

Arbitraje
Revista de arbitraje
comercial y de inversiones

Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones es una publicación periódica promovida por el Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación del Instituto Universitario de Estudios Europeos (Universidad CEU San Pablo) de aparición cuatrimestral. proyecta un tenor preferentemente científico aunque los contenidos doctrinales no son los únicos ni los más significativos, pues consta de otras secciones, como las que hacen referencia a la práctica, jurisprudencia y bibliografía, españolas y extranjeras. Su objetivo es proporcionar a la comunidad científica y a los operadores jurídicos dedicados al arbitraje conocimiento completo de lo que acaece en España y en el extranjero en el ámbito del arbitraje comercial y de las inversiones, tanto en su dimensión interna como internacional.

La publicación está abierta a todos los especialistas nacionales y extranjeros con preferencia a los procedentes de la Unión Europea y de América Latina. Los criterios determinantes para la publicación en las diferentes secciones de la Revista de los trabajos que se reciban o se soliciten son el interés, la actualidad y la calidad científica de los mismos. Para ello existe un proceso anónimo de evaluación científica por especialistas de reconocido prestigio a los que la Dirección remitirá los originales.

Cada número de la Revista tiene una extensión de 320 páginas y mantiene una marcada preocupación por resaltar las cuestiones prácticas más acuciantes para España, las reformas legislativas e incorporación de convenios internacionales suscritos por nuestro país y el estudio profundo y crítico de la doctrina, de la jurisprudencia y de la práctica del arbitraje. Incluye, además de las secciones fijas, un conjunto sistematizado de contribuciones de carácter monográfico basadas en reformas de sistemas, en líneas jurisprudenciales significativas o en problemas relevantes en el plano científico. Comprende, asimismo, una relación sistematizada y comentada de los laudos arbitrales y de las decisiones de los tribunales de justicia relevantes en el sector. Por último, presta atención a las distintas actividades de los foros de arbitraje españoles y extranjeros.

Los autores habrán de atenerse a las siguientes normas editoriales:

Sólo se publicarán trabajos originales e inéditos. El idioma oficial de la revista es el español, aunque los artículos que estén escritos en inglés, francés, italiano o portugués se publicarán en esos mismos idiomas. Como criterio general, la extensión de los trabajos no deberá exceder de 35 páginas (200 KB) tratándose de arts.; 15 páginas (85 KB) en comentarios jurisprudenciales y legislativos, y 10 páginas (50 KB) en el caso de reseñas bibliográficas. Cada trabajo deberá ir acompañado con un resumen en español y en inglés de no más de 200 palabras cada uno y de 5 palabras clave en ambos idiomas. Todo material será sometido a dictamen para su publicación. El resultado del mismo se comunicará dentro de los 15 días siguientes a la fecha de reunión del Consejo Editorial.

Las pruebas que la Revista envíe al autor deberán ser corregidas y enviadas por éste en un plazo no mayor a diez días a partir de su fecha de recepción. Las correcciones que el autor haga sólo podrán referirse a detalles de forma, por lo que no se aceptarán modificaciones de fondo o derivadas de los cambios legislativos ocurridos con posterioridad a la fecha del envío del original a la revista. De no devolverse las pruebas en el plazo indicado se entenderá que éstas han sido aceptadas.

Los trabajos deberán ser enviados a la siguiente dirección:

Iprolex, S.L.,
Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo de Alarcón, Madrid (España)
o al siguiente correo electrónico: iprolex@iprolex.com

Precio de cada número 28 € Precio suscripción anual 70 €

**Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación
Instituto Universitario de Estudios Europeos
Universidad CEU San Pablo
Madrid**

**Arbitraje
Revista de arbitraje
comercial y de
inversiones**

volumen VIII

2015 (3)

Iprolex, S.L.

ISSN: 1888-5373

Depósito legal: M-6394-2008

Impreso en España – Printed in Spain

Torreblanca Impresores. Paseo Imperial, 57, 28005 Madrid (España)

Dirección

Evelio Verdera y Tulles

Catedrático emérito de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Académico de número de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado del *Institut de Droit International*

Consejo Editorial

Presidente

José María Beneyto

Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad CEU –San Pablo (Madrid).
Socio de Gómez Acebo– Pombo, Abogados

José M^a Alonso Puig

Managing partner, Baker & McKenzie
Madrid S.L.P.

Alberto Bercovitz Rodríguez–Cano

Catedrático de Derecho mercantil de la UNED. Alberto Bercovitz Abogados

Faustino Cordón Moreno

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Alcalá de Henares. Consejo Académico de Gómez–Acebo–Pombo

Bernardo Cremades Sanz–Pastor

Socio Fundador de Cremades y Asociados

Siegfried H. Elsing

Socio de Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP
Dusseldorf, Alemania)

Juan Fernández Armesto

Profesor Ordinario de Derecho mercantil de la Universidad Pontificia de Comillas –ICADE. Armesto–Asociados

Antonio Hernández–Gil Álvarez–Cienfuegos

Catedrático de Derecho civil de la UNED. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Antonio Hierro

Abogado del Estado. Socio de Cuatrecasas Gonçalves Pereira

Rafael Hinojosa Segovia

Profesor titular de Derecho procesal de la Universidad Complutense de Madrid.

Rafael Illescas Ortiz

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado

Fernando Mantilla Serrano

Partner in Shearman–Sterling’s International Arbitration Group (París)

Pedro J. Martínez Fraga

Partner, Bryan Cave LLP (Miami)

Alexis Mourre

Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Partner of Castaldi Mourre–Partners (París)

Luis M. O’Naghten

Chair, International Litigation & Arbitration Practice (Miami)

Manuel Olivencia Ruíz

Catedrático Emérito de la Universidad de Sevilla. Vicepresidente de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Pilar Perales Viscasillas

Catedrática de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Representante de España en la Uncitral

Leonel Perezniето Castro

Catedrático de Derecho internacional privado de la UNAM (México). Jáuregui y Navarrete, S.C. (México)

Francisco Ramos Méndez

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona. Ramos–Arroyo

Jesús Remón Peñalver

Abogado del Estado. Director del Área de Derecho público, Procesal y Arbitraje del Despacho Uría–Menéndez

Andrés Rigo Sureda

Ex Vicepresidente Jurídico Adjunto del Banco Mundial. Abogado y Árbitro internacional

Juan Serrada Hierro

Abogado del Estado. Presidente de la Corte Civil y Mercantil (CIMA)

Juan Sánchez–Calero Guilarte

Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Estudio Jurídico Sánchez Calero

Antonio Sánchez Pedreño Kennaird

Presidente de la Corte de Arbitraje
De Madrid

Miguel Temboury Redondo

Abogado del Estado. Subsecretario de Economía y
Competitividad

Miguel Virgós Soriano

Catedrático de Derecho internacional privado de la
Universidad Autónoma de Madrid. Socio de Uría-Menéndez

Secretario

Gonzalo Stampa Casas

L.L.M. University of London. Doctor en Derecho Universidad
Complutense. Stampa Abogados, Madrid

Redactores

**Ana Fernández Pérez, Miguel Gómez Jene, Iván Heredia Cervantes, Iñigo
Iruretagoiena Agirrezabalaga, Enrique Linares Rodríguez, Segumundo
Navarro, Ixusko Ordeñana Gezuraga, Adriana Noemí Pucchi, Francisco Ramos
Romeu y Marta Requejo Isidro**

iprolex@iprolex.com

Publicación: Iprolex, S.L.
Mártires Oblatos, 19 bis
28224 Pozuelo de Alarcón (Madrid)
Teléfono (34) 91 709 00 65 / Fax (34) 91 709 00 66
<http://www.iprolex.com> / iprolex@iprolex.com

Distribución: Marcial Pons
Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6
28037. Madrid (España)
www.marcialpons.es

Sumario

Estudios

Judge Charles N. BROWER <i>Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?</i>	653-686
Franco FERRARI <i>La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa inter- nacional de mercaderías y la ley aplicable en el arbitraje comercial interna- cional: comentarios sobre tres supuestos comunes</i>	687-733

Varia

Gonzalo JIMÉNEZ-BLANCO <i>Confidencialidad en el arbitraje</i>	735-748
---	---------

Práctica arbitral

José Miguel JÚDICE y Diogo CALADO <i>Independencia e imparcialidad del árbitro: algunos aspectos polémicos, me- diante una visión ibérica</i>	749-764
---	---------

Textos legales

Argentina

Roberto Carlos HERMIDA <i>El contrato de arbitraje en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: Ley 26.994</i>	765-684
--	---------

Bolivia

Horacio ANDALUZ VEGACENTENO <i>Constitución y arbitraje de inversiones</i>	785-797
Ley nº 708 Ley de 25 de junio de 2015 de conciliación y arbitraje	798-821

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española 823-852

* * *

Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº 1/2014, de 7 enero 2014 (*Marazzi Iberia Sau*) 853-856

Acción de anulación.– Motivos.– Laudo contrario al orden público.– Indefensión.– Prueba pericial.– Árbitro que hace recaer toda la responsabilidad en el actor.– Conducta del actor equivalente a una suerte de desistimiento o renuncia de su pretensión.– Limitación de su posibilidad de defensa.– Árbitro que no valora por igual la actitud de ambas partes.– Estimación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº 27/2014, de 20 mayo 2014 (*San José Desarrollos Inmobiliarios, S.A. / Meliá Hotels Internacional, S.A.*) 856-861

Acción de anulación.– Arbitraje de equidad.– Ausencia de resolución por el árbitro sobre cuestiones no sometidas a su consideración.– Aclaración: eventual modificación del fallo.– Prórroga del contrato de arrendamiento y condena adicional a la misma al pago de una indemnización en caso de no cumplirse esa obligación.– Corrección de las importantes asimetrías o desigualdades que se podrían producir para el caso de que no se alcanzase el acuerdo de prórroga del contrato en el plazo de tres meses.– Congruencia del laudo arbitral: incongruencia *extra petita*.– Desestimación.

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº 14/2015, de 16 febrero 2015 (*Bank of Cyprus Public Limited Company*) 861-863

Exequatur de laudos extranjeros.– Reconocimiento de Laudo Arbitral Parcial de 19 julio 2012 y Laudo Arbitral Final de 8 octubre 2012 dictados por la Corte Internacional de Arbitraje en Londres.– Órgano competente para pronunciar el exequátur: domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos.– Falta de acreditación de la eventual cesión de los créditos.– Contravención al orden público: improcedencia.– Exequátur: sí.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº 27/2015, de 6 abril 2015 (*Mobles Passe Avant, S.L. / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*) 863-867

Acción de anulación.– Aplicación incorrecta de las normas de conducta recogidas en la Ley del Mercado de Valores.– Orden público: infracción de derechos constitucionales.– Orden público económico: contravención.– Motivación deficiente del laudo por inaplicación de normas imperativas.– Estimación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal,

Sección Primera), Sentencia nº 30/2015 de 14 abril 2015 (<i>Playa Padrón Estepona, S.L. / Banco Popular Español, S.A.</i>)	867-890
Acción de anulación.– Aplicación incorrecta de las normas de conducta recogidas en la Ley del Mercado de Valores.– Orden público económico: contratación.– Principio general de buena fe en la contratación.– Estimación.– Voto particular.	
Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) Sentencia nº 45/2015, de 26 mayo 2015 (<i>Gori Transbur, S.L. / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.</i>)	890-909
Acción de anulación.– Laudo contrario al orden público: procedencia.– Apreciación de oficio de la causal.– Orden público económico es el principio general de buena fe en la contratación.– Motivación viciada.– Swap: error patente sobre los deberes de información que correspondían al banco.– Valoración ilógica y contra criterios legales inexcusables de la capacidad de comprensión del producto de los administradores de la sociedad demandante.– Error sobre la naturaleza compleja del instrumento financiero comercializado.– Estimación.– Voto particular.	
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) Sentencia nº 58/2015, de 21 julio 2015	909-911
Acción de anulación.– Laudo contrario al orden público: procedencia.– Aplicación de una modificación legal introducida por Ley 4/2013 de 4 de junio, cuando.– Modificación no aplicable a la controversia derivada de un contrato de arrendamiento de vivienda de fecha anterior: decisión irrazonada.– Error del árbitro equivalente a una ausencia de fundamentación en Derecho.– Vulneración del art. 24 CE.– Estimación.	
Nota de Gonzalo STAMPA	911-913
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº 74/2015, de 23 octubre de 2015 (<i>Gori Transbur, S.L. / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.</i>)	913-922
Acción de anulación.– Laudo contrario al orden público: procedencia.– Apreciación de oficio de la causal.– Orden público económico es el principio general de buena fe en la contratación.– Motivación viciada.– Swap: error patente sobre los deberes de información que correspondían al banco.– Valoración ilógica y contra criterios legales inexcusables de la capacidad de comprensión del producto de los administradores de la sociedad demandante.– Error sobre la naturaleza compleja del instrumento financiero comercializado.– Estimación.– Voto particular.	

Jurisprudencia extranjera

Portugal

Sentencia del Tribunal de Apelación de Lisboa, de 24 marzo 2015	923-933
Árbitros.– Imparcialidad.– Independencia.– Directrices IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional de 2004.– Árbitro que había sido nombrado más de cincuenta veces por el mismo abogado.– Recusación: admisión.	

Noticias

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)	
<i>Nueva demanda contra España por las renovables</i>	935-935
<i>Demanda de Albertis contra Argentina</i>	935-936
Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN)	
<i>Seminario organizado desde CIAMEN para la Madrid Arbitration Week del X Congreso del Club del Arbitraje</i>	936-938
Corte Civil y Mercantil (CIMA)	
<i>CIMA entrega los premios “El Arbitraje, situación actual y perspectivas de futuro”</i>	938-939
<i>CIMA acoge en su sede el Seminario Permanente de CIAMEN, centrado en la anulación judicial del laudo arbitral</i>	939-941
<i>V Encuentro de CIMA en Lisboa de expertos en arbitraje</i>	941-942
Corte de Arbitraje de Madrid	
<i>III Congreso Jueces y Árbitros: aliados en la resolución de disputas comerciales, 15 de diciembre de 2015</i>	942-944
Tribunal Arbitral de Barcelona	
<i>Reconocimiento de las instituciones corporativas arbitrales a Jesús de Alfonso</i>	944-944
Unión Europea	
<i>Última propuesta de protección de la inversión y el sistema judicial para TTIP</i>	944-947
Union Internationale des Avocats	
<i>Jornada sobre Árbitros y decisiones delicadas en la LIX edición de la UIA</i>	947-949

Bibliografía

<i>Corte Civil y Mercantil de Arbitraje: Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) (J.F. Fernández Rozas, coord.), Madrid, CIMA, 2015</i>	951-953
<i>Gandía Sellens, M.A.: El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares, Cizur Menor, Thomson – Reuters – Aranzadi, 2014</i>	953-954

Revista de Revistas

<i>Miscelanea</i>	955-957
-------------------------	---------

Doctrina

Arbitraje, vol. VIII, n° 3, 2015, pp. 653–686

Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming. The Four Horsemen of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration? *

Judge Charles N. BROWER **

Sumario: I. Introduction. II. Statement of the International Bar Association (2015). 1. Investment Treaties and Arbitration are Not Harmful or Ineffective. 2. Arbitration Is Not One-Sided. 3. Proceedings Are Not “Secretive”. 4. Arbitration Does Not Threaten Sovereignty or Result in “Regulatory Chill”. III. Background. IV. Recent Developments. V. An Alternative to ISDS?. VI. Substantive Protections. VII. Avoiding the “Bunker” Mentality. VIII. Glimmers of Hope. IX. Conclusion.

Resumen: ¿Pueden el miedo, la desinformación, la política y la Comisión Europea, convertirse en los cuatro jinetes del Apocalipsis de Arbitraje de Disputas de Inversión Internacional?

Frente a lo que se considera como una “crisis de legitimidad”, desatada por alarmismo organizaciones no gubernamentales y académicos de izquierda, grupos antiglobali-

* Conferencia pronunciada en El Centro de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN) Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo (Madrid, 14 October 2015).

** Distinguished Visiting Research Professor of Law, George Washington University Law School; Judge, Iran–United States Claims Tribunal; Judge *ad hoc*, International Court of Justice; Member, 20 Essex Street Chambers, London; formerly Judge *Ad Hoc*, Inter–American Court of Human Rights. The author wishes to express his gratitude to Michael P. Daly, Visiting Scholar at George Washington University Law School, and Kate McNulty, J.D. student at George Washington University Law School, for their valuable assistance in preparing this speech.

zación y políticos mal informados de otros Estados, los que conocen y entienden acerca de solución de controversias inversionista–Estado (ISDS) deben defender su territorio. Esto es particularmente cierto cuando los Estados exportadores de capital tradicionales “abandonan el barco”, al encontrarse en la posición de demandado en este tipo de reclamaciones. Algunos Estados en esta situación se ven tentados a denunciar la totalidad del sistema de solución de controversias internacionales adoptando una mentalidad de “bunker” basada en la afectación de los tratados en el conjunto del “el espacio político nacional”.

Palabras clave: ARREGLO DE CONTROVERSIAS INVERSOR–ESTADO – ALTERNATIVAS – TRATADOS DE INVERSIÓN Y ARBITRAJE.

Abstract: Are Fear, Disinformation, Politics and the European Commission Becoming The Four Horsemen Of The Apocalypse For International Investment Dispute Arbitration?

Against what is considered as a “crisis of legitimacy”, sparked by scaremongering non–governmental organizations and left–wing academics, anti–globalization groups, and misinformed politicians of other States, those who know and understand about investor–State dispute settlement (“ISDS”) must defend its ground. This is particularly so where traditional capital–exporting States have “jumped ship” after finding themselves on the receiving end of claims. Some States in this position are tempted to denounce the entire system of international dispute resolution and adopt a “bunker” mentality – blasting the notion of treaty restrictions on “national policy space” in its entirety.

Keywords: INVESTOR–STATE DISPUTE SETTLEMENT – ALTERNATIVES – INVESTMENT TREATIES AND ARBITRATION.

I. Introduction

Thank you for hosting me here today. I receive it as an immense honor to take part in this Hugo Grotius Lecture.

Many of you are familiar with the words of the thirty–second President of the United States, Franklin D. Roosevelt, spoken at his first inauguration held on 4 March 1933: “[T]he only thing we have to fear is fear itself.” And so it is nowadays amongst the international arbitration community.

Faced with what I regard as a manufactured so–called “crisis of legitimacy,” sparked by scaremongering non–governmental organizations (“NGOs”) and left–wing academics, anti–globalization groups, and misinformed politicians of other States, those of us who know and understand investor–State dispute settlement (“ISDS”) must defend our ground. This is particularly so where traditional capital–exporting States have “jumped ship” after finding themselves on the receiving end of claims. Spain, for example, is already facing 20 claims – and this

number is rising – filed by solar power investors before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”), not to mention the additional cases filed before other arbitral institutions or under different arbitral rules¹. Some States in this position are tempted to denounce the entire system of international dispute resolution and adopt a “bunker” mentality – blasting the notion of treaty restrictions on “national policy space” in its entirety. You may be aware that the European Commission itself has not helped matters. Just last month it unveiled a new draft “Investment Chapter” for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (“TTIP”) which proposes dismantling the entire existing system of arbitral appointments². As I will explain today, such an approach is short-sighted and ultimately a mistake.

I have refuted the arguments advanced by skeptics in several written works recently, including “*We have met the enemy and he is us!*” *Is the industrialized north “going south” on investor–state arbitration?*³ – an article in the March issue of *Arbitration International* – and in *What’s in a meme? The truth about investor–state arbitration: Why it need not, and must not, be repossessed by states*⁴, which was published in the *Columbia Journal of Transnational Law*⁵.

Both of the aforementioned articles examine what I refer to as “NEO–NIEO,” or the increasing embrace by developed, fully industrialized States of the 1970s New International Economic Order (“NIEO”) that they fought so bitterly 40 years ago at the United Nations. The 1974 UN General Assembly Resolution No. 3201, entitled “Declaration on the Establishment of a New International Economic Order,” represented the defining moment of NIEO in that it provided States with a blank check to nationalize property without any compensation, and it

¹ L. Young, “Spain Faces 20th Renewable Energy Claim at ICSID”, *Global Arbitration Rev.* (27 Aug. 2015).

² European Commission Press Release IP/15/5651, Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and Other EU Trade and Investment Negotiations (19 Sep. 2015); European Commission Draft Text TTIP – Investment (16 Sep. 2015), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

³ Ch.N. Brower & S. Melikian, “‘We Have Met the Enemy and He Is Us!’ Is the Industrialized North ‘Going South’ on Investor–State Arbitration?”, *Arb. Intl.*, 31, Mar. 2015, p. 19.

⁴ Ch.N. Brower & S. Blanchard, “What’s in a Meme? The Truth About Investor–State Arbitration: Why it Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States”, *Columbia J. Trans’l L.*, 52, 2014.

⁵ For related materials, *vid.* Ch.N. Brower & S. Blanchard, “From ‘Dealing in Virtue’ to ‘Profiting from Injustice’: The Case Against ‘Re–Statification’ of Investment Dispute Settlement”, *Hrvd. Intl L.J.*, 55, 2014, p. 45; Ch.N. Brower & S.W. Schill, “Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?”, *Chi J. Intl L.*, 9, 2009, p. 471.

contained not a single reference to international law or peaceful international dispute resolution⁶. It also forecast a “Charter of Economic Rights and Duties of States,” adopted in a second resolution shortly thereafter⁷. Troubled “Northern countries” –among them, Belgium, Denmark, Germany, Luxembourg, the United Kingdom, and the United States– voted against the adoption of the Charter at the time. Others abstained, among them Austria, Canada, France, Ireland, Israel, Italy, Japan, the Netherlands, Norway, and Spain⁸. NIEO fortunately abated in the following decades as thousands of bilateral investment treaties (“BITs”) and several multilateral investment treaties were concluded, and arbitral awards enforcing them flourished. ISDS has functioned and has done so fairly for at least 40 years. So what is there to fear?

Thank you for hosting me here today. I receive it as an immense honor to take part in this Hugo Grotius Lecture.

Many of you are familiar with the words of the thirty–second President of the United States, Franklin D. Roosevelt, spoken at his first inauguration held on 4 March 1933: “[T]he only thing we have to fear is fear itself.” And so it is nowadays amongst the international arbitration community.

Faced with what I regard as a manufactured so–called “crisis of legitimacy,” sparked by scaremongering non–governmental organizations (“NGOs”) and left–wing academics, anti–globalization groups, and misinformed politicians of other States, those of us who know and understand investor–State dispute settlement (“ISDS”) must defend our ground. This is particularly so where traditional capital–exporting States have “jumped ship” after finding themselves on the receiving end of claims. Spain, for example, is already facing 20 claims – and this number is rising – filed by solar power investors before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”), not to mention the additional cases filed before other arbitral institutions or under different arbitral rules⁹. Some States in this position are tempted

⁶ Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, G.A. Res. 3201 (S–VI), U.N. GAOR, 6th Special Sess., U.N. Doc. A/RES/3201 (S–VI) (1974); *see also* W.W. Park, *Arbitration of International Business Disputes*, 2d ed., 2012, Chapter 3 (providing historical perspective on the 1974 NIEO movement).

⁷ Charter of Economic Rights and Duties of States, G.A. Res. 3281, U.N. GAOR, 29th Sess., Supp. No. 31, U.N. Doc. A/9631 (1974).

⁸ *Vid.* W. Fikenscher & I. Lamb, “The Principles of Free and Fair Trading and of Intellectual Property Protection in the Legal Framework of a New International Economic Order”, in *Reforming the International Economic Order* (Thomas Oppermann & Ernst–Ulrich Petersmann eds.), 1987, p 83, n.4.

⁹ L. Young, “Spain Faces 20th ...”, *loc. cit.*

to denounce the entire system of international dispute resolution and adopt a “bunker” mentality – blasting the notion of treaty restrictions on “national policy space” in its entirety. You may be aware that the European Commission itself has not helped matters. Just last month it unveiled a new draft “Investment Chapter” for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (“TTIP”) which proposes dismantling the entire existing system of arbitral appointments¹⁰. As I will explain today, such an approach is short-sighted and ultimately a mistake.

I have refuted the arguments advanced by skeptics in several written works recently, including “*We have met the enemy and he is us!*” *Is the industrialized north “going south” on investor–state arbitration?*¹¹ – an article in the March issue of *Arbitration International* – and in *What’s in a meme? The truth about investor–state arbitration: Why it need not, and must not, be repossessed by states*¹², which was published in the *Columbia Journal of Transnational Law*¹³.

Both of the aforementioned articles examine what I refer to as “NEO–NIEO,” or the increasing embrace by developed, fully industrialized States of the 1970s New International Economic Order (“NIEO”) that they fought so bitterly 40 years ago at the United Nations. The 1974 UN General Assembly Resolution No. 3201, entitled “Declaration on the Establishment of a New International Economic Order,” represented the defining moment of NIEO in that it provided States with a blank check to nationalize property without any compensation, and it contained not a single reference to international law or peaceful international dispute resolution¹⁴. It also forecast a “Charter of Economic Rights and Duties of States,” adopted in a second resolution shortly thereafter¹⁵. Troubled “Northern countries” –among them, Belgium,

¹⁰ European Commission Press Release IP/15/5651, Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and Other EU Trade and Investment Negotiations (19 Sep. 2015); European Commission Draft Text TTIP – Investment (16 Sep. 2015), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

¹¹ Ch.N. Brower & S. Melikian, “We Have Met the Enemy ...”, *loc. cit.*, p. 19.

¹² Ch.N. Brower & S. Blanchard, “What’s in a Meme?...”, *loc. cit.*

¹³ For related materials, *vid.* Ch.N. Brower & S. Blanchard, “From ‘Dealing in Virtue’ to ‘Profiting from Injustice’: The Case Against “Re–Statification” of Investment Dispute Settlement”, *Hrvd. Int’l L.J.*, 55, 2014, p. 45; Ch.N. Brower y S.W. Schill, “Is Arbitration a Threat...”, *loc. cit.*, p. 471.

¹⁴ Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, G.A. Res. 3201 (S–VI), U.N. GAOR, 6th Special Sess., U.N. Doc. A/RES/3201 (S–VI) (1974); *see also* William W. Park, *Arbitration of International Business Disputes* (2d ed. 2012), Chapter 3 (providing historical perspective on the 1974 NIEO movement).

¹⁵ Charter of Economic Rights and Duties of States, G.A. Res. 3281, U.N. GAOR, 29th Sess., Supp. No. 31, U.N. Doc. A/9631 (1974).

Denmark, Germany, Luxembourg, the United Kingdom, and the United States—voted against the adoption of the Charter at the time. Others abstained, among them Austria, Canada, France, Ireland, Israel, Italy, Japan, the Netherlands, Norway, and Spain¹⁶. NIEO fortunately abated in the following decades as thousands of bilateral investment treaties (“BITs”) and several multilateral investment treaties were concluded, and arbitral awards enforcing them flourished. ISDS has functioned and has done so fairly for at least 40 years. So what is there to fear?

Allow me to share briefly some of the facts—the reality—showing why we should not buy into the “fears” about investor–State arbitration. The International Bar Association (“IBA”) recently published a statement highlighting some of the same points¹⁷.

II. Statement of the International Bar Association (2015)

Allow me to share briefly some of the facts—the reality—showing why we should not buy into the “fears” about investor–State arbitration. The International Bar Association (“IBA”) recently published a statement highlighting some of the same points¹⁸.

1. *Investment Treaties and Arbitration are Not Harmful or Ineffective*

- There are now more than 1,000 intra–South BITs¹⁹. Some developing countries are also entering into new treaties offering greater protection to foreign investors than in their first–generation treaties. For example, in 2012, China concluded a trilateral investment agreement with Korea and Japan that offers stronger protection of foreign investment than its previous 1988 and 1992 BITs with Japan and Korea, respectively²⁰.

¹⁶ *Vid.* W. Fikenscher & I. Lamb, “The Principles of Free and Fair Trading...”, *loc. cit.*, p 83, n.4.

¹⁷ *Vid.* “Fact v. Fiction: The IBA Releases Statement on ISDS”, *Global Arbitration Rev.* (22 Apr. 2015).

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Ch.N. Brower & S. Blanchard, “What’s in a Meme?...”, *loc. cit.*, p. 701; *IIA Monitor No. 3, Recent Developments in International Investment Agreements*, UNCTAD 3 (2009), http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20098_en.pdf.

²⁰ Ch.N. Brower & S. Blanchard, “What’s in a Meme?...”, *loc. cit.*, p. 702; Agreement Among the Government of Japan, the Government of the Republic of Korea, and the Government of the People’s Republic of China for the Promotion, Facilitation and Protection of Investment (2012).

- Empirical studies also show that BITs work. The majority of studies find a positive correlation between foreign direct investment (“FDI”) and international investment agreements (“IIAs”)²¹. In fact, companies such as Dow Chemical identify investment treaties as the foundation of their FDI strategy²². The Government political risk insurers of France and Germany refuse to underwrite investments that are not covered by BITs²³. Other countries’ public political risk insurers take the existence of a BIT into account as part of their risk assessments²⁴.

2. Arbitration Is Not One-Sided:

- As of the most recent 2015 statistics, tribunals have upheld investor claims under international investment agreements in part or in full with monetary compensation awarded in 27% of cases²⁵. In 2% of cases, tribunals found a breach of the treaty occurred, but no monetary compensation was awarded to the investor²⁶. Tribunals decided in favor of States 36% of the time and 26% of cases were settled before a decision was reached²⁷. In the remaining 9% of cases, claims were discontinued for reasons other than settlement.²⁸

While data shows that investors prevail in 60% of those cases that are decided on the merits²⁹, efforts to overstate investor success in ISDS ignore the jurisdictional hurdles faced by claimants at the outset, with tribunals declining jurisdiction in 17% of cases³⁰.

- Even when Claimants win, damages awards are usually not high. One study found that more than 80% of awards granted less than 40% of the damages sought³¹. Another study revealed that the average

²¹ Ch.N. Brower & S. Blanchard, “What’s in a Meme?...”, *loc. cit.*, p. 706 & n.66 (listing 21 sources).

²² *Ibid.*, p. 704.

²³ *Ibid.*, p. 705.

²⁴ *Ibid.*, p. 705.

²⁵ UNCTAD, *World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance*, 116 (2015).

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Id.*; *vid. also*, H. Mann, “ISDS: Who Wins More, Investors or States?”, *Investment Treaty News* (24 June 2015).

³¹ Ch.N. Brower & S. Blanchard, “What’s in a Meme?...”, *loc. cit.*, p. 711; D. Kapeliuk, “The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators”, *Cornell L. Rev.*, 96, 2010, pp. 47 y 81.

amount awarded investors (approximately US\$10 million) was a fraction of what they typically requested (approximately US\$343 million)³². The same study also concluded that there was absolutely no basis to believe that tribunals with presiding arbitrators from Organization for Economic Co-operation and Development (“OECD”) countries were more inclined to award high damages amounts in cases involving Respondent States from non-OECD countries³³. In fact, just the opposite is true: Tribunals with presiding arbitrators from non-OECD countries awarded larger damage amounts than their OECD counterparts³⁴.

3. *Proceedings Are Not “Secretive”*

- Investor-State treaty arbitration ceased to be hidden from public view long ago. Most awards are public and readily found on the internet and, increasingly, so are transcripts of hearings, party submissions, and other data from proceedings. One need look no further than the many websites set up to provide information about ongoing proceedings directly to the public. They include International Arbitration Reporter, Global Arbitration Review, ITA Law, the ICSID site, Todd Weiler’s North American Free Trade Agreement (“NAFTA”) Claims page, and the Permanent Court of Arbitration (“PCA”) website among others.

- In April 2014, the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”) Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration went into effect and in March of this year Mauritius held a grand signing ceremony for the UN Transparency Convention. Anyone with experience in investor-State disputes recognizes that there is no turning back on the trend towards transparency.

4. *Arbitration Does Not Threaten Sovereignty or Result in “Regulatory Chill”:*

- Putting aside for the moment that limiting political discretion is what treaties do, it is untrue that international investment law is somehow incompatible with the public interest. We hear this most often in relation to States’ rights to enact environmental measures. To date, however, the critics cannot point to a single instance in which an

³² S. Franck, “Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration”, *Hrvd Int’l L. J.*, 50, 2009, pp. 435, 447.

³³ *Ibid.*, pp 465–66.

³⁴ *Ibid.*

investor–State tribunal has thwarted a legitimate environmental measure or struck down an environmental regulation³⁵. One point of note in the Spanish context: many of the recent solar power claims against Spain do not challenge the measures that Spain took in the first half of the 2000s to embrace Photovoltaic (“PV”) energy, but rather they challenge what they claim is the country’s retreat from its commitment to support renewable energy starting in 2007³⁶.

- Nor is there any basis to believe that tribunals might use the doctrine of indirect expropriation to require States to compensate investors for generally applicable environmental regulations that cause a loss. This has never happened, and an analysis of existing arbitral decisions gives no reason to believe that it will³⁷.

- Even the recent award in *Bilcon v. Canada* that held Canada in breach of NAFTA Chapter 11 in relation to its treatment of a proposed quarry and marine terminal project notably did *not* strike down any environmental legislation but dealt with the fairness of procedures conducted by a regulatory review body and the legitimate expectations of the investor developed as a result of the State’s assurances³⁸.

- To put things into perspective, a recent study of all concluded ICSID arbitrations found that investors have rarely even challenged legislative acts; over 90% of cases involved challenges to executive branch measures³⁹.

Well, NEIO nonetheless is enjoying a “second coming,” this time thanks, in good part, to its former opponents. Some States have denounced the ICSID Convention and others are critically reviewing their bilateral investment treaties. Such actions are supported by a withering array of *pronunciamentos* by “Northern” academics, non–

³⁵ *Vid.* Ch.N. Brower & S. Blanchard, “What’s in a Meme?...” , *loc. cit.*, p. 726–27.

³⁶ “Spain’s Solar Nightmare: Changes in Energy Frameworks and ISDS”, *iGlivanos* (World Press) (30 Apr. 2015).

³⁷ Ch.N. Brower & S. Blanchard, “What’s in a Meme?...” , *loc. cit.*, pp. 729–738.

³⁸ *Bilcon v. Canada*, UNCITRAL Award (17 Mar. 2015); S. Dudas, “Bilcon of Delaware et. al v. Canada: A Story About Legitimate Expectations and Broken Promises”, *Kluwer Arbitration Blog* (11 Sept. 2015).

³⁹ J. Caddel & N.M. Jensen, “Columbia FDI Perspectives No. 120: Which Host Country Government Actors Are Most Involved in Disputes with Foreign Investors?”, *Vale Colum Ctr. On Sustainable Int’l Investment* (28 Apr. 2014), <http://www.vcc.columbia.edu/content/which-host-country-government-actors-are-most-involved-disputes-foreign-investors>.

governmental organizations, the media, and the like, blasting the entire notion of treaty restrictions on “national policy space” and especially ISDS⁴⁰. The same people who resisted NIEO in the 1970s, once they became subjected to the very standards and dispute settlement procedures for which they had advocated –once the shoe was firmly laced onto “the other foot”–, suddenly began to retrench. The sauce urged on the goose became unpalatable to the gander.

But as former President of the International Court of Justice (“ICJ”), Judge Stephen Schwebel, recently stated, the arguments lodged by those fueling the flames of the current alleged crisis of legitimacy are “more colorful than they are cogent”⁴¹. My aim here today is not to deconstruct each aspect of the NEO–NEIO movement (although I would encourage you to read the aforementioned articles which serve that purpose). I will touch, instead, upon some key topics distinct to Europe and especially to countries like Spain, which now find themselves defending multiple ISDS claims.

III. Background

It is ironic that we should be having a debate about the merits of ISDS in Europe, its birthplace. Germany – now a hotbed of anti–ISDS criticism and perhaps its most vocal opponent – signed the very first BIT ever with Pakistan in 1959, and since then has entered into more BITs than any other nation⁴². The EU as a whole should be in the best position to appreciate investment arbitration, given its position as the world’s largest trading bloc⁴³. Its Member States have concluded in

⁴⁰ *Vid., e.g.*, P. Eberhardt & C. Olivet, “Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom” (2012), available at <http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf> (setting forth the current assault against investment–treaty arbitration); “The Arbitration Game: Governments Are Souring on Treaties to Protect Foreign Investors”, *The Economist* (11 Oct. 2014), available at <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21623756-governments-are-souring-treaties-protect-foreign-investors-arbitration>; S. Donnan, “Trade Deals: Toxic Talks”, *Financial Times* (6 Oct. 2014).

⁴¹ S.M. Schwebel, “In Defense of Bilateral Investment Treaties”, *Columbia FDI Perspectives* (24 Nov. 2014); Judge S.M. Schwebel, “Keynote at International Council for Commercial Arbitration Congress” (6 Apr. 2014) available at http://www.arbitration-icca.org/AV_Library/ICCA_MIAMI_2014_Keynote_Stephen_Schwebel.html.

⁴² K. Karadelis, “Germany Shuns Arbitration in EU–US Treaty”, *Global Arbitration Rev.* (19 Mar. 2014).

⁴³ A.T. Katselas, “Exit, Voice, and Loyalty in Investment Treaty Arbitration”, *Neb. L. Rev.*, 93, 2014, pp. 313–365.

the aggregate almost half of the existing BITs⁴⁴, and they have played leading roles in creating and sustaining the major multilateral conventions relating to arbitration. Spain, for its own part, has 72 BITs in force and 53 other international investment agreements in force.⁴⁵ All EU countries are Member States to the ICSID Convention (excepting only for Poland), the New York Convention⁴⁶, and the Energy Charter Treaty (the “ECT”)⁴⁷. Investors from EU Member States are also the most prolific users of ISDS, accounting for 53% of total known disputes filed through 2014⁴⁸. Notably, EU claimants have been particularly active in bringing cases against governments of other EU Member States under the ECT and intra–EU BITs⁴⁹. Spain has been a particular target for these types of claims in recent months, and was in fact the most frequent respondent State for ISDS claims last year, with a total of five cases filed under the ICSID Convention in 2014⁵⁰. This record number in 2014, however, has already been surpassed, with another twelve ICSID cases having been registered against Spain already in 2015⁵¹. At the same time, Spain is also among the top eight home countries globally for investors filing claims under ISDS provisions, and is in the top six among only EU countries⁵².

And the EU has taken major recent steps towards expanding global trade. Negotiations are underway for the TTIP, which would create a unified market of 800 million people between the United States and

⁴⁴ G. Mazzini, “The European Union and Investor–State Arbitration: A Work in Progress”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, 24, 2013, pp. 611–626.

⁴⁵ *Vid.* UNCTAD International Investment Agreements by Economy, [http:// investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu](http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu) (last visited 5 May 2015).

⁴⁶ United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, opened for signature June 10, 1958, 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 38 (hereinafter “New York Convention”).

⁴⁷ Energy Charter Treaty, *ILM*, 33, 1995, p. 367 (hereinafter “ECT”). For background on the sentence above, *vid.* G. Mazzini, “The European Union and Investor–State...”, *loc. cit.*, pp. 611–626.

⁴⁸ *Investor–State Dispute Settlement: An Information Note on the United States and the European Union*, UNCTAD IIA Issues Note. No. 2, 8 (June 2014).

⁴⁹ *Id.* p. 10. In 2013, 42% of all new global ISDS claims were intra–EU claims. *Recent Trends in IIAS and ISDS*, UNCTAD IIA Issues Note. No. 1, 6 (Feb. 2015). In 2014, this proportion shrank to approximately 25%. *Id.* Of all known ISDS cases filed since 1987, intra–EU claims account for 16% of all cases. *Id.*

⁵⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2015 supra* note 19, at 112.

⁵¹ The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) Case List, <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx?rntly=ST127> (last visited Sept. 17, 2015), p. 14.

⁵² *Ibid.*

the EU, estimated to add \$100 billion a year to output on both sides of the Atlantic⁵³. Last fall the EU signed the Comprehensive Economic Trade Agreement (“CETA”) with Canada. Other major investment negotiations are ongoing with China, Japan, and several other North African and East Asian countries.

IV. Recent Developments

A brief recounting of the past months puts the current predicament into perspective. Formal TTIP negotiations began in mid-2013. Perhaps it was a bad omen that this happened amidst a “media tsunami” concerning American spying activities directed against EU Member State Governments, most notably Germany.

Nevertheless, things started off in the right direction when all EU Member State Governments formally mandated the EU Trade Delegation in June 2013 to include investment protections and ISDS in TTIP⁵⁴. Just six months later, nonetheless, on 21 January 2014, the outgoing EU Trade Commissioner, Karel De Gucht, decided to “pause” the TTIP negotiations concerning ISDS in order to prepare a “Public Consultation on Modalities for Investment Protection and ISDS in TTIP”⁵⁵.

Barely a year thereafter, on 13 January 2015, the new EU Trade Commissioner, Cecilia Malmström, presented the results of the newly installed public consultation on TTIP, saying: “The consultation clearly shows that there is a huge skepticism against the ISDS instrument”⁵⁶. That “consultation,” however, was accurately described by Reuters as follows:

[O]ver 95 percent [of the 150,000 responses] were from supporters of a small group of organisations hostile to a deal with Washington and who submitted identical or very similar responses [This was a] hijacking of the online consultation

⁵³ R. Emmott & Ph. Blenkinsop, “Online Protest Delays EU Plan to Resolve U.S. Trade Row”, Reuters (26 Nov. 2014).

⁵⁴ Council of the European Union, Directives for the Negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership Between the European Union and the United States of America (17 June 2013), ¶¶ 22–23 available at https://www.laquadrature.net/files/TAFTA%20_Mandate%20_2020130617.pdf.

⁵⁵ European Commission STATEMENT/14/85, “Improving ISDS to prevent abuse” – Statement by EU Trade Commissioner Karel De Gucht on the Launch of a Public Consultation on Investment Protection in TTIP (27 Mar. 2014).

⁵⁶ European Commission Press Release IP/15/3201, Report Presented Today: Consultation on Investment Protections in EU–US Trade Talks (13 Jan. 2015).

Many responses to the EU survey appeared to be automated or generated by forms filled in on campaign websites, encouraging EU citizens to reject arbitration policy in [TTIP]⁵⁷.

Meanwhile however, EU and Canadian officials had completed nearly four months earlier five years of negotiations on CETA, signing it in Ottawa on 26 September 2014⁵⁸, whereupon the German Economic Affairs Ministry threw a spanner into the works, declaring that CETA is structurally a “mixed” agreement, meaning that the contracting Parties are not just Canada and the European Commission, but rather all 28 of the individual EU Member States. In other words, the constitutional processes of all 28 Member States would have to be involved and approve CETA for it to enter into force. Behind this move has been intense pressure from Germany, France, and NGOs to exclude traditional ISDS from CETA as a first step towards eliminating it from TTIP⁵⁹. Both countries seem intent on replacing previous formulations of ISDS with reformed provisions that would elevate the State’s right to regulate and impose increased State control on the dispute settlement process –including in the selection of arbitrators⁶⁰. It is widely thought in international arbitration and political circles that the German attitude is a reaction to the country being sued under the ECT by Vattenfall, a Swedish State-owned producer and operator of nuclear power plants, over the change in Germany’s nuclear legislation. That followed the 2011 Fukushima crisis in Japan, which triggered a huge populist response, galvanizing more than 200,000 Ger-

⁵⁷ R. Emmott & Ph. Blenkinsop, “Online Protest Delays EU Plan to Resolve U.S. Trade Row”, Reuters (26 Nov. 2014).

⁵⁸ G. Isfeld, “Canada, EU leaders sign CETA pact despite German concerns”, *Financial Post* (26 Sept. 2014).

⁵⁹ *Négociations Commerciales – Déclaration Commune de Sigmar Gabriel, Matthias Machnig et Matthias Fekl [Joint Declaration by German Federal Minister for Economy and Energy Sigmar Gabriel, German State Secretary for Economic Affairs and Energy Matthias Machnig, and French Secretary of State for Trade Matthias Fekl]*, (21 Jan. 2015), available at <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique-et-commerce-exterieur/actualites-liees-a-la-diplomatie-economique-et-au-commerce-exterieur/2015/article/negociations-commerciales-117484>.

⁶⁰ A. Fouchard Papaefstratiou, “TTIP: The French Proposal For A Permanent European Court for Investment Arbitration”, Kluwer Arbitration Blog (22 Jul. 2015); *Project No. 83/15 of the German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy: Model Bilateral Investment Treaty with Investor-State Dispute Settlement for Industrial Countries, Giving Consideration to the U.S. (Unofficial Translation)*, (5 May 2015), available at <http://www.rph1.jura.uni-erlangen.de/material/150429-muster-bit-fr-industrie-staaten-krajewski-englische-bersetzung.pdf>.

mans to participate in anti-nuclear protests on the eve of State elections⁶¹.

The fate of CETA is still up in the air. Significantly, last fall the European Commission requested an opinion of the European Court of Justice (“ECJ”) as to whether the yet-to-be ratified 2012 EU–Singapore Free Trade Agreement qualifies as a “mixed agreement” in the sense that Germany described CETA⁶². The ECJ’s decision remains outstanding⁶³. If it is determined that CETA should require individual Member State ratification as argued by Germany, the French Secretary of State for Trade has indicated that significant modification of the ISDS mechanism under CETA would be a prerequisite for French ratification of the agreement⁶⁴. More recently, however, European Trade Commissioner Malmstrom has downplayed the possibility of renegotiating CETA, noting that “[t]he Canadian Agreement is closed, we are not reopening that”⁶⁵.

All the while, opposition to investor–State arbitration appears to be gaining ground. In May, the European Commission issued a concept paper outlining its vision for the future of ISDS –in TTIP and beyond– that would include substantial reforms to the ISDS mechanism⁶⁶. Both Germany and France also issued similar proposals in May and June, respectively⁶⁷. Most importantly, just last month, the European Commission released a new draft TTIP investment chapter text incorporating these proposals.

Among the most prominent of the reforms put forth by the Commission in its text were (1) the creation of a permanent Investment Court System, which would include a tribunal of first instance whose decisions would be subject to review by an appeals tribunal, (2) the creation of a roster of 15 arbitrators (“judges”) appointed by the States

⁶¹ “Vattenfall Launches Second Claim Against Germany”, *Global Arbitration Rev.* (25 June 2012).

⁶² *EU Trade Policy: Pascal Lamy Hopes for Commission Firmness*, Borderlex (5 Feb. 2015).

⁶³ M. Sangsari, “CETA’s Fate May Hinge on Outcome of EU–Singapore Trade Ratification”, *The Globe and Mail* (1 Dec. 2014).

⁶⁴ *France May Block EU–Canada Trade Deal Over ISDS*, EurActiv (July 2, 2015).

⁶⁵ T. Fairless, “EU Proposes New Trans–Atlantic Court for Trade Disputes”, *Wall Street J.* (16 Sept. 2015).

⁶⁶ *Concept Paper: Investment in TTIP and Beyond – The Path for Reform*, European Commission (5 May 2015), available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

⁶⁷ *Project No. 83/15 supra*, note 47; *ISDS: Paris Proposals for a Permanent International Investment Arbitration Court*, Borderlex (5 June 2015), available at: <http://www.borderlex.eu/paris-proposals-permanent-investor-arbitration-court/>.

as parties to the investment agreement, from which three would be selected by the President of the Tribunal – not the litigants – to hear any given case before the tribunal of first instance, (3) increasingly strict requirements for those arbitrators selected to serve on the roster – including a requirements that candidates be eligible to hold judicial office in their home country, and (4) additional third-party rights, including the right to intervene through the submission of amicus curiae briefs⁶⁸. If the Commission's plan becomes a reality, it will be a disaster for ISDS, with the result that investors and host States will revert to one-off contracts with arbitration clauses.

Procedurally, the European Parliament has endorsed –at least notionally– the Commission's proposals to reform the ISDS mechanism. It adopted a resolution to that effect in May, though the resolution specifically endorsed the Commission's May concept paper rather than its more recent draft text proposal⁶⁹. While the Commission is expected to continue consultations with European stakeholders such as the Parliament regarding the draft text in particular, Parliament has already suggested that it favors the reform of the tribunal system through its statements supporting the hearing of cases by “publicly appointed, independent judges” subject to an appellate mechanism, and through its statements of support for a permanent International Investment Court⁷⁰.

In addition to these developments at the European Union level, there have also been troubling developments at the Member State level as well. Early this year, Italy notified the Energy Charter Treaty Secretariat that it intends to withdraw from the Energy Charter Treaty⁷¹. Like Spain, Italy potentially faces dozens of claims from solar power investors over retroactive cuts in government subsidies⁷².

Its recent move appears to be an attempt to avoid such claims, although, as I will explain, withdrawing from a treaty accomplishes very

⁶⁸ European Commission Press Release IP/15/5651, Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and Other EU Trade and Investment Negotiations (19 Sep. 2015); European Commission Draft Text TTIP – Investment (16 Sep. 2015), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

⁶⁹ *Recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Eur. Parl. Doc. A8–0175/2015 (8 July 2015).

⁷⁰ *Ibid.*, p. 18.

⁷¹ *Vid.* UNCTAD, *World Investment Report 2015* p. 107.

⁷² *Vid.* T. Jones, “Italy and Spain Feel the Heat”, *Global Arbitration Rev.* (17 Aug. 2015).

little aside from dramatic effect. Italy's strategy represents the type of narrow-minded "bunker" mentality that States should avoid.

Wisely, Spain has not (yet at least) taken the same type of knee jerk reaction as Italy. But some voices in the Spanish media have started to denounce the ISDS system, for example, by labeling it "a new system of institutionalized corruption that would permit the largest corporations to circumvent the democratic scrutiny of millions of citizens"⁷³. And 92 Spanish civil society organizations signed an open letter to the European Parliament in March (along with other European organizations) demanding that TTIP not include ISDS provisions which would "grant[] privileged rights to foreign investors"⁷⁴. The pertinent part of the letter read:

The proposed investment protection chapter, particularly the inclusion of an Investor State Dispute Settlement (ISDS) Provision, would give investors exclusive rights to sue states when democratic decisions, made by public institutions in the public interest, are considered to have negative impacts on their anticipated profits. These mechanisms rely on rulings by tribunals that operate outside the national court systems and thereby undermine our national and EU legal systems and our democratic structures for formulating laws and policies in the public interest⁷⁵.

Across the Atlantic in the United States, negative sentiments have grown among pro-free-trade groups. In February, a trade policy analyst for the conservative Cato Institute published an article stating, "I'm not aware of any evidence that ISDS encourages development, rule of law, and good governance around the world"⁷⁶. The same analyst continues to speak out against ISDS⁷⁷, including his participation on a panel at last April's Annual Meeting for the American Society of International Law, proposing that we scrap the entire investor-State

⁷³ Vid. J.A. Pavón Losada, "Por qué los franceses no quieren ni oír hablar del TTIP" [*Why the French Do Not Want to Hear About TTIP*], *El País* (21 Nov. 2014), available at <http://blogs.elpais.com/alternativas/2014/11/por-que-los-franceses-no-quieren-ni-oir-hablar-del-ttip.html> (original text: "ISDS como un nuevo sistema de corrupción institucionalizada que permitiría a las grandes corporaciones eludir el escrutinio democrático de millones de ciudadanos").

⁷⁴ "For a TTIP Resolution that Puts People, the Environment and Democracy Before Short-Term Profit and Disproportionate Corporate Rights," available at <http://ttip2015.eu/files/content/docs/Full%20documents/English-MEP-letter.pdf>.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ S. Lester, "Responding to the White House Response on ISDS", *Cato at the Liberty* (27 Feb. 2015).

⁷⁷ *Vid.*, e.g., S. Lester, "Reforming the International Investment Law System", *Md. J. Int'l L. & Trade*, 30, 2015, p. 70.

system and revert back to State-to-State disputes⁷⁸ – a move that would take us backwards 40 years.

In addition, United States Senator Elizabeth Warren, touted by some as a potential eventual Democratic candidate for President, published a scathing op-ed in the *Washington Post* aimed at the parallel Trans-Pacific Partnership (“TPP”) negotiations, claiming: “If a final TPP agreement includes Investor-State Dispute Settlement, the only winners will be multinational corporations”⁷⁹.

In fact, the anti-ISDS movement has extended even to the far reaches of Tasmania, where a Green Party Senator in the Federal Parliament proposed a “Trade and Investment (Protecting the Public Interest) Bill 2014,” the sole operative section of which reads as follows: “The Commonwealth must not, on or after the commencement of this Act, enter into an agreement (however described) with one or more foreign countries that includes an investor-state dispute settlement provision”⁸⁰. In touting his bill, the Senator declared, *inter alia*:

The key concept which is enshrined in these clauses is the idea of ‘indirect expropriation’ under which any law or policy of [the] government that reduces the value of the investment is considered harmful⁸¹.

Luckily, a Senate committee has since recommended against the bill⁸².

V. An Alternative to ISDS?

So what have the naysayers proposed as a viable alternative to ISDS? Putting aside for the moment the new EC draft investment text envisioning an “investment court,” many people have suggested that investors should abandon international dispute resolution altogether and resort exclusively to national courts⁸³. Without impugning the

⁷⁸ E. Hellbeck, “Does TTIP Need Investor-State Dispute Settlement?”, *Asil Cables* (13 Apr. 2015), available at <http://www.asil.org/blogs/does-ttip-need-investor-state-dispute-settlement>.

⁷⁹ E. Warren, “The Trans-Pacific Partnership Clause Everyone Should Oppose”, *Washington Post* (25 Feb. 2015).

⁸⁰ L. Nottage, “The ‘Anti-ISDS Bill’ before the Australian Senate”, *Kluwer Arbitration Blog* (27 Aug. 2014).

⁸¹ Parlinfo – Bills: Trade and Foreign Investment (Protecting the Public Interest) Bill 2014: Second Reading (5 Mar. 2014).

⁸² L. Nottage, “The ‘Anti-ISDS Bill’ before the Australian Senate”, *Kluwer Arbitration Blog* (27 Aug. 2014).

⁸³ *Vid.*, e.g., Group of the Progressive Alliance of Socialists & Democrats in the European Parliament, S&D Position Paper on Investor-State Dispute Settlement Mechanisms in

judicial system of any EU Member State, it is understandable that foreign investors would not expect equal treatment within all domestic courts. Nor would one anticipate that municipal judges be steeped in the types of treaty interpretation questions that arise in investor–State cases. Those of you who have heard of the 2014 “EU Justice Scoreboard” might foresee additional reasons why this proposal is highly unattractive to investors. The Commission’s press release concerning the Scoreboard revealed that public perception of the independence of the judiciaries in many EU Member States has “deteriorated” in recent years. In fact, the worst offenders – Bulgaria, Croatia, Romania, and Slovakia – do not even rank within the top 100 out of 148 countries ranked *worldwide*⁸⁴. Spain, for its own part, was ranked number 72 out of 148⁸⁵.

That press release also made it plain that “one of the main challenges for Member States remains reducing the time for first instance proceedings and reducing the large number of pending cases”⁸⁶. While the pace of judicial proceedings in Croatia, Greece, Portugal, Slovakia, and Slovenia leave something to be desired, Italy’s court system is apparently so sluggish that it has given rise to the term of art, “the Italian Torpedo.” Those in the know use this phrase to describe a procedure in which an unscrupulous litigant files suit in an unsuitable but notoriously slow EU Member State (like Italy) as a means to force more appropriate Member State courts to stay parallel actions in order to comply with Brussels Regulation 44/2001⁸⁷ and the principle of *lis alibi pendens* (“dispute pending elsewhere”)⁸⁸. The Italian court system has become the subject of many such “torpedo” actions because proceedings typically take on average 32 to 41 years

Ongoing Trade Negotiations (4 Mar. 2015) (“In agreements with countries that have fully functioning legal systems and in which no risks of political interference in the judiciary or denial of justice have been identified, ISDS is not necessary”).

⁸⁴ 2014 EU Justice Scorecard, at 26 (COM 2014) 155 final (17 Mar. 2014).

⁸⁵ *Ibid.*, p. 28.

⁸⁶ European Commission SPEECH/14/225, The 2014 EU Justice Scoreboard (17 Mar. 2014) (remarks by Vivienne Reding, Vice–President of the European Commission and EU Commissioner for Justice) p. 2.

⁸⁷ Council Regulation 44/2001, of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (EC).

⁸⁸ L. Abell, “Disarming the Italian Torpedo: The 2006 Italian Arbitration Law Reforms as a Small Step Toward Resolving the *West Tankers* Dilemma”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, 24, 2013, p. 335 The term “Italian torpedo” first appeared in an article by Professor Mario Franzosi in 1997, entitled *World–Wide Patent Litigation and the Italian Torpedo*. *Vid.* M.R. Jones, “The Fall and Rise of the Italian Torpedo in European Patent Litigation”, 6 *Landslide*, 6, 2014, pp. 35–36.

in courts of first instance, another 27 years in the courts of appeals, and 31 years at the *Corte di cassazione*⁸⁹. In fact, Italy has come under constant criticism from the European Court of Human Rights for violations of Article 6 of the European Convention on Human Rights, which guarantees “a fair and public hearing within a reasonable time”⁹⁰.

As already noted, another key problem is the idea of creating a permanent international investment court as an alternative solution, which is among the key proposals put forth by the European Commission to reform ISDS. In particular, the EC approach envisions a system under which parties would choose from a closed list of fifteen arbitrators that would be appointed under the TTIP by the U.S. Government and European Union, and decisions by the appointed tribunal would be subject to an appeals mechanism. In describing the reform proposals, the Commission has noted that:

[A]ll arbitrators are chosen from a roster pre-established by the Parties to the Agreement . . . This requirement could be accompanied by requiring certain qualifications of the arbitrators, in particular that they are qualified to hold judicial office in their home jurisdiction or a similar qualification. This would need to be complemented by the fact that they also need expert knowledge of how to apply international law as contained in the agreement – which would very precisely frame the exercise of their functions and reduce drastically the risk of unforeseen interpretation of the rules on investment protection . . .⁹¹.

The Commission noted its interpretation that many European stakeholders throughout its public consultation viewed such an institutional structure as a key component necessary “to ensure greater legitimacy” of the ISDS system in Europe⁹².

All of this is reflected in the Commission’s new proposed TTIP Investment Chapter, Section 3 of which lays out the blueprint for an “Investment Court System”. Among the most striking aspects of the chapter are subparagraphs six and seven of Article 9, which provide:

The Tribunal shall hear cases in divisions consisting of three Judges, of whom one shall be a national of a Member State of the European Union, one a national of the United States and one a national of a third country. The division shall be chaired by the Judge who is a national of a third country.

⁸⁹ L. Abell, “Disarming the Italian Torpedo...”, *loc. cit.*, pp. 335–337.

⁹⁰ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 6.1, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221; L. Abell, “Disarming the Italian Torpedo...”, *loc. cit.*, pp. 335–337.

⁹¹ *Concept Paper*, *supra* note 55 p. 8.

⁹² *Ibid.*

Within 90 days of the submission of a claim pursuant to Article 6, the President of the Tribunal shall appoint the Judges composing the division of the Tribunal hearing the case on a rotation basis, ensuring that the composition of the divisions is random and unpredictable, while giving equal opportunity to all Judges to serve⁹³.

I am totally against this idea. One of the foundational elements of the perceived legitimacy of investor–State dispute settlement is the timeless right of the parties to choose their arbitrators. This is reflected in nearly all of today’s major international arbitration rules and many of the world’s domestic arbitration laws, including the 2006 and 1985 versions of the UNCITRAL Model Law⁹⁴.

The approach proposed by the European Commission, however, would not only deprive the litigants to a dispute of the right to select their arbitrators, but it would place enormous and unquestioned authority into the hands of one individual, the President of the Tribunal. He or she alone would be permitted to select the three decision–makers for any given dispute based on no criteria whatsoever other than that the selection be “random and unpredictable”.

Moving one step further backwards, I ask you to bear in mind that all of the 15 judges of an institution such as the one envisioned by European Commission would be chosen by States, a highly political process, rather than by the parties to a specific dispute. When their interests are at stake, there is evidence that States tend to select officials for international adjudicatory mechanisms who have demonstrated reliability and Government–friendly attitudes⁹⁵. Where the dispute at issue is between two States, such as before the International Court of Justice, there is less of a concern because each party’s appointee will balance the other one out. However, that dynamic does not carry over to investor–State dispute settlement where only one party to the dispute – the State – is given a gatekeeper role.

⁹³ European Commission Press Release IP/15/5651, Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and Other EU Trade and Investment Negotiations (19 Sep. 2015); European Commission Draft Text TTIP – Investment (16 Sep. 2015), http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

⁹⁴ *Vid. generally* Ch.N. Brower & Ch.R. Rosenberg, “The Death of the Two–Headed Nightingale: Why the Paulsson–van den Berg Presumption that Party–Appointed Arbitrators Are Untrustworthy is Wrongheaded”, *World Arbitration & Mediation Rev.*, 6, n° 3, 2012, pp. 619–628.

⁹⁵ Ch.N. Brower & S. Blanchard, “What’s in a Meme?...”, *loc. cit.*, p. 768; S. Rosenne, *The World Court: What it Is and How it Works*, Dordrecht / Boston / Londres, Nijhoff, 1995, p. 44; S.M. Schwebel, “The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards”, *Justice in International Law: Further Selected Writings of Stephen M. Schwebel*, Cambridge University Press, 2011, p. 246.

In any event, States have been strikingly incapable of agreeing on actual appointments to such a list as demonstrated by past practice. Take, for example, the NAFTA, which provides that the State Parties shall establish and maintain a roster of 45 presiding arbitrators, something that has never happened⁹⁶. Likewise, the Rules of Procedure of the Iran–United States Claims Tribunal provide that the Iranian and American Tribunal Members may create a list of substitute third–country Members to act in place of one or another of the third–country Members if required⁹⁷, yet such a list has never been created⁹⁸.

Compounding the fundamental problems concerning the European Commission’s “Investment Court System” is the appeals mechanism contemplated in Article 10 of the draft Investment Chapter. It proposes establishing a “permanent Appeal Tribunal . . . to hear appeals from the awards issued by the Tribunal,” which would include six “Members” to be appointed in the same manner as the Judges on the Tribunal of first instance and which would bestow upon the President of the Appeal Tribunal the same disproportionate discretion to select the composition of any particular panel on a “random and unpredictable” basis⁹⁹. Note that the review procedure suggested by the European Commission is not referred to as “annulment” or “set aside” but rather as an “appeal procedure.”

It seeks to discard the entire notion of finality behind arbitral awards and set up a *de novo* review system. In particular, Article 29 of the draft Investment Chapter includes as grounds for appeal not only all grounds provided for in Article 52 of the ICSID Convention, but also appeals where “the Tribunal has erred in the interpretation or application of the applicable law” or where “the Tribunal has manifestly erred in the appreciation of the facts, including the appreciation of relevant domestic law”¹⁰⁰.

⁹⁶ Ch.N. Brower & Ch.R. Rosenberg, “The Death...”, *loc. cit.*, pp. 626–27.

⁹⁷ Iran–United States Claims Tribunal Rules of Procedure, 2 *Iran–U.S. Cl. Trib. Rep.* 403, art. 13 note (1983).

⁹⁸ Ch.N. Brower & Ch.R. Rosenberg, “The Death...”, *loc. cit.*, p. 628.

⁹⁹ European Commission Press Release IP/15/5651, Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and Other EU Trade and Investment Negotiations (19 Sep. 2015); European Commission Draft Text TTIP – Investment (16 Sep. 2015) http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

¹⁰⁰ European Commission Press Release IP/15/5651, Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and Other EU Trade and Investment Negotiations (19 Sep. 2015); European Commission Draft Text TTIP – Investment (16 Sep. 2015), Art. 29(1) http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

I have been outspoken in the past in criticizing needless inventions and tinkering when it comes to the basic foundational elements of arbitration¹⁰¹. If there were ever a paradigm example for “throwing out the baby with the bathwater” when it comes to considering reforms to invest–State arbitration, the European Commission’s new draft text is it!

VI. Substantive Protections

Now please allow me to draw your attention to one more critical – yet often overlooked – aspect of the ISDS debate, namely that the actual substantive protections offered to foreign investors in the new wave of treaties are materially less than in the great bulk of BITs we know, and – what is more – permit the State Parties to the treaties to deprive an already constituted tribunal of jurisdiction completely *ex post facto*. This constitutes another example of States adopting a short-sighted, defensive approach, intended as an impermissible usurpation of power by State Parties to control the arbitral process. My own country bears much of the blame as it has continued to claim control over the arbitral process. Consider the details of the “2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty”¹⁰². It includes an Annex A, entitled “Customary International Law,” in which “The Parties confirm their shared understanding” of the term in a way which defines it differently as between that Article 5, which deals with the “Minimum Standard of Treatment,” and Article 6, which addresses “Expropriation.”

Article 5 deals with fair and equitable treatment and full protection and security. It notes “[f]or greater certainty” that both of those concepts “do not require treatment in addition to or beyond that which is required by [the customary international law minimum standard of treatment of aliens] and do not create additional substantive rights”¹⁰³. Article 5(2) of the Model BIT appears also to exclude “legal security” as an aspect of “full protection and security” by prescribing in its Subparagraph (2)(b) that it “requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.” Further, possibly prompted by the many cases in which Argentina has asserted the

¹⁰¹ *Vid.* Ch.N. Brower, M. Pulos & Ch. Rosenberg, “So Is There Anything Really Wrong with International Arbitration as We Know It?”, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (2012).

¹⁰² 2012 United States Model Bilateral Investment Treaty.

¹⁰³ *Ibid.*, art. 5.

defense of necessity, Article 18, labeled “Essential Security,” in its Paragraph 2 inserts an apparently entirely self-judging necessity defense¹⁰⁴.

In relation to Article 6, while the U.S. Model BIT does include what on their face are the traditional American formulae regarding expropriation, including the requirement of “prompt, adequate and effective compensation,” and also classic investor-State arbitration, the devil is in the details of two Annexes, the aforementioned Annex A, plus Annex B. Those Annexes, as well as the Model BIT’s 22 separate footnotes, pursuant to Article 35 “shall form an integral part of this Treaty,” i.e., just the same as if set forth as Articles of the Model BIT. Suffice it to say, for present purposes, that Annex B, entitled “Expropriation,” covers an entire page and deals with what “cannot constitute an expropriation” as well as specifically with “direct expropriation” and “indirect expropriation”.

Moreover, while Article 21(2) of the Model BIT provides that “Article 6 [Expropriation] shall apply to all taxation measures,” a claimant alleging that a taxation measure constitutes an expropriation is barred from arbitrating its claim unless it first has submitted the dispute to the two State Parties’ respective “competent authorities” (in the case of the United States the Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy)) and those two fail within 180 days to “agree that the taxation measure is not an expropriation.” In other words, if the two States agree within 180 days that the claimant has not been expropriated, that is the end of its claim. It is wholly deprived of impartial and independent third-party arbitration of its claim.

Furthermore, –and this is perhaps the greatest step back to “NEO-NIEO”– Art.14 invites each State Party to list in one or another of three further Annexes, I, II and III, any existing measure in that State that does not conform to the BIT’s requirements of most-favored-nation treatment and national treatment, its prohibition of certain performance requirements, and its prohibition of certain interferences with senior management and boards of directors, which listed measures then are exempted from application of the BIT in those respects.

Worse still, Article 31 of the Model BIT, labeled “Interpretation of Annexes,” provides that a tribunal “shall” – that is “must” –, “on the request of the respondent” – note that there is no such right accorded a

¹⁰⁴ *Ibid.*, art. 18(2) (“Nothing in this Treaty shall be construed . . . to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”).

claimant – “request the interpretation of the Parties on the issue” whenever “a respondent asserts as a defense that the measure alleged to be a breach is within the scope of an entry set out in Annex I, II or III.” This Article further provides that the State Parties “shall submit in writing any joint decision declaring their interpretation to the tribunal within 90 days,” and that any such joint decision “shall be binding on the tribunal,” whose “decision or award must be consistent” with it. In other words, once more the State Parties can simply deprive the investor of any right to arbitration.

Now, the European Commission will not issue a Model Investment Treaty – it has expressly renounced the idea, despite the fact that OECD Members generally do have Model BITs, in order to avoid any limitation of its negotiating freedom¹⁰⁵. But the CETA investment chapter and last month’s draft TTIP investment chapter, which are very similar in most respects (sometimes verbatim), provide a good indication of the EU’s position. As part of the German Government’s assessment of CETA, Dr. Stephan Schill – a former law clerk of mine – was commissioned by the Government to author a report on it in which he concluded that there is little reason for alarm over CETA’s investment–protection provisions¹⁰⁶. In particular and very interestingly, he found that those provisions in any event do not offer robust protection to investors.

I agree. Although at least some of the EU officials apparently approached the CETA negotiations with the aim of avoiding what they called “NAFTA contamination”¹⁰⁷, it appears that they have concluded a treaty text with carve–outs and fine print similar to those in the United States Model BIT. CETA’s provision on fair and equitable treatment, for example, is accompanied by a paragraph defining – that is, limiting – that obligation to a detailed list of measures¹⁰⁸, which

¹⁰⁵ A. Reinisch, “Putting the Pieces Together... an EU Model BIT?”, *J. World Investment & Tr.*, 15, 2014, p. 679.

¹⁰⁶ Dr. Stephan Schill, ‘Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor Staat Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers (Kurzgutachten)’ [Translation: “Impact of Investment Protection Provisions and Investor State Arbitration in the Draft Free Trade Agreement between the EU and Canada (CETA) on Legislative Discretion (short report)”].

¹⁰⁷ L.E. Peterson, “EU Member States Approve Negotiating Guidelines for India, Singapore and Canada Investment Protection Talks; Some European Governments Fear ‘NAFTA Contamination’”, *IA Reporter* (23 Sept. 2011).

¹⁰⁸ Comprehensive Economic & Trade Agreement (public text dated 26 September 2014), Article X.9 (“A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 where a measure or series of measures constitutes: Denial of justice

also appears in the European Commission's draft TTIP text¹⁰⁹. It further gives the State parties a mechanism to review and provide "recommendations" as to the meaning of fair and equitable treatment:

"The Parties shall regularly, or upon request of a Party, review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment. The Committee on Services and Investment may develop recommendations in this regard and submit them to the Trade Committee for decision"¹¹⁰.

Likewise, the expropriation provision provides that "[f]or greater certainty," it "shall be interpreted in accordance with [an annex] on the clarification of expropriation," which contains more fine print and exceptions to the right to fair, prompt, and effective compensation for expropriation¹¹¹.

in criminal, civil or administrative proceedings; Fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings; Manifest arbitrariness; Targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; Abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or A breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article.").

¹⁰⁹ European Commission Press Release IP/15/5651, Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and Other EU Trade and Investment Negotiations (19 Sep. 2015); European Commission Draft Text TTIP – Investment (16 Sep. 2015), Art. 3(2) http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf ("A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 where a measure or series of measures constitutes: (a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; or (b) fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency and obstacles to effective access to justice, in judicial and administrative proceedings; or (c) manifest arbitrariness; or (d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; or (e) harassment, coercion, abuse of power or similar bad faith conduct; or (f) a breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article.").

¹¹⁰ *Ibid.*, Art. X.9; see also European Commission Press Release IP/15/5651, Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and Other EU Trade and Investment Negotiations (19 Sep. 2015); European Commission Draft Text TTIP – Investment (16 Sep. 2015), Art. 3(3) http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf (same).

¹¹¹ *Ibid.*, Art. X.11 & Annex X.11 ("For greater certainty, except in rare circumstances where the impact of the measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations."); European Commission Press Release IP/15/5651, Commission Proposes New Investment Court System for TTIP and Other EU Trade and Investment Negotiations (19 Sep. 2015); European Commission Draft Text TTIP – Investment (16 Sep. 2015), Art. 5(2), Annex I(3) http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf.

In my humble opinion, the provisions I have described from the United States Model BIT, CETA, and the European Commission's draft TTIP chapter, should not serve as any kind of template for investment protections. Nonetheless, the trend of adopting such inadequate protections as a model seems to be spreading. In March, India released the latest draft of its Model BIT, which – among other notable features – removes the most-favored nation and fair and equitable treatment provisions from the agreement¹¹². India's move was doubtless a reaction to the award rendered by the tribunal on which I sat in *White Industries v. India*¹¹³.

Such agreements represent an overreaching attempt by States to control the arbitral process to the point of weakening or even destroying the jurisdiction of arbitral tribunals. They also ignore the pertinent fact that the very purpose of treaties is to constrain the freedom of State parties to them in order to ensure mutual benefit¹¹⁴. Investment promotion and protection provisions should be just that – *provisions that invite foreign investment by giving it effective legal protection*. Instead, due to the current climate of fear and misinformation, States are drafting defensive investment protection clauses solely with a view to narrowing their own potential liability as respondents. Approaching a treaty–negotiation process with such a one–sided vision does a disservice to investors.

VII. Avoiding the “Bunker” Mentality

So, you might ask, what is a country such as Spain, now faced with a growing number of investment cases against it, to do? It is not the first State forced to defend itself against a wave of international claims following an economic downturn, of course. Argentina exemplified the “recurrent Respondent” before investment tribunals during the early 2000s after its financial collapse. Others will follow in the future. Inevitably, States in this unfortunate predicament are always tempted to embrace the “bunker” mentality that focuses on protecting the national treasury over everything else. From a political standpoint, this may seem like the best way to placate a seething electorate that is unwilling to watch foreign investors recover their tax dollars. I understand that

¹¹² S. Jandhyala, “Bringing the State Back In: India's 2015 Model BIT”, *Colum. FDI Perspectives* (17 Aug. 2015).

¹¹³ *Vid. White Industries Australia Ltd v. India*, UNCITRAL Award (30 Nov. 2011).

¹¹⁴ S.M. Schwebel, “In Defense of Bilateral Investment Treaties”, *loc. cit.*

the Spanish General Election will be held in coming weeks¹¹⁵, so these considerations may be especially pertinent to some members of public office here now. The truth, however, is that the “bunker” approach is hopelessly short-sighted and ineffective.

Spain should by all means avoid the course of action pursued by Italy, which recently signaled its intention to denounce the ECT. Withdrawing from a treaty may make for good political theatre, but it usually accomplishes nothing positive. Italy’s action, for instance, will have no impact on the mass of looming claims against it because of the “sunset provisions” set forth in Article 47(3) of the ECT, which allow all ongoing claims to proceed and also allow any future claims for another 20 years with respect to past investments¹¹⁶. Italy’s move may also further deter potential new businesses from investing in a country now known for regulatory instability.

In terms of negotiating future treaties, Spain should look beyond the current atmosphere of hysteria and continue to support the inclusion of strong ISDS provisions in TTIP and in the other new multilateral treaties. It appears that Spain is doing so. Just this year, in the course of consultations regarding TTIP, the Government of Spain made clear its strong support for the inclusion of ISDS provisions, particularly because of the substantial international presence of its investors overseas¹¹⁷. Spain recognizes that these investors rely upon ISDS provisions as a fundamental tool for the protection of their investments, particularly in countries where legal uncertainty abounds¹¹⁸. Spain has also noted the important precedent that inclusion of ISDS provisions sets, particularly in ensuring that a country will be success-

¹¹⁵ The date of the election is not yet set although it must take place before 20 December 2015. While previously expected to take place in November 2015, the latest speculation puts the elections closer to the December 20 deadline.

