar en 2018 con sólo 47 partes, la India ocupa ahora el segundo lugar en el número total de partes en todo el mundo. Además, las partes chinas también aumentaron considerablemente, pasando de 59 a 105. Este aumento hace que China, que incluye a Hong Kong y Macao, pase del 11º al 5º puesto, como la nacionalidad más frecuente en los casos de arbitraje de la CCI.

En cuanto a la representación de los árbitros, el 61,7% procede de Europa, el 21,1% de América del Sur, el 10% de América del Norte (Estados Unidos y Canadá), el 12,6% de Asia y Australia y el 3,6% de África. Las nuevas nacionalidades representadas en 2019 proceen de Azerbaiyán, Botswana, Haití, Malawi, la Autoridad Palestina y San Cristóbal y Nieves.

En el marco del impulso a la diversidad de género por décimo año consecutivo, la Corte de la CCI informó de otro aumento del número total de mujeres que actúan como árbitros. La cifra se sitúa en el 21% para 2019, lo que supone un aumento con respecto al 18,4% de 2018. El año pasado, 312 mujeres en total fueron nombradas por la Corte de la CCI, confirmadas después de ser parte o recibieron nominaciones de co-árbitros. La Corte de la CCI nombró al 43% de todas las mujeres árbitros —un total de 134 nombramientos— mientras que un 42% adicional de mujeres árbitros fueron confirmadas tras la nominación de las partes - para un total de 131 confirmaciones.

A finales del pasado 2019, 146 casos habían sido o estaban siendo tramitados con arreglo a las Disposiciones de Procedimiento Acelerado (EPP), que fueron introducidas por primera vez por la CCI en marzo de 2017. De los 50 laudos definitivos dictados en procedimientos acelerados, 37 se produjeron dentro del plazo de seis meses, con retrasos muy limitados en el resto de los casos. Entre esos casos, el retraso en la presentación del laudo definitivo superó un mes en sólo 10 casos debido a circunstancias justificadas y a que las partes acordaron un nuevo calendario procesal. En tres de esos casos, la demora dio lugar a una reducción de los honorarios del árbitro o árbitros. El examen de los 50 laudos se hizo en un plazo medio de 11 días.

La duración media de los procedimientos no EPP fue de 26 meses en los casos que llegaron a un laudo definitivo, dos meses menos que en 2018. Además, de los 162 proyectos de laudos finales presentados a la Corte de la CCI para su escrutinio después del plazo aprobado (dos o tres meses a partir de la última presentación del fondo, según si el tribunal está integrado por 1 o 3 árbitros), 68 casos dieron lugar a una reducción de los honorarios.

A lo largo de 2019, la Corte de la CCI administró un total de 23 solicitudes de arbitraje de urgencia. Los casos involucraban a partes de 29 nacionalidades y seis casos multipartes. La CCI introdujo por primera vez el servicio como respuesta a las necesidades de los usuarios del arbitraje en 2012 y desde entonces ha recibido un total de 117 casos de árbitros de emergencia.

En diciembre de 2019, la Corte de la CCI también celebró el registro de su caso número 25.000. El caso más importante fue una controversia empresarial entre partes del Oriente Medio y la India y actualmente se está administrando a través de la oficina de gestión de casos de la Secretaría en Singapur.

Además de los principales servicios de arbitraje de la CCI, la institución también ofrece una serie de servicios alternativos que pueden utilizarse por separado, de forma sucesiva o incluso simultánea al arbitraje, todos ellos gestionados por el Centro Internacional de ADR de la CCI. El año pasado, el Centro recibió un total de 61 nuevos casos. Los casos se registraron con arreglo al Reglamento de Mediación, el Reglamento de los Consejos de Disputas y el Reglamento de Créditos Documentales (DOCDEX) de la CCI. De los 61 casos, 35 eran de ADR, 16 de peritaje, 4 de consejos de controversias y

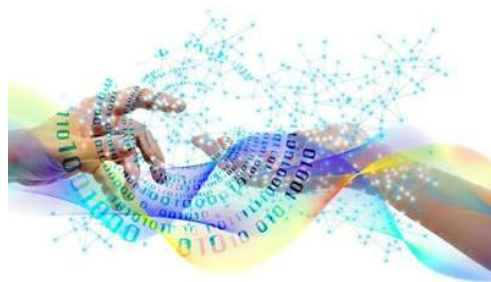
6 de DOCDEX.