¹¹⁶ ECF, Art. 47(3) (“The provisions of this Treaty shall continue to apply to Investments made in the area of a Contracting Party by Investors of other Contracting Parties or in the area of other Contracting Parties by Investors of that Contracting Party as of the date when that Contracting Party’s withdrawal from the Treaty takes effect for a period of 20 years from such date.”).

¹¹⁷ *Acuerdo de Asociación Transatlántica Sobre Comercio e Inversión (TTIP): Capítulo de Inversiones en el Acuerdo de la Unión Europea con Canadá (CETA) y Consulta de la Comisión en TTIP [Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): Investment Chapter in the EU–Canada Agreement (CETA) and Consultations with the Commission on TTIP]*, Ministerio de Economía y Competitividad, 9 (February 2015), <http://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-exterior/politica-comercial/relaciones-bilaterales-union-europea/america/PDF/TTIP/150220%20DG%20ISDS%20en%20CETA-TTIP.pdf>.

¹¹⁸ *Ibid.*

ful in including such provisions in future agreements¹¹⁹. Importantly, the Spanish Government also seems to have rightly recognized that adopting strong ISDS provisions will dramatically influence attracting new capital from U.S. investors¹²⁰. Spain is especially well-placed to take advantage of these benefits, given the prominence of U.S. investors in the Spanish economy¹²¹.

I also commend, for example, the country's Secretary of State for Trade for joining the ministers of 13 other EU Member States, including the Czech Republic, Portugal, Sweden, and UK, in sending a joint letter to EU Trade Commissioner last October pointing out that "many of the concerns about TTIP are based on misconceptions"¹²². Remembering that ISDS provisions were included in the negotiating mandate that all 28 Member States gave to the Commission in 2013, the letter urged the EU to "tackle those myths head on" and keep ISDS clauses in TTIP¹²³. I understand that leaders from Spain have also been partnering with European business groups, such as the Confederation of British Industry, in support of TTIP¹²⁴. Despite such positive indications that it has thus far refrained from adopting a "bunker" approach, however, Spain must remain vigilant. It must continue to support robust investor protections and resist attempts to backslide towards greater State control of the dispute process. Recent press reports indicating support from Spanish Government officials for the European Commission's proposal for a reformed ISDS system are a particular cause for concern, especially when this support is coming from the same officials who have fought so valiantly for vigorous investor protections in the past¹²⁵.

¹¹⁹ *Ibid.*, at 9.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Vid.* A. Bolaños, "Récord Inversor de Firmas de Estados Unidos en Sociedades Española [Record Investment by U.S. Firms in Spanish Companies]", *El País*, (Mar. 20, 2015), http://economia.elpais.com/economia/2015/03/20/actualidad/1426859431_255576.html.

¹²² Letter from 14 Ministers to Cecilia Malmström dated Oct. 21, 2014 (published in: Peter Spiegel, *Leaked Letter: 14 Ministers Take on Juncker over Trade*, *Financial Times* (Oct. 23, 2014)), available at <http://blogs.ft.com/brusselsblog/files/2014/10/ISDSLetter.pdf>.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Amid Slow Talks, EU Leaders Ponder How to Pitch TTIP to Skeptical Europe*, *Inside US Trade* (3 Apr. 2015).

¹²⁵ "España celebra borrador para resolución de disputas Estado-inversor con EEUU [Spain celebrates blueprint for resolving Investor-State disputes with the United States]", *El Correo* (7 May 2015), available at <http://www.elcorreo.com/agencias/201505/07/espania-celebra-borrador-para-383551.html>. (Original text: "El secretario de Estado español de Comercio, Jaime García-Legaz, manifestó hoy su buena acogida a la propuesta inicial presentada por la Comisión Europea (CE) para un siste-

These issues are not merely symbolic. Recall that economic patterns are cyclical, and Spanish investors will continue to need protections when they invest abroad, long after the solar claims come and go. Outbound Spanish investment has slowed in recent years, but over the two previous decades Spain amassed assets worth \$200 billion in Latin America and the country's total investment in the region ranked second only to that of the United States¹²⁶. Spanish firms like Telefónica and Santander became the giant companies they are today in large part because they established such a significant presence in Latin American – *i.e.*, *outside of Spain*¹²⁷. Officials of another well-known Spanish firm, Repsol, which endured a long dispute with Argentina after the State expropriated its interest in a local oil and gas operator, have been outspoken proponents of increasing the current investment protection regime to meet the needs of the business world¹²⁸. Spain would be acting directly against the interests of this segment of its population if it adopted investment-treaty policies aimed only at limiting exposure of respondent States and ignored the rights of their national investors abroad.

In terms of defending itself against the numerous claims now filed against it, the best thing a country like Spain can do is to engage excellent counsel that understand this field of work and can provide a broad range of advice. Some States faced with an array of investment claims against it require law firms to bid on representing it on a claim-by-claim basis. This is a mistake in my view. Retaining the same firm to take the lead on all of the cases enables you to save on costs and adopt a consistent approach in raising legal defenses, sharing evidence, combining witness interviews, managing Government resources, and so forth. A State may advance an interpretation as a disputing party that is in its short-term interest as a Respondent in that arbitration rather than in its long-term interest in the development of international law and in furthering the interests of its own nationals abroad. The lawyers who plead for a State in a dispute are frequently not the officials authorized to represent the State's international lawmaking position. I suggest that a State like Spain combine

ma de resolución de disputas Estado-inversor en el acuerdo comercial que negocia con Estados Unidos (TTIP)").

¹²⁶ "Latin America and Spain: Shoe on the Other Foot", *The Economist* (25 Jan. 2014); W. Chislett, "Spanish Direct Investment in Latin America", *Foreign Affairs* (Jan/Feb. 2004).

¹²⁷ "Latin America and Spain: Shoe on the Other Foot", *The Economist* (25 Jan. 2014).

¹²⁸ "London: Repsol's Perspective on EU Investment", *Global Arbitration Rev.* (24 Mar. 2013).

its resources so that the same people crafting the country's defenses in ongoing disputes also advise on the country's position with respect to the ISDS provisions to be found in TTIP and in other new multilateral treaties.

VIII. Glimmers of Hope

I have left many questions unanswered and I have painted a rather grim picture of the current state of affairs. But despair not! There are at least some silver linings in these clouds. A few examples:

To begin with, those in the arbitration community are fighting back. For example, Judge Schwebel's keynote address at last year's ICCA Congress and his more recent statements have vigorously defended international investment law¹²⁹. The Secretary-General of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce ("SCC") has been outspoken that the ISDS debate must be based "on a proper understanding of the functioning of the current system" and not be "dictated by strong opinions stemming from individual cases"¹³⁰. The SCC has taken a number of initiatives, including an ISDS blog to combat misinformation. It recently posted a fact sheet, pointing out that "extremely large multinationals represent only 8% of the total number of [ISDS] claimants"¹³¹. August Reinisch of the University of Vienna has also voiced support in favor of ISDS, explaining:

[ISDS] has long been considered a crucial ingredient of effective investment protection. The direct access of private parties to seek remedies for violations of substantive investment treatment standards has been regarded as an important contribution to enhance the effectiveness of investment protection by eliminating the need for an espousal of claims under the traditional diplomatic protection paradigm¹³².

As I noted before, the IBA released a statement on ISDS in April to correct "misconceptions and inaccurate information"¹³³. Among the

¹²⁹ Judge S.M. Schwebel, "Keynote at International Council for Commercial Arbitration Congress (6 April 2014)" available at http://www.arbitration-icca.org/AV_Library/ICCA_MIAMI_2014_Keynote_Stephen_Schwebel.html.

¹³⁰ A. Magnusson, "Need for Reform – Substance or Procedure?", *World Investment Forum 2014* (16 Oct. 2014).

¹³¹ Stockholm Chamber of Commerce, A Guide to ISDS: The Facts (13 Jan. 2015), available at http://sccinstitute.se/media/49781/isds_infographics_online.pdf.

¹³² A. Reinisch, "Putting the Pieces Together... an EU Model BIT?", *J. World Investment & Tr.*, 15, 2014, pp. 679 y 700–701.

¹³³ *Fact v. Fiction: The IBA Releases Statement on ISDS*, *Global Arbitration Review* (22 Apr. 2015).

myths that the statement debunked were that investors always win, that ISDS forces States to change their policies and law, that ISDS prevents States from regulating in the public interest, and that ISDS uses “secret tribunals”¹³⁴.

In addition, nearly 50 North American international law academics, lead by Andrea Bjorklund of McGill University and Susan Franck of Washington and Lee, defended ISDS in an open letter to members of the United States Government¹³⁵. It responded to a previous letter signed by other academics who oppose ISDS. A press release accompanying the second open letter rightly notes that the signatories of the first letter are not scholars of international law and may be unfamiliar with the subtleties of international dispute settlement¹³⁶.

Elsewhere in the United States, strong, reputable voices have refuted the populist message of the likes of Senator Elizabeth Warren, whose slashing anti-ISDS op-ed in the influential *Washington Post* I cited earlier. The White House Director of the National Economic Council, Jeffrey Zients, publishing a response to her on the White House’s blog, explained how Senator Warren had mischaracterized a number of individual cases, and emphasized:

The reality is that ISDS does not and cannot require countries to change any law or regulation. . . . It is an often repeated, but inaccurate, claim that ISDS gives companies the right to weaken labor or environmental standards . . .¹³⁷.

In fact, the *Washington Post* itself published its own editorial on 11 March entitled *Don’t Buy the Trade Deal Alarmism*, in which it confirmed that “[c]ritics trumpet ISDS horror stories, but upon closer inspection they generally turn out not to be so horrible”¹³⁸.

In April, President Obama also joined a conference call with reporters to refute arguments made by ISDS critics. The *Washington Post* reported his remarks:

¹³⁴ *Fact v. Fiction: The IBA Releases Statement on ISDS*, *Global Arbitration Review* (22 Apr. 2015).

¹³⁵ An Open Letter About Investor–State Dispute Settlement (Apr. 2015).

¹³⁶ A. Ross, “North American Academics Defend ISDS”, *Global Arbitration Rev.* (8 Apr. 2015).

¹³⁷ J. Zients, “Investor–State Dispute Settlement (ISDS) Questions and Answers”, *White House Blog* (26 Feb. 2015), available at <https://www.whitehouse.gov/blog/2015/02/26/investor-state-dispute-settlement-isds-questions-and-answers>.

¹³⁸ “The Post’s View: Don’t Buy the Trade Deal Alarmism”, *Washington Post* (11 Mar. 2015).

This is the notion that corporate America will be able to use this provision to eliminate our financial regulations and our food safety regulations and our consumer regulations. That's just bunk. It's not true. ISDS is a form of dispute resolution. It's not new. There are over 3,000 different ISDS agreements among countries across the globe. And this neutral arbitration system has existed since the 1950s¹³⁹.

Our Canadian neighbors to the north also appear to have taken steps in the right direction. Despite other regressive action in the NAFTA context¹⁴⁰, Canada has continued to pursue and conclude new investment treaties, including its recent ratification of the ICSID Convention, and it has been a vocal critic of South Africa's plans to terminate some of its BITs¹⁴¹.

Global business representatives are also increasingly stepping up in defense of strong investor protections, and they have gone so far as to label proposals to weaken ISDS protections and strengthen the role of the State a "complicated and misguided solution to a non-existent problem"¹⁴². Most recently, U.S. firms reacted critically to the European Commission's release of its draft text proposal in September, with the U.S. Chamber of Commerce releasing a statement indicating that "the U.S. business community cannot in any way endorse [the] EU proposal..."¹⁴³. Given the importance of such investment protections to international firms, we can hope that countries – including those like Spain which have prioritized the promotion of inward investment – will soon realize the importance of adopting more robust protections in order to gain a competitive advantage over their neighbors.

¹³⁹ *Vid.* G. Sargent, Is TPP trade deal a massive giveaway to major corporations? An exchange between Obama and Sherrod Brown, *Washington Post* (27 Apr. 2015).

¹⁴⁰ In July of 2001 Canada, and Mexico issued an alleged "interpretation" of the terms "fair and equitable treatment" and "full protection and security" found in NAFTA's Article 1105. It declared that those terms meant no more than the customary international law minimum standard. 'Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions', NAFTA (31 July 2001), available at http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11_understanding_e.asp ("The concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens."). This was just after the NAFTA arbitral tribunal in *Pope & Talbot* had decided to the contrary, branding Canada's contention that became enshrined in the later "interpretation" as "a patently absurd result." *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, Award on the Merits of Phase 2 dated 10 April 2001, ¶ 118.

¹⁴¹ A.T. Katselas, "Exit, Voice, and Loyalty...", *loc. cit.*, pp. 313 y 364–65.

¹⁴² R. Brevetti, "Business Reps Criticize EC Proposal on Investment Court", *Bloomberg L. Int'l Trade Daily* (21 Sept. 2015).

¹⁴³ T. Fairless, "EU Proposes New Trans-Atlantic Court for Trade Disputes", *Wall Street J.* (16 Sept. 2015).

IX. Conclusion

My fellow arbitration colleagues, let's keep this discussion alive. As countries like Spain strive to keep a balanced perspective during these turbulent times, I would encourage all to adopt a long-term mindset so as to avoid the "bunker mentality." Above all else, please keep in mind the words of Judge Schwebel: "International investment law is a profoundly progressive development of international law: it should be nurtured rather than restricted and denounced"¹⁴⁴. It is no time for "NEO-NIEO" and it is no time to be deterred by fear of an oncoming apocalypse! I thank you for this opportunity to speak with you.

Bibliografia

- ABELL, L.: "Disarming the Italian Torpedo: The 2006 Italian Arbitration Law Reforms as a Small Step Toward Resolving the *West Tankers* Dilemma", *Am. Rev. Int'l Arb.*, 24, 2013, pp. 335 ss.
- BREVETTI, R.: "Business Repts Criticize EC Proposal on Investment Court", *Bloomberg L. Int'l Trade Daily* (21 Sept. 2015).
- BROWER, Ch. N. & MELIKIAN, S.: "'We Have Met the Enemy and He Is Us!' Is the Industrialized North 'Going South' on Investor-State Arbitration?", *Arb. Int'l*, 31, (Mar. 2015), pp. 19 ss.
- BROWER, Ch. N. & BLANCHARD, S.: "What's in a Meme? The Truth About Investor-State Arbitration: Why it Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States", *Columbia J. Trans'l L.*, 52, 2014.
- BROWER, Ch. N. & SCHILL, S.W.: "Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chi J. Int'l L.*, 9, 2009, pp. 471 ss.
- BROWER, Ch. N. & BLANCHARD, S.: "From 'Dealing in Virtue' to 'Profiting from Injustice': The Case Against 'Re-Statification' of Investment Dispute Settlement", *Hrvd. Int'l L.J.*, 55, 2014, pp. 45.ss.
- BROWER, Ch. N. & ROSENBERG, Ch.: "The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators Are Untrustworthy is Wrongheaded", *World Arbitration & Mediation Rev.*, 6, n° 3, 2012, pp. 619-628.
- BROWER, Ch.N. & BLANCHARD, S.: "From 'Dealing in Virtue' to 'Profiting from Injustice': The Case Against 'Re-Statification' of Investment Dispute Settlement", *Hrvd. Int'l L.J.*, 55, 2014, pp. 45 ss.
- BROWER, Ch.N., PULOS, M. & ROSENBERG, Ch.: "So Is There Anything Really Wrong with International Arbitration as We Know It?", *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (2012).

¹⁴⁴ S.M. Schwebel, "In Defense of Bilateral Investment Treaties", *loc. cit.*

- FIKENSCHER, W. & Lamb, I.: "The Principles of Free and Fair Trading and of Intellectual Property Protection in the Legal Framework of a New International Economic Order", *Reforming the International Economic Order* (Thomas Oppermann & Ernst-Ulrich Petersmann eds.), 1987.
- FRANCK, S.: "Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration", *Hrvd Int'l L. J.*, 50, 2009, pp. 435 ss.
- JANDHYALA, S.: "Bringing the State Back In: India's 2015 Model BIT", *Colum. FDI Perspectives* (17 Aug. 2015).
- JONES, T.: "Italy and Spain Feel the Heat", *Global Arbitration Rev.* (17 Aug. 2015).
- KARADELIS, K.: "Germany Shuns Arbitration in EU-US Treaty", *Global Arbitration Rev.* (19 Mar. 2014).
- KATSELAS, A.T.: "Exit, Voice, and Loyalty in Investment Treaty Arbitration", *Neb. L. Rev.*, 93, 2014, pp. 313-365.
- LESTER, S.: "Reforming the International Investment Law System", *Md. J. Int'l L. & Trade*, 30, 2015, pp. 70 ss.
- MAGNUSSON, A.: "Need for Reform – Substance or Procedure?", *World Investment Forum 2014* (16 Oct. 2014).
- MANN, H.: "ISDS: Who Wins More, Investors or States?", *Investment Treaty News* (24 June 2015).
- MAZZINI, G.: "The European Union and Investor-State Arbitration: A Work in Progress", *Am. Rev. Int'l Arb.*, 24, 2013, pp. 611-626.
- PARK, W.W.: *Arbitration of International Business Disputes*, 2d ed., 2012.
- REINISCH, A.: "Putting the Pieces Together... an EU Model BIT?", *J. World Investment & Tr.*, 15, 2014, pp. 679 ss.
- ROSENNE, S.: *The World Court: What it Is and How it Works*, Dordrecht / Boston / Londres, Nijhoff, 1995.
- ROSS, A.: "North American Academics Defend ISDS", *Global Arbitration Rev.* (8 Apr. 2015).
- SCHWEBEL, S.M.: "In Defense of Bilateral Investment Treaties", *Columbia FDI Perspectives* (24 Nov. 2014); Judge S.M. Schwebel, "Keynote at International Council for Commercial Arbitration Congress" (6 Apr. 2014) available at http://www.arbitration-icca.org/AV_Library/ICCA_MIAMI_2014_Keynote_Stephen_Schwebel.html.
- SCHWEBEL, S.M.: "The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards", *Justice in International Law: Further Selected Writings of Stephen M. Schwebel*, Cambridge University Press, 2011, pp. 246 ss.
- YOUNG, L.: "Spain Faces 20th Renewable Energy Claim at ICSID", *Global Arbitration Rev.* (27 Aug. 2015).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y la ley aplicable al arbitraje comercial internacional: comentarios sobre tres supuestos comunes

Franco FERRARI *

Sumario: I. La aplicabilidad de la CNUCCIM como parte de la ley elegida expresamente por las partes. II. La CNUCCIM se aplica cuando los requisitos del art. 1.1º.a) se cumplen y la CNUCCIM no ha sido excluida por las partes. III. La aplicabilidad de la CNUCCIM en ausencia de elección de ley aplicable y el “enfoque directo” para determinar las normas sustantivas aplicables. IV. La aplicabilidad de la CNUCCIM en ausencia de elección de ley aplicable: el “enfoque indirecto”.

Resumen: La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y la ley aplicable al arbitraje comercial internacional: comentarios sobre tres supuestos comunes

Este artículo examina la aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en procedimientos arbitrales. El punto de partida para este análisis lo constituyen tres supuestos que reflejan situaciones que frecuentemente surgen en el ámbito del arbitraje. Al hilo de la discusión sobre la aplicabilidad de la CNUCCIM a estas situaciones, este artículo trata también temas más generales, como el efecto de las reservas en el ámbito arbitral y la manera en que los tribunales arbitrales identifican la ley aplicable al fondo del asunto.

Palabras clave: CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS – APLICABILIDAD – LEY APLICABLE AL FONDO DEL ASUNTO – ENFOQUE DIRECTO – ENFOQUE INDIRECTO.

Abstract: *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Applicable Law in International Commercial Arbitration: Comments on three Common Assumptions*

* Professor of Law, Director, Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law, .New York University School of Law.

This paper examines the applicability of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods in arbitral proceedings. The starting point of the analysis is constituted by three hypotheticals reflecting situations that often come up in an arbitral setting. In the context of the discussion of the applicability of the CISG to these situations, the paper also addresses issue of a more general nature, such as the effect of reservations in arbitral settings as well as how arbitral tribunals identify the law applicable to the merits

KEY WORDS: UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS – APPLICABILITY – LAW APPLICABLE TO THE MERITS – VOIE DIRECTE, VOIE INDIRECTE.

I. La aplicabilidad de la CNUCCIM como parte de la ley elegida expresamente por las partes

Es comúnmente sabido que muchos contratos que incluyen un acuerdo de arbitraje también especifican la ley aplicable a cuestiones sustantivas del propio contrato¹. Cuando han negociado el tipo de foro apropiado, es probable que las partes hayan considerado también la cuestión de la ley aplicable, especialmente cuando las partes han empleado cláusulas arbitrales recomendadas, como la de la LCIA², la cual sugiere también incluir específicamente en el contrato una cláusula de elección de ley aplicable³. Es por ello que el primer supuesto a tratar se refiere a las disputas que surgen de contratos internacionales de compraventa entre partes con establecimientos en diferentes Estados Contratantes y que incluyen una cláusula de elección de la ley aplicable estableciendo que: “Este contrato se regirá por las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América”.

En la opinión de este autor, la CNUCCIM aplica a disputas que surgen de contratos que contienen una cláusula de elección de ley aplicable similar, sin importar el enfoque que uno adopte sobre la cuestión

¹ Vid. Berger/Kellerhals, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, 2006, p. 449; Brunet/Johnson, “Substantive Fairness in Securities Arbitration”, *University of Cincinnati L. Rev.*, 76, 2008, pp. 459, 464–465; Croff, “The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem?”, *International Lawyer*, 16, 1982, pp. 613, 615; Derains/Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2ª ed., 2005, p. 234.

² LCIA, Cláusulas Arbitrales Recomendadas, disponible en <<http://www.lcia-arbitration.com>> (visitado por última vez el 17 marzo 2015) (recomendando una cláusula arbitral modelo que también especifica que “[l]a ley que regirá el contrato será la ley sustantiva de [una jurisdicción en concreto]”).

³ Para esta conclusión, *vid.* también, Silberman/Ferrari, “Getting to the law applicable of the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong”, en *Conflict of Laws in Int’l Arb.*, (F. Ferrari/S. Kröll, eds.), 2011, pp. 257, 260.

de cómo los tribunales arbitrales deben tratar en general el tema de la aplicabilidad de los tratados de Derecho sustantivo uniforme como la CNUCCIM.

Conforme a otros autores, la razón por la que los tribunales arbitrales tiene que aplicar la CNUCCIM en casos como el presente, en el que las partes han elegido que la ley de un Estado Contratante de la CNUCCIM aplique a su contrato, está ligado a la autonomía que las normas aplicables conceden a las partes para determinar la ley aplicable al fondo de la disputa, y ello independientemente de si los requisitos de aplicabilidad de la CNUCCIM *stricto sensu* (establecidos en los arts. 1.1^o.a) y 1.1^o.b) CNUCCIM) se cumplen y de si la sede del arbitraje está situada en un Estado Contratante. Cuando las normas aplicables permiten a las partes elegir la ley (o las normas jurídicas) aplicables al fondo de la disputa, como así lo permiten tanto la mayoría de los reglamentos de arbitraje como las normas domésticas sobre arbitraje internacional⁴, como es el caso cuando siguen la Ley Modelo de la CNUDMI, y las partes han acordado aplicar la ley de un Estado Contratante de la CNUCCIM, la CNUCCIM se aplica como parte de la ley elegida.

La solución referida ha sido habitualmente defendida por la doctrina. En 2013, varios autores propugnaban esta solución cuando afirmaban que “[e]n procedimientos de arbitraje, si las partes de un contrato internacional de compraventa eligen la ley de un estado contratante de la CNUCCIM como la ley aplicable (y no la Convención directamente), el tribunal arbitral aplicará la CNUCCIM como parte integral de la ley del estado de la misma manera que un tribunal nacional”⁵. Ese mismo año, otro autor afirmó que “la elección de la ley de un Estado Contratante de la Convención de Viena [sobre Compraventa] equivale a la elección de la Convención por las partes en cuanto a las materias regidas por la Convención, y a la elección del Derecho interno en materias excluidas del ámbito de aplicación de la Conven-

⁴ Vid. Audit, “Choice of the Applicable Law by the Parties”, en *The Application of Substantive Law by International Arbitrators* (Bortolotti/Mayer, eds.), 2014, pp. 10, 10–11; Born, *International Commercial Arbitration*, 2^a ed., 2014, pp. 2621 y 2625; Fouchard et al., *International Commercial Arbitration* ¶ 1421 (Gaillard/Savage eds.), 1999; Webster, *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, 2010, pp. 511 ss..

⁵ Janssen/Spilker, “The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2013, pp. 131, 136.

ción”⁶. No solo eso, sino que ese mismo autor fue más allá y afirmó que “[l]a doctrina es unánime en este punto”⁷.

A la luz de esta última cita, resulta sorprendente que haya muchos otros autores que sostengan que en el ámbito del arbitraje, como en el ámbito de los tribunales estatales, “[l]a elección de la ley de un Estado Contratante conlleva la aplicación de la CNUCCIM [...]. La CNUCCIM se aplica porque (i) forma parte de la ley elegida por las partes y (ii) sustituye al Derecho doméstico sobre compraventa”⁸. Los tribunales estatales⁹ y arbitrales¹⁰, también han sostenido que la elección de la

⁶ De Aguilar Viera, “La Convention de Vienne et l’arbitrage: Perspectives en droit brésilien”, *Unif. L. Rev.*, 2013, pp. 606, 616.

⁷ *Ibid.*

⁸ Schmidt-Ahrendts, “CISG and Arbitration”, *Annals of the Faculty of Law – Belgrade Law Review*, 2011, pp. 211, 215; *vid.* también, Petrochilos, *Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention*, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/petrochilos.html>>.

⁹ *Vid.*, *inter alia*, Tribunal Supremo Alemán, 11 mayo 2010, disponible en <<http://www.globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/2125.pdf>> (aplicando la CNUCCIM debido a la elección de ley alemana en un contrato entre una parte alemana y una inglesa); Hof Beroep Gent, 17 mayo 2002, disponible en <<http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/2002-05-17.htm>> (aplicando la CNUCCIM debido a la elección de ley francesa como ley aplicable); Tribunal Supremo Francés, 17 diciembre 1996, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961217f1.html>> (anulando la decisión del tribunal de apelación de no aplicar la CNUCCIM a un contrato celebrado entre un vendedor francés y un comprador irlandés que incluía una cláusula de elección de ley en favor de la ley de un Estado Contratante); Landgericht Kassel, 15 febrero 1996, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960215g1.html>> (la elección de ley alemana conllevó la aplicación de la CNUCCIM); Rechtbank s’Gravenhage, 7 junio 1995, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950607n1.html>> (aplicando la CNUCCIM debido a una elección de la ley belga como ley aplicable al contrato); Oberlandesgericht Köln, 22 febrero 1994, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940222g1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato celebrado entre un vendedor belga y un comprador alemán en virtud de la elección de las partes en favor de la ley alemana como la ley aplicable y, por tanto, la ley de un Estado Contratante); Oberlandesgericht Düsseldorf, 8 enero 1993, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930108g1.html>> (aplicando la CNUCCIM –en virtud de la elección de ley alemana– a un contrato celebrado entre un vendedor turco y un comprador alemán en un momento en el que Alemania era un Estado Contratante pero Turquía no).

¹⁰ *Vid.*, *v.gr.*, Corte de Arbitraje para el Comercio Internacional Adjunta a la Cámara de Comercio Serbia en Belgrado, Laudo Arbitral de 6 mayo 2010, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100506sb.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre una parte con su establecimiento en Serbia y una parte con su establecimiento en Bosnia y Herzegovina debido a la elección de “la ley de la República de Serbia”); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 12173 (laudo parcial), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/0412173i1.html>> (aplicando la CNUCCIM debido a un acuerdo en favor de la aplicación de la ley suiza al contrato); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 12097, resumen disponible en <<http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=cas&id=1434&step=Abstract>> (aplicando la CNUCCIM en virtud de una elección de “la

ley de un Estado Contratante conlleva la aplicabilidad de la CNUCCIM como parte de la ley de ese Estado¹¹.

Lo que se acaba de decir es cierto incluso cuando la ley elegida, como en el supuesto presente, es la de un Estado que no ha realizado una reserva de las contempladas en el art. 95, conforme a la cual el Estado “no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1) del art. 1 de la presente Convención”, dado que la reserva únicamente vincula a los tribunales del Estado que la realiza, como se ha señalado frecuentemente¹². En efecto, “una declaración de las contempladas en el art. 95 CNUCCIM no tiene efecto *erga omnes*, ni debe ser tomada en cuenta por los tribunales de otros Estados cuando aplican el art. 1.1º.b) CNUCCIM –la relevancia de la reserva contemplada en el art. 95 CNUCCIM, en resumen, se limita exclusivamente al Estado que

legislación de Suecia y lo estándares generalmente aceptados del comercio internacional” a un contrato entre una parte de Finlandia y una parte de Francia); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 11333, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021333i1.html>> (aplicando la CNUCCIM debido a la elección de la ley francesa como aplicable a un contrato entre una parte alemana y una parte canadiense); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 9187, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=466&step=FullText>> (aplicación de la CNUCCIM debido a la elección de las partes de la ley suiza como la ley aplicable a su contrato); Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21 marzo 1996, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato celebrado entre un comprador alemán y un vendedor de Hong Kong en virtud de la elección de la ley alemana como la ley aplicable al contrato); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 8324, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato de compraventa en virtud de la elección de la ley francesa, Estado Contratante, como la ley aplicable); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7565, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947565i1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre una parte belga y una americana debido a la elección de “las leyes de Suiza” como ley aplicable); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 6653, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>> (aplicación de la CNUCCIM sobre la base de que las partes habían elegido la ley francesa como la ley aplicable a un contrato entre una parte alemana y una siria).

¹¹ Vid. también Ferrari, *Contracts for the International Sale of Goods*, 2ª ed., 2012, pp. 78–79.

¹² Vid. G. Bell, “Why Singapore Should Withdraw Its Reservation to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, *Singapore Yearb. Int'l. L.*, 2005, pp. 55, 62–65; Czwerwenka, “Anwendung des Einheitlichen Kaufgesetzes zwischen deutschen und englischen Parteien”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1986, pp. 293, 294; Ferrari, en *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG Art. 1 ¶ 78* (Ingeborg Schwenzer, ed., 6ª ed., 2013; Piltz, *Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung*, 2ª ed., 2008, p. 58; Torsello, “Reservations to international uniform commercial law Conventions”, *Unif. L. Rev.*, 2000, pp. 85, 108–109; *contra* Benicke, en 3 *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Art. 1 CISG* ¶ 3ª ed., 2013, p. 39.

realiza la reserva—¹³. Ciertamente, como se ha afirmado a menudo, no hay por ejemplo ninguna obligación de Derecho internacional público que obligue a tener en cuenta la reserva a los tribunales de los Estados Contratantes que no la han realizado¹⁴. Más aún, y de mayor importancia para el supuesto que nos ocupa, la reserva del art. 95 tampoco vincula a los tribunales arbitrales¹⁵, requiriendo por tanto la aplicación de la CNUCCIM incluso cuando la ley elegida por las partes, como en el supuesto en cuestión, es la de un Estado Contratante que no ha realizado la reserva del art. 95.

En la situación que nos ocupa, el resultado no habría sido diferente incluso si el Tribunal Arbitral tuviese en cuenta la reserva del art. 95 realizada por los EE UU¹⁶. En efecto, como la jurisprudencia muestra claramente, incluida la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos¹⁷, *v.gr.*, los asuntos *It's Intoxicating, Inc., Plaintiff, v. Maritim*

¹³ Schroeter, “Backbone or Backyard of the Convention? The CISG’s Final Provisions”, en *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday* (Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter eds.), 2008, pp. 425, 447; *vid.* también, CISG-AC Opinion No. 15, *Reservations under Articles 95 and 96 CISG* (Rapporteur: Schroeter), disponible en <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op15.html>>.

¹⁴ *Vid.* Kindler, “Die Anwendungsvoraussetzungen des Wiener Kaufrechtsübereinkommens der Vereinten Nationen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1988, pp. 776, 778; Ferrari, *La vendita internazionale*, 2ª ed., 2006, p. 106; Ferrari, “Short notes on the impact of the Article 95 reservation on the occasion of Prime Start Ltd. v. Maher Forest Products Ltd. et al., 17 julio 2006”, *Internationales Handelsrecht*, 2006, pp. 248, 251; Mankowski, en *Internationales Vertragsrecht* Art. 95 CISG (Franco Ferrari et al. eds., 2ª ed.), 2012, ¶ 10.

¹⁵ *Vid.* Mayer, “L’application par l’arbitre des conventions internationales de droit privé”, en *L’internationalisation du droit: Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, 1994, pp. 275, 282; Petrochilos, *supra* nota 8.

¹⁶ Para una conclusión similar, aunque en un contexto diferente, es decir, al discutir los efectos de la reserva del art. 95 sobre los tribunales arbitrales en ausencia de una elección de ley aplicable por las partes, Janssen/Spilker, *supra* nota 5, en 142.

¹⁷ Para casos similares al que nos ocupa, en el que los tribunales han aplicado la CNUCCIM a un contrato en el cual ambas partes tenían sus establecimientos en Estado Contratantes de la CNUCCIM y el contrato incluía una cláusula de elección de ley en favor de las leyes de un Estado de EE UU. En contra *vid.* *American Biophysics v. Dubois Marine Specialties, a/k/a Dubois Motor Sports*, U.S. Dist. Ct. (R.I.) 30 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060130u1.html>> (descartando la aplicación de la CNUCCIM a la luz de una elección de ley aplicable en favor de “las leyes del Estado de Rhode Island”), para una correcta crítica de esta sentencia, *Vid.* Hollman, “§ 1301 Form 4. Clause selecting applicable law—Opt out election from the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, en *West’s California Code Forms with Commentaries*, 3ª ed., 2013; Johnson, “Understanding Exclusion of the CISG: A new Paradigm of Determining Party Intent”, *Buffalo L. Rev.*, 59, 2011, pp. 213, 215.

*Hotelgesellschaft mbH and Daniela Zimmer*¹⁸, *Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*¹⁹, *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.*²⁰, *Valero Marketing & Supply Co. v. Greeni Oy*²¹ o *Asante Techs., Inc. v. PMC-Sierra, Inc.*²², los tribunales del país cuya ley ha sido elegida aplicarían la CNUCCIM en el supuesto presente, puesto que las partes en disputa tenían, en el momento de la celebración del contrato, su establecimiento pertinente en (distintos) Estados Contratantes de la CNUCCIM, haciendo por tanto que la reserva del art. 95 devenga irrelevante. En efecto, como se ha señalado²³, incluso en los tribunales de los Estados que hayan realizado la reserva del art. 95²⁴ la CNUCCIM

¹⁸ U.S. Dist. Ct. (M.D. Penn.), 13 julio 2013, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/130731u1.html>> (aplicación de la CNUCCIM a un contrato entre partes las cuales ambas tienen su establecimiento en Estados Contratantes de la CNUCCIM, incluso a pesar de que el contrato contenía una cláusula estableciendo que se regiría por “la ley del Estado de Pensilvania”)

¹⁹ U.S. Dist. Ct. (Minn.), 31 enero 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>> (aplicación de la CNUCCIM por un tribunal federal de Estados Unidos a un contrato celebrado entre partes que estaban situadas ambas en Estados Contratantes (EE.UU. y Canadá), el cual las partes habían acordado se regiría por las leyes de un Estado de EE.UU., en concreto Minnesota)

²⁰ U.S. Dist. Ct. (M. D. Pa.), 16 agosto 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050816u1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre dos partes de Estado Contratantes (EE.UU. y Canadá) que contenía una cláusula eligiendo la ley de Georgia como la ley que regiría las disputas dimanantes del contrato).

²¹ U.S. Dist. Ct. (N.J.), 15 junio 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050615u1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato EE.UU./Finlandés que incluía una cláusula en favor de la ley de Nueva York)

²² U.S. Dist. Ct. (N.D. Cal.), 27 julio 2001, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre una parte con su establecimiento en Canadá y otra con su establecimiento en Estados Unidos, el cual las partes habían acordado se regiría por las leyes del Estado de California).

²³ Se ha señalado a menudo que la reserva del Art. 95 no afecta a la aplicabilidad de la CNUCCIM en virtud del Art. 1.1º.a); *vid.*, *v.gr.*, Bell, *supra* nota 12, en 56; Ferrari, *supra* nota 11, en 84–85; Janssen/Spilker, *supra* nota 5, en 140 nota 33; Mankowski, *supra* nota 14, en ¶ 4; Sannini, *L'applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale negli Stati Uniti*, 2006, p. 75; Schlechtriem/Witz, *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale marchandises*, 2008, pp. 19, 20.

²⁴ *Vid.*, aparte de las sentencias citadas en la nota 16, *CSS Antenna, Inc. v. Amphenol-Tuchel Electronics, GmbH*, U.S. Dist. Ct. (Ml.), 8 febrero 2011, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110208u1.html>>; *Hanwha Corporation v. Cedar Petrochemicals, Inc.*, U.S. Dist. Ct. (S.D.N.Y.), 18 enero 2011, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110118u1.html>>; *Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centrisys Corporation et al.*, U.S. Dist. Ct. (E.D. Cal.), 21 enero 2010, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html>>; *Electrocraft Arkansas, Inc. v. Electric Motors, Ltd et al.*, U.S. Dist. Ct. (E.D. Ark. W.D.), 23 diciembre 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091223u1.html>>; *Doolim Corp. v. RDoll, LLC*, et

puede ser aplicable conforme al art. 1.1^o.a) CNUCCIM, pues la reserva del art. 95 no tiene ninguna influencia sobre la aplicabilidad de la CNUCCIM conforme al art. 1.1^o.a)²⁵, ni siquiera en los tribunales de los Estados que han realizado la reserva²⁶.

Por supuesto, para que la elección de la ley de un Estado Contratante conlleve la aplicación de la CNUCCIM según el enfoque aquí explicado, es necesario, como ya se ha mencionado, que el reglamento de arbitraje aplicable permita a las partes elegir la ley aplicable al fondo de la controversia, como hacen la mayoría de los reglamentos.

al., U.S. Dist. Ct. (S.D.N.Y.) 29 mayo 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090529u1.html>>; *Miami Valley Paper, LLC v. Lebbing Engineering & Consulting GmbH*, U.S. Dist. Ct. (S.D. Ohio W.D.) 26 marzo 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090326u1.html>>; Tribunal de Distrito de Komarno, 12 marzo 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090312k1.html>>; *Forestal Guarani, S.A. v. Daros International, Inc.*, U.S. Dist. Ct., 7 octubre 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081007u1.html>>; *Norfolk Southern Railway Company v. Power Source Supply, Inc.*, U.S. Dist. Ct. (W.D. Penn.) 25 julio 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080725u1.html>>; Tribunal Supremo de la República Eslovaca, 19 junio 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080619k1.html>>; Tribunal Regional de Zilina, 18 junio 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070618k1.html>>; Tribunal de Distrito de Dolny Kubin, 17 junio 2008, disponible en inglés en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080617k1.html>>; *BTC-USA Corporation v. Novacare et al.*, U.S. Dist. Ct. (Minn.), 16 junio 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080616u1.html>>; *Zhejiang Shaoxing Yongli Printing and Dyeing Co., Ltd v. Microfl ock Textile Group Corporation*, U.S. Dist. Ct. (S.D. Fla.), 19 mayo 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080519u2.html>>; *Solae, LLC v. Hershey Canada, Inc.*, U.S. Dist. Ct. (Dela.) 9 mayo 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080509u1.html>>; Tribunal Supremo de Eslovaquia, 30 de abril de 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080430k1.html>>; *Sky Cast, Inc v. Global Direct Distribution, LLC*, U.S. Dist. Ct. (E.D. Kentucky), 18 marzo 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080318u1.html>>.

²⁵ Vid. Ferrari, *supra* nota 14, en 249; para esta conclusión, Vid., más recientemente, CISG-AC Opinion No. 15, *Reservations under Articles 95 and 96 CISG* (Rapporteur: Schroeter), disponible en <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op15.html>>.

²⁶ *Valero Marketing & Supply Co. v. Greeni Oy*, U.S. Dist. Ct. (N.J.), 15 junio 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050615u1.html>>, afirmando que “[e]stá claro que la Convención aplica cuando tanto el comprador como el vendedor están en Estados Contratantes, como es el caso aquí (Finlandia y Estados Unidos son ambos Estados Contratantes de la CNUCCIM). La decisión de los Estados Unidos de quedar fuera del art. 1.1^o.b) no tiene relevancia alguna para el caso en cuestión”. Vid. también CISG-AC Opinion No. 15, *Reservations under Articles 95 and 96 CISG* (Rapporteur: Schroeter), disponible en <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op15.html>>.

II. La CNUCCIM se aplica cuando los requisitos del art. 1.1º.a) se cumplen y la CNUCCIM no ha sido excluida por las partes

Conforme a algunos autores, en lugar de analizar primero la ley elegida por las partes como se mantiene por parte de los defensores del enfoque explicado anteriormente, los tribunales arbitrales deberían proceder de una manera que imite el enfoque adoptado por los tribunales estatales.

En otras palabras, los tribunales arbitrales deberían analizar primero los requisitos de aplicabilidad establecidos en la propia CNUCCIM, en concreto aquellos que se encuentran recogidos en los arts. 1.1º.a) y 1.1º.b)²⁷, al menos si la sede del arbitraje está situada en un Estado Contratante de la CNUCCIM, sin olvidar, no obstante, que “las dos reglas en los sub–apartados (a) y (b) son independientes y alternativas, siendo esta última auxiliar respecto de la anterior”²⁸.

Por tanto, como frecuentemente han señalado la jurisprudencia²⁹ y la doctrina³⁰ así como la propia CNUDMI³¹, “[s]i los requisitos del 1.1º.a) se cumple, un análisis del 1.1º.b) resulta superfluo”³². Esto no significa que una elección de la ley aplicable, como la realizada en el supuesto en cuestión, no deba ser tenida en cuenta por el tribunal arbitral solo porque los

²⁷ Benicke, *supra* nota 12, en ¶ 41; Ferrari, *supra* nota 11, pp. 92–93.

²⁸ Petrochilos, *supra* nota 8.

²⁹ *Vid.* Amtgericht Sursee, 12 septiembre 2008, disponible en <<http://globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/1728.pdf>>; Tribunal Supremo Italiano, 20 septiembre 2004, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040920i3.html>>; Tribunal Supremo Austriaco, 10 septiembre 1998, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980910a3.html>>; Tribunal Supremo Alemán, 11 diciembre 1996, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961211g1.html>>.

³⁰ *Vid.*, *v.gr.*, Bell, “The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Pace International L. Rev.*, 1996, pp. 237, 247; Boschiero, “Le Convenzioni di diritto materiale uniforme”, en *Trattato di diritto privato*, vol. 21, 1987, pp. 259, 269; Ferrari, *supra* nota 11, p. 61; Herber/Czerwenka, *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. april 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf* 19 (1991); Sacerdoti, “I criteri di applicazione della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: diritto uniforme, diritto internazionale privato e autonomia dei contratti”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 733, 738.

³¹ *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees* (Vienna, 10 de marzo – 11 abril 1980) 15 (Naciones Unidas ed., 1981).

³² Petrochilos, *supra* nota 8.

requisitos del art. 1.1^o.a) se cumplan, sino que, más bien, significa meramente que tal elección jugará un papel diferente conforme al enfoque aquí tratado. A los efectos de la aplicabilidad de la CNUCCIM al supuesto que nos ocupa, el resultado de este enfoque no difiere en absoluto del explicado anteriormente: La CNUCCIM seguirá aplicando al contrato. El enfoque que se acaba de describir, el cual imita el usado por los tribunales estatales, ha sido frecuentemente adoptado por los tribunales arbitrales para justificar la aplicación de la CNUCCIM^{33 34} y, dado el supuesto presente, también conlleva la aplicación de la CNUCCIM al contrato en cuestión por virtud del art. 1.1^o.a). Ello se debe a que las partes del contrato tenían, en el momento de su celebración, su establecimiento relevante en (distintos) Estados Contratantes de la CNUCCIM, haciendo por tanto claramente aplicable la CNUCCIM conforme al art. 1.1^o.a). La aplicabilidad de la CNUCCIM en virtud del art. 1.1^o.a) –y el hecho de que haga innecesario acudir al art. 1.1^o.b), como se ha mencionado antes– no hace, sin embargo, que un acuerdo de elección de la ley aplicable devenga irrelevante. Los tribunales arbitrales no pueden ignorar los acuerdos de elección de ley aplicable cuando se refieren a la disputa que se les presenta, incluso cuando la CNUCCIM aplica, como en el supuesto que nos ocupa, conforme al art. 1.1^o.a). En efecto³⁵, al igual que los tribunales estatales^{36 37 38}, los tribunales arbitra-

³³ Para tribunales arbitrales aplicando la CNUCCIM en virtud del art. 1.1^o.a), *Vid., v.gr.*, Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 9887, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=469&step=FullText>> (localización de establecimiento de las partes no especificado); Corte de Arbitraje Adjunta a la Cámara de Comercio e Industria Húngara, Laudo Arbitral n. Vb/97142, *Transportrecht–Internationales Handelsrecht* (2000) 16 (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre un vendedor húngaro y un comprador austriaco).

³⁴ Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Húngara, 5 diciembre 1995, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=181&step=FullText>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre un vendedor húngaro y un comprador austriaco); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7531, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=139&step=FullText>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato celebrado entre un comprador austriaco y un vendedor chino sobre la base de que las partes tenían sus establecimientos en dos Estados Contratantes); Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7331, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=140&step=FullText>> (aplicando la CNUCCIM en virtud del art. 1.1^o.a) CNUCCIM, puesto que las partes tenían sus establecimientos en diferentes Estados Contratantes, en concreto Yugoslavia e Italia)

³⁵ *Vid., v.gr.*, *Gerechthof Arnhem*, 9 marzo 2010, caso n. 104.002.936, sin publicar; *Kantonsgericht St. Gallen*, 15 enero 2010, disponible en <<http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/2159.pdf>>; *Oberlandesgericht Hamm*, 2 abril 2009, disponible en <<http://www.globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/1978.pdf>>; *Tribunale di Forlì*, 16 febrero 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html>>; *Rechtbank Breda*, 16 enero 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace>

les deberán determinar si la elección hecha por las partes equivale a una exclusión de la CNUCCIM (que, de lo contrario, sería aplicable), exclusión que las partes son libres de realizar conforme al art. 6 CNUCCIM. Por tanto, la ausencia de exclusión de la CNUCCIM puede ser considerada como un requisito (negativo) de aplicabilidad³⁹.

edu/cases/090116n1.html>; Polymeles Protodikio Athinon, caso n. 2282/2009 (sin fecha indicada), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/092282gr.html>>; Polimeles Protodikio Athinon, caso n.4505/2009 (sin fecha indicada), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html>>; Tribunale di Forlì, 11 diciembre 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081211i3.html>>; Kantonsgericht Zug, 27 noviembre 2008, traducción disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081127s1.html>>;

³⁶ Hof van Beroep Ghent, 14 noviembre 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081114b1.html>>; *Forestal Guarani, S.A. v. Daros International, Inc.*, U.S. District Court, New Jersey, 7 octubre 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081007u1.html>>; *Zhejiang Shaoxing Yongli Printing and Dyeing Co., Ltd v. Microflock Textile Group Corporation*, U.S. District Court, Southern District of Florida, 19 mayo 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080519u2.html>>; Oberlandesgericht Innsbruck, 18 diciembre 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071218a3.html>>.

³⁷ Oberlandesgericht Linz, 24 septiembre 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070924a3.html>>; Tribunal Supremo Francés, 20 febrero 2007, disponible en <<http://www.cisg-france.org/decisions/200207v.htm>>; *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, U.S. Dist. Ct. (Minn.), 31 enero 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>>; Tribunal Supremo Suizo, 20 diciembre 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061220s1.html>>; Rechtbank Arnhem, 28 junio 2006, disponible en inglés en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060628n1.html>>; Oberlandesgericht Köln, 24 mayo 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060524g1.html>>

³⁸ Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7153, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927153i1.html>>. Para tribunales arbitrales aplicando la CNUCCIM en virtud del art. 1.1^o.b), *vid., v.gr.*, Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 9978, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=471&step=FullText>>; Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21 marzo 1996, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 8324, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7660, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947660i1.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7565, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947565i1.html>>; Internationales Schiedsgericht der Bundeswirtschaftskammer der gewerblichen Wirtschaft Wien, 15 junio 1994, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a4.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7197, *Journ. dr. int.*, 1993, p. 1028; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 6653, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>>.

³⁹ *Vid.* también Cook, "The U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Mandate to Abandon Legal Ethnocentricity", *Journal of Law and Commerce*,

En lo concerniente a la exclusión de la CNUCCIM, algunos autores⁴⁰, así como algunos tribunales –la mayoría, pero no exclusivamente⁴¹, de los EE UU– exigen que la exclusión sea expresa⁴². Si se com-

16, 1997, pp. 257, 257; Ferrari, “Zum vertraglichen Ausschluss des UN-Kaufrechts”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2002, pp. 737, 739.

⁴⁰ Vid. Dore, “Choice of Law under the International Sales Convention: A U.S. Perspective”, *Am. J. Int'l L.*, 77, 1981, pp. 521, 532; Dore/Defranco, “A Comparison of the Non-Substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code”, *Harvard Int'l L. J.*, 23, 1982, pp. 49, 53; Dutton, “Risky Business: The Impact of the CISG on the International Sale of Goods, Guide for Merchants to Limit Liability and Increase Certainty Inside and Outside of the CISG”, *European Journal of Law Reform*, 7, 2005, pp. 239, 246; Klepper, “The Convention for the International Sale of Goods: A Practical Guide for the State of Maryland and Its Trade Community”, *Maryland J. Int'l L. & Trade*, 15, 1991, pp. 235, 238; Murphy, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Creating Uniformity on International Sales Law”, *Fordham Int'l L.J.*, 12, 1989, pp. 727, 728; Ostendorf et al., “Möglichkeiten und Grenzen von Haftungsbeschränkungen in internationalen Lieferverträgen zwischen Unternehmern”, *Internationales Handelsrecht*, 2006, pp. 21, 22; Rendell, “The New U.N. Convention on International Sales Contracts: An Overview”, *Brooklyn J. Int'l L.*, 15, 1989, pp. 23, 25.

⁴¹ Vid. Oberlandesgericht Linz, 8 agosto 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050808a3.html>>; Kantonsgericht Zug, 11 diciembre 2003, disponible en <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/958.pdf>>; Rechtbank Zwolle, 21 mayo 2003, *Internationales Handelsrecht* (2005) 34, 35; Rechtbank Hasselt, 4 octubre 1999, disponible en <<http://www.law.kuleuven.ac.be/ipr/eng/cases/1999-10-04.html>>; Landgericht 5 abril 1995, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950405g1.html>>.

⁴² Vid. *Forestal Guarani, S.A. v. Daros International, Inc.*, U.S. District Court, New Jersey, 7 octubre 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081007u1.html>>; *Easom Automation Systems, Inc. v. Thyssenkrupp Fabco, Corp.*, U.S. District Court, Eastern District Michigan, 28 septiembre 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070928u1.html#iv>>; *Cedar Petrochemicals, Inc. v. Dongbu Hannong Chemical Co., Ltd.*, U.S. District Court, Southern District of New York, 19 julio 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070719u1.html>>; *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, U.S. District Court, Minnesota, 31 enero 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>>; *TeeVee Tunes, Inc. et al v. Gerhard Schubert GmbH*, U.S. District Court, Southern District of New York, 23 agosto 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060823u1.html>>; *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.*, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, United States, 16 agosto 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050816u1.html>>; *Valero Marketing v. Greeni Oy*, U.S. District Court, New Jersey, 15 junio 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050615u1.html>>; *BP Oil International v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador*, U.S. Court of Appeals (5th Circuit), 11 junio 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030611u1.html>>; *Ajax Tool Works, Inc. v. Can-Eng Manufacturing Ltd.*, U.S. District Court, Northern district of Illinois, 29 enero 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030129u1.html>>; *St. Paul Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.*, U.S. District Court, Southern District of New York, 26 marzo 2002, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>>; *Helen Kaminski PTY, Ltd. v. Marketing Australian Products, Inc.*,

parte la visión defendida por esos autores y tribunales, incluyendo a los tribunales situados en el Estado de Nueva York, se debería aplicar la CNUCCIM al supuesto presente, dado que no hay exclusión expresa en el contrato, sino meramente una elección de ley en favor de “las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América”. Pero incluso si un tribunal arbitral coincidiese con aquellos tribunales⁴³ y autores⁴⁴ que más correctamente afirman que la CNUCCIM puede

U.S. District Court, Southern District of New York, 23 julio 1997, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970721u1.html>>; *Delchi Carrier, SpA v. Rotorex Corp.*, U.S. Court of Appeals (2nd Cir.), 6 diciembre 1995, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>>; *Orbisphere Corp. v. United States*, Court of International Trade, 24 octubre 1989, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/891024u1.html>>.

⁴³ *Vid.* Tribunal Supremo Austriaco, 2 abril 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090402a3.html>>; Oberlandesgericht Hamm, 2 abril 2009, disponible en <<http://www.globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/1978.pdf>>; Obergericht des Kantons Aargau, 3 marzo 2009, disponible en <<http://globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/2013.pdf>>; Tribunale di Forlì, 16 febrero 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090216i3.html>>; Corte de Arbitraje para el Comercio Internacional Adjunta a la Cámara de Comercio Serbia en Belgrado, Laudo Arbitral de 28 enero 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090128sb.html>>; Polimeles Protodikio Athinon, Grecia, caso No. 4505/2009 (sin fecha indicada), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html#ii2>>; Tribunale di Forlì, 11 diciembre 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081211i3.html>>; Obergericht Kanton Bern, 19 mayo 2008, disponible en <<http://globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/1738.pdf>>; Tribunal Supremo Austriaco, 4 julio 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070704a3.html>>; Landgericht Bamberg, 23 octubre 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061023g1.html>>; Oberlandesgericht Linz, 23 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>>; Tribunal Supremo Francés, 25 octubre 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051025f1.html>>; Rechtbank van Koophandel Tongeren, 25 enero 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050125b1.html>>; Tribunale di Padova, 11 enero 2005, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText>>; Tribunale di Padova, 31 marzo 2004, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040331i3.html>>; Tribunale di Padova, 25 febrero 2004, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040225i3.html>>; Tribunale di Rimini, 26 noviembre 2002, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html>>; Tribunal Supremo Austriaco, 22 octubre 2001, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011022a3.html>>; Tribunal Supremo Francés, 26 junio 2001, disponible en <<http://witz.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/2606012v.htm>>; Tribunale di Vigevano, 12 julio 2000, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>>.

⁴⁴ *Vid.*, *v.gr.*, Audit, *La vente internationale de marchandises* (1990) 38; Bell, *supra* nota 25, en 255; Carbone/Luzzatto, “I contratti del commercio internazionale”, en *Trattato di diritto privato*, 11, 1984, pp. 111, 132; Czerwenka, *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht. Das Kollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen und der Anwendungsbereich der internationalen Kaufrechtsübereinkommen*, 1988, p. 170; Date-Bah, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Overview and Selective Commentary”, *Review of*

excluirse implícitamente, el tribunal arbitral tendría que aplicar la CNUCCIM al hipotético contrato, dado que no hay siquiera una exclusión implícita de la CNUCCIM, pues una exclusión implícita requiere indicios claros de que las partes realmente deseaban tal exclusión⁴⁵, lo cual no se da en el supuesto en cuestión⁴⁶. En efecto, una exclusión

Ghana Law, 11, 1979, pp. 50, 54; Ferrari, “Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing”, *Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, 81, 145 (1995); Garro/Zuppi, *Compraventa internacional de mercaderías* 98 (1990); Graffi, “L’applicazione della Convenzione di Vienna in alcune recenti sentenze italiane”, *European Legal Forum*, 2000/2001, pp. 240, 241; Grijalva/Imberg, “The Economic Impact of International Trade on San Diego and the Application of the United Nations Convention on the International Sale of Goods to San Diego/Tijuana Commercial Transactions”, *San Diego L. Rev.*, 35, 1998, pp. 769, 776; Herber/Czerwenka, *supra* nota 25, en 42; Holthausen, “Vertraglicher Ausschluß des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1989; pp. 513, 515; Kennedy, “Recent Developments: Nonconforming Goods Under the CISG – What’s a Buyer to Do?”, *Dickinson J. Int’l L.*, 16, 1998, pp. 319, 321 ss; Richards, “Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention”, *Iowa L Rev.*, 69, 1983, pp. 209, 237; Winship, “The Scope of the Vienna Convention on International Sale Contracts”, en *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1.1, 1.35* (Nina Galston/Hans Smit eds., 1984).

⁴⁵ *Vid.* Enderlein/Maskow, *International Sales Law* 48 (1992) (afirmando que que debe haber una muestr clara de que se desea una exclusion tácita); Erauw, “Waneer is het Weens koopverdrag van toepassing?”, en *Het Weens Koopverdrag* (Hans van Houtte et al. eds.), 1997, pp. 21, 47 (afirmando lo mismo); Rovelli, “Conflitti tra norme della Convenzione e norme di diritto internazionale privato”, en *La vendita internazionale. La Convenzione dell’11 aprile 1980*, 1981, pp. 89, 105 (afirmando que “por supuesto, la determinación de la ley aplicable puede resultar de una elección implícita de las partes, pero debe ser ‘cierta’: ello significa que la intención de excluir implícitamente la Convención debe ser real, no hipotética”).

⁴⁶ Para casos que se refieren a la necesidad de una “clara” muestra de la intención de las partes de excluir la CNUCCIM, *Vid.* Tribunal Supremo Francés, 3 noviembre 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091103f1.html>>; Oberlan–desgericht Hamm, 2 abril 2009, disponible en <<http://www.globalsaleslaw.com/content/api/cisg/urteile/1978.pdf>>; Oberlandesgericht Linz, 23 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>>; Tribunal Cantonal du Jura, 3 noviembre 2004, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041103s1.html>>; *BP Oil International v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador*, U.S. Court of Appeals (5th Circuit), 11 junio 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html>>; *Asante Technologies v. PMC–Sierra*, U.S. Northern District Court of California, 27 julio 2001, disponible en <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010727u1.html>>; Tribunal de Commerce Namur, 15 enero 2002, disponible en <<http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/2002-01-15.htm>>. *Vid.* también Tribunal Supremo Austriaco, 4 julio 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070704a3.html>> (exigiendo un acuerdo “inequívoco” de las partes); Oberlandesgericht Linz, 23 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>> (exigiendo lo mismo). *Vid.* también *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.*, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, 16 agosto 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases>

implícita de la CNUCCIM requiere que haya un acuerdo real –en contraposición a uno teórico, ficticio o hipotético– entre las partes⁴⁷, como también ha señalado la jurisprudencia⁴⁸. Como se ha mencionado, tal acuerdo no se da en el supuesto presente.

En el supuesto presente, conforme al acuerdo de elección de ley aplicable contenido en el contrato de compraventa, el contrato y su interpretación estarán gobernados por “las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América”, la ley de un Estado Contratante de la CNUCCIM. Conforme a la visión ciertamente predominante⁴⁹, la elección de la ley de un Estado Contratante (o la de un Estado o Provincia dentro de un Estado Federal, como en el supuesto en cuestión⁵⁰) sin

/050816u1.html> (exigiendo un acuerdo “afirmativo”); *It's Intoxicating, Inc., Plaintiff, v. Maritim Hotelgesellschaft mbH and Daniela Zimmer*, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, 31 julio 2013, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/130731u1.html>> (exigiendo lo mismo).

⁴⁷ Vid. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* 80 (3ª ed., 1999) (afirmando que “[...] aunque un acuerdo para excluir la Convención no necesita ser ‘expreso’, el acuerdo solo puede ser implícito sobre la base de hechos que apunten a la existencia de un verdadero acuerdo –por contraposición a uno teórico o ficticio–”); para afirmaciones similares, *vid.* también Ferrari/Torsello, *International Sales Law – CISG in a nutshell* 33 (2014); Reifner, “Stillschweigender Ausschluss des UN-Kaufrechts im Prozess?”, *Internationales Handelsrecht*, 2002, pp. 52, 55; Wasmer, *Vertragsfreiheit im UN-Kaufrecht* 34 (2004).

⁴⁸ Vid., aparte de los casos citados en las notas anteriores, Hof's–Hertogenbosch, 2 enero 2007, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1437&step=FullText>>; Oberlandesgericht Linz, 23 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>>; Tribunal Cantonal du Jura, 3 noviembre 2004, disponible en <<http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/965.pdf>>; Kammergericht Berlin, 24 enero 1994, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940124g1.html>>. Nótese, sin embargo, que de acuerdo con numerosos tribunales, basta con que “el contrato contenga una cláusula de elección de ley” para que la CNUCCIM no aplique, *Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centrisys Corporation et al.*, U.S. District Court, Eastern District of California, 21 enero 2010, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html>>; para una muestra de las fuertes críticas a las que dio lugar esta sentencia, *vid., v.gr.*, Grbic, “Putting the CISG Where it Belongs: In the Uniform Commercial Code”, *Touro L. Rev.*, 29 (2012) 173, 186; Johnson, *supra* nota 17, en 285. Un tribunal incluso llegó a afirmar que para que la CNUCCIM no aplicase es suficiente que “haya una oposición a la aplicación de la CNUCCIM” por una de las partes, Alto Tribunal Popular de Shanghai, 17 mayo 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070517c1.html>>.

⁴⁹ Vid. Perales Viscasillas, “Applicable Law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts”, *Villanova L. Rev.*, 58, 2013, pp. 733, 739, afirmando que “la visión predominante en la doctrina, así como en la jurisprudencia, es que los análisis de elección de ley en Estados contratantes de la CNUCCIM, o en provincias o territorios de estados contratantes de la CNUCCIM, deben aplicar la CNUCCIM”.

⁵⁰ Para casos aplicando la CNUCCIM en casos en los que las partes optaron por la aplicación de la ley de un Estado que formaba parte de un Estado Federal, *Vid. It's Intoxicat-*

ninguna referencia adicional a la ley puramente doméstica del Estado Contratante (o de la Provincia o el Estado Miembro elegido) no excluye *per se* la aplicación de la CNUCCIM⁵¹, como así lo confirman muchas sentencias de tribunales europeos⁵² entre las que destacan las del

ing, Inc., Plaintiff, v. Maritim Hotelgesellschaft mbH and Daniela Zimmer, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, 31 julio 2013, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/130731u1.html>>; *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, U.S. District Court, Minnesota, 31 enero 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>>; *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.*, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, 16 agosto 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050816u1.html>>; *Valero Marketing v. Greeni Oy*, U.S. District Court, New Jersey, 15 junio 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050615u1.html>>; *Ajax Tool Works, Inc. v. Can-Eng Manufacturing Ltd.*, U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, United States, 29 enero 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030129u1.html>>; *Asante Techs., Inc. v. PMC-Sierra, Inc.*, U.S. Dist. Ct. (N.D. Cal.), 27 julio 2001, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre una parte con su establecimiento en Canadá y una parte con su establecimiento en Estados Unidos, el cual las partes habían acordado se regiría por las leyes del Estado de California); *contra American Biophysics v. Dubois Marine Specialties*, United States District Court, Rhode Island District, 30 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060130u1.html>> (la elección de la ley de Rhode Island equivalió a una exclusión de la aplicabilidad de la CNUCCIM).

⁵¹ Para esta conclusión, *vid., v.gr.*, Achilles, *Kommentar zum UN-Kaufrechts-übereinkommen (CISG)* 25 (2000); Bonell, "Art. 6", en *Commentary on the International Sales Law* (Michael J. Bonell/Massimo C. Bianca eds.), 1987, pp. 51, 56; Dokter, "Interpretation of exclusion-clauses of the Vienna Sales Convention", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, pp. 430, 435; Farnsworth, "Review of Standard Forms or Terms under the Vienna Convention", *Cornell Int'l L.J.*, 21, 1988, pp. 439, 442; Ferrari/Torsello, *supra* nota 38, en 34; Kritzer, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 100 et seq.* (1989); Lando, "The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1987, pp. 60, 84; Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht – CISG 171, 2013.*; Papandréou-Deterville, "La Convention de Vienne l'emporte sur le Statute of Frauds", *Recueil Dalloz-Sirey Jurisprudence*, 2002, pp. 398, 399; Plantard, "Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980", *Journ. dr. int.*, 1988, pp. 311, 321; Posch/Terlitz, "Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs zur UN-Kaufrechtskonvention (CISG)", *Internationales Handelsrecht*, 2001, pp. 47, 47; Thieffrey, Thiele, "Das UN-Kaufrecht vor US-amerikanischen Gerichten", *Internationales Handelsrecht*, 2002, pp. 8, 10; Winship, "International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention", *Uniform Commercial Code L. J.*, 17, 1984, pp. 55, 65; Witz et als., *International Einheitliches Kaufrecht*, 2000, p. 73.

⁵² Obergericht des Kantons Aargau, 3 marzo 2009, disponible en <<http://globalsale-slaw.com/content/api/cisg/urteile/2013.pdf>>; Polimeles Protodikio Athinon, caso n. 4505/2009 (sin fecha indicada), disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/094505gr.html#ii2>>; Rechtbank Rotterdam, 5 noviembre 2008, sin publicar; Oberlandesgericht Stuttgart, 31 marzo 2008, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080331g1.html>>; *Easom Automation Systems, Inc. v. Thyssenkrupp Fabco, Corp.*,

Tribunal Supremo alemán⁵³ y del Tribunal Supremo austriaco⁵⁴ y laudos arbitrales⁵⁵. Ello se debe, como explica uno de los Tribunales de Apelación de EE UU, al hecho de que “la adopción de la CNUCCIM

U.S. District Court, Eastern District Michigan, United States, 28 septiembre 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070928u1.html>>; *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, U.S. Dist. Ct. (Minn.), 31 enero 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>>; Rechtbank van Koophandel Hasselt, 28 junio 2006, disponible en <<http://www.law.kuleuven.ac.be/ipr/eng/cases/2006-06-28%20Hasselt.html>>; Rechtbank Arnhem, 28 junio 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060628n1.html>>; Hof van Beroep Antwerpen, 24 abril 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060424b1.html>>; Rechtbank van Koophandel Hasselt, 15 febrero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060215b1.html>>; Oberlandesgericht Linz, 23 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>>.

⁵³ *Vid.* Tribunal Supremo Alemán, 11 mayo 2010, disponible en <<http://www.global-saleslaw.com/content/api/cisg/urteile/2125.pdf>>

⁵⁴ Tribunal Supremo Austriaco, 2 abril 2009, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090402a3.html>>

⁵⁵ *Vid.* Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusia, Laudo Arbitral de 22 octubre 2004, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041022r1.html>>; Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusia, Laudo Arbitral de 17 septiembre 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030917r1.html>>; Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusia, Laudo Arbitral de 25 junio 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030625r1.html>>; Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusia, Laudo Arbitral de 16 junio 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030616r1.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 11333, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021333i1.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 9187, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999187i1.html>>; Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Hamburgo, 21 marzo 1996, disponible en inglés en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>>; Corte de Arbitraje Adjunta a la Cámara de Comercio e Industria Húngara, 17 noviembre 1995, disponible en internet en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=217&step=FullText>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 8324, disponible en inglés en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7844, *ICC Court of Arbitration Bulletin*, 1995, p. 72; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7660, *ICC Court of Arbitration Bulletin*, 1995, p. 68; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 7565, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=141&step=FullText>>; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 6653, disponible en inglés en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653i1.html>>; Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio Federal – Viena, Laudo Arbitral n. SCH-4366, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html>> (afirmando expresamente que “la elección de las partes en favor de la ley de un Estado Contratante se entiende como una referencia a la correspondiente ley nacional, incluida la CNUCCIM como el Derecho de ese Estado aplicable a las compraventas internacionales y no meramente al Derecho de compraventa doméstico no uniforme”

por parte de un signatario necesariamente incorpora el tratado como parte de la ley doméstica de esa nación”⁵⁶.

El argumento frecuentemente usado a favor de la anterior solución puede resumirse en las palabras del Tribunal CCI que tuvo que decidir sobre una disputa contractual entre partes de diferentes Estados Contratantes que habían acordado que la elección de la ley de un Estado Contratante: “La Convención de Viena aplica, *inter alia*, a los contratos de compraventa de bienes entre partes cuyos establecimiento[s] están en diferentes Estados que sean Estados Contratantes conforme al art. 1º.a) CNUCCIM. Con la entrada en vigor de la Convención de Viena en Suiza, la normativa sobre compraventas internacionales de mercaderías ha sido modificada en ese país: la Convención de Viena se ha convertido en la principal referencia jurídica, con el Código de Obligaciones Suizo jugando únicamente un papel limitado en este contexto; así pues, cuando un contrato es celebrado entre una parte establecida en Suiza y otra en otro Estado Contratante, la Convención de Viena aplica como convención internacional Sin embargo, el art. 6 CNUCCIM establece que, *inter alia*, las partes pueden excluir la aplicación de la Convención de Viena; tal exclusión puede realizarse bien expresa o implícitamente. En este caso, las partes tienen sus respectivos establecimientos en Estados Contratantes, es decir, Suiza respecto al demandante e Italia respecto al demandado [...]. No obstante, debemos mencionar que la Secc. 15 del Contrato –la cual el demandado no ha alegado que no haya sido objeto del mutuo consentimiento de las partes– establece que ‘la formación, validez, interpretación y ejecución de este contrato están gobernados por las leyes de Suiza’. La cuestión es determinar por tanto si puede considerarse que tal cláusula del contrato estableciendo la aplicación de la ley de uno de los Estado[s] Contratantes remite el asunto a la ley doméstica de ese Estado en el sentido del art. 6 CNUCCIM anteriormente mencionado, en concreto al Código Suizo de Obligaciones o a las provisiones legales específicas que gobiernan las compraventas internacionales, es decir, la CNUCCIM que es parte del Derecho suizo. Para determinar el significado de esta cláusula de elección de ley aplicable, es necesario establecer la intención de las partes conforme a las disposiciones del art. 8 CNUCCIM, en la medida en que esa intención puede determinarse. En el caso presente, tal intención es difícilmente verificable. No obstante, en la opinión del árbitro es apropiado aplicar la presunción

⁵⁶ *BP Oil Intern., Ltd. v. Empresa Estatal Petroleos de Ecuador*, U.S. Court of Appeals (5th Circ.), 11 junio 2003, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html>>.

formulada por uno de los más eminentes autores de la doctrina: cuando las partes han elegido la ley suiza porque uno de ellos o su relación contractual tiene un vínculo con Suiza, puede asumirse que las partes han realizado una elección porque han considerado que tal vínculo con la ley suiza debe prevalecer; si tal es el caso, la ley sustantiva suiza sobre compraventas internacionales, es decir, la CNUCCIM, debe aplicar. Tal la solución concuerda con la ampliamente difundida opinión conforme a la cual la referencia a la ley de un Estado Contratante implica la aplicación de la CNUCCIM. De hecho, el demandante tiene su establecimiento en Suiza y, por tanto, un vínculo con ese país. Se presume por tanto en este caso que tal vínculo debe prevalecer. El árbitro aplicará por tanto la Convención de Viena”⁵⁷.

Merece la pena señalar que en el contexto del art. 1.1^o.a), es decir, cuando la CNUCCIM se aplica porque las dos partes tienen su establecimiento relevante en (distintos) Estados Contratantes, la aplicación de la CNUCCIM no se excluye ni siquiera cuando la ley elegida, como en el supuesto que nos ocupa, es la de un Estado Contratante que ha realizado una reserva del art. 95⁵⁸. Ello ha sido confirmado incluso por tribunales situados en un Estado que ha realizado una reserva del art. 95, como los tribunales de EE UU, por ejemplo⁵⁹. En

⁵⁷ Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 10329, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000329i1.html#44>>.

⁵⁸ Para esta solución, *vid.* también Herrmann, *Anwendungsbereich des Wiener Kaufrechts – Kollisionsrechtliche Probleme*, en *Wiener Kaufrecht. Der schweizerische Ausenhandel unter dem Übereinkommen über den internationalen Warenkauf* 83, 95 (Eugen Bucher ed.), 1991; Magnus, *cit.* 42, en pp. 172–173; Thiele, *supra* nota 42, en 10; *contra*, en el sentido de que en esta línea de casos la CNUCCIM no debería aplicar, Audit, *cit.*, p. 39 nota 3.

⁵⁹ *Vid. It's Intoxicating, Inc., Plaintiff, v. Maritim Hotelgesellschaft mbH and Daniela Zimmer*, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, 31 julio 2013, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/130731u1.html>> (aplicando la CNUCCIM en el contexto del art. 1.1^o.a) a un contrato que contenía una elección en favor de las “leyes del Estado de Pensilvania” como ley que regiría el contrato); *Travelers Property Casualty Company of America et al. v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, U.S. District Court, Minnesota, 31 enero 2007, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>> (elección de las leyes del Estado de Minnesota como ley aplicable); *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.*, U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, 16 agosto 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050816u1.html>> (elección de la ley de Georgia); *Asante Techs., Inc. v. PMC-Sierra, Inc.*, U.S. Dist. Ct. (N.D. Cal.), 27 julio 2001, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>> (aplicando la CNUCCIM a un contrato entre una parte con su establecimiento en Canadá y una parte con su establecimiento en Estados Unidos, el cual las partes habían acordado se regiría por las leyes del Estado de California); *contra American Biophysics v. Dubois Marine Specialties*, United States District Court, Rhode Island District, 30 enero 2006, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060130u1.html>> (la elección de la ley de Rhode

un caso resuelto por un Tribunal de Distrito de los EE UU, la ley elegida era la ley de Nueva York⁶⁰, como en nuestro supuesto en cuestión. En ese caso también el tribunal decidió que la CNUCCIM no se excluía por medio de una simple referencia a la ley de Nueva York y, por tanto, aplicó la CNUCCIM.

En este punto, merece la pena señalar que la aplicación de la CNUCCIM no hace que la ley elegida devenga irrelevante; más bien, la referencia a la ley de un Estado Contratante debe interpretarse como determinante también respecto a la ley aplicable a los aspectos no regidos por la propia CNUCCIM⁶¹ (en la medida, por supuesto, que a las partes se les permite hacer una elección sobre esos aspectos)⁶². Por tanto, en la medida en que la CNUCCIM no resuelve un aspecto que surge del contrato regido por la CNUCCIM, es la ley del Estado de Nueva York y no la CNUCCIM la que rige (dentro de los límites anteriormente referidos).

En este punto, cambiemos el supuesto ligeramente: el contrato de compraventa internacional de mercaderías está regido, como en el supuesto anterior, por “las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América”, pero las partes no tienen su establecimiento relevante en diferentes Estados Contratantes de la CNUCCIM, sino en distintos Estados de los cuales solamente uno, o incluso ninguno, es Estado Contratante de la CNUCCIM.

Si uno coincide con la visión anteriormente expuesta, conforme a la cual los tribunales arbitrales deben mirar primero a la ley elegida por las partes, el resultado no diferiría del alcanzado en el primer supuesto, pues la ley elegida es la de un Estado Contratante de la CNUCCIM —y esa elección no puede ser equiparada por analogía con una exclusión (implícita) de la CNUCCIM, como se ha señalado antes—. Si uno

Island se consideró que constituía una exclusión de la aplicabilidad de la CNUCCIM); esta sentencia, sin embargo, ha generado grandes críticas; *vid.*, *v.gr.*, Johnson, *supra* nota 17, en 215, afirmando, respecto a la conclusión alcanzada por el tribunal en *American Biophysics*, que “[e]sa conclusión fue incorrecta. Simplemente, no se da el caso de que una cláusula de elección de ley por sí misma tenga el efecto de excluir la CNUCCIM”.

⁶⁰ *Valero Marketing v. Green Oy*, U.S. District Court, New Jersey, 15 junio 2005, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050615u1.html>> (el acuerdo para incluir una cláusula conforme a la cual la ley de Nueva York regiría el contrato no excluyó específicamente la CNUCCIM y por tanto la CNUCCIM siguió siendo aplicable).

⁶¹ *Vid.*, *v.gr.*, Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral n. 10329, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000329i1.html#44>>.

⁶² Compárese Ferrari, “Diritto uniforme della vendita internazionale: questioni di applicabilità e di diritto internazionale privato”, *Riv. dir. civ.*, 1995, pp. 669, 685; Liguori, “La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili nella pratica: un’analisi critica delle prime cento decisioni”, *Foro italiano*, 1996/V, pp. 145, 158.

se decanta por el enfoque que más se parece al usado por los tribunales estatales, el resultado sería el mismo, pero se llegaría a él por medio del art. 1.1º.b) en lugar del 1.1º.a). En efecto, los requisitos del art. 1.1º.a) no se cumplirían, dando lugar a la necesidad de recurrir al art. 1.1º.b), el cual, como es sabido, se basa en un enfoque de Derecho internacional privado. Esto significaría que un tribunal arbitral tendría primero que identificar las normas de Derecho internacional privado aplicables y luego aplicar las normas así identificadas para determinar la ley sustantiva aplicable. En cuanto al supuesto que nos ocupa, ello no generaría un problema irresoluble, pues, como se ha mencionado anteriormente, básicamente todas los reglamentos de arbitraje y leyes domésticas se basan en la autonomía de la voluntad como factor de vinculación, llevando así al tribunal arbitral a aplicar la ley del Estado de Nueva York, y, por tanto, la CNUCCIM, por las razones mencionadas anteriormente. Ello es cierto incluso cuando la ley elegida es la de un Estado que ha realizado una reserva del art. 95, dado que, como ya se ha dicho, los tribunales arbitrales no están vinculados por las reservas hechas a la CNUCCIM. Este resultado bien puede variar del alcanzado por los tribunales norteamericanos, es decir, los tribunales del Estado que ha realizado la reserva y cuya ley es aplicable. Ello se debe a que es precisamente para este tipo de situaciones para las que se introdujo la reserva del art. 95, para que cuando la CNUCCIM no sea aplicable conforme al art. 1.1º.a) se aplique la ley de compraventa doméstica en lugar de la ley de compraventa internacional del Estado que ha realizado la reserva⁶³.

III. La aplicabilidad de la CNUCCIM en ausencia de elección de ley aplicable y el “enfoque directo” para determinar las normas sustantivas aplicables

Ambos supuestos explicados hasta ahora se referían a contratos que contienen una cláusula de elección de la ley aplicable. ¿Qué ocurre, sin embargo, si el contrato celebrado entre partes con su establecimiento relevante en distintos Estados contratantes de la CNUCCIM no contiene ninguna cláusula de elección de ley aplicable? ¿Cómo deberían los árbitros proceder en esta serie de casos?

Por supuesto, si uno sigue el enfoque de que los tribunales arbitrales con sede en un Estado contratante de la CNUCCIM tienen que imitar el enfoque seguido por los tribunales estatales, la solución sería

⁶³ *Vid.*, para más detalles, Ferrari, *supra* nota 11, en pp. 84 *et seq.*

fácil: tendrían que aplicar el art. 1.1º.a) y el asunto terminaría ahí, pues no haría falta siquiera analizar si las partes querían excluir la CNUCCIM, pues no hubo elección alguna de las partes.

Pero, ¿y si no se siguiese el enfoque anterior –o la sede del arbitraje no estuviese situada en el territorio de un Estado contratante–? En este caso, el tribunal arbitral tendría que recurrir a las normas de Derecho internacional privado aplicables para determinar las normas sustantivas aplicables. La ley de arbitraje de la sede puede indicar a los árbitros una cierta metodología para determinar la ley aplicable, principalmente en los casos de arbitrajes *ad hoc*, y los reglamentos de arbitraje seleccionados por las partes para regir el arbitraje pueden dictar un enfoque concreto⁶⁴. Los métodos que han sido adoptados por las leyes de arbitraje y los reglamentos de arbitraje para determinar la ley aplicable en ausencia de elección de las partes pueden ser divididos en dos categorías⁶⁵. La primera, el llamado “enfoque indirecto” (*voie indirecte*), que queda reflejado, *inter alia*, en el enfoque adoptado por la Ley Modelo de la CNUDMI, ordena al tribunal arbitral usar un análisis de conflicto de leyes para determinar la ley aplicable, por ejemplo, imponiendo al tribunal arbitral el deber de aplicar las normas de conflicto de leyes que considere aplicables o apropiadas⁶⁶. Tal enfoque se halla también en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976⁶⁷, aunque la versión de 2010 de ese Reglamento toma un enfoque distinto⁶⁸. En efecto, esa versión adopta el “enfoque

⁶⁴ Para los siguientes comentarios, *vid.* Silberman/Ferrari, *supra* nota 3, en pp. 264–305.

⁶⁵ *Vid.* Born, *supra* nota 4, en pp. 2625 *et seq.*; Patrikios, “Resolution of Cross–Border E–Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E–Business Usages: The Emergence of a Lex Informatica”, *University of Toledo L. Rev.*, 38, 2006, pp. 271, 271; Symeonides, “Contracts Subject to Non–State Norms”, *Am. J. Comp. L.*, 54, 2006, pp. 209, 213.

⁶⁶ *Vid.* art. 28,2º de la Ley Modelo de la CNUDMI: “Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”. El primer paso de este enfoque requiere decidir qué conjunto de normas de conflicto de leyes son aplicables. El segundo paso sería aplicar esas normas de Derecho internacional privado para determinar el conjunto de normas aplicables; *Vid.* Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in the UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 3ª ed., 2010, p. 336; Born, *supra* nota 4, en pp. 2629 ss.

⁶⁷ *Vid.* art. 33.1º del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976): “Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”.

⁶⁸ *Vid.* art. 35.1º: “Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada”.

directo” (*voie directe*)⁶⁹, que ha sido adoptado por muchos reglamentos institucionales⁷⁰ y por recientes leyes de arbitraje⁷¹, según el cual el tribunal arbitral aplica directamente las normas sustantivas que considera apropiadas, aparentemente sin necesidad de emplear un análisis de Derecho internacional privado para alcanzar sus conclusiones respecto a la ley aplicable⁷².

Permitir a un tribunal arbitral decidir un caso conforme a la *voie directe* plantea el problema para los árbitros de determinar qué ley es “apropiada”. Las diversas leyes y reglamentos no proporcionan ninguna guía; meramente indican que el empleo de un análisis de Derecho internacional privado no es obligatorio, si bien tampoco está prohibido⁷³. Pero en ausencia de una guía mejor, el resultado sustantivo para el caso se mantiene incierto⁷⁴ y los árbitros gozan de una amplia discreción⁷⁵. Un autor ha sugerido que el resultado final es que el tribunal “no necesita aportar ninguna explicación para su decisión [sobre qué normas sustantivas se aplican]”⁷⁶. Pero tal afirmación resulta poco convincente⁷⁷ a la luz del requisito, establecido en algunas

⁶⁹ Para el uso de esta expresión por parte de un tribunal arbitral, *Vid., v.gr.*, Laudo Arbitral CCI Caso no. 3540 de 1980, *Yearb. Comm. Arb.*, VII, 1982, pp. 124, 128.

⁷⁰ *Vid., v.gr.*, art. 31.1^o Regl. Arbitraje Internacional AAA/ICDR (2014); art. 27(1) del Reglamento SIAC (2013); art. 22.1^o del Instituto de Arbitraje de la SCC, Reglamento de Arbitraje (2010); art. 22.3^o Regl. LCIA (2014); art. 27(2) del Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la VIAC (2013).

⁷¹ *Vid., v.gr.*, art. 603,2^o del Código de Procedimiento Civil Austriaco Austrian según la modificación de la ley austriaca de arbitraje de 13 enero 2006; art. 32,2^o de la Ley sobre Arbitraje de Eslovenia de 28 abril 2008.

⁷² *Vid., v.gr.*, Black *et al.*, “Arbitration of Cross Border Disputes”, *Construction Lawyer* 27, 2008, pp. 5, 8; Fumagalli, “La legge applicabile al merito della controversia second il regolamento I.C.C. del 1998”, *Dir. comm. int.*, 2001, pp. 539, 547; Mukopadhyay, *infra nota* 110, en 11; Symeonides, *cit.*, p. 213.

⁷³ Para esta conclusión, *vid.* también, Blessing, “Choice of Substantive Law in International Arbitration”, *J. Arb. Int'l*, 14, 1997, pp. 39, 55.

⁷⁴ Para esta conclusión, *vid.* también, Silberman/Ferrari, *supra nota* 3, en 296; Wortmann, “Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System”, *Arb. Int'l*, 14, 1998, pp. 97, 100.

⁷⁵ *Vid.* también Grigera Naon, “Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration”, *Recueil des Cours*, 289, 2001, pp. 9, 213; Heiss, “Internationales Privatrecht in der Schiedsgerichtsbarkeit”, en *Schiedsgerichtsbarkeit in Zentraleuropa* (Paul Oberhammer ed.), 2005, pp. 89–105.

⁷⁶ Williams, “Limitations on Uniformity in International Sales Law: A Reasoned Argument for the Application of a Standard Limitation Period under the Provisions of the CISG”, *Vindobona J. Int'l Comm. L. & Arb.*, 10, 2006, pp. 229, 237.

⁷⁷ Basedow, “Vertragsstatut und Arbitrage nach neuem IPR”, *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, 1987, pp. 3, 17; Derains/Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration* 242 (2^a ed., 2005); Heiss, *cit.*, p. 105; but *vid.* Greenberg, “The Law Applicable

de las mismas disposiciones que permiten el “enfoque directo”, de que el laudo debe, salvo acuerdo en contrario de las partes, “explicar los motivos en los que se basa”⁷⁸.

Cuando los árbitros deciden aplicar algún ordenamiento jurídico nacional conforme al enfoque directo, ¿qué análisis pueden usar para llegar a tal decisión? Una posibilidad es que los árbitros apliquen la *ley sustantiva de la sede del arbitraje*⁷⁹, de manera análoga al enfoque adoptado por algunos tribunales estatales (*qui elegit iudicem elegit ius*), conforme al cual si las partes no realizan una elección de ley aplicable expresa, pero acuerdan que cualquier disputa entre ellas será litigada en un país concreto, puede asumirse que pretendían que la ley de ese país aplicase al fondo de la disputa⁸⁰.

El argumento es defectuoso incluso cuando se aplica a procedimientos ante tribunales nacionales⁸¹, pero es incluso menos convincente en el contexto del arbitraje internacional⁸², siendo ilustrativo el asunto *Compagnie d'Armement Maritime S.A. v. Compagnie Tunisien-*

to the Merits in International Arbitration”, *Vindobona J. Int'l Comm. L. & Arb.*, 8, 2004, pp. 315, 325, afirmando que “[e]l enfoque directo reduce la obligación de motivar”.

⁷⁸ Art. 26.2º Regl. LCIA (2014).

⁷⁹ En la doctrina, *Vid.* Ehrenzweig, *Conflict of Laws* 540 (1960); Wilner, “Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study”, *Rutgers L. Rev.*, 19, 1965, pp. 646, 676 ss; en la jurisprudencia, *vid.* *Schieds-gericht Hamburger Freundschaftliche Arbitrage* (Germany), Laudo Arbitral de 29 diciembre 1998, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981229g1.html>>; Laudo Arbitral CCI Caso no. 2735 de 1976, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985* (Derains/Jarvin eds.), 1990, pp. 301, 302; *Tzorzis and Sykias v. Monark Line A/B* [1968], 1 *Lloyd's Law Reports* (2006), 337 (413) (afirmando que un acuerdo en favor de una sede de arbitraje inglesa “genera una inferencia irresistible que se antepone a todos los demás factores”).

⁸⁰ Para una visión general de las sentencias que sugieren que la elección de una sede arbitral es equiparable con una elección de la ley del país de esa sede, *vid.* Lando, “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, en *Essays on International Commercial Arbitration*, Sarcevic, ed., 1991, pp. 129, 136.

⁸¹ *Vid.*, respecto a las normas de conflicto de leyes europeas, Lagarde, “Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 287, 303; Saravalle, “Commento all'art. 3 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *Nuove Leggi civili commentate*, 1995, pp. 940, 946; en cuanto al Derecho de EE UU, *vid.*, *v.gr.*, Hay, “Forum-Selection and Choice of Law Clauses in American Conflicts Laws”, *Gedächtnisschrift für Michael Gruson* (Baums/Hutter eds.), 2009, pp. 195 ss.

⁸² *Vid.* también Caron et al., *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2006, p. 12; Chukwumerije, “Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration”, *Anglo-American L. Rev.*, 23, 1994, pp. 265, 293; Delvolvé/Rouche/Pointon, *French Arbitration Law and Practice*, 2003, p. 138; Steiner, *Die stillschweigende Rechtswahl im Prozeß im System der subjektiven Anknüpfungen im deutschen IPR*, 1998, p. 87.

*ne de Navigation S.A.*⁸³. La jurisprudencia arbitral⁸⁴ confirma que “la sede del arbitraje puede elegirse por muchas razones, no relacionadas con la ley de esa sede”⁸⁵. También es posible plantearse si la elección de la ley de la sede arbitral califica como enfoque “directo”, puesto que el razonamiento se basa en una “elección de ley implícita” de las partes⁸⁶. El *Restatement (Second) of Conflict of Laws* ilustra en sus comentarios la identificación con el enfoque de conflicto de leyes, al explicar que cuando las partes establecen que el arbitraje se celebre en un cierto lugar, ello constituye “cierta evidencia de su intención de que la ley local de ese Estado rija el contrato en su conjunto”⁸⁷. Por supuesto, volviendo a la cuestión sobre la CNUCCIM, si un tribunal arbitral adoptase este enfoque, la aplicabilidad de la CNUCCIM dependería de si el país sede del arbitraje es o no un Estado Contratante.

También se sabe que los árbitros han elegido la ley sustantiva de un país particular sin explicar por qué la ley de ese país es aplicable⁸⁸. Pero lo más probable es que la elección se haya visto afectada por la opinión sobre los vínculos de ese país con las partes o con la disputa⁸⁹

⁸³ [1971] A.C. 572, 588 (afirmando que “[u]n acuerdo para someter disputas a arbitraje en un país en particular puede acarrear, y es capaz de acarrear, una inferencia de que las partes también han acordado que la ley que rige el contrato (así como la ley que rige el procedimiento arbitral) debe ser la ley de ese país. Pero no puedo estar de acuerdo en que se trate de una consecuencia necesaria o irresistible”).

⁸⁴ *Vid.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 3540 de 1980, *Yearb. Comm. Arb.*, VII, 1982, pp. 124, 127, afirmando que “una cláusula arbitral no permite que la elección de ley sustantiva se deduzca del país donde el tribunal arbitral tiene su sede, pues ello es meramente un indicio que por sí mismo es insuficiente [...], como lo es, así mismo, una prórroga de jurisdicción contractual en favor de un tribunal ordinario [...], que por tanto la máxima ‘*qui elegit iudicem elegit jus*’ ha sido abandonado”. Para tribunales arbitrales excluyendo expresamente el recurso a la ley sustantiva de la sede arbitral, *vid.* Tribunal Arbitral *ad hoc*, Laudo Arbitral de 10 octubre 1973, *Yearb. Comm. Arb.*, V, 1980, pp. 143, 148; Laudo Arbitral CCI Caso no. 2637 de 1975, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 13, 15; Laudo Arbitral CCI Caso no. 1422 de 1966, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 185, 186.

⁸⁵ Redfern/Hunter (con Blackaby & Partasides), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª ed., 2004, ¶ 2–78; Greenberg, cit., p. 318.

⁸⁶ Este parece ser el razonamiento de la sentencia *Tzorzi and Sykias v. Monark Line A/B* [1968], *Lloyd’s Law Reports*, 1, 2006, p. 337, citada también en la nota 68, cuando se afirma que acordar una sede arbitral inglesa genera una inferencia “genera una inferencia irresistible que se antepone a todos los demás factores”) (p. 413).

⁸⁷ *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 218, comentario b.

⁸⁸ Para lo siguiente, *vid.* Silberman/Ferrari, *supra* nota 3, pp. 298 *et seq.*

⁸⁹ *Vid.* Wortmann, *supra* cit., p. 101, afirmando que “si lo árbitros aplican la ley nacional de un país sin ningún uso de las normas de conflicto de leyes, siempre están influenciados por ciertas consideraciones que les han llevado precisamente a ese ordenamiento jurídico. Estas consideraciones no son más que la aplicación de normas de conflicto de

(teniendo en cuenta, por ejemplo, dónde está situado el establecimiento o administración central o lugar de constitución de las partes, dónde debe ejecutarse el contrato, dónde se ha celebrado el contrato⁹⁰ o dónde se sitúa el centro de gravedad⁹¹) –al fin y al cabo, un enfoque de elección de ley aplicable “tácito”⁹²–. El empleo de un análisis de elección de ley aplicable se manifiesta también de otras maneras. Por ejemplo, los árbitros que aplican una ley distinta de la del foro bajo el “enfoque directo” normalmente justificarán sus conclusiones señalando que el resultado alcanzado sería el mismo que si hubiesen aplicado ciertas normas de conflicto de leyes⁹³. Incluso la elección de cualquier ley que “valide el contrato”⁹⁴, opción por la cual los árbitros a veces se decantan, está en deuda con el análisis de elección de ley aplicable. Tal y como ocurría respecto a la teoría sobre la ley de la sede del arbitraje, también en relación con este enfoque la aplicabilidad de la CNUCCIM dependerá de si la ley identificada por los árbitros es la de un Estado Contratante de la CNUCCIM.

La elección de una ley en concreto porque los árbitros creen que tal ley es la “más moderna”⁹⁵, “más comercial”, o “las más desarrollada” puede en verdad manifestarse independientemente de cualquier aná-

leyes porque los árbitros casi siempre tomarán en cuenta factores, tales como el ‘vínculo más estrecho’ del contrato, para determinar la ley aplicable”; *vid.* también Fouchard *et al.*, *supra* nota 4, en ¶ 1552.

⁹⁰ *Vid.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 3880 de 1983, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., 462, 463.

⁹¹ *Vid.* Laudo Preliminar CCI en el Caso no. 4132 de 1983, *Yearb. Comm. Arb.*, X, 1985, pp. 49, 51.

⁹² *Vid.* también Berger, *International Economic Arbitration* 502 (1993); Fouchard *et al.*, *supra* nota 4, en ¶ 1553; Greenberg, cit., p. 325; Heiss, cit., p. 105; Osman/Salama, “Les méthodes de détermination du droit applicable par l’arbitre: vers un rattachement de la “voie directe” à la méthode conflictuelle”, *ASA Bulletin*, 21, 2003, pp. 272, 283; para un ejemplo en la jurisprudencia arbitral, *vid.* Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral en el Caso no. 6840 de 1991, *Journ. dr. int.*, 1992, p. 1030.

⁹³ *Vid.* Osman/Salama, cit., p. 279.

⁹⁴ *Vid.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 4996 de 1985, *Journ. dr. int.*, 113, 1986, pp. 1131 (aplicando la ley francesa sobre la base de que, *inter alia*, el hecho de que la aplicación de la ley italiana conllevara la nulidad del contrato constituía “una importante razón adicional para aplicar la ley francesa en este caso”; Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral en el Caso no. 8540, referido en Fouchard *et al.*, *supra* nota 4, en ¶ 1552 nota 59 (afirmando que “el tribunal no puede elegir como la ley adecuada un ordenamiento jurídico conforme al cual el [acuerdo] sería considerado nulo legalmente o conforme al cual la obligación clave [del acuerdo] no resultaría ejecutable”).

Para un artículo sobre *lex validitatis*, *vid.* Abend, *Die lex validitatis im internationalen Vertragsrecht* (1994).

⁹⁵ Fouchard *et al.*, *supra* nota 4, en ¶ 1552.

lisis de conflicto de leyes⁹⁶. Lo mismo ocurre con la aplicación de una norma considerada, *v.gr.* por laudos procedentes de la Corte de Arbitraje de la CCI⁹⁷ o del Tribunal de Reclamaciones Irán–Estados Unidos⁹⁸, como una “[norma] generalmente aceptada en el Derecho de contratos” o un conjunto escrito de “normas jurídicas” que se suponen desde el principio anacionales como la CNUCCIM. En efecto, en un intento por encontrar principios internacionales para su uso en el arbitraje internacional, los árbitros se han referido a la CNUCCIM⁹⁹ para resolver cuestiones sustantivas. Con qué frecuencia ocurrirá esto es, sin embargo, impredecible. En la opinión del presente autor, esto no resulta sorprendente, dado que la previsibilidad del resultado sus-

⁹⁶ Vid. Silberman/Ferrari, *supra* nota 3, pp. 299–300.

⁹⁷ Vid. Laudo Arbitral CCI Caso no. 11440 de 2003, *Yearb. Comm. Arb.*, XXXI, 2006, pp. 127, 140 (afirmando que “[e]s un principio generalmente aceptado del Derecho de contratos que las partes tienen obligaciones recíprocas en su relación precontractual. Estas incluyen el deber de trato justo y de evitar la causar daño a ninguno de los futuros contratantes”); *vid.* también Laudo Arbitral CCI Caso no. 10623, *ASA Bulletin*, 21, 2003, pp. 82, 106 (afirmando que “[e]s un principio generalmente aceptado de la interpretación de los contratos [...] que los contratos deben ser interpretados en su conjunto, de manera que sus disposiciones tengan sentido juntas”); Laudo Arbitral CCI Caso no. 1512 de 1971, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 206, 208 (refiriéndose a los “principios generales de la interpretación de los contratos”); Laudo Arbitral CCI Caso no. 1434 de 1975, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 262, 267 (refiriéndose al principio conforme al cual cuando un contrato puede ser interpretado de dos maneras, la interpretación a favorecer es la que mantenga la validez del contrato, como “norma de interpretación universalmente reconocida”).

⁹⁸ Tribunal de Reclamaciones Irán–Estados Unidos, Laudo Arbitral de 6 agosto 1984, *Yearb. Comm. Arb.*, X, 1985, pp. 258, 261 (afirmando que “[c]onforme a principios generalmente aceptados de Derecho de contratos, un tipo de interés pactado contractualmente es normalmente vinculante para las partes”);

⁹⁹ Para artículos sobre la aplicación de la CNUCCIM en el arbitraje comercial internacional, *vid.* Béraudo, “La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l’arbitrage”, *ICC ICArb. Bulletin*, 5, 1994, p. 60; De Ly, “La pratique de l’arbitrage commercial international et la vente internationale”, *International Business Law Journal*, 2001, p. 465; Djordjević, “Application of the CISG Before the Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce: Looking Back at the Latest 100 Cases”, *Journal of Law and Commerce*, 28, 2010, p. 1; Fisanich, “Application of the U.N. Sales Convention in Chinese International Commercial Arbitration: Implications for International Uniformity”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, 10, 1999, p. 101; Hayward, “New Dog, Old Tricks: Solving a Conflict of Laws Problem in CISG Arbitrations”, *J. Int’l Arb.*, 26, 2009, p. 405; Thieffry, “L’arbitrage et les nouvelles règles applicables aux contrats de vente internationale après l’entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies”, *Cahiers juridiques et fiscaux de l’exportation*, 1987, pp. 311 ss; van Houtte, “The Vienna Sales Convention, ICC Arbitral Practice”, *ICC ICArb. Bull.*, 21, 2000, p. 22; Waincymer, “The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure”, en *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer* (Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter eds.), 2008, p. 582.

tantivo no es realmente un elemento calificativo del enfoque directo en general, ni de esta manifestación del mismo en particular¹⁰⁰.

IV. La aplicabilidad de la CNUCCIM en ausencia de elección de ley aplicable: el “enfoque indirecto”

Uno debe preguntarse, no obstante, si el resultado es más previsible cuando el tribunal arbitral no identifica la ley sustantiva aplicable con base en el enfoque directo, sino más bien a través del enfoque indirecto, es decir, acudiendo al análisis “apropiado” de Derecho internacional privado¹⁰¹.

Cuando el tribunal aplica las normas de Derecho internacional privado que considera aplicables o apropiadas para determinar la “ley” a aplicar, el tribunal arbitral debe primero resolver lo que se ha denominado como “*conflict au deuxième degre*”¹⁰², dado que el conflicto se da entre normas de conflicto de leyes¹⁰³ y no entre normas sustantivas. Conforme a este enfoque, el tribunal arbitral necesitará seguir los siguientes pasos: primero debe identificar las normas de conflicto de leyes “apropiadas”¹⁰⁴, un necesario “paso previo a la verdadera aplicación de un sistema de conflicto de leyes que posteriormente determinará la ley sustantiva”¹⁰⁵; luego aplicará las normas de conflicto de leyes elegidas¹⁰⁶; y, finalmente, aplicará la ley identificada por medio de las anteriores reglas.

A diferencia de las leyes y normas que por sí mismas establecen una norma específica de conflicto de leyes –como la del vínculo más estre-

¹⁰⁰ Para un artículo sobre la ley aplicable y la previsibilidad en arbitraje, *vid.* Park, “The Predictability Paradox. Arbitrators and Applicable Law, en *The Application of Substantive Law by International Arbitrators 60* (Bortolotti/Mayer eds.), 2014.

¹⁰¹ Para los siguientes comentarios, *Vid.* Silberman/Ferrari, *supra* nota 3, pp. 277–293.

¹⁰² *Vid.* P. Lalive, “Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l’arbitre internationaln siégeant en Suisse”, *Rev. arb.*, 1976, pp. 155, 155 ss; para el uso de la expresión que se encuentra en el texto, *vid.* también Born, *supra* nota 4, 2620 nota 20; Croff, *supra* nota 1, p. 629.

¹⁰³ Berlingeri, “The Law Applicable by the Arbitrators”, *Il diritto marittimo*, 1998, pp. 617, 622; Osman/Salama, *cit.*, p. 272.

¹⁰⁴ *Vid.* Wortmann, *cit.*, p. 105, afirmando que “si los árbitros son libres de elegir la norma de conflicto de leyes apropiada, tienen que decidir qué regla de entre muchas es apropiada”.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Berlingeri, *cit.*, p. 622.

cho empleada en las leyes domésticas sobre arbitraje alemana¹⁰⁷ y japonesa¹⁰⁸— este enfoque requiere que un sistema “apropiado” de normas de conflicto de leyes sea identificado. Debido a que existirá incertidumbre respecto a qué normas de conflicto de leyes los árbitros considerarán “apropiadas”¹⁰⁹, no puede haber ninguna certeza con respecto a la ley sustantiva finalmente aplicable, tal y como ocurre conforme al enfoque directo. A los efectos de este artículo, ello significa que predecir si el tribunal arbitral aplicará la CNUCCIM al caso que nos ocupa no resulta fácil. Esta imprevisibilidad surge principalmente porque los tribunales arbitrales usan distintos enfoques para decidir qué normas de conflicto de leyes son apropiadas¹¹⁰, lo cual no es sorprendente, dado que los tribunales arbitrales “gozan de [...] facultades amplias, e incluso discrecionales, respecto a la elección de la ley aplicable”¹¹¹. Sin embargo, esa facultad discrecional¹¹² no va tan lejos como para permitir al tribunal abandonar totalmente el enfoque de conflicto de leyes¹¹³ ¹¹⁴ No obstante, existen varias posibilidades¹¹⁵; estas oscilan

¹⁰⁷ *Vid.* art. 1051.2º Código de Procedimiento Civil Alemán: “En ausencia de cualquier elección de las partes, el tribunal arbitral aplicará la ley del Estado con el que la materia que es objeto del procedimiento esté más estrechamente vinculada”.

¹⁰⁸ *Vid.* art. 36.2º Ley Japonesa de Arbitraje (2003): “(2) En ausencia de un acuerdo conforme al apartado anterior, el tribunal arbitral aplicará la ley sustantiva del Estado con el que la disputa civil sometida al procedimiento arbitral esté más estrechamente vinculada”.

¹⁰⁹ *Vid.* también Croff, *supra* nota 1, p. 622, afirmando que “[e]ste amplio espectro de posibilidades causa incertidumbre porque la solución de un árbitro es imprevisible y puede dejar a las partes insatisfechas con el resultado”.

¹¹⁰ *Vid.* Wortmann, *supra* cit., p. 105.

¹¹¹ Laudo Arbitral CCI Caso no. 2930 de 1982, *Yearb. Comm. Arb.*, IX, 1984, pp. 105, 106; para una formulación similar, si no idéntica, *vid.* Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional, Laudo Parcial de 23 junio 2000, Caso no. 120/1998, en *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration* (Eldin, ed.), 2000, pp. 25, 28; Laudo Arbitral CCI Caso no. 3540 de 1980, *Yearb. Comm. Arb.*, VII, 1982 pp. 124, 128; Laudo Arbitral CCI Caso no. 2730 de 1982, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 490, 491; Laudo Arbitral CCI Caso no. 1422 de 1966, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 185, 186.

¹¹² Entre los comentaristas, *vid.*, *v.gr.*, Delvolvé/Rouche/Pointon, cit., p. 144; Derains/Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2005, p. 491; Schwarz/Konrad, *The Vienna Rules. A Commentary*, 2009, p. 619.

¹¹³ Para esta conclusión en la doctrina, *vid.* Born, *supra* nota 4, p. 2634; en la jurisprudencia arbitral, *vid.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 8113 de 1995, *Yearb. Comm. Arb.*, XXV, 2000, pp. 324, 325.

¹¹⁴ Nótese que de acuerdo con algún autor, la facultad discrecional de los árbitros para determinar las normas de conflicto de leyes “apropiadas” no les permite recurrir a las normas de conflicto de leyes que no guardan ninguna relación con la disputa; *vid.*, *v.gr.*, Böckstiegel, “Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsgerichtsverfahren”, *Festschrift für Günther Beitzke*, 1979, pp. 443, 453.

entre soluciones que esencialmente equiparan los procedimientos arbitrales a los procedimientos ante tribunales estatales, hasta soluciones que enfatizan la naturaleza desnacionalizada del arbitraje comercial internacional¹¹⁶.

En efecto, los árbitros pueden querer aplicar el sistema de conflicto de leyes de los tribunales del país que hubiera tenido jurisdicción en ausencia de cláusula arbitral. La justificación para tal enfoque es que “[e]se país ha sido en realidad desposeído de su autoridad jurisdiccional por la cláusula arbitral y por tanto puede de esta forma reafirmar su control sobre el arbitraje”¹¹⁷. Sin embargo, este enfoque no reconoce que el arbitraje comercial internacional es diferente a los procedimientos ante tribunales estatales y que supuestamente, en buena medida, está libre del control de los tribunales estatales. Más aún, la incertidumbre se ve incrementada por el hecho de que los tribunales de más de un Estado pueden tener jurisdicción¹¹⁸ y, por tanto, numerosos sistemas de conflicto de leyes pueden presentarse como aplicables. No es sorprendente pues que este enfoque no haya conformado la base de ningún laudo arbitral que se conozca¹¹⁹.

Los árbitros pueden analizar las normas de conflicto de leyes *en la sede del arbitraje*¹²⁰. El enfoque según el cual se considera al tribunal arbitral como análogo a un tribunal situado en ese territorio y conforme al cual se asume que el arbitraje internacional tiene una *lex fori* en la sede del arbitraje¹²¹, si fuese empleado consistentemente por los tribunales arbitrales, tendría la ventaja de crear alguna certeza y previsibilidad sobre las normas de conflicto de leyes aplicables¹²². En efecto, el tribunal que sigue este enfoque adopta lo que

¹¹⁵ A pesar de las diferencias, las diversas soluciones parecen tener algo en común; *vid.* Grigera Naon, “International Commercial Arbitration – The Law Applicable to the Substance of the Dispute: Present Trends”, en *International Conflict of Laws for the Third Millennium* (Borchers / Zekoll, eds.), 2001), pp. 65, 67: todos “[c]riterios de elección de ley [...] seguidos por los árbitros comerciales internacionales al determinar la ley que rige el fondo de la disputa tienen un fin específico, se basan en consideraciones teleológicas”.

¹¹⁶ *Vid.* Croff, *supra* nota 1, p. 624.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Vid.* Wortmann, *cit.*, pp. 105–106.

¹¹⁹ Para esta afirmación, *vid.* Croff, *supra* nota 1, p. 624; Wortmann, *supra* nota 63, p. 106.

¹²⁰ Para esta idea, *vid.*, *v.gr.*, Mann, “*Lex Facit Arbitrum*”, en *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke* (Sanders ed.), 1967, pp. 157, 167.

¹²¹ *Vid.* Greenberg, *cit.*, p. 319.

¹²² *Vid.* también Wortmann, *cit.*, p. 106, afirmando que “debe mencionarse que esta solución promueve una de las grandes ventajas del arbitraje porque una aplicación estricta

básicamente equivale a las normas de elección de ley aplicable del foro¹²³ –y, por tanto, también a las limitaciones de esas normas de conflicto de leyes¹²⁴–. En vista de la amplia oposición¹²⁵, esta visión –en su momento fuertemente defendida en Inglaterra y varios países de Derecho civil– parece haber perdido parte de su atractivo¹²⁶.

En efecto, la visión más moderna que opta por considerar el foro del arbitraje como desnacionalizado o “anacional” y por considerarlo como un foro internacional en lugar de uno nacional llevó a un cierto desencanto hacia este enfoque, tanto por parte de la doctrina¹²⁷ como de los tribunales arbitrales¹²⁸, o de arbitrajes *ad hoc*¹²⁹. Más

de esta ‘teoría de la sede’ conlleva la previsibilidad y uniformidad de las disputas”; para afirmaciones similares, *vid.* también Chukwumerije, *supra* nota 71, p. 297.

¹²³ *Vid.* Mann, *supra* nota 106, p. 167, afirmando que “[t]al como el juez debe aplicar el Derecho internacional privado del foro, así también el árbitro debe aplicar el Derecho internacional privado de la sede del tribunal arbitral, la *lex arbitri*. Cualquier otra solución significaría que el árbitro es libre de ignorar la ley”.

¹²⁴ *Vid.* Mukopadhyay, “The Possible Conflict of Law Rules Employed in International Commercial Arbitration to Discern the Governing Law: An Analysis”, *Indian J. Arb. L.*, 1, 2013, p. 3, afirmando que una “inevitable consecuencia de esta teoría fue hacer que el tribunal arbitral, que de otro modo sería independiente, se encontrase atado con las mismas limitaciones que un tribunal nacional en lo que concierne a la aplicación de las ‘normas de conflicto’. Ello se debe a que este método hizo *obligatorio* para un tribunal arbitral constituido de forma independiente la aplicación de las normas de conflicto de la sede –del mismo modo que un tribunal nacional de la sede estaría obligado a hacer–, poniendo de esta forma en riesgo la flexibilidad del arbitraje comercial internacional”.

¹²⁵ *Vid.* Böckstiegel, *cit.*, p. 447 (citando a autores que critican el enfoque que nos ocupa); Croff, *supra* nota 1, p. 625 (igualmente); Triebel/Petzold, “Grenzen der *lex mercatoria* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1988, pp. 245, 248 (igualmente).

¹²⁶ *Vid.*, en relación con la situación en Inglaterra, Born, *supra* nota 4, pp. 2630 *et seq.*; más generalmente, *vid.* Berger/Kellerhals, *supra* nota 1, en 445; Chukwumerije, *cit.*, p. 299; Greenberg, *cit.*, pp. 319–320; Mukopadhyay, *cit.*, p. 3 *ss*; Vismara, “Legge applicabile al contratto e norme di conflitto della sede dell’arbitrato. Rilevanza del comportamento concludente delle parti”, *Riv. arb.*, 2000, pp. 172, 173.

¹²⁷ Sugiriendo que el recurso a las normas de conflicto de leyes de la sede del arbitraje está más anticuado, *vid.*, aparte de los autores citados en las notas anteriores, Giovannucci Orlandi, “Convenzione europea sull’arbitrato commerciale internazionale”, en *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale* (Ferrari ed.), 2ª ed., 2002, pp. 445, 454; Schwarz/Konrad, *cit.*, p. 618; *vid.*, sin embargo, Tieder, “Factors to Consider in the Choice of the Procedural and Substantive Law in International Arbitration”, *J. Int’l Arb.*, 20, 2003, pp. 393, 400, afirmando que “las normas de conflicto de leyes consideradas aplicables [...] son a menudo las normas del *situs* del arbitraje”.

¹²⁸ *Vid.* Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional, Laudo Parcial de 23 junio 2000, Case no. 120/1998, en *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration*, *cit.* 98, 25, 28, afirmando que “la doctrina actual más acreditada y la jurisprudencia arbitral internacional admiten que para la determinación de la ley sustantiva, el árbitro puede dejar de lado la aplicación de las nor-

aún, la identificación de la sede del arbitraje no siempre procede de una elección de las partes¹³⁰, porque las partes pueden no haber elegido sede y la elección se realiza entonces por un tercero¹³¹, bien sea una institución arbitral¹³² o el propio tribunal arbitral¹³³, haciendo pues de la determinación de la sede del arbitraje algo casi fortuito¹³⁴. Incluso cuando las partes han elegido una sede arbitral, la elección puede ser poco representativa del entendimiento de las partes sobre las normas de conflicto de leyes en vigor en esa sede del arbitraje porque las partes pueden haber elegido la sede arbitral por razones totalmente distintas¹³⁵, como los costes en llegar a la sede arbitral, la existencia de servicios de apoyo en el país donde se sitúa la sede arbitral o la política de neutralidad de ese país¹³⁶.

El empleo de las normas de conflicto de leyes de la sede del arbitraje no puede ser equiparado al empleo que hacen los tribunales nacionales a sus normas de conflicto de leyes nacionales por otra razón: “El

mas de conflicto de leyes del foro”. Para afirmaciones similares, *vid.* también Laudo Arbitral CCI Caso no. 3540 de 1980, *Yearb. Comm. Arb.*, VII, 1982, pp. 124, 128, afirmando que “[c]onsiderando que en este campo la doctrina más reciente y acreditada así como la jurisprudencia de los árbitros, especialmente la de la CCI, reconoce que, para determinar la ley sustantiva, los árbitros pueden evitar la aplicación de las normas de conflicto del foro”.

¹²⁹ *Vid.* Tribunal Arbitral *ad hoc*, Laudo Arbitral de 10 octubre 1973, *Yearb. Comm. Arb.*, V, 1980, pp. 143, 148, en el que se afirma que “[e]s erróneo asumir, como se ha hecho doctrinalmente, sobre la base de la soberanía territorial del Estado donde la sede física donde un tribunal arbitral está situado, que la *lex arbitri* necesariamente rige las normas de conflicto de leyes aplicables”.

¹³⁰ *Vid.* también Basedow, *cit.*, p. 16; Caron et al., *supra* nota 71, p. 126; Mukopadhyay, *supra* nota 110, p. 4.

¹³¹ Para este argumento, *vid.*, *v.gr.*, Croff, *supra* nota 1, pp. 625 ss; Triebel/Petzold, *supra* nota 1110, p. 248.

¹³² A este respecto *vid.* también Wortmann, *cit.*, p. 108, afirmando que “en este caso, las ventajas de la certeza inherente de la ‘teoría de la sede’ son menos obvias, pues hasta que la institución no establecido la sede del tribunal arbitral las partes no sabrán el lugar, y por tanto no pueden prever la ley sustantiva aplicable al fondo de su disputa”.

¹³³ Para una lista de razones por las que las partes puede optar por una de arbitral en particular, *vid.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 4434 de 1983, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, *cit.*, pp. 458, 459.

¹³⁴ Para esta conclusión, *vid.* también Berlingeri, *cit.*, en 622; Chukwumerije, *cit.*, p. 299; Croff, *supra* nota 1, p. 625; Lorenz, “Die Lex mercatoria: Eine internationale Rechtsquelle”, en *Festschrift für Karl Neumayer zum 65. Geburtstag* (Werner Barfuß, ed.), 1985, p. 407, 415.

¹³⁵ *Vid.* Croff, *supra* nota 1, p. 626; Fouchard et al., *supra* nota 4, en ¶ 1541.

¹³⁶ Para esta y otras razones para elegir la sede arbitral, *Vid.* Delvolvé/Rouche/Pointon, *supra* nota 71, p. 138; Seznec, “The Role of the African State in International Commercial Arbitration”, *Vindobona J. Int’l Comm. L. & Arb.*, 8, 2004, pp. 211, 219; Wortmann, *cit.*, pp. 107–108.

propósito de las normas de conflicto de leyes es regular el ámbito de la competencia legislativa del Estado. Este propósito no se realiza obligando a árbitro internacional, que no es un órgano del Estado, a aplicar las normas de conflicto¹³⁷ 138. Por tanto, no resulta sorprendente que tanto la jurisprudencia arbitral de la Corte de Arbitraje de la CCI de¹³⁹ y de otros centros de arbitraje¹⁴⁰ como la doctrina¹⁴¹ sugieren que “a día de hoy, parece bien asentado que los árbitros no están vinculados por la *lex forum arbitri* de la misma manera que un juez nacional está sujeto a la *lex fori*”¹⁴². Aun así, sería prematuro anunciar “el prácticamente total abandono de la aplicación de las normas de conflicto del llamado foro arbitral”¹⁴³, pues los tribunales arbitrales todavía continúan recurriendo a ellas¹⁴⁴, incluso a día de hoy¹⁴⁵.

¹³⁷ Danilowicz, “The Choice of Applicable Law in International Arbitration”, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 9, 1986, pp. 235, 237; Greenberg, cit., p. 317; Lew/Mistelis/Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, ¶¶ 17–43 ss.

¹³⁸ Vid. también Wortmann, cit., p. 108, afirmando que “[s]i se mantiene que los tribunales arbitrales son equiparables a los tribunales nacionales, entonces el argumento de que el arbitraje sustituye al pleito ante los tribunales nacionales está enfatizado en exceso, puesto que las facultades de ambos se derivan de fuentes distintas: las del tribunal privado derivan del acuerdo de arbitraje, mientras que las de un tribunal nacional derivan del Estado y por tanto de lo público. En contraposición, los árbitros no ejercen poderes públicos o institucionales en nombre de un Estado. Como consecuencia, la base de la ‘teoría de la sede’, en concreto la equiparación con los jueces nacionales, niega el carácter privado del arbitraje”.

¹³⁹ Vid., v.gr., aparte de los laudos citados en la nota 128, Laudo Arbitral CCI Caso no. 2930 de 1982, *Yearb. Comm. Arb.*, IX, 1984, p. 105, afirmando que “la doctrina actual más acreditada y la jurisprudencia arbitral internacional admiten que para la determinación de la ley sustantiva, el árbitro puede dejar de lado la aplicación de las normas de conflicto de leyes del foro”; Laudo Arbitral CCI n. 4434 de 1983, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 458, 459; Laudo Arbitral CCI n. 2730 of 1982, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 490, 491.

¹⁴⁰ Vid. también Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional, Laudo Parcial de 23 junio 2000, Case no. 120/1998, en *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration*, cit., pp. 25, 28

¹⁴¹ Basedow, cit., p. 16; Derains, *Comments on ICC International Court of Arbitration, Arbitral Award in Case no. 1422*, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 186, 187; Petrochilos, *Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention*, disponible en <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/petrochilos.html>>; Vismara, cit., p. 173–174; menos recientemente, vid. Lalive, “Problèmes relatifs à l’arbitrage international commercial”, *Recueil des Cours*, 1967, p. 569.

¹⁴² Lopez-Rodríguez, “New Arbitration Acts in Denmark and Spain. The Application of Transnational Rules to the Merits of the Dispute”, *J. Int'l Arb.*, 23, 2006, pp. 125, 127.

¹⁴³ Goldman, “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives”, *Journ. dr. int.*, 196, 1979, pp. 475, 491; vid. también, Blessing, “Choice of Substantive Law in International Arbitration”, *J. Arb. Int'l*, 14, 1997, pp. 39, 51 (afirmando que el enfoque referido en el texto “se mueve aún a día de hoy ‘como un fantasma’ aunque fue empujado a la tumba prematuramente ya en 1961”); Gaillard/Pinsolle, “Advocacy in

Otra posibilidad es la elección de las normas de conflicto de leyes del Estado de origen del árbitro, sobre la base de que “el árbitro está más familiarizado con las normas de conflicto de su país de origen”¹⁴⁶.

Esta justificación no es convincente por diversos motivos. Primero, sugiere que los árbitros son incapaces de aplicar normas de conflicto de leyes distintas de las suyas propias, una idea que hace tiempo que fue rebatida¹⁴⁷. Segundo, el Estado de origen del árbitro puede no tener ningún vínculo con la disputa más allá de ser donde el árbitro tiene su origen¹⁴⁸, creando por tanto un vínculo con la disputa aún más fortuito que el vínculo de la sede del arbitraje. Tercero, este enfoque “se encuentra con el problema práctico de determinar el Estado de origen del árbitro, en concreto si es el lugar de la nacionalidad, ciudadanía, domicilio o residencia del árbitro”¹⁴⁹. Y finalmente, está la realidad práctica de que el tribunal arbitral puede estar compuesto por árbitros de diferentes Estados¹⁵⁰.

Como alternativa, los árbitros pueden aplicar el sistema de conflicto de leyes del país donde el laudo será ejecutado. Este enfoque es impracticable puesto que frecuentemente es imposible predecir dónde será ejecutado el laudo arbitral¹⁵¹. Más aún, este enfoque no tiene en cuenta que la parte contra la que será ejecutado el laudo puede tener bienes en diversos países, haciendo probable que la ejecución se produzca en más de un Estado¹⁵².

International Commercial Arbitration: France”, en Bishop (ed.), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2004, pp. 133, 146 (afirmando que el recurso a “las normas de conflicto de la sede del arbitraje [...] está obsoleto y casi enteramente abandonado”); *Redfern/Hunter (with Blackaby & Partasides)*, cit., en ¶ 2–84 (afirmando que el recurso a las normas de conflicto de la sede arbitral es “cada vez más un anacronismo”).

¹⁴⁴ Para esta afirmación, *vid.* también Born, *supra* nota 4, p. 2647.

¹⁴⁵ *Vid.*, *v.gr.*, Laudo Arbitral CCI Caso no. 10303, referido en Grigera Naon, cit., p. 230; Laudo Arbitral CCI Caso no. 9771 de 2001, *Yearb. Comm. Arb.*, IXXX, 2004, pp. 46, 52–53; Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Budapest, Laudo Arbitral de 10 diciembre 1996, disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961210h1.html>>; *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg*, Laudo Arbitral de 21 marzo 1996, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1996, p. 766.

¹⁴⁶ Danilowicz, cit., p. 261.

¹⁴⁷ Croff, *supra* nota 1, en 628; Lalive, cit., p. 160.

¹⁴⁸ Para esta crítica, *vid.*, *v.gr.*, Born, *supra* nota 4, p. 2645 ss.

¹⁴⁹ Danilowicz, *supra* nota 122, en 261–262; *vid.* también Croff, *supra* nota 1, p. 628; Wortmann, cit., p. 108.

¹⁵⁰ Para este argumento *vid.* también Wortmann, cit., p. 109.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² Para esta crítica, *vid.* también Croff, *supra* nota 1, p. 628.

Los árbitros pueden también elegir aplicar el sistema de conflicto de leyes del país más estrechamente vinculado a la disputa. Sin embargo, ese enfoque ha sido usado solo en raras ocasiones¹⁵³, porque “agrava la incertidumbre del análisis de conflicto de leyes al requerir efectivamente dos análisis, sin aportar ningún beneficio discernible. Específicamente, este enfoque requiere identificar qué Estado está “más estrechamente vinculado” con la disputa –lo que en sí mismo es un asunto potencialmente complicado–, posteriormente identificar cuáles son las normas de conflicto de ese Estado –nuevamente, algo no necesariamente sencillo–, y finalmente aplicar esas normas de conflicto para elegir la ley sustantiva, lo que requiere una vez más un análisis potencialmente complejo”¹⁵⁴.

Algunos tribunales han intentado establecer la ley aplicable atendiendo a los diversos conjuntos de normas de conflictos de leyes relacionados con la disputa (un enfoque conocido como el enfoque cumulativo)¹⁵⁵. Uno de los ejemplos¹⁵⁶ paradigmáticos de este enfoque es el Laudo Parcial en el caso CCI No. 6149 de 1990, el cual trataba sobre una reclamación por incumplimiento contractual por parte de un vendedor coreano contra un comprador jordano ante un tribunal arbitral en Francia conforme al Reglamento de la CCI. Las partes no habían llegado a ningún acuerdo sobre la ley aplicable, y el tribunal, conforme al art. 13 de la versión entonces vigente del Reglamento CCI, debía aplicar la ley “designada como ley adecuada por la norma

¹⁵³ *Vid., v.gr.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 8113 de 1995, *Yearb. Comm. Arb.*, XXV, 2000, pp. 324, 325, en el que el tribunal arbitral recurrió a las normas de conflicto de leyes sirias debido a “varios factores de vinculación” relacionaban la disputa con Siria (“El demandante es un ciudadano sirio cuyo establecimiento está en Siria, y los servicios correspondientes a las “deudas monetarias” han sido supuestamente prestados en Siria, con el fin de obtener un contrato sirio con una autoridad siria. Por tanto, el tribunal halla que las normas de conflicto de leyes sirias son las más apropiadas para aplicar a esta disputa”).

¹⁵⁴ Born, *supra* nota 4, p. 2654.

¹⁵⁵ Para una de las primeras discusiones sobre este enfoque, *vid.* Derains, “L’application cumulative par l’arbitre des systems de conflit de lois intérésees au litige”, *Rev. arb.*, 18, 1972, p. 99.

¹⁵⁶ Para otros ejemplos, *vid., v.gr.*, entro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional, Laudo Parcial de 23 junio 2000, Caso no. 120/1998, en *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration*, cit., pp. 25, 29; Laudo Arbitral CCI Caso no. 7319 de 1992, *Yearb. Comm. Arb.*, XXIV 1999, pp. 141, 142 ss; Laudo Arbitral CCI Caso no. 7250 de 1992, *ICC IC Arb. Bulletin*, 7, 1996, p. 92; Laudo Arbitral CCI Caso no. 7197 de 1992, *Journ. dr. int.* 138, 1993, p. 1029; Laudo Arbitral CCI Caso no. 6281 de 1989, *Yearb. Comm. Arb.*, XV, 1990, pp. 96, 97; Laudo Arbitral Provisional CCI en el Caso no. 6149 de 1990, *Yearb. Comm. Arb.*, XX, 1995, p. 41; Laudo Arbitral CCI Caso no. 5314, *Yearb. Comm. Arb.*, XX, 1995, pp. 35, 35 ss; Laudo Arbitral CCI Caso no. 4996 de 1985, *Journ. dr. int.*, 113, 1986, p. 1131.

de conflicto que considerase apropiada”. El tribunal arbitral examinó diferentes conjuntos de normas de conflicto de leyes, las cuales apuntaban todas a la ley coreana como aplicable. Examinó las normas de conflicto de leyes de los Estados vinculados con la materia que era objeto del arbitraje y halló que las normas de conflicto de leyes coreanas (sede del vendedor, lugar de contratación), jordanas (sede del comprador), iraquíes (lugar de entrega de los bienes) y francesas (sede del arbitraje) apuntaban todas a la ley coreana como aplicable. El tribunal también examinó los “principios modernos de conflicto de leyes” de dos convenciones internacionales (el Convenio de la Haya de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales y el Convenio de Roma), y estableció que también ellas apuntaban a la ley doméstica del vendedor –en este caso, la ley coreana–. Tal enfoque tiene el atractivo¹⁵⁷ de ser coherente con el carácter anacional del arbitraje comercial internacional¹⁵⁸ así como ser más acorde con las expectativas de las partes¹⁵⁹, y reducir la posibilidad de impugnación del laudo basada en la aplicación de la ley errónea¹⁶⁰, en las pocas situaciones en las que tal impugnación es posible¹⁶¹. No obstante, este enfoque, que resulta bastante oneroso¹⁶², es útil solo cuando las normas de conflicto de leyes son similares¹⁶³ o convergentes¹⁶⁴, o al menos llevan al mismo resultado¹⁶⁵, a menos, por

¹⁵⁷ Vid. también Craig/Park/Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2000, ¶ 17.02, afirmando que “[e]l método cumulativo es particularmente apto para su uso en el procedimiento arbitral [...]. Los árbitros son capaces de infundir un elemento internacional en el procedimiento y asegurar a ambas partes que la cuestión no ha sido determinada por la limitada aplicación de un ordenamiento de un Estado, cuya relación con la disputa no es necesariamente predominante”.

¹⁵⁸ Vid. Born, *supra* nota 4, p. 2650; Grigera Naon, cit., en 191; Mukopadhyay, cit., p. 8; Lew/Mistelis/Kröll, cit., en ¶ 17–64; Schwarz/Konrad, cit., p. 619.

¹⁵⁹ Vid. Chukwumerije, *supra* nota 71, p. 302; Derains, “L’ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l’arbitrage international”, *Rev. arb.*, 32, 1986, pp. 375, 382; Fouchard *et al.*, *supra* nota 4, en ¶ 1547; Greenberg, cit., p. 322.

¹⁶⁰ Para este argumento, *vid.* Born, *International Arbitration. Cases and Materials*, 2ª ed., 2015, p. 975, afirmando que el enfoque cumulativo “proporciona cierta protección contra la impugnación del laudo por el error en la aplicación de las normas de conflicto de leyes apropiadas”; *vid.* también Lew/Mistelis/Kröll, cit., en ¶ 17–64.

¹⁶¹ Para una teoría sobre cuándo tales impugnaciones deberían ser posibles, *vid.* Silberman/Ferrari, *supra* nota 3, pp. 305–323.

¹⁶² Schwarz/Konrad, cit., p. 611.

¹⁶³ Vid. también Croff, *supra* nota 1, en 630; Fouchard *et al.*, *supra* nota 4, en ¶ 1547; Wortmann, cit., p. 110.

¹⁶⁴ Vid. Grigera Naon, cit., p. 29.

¹⁶⁵ Vid. también Lew/Mistelis/Kröll, cit., en ¶ 17–63, afirmando que “[p]ara que el árbitro aplique el enfoque de la aplicación cumulativa las normas de conflicto involucradas no necesitan ser idénticas. Por ejemplo, un falso conflicto podría existir incluso si una de las

supuesto, que se adopte la visión de que es suficiente “adopt[ar...] la ley que emerja más frecuentemente como la ley aplicable”¹⁶⁶. Ello significa que el valor persuasivo de este enfoque es inversamente proporcional al número de leyes distintas que surgen como ley aplicable al aplicar diversos conjuntos de normas de conflicto de leyes¹⁶⁷. Más aún, este enfoque deja gran discreción a los árbitros¹⁶⁸ para decidir qué normas de conflicto de leyes están vinculadas con la disputa y por tanto deben tomarse en cuenta.

Otro enfoque que enfatiza el carácter anacional del arbitraje comercial internacional consiste en recurrir a las normas de conflicto de leyes presentes en instrumentos que son en sí mismos de alguna forma “anacionales”, como la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, el Convenio de Roma¹⁶⁹ y el Convenio de la Haya de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales¹⁷⁰. Este enfoque, que ciertamente refleja la naturaleza desnacionalizada del arbitraje comercial internacional, se basa en la suposición de que

jurisdicciones coincide con la ley del lugar de celebración del contrato y la otra con la ley del lugar de cumplimiento, si el contrato fue celebrado y debe ser cumplido en el mismo lugar”. *Vid.* también Born, cit., p. 302, afirmando que “el enfoque cumulativo es reconfortante, pero no proporciona orientación cuando un “verdadero conflicto” existe. Si las leyes sustantivas potencialmente aplicables llevan a diferentes resultados, entonces (se dice) debe realizarse alguna elección entre ellas”. Para afirmaciones similares, *vid.* también Mukopadhyay, cit., p. 8.

¹⁶⁶ Lew, “Determination of Applicable Substantive Law”, *Int’l Bus. Lawyer*, 25, 1997, pp. 157, 159.

¹⁶⁷ En efecto, “este enfoque no sirve de guía cuando distintas normas de elección de ley apuntan a dos o más leyes sustantivas nacionales (el “verdadero conflicto” definitivo). En este caso, algún otro principio de conflictos debe aplicarse para elegir entre las posibles alternativas consideradas por el análisis “cumulativo””, Born, *supra* nota 4, p. 2650. Para un tribunal arbitral indicando que las normas de conflicto de leyes de varios ordenamientos vinculados con la disputa no permitían al tribunal determinar la ley aplicable, puesto que las normas de conflicto de leyes analizadas no llevaban a la misma ley, *vid.* Corte de Arbitraje de la CCI, Laudo Arbitral en el Caso no. 3540 of 1956, *Yearb. Comm. Arb.*, 1982, pp. 124, 127.

¹⁶⁸ *Vid.* Osman/Salama, cit., pp. 276–277.

¹⁶⁹ *Vid.* Nederlands Arbitrage Instituut, Laudo Parcial Final de 17 mayo 2005 y Laudo Final de 5 julio 2005, *Yearb. Comm. Arb.*, XXXI 2006, p. 172, 179; Nederlands Arbitrage Instituut, Laudo Provisional de 10 febrero 2005, *Yearb. Comm. Arb.*, XXXII, 2007, pp. 93, 99–100; Laudo Arbitral CCI Caso no. 9771 de 2001, *Yearb. Comm. Arb.*, IXXX, 2004, pp. 46, 54.

¹⁷⁰ *Vid.* Laudo Arbitral CCI Caso no. 5885 de 1989, *Yearb. Comm. Arb.*, XVI 1991, pp. 91, 92; Laudo Arbitral CCI Caso no. 5713 de 1989, *Yearb. Comm. Arb.*, XV 1990, pp. 70, 71; Laudo Arbitral Provisional CCI Caso no. 5505 de 1987, *Yearb. Comm. Arb.*, XIII, 1988, pp. 110 (119); Laudo Arbitral CCI Caso no. 3779 de 1981, *Yearb. Comm. Arb.*, IX, 1984, pp. 124, 126.

“[c]uanto más distante se encuentre la elección de ley del Derecho internacional privado nacional, mayor será la probabilidad de que la solución sustantiva obtenida esté libre de influencias regionalistas de cualquier ordenamiento jurídico nacional particular”¹⁷¹.

Igualmente acorde con la naturaleza desnacionalizada del arbitraje comercial internacional es el recurso a los “principios generales de conflicto de leyes”¹⁷², el “equivalente en cuanto a elección de ley a los principios generales de Derecho sustantivo. Este enfoque conlleva encontrar principios comunes o ampliamente aceptados en los principales ordenamientos de Derecho internacional privado”¹⁷³. Identificar tales “principios generales” puede resultar difícil para los árbitros¹⁷⁴ y puede explicar por qué los árbitros prefieren analizar instrumentos internacionales para encontrar principios generales¹⁷⁵. Aunque los instrumentos internacionales son en sí mismos la prueba de cierto consenso¹⁷⁶, los tribunales arbitrales también han aplicado ins-

¹⁷¹ Grigera Naon, cit., pp. 183–184; *vid.* también Born, *supra* nota 4, pp. 2651–2652, afirmando que “las normas de conflicto “internacionales” están libres de las particularidades de los ordenamientos jurídicos nacionales, y de los costes, retrasos e incertidumbres de elegir entre varios análisis contemporáneos de conflicto, proporcionando precisamente el tipo de principios internacionales uniformes y neutrales que los partidarios del arbitraje internacional prometen y los empresarios desean”.

¹⁷² Para laudos arbitrales refiriéndose expresamente a los “principios generales del Derecho internacional privado”, *vid.* Comisión de Arbitraje Internacional Económico y Comercial de China, Laudo Arbitral de 2 septiembre 2005, disponible en <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1355&step=FullText>>; Laudo Arbitral CCI Caso no. 3316 de 1979, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 385, 386; *vid.* también Laudo Arbitral CCI Caso no. 7071, citado en Born, *supra* nota 4, en 2652; Laudo Arbitral CCI Caso no. 3540 of 1980, *Yearb. Comm. Arb.*, VII, 1982, pp. 124, 126; Laudo Arbitral CCI Caso no. 1434 of 1975, en *Collection of ICC Arbitral Awards 1974–1985*, cit., pp. 262, 265.

¹⁷³ Fouchard et al., *supra* nota 4, en ¶ 1547; *vid.* también Mukopadhyay, *supra* nota 110, p. 9.

¹⁷⁴ Mukopadhyay, *supra* nota 110, en 9; Lew/Mistelis/Kröll, cit., en ¶ 17–65 *et seq*; Schäfer/Verbist/Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, 2004, p. 85.

¹⁷⁵ *Vid.*, *v.gr.*, Laudo Arbitral CCI Caso no. 6527 of 1991, *Yearb. Comm. Arb.*, XVIII, 1993, pp. 44, 46 (afirmando que en lugar de recurrir a las normas de conflicto de leyes de la sede arbitral, “el tribunal arbitral considera más apropiado aplicar los principios generales del Derecho internacional privado tal y como se han expresado en convenios internacionales, en concreto aquellos en el ámbito de la compraventa de bienes muebles”); Laudo Arbitral CCI Caso no. 6360 de 1990, 1 *ICC IC Arb. Bulletin*, 1990, p. 24 (empleando el Convenio de Roma como un conjunto normas de Derecho internacional privado generalmente aceptadas); en la doctrina *Vid.*, *v.gr.*, Di Blasé, “Questioni in tema di diritto applicabile all’arbitrato commerciale internazionale”, *Riv. arb.*, 2000, pp. 381, 382; Mukopadhyay, cit., p. 10.

¹⁷⁶ Fouchard et al., *supra* nota 4, en ¶ 1549; *vid.* also Basedow, cit., p. 18.

trumentos de Derecho internacional no vigentes¹⁷⁷, socavando en cierta medida la justificación para acudir a instrumentos internacionales en lugar de a “principios generales” de conflicto de leyes.

Por supuesto, la propia existencia de todos los enfoques anteriores –así como de otros enfoques, como el que lleva a la aplicación de las normas de conflicto de leyes del Estado más estrechamente vinculado a la disputa¹⁷⁸– demuestra que las normas sustantivas que finalmente serán aplicadas sobre la base del enfoque indirecto anteriormente mencionado serán tan impredecibles como las normas sustantivas a las que se llegaría mediante el enfoque directo. Ello ha llevado a un autor a indicar correctamente que “la elección de ley sustantiva aplicable en arbitraje internacional está a menudo rodeada de incertidumbre. Ello no es coherente con el ideal de previsibilidad que el arbitraje internacional promete, en particular en lo referido a la ley aplicable”¹⁷⁹.

En la opinión de este autor, ello significa que una parte que quiere que un conjunto de normas apliquen debe llegar a un acuerdo respecto a la elección de ese conjunto de normas, incluida la CNUCCIM. El precio por no elegir la ley aplicable es demasiado alto. Por supuesto, el resultado será más previsible cuando el enfoque indirecto tome la forma que adopta conforme a la ley alemana de arbitraje, o la ley japonesa de arbitraje o el reciente Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional¹⁸⁰, conforme al cual, en ausencia de elección de las partes, el tribunal arbitral aplicará la ley del Estado con el cual la materia que es objeto del procedimiento esté más estrechamente vinculada.

Ello se debe a que, a día de hoy, se entiende qué significa “más estrechamente vinculado”, constituyendo este concepto un factor de conexión al que recurren tanto los legisladores domésticos como internacionales¹⁸¹.

¹⁷⁷ Vid. Laudo Arbitral CCI Caso no. 6527 de 1991, *Yearb. Comm. Arb.*, XVIII, 1993, pp. 44, 46.

¹⁷⁸ Vid. Born, *supra* nota 4, pp. 2653 ss.

¹⁷⁹ Born, *supra* nota 143, pp. 977 ss.

¹⁸⁰ Vid. art. 33.1º Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional: “El tribunal arbitral decidirá el caso de acuerdo con las normas jurídicas acordadas por las partes o, en ausencia de elección de ley, mediante la aplicación de las normas jurídicas con las que la disputa tenga el vínculo más estrecho”.

¹⁸¹ Para artículos sobre el “vínculo más estrecho” en Derecho internacional privado, *vid.*, *v.gr.*, Baratta, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti* (1991); Geisler, *Die engste Verbindung im Internationalen Privatrecht* (2001); Lopes Pegna, “Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di regolamento ‘Roma I’”, *Riv. dir. int.*, 2006, p. 756; Remien, “Engste Verbindung

Bibliografía

- ABEND: *Die lex validitatis im internationalen Vertragsrecht*, 1994.
- ACHILLES: *Kommentar zum UN-Kaufrechts-übereinkommen (CISG)* 25 (2000).
- AUDIT: “Choice of the Applicable Law by the Parties”, en *The Application of Substantive Law by International Arbitrators* (Bortolotti / Mayer, eds.), 2014, pp. 10 ss.
- AUDIT: *La vente internationale de marchandises*, 1990
- BARATTA: *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, 1991.
- BASEDOW: “Vertragsstatut und Arbitrage nach neuem IPR”, *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, 1987, pp. 3 ss.
- BELL: “The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Pace International L. Rev.*, 1996, pp. 237 ss.
- BELL: “Why Singapore Should Withdraw Its Reservation to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, *Singapore Yearb. Int'l. L.*, 2005, pp. 55 ss.
- BENICKE: en *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* Art. 1 CISG ¶ 3^a ed., 2013, pp. 39 ss.
- BÉRAUDO: “La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'arbitrage”, *ICC ICArb. Bulletin*, 5, 1994, pp. 60 ss.
- BERGER / KELLERHALS: *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, 2006.
- BERGER: *International Economic Arbitration*, 1993.
- BERLINGERI: “The Law Applicable by the Arbitrators”, *Il diritto marittimo*, 1998, pp. 617 ss.
- BINDER: *International Commercial Arbitration and Conciliation in the UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 3^a ed., 2010, pp. 336 ss.
- BLACK *et al.*: “Arbitration of Cross Border Disputes”, *Construction Lawyer* 27, 2008, pp. 5 ss.
- BLESSING: “Choice of Substantive Law in International Arbitration”, *J. Arb. Int'l*, 14, 1997, pp. 39 ss.
- BÖCKSTIEGEL: “Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsgerichtsverfahren”, *Festschrift für Günther Beitzke*, 1979, pp. 443 ss.
- BONELL: “Art. 6”, en *Commentary on the International Sales Law* (Michael J. Bonell/Massimo C. Bianca eds.), 1987.

und Ausweichklauseln”, en *Brauchen wir eine Rom o-Verordnung?: Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR* (Leible/Unberath ed., 2013); Spiro, “The evolution of the closest (most significant) connection in the conflict of laws”, *Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 1990, pp. 74–83.

- BORN; *International Arbitration. Cases and Materials*, 2^a ed., 2015.
- BORN: *International Commercial Arbitration*, 2^a ed., 2014.
- BOSCHIERO: “Le Convenzioni di diritto materiale uniforme”, en *Trattato di diritto privato*, vol. 21, 1987, pp. 259 ss.
- BRUNET / JOHNSON: “Substantive Fairness in Securities Arbitration”, *University of Cincinnati L. Rev.*, 76, 2008, pp. 459 ss.
- CARBONE / LUZZATTO: “I contratti del commercio internazionale”, en *Trattato di diritto privato*, 11, 1984, pp. 111 ss.
- CARON *et al.*: *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2006.
- CHUKWUMERIJE: “Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration”, *Anglo-American L. Rev.*, 23, 1994, pp. 265 ss.
- COOK: “The U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Mandate to Abandon Legal Ethnocentricity”, *Journal of Law and Commerce*, 16, 1997, pp. 257 ss.
- CRAIG / PARK / PAULSSON: *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2000.
- CROFF: “The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of Laws Problem?”, *International Lawyer*, 16, 1982, pp. 613 ss.
- CZERWENKA: *Rechtsanwendungs-probleme im internationalen Kaufrecht. Das Kollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen und der Anwendungsbereich der internationalen Kaufrechts-übereinkommen*, 1988.
- CZWERWENKA: “Anwendung des Einheitlichen Kaufgesetzes zwischen deutschen und englischen Parteien”, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1986, pp. 293 ss.
- DANILOWICZ: “The Choice of Applicable Law in International Arbitration”, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 9, 1986, pp. 235 ss.
- DATE-BAH: “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Overview and Selective Commentary”, *Review of Ghana Law*, 11, 1979, pp. 50 ss.
- DE AGUILAR VIERIA: “La Convention de Vienne et l'arbitrage: Perspectives en droit brésilien”, *Unif. L. Rev.*, 2013, pp. 606 ss.
- DE LY: “La pratique de l'arbitrage commercial international et la vente internationale”, *International Business Law Journal*, 2001, p. 465 ss.
- DELVOLVÉ / ROUCHE / POINTON: *French Arbitration Law and Practice*, 2003.
- DERAINS / SCHWARTZ: *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2^a ed., 2005.
- DERAINS: “L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international”, *Rev. arb.*, 32, 1986, pp. 375 ss.
- DERAINS: “L'application cumulative par l'arbitre des systems de conflit de lois intéressées au litige”, *Rev. arb.*, 18, 1972, pp. 99 ss.
- DI BLASÉ: “Questioni in tema di diritto applicabile all'arbitrato commercial internazionale”, *Riv. arb.*, 2000, pp. 381 ss.

- DJORDJEVIĆ: “Application of the CISG Before the Foreign Trade Court of Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce: Looking Back at the Latest 100 Cases”, *Journal of Law and Commerce*, 28, 2010, pp. 1 ss.
- DOKTER: “Interpretation of exclusion–clauses of the Vienna Sales Convention”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, pp. 430 ss.
- DORE / DEFRANCO: “A Comparison of the Non–Substantive Provisions of the UN–CITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code”, *Harvard Int’l L. J.*, 23, 1982, pp. 49 ss.
- DORE: “Choice of Law under the International Sales Convention: A U.S. Perspective”, *Am. J. Int’l L.*, 77, 1981, pp. 521 ss.
- DUTTON: “Risky Business: The Impact of the CISG on the International Sale of Goods, Guide for Merchants to Limit Liability and Increase Certainty Inside and Outside of the CISG”, *European Journal of Law Reform*, 7, 2005, pp. 239 ss.
- EHRENZWEIG: *Conflict of Laws*, 1960.
- ENDERLEIN / MASKOW: *International Sales Law*, 1992.
- ERAUW: “Waneer is het Weens koopverdrag van toepassing?”, en *Het Weens Koopverdrag* (Hans van Houtte et al. eds.), 1997, pp. 21 ss.
- FARNSWORTH: “Review of Standard Forms or Terms under the Vienna Convention”, *Cornell Int’l L.J.*, 21, 1988, pp. 439 ss.
- FERRARI / TORSELLO: *International Sales Law – CISG in a nutshell*, 2014.
- FERRARI: “Short notes on the impact of the Article 95 reservation on the occasion of Prime Start Ltd. v. Maher Forest Products Ltd. et al., 17 de julio de 2006”, *Internationales Handelsrecht*, 2006, pp. 248 ss.
- FERRARI: *La vendita internazionale*, 2ª ed., 2006.
- FERRARI: “Diritto uniforme della vendita internazionale: questioni di applicabilità e di diritto internazionale privato”, *Riv. dir. civ.*, 1995, pp. 669 ss.
- FERRARI: “Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing”, *Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, 1995, pp. 81 ss.
- FERRARI: “Zum vertraglichen Ausschluss des UN–Kaufrechts”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2002, pp. 737 ss.
- FERRARI: *Contracts for the International Sale of Goods*, 2ª ed., 2012.
- FERRARI: en *Kommentar zum Einheitlichen UN–Kaufrecht– CISG Art. 1 ¶ 78* (Ingeborg Schwenzer, ed., 6ª ed., 2013).
- FISANICH: “Application of the U.N. Sales Convention in Chinese International Commercial Arbitration: Implications for International Uniformity”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, 10, 1999, pp. 101 ss.
- FOUCHARD et al.: *International Commercial Arbitration* (Gaillard/Savage eds.), 1999.
- FUMAGALLI: “La legge applicabile al merito della controversia second il regolamento ICC del 1998”, *Dir. comm. int.*, 2001, pp. 539 ss.

- GAILLARD / PINSOLLE: "Advocacy in International Commercial Arbitration: France", en Bishop (ed.), *The Art of Advocacy in International Arbitration*, 2004, pp. 133 ss.
- GARRO / ZUPPI: *Compraventa internacional de mercaderías*, 1990.
- GEISLER: *Die engste Verbindung im Internationalen Privatrecht*, 2001.
- GIOVANNUCCI ORLANDI: "Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale", en *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale* (Ferrari ed.), 2ª ed., 2002, pp. 445 ss.
- GOLDMAN: "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", *Journ. dr. int.*, 196, 1979, pp. 475 ss.
- GRAFFI: "L'applicazione della Convenzione di Vienna in alcune recenti sentenze italiane", *European Legal Forum*, 2000/2001, pp. 240 ss.
- GRBIC: "Putting the CISG Where it Belongs: In the Uniform Commercial Code", *Touro L. Rev.*, 29, 2012, pp. 173 ss.
- GREENBERG: "The Law Applicable to the Merits in International Arbitration", *Vindobona J. Int'l Comm. L. & Arb.*, 8, 2004, pp. 315 ss.
- GRIGERA NAON: "Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration", *Recueil des Cours*, 289, 2001, pp. 9 ss.
- GRIGERA NAON: "International Commercial Arbitration – The Law Applicable to the Substance of the Dispute: Present Trends", en *International Conflict of Laws for the Third Millennium* (Borchers/Zekoll eds.), 2001, pp. 65 ss.
- GRIJALVA / IMBERG: "The Economic Impact of International Trade on San Diego and the Application of the United Nations Convention on the International Sale of Goods to San Diego/Tijuana Commercial Transactions", *San Diego L. Rev.*, 35, 1998, pp. 769 ss.
- HAY: "Forum-Selection and Choice of Law Clauses in American Conflicts Laws", in *Gedächtnisschrift für Michael Gruson* (Baums/Hutter eds.), 2009, pp. 195 ss.
- HAYWARD: "New Dog, Old Tricks: Solving a Conflict of Laws Problem in CISG Arbitrations", *J. Int'l Arb.*, 26, 2009, pp. 405 ss.
- HEISS: "Internationales Privatrecht in der Schiedsgerichtsbarkeit", *Schiedsgerichtsbarkeit in Zentraleuropa* (Paul Oberhammer ed.), 2005, pp. 89 ss.
- HERBER / CZERWENKA: *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. de abril de 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, 1991.
- HOLLMAN: "§ 1301 Form 4. Clause selecting applicable law—Opt out election from the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)", en *West's California Code Forms with Commentaries*, 3ª ed., 2013.
- HOLTHAUSEN: "Vertraglicher Ausschluß des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1989, pp. 513 ss.
- HONNOLD: *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., 1999.