GRUPO EUROPEO DE MAGISTRADOS POR LA MEDIACIÓN (GEMME)



IV Simposio de Mediación y Tribunales : «Pulso al impulso de la Mediación en el nuevo escenario post pandemia»

El Simposio Mediación y Tribunales es un encuentro que convoca a jueces, magistrados, fiscales, letrados de la administración de justicia, resto de operadores jurídicos, mediadores, y otros otros profesionales del ámbito de la mediación no relacionados con el ámbito jurídico, así como estudiantes. En esta ocasión, su objetivo fue es reflexionar y debatir sobre el estado actual de la mediación, contribuir al cumplimiento del Objetivo 16 ODS e inspirar a todos aquellos que creen en la resolución alternativa de conflictos como el mejor camino para conseguir una cultura de entendimiento, consenso y paz, especialmente en situaciones complejas y críticas.



Organizado por la sección española del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME España) el IV Simposio Tribunales y Mediación tuvo lugar del 21 al 25 de septiembre de 2020 retransmitido íntegramente en streaming. Contó con casi 700 participantes procedentes de de 25 países entre los que figuraban jueces y magistrados, abogados, mediadores, psicólogos, docentes y otras profesiones con interés en los métodos alternativos de resolución de conflictos. A lo largo de las jornadas se abordaron los siguientes temas: 1) La mediación en el escenario post-Covid19: imprescindible reflexión. 2) Transformación digital en mediación: la mediación electrónica. 3) La mediación como respuesta al aumento de la litigiosidad: ¿oportunismo u oportunidad? 4) Mediación Preventiva, rehabilitadora y creativa y 5) El mañana es hoy: encarando retos, enfrentando desafíos

Durante esos días, se generó un espacio de reflexión sobre la situación actual de la mediación, compartiendo y visibilizando experiencias muy diversas, a la vez que se compartieron inquietudes a considerar para avanzar y evolucionar en el ámbito de la solución pacífica de los conflictos. El encuentro ha generado enriquecimiento entre todos los participantes y la posibilidad de dar visibilidad a los nuevos paradigmas que van a adquirir mayor importancia en el futuro.

En la oportunidad, el defensor del pueblo de la Ciudad e Neuquén, Ricardo Riva, disertó en el panel «Paz, Justicia e instituciones sólidas», junto a Jesús Maeztu, Defensor del Pueblo Andaluz y Defensor del Menor de Andalucía. Lo hizo en representación de la institución que dirige y como director de Gestión de Conflictos y Mediación del Instituto Latinoamericano de Defensores del Pueblo u Ombudsman (ILO), en el marco de los convenios firmados oportunamente.

Como colofón de las cinco jornadas que han integrado el simposio y que han suscitado gran interés (a juzgar por la cantidad de asistentes virtuales y de preguntas que se han realizado a los ponentes) tuvo lugar la sesión de clausura con participación de la Junta Directiva de GEMME España, cuyos miembros han sido los responsables de la organización del simposio, y se presentaron presentado las siguientes conclusiones.

- PRIMERA: El Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias en esta materia, deben tomar conciencia de que potenciar distintos mecanismos de resolución de conflictos es el camino para lograr la Tutela Judicial efectiva de todos los ciudadanos y el camino para cumplir con la Carta de Derechos de los justiciables.
- SEGUNDA: Se insta al Parlamento Estatal y a las Autonomías con competencias para ello, a que realicen una regulación legislativa que potencie el acceso de los ciudadanos a mecanismos de resolución pacífica de conflictos integrados en el sistema judicial.
- TERCERA: El CGPJ debe incentivar la utilización por los Tribunales de instrumentos de ADR con medidas concretas de reconocimiento profesional y económico.
- CUARTA: Los Defensores del Pueblo se configuran como instituciones idóneas para el impulso de la mediación, en tanto que reciben de primera mano la voz de la ciudadanía, sus necesidades y desesperanzas respecto a la actuación de los poderes públicos.
- QUINTA: Las diversas experiencias expuestas en este simposio revelan que todavía existe un debate abierto en relación a la obligatoriedad de la mediación, al alcance de aquella y a las consecuencias derivadas de la no aceptación. Con carácter mayoritario se concluye que es importante utilizar la mediación en su justa medida y en los casos y momentos que resulten adecuados.
- SEXTA: El estudio de la mediación aprehende valores. Por ello la formación en mediación es esencial para avanzar hacia un cambio social basado en la cultura de la paz, a través de la educación hasta conseguir la gestión de los conflictos con herramientas adecuadas a las características, contextos y protagonistas de los mismos.