- JANSSEN / SPILKER: "The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2013, pp. 131 ss.
- JOHNSON: "Understanding Exclusion of the CISG: A new Paradigm of Determining Party Intent", *Buffalo L. Rev.*, 59, 2011, pp. 213 ss.
- KENNEDY: "Recent Developments: Nonconforming Goods Under the CISG – What's a Buyer to Do?", *Dickinson J. Int'l L.*, 16, 1998, pp. 319 ss.
- KINDLER: "Die Anwendungsvoraussetzungen des Wiener Kaufrechtsübereinkommens der Vereinten Nationen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr", *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1988, pp. 776 ss.
- KLEPPER: "The Convention for the International Sale of Goods: A Practical Guide for the State of Maryland and Its Trade Community", *Maryland J. Int'l L. & Trade*, 15, 1991, pp. 235 ss.
- KRITZER: *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1989.
- LAGARDE: "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 287 ss.
- LALIVE: "Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial", *Recueil des Cours*, 1967, p. 569 ss.
- LANDO: "The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1987, pp. 60 ss.
- LANDO: "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", en *Essays on International Commercial Arbitration*, Sarcevic, ed., 1991, pp. 129 ss.
- LEW / MISTELIS / KRÖLL: *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003.
- LEW: "Determination of Applicable Substantive Law", *Int'l Bus. Lawyer*, 25, 1997, pp. 157 ss.
- LIGUORI: "La Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili nella pratica: un'analisi critica delle prime cento decisioni", *Foro italiano*, 1996/V, pp. 145 ss.
- LOPES PEGNA: "Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di regolamento "Roma I"", *Riv. dir. int.*, 2006, pp. 756 ss.
- LOPEZ-RODRIGUEZ: "New Arbitration Acts in Denmark and Spain. The Application of Transnational Rules to the Merits of the Dispute", *J. Int'l Arb.*, 23, 2006, pp. 125 ss.
- LORENZ: "Die Lex mercatoria: Eine internationale Rechtsquelle", en *Festschrift für Karl Neumayer zum 65. Geburtstag* (Werner Barfuß, ed.), 1985, pp. 407 ss.
- MAGNUS: *Wiener UN-Kaufrecht – CISG*, 2013.
- MANKOWSKI: en *Internationales Vertragsrecht Art. 95 CISG* (Franco Ferrari et al. eds., 2^a ed.), 2012.
- MANN: "Lex Facit Arbitrum", en *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke* (Sanders ed.), 1967, pp. 157 ss.

- MAYER: “L’application par l’arbitre des conventions internationales de droit privé”, en *L’internationalisation du droit: Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn*, 1994, pp. 275 ss.
- MUKOPADHYAY: “The Possible Conflict of Law Rules Employed in International Commercial Arbitration to Discern the Governing Law: An Analysis”, *Indian J. Arb. L.*, 1, 2013, pp. 3 ss.
- MURPHY: “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Creating Uniformity on International Sales Law”, *Fordham Int’l L.J.*, 12, 1989, pp. 727 ss.
- OSMAN / SALAMA: “Les méthodes de détermination du droit applicable par l’arbitre: vers un rattachement de la “voie directe” à la méthode conflictuelle”, *ASA Bulletin*, 21, 2003, pp. 272 ss.
- OSTENDORF *et al.*: “Möglichkeiten und Grenzen von Haftungsbeschränkungen in internationalen Lieferverträgen zwischen Unternehmern”, *Internationales Handelsrecht*, 2006, pp. 21 ss.
- LALIVE, “Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l’arbitre internationaln siégeant en Suisse”, *Rev. arb.*, 1976, pp. 155 ss.
- PAPANDRÉOU–DETERVILLE: “La Convention de Vienne l’emporte sur le Statute of Frauds”, *Recueil Dalloz–Sirey Jurisprudence*, 2002, pp. 398 ss.
- PARK: “The Predictability Paradox. Arbitrators and Applicable Law, en *The Application of Substantive Law by International Arbitrators 60* (Bortolotti/Mayer eds.), 2014.
- PATRIKIOS: “Resolution of Cross–Border E–Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E–Business Usages: The Emergence of a Lex Informatica”, *Univ. Toledo L. Rev.*, 38, 2006, pp. 271 ss.
- PERALES VISCASILLAS, “Applicable Law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts”, *Villanova L. Rev.*, 58, 2013, pp. 733 ss.
- PETROCHILOS: *Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention* <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ petrochilos.html>>.
- PILTZ: *Internationales Kaufrecht. Das UN–Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung*, 2^a ed., 2008.
- PLANTARD: “Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980”, *Journ. dr. int.*, 1988, pp. 311 ss.
- POSCH / TERLITZA: “Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs zur UN–Kaufrechtskonvention (CISG)”, *Internationales Handelsrecht*, 2001, pp. 47 ss.
- REDFERN / HUNTER (CON BLACKABY & PARTASIDES): *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4^a ed., 2004.
- REIFNER: “Stillschweigender Ausschluss des UN–Kaufrechts im Prozess?”, *Internationales Handelsrecht*, 2002, pp. 52 ss.
- REMIEN: “Engste Verbindung und Ausweichklauseln”, en *Brauchen wir eine Rom o–Verordnung?: Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR* (Leible/Unberath ed.), 2013.

- RENDELL: "The New U.N. Convention on International Sales Contracts: An Overview", *Brooklyn J. Int'l L.*, 15, 1989, pp. 23 ss.
- RICHARDS: "Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention", *Iowa L Rev.*, 69, 1983, pp. 209 ss.
- ROVELLI: "Conflitti tra norme della Convenzione e norme di diritto internazionale privato", en *La vendita internazionale. La Convenzione dell'11 aprile 1980*, 1981, pp. 89 ss.
- SACERDOTI: "I criteri di applicazione della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: diritto uniforme, diritto internazionale privato e autonomia dei contratti", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 733 ss.
- SANNINI: *L'applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale negli Stati Uniti*, 2006.
- SARAVALLE: "Commento all'art. 3 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali", *Nuove Leggi civili commentate*, 1995. pp. 940 ss.
- SCHÄFER / VERBIST / IMHOOS: *ICC Arbitration in Practice*, 2004.
- SCHLECHTRIEM / WITZ: *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale marchandises*, 2008.
- SCHMIDT-AHRENDTS: "CISG and Arbitration", *Annals of the Faculty of Law – Belgrade Law Review*, 2011, pp. 211 ss.
- SCHROETER: "Backbone or Backyard of the Convention? The CISG's Final Provisions", en *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday* (Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter eds.), 2008, pp. 425 ss.
- SCHWARZ / KONRAD: *The Vienna Rules. A Commentary*, 2009.
- SEZNEC: "The Role of the African State in International Commercial Arbitration", *Vindobona J. Int'l Comm L. & Arb.*, 8, 2004, pp. 211 ss.
- SILBERMAN / FERRARI: "Getting to the law applicable of the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong", en *Conflict of Laws in Int'l Arb.*, (F. Ferrari/S. Kröll, eds.), 2011, pp. 257 ss.
- SPIRO: "The evolution of the closest (most significant) connection in the conflict of laws", *Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 1990, pp. 74 ss.
- STEINER: *Die stillschweigende Rechtswahl im Prozeß im System der subjektiven Anknüpfungen im deutschen IPR*, 1998.
- SYMEONIDES: "Contracts Subject to Non-State Norms", *Am. J. Comp. L.*, 54, 2006, pp. 209 ss.
- THIEFFREY / THIELE: "Das UN-Kaufrecht vor US-amerikanischen Gerichten", *Internationales Handelsrecht*, 2002, pp. 8 ss.
- THIEFFREY: "L'arbitrage et les nouvelles règles applicables aux contrats de vente internationale après l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies", *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1987, pp. 311 ss.
- TIEDER: "Factors to Consider in the Choice of the Procedural and Substantive Law in International Arbitration", *J. Int'l Arb.*, 20, 2003, pp. 393 ss.

- TORSELLO: "Reservations to international uniform commercial law Conventions", *Unif. L. Rev.*, 2000, pp. 85 ss.
- TRIEBEL / PETZOLD: "Grenzen der lex mercatoria in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit", *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1988, pp. 245 ss.
- VAN HOUTTE: "The Vienna Sales Convention, ICC Arbitral Practice", *ICC ICArb. Bull.*, 21, 2000, p. 22 ss.
- VISMARA: "Legge applicabile al contratto e norme di conflitto della sede dell'arbitrato. Rilevanza del comportamento concludente delle parti", *Riv. arb.*, 2000, pp. 172 ss.
- WAINCYMER: "The CISG and International Commercial Arbitration: Promoting a Complimentary Relationship Between Substance and Procedure", en *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer* (Camilla B. Andersen/Ulrich G. Schroeter eds.), 2008, p. 582 ss.
- WASMER: *Vertragsfreiheit im UN-Kaufrecht*, 2004.
- WEBSTER: *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, 2010.
- WILLIAMS: "Limitations on Uniformity in International Sales Law: A Reasoned Argument for the Application of a Standard Limitation Period under the Provisions of the CISG", *Vindobona J. Int'l Comm. L. & Arb.*, 10, 2006, pp. 229 ss.
- WILNER: "Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study", *Rutgers L. Rev.*, 19, 1965, pp. 646 ss.
- WINSHIP: "International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention", *Uniform Commercial Code L. J.*, 17, 1984, pp. 55 ss.
- WINSHIP: "The Scope of the Vienna Convention on International Sale Contracts", en *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1.1, 1.35* (Nina Galston/Hans Smit eds.), 1984.
- WITZ *et al.*: *International Einheitliches Kaufrecht*, 2000.
- WORTMANN: "Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System", *Arb. Int'l*, 14, 1998, pp. 97 ss.

Confidencialidad en el arbitraje

Gonzalo JIMÉNEZ-BLANCO *

Sumario: I. Introducción. II. Arbitraje y confidencialidad. 1. Principios generales. 2. Sujetos obligados a la confidencialidad en el arbitraje. 3. El deber de mantener la confidencialidad de informaciones. 4. El deber de los árbitros de mantener el secreto de las deliberaciones y del contenido del laudo. 5. El deber de los árbitros de no comunicación unilateral con las partes durante el procedimiento, y el deber recíproco de las partes. III. Reglas especiales en el caso de sociedades cotizadas. IV. Reglas especiales en determinados arbitrajes (de inversiones, etc.). V. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de confidencialidad

Resumen: Confidencialidad en el arbitraje

Tradicionalmente, se considera que una de las ventajas del arbitraje es su confidencialidad. Esto no así en todo tipo de arbitrajes y en todo caso en el arbitraje sometido a ley española, los sujetos obligados, las excepciones al principio y las consecuencias del incumplimiento de la obligación de confidencialidad admiten diversas interpretaciones.

Palabras clave: ARBITRAJE – PRINCIPIOS – CONFIDENCIALIDAD – SOCIEDADES COTIZADAS – ARBITRAJE DE INVERSIONES.

Abstract: Confidentiality in arbitration

Traditionally, it is considered that one of the arbitration advantages is its confidentiality. This is not the case in all types of arbitrations and in any case in arbitrations under Spanish Law, the affected persons, the exceptions to this principle and the effects of its violation are able of different interpretations.

Keywords: ARBITRATION – PRINCIPLES – CONFIDENTIALITY – LISTED COMPANIES – INVESTMENT ARBITRATION.

* Abogado del Estado (exc). Ashurst LLP.

I. Introducción

Cuando se habla de las ventajas del arbitraje frente a la vía judicial suele decirse que una de las más destacadas es la “confidencialidad del arbitraje”, así enunciada en términos generales. Pero cabe preguntarse, no sólo si esa obligación existe, sino también, en caso de existir, qué significa exactamente esa confidencialidad, quiénes resultan obligados por la misma, qué abarca, etc. Y las respuestas pueden ser muy diversas, precisamente porque hay además muchos tipos de arbitraje, y la regulación de unos y otros puede venir afectada por muchos matices. Desde luego, habrá de estarse a la ley del arbitraje (la del lugar del arbitraje) pero también muy específicamente habrá de analizarse el Reglamento de la institución arbitral que sea de aplicación. Asimismo esta es una cuestión que puede ser objeto de acuerdo entre las partes, en la cláusula arbitral o en cualquier otro acuerdo. En Europa la regla general apunta a la confidencialidad, aunque no parece que ese sea el caso de EE UU¹. Quizá el documento de más interés y más completo sea el de la *International Law Association* (sobre la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional)².

Comienza reconociendo que ha habido una cierta asunción por todos los sujetos involucrados sobre la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional, si bien la publicación en la década de los noventa de unas muy comentadas decisiones judiciales generó un importante debate sobre este punto. Señala también que las decisiones legislativas y en los correspondientes Reglamentos han sido muy diversas sin que existe una aproximación uniforme a la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional, que a menudo se aborda específicamente por medio de acuerdo entre las partes. Destaca que solo algunas legislaciones contienen expresas previsiones en materia de confidencialidad en el arbitraje, y guarda silencio la LMU. En otros casos, es la jurisprudencia la que ha reconocido esa confidencialidad y fijado sus límites y excepciones. Y señala también que la mayoría de los Reglamentos de las Cortes contienen reglas sobre confidencialidad (*London Court of International Arbitration, Milan Arbitration Chamber, German Institute of Arbitration, Singapore International Arbitration Centre*).

También se refieren a la confidencialidad las reglas de la IBA sobre práctica de pruebas en el arbitraje comercial internacional³. Aunque otras importantes reglas guardan silencio, como las de la ICC, las de la AAA y las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL

¹ F. Dessemontet, “Arbitration and Confidentiality”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, 1996, pp. 299 ss.

² *ILA: “Confidentiality in International Commercial Arbitration”*. The Hague Conference 2010. file:///C:/Users/user/Downloads/int_commercial_arb_report_final_clean.pdf

³ *IBA Rules of the Taking of Evidence in Int Arbitration 2010 FULL (2)*pdf. file:///C:/Users/usuario/Downloads/IBA%20Rules%20on%20the%20Taking%20of%20Evidence%20in%20Int%20Arbitration%20201011%20FULL%20(1).pdf.

II. Arbitraje y confidencialidad

1. Principios generales

Como hemos dicho, habrá que estar tanto a la correspondiente ley de arbitraje como a los reglamentos de la corte de que se trate.

Respecto a las diferentes leyes de Arbitraje, algún autor⁴ distingue tres categorías de leyes: a) aquellas que no contienen siquiera una mera mención de la confidencialidad; b) aquellas que apenas enuncian un principio general, aunque sin mayor regulación, c) aquellas que, con matices, avanzan en una reglamentación que pretende abarcar, al menos, los supuestos más usuales.

Dentro de la primera categoría ubica a la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de UNCITRAL, así como las legislaciones sobre arbitraje de Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Austria, Bélgica, Botswana, Bulgaria, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña, Guatemala, Holanda, Honduras, Italia, Japón, México, Panamá, Paraguay, Portugal, Suecia, Suiza, Túnez, Uganda y Uruguay, entre otras.

En la segunda, sitúa a aquellas que, si bien se refieren a la confidencialidad, no avanzan más que en enunciados más o menos genéricos o regulaciones fragmentarias, pero carecen de un régimen que permita discernir claramente cuál es el alcance objetivo del deber de confidencialidad *ratione materiae* (qué aspectos del arbitraje son confidenciales) y obligados a mantener la confidencialidad). Ejemplos de esta categoría son las legislaciones de Bolivia, Brasil, España, Francia y Venezuela.

Claros exponentes de la tercera categoría son a su juicio las nuevas legislaciones de Nueva Zelanda, Perú, Escocia y Australia que, aun con lagunas, contienen un mayor grado de precisión en relación con el alcance del deber de confidencialidad.

Desde la perspectiva doctrinal, señala J.F. Merino Merchán⁵ que ni el legislador nacional ni los tratados internacionales por lo general han reconocido expresamente el deber de confidencialidad en el arbitraje. Pero es así justamente porque el fundamento de este principio se encuentra en la naturaleza misma del arbitraje en general ya que, históricamente, como la mayoría de esas soluciones extrajudiciales han aflorado en el seno de una concepción nítidamente privatista en la que la privacidad ha ocupado un lugar central. S. Barona⁶ considera, por su parte, que no resulta necesario tal reconocimiento por entender que la no difusión de las informaciones aportadas y vertidas a lo largo del arbitraje es un deber ineludible de cuantos participan en él. El propio Merino Merchan insiste en que la confidencialidad es un elemento casi confi-

⁴ R. Caivano, "El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo", *Lima Arbitration*, n° 4, 2010 / 2011, p. 119

⁵ J.F. Merino Merchán, "Confidencialidad y arbitraje", *Spain Arbitration Review*, n° 2, 2008.

⁶ S. Barona Villar, (coord). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson Civitas, 2004.

gurador de la institución arbitral aunque el reconocimiento legal no ha sido ni tan categórico y tan universal como podría esperarse.

En Derecho francés, el arbitraje doméstico está sometido a una presunción de confidencialidad introducida recientemente por un Decreto de 2011. El art. 1464.4^o del Código de Procedimiento Civil dispone que “a reserva de obligaciones legales y a menos que las partes hayan dispuesto otra cosa, el procedimiento arbitral está sometido al principio de confidencialidad”. Desde esta reforma, el Derecho francés distingue claramente entre el arbitraje interno o doméstico y el arbitraje internacional. En efecto el libro cuarto del Código de Procedimiento Civil está dividido en dos títulos distintos, el primero tratando el arbitraje interno y el segundo el arbitraje internacional. Esta frontera ha estado confirmada en una sentencia reciente por un tribunal arbitral de la Cámara de Comercio internacional, en la cual rechaza la presunción de un principio de confidencialidad en el arbitraje internacional. La confidencialidad es pues respetada en Francia en el arbitraje doméstico y no se presume en el arbitraje internacional. El profesor E. Gaillard explica esta elección de política legislativa de dos maneras. En primer lugar el hecho de que numerosos arbitrajes internacionales afecten a tratados de inversiones y que exista una fuerte aspiración a la transparencia en esta materia, como ilustra notablemente los trabajos actuales de UNCITRAL. En segundo lugar, por la consideración que incluso en materia comercial, la confidencialidad no se impone siempre y que conviene que las partes la convengan expresamente o más aún dejar al tribunal decidir sobre esas circunstancias cuando las cosas así lo exijan. Por su parte Ch. Jarrosson y J. Pellerin estiman que la confidencialidad se aplica en Francia tanto que principio general, inherente al arbitraje, pero el principio enunciado de manera supletoria en materia interna es menos imperativo todavía en el arbitraje internacional⁷.

L. Kaster⁸ analiza la confidencialidad en los arbitrajes en Estados Unidos y señala que considerar que toda la información confidencial está protegida en el arbitraje puede ser engañoso. El ámbito de la protección puede ser influido por las circunstancias en que esta información pueda ser aportada. En consecuencia, las partes deben tomar medidas para proteger los secretos comerciales, la información financiera sensible, etcétera, la adopción de medidas de ordenación en el arbitraje que sean precisas de forma que la confidencialidad puede llegar a ser protegida. Las partes asumen el riesgo si el ámbito de la confidencialidad no está protegido por su acuerdo con la otra parte o por órdenes del tribunal arbitral. En su caso, además, habrá que tener en cuenta las obligaciones regulatorias que pueden obligar a desvelar aspectos cualquiera que sea la pretensión de confidencialidad de las partes aunque es casi universal el que los árbitros y el personal administrativo del arbitraje tienen obligación de proteger la información sobre el procedimiento; sin embargo las partes pueden no tener

⁷ Ch. Jarrosson y J. Pellerin, “Le droit français de l’arbitrage après le décret du 13 janvier 2011”, *Rev. arb.*, 2011, pp. 5 ss.

⁸ L. Kaster, “Confidentiality in U.S. Arbitration”, *New York Dispute Resolution Lawyer*, 2012, vol. 5, n^o 1.

esa obligación de confidencialidad y frecuentemente los testigos no tienen obligación de mantener confidencialidad respecto de la información procedimental ni sustantiva.

A. Ekpete⁹ también considera que la confidencialidad en el arbitraje es un elemento importante. Pero esa confidencialidad es meramente una obligación implícita entre las partes salvo acuerdo al respecto. En todo caso esta obligación tiene numerosas limitaciones derivadas de la ejecución del laudo en un proceso judicial, requerimientos de orden público, requerimientos de la ley, por ejemplo en el caso de que exista una obligación de información al público en el caso de sociedades cotizadas. A este fin se puede decir que el principio ya no es sacrosanto, que confiar en el principio puede no ser suficiente y que las partes que quieran beneficiarse del mismo deberían reforzarlo mediante el correspondiente acuerdo. Cita al efecto el conocido caso *Esso Australia*¹⁰ en el que se consideró que la divulgación al público por sus legítimos intereses era motivo suficiente para desvelar una información que en otro caso sería confidencial. Esto es más pronunciado cuando una de las partes sea un Estado o una entidad estatal, en cuyo caso la obligación de transparencia puede prevalecer sobre el principio de confidencialidad.

Dessemontet¹¹ aborda la cuestión desde un punto de vista de la protección de los secretos empresariales, considerando que no tiene sentido debatir sobre si existe o no un principio de confidencialidad en los procedimientos arbitrales, porque los reglamentos y tradiciones nacionales divergen.

En cuanto a los reglamentos de las distintas Cortes, por su parte, el Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) establece:

Art. 62. Medidas para garantizar la confidencialidad

1. Durante la tramitación del arbitraje y a instancia de cualquiera de las partes, la Corte o el tribunal arbitral podrán adoptar las medidas que estimen oportunas para garantizar la confidencialidad y, en su caso, el secreto de cualesquiera asuntos relacionados con la controversia debatida.

2. El tribunal arbitral, las partes y sus asesores y representantes y la Corte estarán obligados a guardar reserva sobre cualquier información confidencial que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.

Art. 63. Divulgación del laudo

1. El laudo sólo podrá hacerse público con el consentimiento de todas las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de divulgarlo, para proteger o ejercer un derecho o con motivo de un procedimiento legal ante un tribunal u otra autoridad competente.

2. La Corte publicará en su página web los laudos que resuelvan conflictos societarios inscribibles, manteniendo el nombre de los árbitros, pero suprimidas todas las referencias a los nombres de las partes y a datos que puedan identificarlas fácilmente, y siempre que ninguna de las partes se haya opuesto expresamente a la publicación dentro de un plazo de treinta (30) días desde la fecha en que se haya dictado el laudo”.

⁹ A. Ekpete, “To What Extent is the Confidentiality of Arbitration Sancrosanct?”, *CAR (CEPMLP Annual Review)*, vol. 14, 2009/2010.

¹⁰ *Esso Australia Resources Ltd and others vs The Honourable Sidney James Plowman and others*, *Arb. Int'l.*, 11, 1995.

¹¹ F. Dessemontet, “Arbitration and Confidentiality”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 7, 1996, pp. 299 ss.

Por su parte, el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid establece:

VI. Terminación del procedimiento y emisión del laudo

49. Confidencialidad

1. Salvo acuerdo contrario de las partes, las partes, la Corte y los árbitros están obligados a guardar confidencialidad sobre el arbitraje y el laudo.

2. Los árbitros podrán ordenar las medidas que estimen convenientes para proteger secretos comerciales o industriales o cualquier otra información confidencial.

3. Las deliberaciones del tribunal arbitral son confidenciales.

4. Podrá publicarse un laudo si concurren las condiciones siguientes:

a) que se presente en la Corte la correspondiente solicitud de publicación o la propia Corte considere que concurre un interés doctrinal;

b) que se supriman todas las referencias a los nombres de las partes y los datos que las pueden identificar fácilmente; y

c) que ninguna de las partes en el arbitraje se oponga a esta publicación dentro del plazo fijado a tal efecto por la Corte”.

El Reglamento de la Corte de Arbitraje de la CCI no regula propiamente este tema de la confidencialidad, que sí aparece regulado verdaderamente en el reglamento de la *London Court of International Arbitration*:

“Article 30. Confidentiality

30.1. The parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in the arbitration, together with all materials in the arbitration created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain, save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right, or to enforce or challenge an award in legal proceedings before a state court or other legal authority.

30.2. The deliberations of the Arbitral Tribunal shall remain confidential to its members, save as required by any applicable law and to the extent that disclosure of an arbitrator's refusal to participate in the arbitration is required of the other members of the Arbitral Tribunal under Articles 10, 12, 26 and 27.

30.3. The LCIA does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal”.

Quizá de forma algo voluntariosa podemos destacar unos principios comunes que derivarían de todas las normas y reglamentos anteriores:

a) El arbitraje es en principio –explícita o implícitamente– confidencial: todo lo que rodea al arbitraje desde su existencia misma hasta el laudo;

b) Esta obligación de confidencialidad se atribuye no sólo a los árbitros también a las partes y a todos en general los que intervienen en el proceso;

c) La obligación de confidencialidad no dura sólo durante el procedimiento sino que una vez concluido este se extiende a todo aquello que haya sido objeto del arbitraje¹².

¹² IIA: *“Confidentiality in International Commercial Arbitration”*. The Hague Conference 2010: La obligación de confidencialidad cuando no es relevante. Uno de esos casos puede resultar de que la información sea ya de dominio público.

Estos principios generales han de ser modulados en cada caso atendiendo a lo que resulte de la norma nacional aplicable y de todo sobre todo al reglamento de la correspondiente corte de que se trate.

2. Sujetos obligados a la confidencialidad en el arbitraje

Expuestos en los párrafos anteriores los principios generales aplicables en materia de arbitraje según deriva de las diferentes leyes de Arbitraje y los Reglamentos de las diferentes Cortes, conviene ahora señalar cuál es en concreto la normativa aplicable en España y que dice al respecto la Ley de Arbitraje:

El art. 24.2º LA establece que “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”.

El árbitro o el tribunal arbitral es la categoría que probablemente se asuma en mayor medida que está vinculada por una obligación de confidencialidad; incluso en ausencia de una regla específica aplicable, parece que existe un amplio consenso en que el deber de confidencialidad es uno de los primeros deberes de los árbitros. Y ese mismo deber se extiende a todos los auxiliares de los árbitros como secretarios o asistentes del tribunal arbitral. También se considera que ese deber de confidencialidad es inherente a la naturaleza de las funciones de las instituciones arbitrales¹³.

Conforme a la ley española y sin perjuicio de lo que resulte aplicable en función de lo correspondientes reglamentos, sólo estarían obligados a guardar la confidencialidad de los correspondientes árbitros, las partes y las instituciones arbitrales.

Es evidente, aunque la ley no lo diga, que todos aquellos sujetos que guarden relación con el arbitraje tienen la obligación de confidencialidad. Por ejemplo, los abogados de las partes que hay que entenderlos incluidos en la mención genérica a las partes. También debería entenderse que los testigos y peritos están obligados por la confidencialidad y parece que también deberán entenderse comprendidos en la mención general a las partes. Es decir, son las partes y todos aquellos que puedan intervenir en el proceso a cuenta o por interés de las partes.

Lo mismo ocurre con las instituciones arbitrales. No sólo están obligadas las instituciones como tales, evidentemente hay que entender comprendida en esa obligación a todos y cada uno de los empleados de las cortes arbitrales.

3. El deber de mantener la confidencialidad de informaciones

La Ley de Arbitraje somete en su art. 24 desde luego a los árbitros, pero en cuanto al ámbito objetivo y temporal de la obligación, el artículo no es demasiado preciso.

En cuanto al ámbito temporal, entendemos que el artículo se refiere a que la obligación se extiende, desde luego, a la duración del procedimiento arbitral,

¹³ *ILA: “Confidentiality in International Commercial Arbitration”, cit.*

pero creemos que se extiende más allá de su finalización. Nos remitimos a lo ya dicho.

Y en lo que se refiere a su ámbito objetivo, el artículo se refiere a la confidencialidad “*de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales*”.

Desde luego, comprende los documentos de las partes, sus posiciones, etc. En general se entiende que también comprende las decisiones que se adopten y entre ellas el laudo¹⁴.

Podemos considerar que el objeto de la confidencialidad del arbitraje se extiende a¹⁵:

a) la existencia misma del arbitraje y en consecuencia los datos concernientes a los detalles de la disputa: las partes, las acciones ejercidas, las peticiones de las partes, la existencia de reconvencción, la composición del tribunal arbitral, de la identidad de los abogados, de los testigos y peritos.

b) los documentos que puedan obrar en el arbitraje (los escritos de las partes, las decisiones del tribunal, los documentos aportados por las partes, los informes periciales o cualesquiera otras pruebas);

c) las audiencias de celebración de prueba y en su caso de conclusiones;

d) las deliberaciones del tribunal arbitral;

e) el laudo, hasta su comunicación a las partes y respecto de terceros, más allá de esa comunicación a las partes. Ello no obstante, determinados laudos pueden resultar publicados conforme a su normativa aplicable.

4. El deber de los árbitros de mantener el secreto de las deliberaciones y del contenido del laudo

Y aunque no se dice expresamente en la Ley, también se entiende que los árbitros deben mantener el secreto de las deliberaciones y el del contenido del laudo¹⁶

Como señala el apartado 19 de las Recomendaciones del Club Español del Arbitraje sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros¹⁷, “*las deliberaciones y las opiniones expresadas en el seno del Colegio Arbitral son secretas, incluso una vez terminado el procedimiento*”. Las Reglas Éticas de la IBA para árbitros internacionales señalan que “*las deliberaciones del Tribunal Arbitral y el contenido mismo del laudo, permanecen confidenciales a perpetuidad a menos que las partes liberen a los árbitros de esta obligación*”.

¹⁴ Sin perjuicio de las superiores obligaciones de información al mercado cuando una de las partes pueda ser una sociedad cotizada.

¹⁵ ILA: “*Confidentiality in International Commercial Arbitration*”, cit.

¹⁶ IBA: “*Rules of Ethics for International Arbitrators*”: “Los árbitros internacionales deben ser imparciales, independientes, competentes, diligentes y discretos” (Nota introductoria).

¹⁷ Club Español del Arbitraje: “Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros”, ap. 19.

El Informe del Grupo de Trabajo del Club Español de Arbitraje sobre la independencia de los árbitros señala que¹⁸ “*en especial, el deber de imparcialidad prohíbe que ninguno de los árbitros facilite datos a una de las partes, si la otra no está presente, que la informe sobre el desarrollo de las deliberaciones ni que le anticipe el contenido de la decisión*”. También se dice así en el Código Ético de la ABA/ASA para árbitros en disputas comerciales¹⁹.

Precisamente sobre este último punto quisiéramos hacer también un comentario: el deber de no comunicación *anticipada* del contenido del laudo se extiende hasta que el laudo haya sido efectivamente notificado a las partes. La comunicación previa de la decisión, o del sentido de la misma, a cualquiera de las partes, vulnera los deberes de no comunicación individual con las partes y los deberes de confidencialidad y de secreto de las deliberaciones. Puede asimismo servir a una de las partes para, conociendo de antemano el resultado del litigio, promover un acuerdo transaccional en condiciones que le sean más favorables, lo que sería de todo punto inadmisibles²⁰.

5. El deber de los árbitros de no comunicación unilateral con las partes durante el procedimiento, y el deber recíproco de las partes

Otro de los ámbitos en que el árbitro designado por las partes (y la parte correspondiente) debe ser especialmente cuidadoso es el de las comunicaciones con las partes y sus abogados. Este deber es un deber general, que se predica del Tribunal Arbitral en su conjunto: los árbitros se comunican con las partes por medio de sus Resoluciones (normalmente, órdenes procesales y laudo), que se comunican en igualdad de condiciones a las partes del proceso, y en las audiencias, con plena transparencia respecto de las partes o de sus abogados.

Lo que no es posible es que un árbitro individual (o incluso el propio Tribunal Arbitral) se comunique separadamente con una de las partes o con sus abogados fuera de los referidos conductos que aseguran precisamente la máxima transparencia y la igualdad de armas de las partes en el proceso.

¹⁸ Club Español del Arbitraje: “La independencia de los árbitros”. Informe del Grupo de Trabajo creado por el Club, p. 6.

¹⁹ *American Bar Association / American Arbitration Association: “The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes”*, Canon VI.C, p. 9.

²⁰ J. Paulsson, “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, *ICSID Review*, vol. 25, nº 2, 2010, pp. 339–355. Relata un supuesto acaecido en un caso real y que presenta casi como “prueba” de su posición para rechazar el nombramiento unilateral de árbitros por las partes: se refiere a un caso tramitado bajo las reglas de la *London Court of International Arbitration*, en el que el procedimiento estaba llegando a su fin, con el laudo ya redactado y preparado para ser enviado a las partes. En ese punto, una de las partes recusó al árbitro designado por la parte contraria, sobre la base de que éste habría violado el secreto de las deliberaciones, filtrando el resultado a esa parte. Como las partes estaban negociando, el conocimiento anticipado del laudo por una de las partes le otorgaba notoria ventaja en la negociación. La parte recusadora sostenía que la mala conducta del árbitro resultaba evidente viendo la postura de la parte en las negociaciones. El árbitro en cuestión admitió que había revelado la decisión, por entender que el caso había terminado. La consecuencia fue que el árbitro tuvo que ser sustituido y el caso reabierto.

No debería, por tanto, una de las partes comunicarse con los árbitros (ni con el que ella ha designado) para hacerle manifestaciones sobre el proceso, ni para contrastar posiciones ni, mucho menos, para dar indicación alguna al árbitro en cuestión. Y recíprocamente, no deben hacerlo los árbitros en conjunto ni individualmente unilateralmente con una de las partes o con sus abogados.

Como señalan las Reglas Éticas de la IBA para árbitros internacionales²¹, durante el procedimiento arbitral, el árbitro debe evitar las comunicaciones unilaterales sobre el caso con cualquiera de las partes o sus representantes. Si tuvieran lugar tales comunicaciones, el árbitro debe informar a la otra parte o partes y a los restantes árbitros.

No obstante la prohibición general de comunicaciones unilaterales con las partes, los Códigos de Conducta de buenas prácticas arbitrales tienden a hacer una excepción respecto a la posible comunicación del árbitro designado por una parte con la parte que le nombró (o con sus letrados) para la elección del Presidente del Tribunal, normalmente a designar por los árbitros nombrados por las partes²². El objetivo de esa comunicación debe limitarse precisamente a discutir la posible lista de candidatos a Presidentes, con la única óptica de valorar la existencia de conflictos de interés, la disponibilidad del árbitro o cualesquiera otras circunstancias que puedan afectar a la idoneidad de los distintos candidatos (*v.gr.*, idiomas, experiencia arbitral, áreas de experiencia, etc.).

Las Reglas Éticas de la IBA para árbitros internacionales²³ prevén que si un árbitro nombrado por una parte es requerido para participar en la designación de un tercer árbitro o Presidente, está permitido (aunque no es exigible) que obtenga el punto de vista de la parte que le ha nombrado sobre la aceptabilidad de los candidatos que sean objeto de consideración. Igualmente se contempla así en el Código Ético de la ABA/ASA para árbitros en disputas comerciales²⁴.

Así se refleja también en las “Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros” del Club Español de Arbitraje, que dispone, bajo la rúbrica “Prohibición de comunicaciones unilaterales con las partes”, que:²⁵

“1.Toda información relativa al arbitraje que el árbitro revele a una parte y que no sea de carácter meramente instrumental deberá ser comunicada de inmediato a la otra parte.

²¹ IBA: “*Rules of Ethics for International Arbitrators*”, ap. 5.3.

²² Vid. *Queen Mary University of London. School of International Arbitration: “2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process”*, que pone de manifiesto que un 74% de los encuestados aceptan la comunicación en este caso.

²³ IBA: “*Rules of Ethics for International Arbitrators*”, ap. 5.2.

²⁴ *American Bar Association / American Arbitration Association: “The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes”*, Canon III. (B) (2), p. 7.

²⁵ Club Español del Arbitraje: “Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros”, ap. 18.

2. Durante el arbitraje ningún árbitro mantendrá comunicación oral o escrita relativa al arbitraje con ninguna de las partes ni con sus abogados sin conocimiento del resto del Colegio arbitral y, en el caso de los co-árbitros, sin autorización previa del Presidente. Se exceptúan los intercambios de información entre las partes y los co-árbitros que éstas hubieran designado, relativos a la selección y designación del Presidente del colegio arbitral”.

También el Informe del Grupo de Trabajo del Club Español de Arbitraje sobre la independencia de los árbitros²⁶ excluye del deber de no comunicación con las partes las “consultas entre un árbitro y la parte que lo designó, relacionadas con la elección del árbitro presidente”.

También en el “2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process”²⁷ se pone de manifiesto que un 74% de los encuestados está a favor de la comunicación de la parte con el árbitro que la misma ha nombrado en relación a la elección y nombramiento de quien deba actuar como Presidente del Tribunal Arbitral.

III. Reglas especiales en el caso de sociedades cotizadas

Aunque no está dicho en ningún lugar, la obligación de confidencialidad puede chocar con la obligación de transparencia que tienen las sociedades cotizadas que deben informar de mercado de todo hecho relevante para la continuación de las mismas y ese puede ser el caso de un arbitraje en que incida en su situación patrimonial (*vid.* art. 82²⁸ Ley del Mercado de Valores).

²⁶ Club Español del Arbitraje: “La independencia de los árbitros”. Informe del Grupo de Trabajo creado por el Club, p. 6.

²⁷ *Vid. Queen Mary University of London. School of International Arbitration: “2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process”.*

²⁸ Art. 82: *Consideración de información relevante, obligados a difundirla y publicidad*

1. Se considerará información relevante toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario.

2. Los emisores de valores están obligados a hacer pública y difundir, en los términos que reglamentariamente se establezcan, inmediatamente al mercado toda información relevante. Asimismo remitirán a la Comisión Nacional del Mercado de Valores esa información para su incorporación al registro oficial regulado en el art. 92 de esta Ley.

3. La comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores deberá hacerse simultáneamente a su difusión por cualquier otro medio y tan pronto como sea conocido el hecho, se haya adoptado la decisión o firmado el acuerdo o contrato con terceros de que se trate. El contenido de la comunicación deberá ser veraz, claro, completo y, cuando así lo exija la naturaleza de la información, cuantificado, de manera que no induzca a confusión o engaño. Los emisores de valores difundirán también esta información en sus páginas de internet. No obstante, cuando la información relevante pueda perturbar el normal desarrollo de las operaciones sobre los valores del emisor o poner en peligro la protección de los inversores, el emisor deberá comunicar la información relevante, con carácter previo a su publicación, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que la difundirá inmediatamente.

4. Un emisor podrá, bajo su propia responsabilidad retrasar la publicación y difusión de la información relevante cuando considere que la información perjudica sus intereses legítimos, siempre que tal omisión no sea susceptible de confundir al público y que el emisor pueda garantizar la confidencialidad de dicha información. El emisor informará inmediatamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.(...)”.

Por ello, cuando el arbitraje afecta a una sociedad cotizada, puede venir obligada a dar a conocer el mercado la existencia misma de arbitraje y en su caso el resultado del mismo, aunque creemos que debería respetar en la medida de lo posible la confidencialidad del arbitraje y las informaciones que puedan obtenerse a través de dicho procedimiento. Es decir, podrá informar al mercado del resultado del arbitraje –en cuanto que ello puede afectar al precio de cotización de sus acciones– pero no revelar otros extremos innecesarios.

Así, la Carta circular 9/1997 dirigida a los Presidentes de todas las Sociedades Cotizadas en Bolsa, a los Presidentes de las Sociedades Rectoras de las Bolsas y a los Presidentes de todas las Entidades de Valores incluía un anexo de ejemplos de hechos significativos según el cual:

“Las entidades emisoras deben asumir que cualquier decisión o hecho que previsiblemente pueda influir en los elementos que a continuación se relacionan, ha de considerarse como hecho relevante. Es de resaltar que no debe ser objeto de comunicación cualquiera de los elementos que a modo indicativo, a continuación se relacionan sino únicamente que los que sean significativos, es decir, que puedan influir de forma sensible en la cotización de las acciones.

(...)

d. Otros eventos reglados de comunicación, de información al mercado, a inversores y a accionistas, tales como:

(...)

conclusión de procesos judiciales o administrativos y sentencias o resoluciones firmes que afecten al patrimonio o a los negocios y actividades de la entidad emisora”.

Aunque la naturaleza y existencia misma de esas Cartas Circulares era discutida, la idea de fondo era y es perfectamente válida: hay que informar al mercado de la conclusión de procesos judiciales o administrativos –y arbitrales– y sentencias o resoluciones firmes –incluyendo laudos– que afecten al patrimonio o a los negocios y actividades de la entidad emisora²⁹.

IV. Reglas especiales en determinados arbitrajes (de inversiones, etc.)

El artículo seis del reglamento de CIADI establece

“(2) En la primera sesión del Tribunal o antes, cada árbitro firmará una declaración cuyo texto será el siguiente: “A mi leal saber y entender no hay razón alguna por la que no deba servir en el Tribunal de Arbitraje constituido por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones con respecto a la diferencia entre (...) y (...). Reglas de Arbitraje 109 “Me comprometo a mantener con carácter confidencial toda la información que llegue a mi conocimiento a consecuencia de mi participación en este proceso, así como del contenido de cualquier laudo que este Tribunal dicte”.

²⁹ Ejemplos de hechos relevantes sobre laudos se pueden encontrar en: i) Banco de Santander sobre el laudo sobre CEPESA: <http://www.santander.com/csgs/StaticBS?ssbinary=true&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&SSURIsscontext=Satellite+Server&blobcol=urldata&SSURIcontainer=DeFault&SSURIsession=false&blobwhere=1278680845795&blobheader=application%2Fpdf&SSURIpptype=BlobServer>. ii) Gas Natural, sobre su arbitraje con Sonatrach: [http://www.gasnaturalfenosa.com/servlet/ficheros/1297093022454/20100816_Finalizael procedimientoarbitralentre Gas NaturalFenosa y Sonatrach,12.pdf](http://www.gasnaturalfenosa.com/servlet/ficheros/1297093022454/20100816_Finalizael%20procedimientoarbitralentre%20Gas%20NaturalFenosa%20y%20Sonatrach,12.pdf).

Sin embargo, como señala Silva Romero:

“Según el deseo de quienes reclaman transparencia y la práctica reciente de tribunales arbitrales internacionales de inversión, la transparencia, según su primera acepción de ausencia de confidencialidad, observaría dos manifestaciones. En primer lugar, la transparencia daría un derecho a terceros, ciudadanos o público en general, a conocer lo que está ocurriendo en un arbitraje internacional de inversiones en el que un Estado es demandado y que concierne el interés público. Este derecho puede ser ejercido, nos parece, durante el arbitraje y después del mismo. Durante el arbitraje, el derecho de conocimiento, según lo que se puede leer hoy día en tratados, reglamentos de arbitraje, decisiones arbitrales y el proyecto de anexo sobre la confidencialidad de la CNUDMI, concierne la existencia del arbitraje, la posibilidad de leer los documentos intercambiados durante la instancia arbitral y la posibilidad de asistir a las audiencias. Después del arbitraje, las mismas fuentes señaladas indican que las partes tienen un derecho a la publicación del laudo arbitral. Cuando se habla de transparencia, mucho se insiste en las bondades de la publicación de los laudos arbitrales proferidos en arbitrajes internacionales de inversión. Al respecto, dos sofismas son utilizados con alguna frecuencia. Por una parte, la publicidad de los laudos, se dice, contribuiría a la formación de una jurisprudencia arbitral. Todos sabemos, sin embargo, que la expresión jurisprudencia arbitral es un abuso de lenguaje. Por otra parte, se insiste, en el escenario de casos relacionados, en la necesidad de evitar el dictado de decisiones contradictorias. Este problema, sin embargo, no parece poder ser evitado mediante la publicación de los laudos sino a través de figuras procesales como la acumulación de procedimientos”³⁰.

V. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de confidencialidad

En principio no existe una regla general que establezca consecuencias para supuestos de incumplimiento de la obligación de confidencialidad. Dependerá de la circunstancia concreta, pero la regla general debe ser la de responsabilidad de quien efectivamente incumpla la obligación correspondiente.

En algunos casos extremos, esa obligación de confidencialidad cuyo incumplimiento se atribuye a los árbitros o a una de las partes podría esencialmente dar origen a la anulación del laudo.

J.C. Fernández Rozas señala que la confidencialidad es tan consustancial al arbitraje que su violación por parte del árbitro o de la entidad administradora puede dar lugar no sólo a una acción en tribunales competentes en su contra sino hasta la nulidad del laudo, si se demuestra que dicha violación denota un incumplimiento del servicio profesional con respecto a las partes³¹. También algunos reglamentos facultan al correspondiente tribunal arbitral a adoptar las medidas que estime convenientes para penalizar a los letrados que no actúen lealmente. Esas medidas van desde la imposición de multas a ser objeto de valoración negativa a efectos de la decisión que se adopte en laudo final respecto de las costas del arbitraje.

³⁰ Cf. E. Silva Romero, “Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional”, *Lima Arbitration*, n° 5, 2012/2013, pp. 35 ss, esp. 49.

³¹ Cf. J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.* p. 336.

Bibliografía

- BARONA VILLAR, S (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson Civitas, 2004.
- CAIVANO ROQUE, J.: “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, *Lima Arbitration*, n° 4 2010 / 2011, pp. 119 ss.
- JARROSSON, Ch. y PELLERIN, J.: “Le droit français de l’arbitrage après le décret du 13 janvier 2011”, *Rev. arb.*, 2011, pp. 5 ss.
- DESSEMONTET, F.: “Arbitration and Confidentiality”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 7, 1996, pp. 299 ss.
- EKPETE, A.: “To What Extent is the Confidentiality of Arbitration Sancrosanct?”, *CAR (CEPMLP Annual Review)*, vol. 14, 2009/2010.
- ETTEH, N.: “Is Confidentiality a Necessity for International Arbitration?”, *CAR (CEPMLP Annual Review)*, vol. 14, 2009/2010.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n° 2, 2009.
- GAILLARD, E.: “Le principe de la confidentialité de l’arbitrage commercial international”, *Recueil Dalloz*, 1987.
- KASTER, L.: “Confidentiality in U.S. Arbitration”, *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 15, n° 1.
- LAZAREFF, S.: “Confidentiality and Arbitration: Theoretical and Philosophical Reflections”. *Supplément spécial du Bulletin 2009 de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)*, p. 90.
- LAW BUSINESS RESEARCH: Getting the deal through: “Arbitration in 55 jurisdictions worldwide 2011”.
- MERINO MERCHÁN, J.F. : “Confidencialidad y arbitraje”, *Spain Arbitration Review*, n°. 2, 2008.
- PAULSSON, J.: “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, *ICSID Review*, vol. 25, n° 2, 2010, pp. 339–355.
- QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION: “2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process”.
- REMY, A.: *L’Arbitrage International, entre Confidentialité et Transparence*, Mémoire rédigé sous la direction de Madame le Professeur Marie Goré, 2013. http://idc.u-paris2.fr/sites/default/files/alice_remy.pdf.
- SILVA ROMERO, E.: “Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional”, *Lima Arbitration*, n° 5, 2012/2013, pp. 35 ss
- THOMSON, C. y FINN, A.M.K.: “Confidentiality in arbitration: a valid assumption? A proposed solution”, *Dispute Resolution Journal*, vol 62, n° 2, 2007.
- UDOBONG UDUAK EMEM: “Confidentiality in International Arbitration: How valid is this Assumption?”, *CAR (CEPMLP Annual Review)*, 2008/2009.

Práctica arbitral

Arbitraje, vol. VIII, nº 3, 2015, pp. 749–764

Independencia e imparcialidad del árbitro: algunos aspectos polémicos, mediante una visión ibérica.

José Miguel JÚDICE *
y Diogo CALADO **

Sumario: I. Introducción. II. Algunas notas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. III. El deber de independencia del árbitro nombrado directamente por la parte.

I. Introducción

El Tribunal de Apelación de Lisboa¹ ha decidido recientemente en una importante sentencia sobre el tema de la independencia e imparcialidad^{2 3}. Este Tribunal consideró que un árbitro que había sido nombrado más de 50 veces, por el mismo abogado, en los últimos tres años no podría ser imparcial y exento⁴. La decisión demuestra que los principios de independencia y de imparcialidad de los árbitros nunca duermen en el mundo del arbitraje, y que, de cuando en cuando, vuelven a entrar en el cotidiano de las discusiones del mundo de esta rama del Derecho, incluso en sistemas arbitrales que, como el portugués, podemos considerar maduros. Por este motivo, los operadores

* Socio Coordinador de PLMJ Arbitraje, Profesor Asociado Invitado de la Facultad de Economía de la Universidade Nova de Lisboa y Árbitro Internacional.

Miembro del equipo de PLMJ Arbitraje.

¹ El Tribunal de Apelación de Lisboa es, en general, el tribunal de segunda instancia, decidiendo sobre los recursos interpuestos de tribunales de primera instancia del área territorial de Lisboa, véase art. 67, n. 1 de la Ley de Organización del Sistema Judicial (Ley 62/2013, de 26 de Agosto).

² Sentencia del Tribunal de Apelación de Lisboa, emitido en 24.03.2015, proc. 1361/14. OYRLSB.L1-1 (disponible en www.dgsi.pt). Vid. el texto de la decisión *infra*, pp. 923-933.

³ De esta decisión fue todavía interpuesto recurso para el Tribunal Constitucional, habiendo este tribunal recusado de forma sumaria conocer del asunto por considerar que no se verifican los supuestos procesales necesarios (disponible en www.tribunalconstitucional.pt).

⁴ Sobre esta sentencia *vid.* el comentario de P. Monteverde y T. Teixeira, “Arbitrator Removed after Repeated Appointment in Patent Enforcement Dispute”, www.internationallawoffice.com.

del mundo arbitral deben dedicarles un estudio permanente, teniendo en cuenta sus mutaciones, razón que nos lleva a revisitarlos en este artículo.

Por considerarse productivo y benéfico, lo haremos ahora mediante una perspectiva abiertamente ibérica, que nos permitirá mirar a los dos ordenamientos jurídicos que, además de físicamente adyacentes, son a veces tan próximos en las soluciones normativas que contienen, permitiendo (o incluso aconsejando) un análisis conjunto, que permita intercambiar contribuciones, conocimientos y conclusiones que servirán para enriquecer mutuamente los dos sistemas. Nos referimos, claro está, al ordenamiento jurídico español y portugués. Efectivamente, estos dos países, a quien por veces los más distraídos se refieren de forma indistinta, quizás por su proximidad física, cultural y lingüística, son, asimismo, parientes próximos en el mundo del arbitraje.

El régimen de independencia e imparcialidad de los árbitros es un buen ejemplo de dicha proximidad. En efecto, la Ley (española) 60/2003, de 23 de diciembre, y la Ley (portuguesa) 63/2011, de 14 de diciembre de 2011, Ley de Arbitraje Voluntario (“LAV”), establecen el marco jurídico de las cuestiones de independencia e imparcialidad de los árbitros de forma bastante análoga, lo que conlleva a que las conclusiones a que se llegan con relación a uno, puedan, sin gran dificultades, ser transpuestas y aplicadas en ambos ordenamientos jurídicos.

Desengañense, todavía, quien crea que vamos a desarrollar una teoría dogmática sobre lo que debe ser la independencia y la imparcialidad de los árbitros. Dejemos eso para los Manuales –tantos y con tanta calidad– que tratan del asunto. Naturalmente que algo se dirá sobre la independencia e imparcialidad del árbitro (II). Sin embargo, abordaremos, solamente, algunos aspectos polémicos, en una vertiente predominantemente práctica, que se deparan, en el día a día, los operadores jurídicos en un procedimiento arbitral, en especial relacionados con la cuestión de la aplicación de los principios de la imparcialidad y de la independencia de los árbitros nombrados por las partes (III).

Además de abordarse los aspectos polémicos, no nos vamos a cohibir de presentar nuestra opinión y de dar soluciones, con las cuales se podrá o no estar de acuerdo. Sin embargo, una cosa es cierta, de una forma u otra, quedarán planteadas las cuestiones que siempre servirán de pistas de reflexión a los demás.

II. Algunas notas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro

La existencia de un árbitro a quien falta independencia o imparcialidad en un arbitraje contamina el procedimiento, provoca una situación de desgaste en el seno del propio tribunal arbitral⁵, y erosiona la credibilidad de cual-

⁵ Vid. C.A. Carmona, *Arbitragem e Processo. Um comentário à lei n.º 9,307/96*, 3ª ed., Revista, Actualizada y Ampliada, São Paulo, Editora Atlas, p. 239.

quier decisión que en aquel proceso venga a ser dictada⁶. Si es cierto que el arbitraje *vale lo que valen los árbitros*, un arbitraje en donde figure un árbitro que crea dudas sobre su imparcialidad o independencia, será siempre un arbitraje que valdrá poco, y desprestigiará el ideal arbitral como un todo.

Un árbitro podrá ser escogido con la esperanza de que vaya a actuar como si fuera otro abogado más de la parte, o sea, de forma no imparcial. Pero si el árbitro escogido venga a seguir ese objetivo (más o menos explícitamente), el resultado será, muchas veces, exactamente el opuesto de lo deseado, a menos que del otro lado esté, asimismo, un árbitro actuando con esa misma intención.

Un árbitro parcial se desacredita ante el árbitro presidente, siendo sus posiciones desvalorizadas por dejar de haber confianza en su capacidad de contribuir a la aplicación del Derecho conforme a lo que sea determinado por la ley y por los hechos, y no con arreglo a la voluntad de una de las partes de la controversia. Además de esta desacreditación –que no es poco– la imagen externa de ese árbitro queda, ante los ojos de la comunidad arbitral, afectada, siendo connotado como inadecuado, lo que se repercutirá en su futura carrera profesional⁷.

La gravedad de esta realidad es elevada. Además de las cuestiones de credibilidad de la justicia arbitral, puede también conducir a una futura anulación del laudo arbitral (con costes y pérdidas de tiempo para las partes), dificultades acrecidas de ejecución, recusa de reconocimiento del laudo arbitral, y demandas de daños y perjuicios contra los árbitros que no tengan revelado factores que puedan objetivamente crear dudas sobre su independencia como decisor.

Será apropiado, quizás, empezar por dar nuestra definición de los conceptos de independencia e imparcialidad a la luz del derecho portugués (que, en el fondo, nos parecen apenas expresar conceptos internacionalmente consensuales).

Así, podríamos afirmar que la independencia es un factor objetivo⁸, una situación de hecho⁹, y se relaciona con la inexistencia de relación entre el árbitro y las partes. Ya la *imparcialidad* es un factor subjetivo¹⁰, una predis-

⁶ Opinán de igual modo *vid.* J.P. Broadys y V. Madeira Filho, “A Seleção de Árbitros nos Procedimento Arbitrais”, en, *Doutrinas Essenciais, Arbitragem e Mediação*, Organização Arnaldo Wald, Vol. II, São Paulo, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2014, p. 793.

⁷ *Vid.* lo que ya habíamos escrito en J.M. Júdeice, “Árbitros: Características, Perfis, Poderes e Deveres”, en *Doutrinas Essenciais, Arbitragem e Mediação*, Organização Arnaldo Wald, vol. II, São Paulo, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2014, p.848; también expreso en “A Constituição do Tribunal Arbitral: Características, Perfis e Poderes dos Árbitros”, in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 116.

⁸ *Vid.* J.M. Júdeice, en comentario al art. 9 de la LAV, in, *A Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2ª ed. rev. y act., Coimbra, Almedina, 2015, p. 34

⁹ *Vid.* C.A. Carmona, *Arbitragem e Processo...*, *op. cit.*, p. 242.

¹⁰ *Vid.* J.M. Júdeice, última obra citada, p. 34.

posición del espíritu¹¹, y significa la ausencia de relación entre el árbitro y el objeto del litigio^{12 13}.

Dicho esto, veamos en qué medida las legislaciones españolas y portuguesas tuvieron el cuidado de proteger, en sede de arbitraje, estos valores, en los respectivos ordenamientos jurídicos.

El marco jurídico sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros, en España, viene establecido, como no podría dejar de ser, en la Ley 60/2003 (modificada por el n° 6 del art. 1 de la Ley 11/2011, 20 mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Con relación a esta materia es de destacar el art. 17 (Motivos de abstención y recusación):

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.

2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida.

En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.

4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas.

En el panorama español, ésta es la normativa con la que nos enfrentamos.

En cuanto a Portugal, la normativa sobre estas materias la establece la LAV, teniendo especial importancia para esta temática, por nosotros aquí analizadas, las siguientes normas:

Art. 9, n° 3 “Los árbitros deben ser independientes e imparciales”;

Art. 10, n° 6 “En el nombramiento de un árbitro, el tribunal ordinario competente tiene en consideración las cualificaciones exigidas por el acuerdo de las partes para el árbitro, o para los árbitros, a nombrar y todo lo que sea relevante para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial (...);”

Art. 13, n° 1 “Quien sea invitado a ejercer funciones de árbitro debe revelar todas las circunstancias que puedan crear dudas fundadas sobre su imparcialidad e independencia”.

Es esta la normativa en causa. Como observamos, ambos ordenamientos jurídicos tienen importantes puntos de contacto. De forma a sintetizar una comparación entre los dos, apuntaremos una diferencia y una semejanza, ambas fundamentales en la aplicación práctica de los imperativos de independencia y de imparcialidad del árbitro.

¹¹ Vid. C.A. Carmona, *Arbitragem e Processo...*, op. cit., p. 242.

¹² Sobre estos conceptos, vid. M.F. Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª Edición, Coimbra, Almedina, 2013 p. 204; y también J.T. de Paiva Muniz/ A.T. Palhares Basílio, *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*, New York, Juris Publishing, Inc., 2006, p. 87

¹³ En términos semejantes, vid. J. Remón, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinado por C. González-Bueno, Consejo General del Notariado, 2014, p. 351.

Empezando por la diferencia, esta reside en el hecho de que la ley española establece, claramente, que el árbitro además de independiente e imparcial, “no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”. Esta prohibición del árbitro de poder mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales –cosa que la ley portuguesa, por lo menos *expressis verbis*, no impide– funciona como una verdadera presunción¹⁴ legal de que falta imparcialidad o independencia a un árbitro que tenga una relación personal, profesional o comercial con alguna de las partes.

Hay que notar, sin embargo, que esta disposición, ya calificada de “poco afortunada”¹⁵, tiende a ser interpretada con cautela por los autores que escribieron sobre la cuestión.

En primer lugar, parece deber entenderse que tal presunción podrá ceder ante el acuerdo de las partes¹⁶. Efectivamente, no se comprendería que, estando ambas partes de acuerdo en el nombramiento de una persona para que resuelva una controversia entre ellas, debieran ser impedidas de nombrarla, por existir una relación personal, profesional o comercial con ella. Esta libertad de nombramiento por acuerdo de las partes encontrará sus límites en los supuestos de la “non-waivable red list” de las *IBA Rules on Conflicts of Interest in International Arbitration*. En esos casos ahí enumerados – que no son más que una concretización de una idea universalmente aceptada de prohibición de ser juez en causa propia – consideramos que, ni con el acuerdo de las partes, podrá ocurrir un nombramiento.

Por otro lado, aquella prohibición de mantener dichas relaciones con alguna de las partes, debe ser entendida como las relaciones existentes durante el proceso arbitral. Ya las relaciones previas con alguna de las partes estarán en los supuestos del n.º 2 del art. 17, que impone su revelación *ab initio*¹⁷.

Debemos señalar que el análisis de la existencia de relaciones personales, profesionales o comerciales con las partes debe ser hecha con razonabilidad y no debe considerarse impedido un árbitro que, por ejemplo, haga parte de un mismo club social o asociación, ni cuando sean miembros de una misma entidad que tutele la profesión¹⁸.

Así, además de las observaciones de la doctrina española arriba mencionadas, que estamos totalmente de acuerdo, diríamos, en la senda de la última nota de pie de página en la que citamos Fernando Mantilla–Serrano, que la prohibición de mantener relaciones personales, profesionales o comercia-

¹⁴ Sigue esta opinión F. Mantilla–Serrano, *Ley de Arbitraje, Una perspectiva internacional*, Madrid, Iustel, 2005, p. 116.

¹⁵ Vid. J.M. Alonso Puig, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Julio Gonzales Soria (coord.), Madrid, Cámara Madrid, 2004, p.174.

¹⁶ Opina de este modo F. Mantilla–Serrano, *Ley de Arbitraje, Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, p. 116; J.M. Alonso Puig, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, J. González Soria (coord.), Madrid, Cámara Madrid, p.175.

¹⁷ Vid. F. Mantilla–Serrano, *Ley de Arbitraje, op. cit.*, p. 116.

¹⁸ *Ibid.*

les con alguna de las partes, deberá ser interpretada con cuidado, debiendo ser, su efectivo sentido y alcance, en los casos concretos, iluminado por los principios de independencia e imparcialidad, que deben ser, siempre, los principios rectores en esta materia¹⁹. Así, aunque aparentemente exista una de aquellas relaciones con las partes, somos de la opinión que, caso no se vislumbre efectivamente causas que hagan peligrar la independencia o imparcialidad del árbitro en el caso concreto, este no debe considerarse impedido, bajo pena de crearse una lista, injustificadamente, demasiada alargada de causas de abstención de árbitros en el ordenamiento jurídico español.

Imagínese, por ejemplo, que una de las partes en el arbitraje es una firma detentora de una cadena de hipermercados. Ahora bien, si se aplicara ciegamente aquella prohibición – sin su sentido ser alumbrado en el caso concreto por los principios de imparcialidad e independencia – llegaríamos a la conclusión, un tanto absurda, que un árbitro en el transcurso del procedimiento arbitral, no podría hacer sus compras domésticas en esa cadena, o, si lo hiciera, debería renunciar a su función, arriesgándose a que se considerara existir una “*relación comercial con una de las partes*” –algo que no estaría, ciertamente, en la mente o intención del legislador español–.

Aquello que la ley (tanto la española, como la portuguesa) verdaderamente pretende es garantizar la “*independencia e imparcialidad*” del árbitro para pronunciarse sobre el caso²⁰, y aquí encontramos las semejanzas entre las dos leyes.

Todas las disposiciones normativas a este respecto previstas –y, por lo tanto, también el art. 17, nº 1, 2ª parte de la ley de arbitraje española– son un medio para atingirse los valores de la independencia e imparcialidad en un determinado procedimiento arbitral y, por eso mismo, la interpretación y aplicación de esas normas, no debe perder de vista aquellos valores. Así, no creemos que una interpretación en la que el alcance de la causa de abstención va más allá de lo necesario para asegurar un árbitro independiente o imparcial pueda considerarse la más adecuada. Y lo contrario es también verdadero.

A este respecto, es de aplaudir que ni la ley española ni la portuguesa establezcan la materia de recusación de los árbitros por remisión a las causas de abstención de los jueces, establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al contrario de lo que sucede, por ejemplo, en la ley de arbitraje brasileña, y lo que sucedía en la anterior ley de arbitraje portuguesa. Como ya era nuestro entendimiento a propósito de la anterior ley portuguesa de arbitraje, la remisión de las causas de recusación de los árbitros a la Ley de Enjuiciamiento Civil es, creemos, una solución potencialmente peligrosa, caso no se analice

¹⁹ Opina de igual modo, al afirmar que “La imparcialidad y la independencia del árbitro es la clave de la institución arbitral” *vid.*, J. Remón, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, *op. cit.*, p. 350.

²⁰ Sigue esta opinión, refiriendo que en la ley española los principios de independencia e imparcialidad, son la verdadera “*Golden Rule*” del arbitraje, J. Remón, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, *op. cit.*, p. 350.

con cuidado²¹, puesto que tales causas de abstención, ahí numerados, se pueden revelar demasiado cortos, pudiendo no cubrir todas las posibilidades, haciendo peligrar la independencia o imparcialidad del árbitro²².

Véase que, por definición, las causas de abstención y sospechas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 217) tienen como fin aplicarse a un magistrado judicial, y no un árbitro. Es que, el árbitro y el juez, aunque tengan funciones análogas— a ambos cabe decidir sobre una controversia —, son figuras completamente distintas, y se insieren en mundos profesionales distintos.

Efectivamente, en cuanto un miembro de la magistratura judicial es juez en exclusivo, los árbitros “*andan por el mundo*”²³ y pueden tener intereses muy diversificados, más allá de la práctica arbitral. Basta recordar que ser árbitro no es una profesión, y mucho menos exclusiva, en regla ejercen otras ocupaciones como, por ejemplo, abogados o profesores, dando lugar, con esa actividad, posibles entramados de intereses que es necesario tener en cuenta²⁴.

La diversidad de circunstancias de la vida es de tal modo que, en términos de independencia e imparcialidad, nunca se conseguiría agotar todos los casos susceptibles de poner en causa aquellos atributos²⁵.

El ejemplo concreto que nos motivó a escribir este artículo podrá ilustrar mejor lo que se acabó de decir.

Piénsese en el caso sucedido en Portugal —arriba mencionado²⁶— en que el mismo abogado, en un periodo de 3 años, nombró el mismo árbitro 50 veces, no teniendo este por su vez revelado los nombramientos pasados, por entender que no pondrían en causa su imparcialidad o independencia.

En una decisión de aplaudir, aplicando en la concretización de los principios de imparcialidad e independencia el Código Deontológico del Árbitro de la Asociación Portuguesa de Arbitraje y de las *IBA Rules on Conflicts of Interest in International Arbitration*, el Tribunal de Apelación de Lisboa consideró que “[tales] circunstancias son susceptibles de crear fundadas dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro”, revocando así la deci-

²¹ S.M. Ferreira Lemes, *Árbitro...*, *op. cit.*, p. 143, refiriéndose a la “incorrección en invocar, con absoluto rigor, en el procedimiento arbitral las causas de abstención, establecidas en la legislación procesal”, citando, a este efecto, doctrina comparada.

²² Admitiendo asimismo otras causas de abstención, defendiendo que la particularidad de cada caso deberá ser cuidadosamente examinada, *cf.* J.T. de Paiva Muniz / A.T. Palhares Basílio, *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*, Juris Publishing, Inc., Nueva York, 2006, p. 88 – 89; con la misma opinión C.A. Carmona, *Arbitragem e Processo...*, *op. cit.*, p. 253;

²³ La expresión es de M. Galvão Teles, “A Independência e Imparcialidade dos Árbitros como Imposição Constitucional”, en *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, p. 278.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Es por eso que las listas de ejemplos adjuntas a las *IBA Rules on Conflicts of Interest in International Arbitration* (a las que dedicaremos algunas palabras *infra*) dejan claro que no se tratan de una enumeración exhaustiva. Documento disponible en <http://www.josemigueljudge-arbitration.com>.

²⁶ *Vid. supra*, nota 4.

sión del tribunal arbitral de mantener el árbitro y, en consecuencia, decidiendo aceptar el incidente de recusación de árbitro.

Creemos que nadie cuestionará el hecho de que el árbitro en cuestión tiene un comportamiento objetivo²⁷ que no puede dejar de suscitar serias dudas de independencia e imparcialidad. Por lo menos “*a los ojos de otra parte*”²⁸ un árbitro con 50 nombramientos, en los últimos 3 años, por parte del mismo abogado, podrá levantar dudas con relación a su potencial dependencia económica de los honorarios de los árbitros, que puede conllevar a que el árbitro se incline a decidir en favor de aquella parte, con el objetivo de continuar a recaudar futuros nombramientos. Además de esto, un número tan grande de nombramientos, por lo menos, levantará dudas sobre la existencia de relaciones entre abogado y árbitro, y hasta una posible intimidad de intereses, que no deberán considerarse compatibles con el adecuado ejercicio de las funciones de árbitro.

Naturalmente que las normas de una Ley Orgánica del Poder Judicial, pensadas para ser aplicadas únicamente a jueces, no contemplan, ni podrían contemplar, la hipótesis de nombramientos sucesivos, esto porque los jueces ejercen las funciones en exclusiva²⁹, no pudiendo asumir la función de árbitros, por lo menos en cuanto se encuentren en el activo. Todavía, y a pesar de dicho caso no constar en la numeración de las causas de abstención establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial consideramos que todos estarán de acuerdo en afirmar –sea en Portugal, Brasil, España o cualquier otra jurisdicción que respete los principios fundamentales del Estado de Derecho– que la persona en cuestión no deberá asumir el papel de árbitro en un caso como el que se ha descrito, por fuerza, precisamente, de la aplicación de los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros, aunque tal caso no venga establecido en la remisión operada por la ley de arbitraje

Llegamos así a la conclusión que, sea en Portugal, sea en España, la independencia e imparcialidad serán siempre el criterio fundamental en el nombramiento de un árbitro³⁰. La decisión de nombramiento o recusación de un árbitro, deberá partir siempre de la aplicación rigurosa y criteriosa de estos principios. Una aplicación que deberá ser hecha con prudencia, caso a caso, y que deberá ser siempre acompañada de un análisis ponderado de todas las circunstancias e intereses en conflicto. Ya hemos visto que el hecho de que la ley de arbitraje española prohíba que los árbitros mantengan relaciones personales, profesionales o comerciales con las partes, no impide el intérpre-

²⁷ Aunque no se discuta su criterio ético que, en el caso concreto, sabemos ser elevado, lo mismo sucede con el abogado y su bufete que lo nombró, con el argumento de que en el área muy especializada que estaba en causa existe carencia de potenciales árbitros de prestigio.

²⁸ Sobre la necesidad de los conceptos de independencia e imparcialidad sean analizados “*in the eyes of the parties*” *vid. ap. a)*, del punto 3, de la Parte I, de las *IBA Rules on Conflicts of Interest in International Arbitration*.

²⁹ De conformidad con el art. 26.II, de la Ley Orgánica de la Magistratura (Ley Complementar nº 35/79) el juez no podrá ejercer cualquier otra función, excepto la de profesor (la ley admite que el magistrado ejerza un único cargo de profesor en curso superior).

³⁰ Sigue esta opinión J. Remón, in *Comentarios a la Ley de Arbitraje, op. cit.*, p. 350.

te/aplicador de hacer, incluso en esos casos, un análisis detenido sobre la efectiva falta (o no) de imparcialidad o independencia, bajo pena de crearse situaciones desconformes con dichos principios. En este sentido, para este análisis casuístico sobre cuál es el sentido y alcance a dar a los principios de imparcialidad e independencia, creemos que se deberá tener en atención la utilidad de los reglamentos arbitrales de las instituciones más conocidas y también, sobretodo, de las *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Commercial Arbitration*, creadas para regir, y aplicarse los principios de imparcialidad y de independencia desde una perspectiva práctica. Por ejemplo, ya está previsto en este documento el caso arriba mencionado de nombramientos sucesivos, considerándose sospechosos la circunstancia del mismo árbitro haber sido nombrado por la misma parte más de dos veces (punto 3.1.4 de la *Orange List*).

No obstante las *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Commercial Arbitration* sean formalmente un documento de *soft law*, sin fuerza vinculante, la frecuencia de su utilización y la tendencial convicción de su obligatoriedad por los operadores jurídicos, le dan una fuerza jurídica de norma consuetudinaria en el mundo del arbitraje internacional, lo que traduce bien su importancia. Este documento se encuentra dividido en dos partes: la primera contiene reglas generales sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros, en cuanto la segunda establece una aplicación práctica de aquellas reglas generales, mediante ejemplos concretos.

Es la segunda parte de aquel documento, que contiene la aplicación práctica de los principios de imparcialidad y de independencia, mediante ejemplos, que es muchas veces utilizada. Esta aplicación ejemplificativa fue efectuada mediante la creación de tres listas: verde, naranja y roja. En estas listas son nombrados hechos que pueden o no poner en causa la independencia del árbitro³¹, siendo largamente aplicados en el análisis práctico del deber de revelación (*disclosure*) y como auxilio en las decisiones sobre los procedimientos de recusación de árbitros (*challenges*).

La lista roja contiene hechos que claramente traen dudas sobre la independencia del árbitro. Está dividida en una lista de supuestos que no pueden ser apartados ni por acuerdo de las partes (*non-waivable red list*), y que protegen la aplicación práctica del principio fundamental de que *nadie debe ser juez en causa propia*, y en otra que puede llevar al nombramiento del árbitro, pero apenas si ambas partes en eso estén de acuerdo (*waivable red list*). La lista verde es compuesta por casos que se considera no poner en causa la independencia y de imparcialidad de los árbitros, como por ejemplo el hecho de que el árbitro haya publicado un artículo académico con relación a una materia que es objeto de arbitraje, o haya sido miembro de un tribunal arbitral anterior en conjunto con el abogado de una de las partes. Ya la lista naranja es la que crea más dificultades. Si es cierto que según las *Guidelines*, el árbitro tiene el deber de revelar los hechos presentes en la lista (punto 3, de la parte II), ese deber no *implica automáticamente una causa de absten-*

³¹ M.F. Gouveia, *Curso...*, op. cit., p. 205.

ción para el árbitro. Nos dicen las *Guidelines* que el objetivo de esta lista es el de informar a las partes de una situación que pueda objetivamente levantar dudas con relación a la independencia o imparcialidad del árbitro y que podrá llevar, o no, a una causa de abstención. Si las partes, confrontadas con tales circunstancias, en un análisis concreto, concluyan que el árbitro no se presenta como independiente y/o imparcial para juzgar la controversia, podrán, proceder al nombramiento de otro árbitro (si se trata de la parte que lo haya nombrado), u objetar el nombramiento de aquel árbitro (si se trata de la parte contraria).

III. El deber de independencia del árbitro nombrado directamente por la parte

Cuando se analiza los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros, somos casi, inevitablemente, llevados a ponderar sobre su aplicación a los árbitros nombrados por las partes, tradicionalmente (pero equivocadamente) llamados de árbitros de parte³². En verdad, siendo que en el arbitraje el nombramiento de los decisores cabe a las propias partes litigantes, interesadas naturalmente en resolver la controversia en sentidos opuestos, la aplicación de aquellos principios a estos árbitros deberá merecer especial atención. Diríamos, incluso, que esta será, quizás, la decisión más importante del procedimiento arbitral³³ ³⁴. Dejaremos algunas notas a este respecto.

El primer aspecto a tener en cuenta es que tanto la legislación española, como la portuguesa, no establecen un régimen específico de imparcialidad e independencia con relación al co-árbitro, existiendo una reglamentación unitaria de los deberes de los árbitros, independientemente del modo como han sido nombrados. Esto significa que los co-árbitros tienen el deber, y están vinculados, a la forma de actuar independiente e imparcial, de la misma forma que está el árbitro presidente y los demás jueces³⁵.

En el ambiente jurídico internacional la independencia e imparcialidad de todos los árbitros es también, claramente, la regla, estando en vigor en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos que tenemos conocimiento. La excepción conocida es la de los EE UU. En este país, con arreglo al *Code of Ethics* aprobado conjuntamente por la *American Bar Association* y por la *American Arbitration Association*, los co-árbitros, salvo disposición en

³² Por eso preferimos denominarlos, de conformidad con la práctica internacional, como *co-árbitros*.

³³ Con la misma opinión *vid.* J. T. de Paiva Muniz / A.T. Palhares Basílio, *Arbitration Law in Brazil...*, *op. cit.*, p. 76.

³⁴ Además de lo mencionado y de lo que se dirá *infra*, el nombramiento de los co-árbitros tendrá influencias, asimismo, en un segundo momento, en el nombramiento del Árbitro Presidente (en abstracto es el nombramiento más relevante) que dependerá seguramente de estos árbitros, lo que demuestra, también por este motivo, la importancia decisiva de aquel nombramiento.

³⁵ Siguen esta opinión, J.T. de Paiva Muniz / A.T. Palhares Basílio, *Arbitration Law in Brazil...*, *op. cit.*, p. 80.

contrario, no están obligados a ser imparciales. Pero esta regla es válida apenas para el arbitraje interno, pues en el arbitraje internacional, la regla en los EE UU es la de la imparcialidad³⁶.

Todavía, si una mirada estática para el derecho constituido nos revela que, al nivel de los deberes de imparcialidad e independencia de los co-árbitros, estando estos vinculados a aquellos deberes de forma idéntica, no existen particularidades a tener en consideración (tanto los co-árbitros, como el árbitro presidente se encuentran siempre vinculados precisamente, en los mismos términos, a los deberes de imparcialidad e independencia), la realidad de las cosas, y la práctica, nos demuestra que los co-árbitros poseen especificidades, que debemos tener en cuenta. Efectivamente, siendo dada la posibilidad a una parte de nombrar uno de los jueces del tribunal arbitral –y hay que señalar que aunque este no sea el único método de constitución de un tribunal arbitral, es, sin duda, el más común– existe, casi seguramente, una tentación irresistible de nombrar un árbitro que, expectablemente, vea con bondad las pretensiones de quien lo nombró en el procedimiento arbitral que se va a iniciar. Este es un hecho que no debemos ignorar, antes debemos encararlo con naturalidad. Sería hipócrita defender que, dando la opción de nombrar el co-árbitro a las partes, estas debiesen escoger un individuo que supieran, *ab initio*, que no se mostraría de modo alguno afable, o dispuesto a iluminar sus pretensiones. Si esa fuera la situación deseada por las normativas que establecen esa opción, estas no tendrían dado siquiera, pura y simplemente, la posibilidad de nombramiento por las partes de los árbitros³⁷.

Se puede decir lo que se quiera, pero cuando las partes se deparan ante un arbitraje lo que quieren es nombrar un árbitro favorable a la posición que defienden y lo mismo seguramente se pasa con los abogados que contratan³⁸. De lo que se ha dicho, no se debe concluir, todavía, que las partes deban escoger árbitros con falta de imparcialidad o independencia, que deseen que el árbitro actúe en el seno del tribunal como si fuera abogado de las partes, haciendo *lobby* ante el árbitro presidente para que el tribunal decida en favor de la parte que lo ha nombrado. Todo lo contrario. Los operadores con experiencia en arbitraje deben estar (y, en general, lo están) conscientes que el nombramiento, por la parte, de un árbitro que va a actuar como su “abogado”, intentando que el tribunal no adopte la decisión que sería más adecuada, sino más bien la decisión más favorable a “su” parte, podrá tener el efecto contrario de lo deseado. Este efecto contraproducente de un nombramiento en dichos términos, deriva del hecho de que los restantes árbitros se darán

³⁶ Vid. L. de Lima Pinheiro, *A Arbitragem Transnacional*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 129; M.F. Gouveia, *O Dever de Independência do Arbitro de Parte*, *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano IX – n.º16 – 2009, Coimbra, Almedina, p. 323.

³⁷ Solución que, por esas razones, ha sido defendida por parte de la doctrina internacional (siendo J. Paulsson el ejemplo con mayor impacto) siendo todavía una posición muy minoritaria.

³⁸ Vid. J.M. Júdece, *Árbitros...*, *op. cit.*, p.847; posición asimismo referida en “A Constituição do Tribunal Arbitral: Características, Perfis e Poderes dos Árbitros”, en *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 115.

cuenta, sin gran dificultad, de las intenciones de aquel árbitro³⁹, quedando sus posiciones, a los ojos de los dos otros árbitros, desacreditadas⁴⁰.

Además, el nombramiento, por la parte, de un árbitro que sea conocido por tener tendencias a favorecer la parte que lo nombra, es visto, nos guste o no, como un reconocimiento ante los demás sujetos procesales de que su posición substantiva es frágil y que la parte espera que venga a ser compensada por la inclinación de “su” árbitro. Todo lo contrario. El nombramiento de un árbitro conocido por su independencia e imparcialidad, sin miedo a decidir contra la parte que lo nombró, será siempre vista como una declaración de fuerza procesal, declarando a los demás sujetos procesales que aquella parte nada tiene que temer en relación a lo que venga a ser decidido, dejando implícito –sea o no la realidad– que encara confortablemente su posición en la controversia. Asimismo este aspecto, dictará, *prima facie*, o la “diminución” de la parte ante los demás sujetos procesales –que le podrá ser perjudicial– o, al contrario, una demostración de fuerza procesal, que, por lo menos psicológicamente, le podrá ser positiva.

Esto, en seguida de lo que se dijo arriba, no significa que las partes deban escoger los árbitros de “ojos cerrados”, queriendo con eso asegurar, en la mayor medida de lo posible, la imparcialidad e independencia de aquellos. Una vez más, si los árbitros debiesen ser escogidos aleatoriamente, los normativos relevantes en sede de arbitraje no tendrían dejado su nombramiento a las partes. Así, teniendo en vista el perjuicio que pueda traer el nombramiento de un árbitro al que le falte imparcialidad e independencia –solución que las partes deberán recusar totalmente–, pero queriéndose al mismo tiempo que el árbitro nombrado demuestre empatía por la causa de la parte que lo ha nombrado, ¿Qué margen tendrá entonces la parte en el nombramiento de “su” árbitro, y como debe ejercerlo?

La mejor política a ser seguida a este respecto, es, creemos, la de escoger una persona que, o por su cultura, o por el sistema jurídico en que vive, o por su trabajo anterior, se pueda prever que actuará de conformidad con los fundamentos jurídicos que la parte pretende adoptar.

Un ejemplo práctico en un contexto de arbitraje internacional: imagine-mos que las dos partes tienen un litigio contractual; aquella que se sienta más apoyada por el clausulado contractual tendrá toda la ventaja en nombrar un árbitro que venga de un sistema que favorezca una interpretación más literal de los contratos, y tenga mayor simpatía por la resolución de los litigios únicamente con base al texto del contrato, no dando tanto enfoque a la voluntad real de las partes, como pasará, la mayor parte de las veces, con

³⁹ Siguen esta opinión N. Blackaby y C. Partasides con A. Redfern y M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 266.

⁴⁰ Es por eso que M. Hunter, un nombre de gran prestigio y reputación internacional, no tuvo dudas en escribir, sin hipocresía, que “[w]hen I am representing a client in arbitration, what I am really looking for in a party nominated arbitrator is someone with the maximum predisposition towards my client, but with the minimum appearance of bias”, en “Ethics of the International Arbitrator”, *The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, noviembre, 1987, p. 219.

un árbitro que venga de una cultura de *common law*. Ya la otra parte, que –vamos a suponer– se siente perjudicada por una determinada cláusula contractual por entender que la interpretación aparente conduce a un resultado distinto de aquel que las partes hayan tenido en mente al celebrar un contrato o que vaya contra deberes de conducta asumidos por el sistema jurídico aplicable al fondo del asunto, tendrá ciertamente más interés en nombrar un árbitro que dé más importancia, en la interpretación del contrato, a la descubierta de la voluntad real de las partes y que mire al Derecho aplicable con todas las especificidades que lo caractericen, como un árbitro proveniente de un país de la *civil law*.

Un caso como el descrito, demuestra que existe efectivamente una cierta libertad de maniobra en el nombramiento de los árbitros, que las partes podrán utilizar en un sentido que, con previsibilidad, les serán favorable, sin herir de modo alguno los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros. Pero este no es el único caso de ponderaciones admisibles, y deseables, en el nombramiento de los árbitros.

En un escenario de arbitraje internacional, el dominio de un determinado idioma –aunque no sea el idioma del arbitraje, ese todos los árbitros tendrán que dominar– podrá, asimismo, ser un factor importante en el nombramiento del árbitro de parte. Imaginemos, por ejemplo, que una firma angoleña empieza un litigio con una firma española. Las partes, aseguran una neutralidad de idioma, escogiendo el inglés. Sin embargo, la firma angoleña, podrá tener todo el interés en nombrar un árbitro que domine el portugués. Imaginemos que existe un sinfín de documentación en portugués y/o que los testigos que se vayan a presentar en las vistas son apenas fluentes en portugués. Aunque cada vez sea mayor la posibilidad de garantizarse traducciones fieles y adecuadas, podrá, todavía, tener sentido nombrar un árbitro que domine el portugués, idioma determinante en aquel caso, hasta con la intención de que el árbitro pueda auxiliar el tribunal a llegar a una mejor decisión y más justa. Como se sabe, las traducciones, por mejores que sean, acaban siempre por dificultar, en cierta medida, la proximidad en el análisis de la prueba, especialmente en las vistas, o hasta, esconder eventuales sentidos ocultos de expresiones que solo un nativo conseguirá entender, lo que se podrá revelar un factor importante en la decisión. Ya la firma española, a su vez, podrá tener todo el interés, por las mismas razones, en nombrar un árbitro que domine el español.

Los factores que acabamos de listar para el nombramiento de los árbitros son totalmente distintos al nombramiento de un árbitro que se quiera no imparcial o no independiente. Efectivamente, mal se comprenderá que, dándose la posibilidad de nombramiento a las partes, después se les impusiera que aquellas los tuvieran que escoger de forma aleatoria, cerrando (artificialmente) los ojos a la cultura jurídica del que llaman para decidir el caso. O incluso que se pretendiera que la parte estuviera vinculada a nombrar un árbitro que se sabe que va, con alguna seguridad, ser desfavorable a su pretensión.

Por lo tanto, decirse que la parte debe nombrar un árbitro que debe ser, y mantenerse, independiente e imparcial durante todo el proceso, no significa que aquellas no puedan –y no deban incluso– tener en cuenta determinados factores que indician que el árbitro tiene una predisposición favorable a la posición que pretenden asumir. En verdad, es precisamente la posibilidad de decisión de un caso por árbitros que provengan de diversas culturas, el factor que muchas veces más enriquece el procedimiento arbitral, y más contribuye para que se alcance mayor justicia en la decisión de los casos llevados a arbitraje, que es, en último caso, lo que todos desean, en la solución de su conflicto.

Una decisión que pondere institutos jurídicos, entendimientos, y contribuciones de diversos sistemas jurídicos será una decisión más rica, más justa, y, en consecuencia, más aceptable por ambas partes en un contexto internacional. Por otro lado, una decisión cuyo fundamento sea aceptable a la luz de un marco jurídico global, será asimismo una decisión más fácilmente ejecutable, en un panorama internacional, siendo mejor comprendida por los tribunales ordinarios que, así, difícilmente obstaculizarán su ejecución. De igual modo, en una decisión en estos términos, que tuvieran en consideración las contribuciones de los diversos ordenamientos jurídicos en juego –aunque no los haya aplicado–, y que no vaya en contra de ningún ideal de derecho que existan en estos sistemas, será una decisión tendencialmente más protegida contra eventuales pedidos de anulación de laudo, y que será más fácilmente acatada voluntariamente por las partes, dispensando incluso la necesidad de ejecución.

Por otro lado, el árbitro nombrado por la parte, no obstante estar vinculado a mantenerse imparcial e independiente en todo momento –y ya vimos las consecuencias perversas que podrán ocurrir caso actúe de forma diversa– es habitualmente apuntada la función⁴¹ de deber asegurar que la posición de la parte que lo nombró es debidamente conocida, tenida en cuenta, y entendida por los restantes miembros del tribunal, debiendo el árbitro nombrado por la parte contraria buscar lo mismo. Así, mediante esta contribución de los árbitros de parte, se asegura durante todo el procedimiento un tendencial estatuto de igualdad de armas de las partes, una decisión más aclarada, siendo de esta forma transcurrido un camino de mayor justicia a lo largo de todo el procedimiento arbitral, que llevará a que, al final, la decisión sea más justa, para ambas partes.

Como ya se escribió en otro sitio⁴², uno de los factores más útiles y que más contribuyen para una buena resolución de la causa es precisamente el hecho de que dos árbitros hayan sido indicados por las partes. Unas veces descodifican puntos de vista, en otros casos iluminan perspectivas menos aparentes pero importantes, otras todavía, teniendo en cuenta las elevadas calificaciones que en regla los árbitros tienen, son capaces de desmontar ciertos argumentos (y no solamente de la parte que no los ha nombrado, con lo que perderían credibilidad), reforzando así nuestra convicción de que es

⁴¹ Sigue esta opinión M.F. Gouveia, *Curso...*, *op. cit.*, p. 202.

⁴² J.M. Júdece, *Árbitros...*, *op. cit.*, p.849.

preferible un tribunal arbitral colectivo de que un árbitro único, puesto que no beneficiará de esas contribuciones.

La decisión del Tribunal de Apelación de Lisboa que fue el *leit-motiv* de esta reflexión, vino asimismo, implícitamente, cuestionar una tesis que muchas veces se encuentra en abogados menos familiarizados con el mundo arbitral. De hecho, el argumento que subyace al nombramiento recurrente del mismo árbitro ocurre cuando se entienda que ciertas materias exigen conocimientos altamente especializados. Pero la realidad revela, en general, que tendencialmente la experiencia de juzgar en sede arbitral permite que se destaque por encima del conocimiento de especialización en el proceso genético de los (buenos) laudos arbitrales. La hipotética inexistencia en el panel arbitral de especialistas en el ramo de conocimiento sobre el cual se espera que se venga a levantar cuestiones materiales tiene solución mediante buena *advocacy*, buenos peritos y... buenos árbitros.

Efectivamente la experiencia se tiene encargado de confirmar que, en un procedimiento arbitral, lo esencial no es tanto que los árbitros sean reconocidos o eruditos en una determinada materia. Aquello que es verdaderamente importante, siendo incluso fundamental para que se consiga un buen y fructífero procedimiento arbitral, es que los árbitros designados sean especialistas en *arbitraje*. Y si ésta parece una afirmación digna de *La Palice*, traduce algo que, creemos, que es todavía demasiadas veces olvidado.

Y en ese sentido se puede realmente volver a mencionar la decisión del Tribunal de Apelación de Lisboa en el caso de los 50 nombramientos del mismo árbitro. En efecto, este tribunal no acogió el argumento defendido por la parte que el nombramiento repetido del mismo árbitro se debe a que estamos ante una materia que pocas personas en Portugal tendrían conocimientos suficientes para asumir el papel de árbitro, lo que justificaría, según esa parte, los nombramientos sucesivos. Dice a este respecto el tribunal, con acierto, que “no está en causa si existen pocas o muchas personas que en Portugal tengan un perfil técnico científico para intervenir en este tipo de controversias. Lo que está en causa es la aparente ligación de un determinado árbitro al mismo tipo de litigios, indicado siempre por la parte que defiende el mismo tipo de interés”. El tribunal dejó claro que, el hecho de serse especialista en una determinada materia no es una circunstancia apta hacer revocar los principios de imparcialidad e independencia, y que no existe ninguna obligación de poseer conocimientos técnicos especiales sobre una determinada área para que pueda asumir el papel de árbitro.

En resumen, no respetar la regla de la independencia, incluso prevista en la Constitución, es un riesgo serio que puede resultar caro. Lo que hace esencial que los potenciales árbitros deben ser cuidadosos y hacer siempre formalmente el *disclosure* de cualquier hecho que pueda ser considerado como creador de dudas sobre su independencia⁴³. Si lo hacen y no hay reacción el

⁴³ Y la experiencia demuestra que es una ingenuidad confiar en que los abogados de las partes, incluso o sobre todo cuando tengan experiencia, no irán más adelante mencionar el problema si les conviene, aunque informalmente tengan afirmado que no existe cualquier problema.

problema queda resuelto de una vez por todas. Fue ese cuidado que faltó en este caso decidido por el Tribunal de Apelación, lo que demuestra que nuestro procedimiento de aprendizaje está siempre evolucionando y hace más exigente el cuidado que se debe tener en estas cuestiones.

Bibliografía

- ALONSO PUIG, J.M.: *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, J. González Soria (coord.), Cámara Madrid, Madrid, 2004, pp.174 ss.
- BLACKABY, N. y PARTASIDES, C. con REDFERN, A. y HUNTER, M.: *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 266 ss.
- BROADSY, J.P. y MADEIRA FILHO, V.: “A Seleção de Árbitros nos Procedimento Arbitrais”, *Doutrinas Essenciais, Arbitragem e Mediação*, Organização Arnaldo Wald, vol. II, São Paulo, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2014, p. 793.
- CARMONA, C.A.: *Arbitragem e Processo. Um comentário à lei nº 9.307/96*, 3ª ed., Revista, Actualizada y Ampliada, São Paulo, Editora Atlas, p. 239.
- GALVÃO TELES, M.: “A Independência e Imparcialidade dos Árbitros como Imposição Constitucional”, en *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Coimbra, Almedina, pp. 278 ss.
- GOUVEIA, M.F.: *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2013.
- HUNTER, M.: “Ethics of the International Arbitrator”, *The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, noviembre, 1987, pp. 219 ss.
- JÚDICE, J.M.: “A Constituição do Tribunal Arbitral: Características, Perfis e Poderes dos Árbitros”, *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 115 ss.
- JÚDICE, J.M.: “Árbitros: Características, Perfis, Poderes e Deveres” in *Doutrinas Essenciais, Arbitragem e Mediação*, Organização Arnaldo Wald, vol. II, São Paulo, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 848 ss.
- JÚDICE, J.M.: “Comentario al art. 9 de la LAV”, *A Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 2ª ed. rev. y act., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 34 ss.
- LIMA PINHEIRO, L. de: *A Arbitragem Transnacional*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 129; M.F. Gouveia, *O Dever de Independência do Arbitro de Parte*, *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano IX – n.º16 – 2009, Coimbra, Almedina, pp. 323 ss.
- MANTILLA-SERRANO, F.: *Ley de Arbitraje, Una perspectiva internacional*, Madrid, Iustel, 2005.
- MONTEVERDE, P. y TEIXEIRA, T.: “Arbitrator Removed after Repeated Appointment in Patent Enforcement Dispute”, disponible en www.internationalallawoffice.com.
- PAIVA MUNIZ, J.T. de y PALHARES BASÍLIO, A.T.: *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*, New York, Juris Publishing, Inc., 2006.
- REMÓN, J.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinado por C. González-Bueno, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 351 ss.

Textos legales

Argentina

Arbitraje, vol. VIII, n° 3, 2015, pp. 765–784

El contrato de arbitraje en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: Ley 26.994.

Roberto Carlos HERMIDA *

Sumario: I. Introducción. II. Breves comentarios sobre el articulado. 1. Contrato de arbitraje. 2. Arbitrabilidad. 3. Clases de arbitraje. 4. Separabilidad y competencia para determinar la competencia. 5. Medidas cautelares. 6. Efectos del convenio de arbitral y anulación del laudo. 7. Arbitraje administrado. 8. Cláusulas facultativas. 9. Árbitros. III. Comentario final.

I. Introducción

A partir del 1 de agosto de 2015, está en vigor en la República Argentina el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la Ley 26.994 (en adelante CCCN). Este nuevo cuerpo legal, deroga los anteriores regímenes: Código Civil vigente desde el año 1869 (Ley 340) y el Código de Comercio que rige desde 1890 (Leyes 15 y 2637). Aunque se produjeron reformas parciales a lo largo de casi 150 años, hoy han quedado unificadas dentro de un mismo cuerpo legal de 2671 artículos, la legislación Civil y Comercial de fondo, y que regirá la vida jurídica en el país, tanto de las personas físicas como jurídicas. Dichas reformas han sido profundas, y aunque muchas de las nuevas figuras legales reflejan aquello que la jurisprudencia ya aplicaba por vía de interpretación, se han creado nuevos institutos legales que reflejan la impronta innovadora del nuevo régimen. El CCCN ha generado cambios en muchos temas, entre los que podemos destacar las cuestiones relativas a la familia y los derechos reales y comerciales. Será de esperar ver en los próximos tiempos muchos comentarios estudios y trabajos que ayuden a su inter-

* Abogado. Estudio Hermida y Asociados. Buenos Aires. Argentina.

pretación, pero también se alzarán críticas, disensos e interpretaciones jurisprudenciales, ya que, ni siquiera sus redactores al alcanzado la perfección absoluta.

Uno de sus aspectos novedosos ha sido legislar sobre el “contrato de arbitraje” (arts 1549 a 1665), que parece haber dejado zanjada la discusión vinculada con la “naturaleza jurídica” de la institución, toda vez que algunos comentaristas han abogado por considerar que el arbitraje es un mecanismo de tipo procesal, y no estrictamente de un contrato¹. Para el CCCN, habrá contrato de arbitraje cuando las partes decidan someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de Derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público (art. 1649). Los miembros de la Comisión Redactora del Anteproyecto expresaron que: “La fuente del articulado han sido el Cc de Québec, La Ley Modelo UNCITRAL (LMU) y el reciente Decreto francés de enero 2011, reconociéndose que los principios que recoge son hoy prácticamente universales”².

Las líneas generales de la nueva regulación son las siguientes:

i) El arbitraje podrá ser tanto de Derecho como de amigables componedores. Si las partes nada aclaran, el arbitraje será considerado como de derecho (art 1652).

ii) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y podrá adoptar la forma tanto de una cláusula compromisoria incluida dentro de un contrato, como en un acuerdo independiente, estatuto o reglamento (art. 1650).

iii) Quedan excluidas del contrato de arbitraje, las controversias que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas y algunas cuestiones de familia; aquellas vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; las derivadas de relaciones laborales, y las controversias en que sean parte los Estados nacional o local (art 1651).

iv) El CCCN establece la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato en el cual está inserta. Por lo tanto, la nulidad del contrato no debería implicar necesariamente la nulidad del acuerdo arbitral. Por ello, aun si el contrato principal es nulo, los árbitros deberían conservar su competencia para dirimir cualquier disputa que pueda haber surgido de él, incluso aquellas relativas a la validez del contrato (art 1653).

¹ Federación Argentina de Colegios de Abogados FACA, Observaciones al Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, 28-03-2012. http://www.faca.org.ar/index.php/component/docman/doc_download/33-el-proyecto-de-reforma-del-codigo-civil-mendez-a-abogados.html.

² Decreto N° 2011-48 del 13 enero 2011. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación – Comisión Redactora integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, Decreto Presidencial N° 191/2011.

v) Se incorpora legislativamente el principio conocido como *kompetence-kompetence*, por el cual, salvo estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualquier otra cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia (art. 1654).

vi) El CCCN permite expresamente que los árbitros dicten medidas cautelares. La ejecución de dichas medidas cautelares le corresponde a los jueces. Además, se establece el principio de jurisdicción concurrente, lo que implica que las partes podrán solicitar medidas cautelares también a los tribunales judiciales, sin que ello implique una violación o renuncia de la jurisdicción arbitral, ni un menoscabo de los poderes que tienen los árbitros para dictarlas. Finalmente, se establece que las medidas dictadas por los árbitros podrán ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables (art. 1655).

vii) El CCCN incorpora el principio del efecto negativo del acuerdo arbitral. Esto es, se excluye expresamente la competencia de los jueces cuando exista un acuerdo arbitral, salvo que (a) el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y (b) el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable. Se consagra también el principio *in dubio pro arbitraje*, según el cual en caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje (art. 1656).

viii) Los laudos arbitrales podrán ser revisados ante la justicia competente en razón de la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad total o parcial. El CCCN dispone que no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera “contrario al ordenamiento jurídico” (art. 1656).

ix) Se podrán pactar tanto arbitrajes institucionales como *ad hoc*, así como la posibilidad de convenir acerca de una gran cantidad de cuestiones relacionadas a la manera en la cual se desarrollará el arbitraje. Así, por ejemplo, existe libertad para convenir la sede del arbitraje, el idioma, las reglas procesales, la manera de distribuir las costas y la confidencialidad del proceso (arts. 1657 y 1658).

x) El CCCN prevé también la manera de elegir a los árbitros ante la ausencia de acuerdo de partes (art. 1659); se regula acerca de la calidad de los árbitros sin establecer ningún tipo de limitación específica (art. 1660), y existe la nulidad de cualquier cláusula que confiera a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros (art. 1661). Establece también las obligaciones y deberes de los árbitros, la manera y causales por las cuales pueden ser recusados—que son las mismas que para los jueces—, la manera de determinar la retribución de los árbitros, y la extinción de su competencia una vez dictado el laudo definitivo (arts. 1662 a 1665).

En suma, que la introducción del “contrato de arbitraje” en el Derecho argentino, mejora ampliamente el desarrollo del arbitraje comercial en el país pues, la moderniza y no lesiona, *prima facie*, ningún principio constitucional.

II. Breves comentarios sobre el articulado

1. Contrato de arbitraje

Art. 1649. *Definición.* Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de Derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.

Este artículo define el objeto³ del contrato de arbitraje con referencia al sometimiento de controversias provenientes de una relación jurídica contractual o no contractual donde no se comprometa el orden público. En líneas generales las legislaciones fuente⁴ del Derecho local⁵ que establecían que el objeto del arbitraje será toda cuestión susceptible de transacción⁶, con la necesaria remisión a la legislación de fondo⁷. Queda claro que el objeto del arbitraje deriva únicamente de los derechos patrimoniales disponibles, provengan de una relación jurídica contractual o no. Como se establece en los Fundamentos al Anteproyecto⁸ de CCCN, el texto tiene como fuente la LMU⁹, refiriéndose en similares términos, la Convención de Nueva York, con respecto a las diferencias que pueden someterse a Arbitraje¹⁰.

El arbitraje, en las últimas dos décadas, ha experimentado una expansión en la interpretación de las cláusulas arbitrales –por parte de los tribunales arbitrales– comprendiendo dentro de éstas a cuestiones extracontractuales¹¹.

³ Art. 1003 CCCN. *Disposiciones generales.* Se aplican al objeto del contrato las disposiciones de la Sección 1ª, Capítulo 5, Título IV del Libro Primero de este Código. Debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial.

⁴ Especialmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855 y sus reformas.

⁵ CPCCN.

⁶ Art. 737 CPCCN.

⁷ Arts. 842 a 849 Código Civil

⁸ Fundamentos del Anteproyecto de CCCN, [...], Decreto Presidencial N° 191/2011, citado.

⁹ LMU – art. 7, (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006) – punto 1) que establece: Definición y forma del acuerdo de arbitraje. El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

¹⁰ Convención de New York, art. II.1º.

¹¹ N. Blackaby, “Arbitrabilidad de diferencias no contractuales”, en Tawil Guido S. y Zuleta Eduardo (dirs.), *El Arbitraje Comercial Internacional – Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º Aniversario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot – Facultad de Derecho (UBA) – Universidad del Rosario, 2008, pp. 187–199.

En cuanto a la posibilidad de que las partes acuerden someter un conflicto a arbitraje comercial, aún después de su acaecimiento, se mantiene la concepción tradicionalmente receptada en los antecedentes locales¹², como así también en el Derecho comparado y en la LMU. Suele utilizarse la terminología “cláusula compromisoria” como la que establece el sometimiento a arbitraje en forma previa y, “compromiso arbitral” al celebrado por las partes cuando acuerdan llevar adelante un arbitraje, luego de acontecida la controversia.

Art. 1650. *Forma*. El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Esto significa que podemos referirnos a este contrato, independientemente, del momento en que se suscriba el acuerdo arbitral. Del art. 1650 surge, sin lugar a dudas que el acuerdo arbitral debe ser escrito y que debe constar en forma documentada. Puede estar incluido en el contrato base o, puede conformar un contrato materialmente separado. También, puede incorporarse en estatutos o reglamentos. Que el acuerdo deba estar por escrito es una característica central y tradicional reconocida en el Derecho comparado¹³ y en convenciones internacionales¹⁴, así consta en la LMU¹⁵. Otro tema novedoso de este artículo es la inclusión expresa de la posibilidad de incorporar acuerdos arbitrales en estatutos o reglamentos, como por ejemplo: estatutos de consorcios de propiedad horizontal¹⁶, asociaciones civiles, sociedades, y otras.

En consonancia con el punto 6, del art. 7 LMU, el artículo comentado contempla la “incorporación por referencia”. Se ha dicho al comentar este artículo que:

“... no debe ser confundida con la mera “referencia”. Es por ello que aquélla exige dos requisitos: que el contrato (y por lo tanto la referencia en él incluida) conste por escrito y que la referencia citada implique que la cláusula arbitral forma parte del contrato en el cual se hace referencia. La incorporación por referencia adquiere utilidad en especial en aquellos supuestos en que el contrato arbitral carece de ciertos elementos que sí se encuentran en el documento referido, lo cual implica una mayor celeridad y una forma clara de evitar eventuales conflictos”. Adicionalmente, se expresó: “En la doctrina arbitral se ha debatido acerca de las dos clases de incorporación por referencia: general a un documento o especial, esto es específica a la cláusula arbitral en él contenido. Nos inclinamos por la primera de dichas opciones, considerando que dicha interpretación resulta más

¹² Art. 736 CPCCN.

¹³ – La Ley Boliviana N° 1770, *op. cit.*, Capítulo II – Convenio arbitral – Art. 10.– (Formalización). La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, en consonancias con las tendencias más modernas (toma la LMU), amplía el concepto de convenio arbitral “escrito” a cualquier forma de constancia de su contenido, sea la ejecución de actos o cualquier otro medio, a saber: Título II – Convenio arbitral – Art. 13º.– Contenido y forma del convenio arbitral.

¹⁴ Convención de New York, *ob. cit.*, en su art II, punto 2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

¹⁵ LMU, art. 7. (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006).

¹⁶ Hoy, personas jurídicas privadas, por imperio del art. 148 – CCCN

consistente con la permanente evolución que ha sufrido la doctrina y la legislación internacional en este punto, en pos de agilizar el arbitraje y ampliar su ámbito de aplicación [...]. Sin embargo, no es posible soslayar que la incorporación por referencia resulta una figura que puede generar controversias, razón por la cual el pragmatismo propio del tráfico mercantil lleva a recomendar la utilización de una cláusula arbitral institucional simple, evitando las remisiones mencionadas”¹⁷

2. Arbitrabilidad

Art. 1651. *Controversias excluidas.* Quedan excluidas del contrato de arbitraje las siguientes materias:

- a. las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas;
- b. las cuestiones de familia;
- c. las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores;
- d. los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto;
- e. las derivadas de relaciones laborales.

Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

Al respecto de las exclusiones contempladas, los autores del Anteproyecto han expresado lo siguiente:

“Este instituto se ha desarrollado en muchas materias diferentes: hay arbitrajes en materia laboral, conflictos en las relaciones de consumo, comercial, y otros. Sin embargo, cabe tener en cuenta que cada uno de ellos responde a principios y reglas muy disímiles y no es posible aplicar un modelo único. Por esta razón, el contrato de arbitraje, que es una expresión de la autonomía privada se aplica, fundamentalmente en los conflictos comerciales y en aquellos de naturaleza civil de contenido patrimonial. En cambio, no es posible autorizar que, por vía de contrato, se someta a los consumidores a un arbitraje que podría afectar gravemente sus derechos. Por las razones aludidas, se aclara expresamente que no pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que recaen sobre el estado civil, las cuestiones no patrimoniales de familia y la capacidad de las personas ni tampoco es aplicable a las relaciones de consumo y laborales”¹⁸

Por su parte, ha sido clarificado en los fundamentos del Anteproyecto que, el Sistema de Arbitraje de Consumo, no se encuentra afectado por esta exclusión al estar incluido en otro régimen específico¹⁹. También quedan excluidos los contratos de adhesión, en principio, entendemos que es por su fuerte ligazón con las relaciones de consumo. A su tiempo, habrá que considerar si aquellos contratos de adhesión suscriptos entre empresas (comerciantes individuales²⁰, sociedades comerciales²¹ y empresas), quedan alcanzados por esta exclusión. Habrá que esperar las interpretaciones jurisprudenciales. Las cuestiones referidas al estado civil o la capacidad de las personas (inc. a) y; las cuestiones de familia (inc. b), no conforman derechos patrimoniales de libre disposición. Finalmente, en consonancia con el carácter de Derecho

¹⁷ G. Parodi, “Contrato de Arbitraje”, en J.C. Rivera y G. Medina Graciela (dirs.), en M. Esper (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, 2015, pp. 855 y 856.

¹⁸ Fundamentos del Anteproyecto CCCN [...], Decreto Presidencial N° 191/2011. La Cursiva es nuestra.

¹⁹ Ley N° 24.240 y reformas, especialmente la Ley N° 26.361 de 2008

²⁰ En términos del art. 1° del – en breve – viejo Código de Comercio de la República Argentina.

²¹ En términos del art. 1° de la – en breve – modificada Ley de Sociedades Comerciales.

Privado del Contrato de Arbitraje, no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local.

En cuanto a la incorporación de exclusiones en leyes generales como son las del nuevo CCCN la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje Española, estable un parámetro de técnica legislativa distinta, no optándose por la exclusión enunciativa: El régimen español dice

“El art. 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales”²².

3. Clases de arbitraje

Art.1652. *Clases de arbitraje*. Pueden someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de Derecho.

Con una redacción, poco clara, este artículo recepta la histórica clasificación de árbitros de derecho y árbitros amigables componedores o de equidad. En primer lugar, el artículo utiliza el vocablo “arbitradores” recordando un viejísimo conflicto semántico expuesto ya por Lisandro Segovia en su mítico comentario al Ccom de 1889²³. Allí, y si bien se refiere a la particular regulación de la pericia arbitral, expone que el término “arbitradores” – siendo un portuguesismo– refiere a peritos y no, a árbitros²⁴. Consideramos que la inclusión de este vocablo debía haberse evitado en este nuevo código. En segundo lugar, la norma recepta la sostenida tendencia en el derecho comparado –desde hace varias décadas– y dentro de los Reglamentos de Arbitraje –tanto locales como internacionales– de establecer como norma supletoria ante la falta de establecimiento expreso por las partes, la actuación de los árbitros como “árbitros de derecho”. Además, las legislaciones más modernas también han abandonado la terminología “*amigables componedores*” por entender que puede llevar al error de pensar que éstos ac-

²² LA española N° 60/2003, 23 de diciembre. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-23646 Aclaremos que la Ley N° 60/2003 ha sido modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-8847 (consultado: 7 marzo 2015)

²³ L. Segovia, *Explicación del nuevo Código de Comercio de la República Argentina – con el texto íntegro del mismo código*, t. I, Buenos Aires, Felix Lajoune Editor, 1892.

²⁴ G.K. Torales, *La pericia arbitral en el Derecho mercantil con énfasis en el art. 476 del Código de Comercio y la necesaria propuesta de su Procedimiento Autónomo*, Tesis – Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales, inédita (derechos reservados Ley 11.723), Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 2007, pp. 54 y 55.

túan como una suerte de mediadores. Sin embargo, por su universal conocimiento en el mundo hispanoparlante, la LMU²⁵²⁶, aún la conserva.

4. Separabilidad y competencia para determinar la competencia

Art. 1653. *Autonomía*. El contrato de arbitraje es independiente del contrato con el que se relaciona. La ineficacia de éste no obsta a la validez del contrato de arbitraje, por lo que los árbitros conservan su competencia, aun en caso de nulidad de aquél, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones.

Con respecto a la autonomía del contrato de arbitraje, están contestes tanto la doctrina como la jurisprudencia local e internacional y así, ha sido receptado por la legislación de muchos países²⁷ y reglamentos arbitrales. Esto también se recepta en la LMU²⁸. La separabilidad o autonomía de la cláusula arbitral implica que ésta debe considerarse un acuerdo independiente de las demás condiciones del contrato base, en el cual se encuentra asentada o vinculada. Por ende, toda decisión del tribunal arbitral por la que se disponga que el contrato sea nulo no comportará de pleno derecho la nulidad de la cláusula compromisoria. Debe tenerse presente, aunque alguna legislación se refiera al contrato base²⁹ como “contrato principal”, esto no significa que el contrato de arbitraje sea jurídicamente accesorio. Complementariamente, el artículo también se ocupa del principio *kompetenz-kompetenz*³⁰ el cual tiene un extendido reconocimiento en el Arbitraje Internacional, como veremos en el artículo siguiente, donde el nuevo CCCN lo trata en forma específica. Este principio les otorga a los árbitros la potestad de decidir sobre su propia competencia.

Art. 1654. *Competencia*. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

El artículo recepta definitivamente el principio *kompetenz-kompetenz*³¹ ya incorporado en legislaciones de otros países y en convenciones internacionales. La LMU, en su art. 16, inciso 1) contempla este principio, conjun-

²⁵ LMU, Capítulo VI. Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones – Art. 28. Normas aplicables al fondo del litigio. Punto 3) 3) El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

²⁷ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 8.

²⁸ LMU, Capítulo IV. Competencia del tribunal arbitral – Art. 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.

²⁹ “...del contrato con que se relaciona”, como bien expresa el artículo comentado.

³⁰ Competencia de la Competencia.

³¹ Se ha propagado la terminología Alemana *Kompetenz-Kompetenz*. Sin embargo, en la doctrina de aquel país esta terminología refiere a un principio que difiere del general, ya que – en el caso Alemán – los árbitros tienen el poder de juzgar en última instancia, y sin control judicial ninguno, su competencia. C.A. Matheus López, “Asuntos sobre el principio de la competencia de la competencia”, http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/P/principio_de_la_competencia_en_matria_arbitral/principio_de_la_competencia_en_matria_arbitral.asp (consulta: el 25 febrero 2015).

tamente con el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria³², allí expone que el principio que: "... implica que el tribunal arbitral podrá decidir independientemente acerca de su propia competencia, incluso sobre toda excepción que se haya opuesto contra la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje, sin tener que recurrir a un tribunal estatal".

Este principio fue deducido del principio de autonomía del acuerdo arbitral y; lo que establece no es la exclusividad de los tribunales arbitrales, sino una *prioridad* para que éstos decidan sobre su propia competencia. Esto, a su vez, comporta la posibilidad de juzgar sobre la validez o no del contrato de arbitraje³³. Por ello, en caso que una de las partes se presentara ante la justicia estatal realizando un planteo sobre la competencia del tribunal arbitral, los jueces deberían abstenerse de pronunciarse (efecto negativo), si antes no lo ha hecho el propio tribunal arbitral (efecto positivo). A menos que, surja en forma palmaria, la nulidad o inaplicabilidad del acuerdo arbitral³⁴. El alcance del principio depende de las leyes locales. En nuestro Derecho nada regulaba respecto del principio "competencia-competencia". La CSJN, había establecido que era aplicable – al caso de conflicto positivo de competencia entre tribunales arbitrales y tribunales judiciales. El decreto-ley 1285/1958 sobre Organización de la Justicia Nacional establece que ella conocerá de las cuestiones de competencia que se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlos³⁵.

La potestad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, no implica que la misma quede absolutamente exenta de supervisión judicial. Esta supervisión judicial podría ejercerse, si los árbitros se expidiesen sobre su competencia como cuestión previa, en forma inmediata. En caso que los árbitros se pronunciasen sobre su competencia al dictar el laudo (definitivo), podría solicitarse la revisión judicial de su competencia mediante un planteo de nulidad. La LMU³⁶ contempla ambas situaciones en los arts. 16 inciso 3, en el art. 34 y, en el art. 36.

³² LMU, *Segunda parte* – Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006 – Aclaración establecida en la propia nota explicativa: "La presente nota ha sido preparada por la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) con fines exclusivamente informativos, y no es un comentario oficial sobre la Ley Modelo. En el documento A/CN.9/264 (reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XVI, 1985), figura un comentario preparado por la Secretaría sobre un proyecto anterior de la Ley Modelo".

³³ J.C. Rivera, *Arbitraje Comercial – internacional y doméstico*, op. cit., pp. 406 y 407.

³⁴ *Ibid.*, p. 408.

³⁵ *Ibid.*, pp. 420–422.

³⁶ LMU: Capítulo IV. Competencia del tribunal arbitral – Art. 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. Capítulo II. Impugnación del laudo art. 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral. Art. 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.

5. Medidas cautelares

Art. 1655. *Dictado de medidas previas*. Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante.

La ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial. Las partes también pueden solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros.

Las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables. Dos son los aspectos fundamentales que consideramos deben remarcarse en torno a este precepto. El primer aspecto refiere al dictado de medidas cautelares por los árbitros. El segundo, la posibilidad de que este aspecto de las medidas cautelares forme parte del plexo normativo de Derecho fondo dentro del Derecho privado, tal cual lo recepta esta norma. Históricamente en nuestro país, así lo ha plasmado la legislación procesal del CPCCN³⁷, donde el árbitro se encontraba vedado de dictar medidas cautelares aunque, la prestigiosa doctrina procesal local no era unánime al respecto³⁸. Frente a un arbitraje, nadie mejor que el árbitro conoce mejor el conflicto y su alcance, estando por lo tanto facultado mejor que nadie para resolver acerca del otorgamiento o negativa de una medida cautelar solicitada por alguna de las partes. Esto ya ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia³⁹. Estas potestades son reconocidas en el Derecho comparado⁴⁰, en las convenciones internacionales⁴¹, y; en reglamentos arbi-

³⁷ Art. 753 CPCCN.

³⁸ C.J. Colombo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, t. IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, p. 856; S.C. Fassi, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes, comentado, anotado y concordado*, t. III, p. 489, Buenos Aires, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., 1973 (en contra del dictado). J.L. Anaya, "El Arbitraje en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires", *UNCITRAL y el futuro Derecho Comercial* (Ana I. Piaggi, dir.), Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 89 ss; C.J. Colombo, actualizado por C.M. Kiper, *Código procesal civil y comercial de la Nación: Anotado y comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 723 (a favor del dictado).

³⁹ Si bien es cierto que el cpr: 753 niega expresamente que los Árbitros puedan disponer medidas de ejecución, no es menos cierto que tal atribución se puede establecer expresamente por las partes, o implícitamente por la remisión a un Reglamento (Bolsa de Comercio) como acontece en el caso (*vid.* J.L. Anaya, "El Arbitraje en la Bolsa de Comercio...", *loc. cit.*, pp. 89 ss). *Soletanche Bachy Arg. SA c/ Victorio Américo Gualtieri SA s/ Medida Precautoria*, 20 noviembre 2001 – Sala B.

⁴⁰ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 22 inciso 4° "Art. 22. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, en sus arts. 47 y 48, destacándose nuevamente su texto de avanzada. La Ley Boliviana N° 1770, de Arbitraje y Conciliación, citada, art. 35.

⁴¹ Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, citado, art. 19. Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (revisado en 2010) art. 26. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/pre-arb-rules-revised-s.pdf> (consulta 10 marzo 2015). Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, art. 33. <http://www.>

trales⁴², tanto locales como de otros países se encuentra aceptado y ampliamente aceptada esta potestad de los árbitros.

Sobre la posibilidad de que las medidas cautelares ingresen en el ámbito contractual, ya ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia, al aceptar que el texto del citado art. 753 CPCCN, podía ser modificado por el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, sea en forma directa o por vía del sometimiento a un Reglamento de alguna Entidad Administradora de Arbitraje⁴³. Esta construcción doctrinaria y jurisprudencial, permite afirmar que el aspecto no coercitivo de las medidas cautelares, puede formar del Contrato de Arbitraje, en los términos del nuevo CCCN.

Finalmente, las partes pueden solicitar las medidas cautelares al juez. Esto no produce ninguna alteración del Contrato de Arbitraje, manteniendo los

bcbasba.com.ar/downloads/Regimen_Arbitral.pdf (consulta el 10 marzo 2015). Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje – CCI, art. 28. <http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-Spanish-version/>. (consulta 10 marzo 2015).

⁴² Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (revisado en 2010) art. 26. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/pre-arb-rules-revised-s.pdf> (consulta 10 marzo 2015). Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, art. 33. http://www.bcbasba.com.ar/downloads/Regimen_Arbitral.pdf (consulta el 10 marzo 2015). Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje – CCI, art. 28. <http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-SPANISH-version/> (consulta 10 marzo 2015).

⁴³ Existe cierta doctrina que postula la exorbitancia de la petición cautelar en los procesos arbitrales, la que derivaría del hecho de carecer los árbitros del imperium del que gozan los jueces para hacer cumplir forzosamente sus decisiones, atribución que lógicamente emana del atributo de Soberanía del Estado, que sus órganos ejercen con carácter monopólico (Cf. C.J. Colombo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, p. 856; L.E. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, p. 557, *id.* ED 14 592). Empero, la regla general que los árbitros no pueden decretar medidas compulsorias ni de ejecución (art. 753 Cpr), no importa un menoscabo de la amplitud de su jurisdicción: si tienen competencia para resolver sobre el fondo de la disputa, también debe reconocérseles su potestad para determinar si se dan las condiciones que justifiquen la adopción de una medida cautelar. En efecto, la falta de poder de coacción de los árbitros, sólo implicará en los hechos una limitación para aplicar por sí las medidas que dispongan dentro de los casos sometidos a su resolución, debiendo en tal caso, recurrirse al auxilio de la Justicia ordinaria. Agréguese que el art. 33 del Reglamento Orgánico del Tribunal Arbitral tomando una posición bien definida en una materia muy controvertida en el derecho comparado, preceptúa que el Tribunal de Arbitraje puede disponer medidas cautelares, bajo responsabilidad y otorgamiento de contracautela por el solicitante, aunque su cumplimiento queda reservado al “brazo secular” de los jueces ordinarios. No cabe otra solución más avanzada, habida cuenta que el art. 753 citado, niega a los árbitros la posibilidad de disponer medidas cautelares, atribución que se puede establecer expresamente; pero que también puede resultar implícita por la remisión a un reglamento de arbitraje que así lo tenga establecido. Tal es ahora el caso de la reglamentación del Tribunal de la Bolsa de Comercio, lo que no impide que las partes excluyan esta atribución suprimiéndola expresamente en el convenio de arbitraje. Agréguese a lo dicho, que la existencia de esta posibilidad de disponer medidas cautelares, no excluye, sin embargo, que las partes opten por requerirlas judicialmente (cf. J. Anaya, “El arbitraje en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires”, *loc. cit.*, pp. 89 ss. 16781/10 – Banco de Servicios y Transacciones SA c/ Appiani Jorge Humberto y otros/ oficio ley 22172 – 15/07/10 – Sala F.

árbitros su plena jurisdicción. Esta facultad de las partes, plasmada en el nuevo Contrato de Arbitraje, también ha sido receptada en la jurisprudencia local anterior⁴⁴.

6. Efectos del convenio de arbitral y anulación del laudo

Art. 1656. *Efectos. Revisión de los laudos arbitrales.* El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable. En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje.

Los laudos arbitrales que se dicten en el marco de las disposiciones de este Capítulo pueden ser revisados ante la justicia competente por la materia y el territorio cuando se invoquen causales de nulidad, total o parcial, conforme con las disposiciones del presente Código. En el contrato de arbitraje no se puede renunciar a la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico.

La primera parte representa la esencia misma de este contrato. Las partes voluntariamente deciden someter sus potenciales conflictos a Arbitraje y, como bien establece la norma, esto implica la exclusión de la competencia de los tribunales judiciales, con las salvedades establecidas.

Corresponde recordar que estos efectos del Contrato de Arbitraje, receptados por el artículo han sido, históricamente, aceptados por la doctrina local especializada⁴⁵, se encuentra regulado en el Derecho comparado⁴⁶ y también en convenciones internacionales⁴⁷. Adicionalmente, abonando la manifiesta exclusión de los tribunales judiciales, el artículo introduce la regla interpretativa del *favor arbitri*, es decir, al interpretar un acuerdo arbitral debe tenderse a su más amplia validez y eficacia. Seguidamente, el artículo ingresa en el tema de la revisión judicial de las sentencias arbitrales recogiendo el principio casi universal sobre la irrenunciabilidad al planteo de causales de nuli-

⁴⁴ Del Dictamen Fiscal 109354: Resulta improcedente que el magistrado se declare incompetente en una causa en la que se solicito el decreto de ciertas medidas de no innovar y la inhibición general de bienes respecto de la defendida cuando, como en el caso, se verifica que el accionante no desconoció una clausula compromisoria pactada respecto de la competencia del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos aires, dejando sentado que la demanda por el fondo de la cuestión será ventilada ante dicho Tribunal Arbitral. Ello pues, según el art. 33 *in fine* de su Reglamento, las partes podrán igualmente solicitar las medidas cautelares judicialmente, sin que ello implique contravenir el convenio de arbitraje. Si bien el citado Tribunal tiene facultades para disponer medidas cautelares en los términos del citado artículo, tal circunstancia no excluye la posibilidad de que las partes opten por requerirlas judicialmente (cf. J. Anaya, "El arbitraje en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires", *loc. cit.*, pp. 98 y 99). *Dong Won SA c/ Compañía Petrolera Petroleum World SA s/ Medida Precautoria*.16/12/05. Sala B.

⁴⁵ H. Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., t. VII, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

⁴⁶ La Ley Boliviana N° 1770, Capítulo único – Disposiciones Generales – art. 9 inciso I. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, Art. 3 – Principios y derechos de la función arbitral. LA española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, art. 7: Intervención Judicial. En estos artículos se establece la exclusión de los tribunales judiciales.

⁴⁷ Convención de New York, art. II – punto 3.

dad o anulabilidad, contra éstas. Ahora bien, hay varias cuestiones a analizar que pueden resultar complejas. Primeramente, el Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora no contenía este párrafo de neto corte procesal. Las distintas causales de nulidad establecidas en el CCCN no receptan las específicas causales de nulidad o anulabilidad reguladas, tanto en nuestro CPCCN⁴⁸ como en las legislaciones de otros países⁴⁹, LMU⁵⁰ y demás documentos normativos.

7. Arbitraje administrado

Art. 1657. *Arbitraje institucional.* Las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. Los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras rigen todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje.

Se trata de una completa apertura el Arbitraje Institucional. Lo que aquí interesa destacar es que con esta norma queda claramente establecida la relación contractual entre las partes y la Entidad Administradora elegida, produciéndose consecuentemente la integración del Reglamento de Arbitraje al Contrato de Arbitraje que ha sido regulado. La validez y eficacia de la convención por medio de la cual las partes de un contrato base deciden someter su eventuales conflictos a Arbitraje Institucional se encuentra aceptado en el derecho comparado⁵¹, convenciones internacionales⁵², la Ley Modelo de UNCITRAL⁵³ y, demás documentos normativos sobre la materia⁵⁴.

Otro aspecto importante es que se equipara en un mismo rango a las entidades arbitrales nacionales o internacionales.

8. Cláusulas facultativas

Art. 1658. *Cláusulas facultativas.* Se puede convenir:

- a. la sede del arbitraje;
- b. el idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento;
- c. el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado;

⁴⁸ Arts. 760 y 771 CPCCN

⁴⁹ La Ley Boliviana N° 1770, art. 63: Causales de Anulación. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, art. 63: Causales de Anulación. Ley de Arbitraje Española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo, art. 41: Motivos.

⁵⁰ LMU, art. 34: La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral.

⁵¹ Art. 5 Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones; Ley Boliviana N° 1770, citada, Capítulo único – Disposiciones Generales – art. 7; Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008; art. 7 Ley de Arbitraje Española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, art. 14.

⁵² Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, art. 11 y art. 12 punto 1.

⁵³ Art. 2, incisos d) y e) LMU.

⁵⁴ Regl. CCI <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration> (consulta: 5 marzo 2015).

d. el plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo. Si no se ha pactado el plazo, rige el que establezca el reglamento de la entidad administradora del arbitraje, y en su defecto el que establezca el derecho de la sede;

e. la confidencialidad del arbitraje;

f. el modo en que se deben distribuir o soportar los costos del arbitraje.

El aporte de cláusulas facultativas para ser incorporadas en el contrato de arbitraje acentúa su naturaleza jurídica contractual, siendo ellas fundamentales dentro del arbitraje *ad hoc*. La enumeración del artículo es meramente enunciativa, y conduce a la mayor efectividad del procedimiento arbitral. Es decir, cuanto mayor sea la especificidad de la redacción del acuerdo arbitral, menor será la posibilidad de quedar sujetos a la interferencia judicial dentro del Arbitraje en cuestiones que pueden ser pactadas por las partes.

En cuando a la sede o lugar del arbitraje, ello ha de vincular con la *lex arbitri*, es decir, la sede va vincular al Arbitraje con un sistema jurídico determinado que puede ser más o menos favorable a la autonomía de la voluntad que lo sustenta.

Tanto las legislaciones de otros países⁵⁵, las convenciones internacionales⁵⁶ y los propios Reglamentos de Arbitraje⁵⁷, y la LMU⁵⁸, contienen normas sobre la elección de la sede. En tal sentido podemos señalar que en primer término la elección de la sede queda en manos de las partes pero, en caso de no haberlo hecho o de así decidirlo, ésta puede ser elegida tanto por la Entidad Administradora como por el mismo Tribunal Arbitral electo. Debe recordarse que la localización del Arbitraje en determinada sede o lugar, es una vinculación jurídica, lo cual no implica que las diferentes audiencias o deliberaciones de los miembros del tribunal deban realizarse obligatoriamente en el territorio de dicha sede o lugar.

El idioma en que se ha de desarrollar el procedimiento: la determinación del idioma en la que se llevará a cabo el arbitraje es de suma importancia cuando nos encontramos frente a un arbitraje internacional pues, en el caso de uno doméstico, la lógica indica que se llevará en idioma nacional.

Distintas legislaciones en el Derecho comparado también brindan normativa para la determinación del idioma⁵⁹. Cabe señalar que, también puede pactarse que el Arbitraje sea llevado en más de un idioma.

⁵⁵ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 10 (en este caso, se establece como obligatorio “el lugar en donde será dictada la sentencia arbitral”). La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 42: lugar del arbitraje. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 35: lugar del arbitraje. Ley de Arbitraje Española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 26: Lugar del arbitraje.

⁵⁶ Art. 13 Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur: sede e idioma.

⁵⁷ Art. 18 Regl. UNCITRAL (revisado en 2010), citado, art. 18.

⁵⁸ Art. 20 LMU.

⁵⁹ La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 77. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 36. La española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 28.

El procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones: Como dijimos existe libertad contractual de las partes para establecer, entre otras cuestiones, todo lo atinente al procedimiento. Es clave recordar que el límite a la autonomía de la voluntad es, es la garantía del debido proceso legal establecido por nuestra Constitución Argentina en el art. 18.

Los plazos: claro está que el laudo arbitral debe ser dictado dentro de un plazo y, este plazo debe estar expresamente establecido en el contrato de arbitraje. La razonabilidad en la extensión del plazo dado debe analizarse a la luz de la complejidad del caso sometido a arbitraje. Asimismo y para que no se vea frustrado el procedimiento, debería acordarse las modalidades para conceder y peticionar la prórroga de los mismos. El incumplimiento del plazo para dictar el laudo o sentencia arbitral puede dar lugar al pedido de nulidad o anulación del mismo.

La confidencialidad del arbitraje⁶⁰: dentro del arbitraje comercial la confidencialidad resulta ser un elemento atractivo para optar por la jurisdicción arbitral ya que, a través de los acuerdos de confidencialidad, se logra prohibir la divulgación de los distintos aspectos del Arbitraje. No obstante lo expuesto, varias son las aristas a analizar sobre este “principio” del cual se suele pensar que es inherente al arbitraje comercial y, como vemos, sigue requiriendo de un especial acuerdo entre las partes dentro del contrato de arbitraje para que pueda ser invocado. Se busca, esencialmente, salvaguardar los intereses de las partes y las relaciones comerciales presentes y futuras. Acordada la confidencialidad, o establecida legalmente, ésta se convierte en una obligación para las partes de no divulgar el procedimiento arbitral, los documentos o materiales que puedan ventilarse dentro del mismo e, inclusive la sentencia arbitral. Como veremos, para los árbitros es una obligación que surge de la normativa de este CCCN.

La publicidad, inherente a la jurisdicción estatal, puede producir efectos perjudiciales en materia mercantil. Por ejemplo en el caso de secretos técnicos o ciertas prácticas comerciales merecedoras de protección. También, la confidencialidad preserva la imagen frente a los competidores. Ciertamente, mientras no quede involucrado el interés público, la confidencialidad es un derecho de las partes que puede alcanzar a todos los participantes del arbitraje y que, puede ampliarse a los eventuales testigos. Por otra parte, si bien algunas legislaciones⁶¹ contemplan el carácter obligatorio del principio de privacidad o confidencialidad al igual que lo hacen algunos Reglamentos de

⁶⁰ J.C. Fernández Rozas, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n° 2, 2009, pp. 335–378.

⁶¹ La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 2: principios. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 51: confidencialidad. Ley de Arbitraje Española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 24: principios de igualdad, audiencia y contradicción. La Ley Peruana y la Ley Española establecen, claramente, la obligación de confidencialidad. En cambio, la Ley Boliviana enuncia un principio que, a nuestro entender, debería materializarse en un concreto acuerdo arbitral delimitando el marco y los sujetos alcanzados.

arbitraje⁶², las partes y sus letrados deben asegurarse de, si los términos en los cuales se expresan, abarcan todas sus necesidades contra la posible circulación de la información que consideraren sensible, en cada caso en particular. A salvo queda la relación de cada una de las partes con sus abogados quienes debemos guardar secreto profesional en virtud de la legislación que regula la matrícula. No obstante, suele estar legislado como en los casos anteriormente referenciados.

Distribución de Costos: si bien tanto los montos como la distribución de Costos, suelen estar específicamente establecidos en los Reglamentos de Arbitraje⁶³, corresponde contemplar el tema dentro de las cláusulas facultativas más importantes, sirviendo este artículo como guía en los casos de Arbitrajes *ad hoc* que no adopten Reglamentos preexistentes. Las legislaciones de otros países también contemplan la determinación de los costos del Arbitraje, sea que quede en cabeza de las partes en forma directa o refiriéndose a los reglamentos arbitrales o; que sea el tribunal arbitral que se expida al dictar el laudo arbitral⁶⁴.

9. Árbitros

Art. 1659. *Designación de los árbitros.* El tribunal arbitral debe estar compuesto por uno o más árbitros en número impar. Si nada se estipula, los árbitros deben ser tres. Las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros. A falta de tal acuerdo:

a. en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra un árbitro y los dos árbitros así designados nombran al tercero. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días de recibido el requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación debe ser hecha, a petición de una de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial;

b. en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste debe ser nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial.

Cuando la controversia implica más de dos partes y éstas no pueden llegar a un acuerdo sobre la forma de constitución del tribunal arbitral, la entidad administradora del arbitraje, o en su defecto, el tribunal judicial debe designar al árbitro o los árbitros.

El artículo comentado pone a tono la legislación local con la internacional (leyes⁶⁵, convenciones⁶⁶ y también reglamentos⁶⁷) en cuanto establece la

⁶² Art. 22.3º Regl. CCI. Establece el requerimiento de alguna de las partes para que se activen los mecanismos sobre confidencialidad como así también las medidas de protección de secretos comerciales o información confidencial.

⁶³ Regl. CCI, Apéndice III; art. 40 Regl. UNCITRAL (revisado en 2010).

⁶⁴ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 27. La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 58: costas y gastos. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 69: libertad para determinar los costos.

⁶⁵ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 13, parágrafo 1. La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 17: número de árbitros. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 23: libertad de procedimiento de nombramiento (aunque no establece clara-

necesidad de número impar de árbitros. Asimismo, establece como norma supletoria la cantidad de tres (3) árbitros. Establece como normas, las reglas generales supletorias para la elección de los árbitros, reconociendo el concepto de Autoridad Nominadora y, deja en última instancia la posibilidad de acudir a los tribunales judiciales para que realicen el nombramiento.

Art. 1660. *Calidades de los árbitros.* Puede actuar como árbitro cualquier persona con plena capacidad civil. Las partes pueden estipular que los árbitros reúnan determinadas condiciones de nacionalidad, profesión o experiencia.

Si bien concordamos con la incorporación de una normativa que exprese la libertad de las partes para elegir árbitros de cualquier nacionalidad, experiencia y profesión, y sin olvidar que sobre este punto se han suscitado discusiones acerca de que solo podrían ser árbitros los abogados, no puede desconocerse que en los arbitrajes de Derecho suelen nombrarse abogados pero, no es menos ciertos que existen Arbitrajes de alta complejidad técnica, en los cuales también se nombran profesionales de otras áreas. Por su parte, existen tribunales arbitrales exclusivos de una profesión, como por ejemplo, el Tribunal Arbitral del Consejo Profesional de Ciencias Económicas o el de la Cámara de Cereales⁶⁸.

Los preceptos sobre calidad de los árbitros se encuentran incorporados en el Derecho comparado⁶⁹, la LMU⁷⁰, entre otros documentos internacionales normativos de la materia.

Art. 1661. *Nulidad.* Es nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros.

Cualquier elemento que desestabilice la condición de trato igualitario entre las partes desestabiliza la neutralidad que debe gobernar un contrato de arbitraje. Esta específica nulidad del acuerdo arbitral, es coherente con la garantía del debido proceso legal que veremos en el art. 1662 sobre las obligaciones de los árbitros. La mayoría de las incorporaciones normativas que ha realizado este nuevo CCCN, receptan las diversas construcciones normativas en el ámbito internacional⁷¹

mente el número impar). LA española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 12: número de árbitros.

⁶⁶ Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, art. 12 punto 2.

⁶⁷ Regl. UNCITRAL (revisado en 2010), art. 7: número de árbitros. Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, citado, art. 12: número de árbitros.

⁶⁸ G. Parodi, "Contrato de Arbitraje", *Código Civil y Comercial de la Nación...*, op. cit., p. 882.

⁶⁹ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 13. La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 78 puntos I y II. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 20, art. 22 punto 2. Ley de Arbitraje Española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 13.

⁷⁰ Art. 11.1° LMU: dentro del Nombramiento de Árbitros, establece que las partes pueden optar por árbitros de cualquier nacionalidad.

⁷¹ Art. 18 LMU: Trato equitativo de las partes. Regl. CCI, art. 22.4° Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, citado, art. 16, punto 4. Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 21.2°. La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 2, punto 6: principio de igualdad.

Art. 1662. *Obligaciones de los árbitros*. El árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes y se obliga a:

- a. revelar cualquier circunstancia previa a la aceptación o que surja con posterioridad que pueda afectar su independencia e imparcialidad;
- b. permanecer en el tribunal arbitral hasta la terminación del arbitraje, excepto que justifique la existencia de un impedimento o una causa legítima de renuncia;
- c. respetar la confidencialidad del procedimiento;
- d. disponer de tiempo suficiente para atender diligentemente el arbitraje;
- e. participar personalmente de las audiencias;
- f. deliberar con los demás árbitros;
- g. dictar el laudo motivado y en el plazo establecido.

En todos los casos los árbitros deben garantizar la igualdad de las partes y el principio del debate contradictorio, así como que se dé a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

De acuerdo a este régimen, cuando el árbitro acepta el cargo asume las obligaciones que pueden clasificarse en tres grupos⁷²:

- Obligación de independencia e imparcialidad;
- Obligación de dirección y diligencia y;
- Obligación de observancia del debido proceso legal.

Estos tres grupos de obligaciones se encuentran incorporados en las legislaciones de otros países como Bolivia, Brasil, España y Perú⁷³, y figura también en los reglamentos y en convenciones internacionales, como en la LMU^{74,75}.

La independencia se relaciona con el concepto de no intervención. En la especie, una autonomía de pensamientos, criterios y formas de actuar. En cambio la imparcialidad se relaciona con el no tomar partido por alguna de las partes. No obstante esta distinción semántica, se los trata y regula conjuntamente pues, se evidencia su íntima relación. La obligación de dirección y diligencia, refleja la necesaria disponibilidad que debe tener el árbitro para cumplir el compromiso asumido con las partes al aceptar el cargo. Finalmen-

La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 26: privilegio en el nombramiento (estableciendo la nulidad de la cláusula). La española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 24: principios de igualdad, audiencia y contradicción.

⁷² G. Parodi, “Contrato de Arbitraje”, *Código Civil y Comercial de la Nación...*, op. cit., p. 887.

⁷³ Ley Brasileña de Arbitraje N° 9307/96 y sus modificaciones, art. 21, parágrafo 2. La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 15: Imparcialidad y responsabilidades, art. 25. Obligaciones de informar, punto 1. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 28: motivos de abstención y de recusación, punto 3. Ley de Arbitraje Española N° 60/2003, 23 de diciembre, modificada por la Ley N° 11/2003, 20 de mayo, citada, art. 15, punto 6, arts. 17 y 18.

⁷⁴ Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, citado, art. 16.3°.

⁷⁵ Art. 12.2° LMU. Estableciendo como causales de recusación a la falta de independencia y a la imparcialidad.

te la obligación de garantizar el debido proceso legal, fue receptada en el último párrafo del artículo comentado.

Art. 1663. *Recusación de los árbitros.* Los árbitros pueden ser recusados por las mismas razones que los jueces de acuerdo al derecho de la sede del arbitraje. La recusación es resuelta por la entidad administradora del arbitraje o, en su defecto, por el tribunal judicial.

Las partes pueden convenir que la recusación sea resuelta por los otros árbitros.

Si bien las causales de recusación de los jueces⁷⁶ se vinculan con la falta de independencia e imparcialidad, no se establecen causales específicas como lo hacen las leyes extranjeras, las convenciones, los reglamentos y la LMU. Como incorporaciones que modernizan nuestra legislación en la materia, destacamos la posibilidad de que sea la Entidad Administradora la que resuelva la recusación, con prioridad a los tribunales judiciales. Como así también que las partes puedan pactar que la recusación la resuelvan otros árbitros.

Art. 1664. *Retribución de los árbitros.* Las partes y los árbitros pueden pactar los honorarios de éstos o el modo de determinarlos. Si no lo hicieran, la regulación se hace por el tribunal judicial de acuerdo a las reglas locales aplicables a la actividad extrajudicial de los abogados.

El derecho a los honorarios de los árbitros se encuentra regulado, en todas las legislaciones sobre esta materia en el derecho comparado⁷⁷, en los reglamentos de Arbitraje⁷⁸. Esto es así, pues, debe asegurarse a éstos su retribución, como a las partes el conocimiento previo de los parámetros arancelarios a los que se están sometiendo.

En primer término, el artículo comentado, establece – en consonancia con la autonomía de la voluntad imperante en la materia – que las partes y los árbitros pueden pactar los honorarios de éstos últimos o establecer el modo de determinarlos. Dentro de esta última opción, puede incluirse la regulación de honorarios por los propios árbitros.

Así las cosas, dentro de lo expuesto quedan incluidos los casos que se sometan a Arbitraje en el marco de una Entidad Administradora, la cual, en general tiene parámetros arancelarios preestablecidos de acuerdo al monto de la controversia.

Art. 1665. *Extinción de la competencia de los árbitros.* La competencia atribuida a los árbitros por el contrato de arbitraje se extingue con el dictado del laudo definitivo, excepto para el dictado de resoluciones aclaratorias o complementarias conforme a lo que las partes hayan estipulado o a las previsiones del derecho de la sede.

⁷⁶ Art. 17 CPCCN: recusación con expresión de causa

⁷⁷ La Ley Boliviana N° 1770, citada, art. 58: costas y gastos. La Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071/2008, citada, art. 71: honorarios del tribunal.

⁷⁸ Regl. UNCITRAL (2010), art. 41: honorarios y gastos. Regl. CCI, Apéndice III: costos y honorarios. Régimen Arbitral, Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Título VI – Aranceles y honorarios. (Arts. 78 a 85) Honorarios de los integrantes del Tribunal. art. 82: Los honorarios de los árbitros permanentes y la remuneración del secretario estarán a cargo de la Bolsa de Comercio y serán determinados periódicamente por el Consejo. http://www.bcba.sba.com.ar/downloads/Regimen_Arbitral.pdf (consulta: 10 marzo 2015).

Se extingue la competencia de los árbitros una vez dictada la sentencia arbitral definitiva y las posibles resoluciones aclaratorias o complementarias en virtud del cumplimiento de lo acordado por las partes o lo establecido en las normas del Derecho de la sede. La extinción de la jurisdicción de árbitros en esta instancia es derivación lógica de la naturaleza jurídica contractual del arbitraje. Cumplido el objeto del contrato que es la resolución de la divergencia, los árbitros pierden su jurisdicción. A partir de este momento, de no darse el cumplimiento espontáneo del perdidoso, la parte vencedora deberá acudir ante los tribunales judiciales competentes para ejecutar la sentencia arbitral definitiva y firme, en virtud del art. 499 CPCCN. Por otra parte, previamente a que la sentencia arbitral definitiva quede firme, el perdidoso podrá impugnarla, entendiendo que solo está habilitado para realizar un planteo de nulidad en virtud de lo que hemos expuesto al comentar el art. 1656.

III. Comentario final

Sin perjuicio de las observaciones críticas sobre el nuevo régimen, que seguramente surgirán, no puede dudarse que en Argentina esta nueva legislación representa un importante paso hacia adelante en materia de arbitraje. Se ha pasado desde un estadio legislativo donde solo existían normas procesales e instituciones arbitrales que buscaban abrirse camino con gran esfuerzo pero sin contar con un régimen de fondo aplicable, y siempre con la constante amenaza de judicialización de los procesos.

La incorporación del Contrato de Arbitraje como figura legal específica dentro del Código Civil y Comercial de la Nación, supera una vieja discusión relacionada con la potestad para el dictado de estas normas, ya que el art. 75 inc.12 de la Constitución Nacional, reserva para las provincias el dictado de la legislación procedimental. Esto no obsta tampoco, a que estando regida la materia por el código de fondo, el contrato de arbitraje podría convertirse en un concreto antecedente para una Ley Nacional de Arbitraje que incluya regulaciones de procedimiento.

La principal virtud del texto analizado ha sido que, sin pretender originalidad, el legislador ha receptado figuras y conceptos que ya existen en el resto del mundo, y que han funcionado en forma razonable contribuyendo con el desarrollo de la institución. Es cierto también que algunos de estos principios ya habían sido consagrados por la jurisprudencia de nuestros tribunales.

El CCCN representa un avance legislativo notable y será sin duda un impulso importante para el crecimiento de una actividad que solo ha tenido hasta el momento un modesto crecimiento en la Argentina.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, agosto de 2015

Bolivia

Arbitraje, vol. VIII, nº 3, 2015, pp. 785-797

Constitución y arbitraje de inversiones

Horacio ANDALUZ VEGACENTENO *

Sumario: I. Introducción. II. Sometimiento a la jurisdicción boliviana: su lectura jurídica (interpretación del art. 320.II). 3. Prohibición de arbitraje internacional: su lectura jurídica (interpretación del art. 366). 4. Prohibición de reclamaciones diplomáticas: sus efectos.

Resumen: Constitución y arbitraje de inversiones

De acuerdo con la legislación boliviana, 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.

Palabras clave: ARBITRAJE DE INVERSIONES – CIADI – ARBITRAJE BOLIVIANO – CONSTITUCIÓN BOLIVIANA.

Abstract: Constitution and Investment Arbitration

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.

Keywords: INVESTMENT ARBITRATION – CIADI – BOLIVIAN ARBITRATION – BOLIVIAN CONSTITUTION.

I. Introducción

1. Se acaba de promulgar la Ley 708 (Ley de Conciliación y Arbitraje, de 25 de junio de 2015)¹. La Ley dedica sus arts. 127 a 133 a regular el arbitraje de inversiones, definiéndolo por su carácter nacional. Reglar que “serán nacio-

* LLM Harvard Law School, antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Máster en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid). Profesor de Teoría General del Derecho y de Derecho Constitucional (UPSA). Árbitro (CCAC-CAINCO, CEAR-CBHE y CAC-CNC

¹ *Vid* en texto, *infra*, pp. 798-801.

nales” (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)², 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.II³ y 366⁴.

2. Lo que sigue es un juicio sobre la constitucionalidad de prohibir la elección de sede en el arbitraje de inversiones. En tal orden, debe primero atribuirse significado jurídico a los arts. 320.II y 366 de la Constitución. Una peculiaridad de la interpretación constitucional es que por todo fundamento tiene al mismo objeto materia de interpretación: la Constitución. A diferencia de lo que ocurre con las fuentes ordinarias del derecho, cuya interpretación debe hacerse en coherencia con las otras fuentes que les son pares y de acuerdo con el contenido de las fuentes que condicionan su validez, la Constitución es autosuficiente a tiempo de interpretarse. Queda excluido que pueda recurrirse a otra fuente para determinar su significado. Tal cosa supondría subvertir su carácter fundacional del sistema jurídico. Y es que si la Constitución es la norma suprema del ordenamiento, lo es porque condiciona la validez del resto de fuentes. Por tanto, si su significado jurídico se determinase según el Derecho ordinario, éste, y no ella, sería la norma suprema. En resumida coloquialidad: no puede interpretarse la Constitución según lo que diga el Derecho ordinario.

Aparejado a lo anterior, la argumentación, como expresión del razonamiento y construcción interpretativa, es también más compleja a nivel constitucional. Es una consecuencia natural de que haya menos insumos positivos para fundar el acto interpretativo que en el derecho ordinario. Sirva esto de justificativo de las páginas siguientes, que, a pesar de su extensión, solo

² En R. Hill, “On-line Arbitration: Issues and Solutions”, *Arb. Intl*, n° 15, 1999), p. 203.

³ “Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable”.

⁴ “Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No se reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrán invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas”.

explicitan la comprensión de un significado jurídico (y en esto lleva la razón Gadamer al sostener que comprender es siempre interpretar⁵).

3. Se prescinde aquí de un análisis de política legislativa. Simplemente porque ello exorbita los límites de un juicio positivo sobre la validez del derecho ordinario.