- SEPTIMA: Los «mooties» son el futuro porque constituyen un punto de encuentro de gran valor para impulsar la mediación entre los nuevos profesionales. Interiorizar y practicar la mediación a través de los «mooties» constituye una oportunidad para garantizar la adecuada formación de los profesionales del futuro.
- OCTAVA: La mediación se ha revelado como un instrumento útil y eficaz en el escenario Covid. Ha respondido a las necesidades planteadas dando respuestas adecuadas, en corto espacio de tiempo y reduciendo la presión de los tribunales.
- NOVENA: El escenario Covid19 ha impactado en el ámbito sanitario de manera particularmente relevante. Este escenario constituye una oportunidad para introducir cambios que mejoren el futuro. Apostamos por la formación del personal sanitario en la gestión de conflictos y por la potenciación de las intervenciones mediadoras en este contexto.
- DÉCIMA: La mediación electrónica es una realidad que se ha visto impulsada por las necesidades derivadas de la situación sanitaria. Su práctica constituye un nuevo escenario lleno de posibilidades que imponen la adaptación de los profesionales para lograr la máxima eficiencia en esta nueva herramienta.
- UNDÉCIMA: Se impone un modelo de abogado implicado en la gestión colaborativa de los conflictos. Consideramos particularmente importante el cumplimiento de la obligación de informar a los clientes sobre las distintas posibilidades existentes para alcanzar una solución en cada caso, mediante el debido consentimiento informado.
- DUODÉCIMA: Destacamos la importancia de la formación y del empleo de la mediación de todos los profesionales jurídicos y no jurídicos, porque creemos que es necesario para dar cumplimiento a la tutela de los derechos de los ciudadanos.
- DECIMOTERCERA: Destacamos la importancia de orientar la intervención de los Tribunales de Justicia desde la perspectiva de la Justicia Terapéutica que introduce en la práctica del derecho el interés por el bienestar emocional de sus usuarios.
- DECIMOCUARTA: Los conflictos familiares han de ser abordados de manera integral. Para ello consideramos importante la creación de una jurisdicción especializada, contar con una legislación procesal y sustantiva propia y poder tener a disposición de los tribunales de familia recursos de apoyo suficientes entre los que se encuentran la mediación.
- DECIMOQUINTA: En el ámbito de la jurisdicción social se concluye la necesidad de que los conflictos laborales se aborden de una manera transversal para lograr una solución del conflicto en su totalidad. Se propone la derogación de la Conciliación administrativa previa en este ámbito. Se ha demostrado manifiestamente ineficaz y poco proactiva. Se impone una reforma que posibilite la derivación a mediación por parte de los tribunales, haciéndola, en su caso, compatible con la actual Conciliación en sede judicial. Ha de preverse por la Administración de Justicia la implantación de mediadores en este ámbito.
- DECIMOSEXTA: Debe acometerse una reforma legislativa que derogue la actual prohibición de

derivar a mediación los conflictos penales y civiles en los que existe un procedimiento penal abierto en el ámbito de la violencia de género. La experiencia adquirida a lo largo de los años y la especialización y formación que actualmente existen, posibilitan y aconsejan la modificación de la referida prohibición. Se hace preciso confiar en Jueces, Fiscales y demás profesionales que intervienen en estos casos para decidir, en cada supuesto, cuando es viable la mediación. Además, se impone como criterio fundamental para esa decisión tener en cuenta la opinión de la propia mujer implicada.

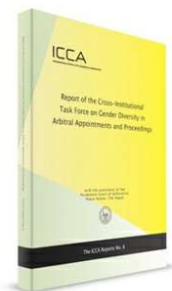
- DECIMOSEPTIMA Justicia restaurativa es una herramienta esencial no solo para otorgar a la víctima una plena reparación sino para lograr una mejor reinserción y resocialización de las personas a las que se ha impuesto una pena. El ejemplo en prisiones es una muestra de ello.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION



Primer informe sobre la diversidad de género en el arbitraje

El International Council for Commercial Arbitration (ICCA) es una organización no gubernamental (ONG) mundial dedicada a promover el uso y mejorar los procesos de arbitraje, conciliación y otras formas de resolución de controversias comerciales internacionales. Sus actividades incluyen la convocatoria de congresos y conferencias de arbitraje internacional, el patrocinio de publicaciones autorizadas sobre la solución de controversias y la promoción de la armonización de las reglas, leyes, procedimientos y normas de arbitraje y conciliación.



Es un hecho inequívoco que la diversidad de género en los tribunales arbitrales está aumentando y se ha duplicado en los últimos cuatro años. Pero hay mucho espacio para mejorar la situación. Ante esta situación, en julio de 2020, el Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre la Diversidad de Género en los Nombramientos y Procedimientos Arbitrales anunció la publicación de su Informe sobre la Diversidad de Género en los Nombramientos y Procedimientos Arbitrales (2020). Se publica como el octavo volumen de la Serie de Informes del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (ICCA).

El informe muestra que la diversidad de género en los tribunales arbitrales está aumentando y se ha duplicado en los últimos cuatro años, principalmente como resultado de los esfuerzos de las instituciones arbitrales por aumentar el número de mujeres árbitros. Sin embargo, en 2019 las mujeres siguen representando sólo un poco más del 21% de todos los árbitros nombrados. —Este es el primer informe exhaustivo de este tipo sobre el progreso de las mujeres en el arbitraje internacional— y que comparte una visión sobre cómo avanzar.

El Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre la Diversidad de Género reúne a representantes de

muchas de las principales instituciones de arbitraje internacional e iniciativas de diversidad de género. Nuestro mandato acordado es documentar y publicar estadísticas recientes sobre el nombramiento de mujeres árbitros, así como identificar oportunidades y mejores prácticas para promover el nombramiento de mujeres en los tribunales de arbitraje. Los miembros del Grupo de Trabajo representan a instituciones arbitrales, entre ellas el Instituto de Arbitraje de Alemania («DIS»), el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong («HKIAC») y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional («CCI»), el Centro Internacional para la Solución de Controversias («CIRD»), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («CIADI»), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres («LCIA»), la Cámara de Comercio de Estocolmo («CCE») y el Centro de Arbitraje Internacional de Viena («VIAC»); organizaciones de arbitraje, entre ellas la Asociación Americana de Abogados («ABA»), la Asociación Internacional de Abogados («IBA») y el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial («ICCA»); y otras iniciativas y agentes que participan en el arbitraje internacional, entre ellas ArbitralWomen, la Equal Representation in Arbitration Pledge («ERA Pledge»), Burford Capital, la Universidad de Sydney, White & Case LLP, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP y Three Crowns LLP

LONDON COURT INTERNATIONAL ARBITRATION



Actualización del Reglamento de Arbitraje de la LCIA y del Reglamento de Mediación de la LCIA (2020)

La LCIA ha publicado una actualización del Reglamento de Arbitraje de la LCIA y del Reglamento de Mediación de la LCIA que ha entrado en vigor el 1 de octubre de 2020. Esta actualización fue iniciada por la anterior presidenta Judith Gill QC y ha sido finalizada por la presidenta Paula Hodges QC, con el apoyo de un gran número de usuarios, con el inestimable apoyo de un grupo de trabajo que incluye tanto al personal de la LCIA como a usuarios externos.



Las actualizaciones adoptadas por la Corte y la Junta Directiva de la LCIA tienen por objeto hacer que los procesos de arbitraje y mediación sean aún más racionales y claros para los árbitros, los mediadores y las partes por igual.

Las actualizaciones del Reglamento se estaban ultimando cuando se produjo la pandemia del Covid-19. Si bien la pandemia no requirió ningún cambio de dirección o de enfoque, permitió a la LCIA abordar explícitamente algunos cambios en las buenas prácticas recientes, en particular el mayor uso de las audiencias virtuales y la primacía de la comunicación electrónica en general. Del mismo modo, aunque el Reglamento de Mediación iba a actualizarse de forma inminente, el momento de la actualización responde al mayor interés de los usuarios en la mediación en el entorno actual.

Entre las modificaciones notables del Reglamento figuran las siguientes:

- Instrumentos adicionales que permiten a los árbitros agilizar los procedimientos, incluso introduciendo una referencia explícita a la posibilidad de la determinación de la desestimación anticipada;
- Perfeccionamiento y la ampliación de las disposiciones que dan cabida a la utilización de audiencias virtuales, apoyando también los arbitrajes que tienen lugar en el nuevo normal;

- Confirmación de la primacía de la comunicación electrónica con la LCIA y en el arbitraje, así como la confirmación de la facilitación de los laudos firmados electrónicamente;
- Inclusión de disposiciones explícitas sobre la función de los secretarios de los tribunales;
- Ampliación de las facultades de la LCIA para ordenar la consolidación y la realización simultánea de arbitrajes;
- Consideración explícita de la protección de datos y de las cuestiones de reglamentación.

Además, esta actualización del Reglamento brinda la oportunidad de reevaluar la tarifa horaria máxima para los árbitros y mediadores, así como las tarifas horarias de la Secretaría de la LCIA. La tarifa horaria máxima de 450 libras esterlinas se aumentará a 500 libras esterlinas, para reflejar mejor las demandas de los usuarios en determinados casos de controversias complejas e importantes.