II. Sometimiento a la jurisdicción boliviana: su lectura jurídica (interpretación del art. 320.II)

4. 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.

5. 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.

6. 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”⁶. Respecto de los derechos, la organización del poder es tan solo un instrumento, el medio que ha concebido la organización política

⁵ H.G. Gadamer, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1977, p. 67.

⁶ K.R. Popper, *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 147 y 236.

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 simile* 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.

7. 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); ó (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).

8. 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”⁷. 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”⁸. 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*⁹ (1934), sobre moratoria hipotecaria, *Schneider v. State*¹⁰ (1939), sobre libertad de expresión, y *Korematsu v. United States*¹¹ (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”¹² 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).

9. 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

⁷ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª reimpresión, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 288.

⁸ 277 U.S. 218, 223 (1928).

⁹ 290 U.S. 398 (1934).

¹⁰ 308 U.S. 147 (1939).

¹¹ 323 U.S. 214, 216 (1944).

¹² BVerfGE 7, 377, en J. Schwabe, (compilador); *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 322.

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.

10. 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 originario campesina (art. 190.II) son todas enjuiciables por el Tribunal Constitu-

cional. 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.

11. 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. 129.1º) 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.

III. Prohibición de arbitraje internacional: su lectura jurídica (interpretación del art. 66)

12. 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.

13. 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”. Acá 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 (*v.gr.*, no hay sujeto al cual aplicarla), y (2) produce, más bien, una antinomia con el art. 361.I.

14. 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 (s. 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 perez-

ca”¹³, 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)¹⁴. 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.

15. 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 excluyentes¹⁵ para hacerlo (razones que justifiquen que, a pesar de inaplicarlos, no se está incumpliendo la Constitución). Hasta aquí se extiende su sentido normativo.

16. 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 agota-

¹³ “*Quoties in ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam pereat*” (*Digesto*, Ley 12, Tít. 5, Lib. 34).

¹⁴ 5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803).

¹⁵ El concepto de “razones excluyentes para la acción” es de Raz (cf. J. Raz, *Practical Reason and Norms*, reimpresión, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 35 ss).

miento 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.

17. 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 hidrocarburiífera 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).

18. 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.

19. 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 contradujo a sí mismo: si está normando el arbitraje entre “empresas extranjeras” y YPFB (*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.

20. En consecuencia, la Ley 708, al reglar que el arbitraje de inversiones será nacional (art. 129.1º) 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.

IV. Prohibición de reclamaciones diplomáticas: sus efectos

21. Es común a los arts. 320.II y 366 de la Constitución la prohibición de “reclamaciones diplomáticas” (cláusula Calvo). Al prohibirlas, la Constitución apunta a atajar una técnica de adjudicación propia del derecho internacional: la protección diplomática. Respecto de ésta, el arbitraje de inversiones es tan solo la respuesta de Derecho positivo a su ineficacia connatural a su pertenencia a un orden de técnica de regulación descentralizada. Las reglas de competencia que autorizan a identificar el derecho válido, aplicarlo y modificarlo son descentralizadas en el derecho internacional, haciendo que el propio sujeto sea, a la vez, autoridad normativa de este sistema. Esto es lo

que ocurre en la protección diplomática. Es el propio Estado perjudicado quien califica la ilicitud internacional de la acción de su par. Como tal, es una técnica de defensa de los derechos del propio Estado, reconduciéndose las violaciones al orden internacional dañosas para sus súbditos al “derecho que tiene a hacer respetar el derecho internacional en la persona de sus nacionales” (Corte Permanente de Justicia Internacional, asunto *The Mavrommatis Palestine Concessions, Grecia v. Turquía*, 1924)¹⁶. En la medida que es un derecho del Estado, su ejercicio queda librado a su discreción, pudiendo muy bien decidirse por no defender los derechos de sus súbditos (si esto, a su vez, le genera responsabilidad por dejar desprotegidos a sus nacionales es un asunto que depende de cada derecho interno). Pero, si se decide a defenderlos, (1) como “el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo es el único que da al Estado el derecho de protección diplomática” (Corte Permanente de Justicia Internacional, asunto *Panevezys–Saldutiskis Railway, Estonia v. Lituania*, 1939)¹⁷, el inversionista afectado debe ser nacional del Estado que reclama; (2) en este sentido, si el inversionista es una sociedad comercial, “el derecho a ejercer la protección diplomática de una sociedad corresponde al Estado bajo cuyas leyes se ha constituido y en el que la misma tiene su sede” (Corte Internacional de Justicia, asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company, Bélgica v. España*, 1970)¹⁸; (3) si el inversionista es un accionista de una sociedad comercial, la protección del Estado de su nacionalidad solo se ejerce a título excepcional: por un lado, si es que el hecho reclamado ha lesionado los derechos del accionista en cuanto tal, y, por otro lado, si es que la sociedad ha dejado de existir; (4) y, para todos los supuestos en general, el inversionista debe haber “sometido la esencia de la [reclamación] a las jurisdicciones competentes y haber perseverado, sin éxito, tan lejos como lo permitan las leyes y los procedimientos locales” (Corte Internacional de Justicia, asunto *Elettronica Sicula, Estados Unidos v. Italia*, 1989)¹⁹, lo que es igual a agotar infructuosamente todos los medios de defensa útiles o efectivos existentes en el ordenamiento del Estado sindicado de responsabilidad.

22. La prohibición de reclamaciones diplomáticas viene desde las reformas constitucionales de 1938 (art. 18)²⁰, pero sus efectos son, cuando menos, dudosos: (1) una norma de derecho interno que trate de excluir el ejercicio de la protección diplomática con base en la renuncia previa del inversionista es vana respecto del derecho internacional general; (2) si la protección diplomática es un derecho del Estado, un inversionista no puede renunciar al ejercicio de un derecho que no es suyo; (3) aún si se asume que solo renuncia

¹⁶ *PCIJ*, Series A – No. 5, p. 12.

¹⁷ *PCIJ*, Series A/B – No. 76, p. 4.

¹⁸ *ICJ Reports* 1970, p. 3

¹⁹ *ICJ Reports* 1989, p. 15

²⁰ “Los súbditos o empresas extranjeras están, en cuanto a la propiedad, en la misma condición de los bolivianos, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas, salvo caso de denegación de justicia”.

al derecho propio de reclamar ante su Estado, igual es una renuncia ineficaz, porque tal derecho lo otorga el sistema jurídico de su nacionalidad y solo ante dicho sistema puede ser renunciado; (4) y aún asumiendo que la renuncia fuese plenamente eficaz, la misma no alcanzaría a los hechos ilícitos del Estado en contra de la defensa del inversionista en su jurisdicción interna, como el supuesto de denegación de justicia, excluido de renuncia en las reformas de 1938, porque tal cosa supondría institucionalizar la tropelía como regla de convivencia, en disenso con la pretensión de corrección que distingue al derecho, y su “dimensión ideal necesaria que lo saca del ámbito de la pura contingencia”²¹, de la fuerza bruta.

23. Como el derecho es un epifenómeno de la cultura, la política normativa es a la vez reactiva y proyectiva. Reactiva, porque responde a una necesidad normativa no satisfecha por el orden en vigor. Y proyectiva, porque al dar una respuesta a tal necesidad propone un estado de cosas normativamente deseable. Esto explica que la práctica vaya en dirección distinta a la protección diplomática, escapando de los riesgos de su ineficacia, por parte del inversionista, y evitando contaminar sus relaciones internacionales con una eventual controversia con un particular, por parte de los Estados, innovando su relacionamiento mutuo a través del arbitraje. Con independencia de su fuente positiva, el arbitraje de inversiones excluye el ejercicio inmediato de la protección diplomática por parte del Estado de la nacionalidad, al estar obligado el inversionista a recurrir previamente a la vía arbitral. Pero subsiste el ejercicio mediato de la protección diplomática, ya que en caso en que el Estado vencido no honre de buena fe el laudo dictado en su contra, el Estado de la nacionalidad puede reclamarle su incumplimiento. Tal es la hipótesis legislada en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington, 1965, art. 27.1^o)²², denunciado por Bolivia²³, que codifica la convicción de obligatoriedad que la práctica de la protección diplomática ha producido en el Derecho internacional general. Que tal hipótesis haya sido codificada significa su preexistencia como norma de Derecho internacional general. Por tanto, si bien no por la fuerza de un tratado, por la fuerza del Derecho internacional consuetudinario los Estados por igual pueden reclamar por las violaciones al Derecho internacional en las personas de sus inversionistas, cuando los medios previstos para zanjar sus controversias fracasen.

* * *

²¹ R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994), p. 33.

²² “Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”.

²³ De acuerdo a su art. 71, la denuncia de Bolivia al Convenio de Washington tuvo efecto el 3 noviembre 2007

Ley n° 708 ley de 25 de junio de 2015 de conciliación y arbitraje

Título I Disposiciones comunes

Capítulo I Objeto, marco competencial y principios

Art. 1. Objeto. La presente Ley tiene por objeto regular la conciliación y el arbitraje, como medios alternativos de resolución de controversias emergentes de una relación contractual o extracontractual.

Art. 2. Marco competencial. La presente Ley desarrolla la conciliación y el arbitraje en el marco del Parágrafo II del Art. 297 de la Constitución Política del Estado, como competencia exclusiva del nivel central del Estado.

Art. 3. Principios. La conciliación y el arbitraje se sustentan en los siguientes principios:

1. Buena Fe. Las partes proceden de manera honesta y leal, con el ánimo de llegar a un acuerdo y acceder al medio alternativo que ponga fin a la controversia.
2. Celeridad. Comprende el ejercicio oportuno y sin dilaciones en la solución de controversias.
3. Cultura de Paz. Los medios alternativos de resolución de controversias contribuyen al Vivir Bien.
4. Economía. Los procedimientos se desarrollarán evitando trámites o diligencias innecesarias, salvaguardando las garantías jurisdiccionales.
5. Finalidad. Por el que se subordina la validez de los actos procesales en aras de la solución de la controversia y no sólo a la simple observancia de las normas o requisitos.
6. Flexibilidad. Por el que las actuaciones serán informales, simples y adaptables a las particularidades de la controversia.
7. Idoneidad. La o el conciliador y la o el árbitro, legitiman su intervención a partir de su aptitud, conocimiento y experiencia en el desarrollo de los medios alternativos de solución de controversias.

8. Igualdad. Las partes tienen igual oportunidad para hacer valer sus derechos y sus pretensiones.

9. Imparcialidad. La o el conciliador y la o el árbitro, deben permanecer imparciales durante el procedimiento, sin mantener relación personal, profesional o comercial alguna con las partes, ni tener interés en el asunto objeto de controversia,

10. Independencia. Por el que conciliadores y árbitros tienen plena libertad y autonomía para el ejercicio de sus funciones.

11. Legalidad. La o el conciliador y la o el árbitro, deberán actuar con arreglo a lo dispuesto a la Ley y otras normas jurídicas.

12. Oralidad. Como medio que garantiza el diálogo y la comunicación entre las partes, generando confianza mutua.

13. Voluntariedad. Por el que las partes, de forma libre y de mutuo acuerdo, acceden a un medio alternativo de solución de controversias.

Art. 4. Materias excluidas de la conciliación y del arbitraje. No podrá someterse a la Conciliación ni al Arbitraje, lo siguiente:

1. La propiedad de los recursos naturales.
2. Los títulos otorgados sobre reservas fiscales.
3. Los tributos y regalías.
4. Los contratos administrativos, salvo lo dispuesto en la presente Ley.
5. El acceso a los servicios públicos.
6. Las licencias, registros y autorizaciones sobre recursos naturales en todos sus estados.
7. Cuestiones que afecten al orden público.
8. Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.
9. Las cuestiones que versen sobre el estado civil y la capacidad de las personas.
10. Las cuestiones referidas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial.
11. Las cuestiones concernientes a las funciones del Estado,

12. Las cuestiones que no sean objeto de transacción.

13. Y cualquier otra determinada por la Constitución Política del Estado o la Ley.

Art. 5. Exclusión expresa. Quedan excluidas de la aplicación de la presente Ley:

1. Las controversias en materia laboral y de seguridad social, por estar sometidas a disposiciones legales que le son propias.

2. Los acuerdos comerciales y de integración entre Estados, suscritos por el Estado Plurinacional de Bolivia, los cuales se regirán por las disposiciones sobre conciliación y arbitraje que determinen las partes, en el marco de éstos.

3. Los contratos de financiamiento externo que suscriba el Estado Plurinacional de Bolivia con organizaciones u organismos financieros internacionales.

Art. 6. Bienes, obras y servicios contratados en el extranjero.

I. Las entidades o empresas estatales podrán aplicar la conciliación y el arbitraje, en controversias que surjan de un contrato de adquisición de bienes, obras o provisión de servicios, con entidades o empresas extranjeras sin domicilio legal en Bolivia suscrito en el extranjero, en el marco de lo estipulado en el contrato correspondiente.

II. En el caso de entidades y empresas públicas, éstas podrán aplicar su normativa específica de contrataciones en el extranjero.

Art. 7. Reserva de la información. Cuando el Estado sea parte de un procedimiento de conciliación o de arbitraje, toda la información conocida y producida en dicho procedimiento, tendrá carácter reservado si fuera calificada como tal por normativa vigente.

Art. 8. Confidencialidad.

I. Toda información conocida y producida por los particulares en un procedimiento de conciliación o de arbitraje, es confidencial. En conciliación además no tiene ningún valor probatorio.

II. Excepcionalmente, la confidencialidad se levantará cuando:

1. Estén comprometidos los intereses del Estado, caso en el cual, la información será entregada a la Procuraduría General del Estado.

2. Existan indicios de comisión delictiva, caso en el cual, la información será entregada mediante requerimiento fiscal u orden judicial.

Art. 9. Idioma.

I. Las partes podrán decidir sobre el o los idiomas con el que se desarrollará la conciliación o el arbitraje, así como la participación de traductores e intérpretes que se requieran en las actuaciones de la conciliación o el arbitraje,

II. A falta de acuerdo sobre el idioma, se empleará el castellano.

Art. 10. Responsabilidad.

I. La o el conciliador es responsable por la inobservancia de la legalidad del contenido del Acta de Conciliación, no así de su cumplimiento.

II. La o el árbitro es responsable por las acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones.

Capítulo II

Organización de la conciliación y del arbitraje

Sección I

Autoridad competente

Art. 11. Autoridad competente. El Ministerio de Justicia es la autoridad competente para autorizar el funcionamiento de Centros de Conciliación, Centros de Conciliación y Arbitraje, o Centros de Arbitraje.

Art. 12. Atribuciones del Ministerio de Justicia.

I. En el marco de la presente Ley, el Ministerio de Justicia tiene las siguientes atribuciones:

1. Autorizar el funcionamiento de los Centros de Conciliación, Centros de Conciliación y Arbitraje, y Centros de Arbitraje, y verificar su funcionamiento.

2. Registrar Los Centros de Conciliación, Centros de Conciliación y Arbitraje, y Centros de Arbitraje.

3. Aprobar los reglamentos de conciliación y de arbitraje de los Centros de Conciliación, Centros de Conciliación y Arbitraje, y Centros de Arbitraje, en función a su compatibilidad con las disposiciones de la presente Ley, en un plazo

máximo de hasta ciento veinte 120 días calendario a partir de su presentación,

4. Suspender de manera temporal o definitiva su autorización, cuando no cumplan con lo establecido en los arts. 15 y 17 de la presente Ley.

5. Promover la formación y capacitación en conciliación y arbitraje, mediante convenios con el sistema universitario y centros autorizados.

6. Formular, aprobar y ejecutar políticas de la conciliación.

II. Para efectos de la aprobación de los reglamentos de conciliación y de arbitraje, el Ministerio de Justicia podrá requerir excepcionalmente, opinión especializada.

III. Para la otorgación de personalidades jurídicas por la autoridad llamada por Ley, los Centros autorizados deberán incluir expresamente en su objeto, la administración de la conciliación, el arbitraje, o ambos.

Art. 13. Fuentes de financiamiento. Para el cumplimiento de las atribuciones establecidas en el Art. precedente, el Ministerio de Justicia tendrá las siguientes fuentes de financiamiento:

1. Recursos específicos.
2. Donaciones internas o externas.

Sección II
Administradoras de conciliación
y arbitraje

Art. 14. Clases

I. Las personas jurídicas podrán constituir administradoras de Conciliación y Arbitraje, bajo las siguientes modalidades:

1. Centros de Conciliación.
2. Centros de Conciliación y Arbitraje.
3. Centros de Arbitraje.

II. Para el desarrollo de sus actividades, las y los conciliadores y las y los árbitros, deberán registrarse en uno de los centros autorizados, a excepción del arbitraje Ad Hoc.

III. Las instituciones públicas, en el marco de sus atribuciones, podrán administrar centros de conciliación.

Art. 15. Requisitos. Las personas jurídicas deberán cumplir los siguientes requisitos para constituirse en administradoras de conciliación o arbitraje:

1. Personalidad jurídica.

2. Reglamento de conciliación, de arbitraje, o ambos, aprobado por el Ministerio de Justicia.

3. Contar con más de una o un conciliador o más de una o un árbitro, acreditados.

4. Infraestructura que cumpla las condiciones técnicas y administrativas de acuerdo a la normativa de la autoridad competente.

Art. 16. Atribuciones. Los centros autorizados, tendrán las siguientes atribuciones:

1. Prestar servicios en conciliación, en arbitraje, o en ambos.
2. Acreditar y designar a sus conciliadores o a sus árbitros, según corresponda.
3. Suspender temporal o definitivamente a sus conciliadores o a sus árbitros, por incumplimiento del reglamento interno del Centro,
4. Definir el arancel por el servicio prestado.

Art. 17. Obligaciones. Los centros autorizados tendrán las siguientes obligaciones:

1. Elaborar y aplicar sus reglamentos de conciliación, de arbitraje, o de ambos, en el marco de lo establecido en la presente Ley.
2. Elaborar y aplicar los códigos de ética, a los que deberán someterse sus conciliadores, árbitros, o ambos.
3. Presentar semestralmente al Ministerio de Justicia, los informes estadísticos e información relacionada.
4. Presentar información estadística a requerimiento del Ministerio de Justicia.
5. Difundir en medios de comunicación o a través de su portal Web, el arancel del servicio y la nómina actualizada de las y los conciliadores y de las y los árbitros, que deberán ser puestos en conocimiento del Ministerio de Justicia,
6. Contar con un registro y archivo de las actas de conciliación y laudos arbitrales.
7. Contribuir al desarrollo de capacidades de las y los conciliadores, y evaluar su desempeño.
8. Obtener la autorización de funcionamiento ante el Ministerio de Justicia y Mantener la vigente.

Art. 18. Prohibición. Los centros autorizados no podrán intervenir ni administrar casos en los que éste o cualquiera de sus dependientes se enmarquen en las causales establecidas en el art. 74 de la presente Ley, en lo que sea aplicable, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado.

Art. 19. Servicio de conciliación del Ministerio de Justicia. El Ministerio de Justicia, conforme a sus atribuciones, está facultado para brindar conciliación entre particulares, en materia civil, familiar y comercial.

Título II Conciliación

Capítulo I Disposiciones generales

Art. 20. Naturaleza. La conciliación es un medio alternativo de solución de controversias al que las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, acceden libre y voluntariamente, antes o durante un proceso judicial o arbitral, con la colaboración de una o un tercero imparcial denominado conciliador, que se ejercerá en el marco de la presente Ley.

Art. 21. Ámbito material. Se podrán someter a conciliación las controversias derivadas de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales, que puedan ser resueltas mediante la libre disposición de derechos y no contravengan el orden público.

Capítulo II Reglas procedimentales

Art. 22. Medios accesorios. La mediación, la negociación o la amigable composición podrán acompañar a la conciliación, como medios accesorios, independientes o integrados a ésta, conforme lo acuerden las partes.

Art. 23. Lugar de la conciliación. La conciliación se realizará en el lugar que acuerden las partes, a falta de acuerdo, alternativamente se realizará conforme al siguiente orden:

1. Donde se deba cumplir la obligación.
2. El del domicilio de la o el solicitante,
3. El de la residencia de la o del obligado.

Art. 24. Solicitud e invitación.

I. Las partes, en forma conjunta o separada, podrán solicitar la conciliación ante un Centro de Conciliación o Centro de Conciliación y Arbitraje de su elección.

II. Se invitará a las partes en forma inmediata para la audiencia de conciliación, por el medio

más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación, las ventajas y efectos.

Art. 25. Participación y representación.

I. La participación en el procedimiento de conciliación es personal. Se admitirá la representación acreditada mediante poder especial otorgado al efecto, en cuyo caso supone la declaración de voluntad del representante que interviene a nombre, por cuenta y en interés del representado, surtiendo sus efectos legales conforme lo determinado por la presente Ley.

II. Las personas naturales o jurídicas domiciliadas en el extranjero, podrán designar un mandatario para conciliar en su nombre y representación. Si corresponde, el poder especial o instrumento de delegación de la representación deberá estar debidamente traducido y validado por la autoridad competente.

Art. 26. Elección y designación de la o el conciliador.

I. El Centro autorizado deberá proporcionar la lista de sus conciliadores, garantizando que las partes tengan el derecho de libre elección.

II. La elección de la o el conciliador se realizará por acuerdo de partes. A falta de acuerdo, lo hará el Centro de Conciliación o el Centro de Conciliación y Arbitraje, de la lista de sus conciliadores.

III. A partir de su designación, la o el conciliador asumirá responsabilidad por sus actos.

Art. 27. Uso de tecnologías de comunicación.

I. Las comunicaciones durante la conciliación, serán por el medio que acuerden las partes.

II. Se podrán aplicar las nuevas tecnologías de información y comunicación, incluso en las audiencias.

Art. 28. Audiencias.

I. En la audiencia de conciliación, la o el conciliador aplicará los medios necesarios y adecuados para garantizar el desarrollo de la misma.

II. La o el conciliador realizará las audiencias que sean necesarias para hacer efectiva la resolución de la controversia. En caso necesario y bajo absoluto respeto del principio de imparcialidad y confidencialidad, podrá efectuar entrevistas privadas y separadas con cada una de las partes, previo conocimiento de la otra.

Art. 29. Auxilio técnico. La o el conciliador, previo consentimiento de las partes, podrá requerir el auxilio técnico de un experto que contribuya a precisar la controversia y a plantear alternativas de solución. La o el experto será remunerado conforme disponga el reglamento del Centro de Conciliación o del Centro de Conciliación y Arbitraje.

Art. 30. Conclusión de la conciliación.

I. La conciliación concluirá con la firma del Acta de Conciliación.

II. El procedimiento de conciliación se dará por concluido en caso que:

Las partes no lleguen a un acuerdo; cualquiera de las partes declare al conciliador su voluntad de concluir la conciliación; una de ellas abandone la conciliación. Este hecho deberá ser debidamente registrado por el conciliador, cuyo contenido mínimo será:

1. La identificación del conciliador y las partes.
2. La relación sucinta y precisión de la controversia.
3. Lugar, fecha y hora.
4. Firma de la o el conciliador.

III. En ambos casos, la o el conciliador deberá otorgar a las partes copia auténtica del documento respectivo.

Capítulo III Acta de conciliación

Art. 31. Acta de conciliación.

I. El Acta de Conciliación es el instrumento jurídico que expresa el consentimiento libre y voluntario de las partes, de llegar a un acuerdo total o parcial.

II. Si el acuerdo conciliatorio fuera parcial, el Acta de Conciliación contendrá expresamente los puntos respecto de los cuales se hubiera llegado a solución y los no conciliados.

Art. 32. Contenidos mínimos del acta de conciliación. Los contenidos mínimos del Acta de Conciliación, son:

1. La identificación de las partes.
2. La relación sucinta y precisión de la controversia.

3. El acuerdo logrado por las partes con indicación de modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas, y en su caso, la cuantía.

4. Las sanciones en caso de incumplimiento, cuando corresponda.

5. Las garantías efectivas o medidas necesarias para garantizar su ejecución, si corresponde.

6. Lugar, fecha y hora de la conciliación.

7. Firma de la o el conciliador y de las partes.

Art. 33. Eficacia del acta de conciliación. El Acta de Conciliación desde su suscripción es vinculante a las partes, su exigibilidad será inmediata y adquirirá la calidad de cosa juzgada, excepto en las materias establecidas por Ley, cuando se requiera la homologación por autoridad judicial competente.

Art. 34. Ejecución forzosa del acta de conciliación. En caso de incumplimiento del Acta de Conciliación, procede la ejecución forzosa del Acta de Conciliación, conforme al procedimiento de ejecución de sentencia ante la autoridad judicial competente del lugar acordado por las partes. A falta de acuerdo, la autoridad judicial competente será la del lugar donde se haya celebrado el acuerdo.

Art. 35. Ejecución del acta de conciliación internacional. Las actas de conciliación suscritas en el extranjero serán reconocidas y ejecutadas en el Estado Plurinacional de Bolivia, de conformidad a las normas sobre cooperación judicial internacional, establecidas en la norma procesal civil vigente.

Capítulo IV La o el conciliador

Art. 36. Acreditación. La o el Conciliador, para ser acreditado, deberá cumplir mínimamente los siguientes requisitos:

1. Competencia demostrada en conciliación.
2. Formación especializada.

Art. 37. Derechos, deberes y prohibición.

I. Las y los Conciliadores tienen derecho a:

1. Percibir los honorarios profesionales por el servicio prestado por caso, de acuerdo al arancel aprobado, excepto las y los servidores públicos que prestan servicios en conciliación.

2. Recibir capacitación por el ente acreditador y del Centro de Conciliación o del Centro de Conciliación y Arbitraje, del que es miembro.

II. Son deberes de la o el conciliador:

1. Actuar con transparencia y conforme a los principios establecidos en la presente Ley, cuidando los intereses de las partes y sus derechos.

2. Velar por la legalidad y los contenidos mínimos del acta de conciliación.

3. Remitir a la autoridad competente los antecedentes, cuando existan indicios de comisión delictiva.

3. Negarse a proceder en las controversias no conciliables o reñidas con la Ley.

4. Realizar las diligencias necesarias para alcanzar la mejor solución de la controversia.

5. Y otros establecidos por norma expresa,

III. La o el conciliador está prohibido de percibir otros ingresos diferentes a los honorarios pactados en base al arancel profesional.

Art. 38. Incompatibilidad. La o el conciliador no podrá actuar como árbitro, asesor o apoderado de las partes intervinientes en la conciliación por el mismo asunto, en cualquier proceso judicial o arbitral.

Esta disposición no se aplica a la o el Arbitro Único o al Tribunal Arbitral que en sus funciones, aplique la conciliación.

Título III Arbitraje

Capítulo I Disposiciones generales

Sección I

Reglas

Art. 39. Naturaleza.

I. El arbitraje es un medio alternativo a la resolución judicial de las controversias entre las partes, sean éstas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras cuando éstas versen sobre temas que no estén prohibidos por la Constitución Política del Estado y la Ley, ante la o el Arbitro Único o Tribunal Arbitral, pudiendo ser un arbitraje institucional o arbitraje Ad Hoc.

II. El arbitraje Ad Hoc es una modalidad arbitral no institucional, en el cual las partes

establecen procedimientos, efectos, nombramiento de árbitros y cualquier otra cuestión relativa al proceso arbitral, en el marco de la presente Ley.

Art. 40. Arbitraje en derecho o arbitraje en equidad.

I. Arbitraje en Derecho es aquel en el que la o el Arbitro Único o el Tribunal Arbitral

II. debe resolver la controversia aplicando estrictamente la norma jurídica pertinente al caso, para fundamentar su decisión.

III. IL Arbitraje en Equidad es aquel en el cual la o el Arbitro Único o el Tribunal Arbitral,

IV. resuelve la controversia de acuerdo con su leal saber y entender, según su sentido natural de lo justo y de acuerdo con lo correcto.

V. Es potestad de las partes decidir que la o el Arbitro Único o el Tribunal Arbitral, resuelva la controversia en derecho o en equidad.

VI. Cuando no exista pacto expreso con respecto al tipo de arbitraje, éste será en derecho.

Art. 41. Oportunidad del arbitraje. El arbitraje podrá iniciarse:

1. Antes de un proceso judicial, evitando el que podría promoverse.

2. Durante un proceso judicial, conforme a la normativa procesal correspondiente, concluyendo el iniciado.

Art. 42. Cláusula arbitral. La cláusula arbitral es el acuerdo escrito establecido en una cláusula de un contrato, en la cual las partes se obligan a someter sus controversias derivadas del indicado contrato, a arbitraje.

Art. 43. Convenio arbitral.

I. El Convenio Arbitral es el acuerdo que se instrumenta por escrito en otro documento posterior diferente al contrato, en el cual las partes se obligan a someter las controversias a arbitraje.

II. El Convenio Arbitral debe constar en un soporte físico, electrónico o cualquier otro que deje constancia de la expresión de voluntad de las partes, manifestada en conjunto o en forma sucesiva.

III. El Convenio Arbitral hará referencia a una relación contractual o extracontractual.

Art. 44. Autonomía de la cláusula arbitral o convenio arbitral.

I. Toda cláusula arbitral o convenio arbitral que forme parte de un contrato, se considera como un acuerdo independiente y autónomo con relación a las demás estipulaciones del mismo,

II. La nulidad o anulabilidad, ineficacia o invalidez del contrato no afectará a la Cláusula Arbitral o al Convenio Arbitral.

Art. 45. Excepción de arbitraje.

I. La existencia de una cláusula arbitral o convenio arbitral, importa la renuncia de las partes a iniciar proceso judicial sobre controversias sometidas a arbitraje.

II. La autoridad judicial que tome conocimiento de una controversia sujeta a cláusula arbitral o convenio arbitral, debe inhibirse de conocer el caso, cuando lo solicite la parte judicialmente demandada. En este caso, dicha parte puede oponer excepción de arbitraje en forma documentada, de acuerdo a normativa procesal vigente. La excepción será resuelta sin mayor trámite, mediante resolución expresa,

III. Constatada la existencia de la cláusula arbitral o convenio arbitral y sin lugar a recurso alguno, en el marco de la presente Ley, la autoridad judicial competente podrá:

1. Declarar probada la excepción de arbitraje,
- o
2. Pronunciarse sobre la nulidad o ejecución imposible de la cláusula arbitral o del convenio arbitral, desestimando la excepción de arbitraje.

IV. No obstante de haberse entablado acción judicial, se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar laudo arbitral mientras la excepción esté en trámite ante la autoridad judicial.

Art. 46. Renuncia al arbitraje.

I. La renuncia al arbitraje será válida únicamente cuando concurra la voluntad de todas las partes, hasta antes del laudo arbitral, de la siguiente forma:

1. Renuncia expresa, será mediante comunicación escrita cursada a la o el Arbitro Único o al Tribunal Arbitral en forma conjunta, separada o sucesiva, en cuyo caso podrán recurrir a la vía jurisdiccional o a otros medios alternativos de

solución de controversias que consideren convenientes.

2. Renuncia tácita, será cuando una de las partes es demandada judicialmente por la otra y no opone una excepción de arbitraje conforme la normativa procesal correspondiente.

II. No se considerará renuncia tácita al arbitraje, el hecho que cualquiera de las partes, antes o durante el procedimiento arbitral, solicite de una autoridad judicial competente la adopción de medidas preparatorias de demanda o cautelares, o que dicha autoridad judicial conceda el cumplimiento de las mismas.

Art. 47. Reglas de interpretación.

I. Cuando una disposición de la presente Ley otorgue a las partes la facultad de decidir libremente sobre una cuestión determinada, las mismas podrán autorizar a una tercera persona, natural o jurídica, a que adopte esa decisión.

II. Cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo de partes celebrado o por celebrar, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje que las partes hayan decidido adoptar.

III. Las normas referidas a la designación de la o el Arbitro Único o la constitución del Tribunal Arbitral y al procedimiento arbitral, son de carácter supletorio en relación a la voluntad de las partes. Éstas, por mutuo acuerdo, podrán proponer a la o el Arbitro Único o al Tribunal Arbitral la modificación parcial o la complementación de las normas del procedimiento previstas en la presente Ley, siempre y cuando no alteren los principios del arbitraje y las controversias sometidas a Régimen Especial o excluidas del arbitraje.

Art. 48. Etapas del arbitraje. Las etapas del proceso arbitral son las siguientes:

1. Etapa Inicial.
2. Etapa de Méritos.
3. Etapa de elaboración y emisión del Laudo Arbitral.
4. Etapa Recursiva.

Art. 49. Etapa inicial. La etapa inicial comprende desde la fecha de notificación con la solicitud de arbitraje al Centro de Conciliación y Arbitraje o al Centro de Arbitraje, hasta la fecha de aceptación de la o el Arbitro Único o la consti-

tución del Tribunal Arbitral, o desde el día de la última sustitución de los mismos.

Art. 50. Etapa de méritos. La etapa de méritos comprende desde la aceptación de la o el Árbitro Único o la constitución del Tribunal Arbitral, hasta la fecha de celebración de la audiencia conclusiva o la presentación de escritos post audiencia o del último actuado procesal que tenga como consecuencia el cierre de las actuaciones procesales. Salvo acuerdo de partes, la duración máxima de la etapa de méritos será de doscientos setenta y siete días.

De manera excepcional y debidamente fundamentada, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, podrá ampliar el plazo hasta trescientos sesenta y cinco días.

Art. 51. Etapa de elaboración y emisión del laudo arbitral. La etapa de elaboración y emisión del laudo arbitral comprende desde la fecha de celebración de la audiencia conclusiva o la presentación de escritos post audiencia o del último actuado procesal que tenga como consecuencia el cierre de las actuaciones procesales, hasta la fecha de notificación a las partes con el laudo arbitral emitido por la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral. Salvo acuerdo entre las partes, esta etapa tendrá una duración máxima de treinta días calendario, prorrogables por un plazo similar por una sola vez.

Art. 52. Etapa recursiva. La etapa recursiva comprende desde la notificación formal del laudo arbitral hasta que adquiera calidad de cosa juzgada.

Art. 53. Plazos del procedimiento.

I. Los plazos previstos en la presente Ley serán computados en días hábiles, con excepción de aquellos plazos determinados expresamente como días calendario.

II. Los plazos podrán ser reducidos o prorrogados siempre que exista acuerdo de partes, exceptuando lo señalado en el art. 50 de la presente Ley.

III. Los plazos corren a partir del día hábil siguiente de su notificación, si éste vence en día sábado, domingo o feriado, se trasladará al día hábil siguiente.

IV. Son días hábiles para efectos de la presente Ley, de lunes a viernes, exceptuando feriados.

Art. 54. Sede del arbitraje.

I. El arbitraje nacional tendrá como sede el Estado Plurinacional de Bolivia sometido a la normativa boliviana. Las partes podrán acordar la celebración de audiencias y otras diligencias fuera del territorio del Estado Plurinacional de Bolivia.

II. Si las partes acuerdan en la cláusula arbitral o convenio arbitral, que el arbitraje tenga una sede distinta a la del Estado Plurinacional de Bolivia, será considerado como arbitraje internacional sometido a la normativa que acuerden las partes, siempre y cuando no vulnere la Constitución Política del Estado y la Ley.

Art. 55. Lugar del arbitraje. Las reuniones, audiencias y deliberaciones se celebrarán en el lugar que acuerden las partes, en su defecto dicho lugar será determinado por el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral.

Art. 56. Derecho de objetar. Las partes podrán objetar el incumplimiento de la presente Ley o de algún requisito establecido en la cláusula arbitral o convenio arbitral, al momento de la designación de la o el Árbitro Único o de efectuarse la audiencia de constitución del Tribunal Arbitral, salvo que demuestre que no objetó oportunamente por razones debidamente justificadas.

Sección II Árbitros

Art. 57. Requisitos para ser árbitro.

I. Los requisitos mínimos para ser designado como Arbitro, son los siguientes:

1. Encontrarse en pleno ejercicio de su capacidad de obrar, conforme a Ley.

2. Responder al perfil profesional idóneo, a ser definido por el Centro de Conciliación y Arbitraje o el Centro de Arbitraje autorizados, salvo para el caso de arbitrajes Ad Hoc.

3. No tener sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal, pendiente de cumplimiento.

4. No tener sanción civil vinculada a su actuación como árbitro en otro proceso.

5. No haber sido sancionado por cuestiones relacionadas a la ética profesional

II. En caso del Árbitro Ad Hoc, la parte que lo designe asumirá plena responsabilidad por la verificación de estos requisitos, el Ministerio de Justicia no admitirá ningún reclamo al respecto.

Art. 58. Impedimentos para ser árbitro. Constituyen impedimentos para ser Árbitro:

1. Inexistencia de alguno de los requisitos establecidos en el art. 57 de la presente Ley.
2. Desempeñar el servicio público.
3. Ejercer la actividad de operador de bolsa.

Art. 59. Imparcialidad e independencia. Las o los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y no podrán ser influenciados por ninguna institución, autoridad, instancia o tribunal, debiendo ejercer sus funciones con absoluta imparcialidad e independencia.

Art. 60. Imposibilidad de ejercicio. En caso que un árbitro fallezca, renuncie o tenga incapacidad temporal mayor a quince (15) días, incapacidad definitiva, impedimento legal o concurrencia de causal de recusación que imposibilite el ejercicio de la función arbitral, se designará un Árbitro Sustituto, a solicitud de las partes o del Tribunal Arbitral.

Art. 61. Número de árbitros.

I. Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros que resuelva la controversia, debiendo ser siempre en número impar.

II. Si las partes no han convenido previamente en el número de árbitros o si con la solicitud y la contestación se presenta discrepancia en el número de árbitros, el arbitraje se llevará a cabo con tres (3) árbitros.

Art. 62. Designación de árbitros.

I. En el arbitraje con Árbitro Único, las partes designarán de común acuerdo al Árbitro.

II. Salvo acuerdo de partes, en el arbitraje con tres (3) o más árbitros, cada parte designará a un número igual de árbitros, en el plazo de diez (10) días, desde la última notificación con la contestación a la solicitud de arbitraje, debiendo entre éstos, en el plazo de diez (10) días, elegir al Árbitro impar.

III. A falta de acuerdo de las partes o de los árbitros, la designación de uno o varios árbitros será efectuada por la Autoridad Nominadora en el plazo de diez (10) días,

IV. La designación de la o el Árbitro Único, Árbitro Sustituto, Árbitro de Emergencia y de los miembros del Tribunal Arbitral, efectuada por las partes o la Autoridad Nominadora, será notificada de forma personal a cada uno de los árbitros designados.

V. Si dentro de seis (6) días computables a partir de la fecha de su notificación, la persona designada como Árbitro no acepta por escrito la designación, se procederá a designar un nuevo de acuerdo a lo establecido en la presente Ley.

VI. En caso de que el o los árbitros designados acepten su designación, en el plazo máximo de seis (6) días, deberán hacer llegar al Centro de Conciliación y Arbitraje o al Centro de Arbitraje, la Declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia; cuando corresponda, también deberá informar las posibles causales de recusación.

Art. 63. Presidencia del tribunal. Salvo acuerdo de partes, la presidencia del Tribunal Arbitral la ejercerá el Árbitro designado por los árbitros designados por las partes, y a falta de acuerdo, será el designado por la Autoridad Nominadora.

Art. 64. Autoridad nominadora.

I. Las partes podrán acordar la designación de una Autoridad Nominadora, con facultades para designar o sustituir árbitros o resolver recusaciones.

II. A falta de acuerdo, el Centro de Conciliación y Arbitraje o el Centro de Arbitraje, conforme a sus reglamentos, designará una Autoridad Nominadora.

III. A falta de acuerdo, en el arbitraje Ad Hoc, la Autoridad Nominadora será el Juez competente.

Art. 65. Designación de árbitro sustituto.

I. En el caso de que sea Árbitro Único, se designará al Árbitro Sustituto conforme al procedimiento de designación del mismo.

II. En el arbitraje con tres 3 o más árbitros, se procederá de acuerdo a lo siguiente:

1. Si la o el Árbitro a sustituirse fue designado por una de las partes, la misma parte procederá a la designación del Árbitro Sustituto,

2. Si la o el Árbitro a sustituirse fue designado por los árbitros, éstos procederán a la designación de un nuevo Árbitro.

III. En todos los casos descritos anteriormente, a falta de acuerdo, el Árbitro Sustituto será designado por la Autoridad Nominadora.

Art. 66. Audiencia y calendario procesal. La o el Arbitro Único o el Tribunal Arbitral, convocará a las partes a una audiencia, en la cual conjuntamente con las partes se determinará el calendario procesal, que podrá ser modificado en cualquier momento por voluntad de las partes.

Art. 67. Árbitro de emergencia.

I. La o el Árbitro de Emergencia se habilitará previa a la designación de la o el Árbitro Único o la constitución del Tribunal Arbitral, siempre que exista acuerdo expreso entre las partes en la cláusula arbitral o el convenio arbitral, a solicitud de una de las partes, para:

1. Resolver la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares expresamente acordadas en la cláusula arbitral o convenio arbitral, y solicitarlas a la autoridad pública o privada si corresponde.

2. Solicitar a la autoridad judicial la aplicación de medidas cautelares emergentes no acordadas por las partes en la cláusula arbitral o convenio arbitral.

3. Solicitar a la autoridad judicial la aplicación de medidas preparatorias para la demanda arbitral

II. La aplicación de las medidas cautelares sólo podrán recaer sobre los bienes, derechos y obligaciones de las partes.

III. Las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se formalizara la solicitud de arbitraje en el término de quince (15) días.

Serán aplicables las normas vigentes en materia Procesal Civil.

IV. La resolución motivada que emita el Arbitro de Emergencia con relación al numeral 1 del Parágrafo I del presente artículo, será de cumplimiento obligatorio por las partes, pudiéndose acudir al auxilio judicial en caso de incumplimiento.

V. La o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral podrá mantener, modificar, dejar sin efecto o anular lo dispuesto por el Árbitro de Emergencia.

VI. Las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no impiden que cualquier parte

solicite medidas cautelares urgentes a una autoridad judicial competente, en cualquier momento.

Art. 68. Solicitud del árbitro de emergencia.

I. La parte que desee recurrir a un Árbitro de Emergencia, deberá dirigir su solicitud al Centro de Conciliación y Arbitraje o al Centro de Arbitraje.

II. La petición deberá contener la siguiente información:

1. Señalar la cláusula arbitral o convenio arbitral, que contenga la manifestación de la voluntad de las partes de someterse al Árbitro de Emergencia.

2. El nombre completo, descripción, dirección y otra información de contacto de cada una de las partes y de toda persona que represente al peticionario.

3. Una descripción de las circunstancias que han dado origen a la solicitud de la controversia a ser sometida al arbitraje.

4. indicación de las medidas preparatorias o cautelares exponiendo las razones que justifiquen su aplicabilidad antes de la designación de la o el Árbitro Único o la constitución del Tribunal Arbitral, si éstas no hubieran sido acordadas en la cláusula arbitral o convenio arbitral.

5. Cualquier acuerdo sobre la sede del arbitraje, las normas jurídicas aplicables o el idioma del arbitraje.

6. Otras establecidas en el Reglamento del Centro de Arbitraje o del Centro de Conciliación y Arbitraje.

III. La petición será redactada en el idioma del arbitraje si éste hubiera sido acordado por las partes.

Art. 69. Designación del árbitro de emergencia.

I. El Centro de Conciliación y Arbitraje o el Centro de Arbitraje, de acuerdo a sus reglamentos, designará una o un abogado como Arbitro de Emergencia dentro de un plazo de diez 10 días desde que haya recibido la solicitud.

II. Una vez que el Árbitro de Emergencia haya sido designado, el Centro de Conciliación y Arbitraje o el Centro de Arbitraje, comunicará a la parte solicitante y entregará los antecedentes al Árbitro de Emergencia.

III. Antes de ser designada, toda persona susceptible de actuar como Árbitro de Emergencia, suscribirá una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. El Centro de Conciliación y Arbitraje o Centro de Arbitraje enviará copia de dicha declaración a la parte solicitante, quien por única vez podrá solicitar la sustitución del mismo, caso en el cual el Centro de Conciliación y Arbitraje o el Centro de Arbitraje, en el plazo de diez 10 días, deberá proceder a la nueva designación.

IV. El Árbitro de Emergencia no podrá actuar como Arbitro en ningún arbitraje relacionado con la controversia que haya dado origen a la solicitud.

Art. 70. Sede del árbitro de emergencia. La sede del Árbitro de Emergencia será la misma acordada para el arbitraje.

Art. 71. Resolución.

I. El Árbitro de Emergencia deberá emitir resolución que conceda o deniegue la solicitud, en el plazo de cinco 5 días siguientes a la fecha de recepción de los antecedentes.

II. Lo dispuesto por la o el Árbitro de Emergencia será tramitado por el Centro de Conciliación y Arbitraje o el Centro de Arbitraje, de acuerdo al siguiente procedimiento según corresponda:

1. Remitirá a la autoridad pública o privada que corresponda para su cumplimiento en el plazo de tres 3 días, si se trata de medidas que no requieran de auxilio judicial, en aplicación del numeral 1 del Parágrafo I del art. 67 de la presente Ley.

2. Remitirá la solicitud al Juez competente, quien deberá resolver y ordenar su cumplimiento a la autoridad correspondiente, sin mayor trámite en un plazo de tres 3 días.

La autoridad judicial se limitará a cumplir la solicitud sin pronunciarse sobre su procedencia, ni admitir oposición o recurso alguno. Salvo que la medida sea contraria al orden público, en aplicación de los numerales 2 y 3 del Parágrafo I del art. 67 de la presente Ley.

III. La resolución quedará sin efecto para las partes, cuando:

1. La o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral así lo determine.

2. Concluya el arbitraje de modo extraordinario.

3. No se haya presentado la solicitud de arbitraje en el plazo establecido por la presente Ley.

Art. 72. Control. El Centro de Conciliación y Arbitraje o el Centro de Arbitraje, ejercerá control disciplinario sobre las y los árbitros respecto de sus actuaciones en el procedimiento arbitral, conforme a sus reglamentos.

Art. 73. Honorarios y gastos del arbitraje.

I. El Centro de Conciliación y Arbitraje o el Centro de Arbitraje, establecerá un arancel que comprenda los gastos administrativos y operativos del proceso arbitral, como también los honorarios de los árbitros, peritos y personal de apoyo administrativo.

II. Salvo acuerdo en contrario, cada parte asumirá los gastos propios; los gastos comunes serán pagados por ambas partes en montos iguales.

III. Salvo pacto en contrario, la aceptación del cargo conferirá a los árbitros y al Centro de Conciliación y Arbitraje o al Centro de Arbitraje, el derecho de pedir a las partes un anticipo de los fondos, con objeto de cubrir los honorarios de los árbitros, así como los gastos de la administración del arbitraje.

IV. La o el árbitro que se niegue a la firma del Laudo Arbitral, no percibirá el pago de sus honorarios. Igual penalidad se aplicará al árbitro disidente que no fundamente por escrito las razones de su disidencia.

Sección III

Excusa y recusación de árbitros y peritos

Art. 74. Causales de excusa y recusación.

I. Serán causales de excusa o recusación de árbitros, las siguientes:

1. Tener relación de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con alguna de las partes, sus mandatarios o abogados.

2. Tener interés directo o indirecto en la controversia.

3. Mantener una relación con fines de lucro con alguna de las partes.

4. Tener relación de compadre, padrino o ahijado, con alguna de las partes.

5. Ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes.

6. Tener proceso judicial o extrajudicial pendiente con alguna de las partes,

7. Haber adelantado criterio respecto a la controversia.

II. Serán aplicables a los peritos únicamente los numerales 1, 2 y 6 del Parágrafo I del presente artículo.

Art. 75. Obligación de excusa.

I. La persona designada como Árbitro, que se encuentre comprendido dentro de las causales del artículo precedente de la presente Ley, tendrá la obligación de excusarse dentro de tres 3 días de su notificación.

II. En caso de excusa de la persona designada como Árbitro Único o para constituir el Tribunal Arbitral, la Autoridad Nominadora procederá a la sustitución de ésta, y sin mayor dilación, continuará el procedimiento arbitral.

Art. 76. Procedimiento de recusación.

I. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros o remitirse al reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje o del Centro de Arbitraje.

II. A falta de acuerdo, la parte recusante podrá acudir ante la Autoridad Nominadora, de acuerdo a lo siguiente:

1. La parte recusante presentará su solicitud debidamente fundamentada, acompañando la prueba pertinente dentro de cinco 5 días siguientes que tome conocimiento de la aceptación del Árbitro.

2. Toda recusación se notificará a las partes, así como al Árbitro recusado y a los demás miembros del Tribunal Arbitral, para que dentro el plazo de cinco 5 días a partir de su notificación, se celebre audiencia para resolver la recusación.

III. Tratándose de un solo Árbitro o si la recusación involucra a la mayoría de los miembros del Tribunal Arbitral, la recusación planteada no suspenderá la competencia de los árbitros en tanto la misma no se declare probada.

Sección IV
Autoridad judicial

Art. 77. Auxilio judicial. Compete a la autoridad judicial conocer y resolver los asuntos que

la o el Árbitro de Emergencia, las partes, o la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, soliciten de acuerdo a lo establecido en la presente Ley.

Art. 78. Competencia de la autoridad judicial. A efectos de prestar el auxilio judicial, será competente la autoridad judicial determinada por Ley, conforme al siguiente orden:

1. Donde debe realizarse el arbitraje.

2. Donde se celebró la cláusula arbitral o convenio arbitral.

3. Del domicilio, establecimiento principal o residencia habitual de cualquiera de las partes demandadas a elección del demandante.

Art. 79. Auxilio judicial en la recusación. I. A falta de acuerdo de partes, de Autoridad Nominadora o regulación en los reglamentos de los Centro de Conciliación y Arbitraje o de los Centro de Arbitraje, la parte recusante podrá solicitar el auxilio judicial, en cuyo caso formalizará la recusación ante la autoridad judicial competente, dentro de los cinco 5 días siguientes de que tome conocimiento de la designación de la o el Árbitro Único o la constitución del Tribunal Arbitral.

II. Presentada la recusación y previa notificación de partes, la autoridad judicial competente resolverá el incidente en audiencia, que tendrá lugar en el plazo máximo de cinco 5 días de conocida la solicitud de auxilio judicial.

Sección V
Competencia y facultades arbitrales

Art. 80. Competencia de la o el árbitro único y del tribunal arbitral.

I. En las controversias que se resuelvan con sujeción a la presente Ley, sólo tendrá competencia la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral correspondiente. Ningún otro tribunal o instancia podrá intervenir, salvo que sea para cumplir tareas de auxilio judicial.

II. La o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez de la cláusula arbitral o convenio arbitral.

III. Aceptado el cargo por la o el Árbitro Único o suscrita el acta de constancia de la audiencia de constitución del Tribunal Arbitral, éste abre su competencia.

IV. La competencia de la o el Árbitro Único o del Tribunal Arbitral, cesará con las actuaciones arbitrales que incluyen los actos relativos a la enmienda, complementaron, aclaración y declaración de ejecutoria del Laudo Arbitral, sin perjuicio de lo dispuesto para el caso de la Compulsiva establecida en la presente Ley.

Art. 81. Excepción de incompetencia.

I. La excepción de incompetencia de la o el Árbitro Único o del Tribunal Arbitral, podrá fundarse en:

1. Materia no arbitrable.
2. La inexistencia, la nulidad, la anulabilidad o la caducidad de la cláusula arbitral o convenio arbitral.

II. La excepción de incompetencia podrá ser opuesta hasta el momento de presentar la contestación de la demanda, aunque la parte excepcionista haya designado árbitro o participado en su designación.

III. La excepción referida a un eventual exceso del mandato de la o el Árbitro Único o del Tribunal Arbitral, deberá oponerse dentro de los cinco 5 días siguientes al conocimiento del acto y durante las actuaciones arbitrales, concretando la controversia que supuestamente exceda dicho mandato.

IV. La o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral deberá decidir sobre la excepción de incompetencia, como cuestión previa y de especial pronunciamiento.

V. Cuando la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, declare como cuestión previa que carece de competencia, se darán por concluidas las actuaciones arbitrales debiendo devolverse la documentación a las partes.

Art. 82. Facultades y deberes de la o el árbitro único o del tribunal arbitral.

I. Son facultades de la o el Árbitro Único o del Tribunal Arbitral:

1. Impulsar el procedimiento, disponiendo de oficio las medidas que sean necesarias a tal efecto.
2. Disponer en cualquier estado del procedimiento, los medios necesarios y adecuados para conocer la veracidad de los hechos controvertidos, pudiendo a tal fin solicitar aclaraciones, informaciones complementarias y las explica-

ciones que estimen necesarias, respetando el derecho a la defensa de las partes.

3. Instar a la partes a conciliar en cualquier etapa del proceso hasta antes de la emisión del Laudo Arbitral.

II. Son deberes de la o el Árbitro Único o del Tribunal Arbitral:

1. Poner en conocimiento de la parte contraria todos los actos realizados por la otra parte, a fin de que ésta pueda ejercer su derecho a la defensa.

2. Designar un Secretario, quien no tendrá facultad de deliberación ni decisión durante el proceso arbitral ni en el Laudo Arbitral. El Secretario tendrá los antecedentes bajo su responsabilidad y coadyuvará a la o el Árbitro Único o al Tribunal Arbitral, en los actuados propios del procedimiento.

3. Resolver las cuestiones accesorias que surjan en el curso del procedimiento.

Art. 83. Decisiones emitidas durante el arbitraje.

I. Durante el arbitraje, la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral emitirá:

1. Resoluciones, que resuelven las cuestiones accesorias que surjan en el curso del proceso.
2. Laudo Arbitral, que resuelve el fondo de la demanda poniendo fin a la controversia, debiendo la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral declarar probada o improbadamente la demanda,

II. Las resoluciones y el Laudo Arbitral del Tribunal Arbitral, se resolverán por mayoría de votos de la totalidad de sus miembros; salvo en cuestiones de mero trámite, las resoluciones serán dictadas por el Presidente del Tribunal Arbitral.

Art. 84. Medidas cautelares. I. El Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, a solicitud de una de las partes, podrá:

1. Ordenar las medidas cautelares que estime necesarias respecto del objeto de la controversia, salvo que las partes hubieran acordado la exclusión de estas medidas.
2. Mantener, modificar o dejar sin efecto, en todo o en parte, las medidas cautelares que el Árbitro de Emergencia hubiera dispuesto.
3. Exigir a la parte que solicite la medida cautelar, una contra cautela adecuada, a fin de asegurar la indemnización de daños y perjuicios

en favor de la parte contraria para el caso que la pretensión se declare infundada.

II. La solicitud de medidas cautelares, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, en defecto del Árbitro de Emergencia, debe ser notificada de inmediato al Centro de Conciliación y Arbitraje o al Centro de Arbitraje, si éste ha sido designado.

Art. 85. *Auxilio judicial para ejecución de medidas cautelares.*

I. En caso que no se ejecuten las medidas cautelares dispuestas por el Árbitro Único o por el Tribunal Arbitral, la parte interesada podrá solicitar a la autoridad judicial competente, el auxilio judicial para la ejecución de las medidas.

II. La autoridad judicial deberá admitir la solicitud de auxilio judicial sin mayor trámite, en un plazo máximo de cinco 5 días.

III. Salvo que la medida solicitada sea contraria al orden público, la autoridad judicial se limitará a cumplir la solicitud, sin pronunciarse sobre su procedencia ni admitir oposición o recurso alguno.

Capítulo II Procedimiento arbitral

Sección I Solicitud del arbitraje

Art. 86. *Requisitos mínimos.*

I. Los requisitos mínimos que debe contener la solicitud de arbitraje, son:

1. El nombre y los datos de contacto de las partes.
2. Hacer referencia a la cláusula arbitral o convenio arbitral en virtud del cual se solicite el inicio del proceso.
3. Relación de los hechos en los que se base la solicitud.
4. Los puntos que constituyan el motivo de la controversia.
5. Identificar si la controversia fue motivo de conciliación previa.
6. Petitorio.
7. La propuesta sobre el número de árbitros, si no se ha acordado en forma previa.

II. La solicitud deberá ir acompañada de la cláusula arbitral o convenio arbitral.

III. El Centro de Conciliación y Arbitraje o el Centro de Arbitraje, previa verificación del cumplimiento de los requisitos de la solicitud de arbitraje y de la cláusula compromisoria, notificará a la otra parte con la solicitud de arbitraje.

Art. 87. *Contestación a la solicitud de arbitraje.*

I. En el plazo de quince 15 días, la otra parte remitirá su contestación al Centro de Conciliación y Arbitraje o al Centro de Arbitraje, y en su caso podrá interponer las excepciones señaladas en el art. 81 de la presente Ley.

II. Vencido el plazo establecido en el Parágrafo anterior, el Centro de Conciliación y Arbitraje o el Centro de Arbitraje, con o sin la contestación, procederá conforme a los arts. 61 al 65 de la presente Ley.

III. Una vez designado el Árbitro Único o constituido el Tribunal Arbitral, el Centro de Conciliación y Arbitraje o el Centro de Arbitraje, le remitirá la solicitud de arbitraje y la contestación de la misma.

Art. 88. *Representación y patrocinio.* Las partes podrán ser representadas o patrocinadas por las personas que así consideren pertinentes, debiendo comunicar al Árbitro Único o al Tribunal Arbitral, los nombres y direcciones de los representantes o patrocinante, precisando si la designación de estas personas son a efecto de representación o patrocinio. La representación deberá ser acreditada legalmente.

Sección II Inicio del arbitraje

Art. 89. *Demanda y contestación.*

I. La demanda y la contestación deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. El nombre y los datos de contacto de las partes.
2. Relación de hechos en los que se base la demanda o la contestación.
3. Materia u objeto de la demanda o de la contestación.
4. Motivos jurídicos o argumentos que sustenten la demanda o la contestación.

II. Salvo acuerdo de partes, la parte demandada en el plazo de treinta 30 días de notificado con la demanda, deberá contestar a la misma o reconvenir,

III. La parte demandante podrá modificar o ampliar su demanda hasta antes de que sea notificada con la contestación en cuyo caso el plazo para contestar a la demanda, se reiniciará.

IV. A tiempo de presentar la reconvención o la contestación, la parte demandada podrá presentar todas las pruebas que considere pertinentes.

Art. 90. Excepción a la demanda. La parte demandada podrá interponer las excepciones que considere pertinentes, junto con la contestación a la demanda.

Art. 91. Rebeldía

I. El Árbitro Único o el Tribunal Arbitral declarará la rebeldía del demandado cuando no conteste a la demanda o reconvención, sin que esto signifique una aceptación de las alegaciones del demandante.

II. La declaratoria de rebeldía no impedirá la continuación del arbitraje, pudiendo el demandado asumir defensa en el estado en que se encuentre a momento de su apersonamiento.

III. El Árbitro Único o el Tribunal Arbitral podrá dictar el Laudo Arbitral en base a las pruebas que disponga, aun cuando una de las partes no comparezca a audiencia o no presente pruebas.

Art. 92. Notificaciones. I. Se considerará válidamente recibida, toda notificación escrita respecto de la demanda y el Laudo Arbitral que sea entregada personalmente al destinatario o mediante cédula, en su domicilio real, en el establecimiento donde ejerza su actividad principal o en su residencia habitual.

II. Cuando no se logre determinar ninguno de los lugares señalados en el Parágrafo anterior, se considerará recibida toda notificación escrita que haya sido remitida por carta certificada, notariada o cualquier otro medio que deje constancia del hecho, al último domicilio conocido. En los casos anteriores, se considerará recibida la notificación en la fecha en que se haya realizado la entrega.

III. Toda otra actuación que no se encuentre señalada en el Parágrafo I del presente artículo, será notificada a Secretaría del Árbitro Único o del Tribunal Arbitral, o vía correo, correo electrónico, télex, fax u otro medio de comunicación que deje constancia documental escrita.

IV. En caso de rebeldía, el Laudo Arbitral será notificado conforme lo establecido en el Parágrafo I del presente artículo.

Art. 93. Audiencias.

I. En caso de celebrarse una audiencia, la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral dará aviso a las partes con antelación de por lo menos tres días a su celebración, consignando la fecha, hora y lugar de la audiencia,

II. Las audiencias se celebrarán de forma privada, a menos que las partes acuerden lo contrario. La o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral podrá requerir al testigo o perito su retiro, durante la declaración de otro testigo o perito.

III. En audiencia, los testigos y peritos podrán ser interrogados en las condiciones que estipule la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral. En los casos en que no sea necesaria la presencia física de los testigos o peritos en las audiencias, éstos podrán ser interrogados a través de cualquier medio de comunicación,

IV. La o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral decidirá de oficio o a instancia de partes, la celebración de audiencias para la presentación de pruebas, alegatos orales u otros efectos o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

Art. 94. Pruebas. I. Serán medios de prueba la documental, testifical, pericial y todas aquellas permitidas por Ley.

II. Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se basa para fundar sus acciones o defensas.

III. La o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, pertinencia e importancia de las pruebas presentadas.

IV. A menos que la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral disponga lo contrario, las declaraciones de los testigos y peritos podrán presentarse por escrito, en cuyo caso deberán estar suscritas por ellos.

Art. 95. Ofrecimiento y recepción de pruebas

I. El ofrecimiento y recepción de toda prueba, debe notificarse a las partes o sus representantes para efectos de validez. Particularmente, deberá ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que la

o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, pueda fundar su resolución.

II. Las pruebas deberán producirse dentro del plazo máximo de treinta 30 días computables a partir de la fecha de notificación con la contestación de la demanda o la reconvencción.

III. Previa justificación, la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral podrá requerir de oficio, las pruebas que estime pertinentes.

IV. La producción de las pruebas sólo podrá realizarse con la presencia de la totalidad de los árbitros.

Art. 96. Peritos.

I. Podrá actuar como perito, cualquier persona designada por una parte para que informe ante la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral sobre materias que requieran conocimientos especializados.

II. En caso que la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral requiera claridad sobre los hechos de la controversia, previa comunicación a las partes, podrá designar uno o más peritos independientes.

III. El perito presentará a la o el Árbitro Único o al Tribunal Arbitral y a las partes, antes de aceptar su designación, una descripción de sus cualificaciones y una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia.

IV. En el plazo que dicte la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, las partes podrán formular objeciones sobre las cualificaciones, la imparcialidad o la independencia del perito. La o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, resolverá la objeción en el plazo de cinco 5 días desde la fecha en que se ha formulado. En caso de ser precedente, se designará otro perito.

V. Las partes suministrarán al perito toda la información que les sea requerida a fines de su valuación.

VI. Una vez recibido el dictamen del perito, la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral remitirá una copia del mismo a las partes, a quienes ofrecerá la oportunidad de expresar por escrito su opinión sobre el dictamen. Las partes tendrán derecho a examinar cualquier documento que el perito haya invocado en su dictamen.

Art. 97. Testigos.

I. Podrá actuar como testigo, cualquier persona designada por una de las partes, para que

testifique sobre cualquier cuestión de hecho relacionada con la controversia.

II. Los testigos podrán ser tachados de acuerdo a normativa legal vigente.

Art. 98. Valoración de la prueba. La o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, a tiempo de pronunciar el Laudo Arbitral, tendrá la obligación de considerar todas y cada una de las pruebas producidas, individualizando cuales le ayudaron a formar convicción y cuales fueron desestimadas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica o prudente criterio.

Art. 99. Conclusión de audiencias.

I. La o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, podrá consultar a las partes si tienen más pruebas que ofrecer, testigos que presentar o exposiciones que hacer, si no las hay, podrá declarar cerradas las audiencias.

II. Ella o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral podrá, si lo considera necesario en razón a las circunstancias excepcionales, decidir por iniciativa propia, la reapertura de audiencias en cualquier momento previo a la emisión del Laudo Arbitral.

Sección III

Suspensión y conclusión extraordinaria del arbitraje

Art. 100. Suspensión del arbitraje.

I. Las partes de común acuerdo y mediante comunicación escrita a los árbitros, podrán suspender el procedimiento arbitral hasta antes de que se dicte el Laudo Arbitral por el plazo acordado, en consecuencia se suspenderá el plazo establecido en el art. 50 de la presente Ley.

II. Vencido el plazo y si las partes no remidan el proceso, se considerará que desisten de común acuerdo del procedimiento arbitral y se lo tendrá como una conclusión extraordinaria del proceso.

Art. 101. Conclusión extraordinaria del arbitraje. Con anterioridad a que se emita el Laudo Arbitral y de forma extraordinaria, la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, podrá concluir el arbitraje en los siguientes casos:

1. Retiro de la demanda antes de su contestación, teniéndose por no presentada.
2. Desistimiento de la demanda, salvo oposición de la parte demandada fundada en un

interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia, reconocida por la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral.

3. Desistimiento de común acuerdo del procedimiento arbitral.

4. Imposibilidad o falta de necesidad para proseguir las actuaciones, comprobada por la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral.

5. Abandono del procedimiento arbitral por ambas partes por más de sesenta 60 días calendario, computable desde la última actuación.

6. Conciliación, transacción, mediación, negociación o amigable composición.

7. Según lo establecido en el Parágrafo II del Art. 100 de la presente Ley.

Art. 102. *Conciliación, transacción, mediación, negociación o amigable composición.*

I. Si antes de dictarse el Laudo Arbitral las partes acordaren una conciliación, transacción, mediación, negociación o amigable composición que resuelva la controversia, la o el Árbitro Único y el Tribunal Arbitral hará constar dicho acuerdo en forma de Laudo Arbitral y en los términos convenidos por las partes.

II. Cuando la conciliación, transacción, mediación, negociación o amigable composición sea parcial, el procedimiento arbitral continuará respecto de los demás asuntos controvertidos no resueltos.

Capítulo III

Laudo arbitral

Sección I

Generalidades

Art. 103. *Forma.*

I. El Laudo Arbitral deberá ser motivado y suscrito por la o el Árbitro Único o por la mayoría de los miembros del Tribunal Arbitral, aunque exista disidencia.

II. La o el Árbitro disidente deberá fundamentar los motivos de su decisión, al pie del Laudo Arbitral.

Art. 104. *Plazo y notificación.*

I. El plazo para la emisión del Laudo Arbitral será de treinta 30 días calendario computable

desde el último actuado procesal, conforme establece el art. 51 de la presente Ley.

II. El Laudo Arbitral se notificará a las partes mediante copia debidamente suscrita por los árbitros.

Art. 105. *Contenido del laudo.* El Laudo Arbitral contendrá mínimamente:

1. Nombres, nacionalidad, domicilio y generales de Ley de las partes y de los árbitros.

2. Sede, lugar y fecha en que se pronuncia el Laudo Arbitral.

3. Relación de la controversia sometida a arbitraje.

4. Individualización y evaluación de las pruebas y su relación con la controversia.

5. Fundamentación de la decisión arbitral sea en derecho o en equidad.

6. Modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones o derechos exigibles.

7. Penalidades en caso de incumplimiento.

8. Firmas del Árbitro Único o de la mayoría de los miembros del Tribunal Arbitral, incluyendo al o los disidentes.

Art. 106. *Sanciones.*

I. En caso que el Laudo Arbitral disponga el cumplimiento de una obligación pecuniaria, su parte resolutive especificará la correspondiente suma líquida y exigible, así como el plazo para su cumplimiento. Tratándose de obligaciones de hacer o no hacer, el Laudo Arbitral fijará un plazo prudencial para el cumplimiento de las mismas.

II. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera fuere la naturaleza de la obligación que el Laudo Arbitral disponga cumplir, la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral podrá establecer sanciones pecuniarias en beneficio del acreedor, por la eventual demora en el cumplimiento de tal obligación. Las sanciones pecuniarias serán progresivas y se graduarán conforme a las condiciones económicas y personales del responsable.

Art. 107. *Enmienda, complementación y aclaración.*

I. Dentro de los tres 3 días siguientes a la notificación con el Laudo Arbitral, las partes podrán solicitar que la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral enmiende cualquier error de

cálculo, transcripción, impresión o de similar naturaleza, siempre que no se altere lo sustancial de la decisión. El mero error material podrá corregirse de oficio, mediante Resolución, aún en ejecución del Laudo Arbitral.

II. En la misma forma y en plazo similar, las partes podrán solicitar que la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre algún punto omitido o de entendimiento o interpretación dudosa, para complementar o aclarar el Laudo Arbitral.

La enmienda, complementaron o aclaración solicitada será resuelta por la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral dentro de los tres 3 días siguientes a la solicitud. En caso necesario, este plazo podrá ser prorrogado por un término máximo de tres 3 días, con aceptación de las partes.

Art. 108. Publicidad del laudo arbitral. El Laudo Arbitral podrá ser público con el consentimiento de las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de publicitario para proteger o ejercer un derecho y en la medida que así sea, o con motivo de un procedimiento legal ante un tribunal u otra autoridad competente.

Art. 109. Ejecutoria y efectos.

I. El Laudo Arbitral quedará ejecutoriado cuando las partes no hubieran interpuesto el recurso de nulidad en el plazo establecido en la presente Ley, o cuando haya sido declarado improcedente el que se interpuso.

II. El Laudo Arbitral ejecutoriado tendrá valor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y será de obligatorio e inexcusable cumplimiento desde la notificación a las partes con la resolución que así lo declare.

Art. 110. Cesación de funciones. La o el Árbitro Único o Tribunal Arbitral cesará en sus funciones con la ejecutoria del Laudo Arbitral, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 116 de la presente Ley.

Sección II

Recursos

Art. 111. Recurso de nulidad del laudo arbitral. Contra el Laudo Arbitral dictado, sólo podrá interponerse recurso de nulidad del Laudo Arbitral. Este recurso constituye la única vía de impugnación del Laudo Arbitral.

Art. 112. Causales de nulidad del laudo arbitral.

I. La autoridad judicial competente declarará la nulidad del Laudo Arbitral por las siguientes causales:

1. Materia no arbitrable.
2. Laudo Arbitral contrario al orden público.
3. Cuando la parte recurrente pruebe cualquiera de las siguientes causales:

a Que exista nulidad o anulabilidad de la cláusula arbitral o convenio arbitral, conforme la Ley Civil.

B Que se hubiera afectado al derecho a la defensa de una de las partes, durante el procedimiento arbitral.

c Que el Tribunal Arbitral se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades en el Laudo Arbitral, con referencia a una controversia no prevista en la cláusula arbitral o en el convenio arbitral.

d Que el Tribunal Arbitral se hubiera compuesto irregularmente.

II. Las partes podrán invocar una o varias causales de nulidad del Laudo Arbitral, siempre y cuando hubieran hecho debida protesta de dicha causal durante el procedimiento arbitral.

Art. 113. Interposición, fundamentación y plazo.

I. El recurso de nulidad del Laudo Arbitral se interpondrá ante la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral que pronunció el Laudo Arbitral, fundamentando el agravio sufrido, en el plazo de diez 10 días computables a partir de la fecha de notificación con el Laudo Arbitral o, en su caso, de la fecha de notificación con la resolución de enmienda, complementación o aclaración.

II. De este recurso se correrá traslado a la parte contraria, que deberá responder dentro del mismo plazo. Vencido éste, la o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, con o sin respuesta del traslado corrido, concederá el recurso disponiendo el envío de los antecedentes ante la autoridad judicial competente de la jurisdicción donde se realizó el arbitraje. La remisión de los antecedentes se efectuará dentro del plazo de tres 3 días de la concesión del recurso.

III. La o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral rechazará sin mayor trámite cualquier

recurso de nulidad del Laudo Arbitral que sea presentado fuera del plazo establecido por el presente artículo, o que no refiera alguna de las causales señaladas en el art. 112 de la presente Ley.

Art. 114. Trámite del recurso.

I. Una vez recibidos los antecedentes, la autoridad judicial radicará la causa. El domicilio procesal de las partes será la Secretaría del Juzgado.

II. La autoridad judicial cuando se le solicite la nulidad del Laudo Arbitral, podrá suspender la ejecución del Laudo Arbitral, cuando corresponda y así lo solicite una de las partes, por el plazo que estime pertinente, a fin de dar a la o el Árbitro Único o al Tribunal Arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o adoptar cualquier otra medida que a su juicio elimine las causas que motivaron el recurso de nulidad del Laudo Arbitral.

III. La autoridad judicial dictará resolución sin mayor trámite, en el plazo de treinta 30 días computables a partir de la fecha de ingreso del expediente a despacho.

IV. La autoridad judicial conforme a su sana crítica, podrá abrir un término probatorio de ocho 8 días, observando las reglas de la norma procesal civil vigente.

Art. 115. Inadmisibilidad de recursos. La resolución que resuelva el recurso de nulidad del Laudo Arbitral, no admite recurso alguno.

Art. 116. Compulsa.

I. En el caso de negativa de concesión del recurso de nulidad del Laudo Arbitral por parte de la o el Árbitro Único o del Tribunal Arbitral, la parte o las partes afectadas, podrán recurrir ante la autoridad judicial en materia civil y comercial de turno, del lugar donde se dictó el Laudo Arbitral, en el plazo de tres 3 días.

II. La autoridad judicial ordenará a la o el Árbitro Único o al Tribunal Arbitral, la remisión de los antecedentes en el término de tres 3 días, computables desde la recepción de la notificación. La autoridad judicial resolverá la compulsa en el plazo de tres 3 días de recibido los antecedentes.

III. Si se declara legal la compulsa, todos los actuados desde la interposición del recurso de nulidad serán nulos de pleno derecho, y se

aplicará el procedimiento determinado en la norma procesal civil vigente.

IV. Si se declara ilegal la compulsa, se calificará en la misma resolución las costas a pagar por parte del recurrente.

Sección III

Ejecución forzosa del laudo arbitral

Art. 117. Ejecución judicial. Ejecutoriada el Laudo Arbitral y vencido el plazo fijado para su cumplimiento, la parte interesada podrá solicitar su ejecución forzosa ante la autoridad judicial competente.

Art. 118. Solicitud de ejecución. La parte que solicite la ejecución de un Laudo Arbitral, acompañará a la demanda copias autenticadas de los siguientes documentos:

1. Contrato principal que contenga la cláusula arbitral o convenio arbitral celebrado entre las partes,
2. Laudo Arbitral y enmiendas, complementaciones y aclaraciones.
3. Comprobante o constancias escritas de notificación a las partes con el Laudo Arbitral.

Art. 119. Trámite de ejecución forzosa.

I. Radicada la solicitud, la autoridad judicial competente la correrá en traslado a la parte contraria, para que conteste dentro de los cinco 5 días a partir de su notificación.

II. La autoridad judicial aceptará oposición a la ejecución forzosa del Laudo Arbitral cuando se demuestre documentalmente el cumplimiento del propio Laudo Arbitral o la existencia de recurso de nulidad del Laudo Arbitral pendiente. En este último caso la autoridad judicial suspenderá la ejecución forzosa del Laudo Arbitral, hasta que el recurso sea resuelto.

III. La autoridad judicial desestimarán sin trámite alguno, las oposiciones fundadas en argumentos diferentes de los señalados en el Parágrafo anterior o cualquier incidente que pretenda entorpecer la ejecución solicitada.

IV. Las resoluciones que se dicten en esta materia, no admitirán impugnación ni recurso alguno. Está prohibido al Juez Ejecutor, admitir recursos que entorpezcan la ejecución del Laudo Arbitral, siendo nula la resolución respectiva.

V. La autoridad judicial rechazará de oficio la ejecución forzosa, cuando el Laudo Arbitral esté inmerso en alguna de las causales establecidas en el Parágrafo I del art. 112 de la presente Ley.

VI. A efectos de ejecución coactiva de sumas de dinero, se aplicará lo establecido en la norma procesal civil vigente.

Sección IV

Laudo arbitral extranjero

Art. 120. Naturaleza. A efectos de la presente Ley, se entenderá por Laudo Arbitral Extranjero a todo Laudo Arbitral dictado en una sede distinta del territorio del Estado Plurinacional de Bolivia.

Art. 121. Normas aplicables.

I. Los laudos arbitrales extranjeros serán reconocidos y ejecutados en el Estado Plurinacional de Bolivia, de conformidad a las normas sobre cooperación judicial internacional establecidos en la norma procesal civil vigente, y los tratados sobre reconocimiento y ejecución de laudos o sentencias arbitrales extranjeras, en todo lo que no contradigan al trámite establecido en la presente Ley.

II. Salvo acuerdo de partes y para el caso de existir más de un instrumento internacional aplicable, se optará por el tratado o convención más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral.

III. En ausencia de cualquier tratado o convención, los laudos arbitrales extranjeros serán reconocidos y ejecutados en el Estado Plurinacional de Bolivia, de conformidad a las disposiciones establecidas en la presente Ley.

Art. 122. Causales de improcedencia. El reconocimiento y ejecución de un Laudo Arbitral Extranjero será denegado y declarado improcedente, por las siguientes causales:

1. Existencia de cualquiera de las causales de nulidad establecidas en el art. 112 de la presente Ley, aprobada por la parte contra la cual se invoca el reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral Extranjero.

2. Ausencia de obligatoriedad por falta de ejecutoria, nulidad o suspensión del Laudo Arbitral Extranjero por autoridad judicial competente del Estado donde se dictó, probada por la parte contra la cual se invoca el reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral Extranjero.

3. Existencia de causales de nulidad o improcedencia establecidas por acuerdos o convenios internacionales vigentes.

4. Incumplimiento a las reglas contenidas en la norma procesal civil vigente respecto a la cooperación judicial internacional.

Art. 123. Solicitud y competencia.

I. La solicitud de reconocimiento y ejecución de un Laudo Arbitral Extranjero en Bolivia, será presentada ante el Tribunal Supremo de Justicia.

II. La parte que pretenda el reconocimiento y ejecución de un Laudo Arbitral Extranjero, deberá presentar copias del convenio y Laudo Arbitral Extranjero correspondiente, debidamente legalizado.

III. Cuando el convenio y el Laudo Arbitral Extranjero no cursen en idioma español, el solicitante deberá presentar una traducción de dichos documentos, firmada por traductor autorizado.

Art. 124. Trámite.

I. Presentada la solicitud de ejecución del Laudo Arbitral Extranjero, el Tribunal

II. Supremo de Justicia correrá en traslado a la otra parte para que conteste dentro de diez 10 días de su notificación, y presente y ofrezca las pruebas que considere necesarias.

III. Las pruebas deberán producirse en un plazo máximo de ocho 8 días computables

IV. a partir de la última notificación a las partes con el decreto de apertura del término de prueba pertinente. Dentro de los cinco 5 días de haberse vencido el término de prueba, el Tribunal Supremo de Justicia dictará resolución.

V. Declarada la procedencia de la solicitud, la ejecución del Laudo Arbitral Extranjero se llevará a cabo por la autoridad judicial competente designada por el Tribunal Supremo de Justicia, que será la del domicilio de la parte contra quien se hubiere invocado o pedido el reconocimiento del Laudo Arbitral Extranjero o, en su defecto, por aquella que tenga competencia en el lugar donde se encuentren.

Art. 125. Oposición a la ejecución. Se podrá presentar ante el Tribunal Supremo de Justicia, como oposiciones, las establecidas en el Parágrafo 11 del art. 119 de la presente Ley. En este caso, el Tribunal Supremo de Justicia suspenderá el

reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral Extranjero.

Título IV Regímenes especiales

Capítulo I Disposiciones generales

Art. 126. *Disposiciones aplicables.* Las disposiciones de los Títulos I, II y III de la presente Ley se aplicarán al presente Título, salvo previsión expresa que determine lo contrario en este Título.

Capítulo II Controversias con el Estado en inversiones

Sección I Disposiciones comunes

Art. 127. *Carácter.*

I. Las controversias en materia de inversiones estarán sometidas a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas.

II. Las reglas del presente Capítulo se aplicarán a las controversias de una relación contractual o extracontractual, cuando el Estado sea parte de dichas controversias y éstas surjan o estén relacionadas con una inversión establecida en la Ley N° 516 de 4 de abril de 2014, de Promoción de Inversiones.

III. Las partes en controversia, previamente a recurrir al arbitraje, deberán recurrir a la vía de la conciliación.

IV. Las controversias de las empresas públicas, en el marco del Parágrafo IJ del presente Art., se solucionarán:

1. Aplicando la Sección II del presente Capítulo:

a Cuando surjan a consecuencia de la interpretación, aplicación y ejecución de decisiones, actividades y normas entre socios de la empresa estatal intergubernamental.

b Cuando surjan al interior y entre empresas estatales y empresas estatales intergubernamentales.

2. Aplicando la Sección III del presente Capítulo:

a Cuando surjan a consecuencia de la interpretación, aplicación y ejecución de decisiones, actividades y normas entre socios de la empresa estatal mixta y empresa mixta.

b Cuando surjan al interior y entre empresas estatales mixtas y empresas mixtas.

Art. 128. *Principios.* Además de los principios establecidos en el art. 3 de la presente Ley, la solución de controversias en materia de inversiones se regirá bajo los siguientes principios:

1. Equidad. Consiste en la distribución y redistribución de condiciones que asegure a todas las personas, tanto individuales como colectivas, la posibilidad de acceso al ejercicio de sus derechos.

2. Veracidad. La o el Conciliador o la o el Árbitro deberá verificar plenamente los hechos que motiven sus decisiones, para lo cual deberá adoptar medios necesarios y adecuados autorizados por Ley, respetando el derecho a la defensa de las partes.

3. Neutralidad. La o el Conciliador o la o el Árbitro tienen plena libertad y autonomía para el ejercicio de sus funciones y debe permanecer imparcial durante el procedimiento, sin mantener relación personal, profesional o comercial con alguna de las partes o interesados, ni tener interés en la controversia.

4. Aceptabilidad Mutua. Por el cual las partes se someten voluntariamente a los efectos de la conciliación o el arbitraje.

5. Razonabilidad. Las decisiones del Árbitro deben orientarse a proteger la seguridad jurídica, los valores de la Constitución Política del Estado así como la prudencia y la proporcionalidad.

Art. 129. *Características.* El Arbitraje y la Conciliación en Inversiones, tendrán las siguientes características:

1. La Conciliación o el Arbitraje serán nacionales.

2. La Conciliación o el Arbitraje, tendrá como sede el territorio del Estado Plurinacional de Bolivia. Sin embargo se podrá celebrar audiencias, producir prueba y realizar otras diligencias fuera del Estado Plurinacional de Bolivia.

3. La existencia de una Cláusula Arbitral o de un Convenio Arbitral, o la voluntad de conciliar una controversia, no limitan ni restringen las

atribuciones y competencias de control y fiscalización de las correspondientes entidades regulatorias y autoridades competentes, a las que estarán sometidas en todo momento las partes, conforme a las normas aplicables.

Sección II
Controversias en materia de inversión
boliviana

Art. 130. *Reglas comunes para conciliación y arbitraje.* La Conciliación y Arbitraje establecidos en la presente Sección se aplicará a las controversias en materia de inversión boliviana realizada por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas bolivianas, conforme a las siguientes reglas:

1. La Conciliación y Arbitraje será administrado por un Centro nacional.
2. El Reglamento de Conciliación o de Arbitraje aplicable, será del Centro elegido por las partes,
3. La Autoridad Nominadora será la persona designada por el Centro elegido por las partes.

Art. 131. *Particularidades.*

I. Para la conciliación sometida a la presente Sección, la o el Conciliador será designado por las partes en base a la lista de conciliadores del Centro elegido por las partes. A falta de acuerdo, las partes podrán solicitar que la designación de la o el Conciliador se realice por la Autoridad Nominadora.

II. Para el arbitraje sometido a la presente Sección, se aplicarán las siguientes reglas:

1. La controversia se resolverá por un Árbitro Único o un Tribunal Arbitral compuesto por tres 3 árbitros, pudiendo cada parte en este último caso, designar a un Árbitro de la lista de árbitros del Centro elegido por las partes.
2. El tercer Árbitro fungirá como Presidente del Tribunal Arbitral y será designado por los dos 2 árbitros designados por las partes, de la lista de árbitros del Centro elegido por las partes.
3. A falta de acuerdo respecto a la designación del Árbitro Único o del Presidente del Tribunal Arbitral, ésta se efectuará por la Autoridad Nominadora.
4. El Árbitro Único o el Tribunal Arbitral, aplicará la Constitución Política del Estado, leyes y normas del Estado Plurinacional de Bolivia, para decidir sobre el fondo de la controversia.

5. El Arbitraje será en derecho.

Sección III
Controversias en materia
de inversión mixta y extranjera

Art. 132. *Particularidades en la conciliación.* Para la conciliación sometida a la presente Sección, se aplicarán las siguientes reglas:

1. La o el Conciliador será designado por las partes, a falta de acuerdo, éstas podrán solicitar que la designación de la o el Conciliador se realice por la Autoridad Nominadora, que será la persona designada por el Centro de Conciliación o será el Secretario General o autoridad similar del Centro de solución de controversias en materia de inversiones de un organismo del que el Estado Plurinacional de Bolivia forme parte, en el marco de procesos de integración.
2. El Reglamento o procedimiento de Conciliación aplicable, será el elegido por las partes; a falta de acuerdo, el reglamento o procedimiento de Conciliación será el del Centro de solución de controversias en materia de inversiones de un organismo del que el Estado Plurinacional de Bolivia forme parte, en el marco de procesos de integración.

Art. 133. *Particularidades en el arbitraje.* Para los arbitrajes sometidos a la presente Sección, se aplicarán las siguientes reglas:

1. El Tribunal Arbitral estará compuesto por tres 3 árbitros, pudiendo cada parte designar a un Árbitro. El tercer arbitro fungirá como Presidente del Tribunal Arbitral y será designado por los dos 2 árbitros designados por las partes. A falta de acuerdo, lo hará la Autoridad Nominadora a pedido de las partes.
2. La Autoridad Nominadora será elegida por acuerdo de las partes: a falta de acuerdo, la Autoridad Nominadora será el Secretario General o autoridad similar del Centro de solución de controversias en materia de inversiones de un organismo del que el Estado Plurinacional de Bolivia forme parte, en el marco de procesos de integración. A falta de este último, la Autoridad Nominadora será el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.
3. El Tribunal Arbitral aplicará la Constitución Política del Estado, leyes y normas del Estado Plurinacional de Bolivia, para decidir sobre el fondo de la controversia,

4. El Reglamento o procedimiento de Arbitraje aplicable, será el elegido por las partes; a falta de acuerdo, el Reglamento o procedimiento de Arbitraje será el del Centro de solución de controversias en materia de inversiones de un organismo del que el Estado Plurinacional de Bolivia forme parte, en el marco de procesos de integración.

5. La duración del arbitraje podrá extenderse hasta seiscientos 600 días calendario, adicionales.

6. El Tribunal Arbitral deberá decidir sobre la excepción de incompetencia, como cuestión previa y de especial pronunciamiento.

7. El Laudo Arbitral será definitivo e inapelable, y deberá ser dictado en un plazo de noventa 90 días calendario, computables a partir de la última actuación procesal, el mismo que podrá ser prorrogado en un plazo similar por una sola vez, salvo que el Reglamento o procedimiento de Arbitraje elegido por las partes, establezca lo contrario.

8. El Arbitraje será en derecho.

Capítulo III Arbitraje testamentario

Art. 134. *Ámbito de aplicación.*

I. Salvando las limitaciones establecidas por el orden público sucesorio, el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador será válido, a efectos de resolver controversias que puedan surgir entre sus herederos y legatarios, con referencia a los siguientes aspectos:

1. Interpretación de la última voluntad del testador.
2. Participación de los bienes de la herencia.
3. Institución de sucesores y condiciones de participación.
4. Distribución y administración de la herencia.

II. Cuando la disposición testamentaria no contemple la designación del Tribunal Arbitral o de la institución encargada del arbitraje, se procederá a la designación del Tribunal Arbitral con auxilio jurisdiccional, de conformidad a lo dispuesto por la presente Ley.

III. A falta de disposiciones expresas en el testamento, se aplicarán a esta modalidad de

arbitraje, las disposiciones contenidas en la presente Ley.

Capítulo IV Soluciones amistosas

Art. 135. *Soluciones amistosas en el marco del sistema interamericano de derechos humanos.* El Estado Plurinacional de Bolivia podrá suscribir acuerdos de solución amistosa en el marco del Sistema interamericano de Derechos Humanos, conforme al Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin que esto implique un reconocimiento de responsabilidad internacional.

Disposiciones transitorias

Primera.

I. Los Centros de Conciliación y de Arbitraje autorizados que se encuentren operando legalmente conforme a la Ley N° 1770 de 10 de marzo de 1997, de Arbitraje y Conciliación, y el Decreto Supremo N° 28471 de 29 de noviembre de 2005, deberán adecuar sus reglamentos en un plazo máximo de sesenta 60 días, calendario a partir de la publicación de la presente Ley, para la obtención de su autorización, de acuerdo a lo determinado por la presente Ley. El Ministerio de Justicia tendrá un plazo de ciento veinte 120 días calendario desde su presentación, para la aprobación de los reglamentos de conciliación y de arbitraje.

II. La autorización de los Centros de Conciliación y de Arbitraje caducará al incumplimiento de lo establecido en el Parágrafo precedente. Salvo el caso de tener procedimientos pendientes en su administración, caso en el cual su autorización caducará a tiempo de la finalización de éstos.

Segunda. Los procedimientos de conciliación y de arbitraje iniciados antes de la publicación de la presente Ley, continuarán su tramitación hasta su conclusión conforme a la Ley N° 1770 de 10 de marzo de 1997, y normativa conexas.

Tercera. Las controversias sujetas a arbitraje en base a cláusulas arbitrales suscritas y sin que se hubiera iniciado un procedimiento arbitral con anterioridad a la publicación de la presente Ley, se tramitarán conforme lo acordado en los contratos respectivos.

Cuarta.

I. Las Empresas Públicas en tanto se produzca la migración al régimen legal de la Ley N° 466 de 26 de diciembre de 2013, de la Empresa Pública, podrán incorporar en sus contratos administrativos cláusulas de solución de controversias a través de la Conciliación y el Arbitraje, que tendrá como sede el Estado Plurinacional de Bolivia y estará sometido a la normativa boliviana. El arbitraje será en derecho.

II. Lo establecido en los Títulos I, II y III de la presente Ley, se aplicará a las controversias de las empresas públicas, siempre y cuando no contradigan lo dispuesto en el Parágrafo I de la presente Disposición Transitoria.

Disposiciones finales

Primera. El Tribunal Arbitral podrá aplicar supletoriamente las normas procesales en materia civil, cuando las partes, el reglamento institucional adoptado o el propio tribunal no hayan previsto un tratamiento específico de esta materia.

Segunda. Las normas procesales establecidas en los Títulos II y III de la presente Ley, podrán ser aplicadas supletoriamente en los reglamentos de aquellas entidades que aplican en la Conciliación y Arbitraje, en todo aquello que no esté normado.

Tercera. Las Autoridades competentes del sector regulado que realizan procesos de conciliación para la resolución de controversias entre usuarios o consumidores, y las entidades reguladas del ámbito de sus competencias, lo harán de acuerdo a normativa y procedimientos propios.

Cuarta. La implementación de la presente Ley, no representará recursos adicionales al Tesoro General de la Nación – TGN.

Disposición abrogatoria y derogatoria única

I. Se abroga la Ley N° 1770 de 10 de marzo de 1997, de Arbitraje y Conciliación.

II. Se abrogan y derogan todas las disposiciones contrarias a la presente Ley.

[...]

Jurisprudencia

Arbitraje, vol. VIII, nº 3, 2015, pp. 823–852

Jurisprudencia española

Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS *

Sumario: I. Orden público y control jurisdiccional del laudo arbitral. 1. Ámbito de aplicación en el proceso de control del laudo. 2. Cuestiones de competencia jurisdiccional. II. Configuración de la causal. 1. Admisión. 2. Significados. 3. Delimitación: A) Características; B) Concurrencia con otras causales del art. 41 LA. III. Manifestaciones. 1. Orden público material y orden público procesal. 2. Orden público interno y orden público internacional. IV. Hacia una unificación de doctrina sin detrimento de la agilidad de los procedimientos judiciales.

I. Orden público y control jurisdiccional del laudo arbitral

1. Ámbito del control en el proceso de anulación del laudo

1. El orden público ha sido utilizado insistentemente como elemento delimitador de la propia institución arbitral respecto de la justicia estatal y en verdad se ha configurado tradicionalmente, desde una óptica de caracterizada por la soberanía, como un instrumento en manos de la misma, que opera no sólo en la última etapa del procedimiento de arbitraje, sino que se manifiesta y mediatiza de manera distinta y particular, en fase judicial o post-arbitral¹. No en vano en el Derecho de las obligaciones el orden público es un

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, París, LGDJ, 1999, pp. 436 ss; H. Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation: une théorie critique des sources du droit des relations transnationales*, Bruselas, Bruylant, 2005; K.-H. Böckstiegel, "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", *IBA Journal of Dispute*

límite que se impone a uno de los elementos esenciales de la institución arbitral, que es la autonomía de la voluntad de las partes. En efecto, la acción del orden público es omnipresente en el arbitraje, pero ofrece una especial importancia en la etapa post-arbitral al configurarse como un dispositivo del control jurisdiccional del laudo por parte del juez, una vez que el árbitro ha finalizado su misión, tanto en sede de anulación como, cuando procede del extranjero, en sede de ejecución. Independiente de los criterios que un determinado ordenamiento adopte para determinar la arbitrabilidad de un asunto, cada vez más abiertos y favorables a la misma, el orden público actuará siempre como una última instancia para negar la eficacia del juicio arbitral o para admitir los efectos de los arbitrajes “deslocalizados”.

Precisamente, uno de los elementos esenciales sobre los que reposa la confianza en la institución arbitral, íntimamente vinculado con la imposibilidad de revisión del fondo del laudo, es la verificación de la no vulneración del orden público, que corresponde a los tribunales de justicia de conformidad con el art. 41.1^o.f) LA. Dichos tribunales se erigen, a partir del empleo de un concepto jurídico indeterminado de carácter contingente, como los genuinos guardianes jurídicos de dicho orden a la hora de supervisar el laudo arbitral. La práctica muestra cómo recurrentemente se postula tanto la anulación del laudo arbitral como la oposición al reconocimiento de un laudo extranjero por contrariar supuestamente el orden público. Ahora bien, como regla general, en esta última perspectiva, el alcance de la noción suele interpretarse de forma más restrictiva que cuando el mismo se aplica a laudos arbitrales nacionales. Dicho en otros términos, el orden público no opera con la misma intensidad en el ámbito puramente interno y en el ámbito internacional². Es cierto que desde esta doble dimensión controladora existen muchos elementos comunes, pero también concurren diferencias notables que aconsejan su tratamiento separado, sobre todo si se contempla de la jurisprudencia española de los últimos años donde el tratamiento causal del orden público en el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros ha sido un mero expediente, lo que no acontece, aunque ciertamente de manera localizada, en el marco de la acción de anulación.

2. Centrándonos, pues, en el control de anulación del laudo, debe adelantarse su carácter negativo, pues únicamente tendrá eficacia cuando no se hayan respetado los principios esenciales que conforman el arbitraje y su tramitación. Dicho control se fundamenta en tres elementos. En primer lugar, en su carácter limitado, que obliga a interpretar la noción de manera restrictiva. En segundo lugar, en la necesidad de que esta causal sea expre-

Resolution, 2008, n^o especial dedicado a The New York Convention – 50 Years, pp. 123 ss. L.G. Radicati di Brozolo, “Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico”, *Riv. arb.*, 2006, pp. 629 ss.

² La Sentencia del Tribunal Supremo de los EE UU de 17 junio 1974 el asunto *Scherk / Alberto-Culver Co.*, sentó el criterio de que las controversias derivadas de operaciones bursátiles no eran arbitrables si el contrato era interno, pero sí lo serían, cuando el contrato fuese internacional. De acuerdo con el Tribunal “es menester que los tribunales nacionales subordinan las nociones internas de arbitraje a los criterios internacionales a favor de arbitraje comercial” (417 U.S. 506 (1974)).

samente alegada y probada por quien interpone la acción, según corresponda, salvo cuando la ley autorice expresamente al poder judicial a aplicar de oficio alguna causal (art. 41.2º LA), y ello no acontece cuando la impugnación se limita a meras apreciaciones subjetivas de las relaciones que fueron sometidas a la decisión arbitral. Por último, el orden público debe infringir los principios básicos y esenciales del ordenamiento jurídico, lo que incluye preferentemente la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente, tanto en lo que concierne a las garantías jurídicas, como a las garantías y principios esenciales de procedimiento³.

La puesta en práctica de estos elementos ha conducido a conferir un papel reducido a esta causal, restringiendo su operatividad en congruencia con su naturaleza, a situaciones verdadera y realmente excepcionales⁴. Por consiguiente, el juez del control debe limitarse a fiscalizar el resultado del laudo, verificando si los árbitros han sido conscientes de que existía un problema de orden público, descartado el examen de su motivación, y sin que sea necesario entrar a verificar cómo han resuelto los árbitros el problema⁵.

2. Cuestiones de competencia jurisdiccional

3. La LA/1988 inauguró una nueva etapa, sustituyendo el modelo de LA/1953, donde la Sala Primera del Tribunal Supremo poseía competencias en materia de anulación de laudos, atribuyendo a las Audiencias Provinciales el conocimiento del por entonces denominado “recurso de anulación” contra los laudos arbitrales (art. 46). Muchas fueron las críticas a esta dispersión competencial entre más de 50 tribunales con diversas secciones encargadas de esta función. La LA/2003 volvió a insistir en la dispersión y esta misma solución continuista se observó en su art. 8.5º al seguir atribuyendo a las Audiencias Provinciales (competencia objetiva) del lugar donde se hubiese dictado el laudo (competencia territorial) el poder para conocer y resolver la acción de anulación del laudo arbitral. Indudablemente el texto mejoraba la situación anterior, pero seguía manteniendo una dispersión competencial polémica ante la posibilidad de que se formase una jurisprudencia o doctrina contradictoria sobre los motivos de anulación⁶. Finalmente, tras la reforma de la Ley de Arbitraje de 2011 el control de anulación corresponde a la Sala de lo Civil y

³ Vid. las valiosas consideraciones de J. Remón Peñalver, “Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas”, *Indret*, 2007, nº 3. http://www.indret.com/pdf/444_es.pdf

⁴ Ch. Jarronsson, “L'intensité du contrôle de l'ordre public”, *L'ordre public et l'arbitrage: Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013 à Dijon* (É. Loquin y S. Manciaux, dirs.), París, LexisNexis, 2014, pp. 161-176.

⁵ S. Navarro Jiménez, “Referencias al orden público en Derecho comparado”, *Diario La Ley*, nº 8537, 12 mayo 2015, pp. 20-24.

⁶ C. Martín Brañas, “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”, *Foro* (Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid), nueva época, nº3, 2006, pp. 113-157, p. 128, con apoyo en la opinión de S. Ortiz Navacerrada, “La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: Aspectos procesales”, *Actualidad Civil*, vol. I, nº 42, 1989, p. 16.

de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado el laudo (art. 8.5º)⁷.

No es necesario reiterar aquí que el control por el juez del laudo arbitral es un elemento esencial en orden a la satisfacción de la tutela judicial efectiva, con el consiguiente derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y fundada en Derecho. El ejercicio ajustado de ese control confiere seguridad a un determinado sistema estatal y coadyuva al desarrollo de este especial procedimiento alternativo de arreglo de controversias. No resultan de recibo, pues, las posiciones apriorísticas negativas a la labor del juez en este complejo sector. Pero a la hora de valorar los resultados y, señaladamente, de evaluar el orden público como mecanismo controlador del laudo, el sistema español ofrece un inconveniente adicional: la extensión del mecanismo de anulación previsto en la LA/2003 a todas las modalidades de arbitraje, señaladamente al arbitraje de consumo, teniendo en cuenta que los derechos de los consumidores tienen su propia dimensión de orden público⁸, al ejercido por las Juntas Arbitrales de Transporte y otras modalidades arbitrales caracterizadas por la mayor o menor intervención de la Administración pública en la designación de los árbitros. Es cierto que existe un denominador común en la construcción de las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia, pero la especificidad de este tipo de arbitrajes conduce en mucha mayor medida a que la anulación prospere respecto de los genuinos arbitrajes de carácter comercial. Por eso, cuando se realizan estadísticas acerca de las decisiones favorables a la anulación del laudo, la generalización puede oscurecer los auténticos resultados del sistema y ofrecer una panorámica no ajustada a la realidad.

4. Dejando a un lado la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo en aplicación de la LA/1953, vinculada a un sistema normativo no homologable al vigente, la valoración de las decisiones de anulación en lo que concierne al orden público debe tener en cuenta la dificultad de alcanzar una doctrina unificada, tanto en el periodo periclitado de competencia de las Audiencias Provinciales, como en la etapa actual de los Tribunales Superiores de Justicia. Pese a ello, es de justicia reconocer que los resultados alcanzados en el referido periodo merecen una valoración muy positiva⁹, en la que destaca la doctrina emanada por la Sala Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, modelo de especialización en arbitraje, que lamentablemente no se extendió a otras Audiencias Provinciales, donde se siguió el sistema de reparto de asuntos en las secciones civiles. Y esta valoración, tras ciertos escarceos

⁷ A. Fernández Pérez, "Una nueva etapa de la intervención jurisdiccional en el arbitraje", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 5, nº. 1, 2012, pp. 149-168.

⁸ *Vid.* las críticas consideraciones de J.M. Ruiz Moreno, "La intromisión de la jurisdicción ordinaria en el arbitraje de consumo", *Revista Internacional de Estudios de Derecho procesal y arbitraje*, 2015, nº 1, pp. 1-27.

⁹ La recopilación del CIAMEN, *Jurisprudencia Española de Arbitraje...*, *op. cit.*, incluye más de medio centenar de decisiones (nºs 992 a 1052) que abordan directamente el alcance del orden público en la acción de anulación.

iniciales, se hizo extensiva a los actuales órganos estatales de control, como se pondrá de relieve en las páginas posteriores de este estudio, con ciertas salvedades que constituyen, precisamente, su objeto. El resultado evidencia que la labor creativa en la materia que nos ocupa, la contravención del orden público de los laudos arbitrales, no es similar en las diecisiete Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y que está relación directa con las Comunidades Autónomas donde el arbitraje aún no ha adquirido una especial relevancia. Mas, aparte de las aportaciones localizadas, algunas de gran riqueza, y de la tendencia a reproducirlas por algunas Salas menos hacendosas, el balance se acomoda a los cánones de la práctica jurisdiccional de los países de nuestro entorno.

5. La salvedad apuntada puede enunciarse como sigue: frente a la doctrina consolidada en materia de orden público la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a partir de la sentencia de 28 enero 2015, y decisiones posteriores adoptadas por la mayoría de la Sala durante el año 2015 (varias de ellas con el voto en contra de su presidente), toma en consideración el orden público económico, que incluye como paradigma el principio general de buena fe en la contratación extensivo a los productos financieros complejos para establecer “un claro carácter tuitivo de la parte débil en la contratación, de un modo similar a lo que sucede con la ordenación protectora de los consumidores y usuarios”. Sin embargo, tal planteamiento, que pudiera tener una sólida justificación, se utiliza para practicar una revisión de fondo del asunto en toda su amplitud sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, inmiscuyéndose en la conformidad de la decisión adoptada por el árbitro, deslegitimando la institución arbitral y provocando la desconfianza de las partes que recurren al arbitraje. Es más, adopta una posición maximalista soslayando la prohibición de revisión del fondo del asunto en lo que respecta al orden público para verificar si realmente se han respetado en el arbitraje los principios de orden público o normas imperativas de importancia trascendental para el foro, a través del control de todos los elementos de hecho y Derecho que permitan contrastar si realmente se han aplicado o inaplicado y, en su caso, cómo se ha hecho. Lo que, como resulta manifiesto, supone no sólo controlar el resultado, sino también la motivación.

II. Configuración de la causal

1. Admisión

6. La causal, deriva directamente del art. 34.2º.b.ii LMU y ya en los trabajos de redacción del precepto en el seno de la Uncitral se evidenció su carácter polémico, manifestándose entonces una corriente de opinión favorable a eliminar la noción de “orden público” de la Ley en función de su generalidad y amplitud. Si bien esta posición no prosperó el debate fue muy útil para precisar tres cosas. En primer lugar, que su contenido, debe estar centrado en conceptos y principios fundamentales de justicia, habida cuenta que muchos

Estados tanto del *common law*¹⁰ como de Derecho civil insertan en él principios de justicia procesal. En segundo lugar, que el ámbito del denominado “orden público internacional” es mucho más reducido que el del “orden público interno”. Por último, que la noción se extiende a los principios fundamentales tanto en el aspecto sustantivo como en el de procedimiento.

A partir de esta aceptación, la causal figura no sólo en los sistemas que han adoptado la LMU, sino en otros muchos ordenamientos con un tenor muy similar. Cuestión distinta es su empleo por los tribunales de justicia, constituyendo uno de los elementos más importantes del test previo a la elección de la sede.

7. La aceptación de la causal de orden público en el ámbito de la anulación no ha sido ni es pacífica¹¹ y, desde determinados círculos vinculados estrechamente a la administración del arbitraje internacional, se llegado a abogar por su supresión aludiendo a criterios tan variopintos como el “buen hacer” de los árbitros o lo reducido que son las decisiones judiciales que aprecian tal causal. En cualquier caso, la práctica apunta a una marcada tendencia hacia la delimitación y extensión de la noción, pues de un empleo excesivo e indiscriminado de la misma puede acabar con la esencia misma del arbitraje. Se trata de evitar que la causal se convierta en un *unruly horse*¹².

SAP Madrid 10 diciembre 1991: “De otro modo, se desnaturalizaría la esencia misma del arbitraje como instrumento de composición privada con el que dilucidar las controversias que surgen del tráfico mercantil interno o internacional y se abriría un portillo a una ilimitada irrecursibilidad de los laudos en favor de quienes no viesan acogidas en ellos sus pretensiones acudiendo al fácil y vago expediente de denunciar infracción de principio de Derecho natural inclusive”¹³.

SAP Madrid 10^a 30 septiembre 2010 “Lo que no puede pretenderse es que el orden público se convierta en una puerta abierta para la mera sustitución del criterio del árbitro por el de los jueces. Los árbitros, en cuanto personas e instituciones privadas no integrantes de uno de los Poderes del Estado, del deber de acomodarse en el ejercicio de su función, y más en el momento de concretar ésta al laudar, a la línea esencial de actuación que a los jueces y tribunales intrínsecamente ya les marca la propia Constitución y les viene recordada por la vinculación establecida en el art. 5.1^o LOPJ”¹⁴.

2. Significados

8. El orden público es un concepto eminentemente funcional que varía en el tiempo y en el espacio. El art. 41.1^o.f) se refiere una dimensión privativa del orden público en relación con el arbitraje. Frente a la posibilidad de que el árbitro traspase el orden público aparece la posibilidad del control jurisdiccional con el fin de garantizar que las decisiones arbitrales respeten ese conjunto

¹⁰ J.M. Hertzfeld, “The Common Law Approach to Public Policy in International Arbitration”, *Stockholm Int'l L. Rev.*, 2008, n^o 2, pp. 79-89.

¹¹ J. García de Enterría, “The Role of Public Policy in International Commercial Arbitration”, *L. & P. Int. Bus.*, vol. 21, 1990, pp. 389-440, esp. p. 405.

¹² *Richardson v. Mellish* -1824-, 130 E.R. 294

¹³ CIAMEN, *Jurisprudencia Española de Arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Cizur Menor, Thomson / Reuters / Aranzdi, 2013 (en adelante, *JEA*), n^o 1991. *Vid., inter alia*, SAP Las Palmas 3^a 10 enero 2006 (*JEA*, n^o 309), SAP Valencia 4 octubre 2000 (*JEA*, n^o 999)

¹⁴ *JEA*, n^o, 1045.

de derechos y valores indisponibles. Ello nos conduce inexorablemente a realizar una serie de consideraciones en torno a las dificultades que para el intérprete surgen al tratar de delimitar en qué consiste el orden público; y esta tarea no sólo resulta difícil sino muchas veces imposible, pues nos encontramos ante un verdadero “enigma jurídico” en extremo sutil, impreciso e indeterminado”, en palabras del Auto TS 1^a 24 octubre 1979¹⁵.

En el ordenamiento español existe una amplia acogida del concepto de “orden público” y en atención a cada uno de los concretos sectores donde opera. Podría hablarse de un orden público constitucional, de un orden público administrativo, de un orden público penal, de un orden público procesal, de un orden público internacional privado (*v.gr.*, art. 12.3^o Cc¹⁶). etc., e incluso, respecto a un sector jurídico emergente, de un “orden público económico”. La misma expresión, “orden público” ya nos indica que se trata del “orden en la comunidad estatal”, lo que establece una directa vinculación del concepto con la función de “control social” que es propia del Derecho¹⁷. Sin embargo, si se quiere atribuir al concepto de orden público un significado específico y no difuminarlo en la doble función de “integración” social y de “regulación” del ordenamiento jurídico, puede sostenerse que con esta expresión sólo pueden indicarse las “condiciones mínimas” a las cuales está subordinada la existencia del ordenamiento jurídico y de la comunidad estatal que está regida por dicho ordenamiento. Condiciones que operan para la tutela de la integridad del ordenamiento jurídico.

9. El orden público puede ser definido, en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que evidencian los valores esenciales de una sociedad en un momento dado. En su aspecto positivo, el orden público es utilizado, junto a otros argumentos (seguridad nacional, economía nacional, etc.) como fundamento del empleo de normas sustantivas nacionales de carácter imperativo. La dimensión negativa del orden público se utiliza, al margen de como correctivo funcional frente a una norma de conflicto (art. 12.3^o Cc), en el terreno del reconocimiento de deci-

¹⁵ TOL3.497.658. El FJ 4^a de la STSJ Murcia 28 junio 2012 (AC\2012\848) constituye un verdadero estudio monográfico de la noción de orden público en el ordenamiento español; *vid.* en el mismo sentido SSTSJ Murcia 19 diciembre 2012, JUR\2013\40685; 10 marzo 2014, AC\2014\483; 17 marzo 2014, AC\2014\484.

¹⁶ J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, “Orden público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código Civil”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), Jaén, Edersa, 1995, pp. 894–926.

¹⁷ Cf. M. Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985, pp. 61–62. Con referencia a la tesis de Maihofer, este autor señala que el “control” persigue una “integración” social, a través de la supervisión de las conductas y del funcionamiento de las instituciones restaurando el equilibrio social una vez alterado. Por tanto, en sentido propio, el “control social” es separable de la “regulación” social o función de dirección o guía de las conductas que lleva a cabo el Derecho. Considera este autor que en cuanto sistema de “control social”, el Derecho opera, bien *a priori*, bien *a posteriori*, de cuatro maneras o modos de ejercer el control: previniendo, reprimiendo, promocionando o premiando la conducta. Si ésta es indeseada o ilícita operará *a priori* previendo y *a posteriori*, reprimiendo; si la conducta es deseada o lícita, promocionando en el primer caso y premiando en el segundo (*ibid.*, pp. 67–68).

siones y actos constituidos en el extranjero, en nuestro caso de un laudo arbitral, impidiendo su eficacia en el foro cuando sean manifiestamente contrarios al mismo. La infracción del orden público no puede comprender cualquier infracción de una norma jurídica, aunque se trate de norma imperativa, ya que no toda infracción de norma imperativa es cuestión del orden público, y, así, el matiz en que se concreta, es que la contravención sólo será procedente cuando el árbitro haya pronunciado su laudo con evidente infracción de los derechos fundamentales, atendiendo a la normativa procedimental aplicable.

STSJ Madrid 6 abril 2015: “No es que toda inaplicación de norma de obligado cumplimiento constituya una infracción del orden público, sino que la infracción de una norma imperativa, cuando afecta a derechos constitucionales o principios básicos de la convivencia social, afecta directamente al orden público cuya protección está especialmente potenciada en el ámbito del arbitraje a través de la incorporación de una causa específica de anulación del laudo arbitral”¹⁸

STSJ Madrid 21 abril 2015: “No se puede confundir vulneración del orden público con posible vulneración de normas imperativas. Toda vulneración del orden público implica la vulneración de una norma imperativa, pero no toda vulneración de norma imperativa, si se produjera, comporta la vulneración del orden público (...). Y si no toda vulneración (declarada y apreciada) de una norma cabe encuadrarla dentro de la vulneración del orden público, tanto menos es posible ese encuadre cuando lo que se discute o alega es la interpretación de una norma de una forma diferente entre la hecha por la parte y la realizada por el árbitro”¹⁹.

La noción de orden público no presenta, pues, un cariz unívoco. Dicha definición ha tenido una ampliación a partir de la jurisprudencia emanada del TC, desarrollada por el TS, las AA PP y los TTSSJJ, en el sentido de que:

STSJ Cataluña 7 enero 2014: “El orden público debe ser entendido como el conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social y económica de España, con inclusión desde luego de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero no sólo de ellos; el orden público opera en consecuencia como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el fundamento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado, límite que se impone también”²⁰.

Al lado de estas nociones, en los últimos años ha cobrado carta de naturaleza la noción de “orden público económico”, concepto que, desde un punto de vista positivo, caracteriza gran parte de las normas materiales imperativas.

SAP Madrid 13^a 4 abril 2008: “No toda vulneración de norma imperativa o prohibitiva debe tenerse por contraria al orden público, sino sólo las lesiones que contravienen en lo sustancial e imprescindible nuestro vigente sistema jurídico, económico y de convivencia con trascendencia y repercusión colectiva o lesión de derechos individuales fundamentales”²¹.

SAP Madrid 10^a 12 mayo 2008: “La infracción del orden público no puede asimilarse a cualquier infracción de una norma jurídica, ni siquiera a infracción de norma imperativa, ya que no toda infracción de norma imperativa es cuestión de orden público, como tampoco cualquier infracción de los principios de justicia y equidad puede equipararse a infracción del orden público, sino tan sólo la

¹⁸ Roj: STSJ M 4051/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:4051.

¹⁹ Roj: STSJ M 4055/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:4055.

²⁰ TOL4.098.610. ATSJ Cataluña 15 mayo 2014, JUR\2014\196691; STSJ Cataluña 14 julio 2014, JUR\2014\282543; SSTSJ Cataluña 9 marzo 2015, Roj: STSJ CAT 3081/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:3081; 15 junio 2015, Roj: STSJ CAT 6237/2015 - ECLI:ES:TSJCAT :2015:6237.

²¹ JEA, n^o 1010.

conculcación de aquellos principios de justicia y equidad que conforman el concepto de orden público constitucional según viene interpretándose por la doctrina jurisprudencial²².

STSJ Madrid 28 enero 2015: “El orden público susceptible de protección ex art. 41.1º.f) LA comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar ‘orden público económico’, en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección”²³.

Este principio presenta una gran importancia cuantitativa y cualitativa que, en el marco internacional, se traduce con bastante frecuencia en un mecanismo de defensa de las condiciones de mercado nacional y de la economía nacional en su conjunto. El tenor del Derecho de la competencia, de las condiciones generales de contratación, del consumo o de las situaciones concursales en el Derecho interno, puede rellenar el contenido de esta noción, permitiendo el rechazo en la ejecución de un laudo arbitral procedente del extranjero que admita determinadas prácticas, derechos o cláusulas contractuales que afecten a las condiciones del mercado del Estado del foro.

3. Delimitación

A) Características

10. De las definiciones referidas en el apartado anterior pueden extraerse las características esenciales del orden público a los efectos de configurar la acción de anulación:

i) Su contenido taxativo que obliga a interpretar la noción de manera restrictiva y excepcional. La contrariedad de un laudo arbitral con el orden público no posee un carácter automáticamente excluyente. Es necesario, para que se produzca la anulación que dicha contrariedad sea “fragante, efectiva y concreta”²⁴, y de ello se desprende que la violación de una norma de orden público por un árbitro no entraña automáticamente la anulación del laudo, sino que es menester que el juez del control verifique una “violación grave” de principios esenciales. Asimismo, ha de implicar una contradicción “manifiesta” con los principios jurídicos fundamentales, sin que sea suficiente una mera diferencia de contenido. Esto excluye del ámbito de la causal aquellas cuestiones que no hayan producido una “indefensión real y material constitucionalmente relevante”. Con ello se trata de frenar ingentes impugnaciones de laudos basadas en la mera alusión al orden público y con ello contribuir a la propia viabilidad de la institución arbitral. La STS 14 julio 1986 ha declarado al respecto que en ningún caso pueden servir de base para el recurso de nulidad

²² JEA, nº 1012.

²³ TOL4.761.140; *vid.* mis consideraciones críticas en “Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales”, *Diario La Ley*, nº 8537, 12 mayo 2015, esp. pp. 4-5.

²⁴ Sentencia de la *Cour d'appel* de París, 18 noviembre 2004, *Thales c. Euromissile, French Int'l Arb. L. Rep.*, case nº 53 (1963-2007), p. 451 ss.

“las estimaciones de las partes relativas a la justicia del laudo ni las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión”²⁵.

SAP Barcelona 15^a 11 marzo 2009, debe evitarse que el empleo de esta causal se convierta en “una herramienta que se ofrece al tribunal para hacer viable, como causa de nulidad, la mera discrepancia con el ejercicio de valoración probatoria que pertenece a la esencia de la labor decisoria asumida por el árbitro por encargo de las partes, cuando la misma no sea absurda ni manifiestamente contraria a las reglas de la lógica”²⁶.

STSJ Cataluña 7 enero 2014: “Ya se adopte un significado tan amplio que permita que a través de él se pueda hacer valer cómo anulación del laudo arbitral cualquier infracción que tampoco se ha producido al motivar el árbitro su condena en costas de una forma y con un contenido que no resulta arbitrario, atendido el convenio arbitral”²⁷.

La puesta en práctica de estos elementos conduce a conferir un papel reducido a esta causal que límite su operatividad, en congruencia con su naturaleza, a los supuestos verdadera y realmente excepcionales. De esta suerte su evaluación no puede realizarse de manera extensiva.

ATSJ País Vasco CP 19 abril 2012: “Lo que tan sólo es posible a partir de una concepción limitada del orden público y una determinación adecuada, una vez establecido lo que resulta controlable del laudo, de la intensidad con la que debe de ejercitarse el control”²⁸.

STSJ Comunidad Valenciana 19 noviembre 2014: “También, ha de insistirse, cuando la justificación alegada fuera la relativa al orden público pues, pese a encontrarnos ante un concepto jurídico indeterminado, su hermenéutica no puede sobrepasar las fronteras de la propia institución”²⁹.

STSJ Canarias 19 junio 2015: “El control jurisdiccional que permite esta específica vía impugnatoria queda circunscrito a la observancia de las formalidades o principios esenciales establecidos por la ley en cuanto al convenio arbitral, el procedimiento arbitral y el laudo y a la preservación del orden público, como se plasma y queda recogido en los tasados motivos de nulidad que enumera el art. 41.1^o de la Ley, cuya interpretación debe ser estricta, excluyendo cualquier otro que no se incardine en su ámbito, pues en otro caso se vulneraría el principio de inmodificabilidad de las decisiones judiciales firmes que le es de aplicación y, en última instancia, se desconocería la tutela judicial efectiva del beneficiado por él”³⁰.

Pese a todo, es inevitable que en la apreciación del orden público el juez debe emitir un juicio un juicio sobre el “fondo” de lo determinado por los árbitros y ello implica dar una lectura de la decisión de los árbitros para comprobar su eventual contrariedad con la noción. Claro es que se trata de una operación compleja pues, como hemos visto, el mecanismo de anulación de un laudo presupone no revisar el fondo del asunto ni la aplicación del Derecho realizadas por los árbitros para resolver la controversia.

SAP Baleares 3^a 26 enero 2011, “la acción de anulación del laudo arbitral no puede ser un instrumento para examinar la cuestión de fondo o controversia resuelta en el laudo, pues el concepto de orden público viene siendo utilizado para intentar resucitar las cuestiones de fondo en la vía de la demanda de anulación”³¹.

²⁵ TOL1.734.991.

²⁶ JEA, n^o 795.

²⁷ TOL4.098.610.

²⁸ JEA, n^o 1175.

²⁹ JUR\2015\92669.

³⁰ , Roj: STSJ ICAN 773/2015 - ECLI:ES:TSJICAN:2015:773.

³¹ JUR\2011\126603.

ii) Su relatividad en el tiempo, pues la excepción de orden público está afectada decisivamente por el factor tiempo o, si se quiere, la necesidad de imponer el principio de actualidad del orden público en el momento en que el juez deba reconocer y ejecutar un laudo arbitral internacional contrastándolo con los valores fundamentales de su ordenamiento en el momento de efectuar esta operación³². Esta situación, que ha tenido un desarrollo específico en el ámbito del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, contrasta fuertemente con la práctica anterior al ATS 1^a 11 febrero 1981³³, donde dicha causal, extraída primero del art. 954 LEC/1881 y, tras la incorporación de España al Convenio de Nueva York, de su art. V.2^o, protagonizó una larga etapa de rechazo al arbitraje, señaladamente al arbitraje administrado³⁴. En las distintas instancias competentes, hasta la reforma de la LA/2003 de 2011, no ha sido habitual la denegación de laudos arbitrales extranjeros³⁵, salvo algunas excepciones³⁶. Tras la atribución de la competencia en la mate-

³² Desde la perspectiva de la acción del orden público en el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros son de interés las Recomendaciones de la ILA (2002): si la fecha de entrada en vigor de la norma considerada de orden público es posterior a la fecha de emisión del laudo, sólo deberá denegarse el exequátur si es claro que la aplicación de esa norma tiene carácter retroactivo. Con ello sólo cabrá aplicar retroactivamente una norma de orden público para denegar el reconocimiento de un laudo cuando el legislador haya establecido expresamente su carácter retroactivo, o cuando ese efecto retroactivo se pueda deducir claramente de la letra o del espíritu de la norma

³³ Como es bien sabido dicho laudo produjo una nueva era en el exequátur de los laudos arbitrales extranjeros que llega hasta la actualidad. Entre los numerosos comentarios a esta decisión cabe señalar: Comentarios: A. V. Albanés Membrillo, *La Ley*, n^o 146, 1981; A. L. Calvo Caravaca, *Rev. Der. Proc. Iberoamericana*, 1982, pp. 221-232 y *Bol. Asoc. Esp. de Arbitraje*, n^o 4, 1981, pp. 40-53; M. Virgos Soriano, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 503-505; F. Ramos Méndez, *Justicia*, 1982, pp. 107-121; B. Cremades, *International Business Law*, 1983, pp. 194-202, y *Droit et Pratique du Commerce International*, t. IX, 1983, pp. 602-604; A. Arce Janáriz, *RCEA*, vol. I, 1984, pp. 152-154. Sobre la práctica inmediatamente posterior a esta decisión *vid.* nuestras consideraciones en, "La situación actual de arbitraje comercial en España: perspectivas de futuro", *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 29-52, esp. pp. 11-18.

³⁴ El orden público operaba cuando en el contrato se designaba a un tercero, en concreto a una institución, la facultad de designar un árbitro. Acaso el ejemplo más elocuente lo constituya el ATS 1^a 4 de julio de 1975 (*cf.* A. Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Madrid, Edersa, 1980, pp. 166-167 y texto en pp. 373-376. De acuerdo con esta decisión, se reputaba contrario al orden público español "recogido en nuestro Ordenamiento jurídico vigente, cual es que los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo, y no será válido el pacto de referir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos (art. 22 de la Ley española de 22 de diciembre de 1953)". Semejante razonamiento fue justamente criticado en su día por B. Cremades, tanto por su contenido intrínseco, como por la aplicación excesiva del orden público español que constituía, a su juicio, una frontera decisiva a la actuación del árbitro extranjero (B.M^a Cremades, *Panorámica española del arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1975, pp. 51 ss).

³⁵ E. Artuch Iriberry, "Cumplimiento de laudos arbitrales extranjeros de conformidad con el Convenio de Nueva York de 1958", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2002, pp. 303-308.

³⁶ Las excepciones incluyeron, al margen de los supuestos en que no acreditó el acuerdo arbitral en la forma descrita en el art. II.2^o CNY, una serie supuestos excepcionales basados en la falta de motivación del laudo, la deficiente notificación al demandado del procedimiento de arbitraje (ATS 16 noviembre 1999) o, al amparo de la LA/1988, la ausencia de protocolización notarial del mismo. Debe

ria a los Tribunales Superiores de Justicia, y aunque es cierto que ocasiones se ha acudido a la socorrida noción del orden público en un intento de ampliación del carácter tasado de las causales de anulación, esta práctica no ha llegado a generalizarse³⁷.

iii) Su carácter garantista de la tutela judicial efectiva, pues aunque las partes hayan elegido el arbitraje con la voluntad clara de que el Estado intervenga lo menos posible en sus controversias, el control judicial del laudo no supone un ataque directo a sus pretensiones originarias. Y dicho carácter se refuerza por el hecho de que la existencia de ese control contribuye a reforzar la diligencia del árbitro con el orden público durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales. El control de orden público en la fase post arbitral se configura, por ende, como una garantía de lo actuado en dichas actuaciones y es una contrapartida a las facilidades con las que se desarrolla el arbitraje en los sistemas que, como el español, se basan en la LMU y no cuentan con la posibilidad de medidas coercitivas por parte del juez.

iv) Su apreciación de oficio por el juez que conozca de la acción, al margen de la posibilidad de que esta causal sea expresamente alegada y probada por quien interpone la acción, según corresponda. Al efecto el art. 41.2º la referida apreciación de oficio puede ser a instancia del Ministerio Fiscal. Corresponde, pues, valorar exclusivamente a dicho tribunal, de conformidad con los intereses generales esenciales que defienda en el momento de emitir su fallo, el contenido del orden público a los efectos de anular o no un laudo arbitral.

STSJ Madrid 23 octubre 2015, voto particular del presidente J. Vieira Morante: “El art. 41.2º LA autoriza a apreciar de oficio los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado 1 del mismo artículo, pero tal facultad debe ser ejercitada con enorme prudencia. Sólo cabrá estimar, de oficio, un motivo de nulidad del laudo cuando se constate que en los propios hechos alegados y probados por las partes ponen de manifiesto que en el procedimiento arbitral se ha producido una evidente indefensión a una de las partes, pues no puede tolerarse que el laudo sea el producto de una situación de desigualdad palmaria; o cuando se hubieren resuelto en el laudo cuestiones no susceptibles de arbitraje, ya que debe impedir el Tribunal que pueda otorgarse eficacia de un laudo que resuelva cuestiones no susceptibles de arbitraje; o si se infringen manifiestamente en el laudo normas de orden público,

tenerse en cuenta que esta exigencia, desconocida en prácticamente todas las legislaciones de arbitraje del mundo, fue suprimida por la LA/2003.

³⁷ Resulta ilustrativo a este respecto el ATSJ Cataluña Civil 1ª 17 noviembre 2011, JUR\2012\24412. *Vid.*, en la misma dirección, ATSJ Comunidad Valenciana 10 febrero 2012, JUR\2012\212514; AATSJ Cataluña 15 marzo 2012, RJ\2012\6120; 29 marzo 2012, RJ\2012\6128; 30 mayo 2012, JUR\2012\248238; 25 marzo 2013, RJ 2013\5392; 30 enero 2014, JUR 2014\42492; 19 septiembre 2014, JUR\2014\299881 y 16 febrero 2015, JUR\ ECLI; 15 mayo 2014, JUR\2014\196691; 19 septiembre 2014, JUR\2014\299881; ATSJ Andalucía 29 julio 2015, Roj: ATSJ AND 174/2015 - ECLI:ES:TSJAND:2015:174A.

³⁷ *Vid.* las valiosas consideraciones de J. Remón Peñalver, “Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas”, *Indret*, 2007, nº 3. http://www.indret.com/pdf/444_es.pdf

³⁷ *Arbitraje*, vol. VIII, nº 2, 2015, pp. 552-571 y nota 2015\91183; ATSJ Madrid 23 junio 2015, Roj: ATSJ M 369/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:369A. *vid.* G. Stampa, “Comentario a las Sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015, de 6 de abril de 2015 y de 14 de abril de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8537, 12 mayo 2015, pp. 14-19.

para proteger los derechos y libertades fundamentales, que constituyen componentes esenciales del sistema jurídico”³⁸.

STSJ Madrid 17 septiembre 2015, una vez que se incoa un proceso de anulación de laudo arbitral por causas que, como la infracción del orden público, son apreciables de oficio, no se puede disponer por las partes de la acción de anulación, sustrayendo al Tribunal el ejercicio de una competencia indeclinable: verificar si concurre o no la lesión de un interés tan general como es la preservación del orden público; interés general que lo es hasta el punto de que la Ley no faculta, sino que impone al Tribunal el deber de salvaguardar de oficio dicho orden público. No entenderlo así, insistimos, sería tanto como vaciar de contenido la prescripción terminante del art. 41.2º LA, que no es dable dejar al albur de la voluntad de las partes”³⁹.

v) La necesidad de alegar y probar las circunstancias en que se sustenta, sin que pueda apreciarse la mera discrepancia en el ejercicio de la acción probatoria. Más concretamente, al margen de la apreciación de oficio, la parte que invoque la contravención del orden público deberá invocar el concreto derecho fundamental garantizado constitucionalmente a través, principalmente, del art. 24 CE, o acreditar fehacientemente la afectación en el proceso arbitral de los principios de audiencia, contradicción o igualdad

SAP Madrid 12ª 25 noviembre 2008 : “De acuerdo con lo previsto en el art. 41.1º el que desee ejercitar la acción de anulación debe alegar y probar la misma, es decir, exactamente igual que en cualquier procedimiento judicial, la prueba que han de presentar las partes ha de convencer al Juzgador de la veracidad de unos hechos o unas afirmaciones que se alegan como existentes a tenor de los cuales ponderará el conjunto de las pruebas practicadas por los litigantes de forma libre aunque no de forma arbitraria”⁴⁰.

SAP Barcelona 15ª 11 marzo 2009: “No debe convertirse el recurso a la cláusula del orden público en un instrumento ofrecido al tribunal para hacer viable, como causa de nulidad, la mera discrepancia con el ejercicio de valoración probatoria que pertenece a la esencia de la labor decisoria asumida por el árbitro por encargo de las partes, cuando la misma no sea absurda ni manifiestamente contraria a las reglas de la lógica”⁴¹.

STSJ Comunidad Valenciana 21 febrero 2012: “En cualquier caso y para la viabilidad de este motivo, resulta imprescindible tanto la invocación del derecho fundamental vulnerado como la alegación de la concreta o concretas actuaciones u omisiones que dieron lugar a su quebranto”⁴².

vi) La imposibilidad para tribunal que conoce de la solicitud de nulidad, ya afirmada con carácter general, de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, para su apreciación. Bien entendido que la contradicción entre el laudo y el orden público debe ser evidente a partir de un simple análisis de carácter superficial y siempre sin perder de vista que no corresponde al juez de control sustituir los criterios del laudo por otros que considere más adecuados. Ello comporta la parte que alega esta causal no cuente con la posibilidad de exponer los argumentos vinculados directamente al fondo de la controversia.

SAP Vizcaya 4ª 12 febrero 2009 : “El recurso de anulación no constituye una vía para quien pretende una resolución más justa, sino que atiende a los casos de ‘ilegalidad’ del laudo, y ello es así porque el juicio de primera instancia y el arbitral no son identificables pues tienen distinto fundamento; el contenido del laudo no puede exceder del ámbito de los derechos disponibles; y el control sobre

³⁸ Roj: STSJ M 12653/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:12653; JUR\2015 \ 301853.

³⁹ Roj: STSJ M 10504/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:10504.

⁴⁰ JEA, nº 1020.

⁴¹ JEA, nº 1023.

⁴² JEA, nº 1052 A.

ese contenido sólo es articulable a través del respeto al orden público, que debe ser entendido exclusivamente a la luz de los derechos fundamentales⁴³.

SAP Barcelona 15^a 11 marzo 2009: “El control judicial enderezado a verificar la conformidad o contrariedad del laudo con el orden público no debe confundirse con una segunda instancia ni con una tarea propiamente jurisdiccional de revisión de la valoración de la prueba efectuada por el árbitro”⁴⁴.

STSJ Madrid 14 abril 2015, voto particular del presidente de la Sala D. Francisco Javier Vieira Morante: “Dada la causa de nulidad invocada -infracción del orden público- y los hechos a los que se anuda -arbitrariedad y falta de lógica en la valoración probatoria que contienen el laudo, es preciso delimitar las facultades de esta Sala como conocedora de la acción de anulación de laudo arbitral para no confundirlas con las propias de un tribunal de apelación. Mientras el recurso de apelación autoriza a un completo examen de las cuestiones litigiosas decididas en primera instancia, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico, la acción de anulación del laudo no permite el reexamen de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral (...). Para precaver, en todo caso, los posibles abusos o excesos de los árbitros en el ejercicio de esta jurisdicción supletoria, solamente a través de la causa de nulidad prevista en el ap. f) del art. 41.1º LA podría este Tribunal, en el conocimiento de la acción de anulación, adentrarse en el conocimiento de algunas cuestiones fácticas o jurídicas determinantes de la resolución de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. Pero ello sin perder nunca de vista que no nos corresponde sustituir los criterios del laudo por otros que consideremos más adecuados o justos”⁴⁵.

B) Concurrencia con otras causales del art. 41 LA

11. El modelo del art. 41 LA/2003 incorpora, siguiendo la LMA, una lista cerrada de motivos de anulación que no son susceptibles de aplicación extensiva. A partir de este carácter tasado se ha llegado a considerar que la causal del orden público es una cláusula de cierre con una cierta fuerza expansiva, aunque es una consideración discutible y, desde luego, no generalizada.

SAP Madrid 28^a 10 junio 2011 “En el marco del régimen establecido por la Ley de Arbitraje, el motivo tipificado en el art. 41.1º.f) opera a modo de cláusula de cierre, encontrando en él acomodo todos aquellos supuestos que, entrañando una vulneración de los principios o derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, no son reconducibles a ninguno de los restantes motivos incluidos en la relación del art. 41”

La jurisprudencia posterior ha insistido reiteradamente en un carácter negativo de la apreciación del orden público respecto de las restantes causales del art. 41

STSJ Comunidad Valenciana 21 febrero 2012: “Es claro que el orden público se superpone a muchos de los títulos reflejados en el art. 41.1º LA/2003, particularmente a los contenidos en las dos primeras letras del mencionado precepto y relativos a la invalidez del convenio arbitral y a las infracciones procesales generadoras de indefensión. Consecuentemente la primera aproximación a este motivo, ‘que el laudo sea contrario al orden público’, ha de tener carácter negativo desechando cualquier contravención que pudiera estar contenida en alguna de las restantes causas”⁴⁶.

También se ha llegado a sostener que la noción de orden público informa toda la institución arbitral, extendiéndose como motivo de anulación todos las

⁴³ *JEA*, nº 1022.

⁴⁴ *JEA*, nº 1023.

⁴⁵ *Roj*: STSJ M 4052/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:4052.

⁴⁶ *JEA*, nº 1052 A; STSJ Comunidad Valenciana 26 abril 2012, *JUR*\2012\297164; STJS Canarias 29 abril 2014, *JUR*\2014\188468; STSJ Comunidad Valenciana 13 febrero 2015, *Roj*: STSJ CV 618/2015 - ECLI:ES:TSJCV:2015:618.

demás causales consignadas en el art. 41.1º LA; pero ello se contradice con la tipificación de estas últimas. La opción del legislador de distribuir los motivos de manera independiente al orden público debe ser respetada, de manera que cada uno debería ser aplicado estrictamente para el supuesto que regula. Cosa distinta es que se reserve el motivo de orden público para aquellos supuestos que no se encuentren contemplados específicamente en el resto de los causales de anulación, lo cual puede resultar contraproducente pues, no en vano, el art. 41.1ºf) ha sido utilizado a modo de cajón de sastre suministrador de mecanismos a disposición de la parte impugnante para conseguir la anulación del laudo.

SAP Madrid 9ª 27 abril 1998: “el concepto de orden público (...), no constituye un ‘cajón de sastre’ en el que puedan subsumirse cualesquiera infracciones, sino, tan solo, que se hayan vulnerado los principios de audiencia e igualdad de las partes”⁴⁷.

STSJ Murcia CP 1ª 28 junio 2012: “el ‘orden público’ no es un cajón de sastre en el que quepa cualquier alegación de quien ha obtenido un resultado desfavorable en la disputa arbitral, de suerte que el concepto de ‘orden público’ no puede convertirse en una puerta falsa para permitir el control de la decisión de los árbitros; por el contrario, el orden público tiene unos contornos definidos”⁴⁸.

Ello ha encendido la voz de alarma en el sentido de que es utilizado como un recurso para, muchas veces excesivamente forzado, conseguir la anulación de los laudos. El carácter restringido y tasado de las causales de anulación ha conducido, en un marco litigioso como el español, a este eventual abuso del empleo de orden público que no ha encontrado una aceptación generalizada por los tribunales españoles. No puede considerarse por tanto que su empleo muestre una desconfianza hacia la institución arbitral en su conjunto o de que se carezca en nuestro país de una cultura arbitral consolidada.

12. A partir de aquí, la concreción del motivo de anulación previsto en el art. 41.1º.f) LA es verdaderamente compleja pues la alusión al orden público suele utilizarse como cláusula de escape para ampliar el estricto cauce de las causales contempladas en el art. 41, cuyo carácter tasado ya se ha puesto de manifiesto, subsumiendo la eventual infracción que no tenga cabida en dichas causales o para reforzar el juego de una causal concreta recogida en el precepto. Por ejemplo, reforzando el motivo de la letra a), con alusión a cuestiones de legalidad del acuerdo, y el de la letra b), con referencia a eventuales vulneraciones de los derechos de defensa de las partes en el arbitraje.

STSJ Comunidad Valenciana 7 enero 2014: “Configuración que puede determinar que este concepto se superponga a otras de las causas contenidas en el art. 41.1º LA, lo que hace que debe dársele a la par una configuración negativa que hace que se incluya en la misma aquellas contravenciones que no puedan tener cabida en cualquiera de las otras causas. Lo que nos conduciría a reservar para la letra a) los problemas de constitucionalidad o legalidad del acuerdo o de arbitrabilidad de la controversia y para la letra b) las principales infracciones de los derechos de defensa de las partes en el arbitraje. Atribuyéndosele a la letra f), por el propio marco en que nos movemos un marcado carácter procesal, vinculándose básicamente a los derechos recogidos en el art. 24. 1º y 2º CE, como podrían

⁴⁷ TOL206.927.

⁴⁸ TOL2.586.321; *vid.* en la misma dirección STSJ Murcia 10 marzo 2014, AC\2014\483.

ser entre otros: ausencia de motivación, existencia de cosa juzgada, parcialidad del árbitro, infracción del principio de igualdad o prueba ilícita⁴⁹.

STSJ Madrid 14 abril 2015: “Algunas de las infracciones de orden público integran motivos específicos de anulación del laudo diferentes del previsto en el ap. f) del art. 41.1º LA, por lo que ya tienen su tratamiento particular. La vulneración del derecho de defensa por no haber sido debidamente notificada la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haber podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, está contemplada en el motivo del ap. b de dicho art. 41.1º. Una manifestación de la infracción al principio de igualdad es el motivo del ap. d), por no haberse ajustado la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral al acuerdo entre las partes, siempre que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa legal, o, a falta de dicho acuerdo, no haberse ajustado a la Ley de arbitraje. / El resto, para que tengan encaje en la vulneración del orden público deben tener incidencia en algún derecho fundamental o libertad pública, entre los que resulta especialmente afectante al mundo del arbitraje el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, sin indefensión; garantía trasladable igualmente en el ámbito arbitral en cuanto medio alternativo de resolución de conflictos, equivalente al judicial”⁵⁰.

STSJ Andalucía 12 enero 2015: “Tiene la denuncia de indefensión (aunque esgrimida por el cauce del artículo 41.1º.f) LA, como contravención del orden público) consistente en la negativa del árbitro de suspender el procedimiento ante la incomparecencia de un testigo cuya declaración se había declarado pertinente, y que la ahora demandante califica como sustancial para la defensa de sus intereses. En realidad el motivo de nulidad más bien habría de incardinarse en el artículo 41.1.b) (cuando la parte alegue y pruebe que ‘por cualquier otra razón, no ha podido hacer valer sus derechos’), sin necesidad de acudir exageradamente al concepto de orden público”.

STSJ Valencia 4 mayo 2015: “A pesar de que por el contenido de alguna de dichas causas, como por ejemplo, la última de ellas que hace alusión a una infracción del orden público, podrían abarcarse una multiplicidad de supuestos con solo hacer una lectura amplia de la misma, hemos de entender que en general nuestra actuación debe limitarse a supervisar que en el desarrollo del procedimiento se han respetado las garantías básicas y esenciales que lo informan; como consecuencia de ello, no es la vía indicada para corregir supuestos errores de fondo o de valoración probatoria en que haya podido incurrir el laudo”⁵¹.

III. Manifestaciones

1. Orden público material y orden público procesal

13. El juego del orden público despliega un especial interés en el marco de la acción de anulación de los laudos y en el del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Esta última dimensión, donde el orden público se manifiesta por su carácter negativo, es particularmente polémica, sobre todo en lo referente a la determinación de su contenido. Frente a posiciones anglosajonas que reducen el orden público al estricto respeto de los derechos humanos, a su condicionamiento absoluto de la *Sharia* en ciertos países islámicos. Los países de nuestro entorno acostumbra a vincularlo a la observancia de los valores constitucionales y no a cualquier norma del ordenamiento jurídico aunque posea carácter imperativo, separándolo de las normas no renunciables por las partes

AAP Madrid 25ª 7 junio 2011: “El concepto de orden público (...), no puede asimilarse a la infracción de cualquier norma del ordenamiento jurídico, ni siquiera a las que tienen carácter imperativo, pues la dimensión actual de concepto tan impreciso viene dada por la Constitución Española y en

⁴⁹ Roj: STSJ CV 96/2014 - ECLI:ES:TSJCV:2014:96.

⁵⁰ RJ/2015/1239.

⁵¹ Roj: STSJ CV 3419/2015 - ECLI:ES:TSJCV:2015:341.

especial por la defensa de los derechos fundamentales, ámbito donde no puede encuadrarse la interpretación que deba hacerse de un acuerdo contractual”⁵².

SAP Alicante 15 junio 2011: “El concepto de orden público ha de ser interpretado a la luz de los principios recogidos en la Constitución, ya que a partir de su vigencia no pueden reconocerse decisiones que impliquen vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente garantizados, por lo que un laudo será atentatorio al orden público cuando conculque alguno de los principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución”⁵³.

STSJ Madrid 23 mayo 2012: “No mantiene la Sala tal concepto amplísimo de orden público, pues lo contrario supondría una verdadera configuración de la demanda de anulación del Laudo arbitral como una amplia y plena segunda instancia, y no es ese el propósito del Legislador ni de la Ley Modelo UNCITRAL que le ha servido de guía precedente. Por orden público han de estimarse 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”⁵⁴.

STSJ Canarias 9 julio 2012: “Resulta razonable sostener que la noción de orden público sólo debe utilizarse para evitar el reconocimiento de un laudo que contradiga de forma manifiesta principios fundamentales, no aquellos otros que, por muy discutible que pueda llegar a ser, no chocan o conculcan los principios nucleares de nuestra convivencia”⁵⁵.

STSJ Cataluña 7 enero 2014: “Ya se adopte una conceptualización amplia del orden público que incluya la vulneración de las normas de *ius cogens*, ya se parta de un concepto más estricto que incluya sólo la infracción de derechos fundamentales y libertades públicas, no cabe un concepto de orden público que pueda tener un significado tan amplio que permita que a través de él se pueda hacer valer cómo anulación del laudo arbitral cualquier infracción que tampoco se ha producido al motivar el arbitro su condena en costas de una forma y con un contenido que no resulta arbitrario, atendido el convenio arbitral”⁵⁶.

14. En el sistema español una evolución de la extensión del orden público se desprende de la comparación entre las Exposiciones de motivos de la LA/1988 y la LA/2003. Mientras que en la primera se establece la posibilidad de anular el laudo interpretando el orden público este “a la luz de los principios de nuestra Constitución”, en la segunda se insiste en que los límites a la actuación de los árbitros son el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, “que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es”. Y, paralelamente, la jurisprudencia registra la admisión de la causal en dos situaciones distintas:

i) Orden público material: cuando se infringen los valores consagrados como fundamentales para la sociedad, porque los mismos se entienden como intangibles en un concreto contexto histórico, sociopolítico, económico y cultural. Este correctivo está integrado por aquellos principios políticos, económicos, morales y sociales que conforman el marco jurídico identificador de un estado o un país en cada momento histórico⁵⁷. La práctica apunta a que dentro de esta noción podría incluirse el deber de actuar de buena fe, la prohibición de abuso de

⁵² JUR\2011\291463.

⁵³ JUR\2011\339719.

⁵⁴ JUR\2012\227792.

⁵⁵ JUR\2012\299685.

⁵⁶ RJ\2014\1183.

⁵⁷ Según la STS 1ª 31 diciembre 1979 se “incluirían los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad de un pueblo y en una época determinada (EDJ1979/990).

derecho, prohibición de discriminación o la prohibición de expropiación sin un debido proceso. De esta suerte, “la admisibilidad del recurso de anulación contra el laudo arbitral por ser contrario al orden público estará condicionada a que dicha vulneración haga referencia a algunos de los derechos fundamentales mencionados en el art. 53 CE”⁵⁸. Su extensión a otros derechos o principios constitucionales “desbordaría el ámbito de la acción de anulación que exige, también por la propia naturaleza del arbitraje, una hermenéutica restrictiva”⁵⁹.

ii) Orden público procesal: Abarca las reglas rectoras del debido proceso, en concreto el derecho de las partes a ser debidamente llamadas al arbitraje, la igualdad en el trato, el derecho a ser oído, la prohibición de parcialidad y la falta de independencia, fraude o corrupción por parte de los árbitros. Dicho en otros términos, cuando en el procedimiento arbitral no se han respetado los principios de contradicción, defensa e igualdad de oportunidades entre las partes litigantes.

SAP Madrid 12^a 23 febrero 2010: “Por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 de febrero, 116/1988, de 20 de junio y 54/1989, de 23 de febrero) y desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, sólo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público”⁶⁰.

STSJ Galicia 25 octubre 2012 : “Las ausencia de la meritada contradicción con la consiguiente posibilidad de formulación de alegaciones, sin duda es determinante de la indefensión que alega la parte demandante incurriendo así el laudo impugnado dentro de la causa de nulidad prevista en el ap. f) del art. 41 LA Arbitral por contrariedad con el orden público donde (...) se comprenden las garantías formales de rogación, bilateralidad, contradicción, igualdad de partes, congruencia y proscripción de cualquier situación de indefensión”⁶¹.

SSTSJ Cataluña 5 mayo, 14 de julio, 16 de octubre, 1 diciembre 2014 o 15 junio 2015: “El orden público se ha conformado como un concepto jurídico indeterminado y que puede ser vulnerado tanto en sentido material como procesal. En sentido material, la vulneración tiene lugar cuando se infringen los valores consagrados como fundamentales para la sociedad, porque los mismos se entienden como intangibles en un concreto contexto histórico, sociopolítico, económico y cultural, o sea, vendría constituido por aquellos principios políticos, económicos, morales y sociales que conforman el marco jurídico identificador de un estado o un país en cada momento histórico. En cambio, desde el punto de vista procesal, se puede atentar contra el orden público cuando en el procedimiento arbitral no se han respetado los principios de contradicción, defensa e igualdad de oportunidades entre las partes

⁵⁸ SAP Valencia 4 octubre 2000, *JEA*, n^o 999, SAP Vizcaya 4^a 12 febrero 2009, *JEA*, n^o 1022; SAP Islas Baleares 3^a 26 enero 2011, *JEA*, n^o 804; SAP Vizcaya 4^a 1 abril 2011, *JUR*\2011\30275; SAP Vizcaya 4^a 16 junio 2011, *JUR*\2011\299329; STSJ Canarias 26 febrero 2013, *Roj*: STSJ ICAN 808/2013; *Cendoj*: 35016310012013100002; STSJ Madrid 9 julio 2013, *JUR* 2013\285008; STSJ Comunidad Valenciana 7 enero 2014, *RJ*\2014\1816; STSJ Canarias 29 abril 2014, *JUR*\2014\188468; STSJ Cataluña 5 mayo 2014, *RJ*\2014\4196; STSJ Valencia 4 mayo 2015, *Roj*: STSJ CV 3419/2015 - *ECLI*:ES:TSJCV:2015:3419.

⁵⁹ SSTS Comunidad Valenciana 21 febrero 2012, *JUR*\2012\212509 y 28 abril 2012, *JUR*\2012\297164; 15 octubre 2013, *RJ*\2013\7702.

⁶⁰ *JEA*, n^o1039.

⁶¹ *RJ*\2012\11176.

litigantes”⁶².

15. La acepción de orden público procesal expresa una particular situación de paz social y de seguridad en una comunidad estatal. Esta situación o estado de la sociedad es la que permite tanto el normal desarrollo de la convivencia y de las actividades humanas como el normal funcionamiento de las instituciones y el ejercicio de los derechos por los particulares. Pero si se tiene en cuenta que esta situación de paz social y de seguridad pública se considera un bien jurídico o un valor jurídico de especial importancia para el propio ordenamiento estatal, no debe sorprender que sea objeto de especial protección por medio de normas administrativas y penales que previenen o sancionan aquellas conductas que puedan alterar o perturbar esta situación.

Más matizadamente el orden público constituye el sistema ideal de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad. Si se quiere, el conjunto de concepciones fundamentales del Derecho que caracterizan, en un determinado momento histórico, a una comunidad estatal. Ahora bien, si estos valores jurídicos o concepciones fundamentales del Derecho constituyen los presupuestos que inspiran la totalidad del ordenamiento jurídico en una comunidad estatal, la consecuencia obligada es su carácter absolutamente obligatorio e inderogable para el propio ordenamiento. Y esta caracterización conduce a una consecuencia ulterior, no menos importante: en su significado normativo, el orden público no sólo posee una función positiva, como elemento inspirador de la totalidad del sistema. También, necesariamente, debe llevar a cabo una función excluyente o de signo negativo: la de impedir que tengan eficacia jurídica en la comunidad la costumbre o los usos y aquellos actos o negocios de los particulares, realizados en el ejercicio de su autonomía privada, que sean contrarios a dichos valores jurídicos fundamentales; y, paralelamente, la de imposibilitar que puedan integrarse en el ordenamiento estatal los laudos arbitrales que sean incompatibles con los principios o valores del ordenamiento en el que han de integrarse. En suma, la noción de orden público queda circunscrita, *prima facie*, a los derechos fundamentales y a las libertades garantizados por la Constitución.

STC/132/1991, de 17 de junio: “El orden público del foro ha adquirido, así, un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular (...) por las exigencias que impone el art. 24 CE”⁶³.

SAP Comunidad Valenciana 4 octubre 2000: “Cualquier infracción de una norma legal o de la jurisprudencia no justifica el recurso de anulación, sino solamente aquella que tenga entidad suficiente para constituir infracción del orden público, es decir, los principios y valores constitucionales inderogables ante la autonomía de la voluntad, la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles a través, fundamentalmente, del art. 24”⁶⁴.

Esa “entidad suficiente” comprende también otros principios fundamentales del ordenamiento jurídico cuya concreción corresponde a los tribunales ordina-

⁶² Roj: STSJ CAT 6236/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:6236

⁶³ TOL80.546.

⁶⁴ JEA, n° 999.

rios. Y también se extiende al Derecho de la Unión Europea, cuyos principios deben quedar también protegidos⁶⁵.

STSJ Madrid 28 enero 2015 : “El orden público susceptible de protección ex art. 41.1º.f) LA comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar “orden público económico”, en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección”⁶⁶.

Así concebido, el orden público constituye una cláusula general de protección de los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico; cláusula que puede operar frente a otros procedimientos autónomos de producción jurídica admitidos por el propio ordenamiento. Lo que implica, de un lado, que la protección que lleva a cabo el orden público sólo se refiere al que puede denominarse contenido propio del ordenamiento jurídico, determinado por la ley; esto es, en relación con los valores fundamentales que informan tanto la Constitución como las leyes ordinarias. Y, de otro lado, que la protección opera frente a cualquier procedimiento autónomo de producción jurídica, ya se trate de la costumbre, de la autonomía privada o, en el caso de las normas de Derecho internacional privado, de normas, actos o decisiones extranjeras. Es un juicio más complejo que el primero, porque postula un análisis actualizado de la concreta evolución del orden público nacional y de los límites de tolerancia, una verificación *in itinere* de la evolución del ordenamiento y un proceso de reconstrucción actual, desde el entramado normativo y de los principios, de los valores que fundan el sistema en el sector afectado y en el momento histórico determinado, y que representa uno de los deberes más complicados y difíciles para el intérprete jurídico.

16. El alcance del orden público en la anulación de los laudos, como causa autónoma que ha de localizarse en la propia decisión arbitral, se ha extendido a la contravención por el árbitro de determinadas cuestiones de carácter procesal como las derivadas de la imposibilidad de hacer valer de los derechos de defensa contemplada en el art. 41.1º.f) LA. En efecto, la jurisprudencia española ha extendido el alcance de la noción al entender, a partir de la STC 43/1986, de 15 abril⁶⁷ entendiéndolo que un laudo arbitral atenta contra el orden público procesal cuando ha vulnerado los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas constitucionalmente por el art. 24 CE. Semejante orden público procesal resulta equivalente al derecho de defensa y tiene como misión salvaguardar los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad. A partir de aquí se admite que puede ser anulado laudo impugnado por comprenderse en la causal referida la violación de las garantías formales de rogación, bilateralidad, contradicción, igualdad de partes, congruencia y proscripción de cualquier situación de indefensión (STSJ Galicia 25

⁶⁵ A.B. Green y J. Weiss, “Public Policy and International Arbitration in the European Union”, *Am. Rev. Int' Arb.*, vol. 22, nº 4, 2011, pp. 625-659.

⁶⁶ TOL4.761.140.

⁶⁷ RTC 1986/43.

octubre 2012⁶⁸). Si bien la misma Sala considera que las cuestiones atinentes a derechos fundamentales del art. 24 CA que tengan cabida en otros apartados del art. 41.1º deben quedar fuera del ap. f) de este precepto (STSJ Galicia 23 julio 2015⁶⁹).

De acuerdo con este planteamiento, no toda irregularidad del procedimental es susceptible de dar lugar a la nulidad del laudo arbitral sino únicamente aquellas que por su gravedad han afectado a los principios de igualdad, audiencia o contradicción dando lugar a una situación de indefensión de la parte afectada.

SAP Madrid 14ª 30 junio 2009: “La mera decisión procesal de admitir a trámite la demanda reconvenicional o acumulada en el procedimiento arbitral, carece de virtualidad para vulnerar el orden público y el principio de defensa, y ese efecto sólo puede derivar de la concreta naturaleza y contenido de los pedimentos reconvenicionales o acumulados”⁷⁰.

STSJ Madrid 5 mayo 2014: “La vulneración de los principios atinentes al orden público y específicamente aquellos que afectan a la necesaria audiencia, contradicción e igualdad de armas, produce por definición e imperativo legal, la anulación del propio laudo en su conjunto”⁷¹.

STSJ Cataluña 5 mayo 2014: “Ninguna vulneración del orden público acaece en el presente supuesto. Así, desde la órbita procesal no consta que se haya producido ninguna vulneración en el procedimiento arbitral de los principios de contradicción, defensa e igualdad de oportunidades, sin que quepa confundir (...) la discrepancia con el resultado del procedimiento arbitral con motivos de nulidad inexistentes”⁷².

2. Examen de la práctica

A) Carácter abusivo de la cláusula de arbitraje

17. La alegación del carácter abusivo de una cláusula contractual de sometimiento al arbitraje, que puede apreciarse de oficio por el Juez como contraria a las normas de orden público en el caso de un consumidor tienen respaldo en la jurisprudencia del TJCE en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y su apreciación se somete a lo que establezcan de los elementos de hecho y de derecho necesario⁷³. Es cierto que en función de la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que dicha directiva otorga a los consumidores se considera que su art. 6 es “una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público”⁷⁴, pero su apreciación debe ser sometida a las correspondientes cautelas.

ATS 1ª 31 mayo 2005: “el hecho de que la cláusula de sumisión a arbitraje venga contenida en una estipulación incluida en un conjunto de condiciones generales, a las que se remite en bloque el contrato suscrito por las partes, y del que pasó a formar parte como un anexo al mismo, no es bastante para

⁶⁸ RJ/2012/11176.

⁶⁹ RJ/2015/3764.

⁷⁰ JEA, nº 1032.

⁷¹ JUR\2014\261146

⁷² RJ\2014\3564.

⁷³ *Inter alia*, SSTJ 26 octubre 2006, as. C-168/05; *Mostaza Claro*, 3 junio 2009, as. C. 243/08; *Pannon GSM* o 6 octubre 2009, as. C-40/08; *Asturcom*.

⁷⁴ *Astucom*, cit. nota anterior.

considerarla ineficaz con fundamento en la existencia de un desequilibrio negocial y en la necesidad de evitar el abuso de la posición de dominio que se predica de la solicitante⁷⁵.

ATSJ Cataluña 1^a 17 noviembre 2011: “Siendo cierto que el ‘orden público’ (...), se encuentra impregnado del contenido del art. 24 CE en cuanto imposibilita el libre acceso a los Tribunales (...) no queda justificado (...) que haya sido impuesta -la cláusula arbitral- de forma coactiva mediante vicio de voluntad determinante de su nulidad⁷⁶”

B) Infracciones al orden público procesal

18. La intensa práctica en la materia permite realizar una clasificación de los supuestos en que se ha alegado la infracción del orden público procesal suscitándose su eventual aceptación por parte de los tribunales españoles

i) Ausencia de motivación. Aunque no es una cuestión admitida en todos los sistemas estatales, la jurisprudencia emanada de los TTSSJJ considera que la exigencia de motivación del laudo forma parte del denominado orden público procesal justificando que con ello “se persigue fundamentalmente evitar la arbitrariedad, por un lado, así como las razones ocultas, es decir, aquellas determinantes de la decisión que no podrían hacerse públicas sin merecer censura” (STST Andalucía 11 octubre 2013⁷⁷). Es cierto que en otros ordenamientos es admisible un laudo carente de motivación, o una renuncia de las partes a dicha motivación, pero no es éste el modelo de nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se establece en el art. 37.4^o LA, según el cual “el laudo deberá ser siempre motivado”, salvo en el caso de laudo que se limite a homologar el acuerdo entre las partes sobrevenido durante las actuaciones.

STSJ Comunidad Valenciana 26 abril 2012: “La arbitrariedad, que constituiría un claro supuesto de contravención del orden público procesal, consiste en actuar en el proceso de modo contrario a la razón y a las leyes, guiado sólo por la voluntad o el capricho⁷⁸”.

STSJ Madrid 7 febrero 2014: “La genérica vulneración del orden público, que frecuentemente se alega como causa de anulación del laudo para discutir los fundamentos en los que se basó la resolución arbitral, sólo puede prosperar cuando hubiera una ausencia notoria de motivación, que impidiera conocer las razones de la decisión, o cuando el conjunto de los argumentos del árbitro denotaran un total apartamiento de la racionalidad exigible a la resolución de la controversia, que fueran la manifestación de una notoria arbitrariedad⁷⁹”.

ii) Motivación incorrecta o arbitraria: Cosa distinta es la acción del orden público cuando la motivación del laudo es incorrecta o arbitraria. Dada las características de la acción de anulación y su carácter diverso del proceso de apelación el juez debe limitarse a controlar el resultado del laudo verificando si los árbitros han sido conscientes de que existía un problema de orden público descartado el examen de su motivación y sin que sea necesario entrar a verificar cómo han resuelto los árbitros el problema. Como se ha puesto de relieve, la acción de anulación no permite analizar la corrección en la aplicación

⁷⁵ Roj: ATS 6700/2005 - ECLI:ES:TS:2005:6700A.

⁷⁶ JUR\2012\24412.

⁷⁷ AC/1014/246.

⁷⁸ JUR\2012\297164.

⁷⁹ JUR 2014\261212.

de la Ley realizada por el árbitro, en el análisis de la cuestión de fondo, ni siquiera con respaldo en consideraciones de orden público

STSJ Cataluña 9 marzo 2015: “No pueden ser estimadas como contravenciones al orden público, cuando: Se trata de impugnar las calificaciones fácticas o jurídicas, pretendiendo una revisión del pronunciamiento arbitral, pues (...), es aplicable, por un lado, el principio de intervención mínima del art. 17 LA, y, por otro, la cuestión de fondo no puede revisarse, como regla general, por el cauce de la demanda de anulación”⁸⁰.

Dicho en otros términos, el juez no puede examinar la exactitud de la motivación del laudo a partir de la noción de orden público. De esta suerte, el orden público no puede ser utilizado como comodín para anular un laudo con respaldo en eventuales errores del árbitro⁸¹. En todo caso una motivación arbitraria o irracional solamente podrá ser estimada como contraria al orden público sin entrar en la cuestión de fondo resuelta por los árbitros.

SAP Las Palmas 5^a 30 septiembre 2008: “El laudo arbitral [...] carece de la mínima motivación jurídica exigible, pues el árbitro se limita a hacer una breve y sucinta exposición de los antecedentes formales que motivaron la nulidad del primer laudo dictado y sin más a dictar el fallo, lo que, unido a lo anterior, evidencia un choque frontal contra el orden público (art. 41.1.º f de la Ley)”, al ir en contra de los principios y normas rectoras generales que deben regir en todo procedimiento contencioso reglado, sea o no judicial”⁸².

SAP Barcelona 15^a 5 mayo 2009: “El orden público no puede entenderse violentado por una decisión arbitral con apoyo en una interpretación de las reglas negociales que no puede considerarse absurda, discriminatoria o determinante de indefensión alguna, cuando la misma se acomoda a lo que se han considerado justas atribuciones jurídicas”⁸³.

STSJ Andalucía 11 octubre 2013 “No es admisible (...) confundir la ausencia de motivación con la motivación descertada. Con un mínimo de habilidad dialéctica siempre será posible presentar una discrepancia con el sentido de la decisión como el resultado de una motivación ilógica, incoherente o deficiente, de ahí que el control de la suficiencia de la motivación deba quedar confinado a los casos en que no sea posible determinar cuál ha sido la *ratio decidendi*, sea acertada o no. No puede, pues, con la excusa de un control sobre la suficiencia de la motivación, comparar los argumentos ofrecidos con los que a juicio de la parte *debieron haberse considerado*, sino sólo comprobar si los ofrecidos en la resolución dan cuenta de por qué se decidió de un modo o de otro”⁸⁴.

STJ Cataluña 7 enero 2014 : “Ya se adopte una conceptualización amplia del orden público que incluya la vulneración de las normas de *ius cogens*, ya se parta de un concepto más estricto que incluya sólo la infracción de derechos fundamentales y libertades públicas, no cabe un concepto de orden público que pueda tener un significado tan amplio que permita que a través de él se pueda hacer valer cómo anulación del laudo arbitral cualquier infracción que tampoco se ha producido al motivar el arbitro su condena en costas de una forma y con un contenido que no resulta arbitrario, atendido el convenio arbitral”⁸⁵.

STSJ Castilla La Mancha 15 enero 2014: “Procede la desestimación de la demanda, porque fundándose la misma sobre la causa de anulación señalada en el ap. f) del art. 41.1º LA (que el laudo es contrario al orden público), resulta meridianamente claro que ninguna de las alegaciones vertidas en el escrito de demanda sobre las que se sostiene tal pretensión (aplicación indebida de una ley no vigente en el momento de la adopción de los acuerdos de la Asamblea General que dieron lugar al

⁸⁰ RJ\2015\1886.

⁸¹ J.M. Magee, “The Public Policy Exception to Judicial Deferral of Labor Arbitration Awards-How Far Should Expansion go?”, *South Carolina L. Rev.*, vol. 39, 1988, pp. 464-492.

⁸² JEA, nº 1017.

⁸³ JEA, nº 1026.

⁸⁴ AC/1014/246.

⁸⁵ RJ/2014/1183.

arbitraje cuyo laudo se pretende anular...) puede entenderse como decisiones o fundamentos contrarios al orden público procesal. Se trata de cuestiones de fondo, relativas a la interpretación de las normas aplicables o aplicadas en el laudo, tendentes en definitiva a discutir la cuantía de la liquidación (...). Por lo que resulta fuera de toda duda que el laudo arbitral no ha limitado o vulnerado el derecho de defensa ni los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad”⁸⁶.

STSJ Comunidad Valenciana 26 marzo 2014: “La acción de anulación en general y este motivo en particular no transfieren al TSJ, hoy competente para el conocimiento de la misma, la posibilidad de emitir un nuevo juicio sobre la cuestión litigiosa resuelta por los árbitros ni tampoco un re-examen sobre el fondo del asunto. A riesgo de desnaturalizar de la institución, un concepto de orden público de semejante amplitud no puede ser asumido y ello por cuanto el legislador ha impedido que el contenido del laudo-lo alegado, probado, fundamentado y fallado- sea revisable judicialmente”⁸⁷.

STSJ Cataluña 16 febrero 2015: “La instante relaciona el orden público con la falta de capacidad del árbitro y los errores padecidos por no tener conocimiento suficientes y bastantes ni experiencia contrastada sobre la materia, extremos que hemos resuelto en su relación con el nombramiento del árbitro en el fundamento precedente (...) dichos errores afirmados en la demanda de anulación del laudo, que versan: Sobre la finalidad del producto y su examen en el laudo arbitral, sobre la consideración de ‘beneficios’ o la asimetría en los intereses, valoración de las circunstancias propias de las permutas financieras de tipos interés, sobre el plazo de la permuta y el inicio de las liquidaciones así como su importe, o finalmente, sobre la valoración del producto caso de su cancelación anticipada o falta de oferta de los productos; son cuestiones que no afectan al orden público”⁸⁸.

Frente a este planteamiento consolidado la STSJ Madrid 28 enero 2015 incurre, a partir del control de orden público económico sobre el laudo, en una manifiesta revisión de fondo del asunto en toda su amplitud sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, inmiscuyéndose en la conformidad de la decisión adoptada por el árbitro, deslegitimando la institución arbitral y provocando la desconfianza de las partes que recurren al arbitraje. Es más, adopta una posición maximalista soslayando la prohibición de revisión del fondo del asunto en lo que respecta al orden público para verificar si realmente se han respetado en el arbitraje los principios de orden público o normas imperativas de importancia trascendental para el foro a través del control de todos los elementos de hecho y Derecho que permitan contrastar si realmente se han aplicado o inaplicado y, en su caso, cómo se ha hecho. Lo que, como resulta manifiesto, supone no sólo controlar el resultado, sino también la motivación.

STSJ Madrid 28 enero 2015: “En este ámbito de enjuiciamiento, no tiene por qué incidir, ni incide, en si el contrato debió ser anulado o no en función de un error esencial de consentimiento: su objeto de análisis es el laudo, cuya motivación contraviene el orden público por arbitraria, ex art. 24.1º CE, en el sentido de manifiestamente contraria a reglas legales imperativas; como sucede que, además, esas normas de *ius cogens* son expresión del principio general de buena fe contractual, y este principio, muy señaladamente en este tipo de contratos y con esta clase de contratantes, es cuestión de orden público, también se aprecia la causa de anulación del art. 41.1º.f) LA por esta circunstancia añadida”⁸⁹.

STSJ Madrid 21 julio 2015: “El árbitro incurre en un error patente en la motivación del Laudo, aplicando una norma legal, cuya reforma no afectaba al contrato celebrado entre las partes, que era de

⁸⁶ Roj: STSJ CLM 20/2014 - ECLI:ES:TSJCLM:2014:20.

⁸⁷ RJ\2014\3559.

⁸⁸ RJ\2015\1235.

⁸⁹ TOL4.761.140. Vid. mis consideraciones críticas en “Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales”, *Diario La Ley*, nº 8537, 12 mayo 2015, esp. pp. 4-5.

fecha anterior a su entrada en vigor, y en la misma basa el árbitro la desestimación de las pretensiones de la demandante, por lo que nos encontramos ante una decisión irrazonada, pues tal y como indica la jurisprudencia constitucional, el citado error equivale a una ausencia de fundamentación en Derecho, y ello implica una vulneración del art. 24 CE, y por tanto del orden público, por lo que procede estimar la demanda y declarar la nulidad del Laudo Arbitral⁹⁰.

STSJ Madrid 23 octubre 2015, “A diferencia de lo que pretende la demandada, sí puede el Tribunal de anulación fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24.1º CE. Como también puede el Tribunal de anulación fiscalizar que la motivación del Laudo no vulnera los preceptos sustantivos de la Constitución, ni excede de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro”⁹¹.

iii) Falta de justificación sistemática o insuficiencia y cómo se produce la vulneración del Derecho constitucional y, en consecuencia, del orden público en su vertiente procesal. “No basta alegar, genéricamente, que existen pronunciamientos incompletos, confusos y sistemáticamente injustificados, hay que expresar cuáles son y señalar en qué consiste la confusión” (SAP Madrid 14ª 15 septiembre 2008⁹²). El art. 41.1º.f) LA no permite invocar como motivo de anulación “cualquier error” de orden procesal o de orden material (ni siquiera imperativo); el motivo “orden público” es el único que permite un limitado control judicial sobre el fondo del laudo (SAP Madrid 14ª 15 septiembre 2008⁹³).

iv) Falta de la debida independencia o imparcialidad del árbitro o la Asociación o Institución encargada de la administración del arbitraje

SAP Madrid 9ª 5 mayo 2008: “No puede entenderse que se haya visto afectada la imparcialidad del árbitro por dichos contactos, y desde esta perspectiva no puede entenderse que el auto sea nulo en base al art. 41.1º.f) LA, pues tanto desde un punto de vista objetivo, como desde un punto de vista subjetivo, cuando el tribunal arbitral tomó su decisión no existían los contactos entre ambos despachos de abogados, debiendo estarse y examinarse esta cuestión no en base a aspectos meramente formales, como es la fecha en que formalmente aparece dictado el laudo, sino a la fecha en que el tribunal arbitral resolvió la controversia entre las partes, y remitió el laudo, para su examen formal a la Secretaría de la Corte, hechos todos ellos que se produjeron con anterioridad a iniciarse los contactos entre ambos despachos de abogados”⁹⁴.

SAP Las Palmas 5ª 30 septiembre 2008: “Las dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro, se ven en este caso completado por una incongruencia omisiva de tal calibre que determina una vulneración evidente del derecho a la defensa, lo que refuerza aún más la nulidad del laudo decretada, el cual queda sin efecto”⁹⁵.

v) Admisión de pruebas ilícitamente obtenidas o bien la indebida inadmisión de prueba o su falta de práctica imputable al tribunal arbitral, con vulneración de los principios de defensa o igualdad de las partes. No basta, pues, el mero desacuerdo con la valoración de la prueba para que opere la causal de orden público.

⁹⁰ TOL5.408.726; AC\2015\1184, *infra*, pp. 909-911 y nota de G. Stampa, *infra*, pp. 911-913.

⁹¹ Roj: STSJ M 12653/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:12653; JUR\2015\301853.

⁹² JAE, nº 1015.

⁹³ JEA, nº 1016.

⁹⁴ JEA, nº 1011.

⁹⁵ JEA, nº 1017.

SAP Madrid 28^a 14 noviembre 2008: “Lo que la impugnante califica como contrariedad del laudo al orden público no es más que desacuerdo de la impugnante con la valoración que de las pruebas practicadas ha realizado el tribunal arbitral, con la aplicación del ordenamiento jurídico realizado por el tribunal arbitral”⁹⁶.

SAP Barcelona 15^a 30 junio 2009: “No debe convertirse, en fin, el recurso a esta cláusula en una herramienta que se ofrece al tribunal para hacer viable, como causa de nulidad, la mera discrepancia con el ejercicio de valoración probatoria que pertenece a la esencia de la labor decisoria asumida por el árbitro por encargo de las partes, cuando no sea absurda ni manifiestamente contraria a las reglas de la lógica, o a ese ordenamiento de imperativa aplicación. Por ello (...) no cabe localizar la infracción del orden público en el desacuerdo con la valoración probatoria”⁹⁷.

2. Orden público interno y orden público internacional

19. Desde una perspectiva doctrinal, el orden público interno viene conformado por todas las disposiciones o principios imperativos de un sistema jurídico, no derogables por voluntad de las partes. En contrapartida, el orden público internacional es un concepto más restringido, que hace referencia a aquellas normas o principios esenciales, o de imperatividad reforzada, que impiden la aplicación de una norma extranjera que pueda derogarlos. Orden público interno y orden público internacional suelen representarse desde una perspectiva doctrinal a partir de una figura de círculos concéntricos, correspondiendo el círculo interior al segundo, de suerte que la norma de orden público internacional se inscribe en el orden público interno pero no a la inversa. El espacio que se sitúa en la corona circular ofrece en el tráfico externo una nota de carácter dispositivo, en tanto que la autonomía de la voluntad en las situaciones de tráfico interno queda en el exterior de la circunferencia mayor. Esta interpretación ha sido objeto de crítica en el sentido de que una división que tome como punto de referencia la inscripción del orden público internacional en un círculo que contenga una parte de Derecho material interno implica, en definitiva, su solapamiento con la noción de normas imperativas; y, además, incurre en una imprecisión, por cuanto la expresión “orden público internacional” parece indicar una realidad enraizada en exigencias del comercio internacional y no el marco del “orden público interno”.

Sin embargo, el ejemplo gráfico de los círculos concéntricos es operativo desde un doble punto de vista. En primer término, porque nada impide que en el círculo referido al orden público internacional se contengan principios de imperatividad absoluta extraídos bien de las disposiciones materiales internas o bien de los textos convencionales internacionales de aplicación en el foro. En segundo término, porque los principios que se sitúan en la corona circular pueden distinguirse, a su vez, tanto de las normas imperativas propias del Derecho internacional privado como de la excepción de orden público internacional que se inscribe en el primer círculo.

20. Aplicando esta construcción al arbitraje el orden público internacional tendría como función seleccionar únicamente aquellos modelos de normas,

⁹⁶ *JEA*, n^o 1018.

⁹⁷ *JEA*, n^o 1030.

pertencientes al orden público interno de cada Estado, que estrictamente deben ser aplicadas a las controversias arbitrales de tráfico privado externo. Ello ha dado lugar a una importante polémica entre los que defienden que el carácter arbitrable de una controversia debe ser resuelto de conformidad con la noción de orden público interno, con respaldo en la libertad de cada Estado para establecer la extensión de las materias que considera arbitrables y los partidarios de una suerte de “autonomía deslocalizada” de la arbitrabilidad respaldada, precisamente, en la noción de orden público internacional. La jurisprudencia, sin embargo, tiende a asimilar ambas nociones.

STSJ País Vasco 18 febrero 2013: “Siendo éste el contenido imprescindible del orden público (que lo es por igual, del orden público interno, del orden público internacional y, en consonancia con los convenios internacionales de derechos fundamentales, también del orden público transnacional) que ha de ser tenido en cuenta en la función de control postarbitral de un laudo recaído en un procedimiento arbitral, ya se trate de un arbitraje interno o de un arbitraje internacional”⁹⁸.

21. En todo caso el orden público internacional posee esencialmente una función correctora operando como un mecanismo de defensa que permite al juez del ejecutivo a rechazar la ejecución de una sentencia extranjera cuando es contraria al mismo⁹⁹. Y debe dejarse bien sentado que el control del laudo a través de la causal de orden público ofrece una dimensión enraizada íntimamente en los criterios de la *lex fori*, baste atender a que la Convención de Nueva York de 1958 no establece previsión alguna acerca del alcance de la reserva de orden público dejando esta materia a la apreciación de los Estados¹⁰⁰.

A partir del planteamiento anterior, la expresión orden público internacional se utiliza en las Recomendaciones de la ILA (2002)¹⁰¹ para designar el conjunto de principios y reglas reconocidos por un Estado que, por su particular naturaleza, pueden impedir el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral dictado en un arbitraje comercial internacional, cuando ese reconocimiento o ejecución puede implicar la violación de esos principios o reglas, bien como consecuencia del procedimiento seguido en el arbitraje en el cual se ha dictado el laudo (orden público internacional procesal, bien como consecuencia del contenido del propio laudo (orden público internacional sustantivo). Esta definición de orden público internacional se basa en dos consideraciones esenciales: i) El concepto de orden público internacional que ha de tenerse en cuenta a la hora de examinar la procedencia o improcedencia de una solicitud de reconocimiento de un laudo extranjero es el del Estado ante el que se solici-

⁹⁸ Roj: STSJ PV 317/2013; Cendoj: 48020310012013100003.

⁹⁹ H. van Houtte, “From a National to a European Public Policy”, *Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Nueva York, Transnational Publishers Inc., 2002, pp. 841 ss, esp. 842; H. Arfazadeh, “In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 13, 2002, pp. 43-64; C. Esplugues Mota, “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards in Spain and Public Policy”, *Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and Ordre Public*, (R. Stürmer y M. Kawano, eds.), Tubinga, Mohr Siebeck, 2011, pp. 345-356.

¹⁰⁰ Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, París, Dalloz, 2001. p. 151.

¹⁰¹ *Arb. Int'l.*, vol. 19, n° 2, 2003, pp. 217 ss.

ta el reconocimiento, y no, desde luego, el de aquellos Estados con los cuales el laudo arbitral pueda guardar conexión (tales como el Estado donde se ha dictado el laudo, el Estado o los Estados donde se encuentren domiciliadas las partes, o el Estado donde se deba cumplir la obligación que es objeto de la demanda arbitral); ii) El orden público internacional comprende tanto las normas procesales esenciales que han de respetarse en toda clase de procedimientos arbitrales como el respeto a las normas esenciales de carácter sustantivo que configuran el orden público del país del foro.

Siguiendo con las Recomendaciones de la ILA, el orden público internacional de cualquier Estado incluye: (i) los principios fundamentales de justicia o moralidad que un Estado desea proteger; (ii) las reglas diseñadas para servir a los intereses esenciales de naturaleza política, social o económica de ese Estado, que se conocen como reglas de orden público; y (iii) el deber de un Estado de respetar sus obligaciones para con otros Estados u organizaciones internacionales. Dichas Recomendaciones reflejan los tres elementos esenciales del orden público internacional, a saber, i) los principios esenciales de justicia y moralidad que el Estado busca respetar, aunque no dependa de ello la esencia misma de su orden social y político; ii) las denominadas leyes de policía o, simplemente, de orden público, y, por último; y, iii) las obligaciones internacionales asumidas por ese Estado frente a otros Estados o frente a organizaciones internacionales.

IV. Hacia una unificación de doctrina sin detrimento de la agilidad de los procedimientos judiciales

21. La importancia del control jurisdiccional de los laudos arbitrales, dentro de unos límites desglosados de la práctica, ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia española, que se ha movido en esta materia con carácter ejemplar hasta la fecha. En este marco la apreciación del orden público ha discurrido en unos términos adecuados al no conferírsele, con carácter apriorístico un efecto automáticamente excluyente de lo realizado por los árbitros. De un lado, la causal ha quedado prácticamente eliminada del sector del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros; de otro, se ha delimitado convenientemente, en expresivo contraste con la frecuencia con que ha sido invocado por las partes para intentar anular el laudo arbitral manera autónoma, o para reforzar en tal pretensión otras causales previstas en el art. 41 LA.

Si nos centramos en el millar de decisiones que han pronunciado los Tribunales Superiores de Justicia desde 2011, la situación descrita, de apreciación restringida del orden público, no ha variado en términos generales pudiendo contarse con una doctrina, reflejada en las páginas anteriores, plenamente acorde con un modelo de arbitraje ajustados a las necesidades contemporáneas y al practicado en los países más favorables a este procedimiento de arreglo de controversias.

Sin embargo este panorama ha contado desde el año 2015 con un parecer discrepante, que ha quebrado los principios consolidados de mínima inter-

vención en el sector¹⁰², del carácter no automáticamente excluyente del orden público y de no revisión del fondo del laudo. Dicho parecer, sin embargo, no puede generalizarse. Proviene únicamente de una Sala de lo Civil y Penal de uno de los diecisiete Tribunales Superiores de Justicia competentes para estos menesteres y cuenta, además, con la posición discrepante del presidente de dicha Sala.

22. No es el momento de volver al debate que tal actitud ha deparado en medios arbitrales, vinculado a la conveniencia de someter a arbitraje por medio de un contrato de adhesión las controversias entre clientes minoristas y contrapartes elegibles¹⁰³, sino de reflexionar sobre la inexistencia en España de un modelo no unificado de control de los laudos, que evite estas posiciones heterodoxas.

La reforma de la LA/2003 practicada en 2011 dio un paso en esa dirección pero sin resolver la cuestión que nos ocupa. Acaso una suerte de recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, como el contemplado en el art. 490 LEC, o de recurso de casación para unificación de doctrina del tenor de los arts. 216 y 217 de la Ley de Procedimiento Laboral pudiera, ser una vía de solución a esta paradójica situación y afrontando el reto de compatibilizar que los Tribunales Superiores culminen la organización judicial por territorios, querido por el art. 152.1º de la Constitución. Esta opción no es nueva en el sistema español¹⁰⁴ y tendría la virtud de unificar, sin modificar el contenido de la decisión y sin volver a posiciones periclitadas¹⁰⁵,

¹⁰² ATS 1ª 15 noviembre 2005: “Es consustancial al arbitraje (...) la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y en favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad (...) de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje”, *JEA*, nº 748; *vid.*, *inter alia*, AATS 1ª 21 febrero 2006, RJ 2006\1881; 7 febrero 2012, JUR\2012\62052; ATSJ País Vasco 19 abril 2012, *JEA*, nº 10; STSJ Comunidad Valenciana 16 septiembre 2013, JUR\2013\325056”.

¹⁰³ *Vid.* la posición de la parte vencedora en la STSJ Madrid 28 enero 2015, a cargo de J. Ruiz de Villa y P. Franquet, “¿Efecto mariposa?: nulidad de laudo sobre un swap por vulneración del orden público”, *Abogacía Española*, 18 enero 2016, <http://www.abogacia.es/2015/06/11/efecto-mariposa-nulidad-de-laudo-sobre-un-swap-por-vulneracion-del-orden-publico/>. *Vid.*, sobre la cuestión de fondo, I. Gomá Lanzón, “El arbitraje de las preferentes: ¿un nuevo “producto híbrido?””, *El Notario del siglo XXI*, nº 50, 2013, pp.

¹⁰⁴ Como pusiera de relieve B. Cremades, “Las Cámaras de Comercio manifestaron en el año 2003 su conformidad a la agilización de la labor judicial de apoyo y control del arbitraje, pero también que era el momento de pensar en cauces procesales que permitieran la unificación de doctrina; en el recurso en interés de la Ley que permite la unificación de doctrina, sin modificación de la ejecutoria; en garantizar la agilidad de los procedimientos judiciales de apoyo y control al arbitraje, pero estableciendo un cauce para que se pudiera en interés de la Ley establecer la doctrina correcta frente a contradicciones en las decisiones jurisdiccionales” (*cf.* “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, *Diario La Ley*, nº 7024, 2008).

¹⁰⁵ Recuérdese la opción del art. 1.732 LEC/1889 de imponer el recurso de casación contra los laudos en arbitrajes de derecho en los supuestos de haber resuelto los árbitros puntos no sometido a su decisión, o de haber dictado el laudo fuera del plazo señalado en la escritura de compromiso o en la prórroga.

ciertas cuestiones conflictivas como el empleo del orden público en el proceso de anulación de los laudos arbitrales. Más concretamente, ante la existencia de decisiones diversas procedentes de los diversos Tribunales Superiores de Justicia, cabría habilitar la posibilidad de que, por ejemplo, el Ministerio Fiscal, una Cámara de comercio, un Colegio de abogados o una Corte de Arbitraje pudieran recurrir ante el Tribunal Supremo, en interés de la ley, y sin que se modifique la decisión a los efectos de los que intervienen en el procedimiento arbitral, para que se pronuncie sobre la doctrina que debe seguirse en el futuro respecto a la materia controvertida.

Un mecanismo así establecido debería evitar, por descontado, que se pusiera en peligro la necesaria agilidad de los procesos judiciales en este particular sector. La puesta en marcha del recurso que se propugna debería evitar, en todo caso, la producción de dilaciones indebidas. Si atendemos a que, por ejemplo, la duración de la casación se sitúa en torno a los diez años, quedarían totalmente desvirtuados los propios fines del arbitraje.

**Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de la
Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal,
Sección Primera) nº 1/2014, de 7 enero 2014**

Acción de anulación.– Motivos.– Laudo contrario al orden público.– Indefensión.– Prueba pericial.– Árbitro que hace recaer toda la responsabilidad en el actor.– Conducta del actor equivalente a una suerte de desistimiento o renuncia de su pretensión.– Limitación de su posibilidad de defensa.– Árbitro que no valora por igual la actitud de ambas partes.– Estimación.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Ferrer Gutiérrez.

Partes: *Marazzi Iberia Sau.*

Fuente: RJ\2014\1816.

Normas aplicadas: Art. 41.1º f) LA.

No cuestionamos que el árbitro haya podido hacer aplicación analógica de las normas que sobre la carga de la prueba se contienen en el art. 217 LEC (lo que también es objeto de crítica por el actor), ya que a pesar de haber sido introducido dicho precepto en nuestra ley procesal a través de la Ley 1/2000, en definitiva no deja de ser un principio básico de carácter general dentro de nuestro Derecho, vigente incluso bajo el imperio de la primitiva LEC, si bien construido sobre la base o en desarrollo del art. 1214 Cc relativo a la prueba de las obligaciones. Ahora lo que sí será censurable, es que si pretende efectuar una aplicación tan radical de dicho principio, hasta el extremo que se ha centrado exclusivamente en la actitud del actor, o mejor dicho, ha imputado totalmente la falta de práctica de la prueba pericial inicialmente prevista a su pasividad, haciendo completa abstracción de los restantes documentos obrantes en la causa, parte de los cuales por lo visto llegaron a ser reconocidos durante la contestación a la demanda, y de la conducta del demandado que por lo visto pudiera haber hecho una aportación parcial de los documentos requeridos (...), o que pudieran contener una información sesgada o con falta de concreción que a su vez le impide a la contraparte cumplir la carga que por su parte le incumbía. Hubiera sido exigible que constara claramente acreditado que realmente ha existido por parte del actor esa pasividad, esa dejación de derecho que de forma tan alegre se le imputa, ya que una aplicación tan radical del principio, puede generarle una efectiva indefensión, tanto por desconocer

la actividad probatoria efectivamente practicada, como por no serle total y personalmente imputable la pasividad que se le imputa.

[...]

SEXTO: Tal como señala la ya referida sentencia esta Sala (nº 14/2012) tenemos declarado respecto al ap. f) del art. 41.1º, que el orden público, como concepto jurídico indeterminado que es, resulta una figura confusa y de difícil concreción, tradicionalmente unido al conjunto de valores que, considerados intangibles, constituyen el fundamento de una sociedad soberana en un momento y una realidad histórica determinada. En la actualidad, sin embargo, con un fin delimitador del concepto, viene entendiéndose que dichos principios tienen naturaleza constitucional y han de identificarse con los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución Española (STC 54/1989, de 23 de febrero). Así las cosas no cabe relacionar el orden público con el conjunto de normas de un sistema jurídico no renunciables por las partes. Al carácter imperativo de las mismas ha de unirse necesariamente su trascendencia constitucional, más concretamente referida a los derechos fundamentales y libertades públicas a que se remite el art. 53.1º CE.

Configuración que puede determinar que este concepto se superponga a otras de las causas contenidas en el art. 41.1º LA, lo que hace que debe dársele a la par una configuración negativa que hace que se incluya en la misma aquellas contravenciones que no puedan tener cabida en cualquiera de las otras causas. Lo que nos conduciría a reservar para la letra a) los problemas de constitucionalidad o legalidad del acuerdo o de arbitrabilidad de la controversia y para la letra b) las principales infracciones de los derechos de defensa de las partes en el arbitraje. Atribuyéndosele a la letra f), por el propio marco en que nos movemos un marcado carácter procesal, vinculándose básicamente a los derechos recogidos en el art. 24.1º y 2º CE como podrían ser entre otros: ausencia de motivación, existencia de cosa juzgada, parcialidad del árbitro, infracción del principio de igualdad o prueba ilícita.

SEPTIMO: Las anteriores consideraciones nos permitirán admitir la queja deducida, ya que no cuestionamos que el árbitro haya podido hacer aplicación analógica de las normas que sobre la carga de la prueba se contienen en el art. 217 LEC (lo que también es objeto de crítica por el actor), ya que a pesar de haber sido introducido dicho precepto en nuestra ley procesal a través de la Ley 1/2000, en definitiva no deja de ser un principio básico de carácter general dentro de nuestro Derecho, vigente incluso bajo el imperio de la primitiva LEC, si bien construido sobre la base o en desarrollo del art. 1214 Cc relativo a la prueba de las obligaciones. Ahora lo que sí será censurable, es que si pretende efectuar una aplicación tan radical de dicho principio, hasta el extremo que se ha centrado exclusivamente en la actitud del actor, o mejor dicho, ha imputado totalmente la falta de práctica de la prueba pericial inicialmente prevista a su pasividad, haciendo completa abstracción de los restantes documentos obrantes en la causa, parte de los cuales por lo visto llegaron a ser reconocidos durante la contestación a la demanda, y de la conducta del demandado que por lo visto pudiera haber hecho una aportación parcial de los documentos requeridos (ya de partida deja de aportar los modelos 347 correspondientes a los años 2003-2004), o que pudieran contener una información sesgada o con falta de concreción que a su vez le impide a la contraparte cumplir la carga que por su parte le incumbía. Hubiera sido exigible que constara claramente acreditado que realmente ha existido por parte del actor esa pasividad, esa dejación de derecho que de forma tan alegre se le imputa, ya que una aplicación tan radical del principio, puede generarle una efectiva indefensión, tanto por desconocer la actividad probatoria efectivamente practicada, como por no serle total y personalmente imputable la pasividad que se le imputa.

A este respecto, tal como señala la STS, Sala 1ª, nº 415/08 de fecha 19 de mayo, la efectividad de la indefensión requiere la concurrencia de determinados requisitos, entre los que cabe destacar: Que el análisis de la indefensión se realice siempre en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso (STC 145/1986, de 24 de noviembre); Que se produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida poder defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso jurisdiccional (SSTC 186/1998, 145/1990,

230/1992, 106/1993, entre otras muchas), y que ese menoscabo esté en relación con la infracción de normas procesales y no responda a otras causas, y; Que la indefensión no haya sido provocada por la parte que la invoca (STC 57/1984, de 8 de mayo), bien a través de un comportamiento negligente o doloso (SSTC 9/1981, 1/1983, 22/1987, 36/1987, 72/1988 y 205/1988), bien por su actuación errónea (STC 152/1985, de 5 de noviembre), o bien por una conducta de ocultamiento en aquellos supuestos en los que el motivo invocado para instar la nulidad se funda en la falta de emplazamiento, incluso en el caso de que la misma la hubiese provocado la imprecisa técnica en la utilización de los medios procesales previstos por el ordenamiento (STC 109/1985, de 8 de noviembre).

Lo que nos lleva a afirmar que en el presente caso se ha producido dicha indefensión, dado que el árbitro hace recaer toda la responsabilidad en el actor, hasta el extremo de hacer su conducta equivalente a una suerte de desistimiento o renuncia de su pretensión. Cuando lejos de ello, después de haberse aceptado que la decisión se adoptaría sobre la base de un informe pericial, en el que por lo visto a tenor del contenido del laudo se pretendía hacer recaer el peso de la decisión económica, se inician los trámites correspondientes para su desarrollo, para lo que comienza el demandado haciendo aportación de los modelos 347, resultando que se aportan tan solo parte de los ejercicios a que se refiere la reclamación, y que por su forma de elaboración o redacción, por lo visto no le era posible discriminar a que clientes o servicios se refiere. Lo que le lleva a hacer no una, sino siete peticiones tendentes a lograr su complementación, lo que desde luego entendemos por el propio papel que en orden al impulso procesal, tanto en lo referente al desarrollo del proceso, como de cada una de sus fases, entre las que se incluiría cada una de las pruebas, le hubiera sido exigible al árbitro hacer alguna precisión al respecto, dada la incertidumbre que genera en el actor respecto de la posición que debe adoptar ante lo que entiende una posición que restringe el papel que dentro del proceso de generación de la prueba habían convenido, ya que podría verse sensiblemente limitada su posición a la hora de discriminar los clientes a que se refiere su reclamación. Resolución que perfectamente podría ser la que acordó por virtud de Acuerdo de fecha 19 abril 2013, siempre y cuando lo hubiera hecho dentro de un plazo razonable, o cuando menos en un momento que permitiera a la parte actuar en consecuencia, y no a la par que se acuerda cerrar la fase probatoria, en que no solo limita su posibilidad de defensa al frustrarse de esta manera la generación de la prueba en que al parecer se hace descansar la totalidad de la resolución, sino que también, en contra de lo resuelto, realmente no valora por igual la actitud de ambas partes, dado que ninguna mención se contiene respecto de la actitud de la contraparte, pese a que debería haber hecho una aportación de una documentación que según lo acordado se situaría en la base de la generación de la prueba pericial, lo que no hizo al menos respecto a los dos ejercicios omitidos, por lo que ya en este aspecto se hace cuestionable que sea imputable exclusivamente al actor esa frustración, o cuanto menos proveyendo oportunamente a la petición de la parte, clarificar que documentos o que procedimiento supliría dicha omisión a fin de practicar la prueba pericial, ya que no olvidemos que esa aportación inicial de los modelos 347 se presenta como esencial. No pudiendo dejar de mencionar que pese a que precisamente, entre otros motivos, era la profusión de la prueba documental la que justificó la prórroga del plazo para dictar el laudo, llama la atención que luego no se ha valorado la misma, supliendo en la medida de lo posible esa omisión, ni se ha discriminado mínimamente la actitud de una y otra parte, pese a que se anunció que se haría. Lo que ante la radical limitación que su derecho de defensa ha supuesto está pasividad de la Corte en orden a dotar al expediente de un adecuado impulso, pese a lo cual se ha hecho recaer íntegramente sobre el actor las consecuencias de ello, aun cuando no se le puede entender totalmente imputable esa parte, que desde luego por el número de peticiones y escritos dirigidos a la misma, no se puede entender haya adoptado una actitud pasiva o negligente en la defensa de su posición, cuyas peticiones ignoramos si debieron haber sido admitidas, pero sí podemos afirmar que debió recibir una adecuada respuesta en tiempo hábil, que ante la misma le permitiera obrar en consecuencia.

La estimación de esta causa hará innecesario valorar los restantes alegatos efectuados por la parte en orden a la falta de valoración de la prueba, debiendo excluir igualmente su queja en torno a la prórroga del término para dictar el laudo, que funda en el hecho de que pese a justificarlo en la magnitud de la prueba documental aportada, así como en la prueba pendiente de práctica, luego no se valoró aquélla, ni se adoptaron las necesarias disposiciones para el impulso de estas, ya que aun

cuando hemos detectado cierta pasividad, a tenor de la redacción del art. 37.2º LA, salvo acuerdo en contra, que en el presente caso no consta, cualquier incumplimiento de estos plazos no determinará la ineficacia del laudo.

OCTAVO: Mención especial merece lo relativo al informe jurídico, dado que en este caso el árbitro fue muy preciso en torno al tema de la prescripción, ya que durante la comparecencia de fecha 21 de noviembre aun cuando se reservó la decisión para el laudo, no por ello dejó de sentar las bases que habrían de determinar su decisión (que luego recoge en el laudo), concretamente las fechas a partir del cual se debería entender prescrita la acción, requiriendo al actor para que aportara justificación documental de cualquier reclamación que interrumpiera el lapso por el determinado, haciendo la precisión que a estos efectos tomaba en consideración el auto de la Sección 18 de la AP de Madrid, negándole expresamente efecto a cualquier diligencia que se hubiera podido realizar, tanto en dicho órgano como en el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Leganés de origen, en ejecución del mismo, excluyendo así de forma particular notificaciones y desglose de documentos. Entendiendo igualmente que cuando se formula la petición de diligencias preliminares ante los Juzgados de Castellón ya estaría prescrita la acción. Por lo que el informe jurídico, totalmente improcedente, ya que no deja ser equívoco a cualquier alegato que él personalmente pudo y debió hacer, pero en el momento procesalmente oportuno, tiende sencillamente a cuestionar la decisión del árbitro en el sentido de no tomar en consideración a efectos interruptivos la petición que efectúa del desglose de los documentos ante el Juzgado de Leganés, y si es cierto que aporta documentos junto al mismo, pero en refuerzo de su argumentación ya rechazada, sin llegar a aportar ningún documento que presente las características o las condiciones a que se refería el requerimiento. Por lo que si podríamos haber censurado la actitud del árbitro, al desglosar tanto el informe como los documentos adjuntos, pero siempre y cuando entre estos últimos hubiera alguno que se ajustara a los límites del requerimiento, lo que desde luego no ocurre.

NOVENO: EL pronunciamiento sobre costas ha de ajustarse a lo dispuesto en el art. 394 LEC, precepto aplicable ante la falta de disposición expresa en la normativa de arbitraje y la remisión procedimental que allí se efectúa al juicio verbal. En consecuencia, ante el carácter de la presente resolución, no procederá efectuar especial pronunciamiento en torno al pago las costas procesales.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº 27/2014 de 20 mayo 2014

Acción de anulación.– Arbitraje de equidad.– Ausencia de resolución por el árbitro sobre cuestiones no sometidas a su consideración.– Aclaración: eventual modificación del fallo.– Prórroga del contrato de arrendamiento y condena adicional a la misma al pago de una indemnización en caso de no cumplirse esa obligación.– Corrección de las importantes asimetrías o desigualdades que se podrían producir para el caso de que no se alcanzase el acuerdo de prórroga del contrato en el plazo de tres meses.– Congruencia del laudo arbitral: incongruencia *extra petita*.– Desestimación.

Ponente: Ilma. Sra. Susana Polo García

Partes: *San José Desarrollos Inmobiliarios, S.A. / Meliá Hotels Internacional, S.A.*

Fuente: JUR\2014\260881.

Normas aplicadas: Art. 41. 1º. b), c), d) y f) LA.

Según lo pactado, estamos ante un arbitraje de equidad (ex aequo et bono) que significa de acuerdo con lo correcto y lo bueno, o desde la equidad y la conciencia, que se da cuando el tribunal arbitral resuelve conforme a sus conocimientos profesionales y técnicos, pero obviamente sin olvidar los principios del derecho general o natural y público, además de lo establecido en el contrato entre las partes.

En un arbitraje de equidad, el árbitro o el tribunal arbitral de equidad puede actuar corrigiendo importantes asimetrías o desigualdades que debidamente justificadas le permiten apartarse de la norma jurídica general, que para un caso específico puede no ser aplicable. Sin embargo esto no significa que no se respeten las leyes o ser “arbitrario” sino que se deberá actuar en el marco de los principios reconocidos del Derecho.

El arbitraje de equidad tiene su base en las condiciones fácticas del caso específico, lo que aunada a la flexibilidad, da como resultante una mayor restrictividad, por lo cual es posible apartarse de la aplicación de las normas jurídicas estrictas, cuando los hechos especiales del caso así lo requieran, para que la resolución o resoluciones sean equitativas o justas. Adicionalmente en los arbitrajes de equidad el árbitro o tribunal arbitral debe evaluar las pruebas y justificar en el laudo arbitral de equidad la resolución o resoluciones contenidas en el mismo. De tal manera que las bases de equidad parten de los hechos, los que se evalúan y justifican (pueden derivarse de métodos o técnicas conocidas en el sector) una determinada decisión considerando inclusive las particularidades de la controversia planteada.

PRIMERO: *Causa de nulidad:* En primer lugar, con invocación de los aps. f), d), c) y b) art. 41.1º LA, se alega en la demanda, como causa de nulidad del laudo arbitral, que la aclaración modifica el Fallo del Laudo al establecer como obligatoria para San José la prórroga del contrato de arrendamiento, y la condena adicional a la misma al pago de una indemnización a favor de Meliá en caso de no cumplir esa obligación, por lo que ello es contrario al orden público, no se ajusta al acuerdo entre las partes, es incongruente porque resuelve sobre cuestiones no sometidas al conocimiento del árbitro o a su decisión, así como vulnera el derecho de defensa, por no haber sido ello pedido ni discutido en el procedimiento, por lo que solicita la anulación del Laudo en lo que respecta a los pronunciamientos sobre la obligación de prorrogar el Contrato y las consecuencias de su incumplimiento; y, en segundo lugar, para el supuesto de estimar que la Aclaración no modifica el Laudo, con invocación del ap. c) del art. 41.1º LA, alega que el Laudo resuelve sobre cuestiones no sometidas a su conocimiento, al prorrogar el contrato de arrendamiento, solicitando con carácter subsidiario la anulación de los apartados séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo, duodécimo y decimotercero del Laudo.

SEGUNDO: Debe recordarse, en primer término, que la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cues-

tiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el art. 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Al respecto la STS de 15 septiembre 2008 establece que “[...]”

Por el demandante, como hemos señalado, se alegan, en primer lugar, cuatro causas de nulidad del laudo aclaratorio, pero todas ellas tienen la misma base, su discrepancia con el pronunciamiento de éste último, al establecer como obligatoria para San José la prórroga del contrato de arrendamiento, y la condena adicional a la misma al pago de una indemnización a favor de Meliá en caso de no cumplir esa obligación, lo que según la misma, no aclara sino que modifica el Fallo del Laudo, por lo que entiende que no se ajusta al acuerdo entre las partes, infringe el orden público, así como, que incurre en incongruencia, pues ello no fue pedido en la demanda, y además, no ha sido objeto de debate, por lo que también se infringe el derecho de defensa.

Para la resolución de la cuestión que plantea el demandante, debemos centrar los cuatro motivos, en la vulneración del principio de invariabilidad de las resoluciones que ponen fin tanto a los procedimientos judiciales, como a los arbitrajes, integrado en el principio de tutela judicial efectiva del art. 24 CE, al entender que el árbitro ha utilizado indebidamente el cauce del art. 39.1º.d) LA, ya que, la cuestión que modifica, es una cuestión no sometida a arbitraje y no había sido planteada y debatida a lo largo del procedimiento.

En primer término debemos partir de que, según lo pactado, estamos ante un arbitraje de equidad (*ex aequo et bono*) que significa de acuerdo con lo correcto y lo bueno, o desde la equidad y la conciencia, que se da cuando el tribunal arbitral resuelve conforme a sus conocimientos profesionales y técnicos, pero obviamente sin olvidar los principios del derecho general o natural y público, además de lo establecido en el contrato entre las partes.

En un arbitraje de equidad, el árbitro o el tribunal arbitral de equidad puede actuar corrigiendo importantes asimetrías o desigualdades que debidamente justificadas le permiten apartarse de la norma jurídica general, que para un caso específico puede no ser aplicable. Sin embargo esto no significa que no se respeten las leyes o ser “arbitrario” sino que se deberá actuar en el marco de los principios reconocidos del Derecho.

El arbitraje de equidad tiene su base en las condiciones fácticas del caso específico, lo que aunada a la flexibilidad, da como resultante una mayor restrictividad, por lo cual es posible apartarse de la aplicación de las normas jurídicas estrictas, cuando los hechos especiales del caso así lo requieren, para que la resolución o resoluciones sean equitativas o justas. Adicionalmente en los arbitrajes de equidad el árbitro o tribunal arbitral debe evaluar las pruebas y justificar en el laudo arbitral de equidad la resolución o resoluciones contenidas en el mismo. De tal manera que las bases de equidad parten de los hechos, los que se evalúan y justifican (pueden derivarse de métodos o técnicas conocidas en el sector) una determinada decisión considerando inclusive las particularidades de la controversia planteada.

En el presente caso, en el laudo arbitral aclaratorio, en primer lugar, se analiza de forma pormenorizada, con cita jurisprudencial de las sentencias de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Constitucional, la naturaleza de la aclaración a la que se refiere el art. 39.1º.a) y b) LA, y del complemento al que se refiere el ap. 1. c), tras la reforma de la Ley, y así va dando respuesta todas las peticiones aclaratorias formuladas por Meliá, rechazando la que titula “reforma de los baños”, también se rechazan las aclaraciones/complementos que se hacen con respecto a la Instalación de Climatización, afirmando que la solución alternativa que se propone excede del ámbito aclaratorio, y también la relativa a la posibilidad de compensar cantidades que, eventualmente, en aplicación del Laudo pudiera adeudar San José a Meliá, contra los importes de renta fija y variable del establecimiento, por el mismo motivo. [...]

De lo analizado, acordado por el árbitro, no podemos concluir, tal y como hace la demandante, que el laudo aclaratorio no se ajusta al acuerdo entre las partes, infringe el orden público, incurre en

incongruencia, o que lo acordado no ha sido objeto de debate, sino todo lo contrario, se trata de una previsión de las consecuencias del incumplimiento de la decisión adoptada en el laudo arbitral, para mantener el equilibrio del acuerdo, al que se hace mención en la cláusula undécima del mismo, donde aparece una explicación completa y, a juicio de esta Sala, de todo punto convincente, en la que el árbitro dirimente aclara los motivos de su proceder, que no solo no exceden del estricto cumplimiento de lo que, en su día se le encomendó, sino que tienen un componente didáctico meritorio, dentro de la labor encomendada de arbitraje de equidad, intentando corregir con su pronunciamiento, importantes asimetrías o desigualdades, que se podrían producir para el caso que no se alcanzara el acuerdo de prórroga del contrato en el plazo de tres meses fijado en el laudo arbitral, siempre haciendo referencia a la voluntad de las partes que se plasma en el Acuerdo adoptado por las mismas en fecha 30 noviembre 1999, además, la solicitud de aclaración formulada por Meliá que se le dio curso conforme a lo previsto en los arts. 37 y 39.2º LA, cumpliéndose así el trámite de audiencia exigido legalmente.

TERCERO: Por la demandante, con carácter subsidiario, se alega que en el supuesto de estimar que la aclaración no modifica el Laudo de 9 septiembre 2013, con invocación del ap. c) del art. 41.1º LA, alega que el Laudo resuelve sobre cuestiones no sometidas a su conocimiento, al prorrogar el Contrato de Arrendamiento, solicitando con carácter subsidiario la anulación de los apartados séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo, duodécimo y decimotercero del Laudo.

En general, la congruencia de los laudos arbitrales y la de las resoluciones judiciales exige un ajuste racional del fallo con las pretensiones de las partes y con sus hechos fundamentadores, referido tanto a la base fáctica de la acción como al componente jurídico de la misma. En este sentido, la congruencia puede producirse por omisión o *ex silentio*, cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes –siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución–; o por exceso, por conceder más de lo pedido –*ultra petitum*–, o por otorgar algo distinto de lo pedido –*extra petitum*– (SSTC 40/2006 de 13 febrero y 83/2009 de 25 marzo).

Ahora bien, centrandó el análisis en la incongruencia por exceso *extra petita*, la misma se refiere al desajuste entre el fallo y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, y además para que la misma tenga transcendencia es preciso que suponga “una modificación sustancial del objeto procesal “con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, impidiéndole ejercitar oportunamente su derecho de defensa” (STC 3/2011 de 14 febrero. FD 3).

Aplicando la anterior Jurisprudencia la caso analizado, llegamos a la conclusión, de que el fallo del laudo arbitral no es incongruente, pues se corresponde con los términos en que las partes realizaron sus pretensiones, ya que Meliá no solo contestó a la demanda, sino que formuló demanda reconvenicional en la que solicitaba que se declarara que San José había incumplido sus obligaciones del Acuerdo Marco de 2 octubre 2001 y las de mantenimiento y obras del Hotel contenidas en el contrato de arrendamiento de industria de 18 diciembre 2001, así como que se condenara a San José a realizar a su costa, en coordinación con Meliá las obras descritas en el informe pericial de CBRE, y que en caso que no las ejecutara voluntariamente en el plazo de un mes se le condenara a pagar a Meliá el coste de ejecución de obras, que se condenara a San José en la cantidad de 1.194.532,85€ por ganancias dejadas de obtener, y a la suma de 280.080 € por el exceso de gastos de mantenimiento, alegando San José que se desestimara la reconvenición.

Además, Meliá en su escrito de conclusiones de 31 mayo 2013 reitera todos los argumentos de la demanda y reconvenición y “pone especial énfasis” (...), en las obras realizadas de mutuo acuerdo en los años 1999–2001, y San José en su escrito de conclusiones, subsidiariamente, interesó que si se estimaba la necesidad de realizar obras, se estableciera una proporción en el pago, y que el árbitro determinara que las obras se debían ejecutar por San José en el plazo de 6 a 12 meses desde la notificación de la obtención de licencias, permisos etc, con una serie de medidas en su realización que se debían pactar en el plan de ejecución para no entorpecer la explotación del hotel y su actividad.

Si bien, de lo anterior no se deduce una petición expresa de las partes de prórroga del contrato, lo cierto es que ello es consecuencia lógica de lo alegado por San José en su escrito de conclusiones, anteriormente referido, en el que interesaba que si se estimaba la necesidad de realizar obras se estableciera “una proporción en el pago”, y también de lo decidido en el Laudo, y que es analizado de forma pormenorizada por el árbitro que resuelve la cuestión conforme lo pactado expresamente por las partes en sus acuerdos contractuales y los actos coetáneos y posteriores de las mismas (ap. 188) haciendo mención reiterada el árbitro, a que los “actos propios” vinculan a San José, como sucesor universal de los anteriores propietarios (Parque Sol y Cumra) y como tal no puede alterar los actos y acuerdos con los mismos, analizando el Acta de 28 junio 1999 (documento 4), el Acuerdo de 30 noviembre 1999 que trae consecuencia de la misma, en el que basa su decisión, haciendo mención a que en base al acuerdo de las partes la arrendataria participaba parcialmente en la realización de las obras mediante la fórmula de cargarlas a la explotación y “ en contrapartida se ampliaba el plazo de duración del contrato” (ap. 215), concediendo una gran importancia al citado Acuerdo (ap. 230), destacando que ninguna de las partes ha solicitado en ningún momento la rescisión o nulidad del contrato, “lo que debe entenderse como el deseo implícito de ambas de continuar la relación” (ap. 334).

Junto con lo anterior, debemos destacar el ap. 342 del Laudo Arbitral, que refiriéndose al tan aludido y analizado Acuerdo de las partes de 30 noviembre 1999, establece que “En buena lógica procedería prorrogar, también ahora, para no alterar el equilibrio del acuerdo, la duración del Contrato actual hasta el 31 diciembre 2031, en lugar de la ahora prevista de 31 diciembre 2021. Sin embargo, no entra dentro de las atribuciones del Árbitro Único establecer dicha prórroga ya que no ha sido solicitada por ninguna de las partes, por lo que debe limitarse a recomendar a las mismas que, de mutuo acuerdo, tomen la decisión correspondiente”, lo que tiene su consecuencia directa en la decisión Undécima del Fallo que dispone que “Como consecuencia de lo anterior y sobre la base del precedente de la prórroga acordada de mutuo acuerdo, por el Anexo de 30 noviembre 1999 del Contrato Principal hasta el 31 diciembre 2018, recomendar a las partes, para no alterar el equilibrio del acuerdo, una negociación respecto a la prórroga de la duración del Contrato actual ahora prevista para el 31 diciembre 2021”.

Por tanto, lo anterior es consecuencia de que la arrendataria participaba parcialmente en la realización de las obras mediante la fórmula de cargarlas a la explotación, pese a no estar obligada a ello contractualmente, aceptando voluntariamente participar en ellas, y en contrapartida se ampliaba el plazo de duración del contrato,– en el Acuerdo citado–, por lo que si en lo decidido por el árbitro también se establece la misma fórmula de asunción de costes por Meliá (decisión Octava del Fallo), tiene que existir tal contrapartida, aunque el árbitro no establezca la duración, por no pedirlo expresamente las partes, pero si su necesidad mediante una negociación en cuanto al plazo, con las especificaciones que posteriormente, como complemento se llevan a cabo en el Laudo Aclaratorio de fecha 16 octubre 2013.

De lo argumentado por la demandante solo se desprende su discrepancia con lo razonado por el árbitro en el Laudo impugnado, pero tal y como de forma reiterada ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 308/2006, de 23 de octubre, el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 24.1º CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso, y además los derechos y garantías previstos en el art. 24 CE no garantizan la corrección jurídica de la actuación o interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales comunes, pues no existe un derecho al acierto (entre otras muchas, SSTC 151/2001, de 2 de julio, FJ 5 ; y 162/2001, de 5 de julio, FJ 4), y tampoco aseguran la satisfacción de la pretensión de ninguna de las partes del proceso (por todas, SSTC 107/1994, de 11 de abril, FJ 2 ; y 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4); argumentaciones que son extrapolables a lo argumentado por los árbitros en los Laudos Arbitrales, ya que el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declara la STC 43/88, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros, el arbitraje se considera “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)”.

Por todos los argumentos expuestos, la demanda debe ser desestimada.

[...]

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera), nº 14/2015, de 16 febrero 2015

Exequátur de laudos extranjeros.– Reconocimiento de Laudo Arbitral Parcial de 19 julio 2012 y Laudo Arbitral Final de 8 octubre 2012 dictados por la Corte Internacional de Arbitraje en Londres.– Órgano competente para pronunciar el exequátur: domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos.– Falta de acreditación de la eventual cesión de los créditos.– Contravención al orden público: improcedencia.– Exequátur: sí.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Abril Campoy.

Partes: *Bank of Cyprus Public Limited Company.*

Fuente: JUR\2015\91183.

Normas aplicadas: Art. 8.6º LA; art. V.2º CNY.

De la simple lectura del art. 8.6º LA puede colegirse que no se precisa para la atribución de competencia a esta Sala que se trate del domicilio o residencia habitual de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento, sino que la competencia se atribuye si la parte tiene su domicilio, en cuanto residencia habitual, o simplemente su residencia, entendida ésta, por contraposición al domicilio o residencia habitual, aquel lugar en que el demandado también se encuentra establecido. Y, desde ese orden de ideas, el emplazamiento en su residencia –según se dice de estío– cumple con las exigencias normativas, las cuales se orientan a promover la efectividad de las demandas de reconocimiento de laudos extranjeros al permitir el emplazamiento del demandado tanto en su domicilio como en otros lugares donde resida. Añádase a ello que, subsidiariamente, el precepto determina la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos deban producir sus efectos. En consecuencia, debe convenirse, en este extremo, con el Ministerio Fiscal que al tratarse de un reconocimiento de laudo extranjero que condena al demandado al abono de una suma de numérico y encontrarse determinados bienes inmuebles del mismo en Cataluña, ello supone, para el caso de que deba llevarse a cabo la realización forzosa del valor de los mismos para satisfacer el derecho subjetivo del acreedor,

que sería también competente este Tribunal, al ser además lugar de ejecución del laudo o donde debe producir sus efectos

PRIMERO: La representación procesal D. Sabino formuló oposición a la solicitud de exequátur en reconocimiento de laudo arbitral parcial y final extranjero con base en los siguientes motivos. En primer término, manifiesta que, conforme a los arts. 8.6º Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje y del art. 955 LEC/1881, este Tribunal Superior carece de competencia para el reconocimiento del presente laudo, toda vez que ésta se determina por el domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de los laudos extranjeros y, de forma subsidiaria, en el lugar donde el laudo deba producir sus efectos. Así, indica que el Sr. Sabino no es español ni posee permiso de residencia ni la dirección señalada por la instante es su domicilio o residencia habitual, puesto que el demandado es un ciudadano ucraniano con domicilio en Kiev. De ahí que en Kiev se esté tramitando otro procedimiento idéntico y sin que pueda actuar la condición subsidiaria puesto que no se trata de laudos que produzcan efectos en territorio español.

El presente motivo de oposición no puede ser acogido por las siguientes consideraciones. El art. 8.6º LA establece 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 lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de 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 sus efectos”. De la simple lectura del precepto legal puede colegirse que no se precisa para la atribución de competencia a esta Sala que se trate del domicilio o residencia habitual de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento, sino que la competencia se atribuye si la parte tiene su domicilio, en cuanto residencia habitual, o simplemente su residencia, entendida ésta, por contraposición al domicilio o residencia habitual, aquel lugar en que el demandado también se encuentra establecido. Y, desde ese orden de ideas, el emplazamiento en su residencia –según se dice de estío– cumple con las exigencias normativas, las cuales se orientan a promover la efectividad de las demandas de reconocimiento de laudos extranjeros al permitir el emplazamiento del demandado tanto en su domicilio como en otros lugares donde resida.

Por último, añádase a ello que, subsidiariamente, el precepto determina la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos deban producir sus efectos. En consecuencia, debe convenirse, en este extremo, con el Ministerio Fiscal que al tratarse de un reconocimiento de laudo extranjero que condena al demandado al abono de una suma de numerario y encontrarse determinados bienes inmuebles del mismo en Cataluña, ello supone, para el caso de que deba llevarse a cabo la realización forzosa del valor de los mismos para satisfacer el derecho subjetivo del acreedor, que sería también competente este Tribunal, al ser además lugar de ejecución del laudo o donde debe producir sus efectos.

Por consiguiente, este motivo se desestima.

SEGUNDO: En el segundo y tercer motivo de oposición, la parte demandada señala que quien insta el proceso carece de la condición de acreedor, con lo que falta poder de representación en el procurador. Sustenta que el demandado recibió en Kiev una carta por la que se le informaba de la cesión de los derechos del laudo de Bank of Cyprus Public Company Ltd. a ABH Ukraine Ltd., según contrato de 17 abril 2014 y se le exigía el pago a ABH Ukraine Ltd. Y, en el tercer motivo, enlazado con lo anterior, sostiene que, una vez notificada la cesión de crédito al acreedor, éste queda obligado frente al cesionario (arg. art. 1.527 Cc), de manera que el pago que efectuara al cedente le provocaría un perjuicio irreparable al no quedar liberado. En ese sentido, estima que, conforme al art. V.2º del Convenio de Nueva York, puede denegarse el reconocimiento de los laudos cuya ejecución fuese contraria al orden público y, entiende, que la situación presente podría dar lugar a que, llegada la ejecución, podría tener como consecuencia abonar dos veces la misma suma.

Tampoco los presentes motivos pueden prosperar en atención a los razonamientos que ahora se exponen. En primer término, no nos encontramos ahora en la fase de ejecución del laudo, sino en la fase de reconocimiento, de manera que solamente se trata de determinar si puede darse lugar o no al reconocimiento del laudo extranjero y, si realmente, nos hallamos en una hipótesis de falta de representación del Procurador, al perder el Banco de Chipre la condición de acreedor y que, por tanto, exigir el reconocimiento por quien ya no es acreedor contraviene el orden público, entendido éste, desde el punto de vista material, como aquellos principios, de índole social, económica, cultural, que informan la sociedad en un lapso temporal concreto y en una determinada ubicación geográfica, a la par, que desde el punto de vista procesal, se estiman como tales todos aquellos principios que se conectan con el derecho de defensa de las partes en el proceso, como los principios de igualdad procesal, defensa y contradicción.

Así, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar en la sentencia nº 30, de 5 mayo 2014 (Anulación laudo 20/2013) que “Este Tribunal ha tenido ocasión de poner de relieve que el orden público se ha conformado (SSTSJC 2 abril 2012, 10 mayo 2012, 12 julio 2012 y 19 noviembre 2012) como un concepto jurídico indeterminado y que puede ser vulnerado tanto en sentido material como procesal. En sentido material la vulneración tiene lugar cuando se infringen los valores consagrados como fundamentales para la sociedad, porque los mismos se entienden como intangibles en un concreto contexto histórico, sociopolítico, económico y cultural. En cambio, desde el punto de vista procesal, se puede atentar contra el orden público cuando en el procedimiento arbitral no se han respetado los principios de contradicción, defensa e igualdad de oportunidades entre las partes litigantes”.

Si se examinan las actuaciones se extrae que la demanda de reconocimiento lleva fecha de 2 julio 2014 y que la carta que el demandado aporta, según la cual se habría producido la cesión del crédito a favor de ABH Ukraine Limited es de fecha 31 julio 2014, por lo tanto posterior a la interposición de la presente pretensión de reconocimiento. Pero además, en la misma se hace referencia a que la cesión de crédito de la parte actora a favor de ABH Ukraine Limited habría tenido lugar en fecha 17 abril 2014 y que comprendería todos los derechos derivados de los laudos parcial y definitivo obtenidos a favor de Bank of Cyprus Company Ltd. No obstante, pese a esa referencia en la carta recibida por el demandado, no se aporta, en cuanto prueba, la documentación relativa a la cesión de crédito, de manera que no se acredita la existencia de la misma ni su alcance objetivo, así como tampoco los pactos que pudieran condicionar la eficacia de la misma. Es por ello que esta Sala debe desestimar también este motivo, al no haberse acreditado la eventual cesión de los créditos, con lo que decae la alegada falta de representación del Procurador y la contravención denunciada al orden público.

TERCERO: Por imperativo legal, las costas procesales irrogadas deben ser impuestas a la parte demandada – art. 394.1º LEC.

PARTE DISPOSITIVA: Declaramos que procede el reconocimiento de los laudos parcial y definitivo dictados por la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, en fechas respectivas, de 19 de julio de 2012 y de 8 de octubre de 2012.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de
Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera)
nº 27/2015, de 6 abril 2015**

**Acción de anulación.– Aplicación incorrecta de las normas de
conducta recogidas en la Ley del Mercado de Valores.– Orden
público: infracción de derechos constitucionales.– Orden pú-**

blico económico: contravención.– Motivación deficiente del laudo por inaplicación de normas imperativas.–Estimación.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vieira Morante.

Partes: *Mobles Passe Avant, S.L. / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*

Fuente: Roj: STSJ M 4051/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:4051.

Normas aplicadas: Art. 41.1º.f) LA.

No es que toda inaplicación de norma de obligado cumplimiento constituya una infracción del orden público, sino que la infracción de una norma imperativa, cuando afecta a derechos constitucionales o principios básicos de la convivencia social, afecta directamente al orden público cuya protección está especialmente potenciada en el ámbito del arbitraje a través de la incorporación de una causa específica de anulación del laudo arbitral.

No corresponde a esta Sala la valoración de la prueba que se practicó durante el procedimiento arbitral, ni procede tampoco el complemento de esa prueba en el presente procedimiento, lo que ha motivado el rechazo de parte de la prueba que propuso la demandada. Ni tampoco compete a este Tribunal la revisión del juicio de derecho realizado en el laudo. Pero sí debemos, ante la presencia de unas normas que el propio laudo considera imperativas, establecidas legislativamente en transposición de Directivas europeas para proteger intereses especiales, analizar si la motivación del laudo es notoriamente deficiente y podría suponer la inaplicación de esas normas imperativas.

[...]

TERCERO: La causa de nulidad del laudo invocada -infracción del orden público- es estimable cuando resulte infringido en el laudo arbitral alguno de los derechos fundamentales. Como ha tenido ocasión de decir esta Sala en múltiples ocasiones (Sentencia 17 febrero 2015, con cita en otras anteriores: SS 24 junio 2014, recurso de anulación nº 70/2013; 6 noviembre 2013, recurso nº 5/2013; 13 febrero 2013, recurso nº 31/2012; y 23 mayo 2012, recurso nº 12/2011, entre otras), por orden público han de estimarse 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 (STS 2ª, nº 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, 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. 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3º CE, y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión...”.

Esta infracción de derechos constitucionales es consustancial con la inaplicación de normas imperativas que tratan de proteger intereses especialmente dotados de protección en nuestro ordenamiento jurídico. No es que toda inaplicación de norma de obligado cumplimiento constituya una infracción del orden público, sino que la infracción de una norma imperativa, cuando afecta a derechos constitucionales o principios básicos de la convivencia social, afecta directamente al orden público cuya protección está especialmente potenciada en el ámbito del arbitraje a través de la incorporación de una causa específica de anulación del laudo arbitral.

En este caso, se alega en la demanda la inaplicación en el laudo de normas imperativas de la Ley del Mercado de Valores que tratan de proteger a los contratantes en posición más débil frente a las entidades financieras, dotadas ordinariamente de una mayor información sobre los productos que comercializan, lo que permite presumir una desproporción entre ellas y sus clientes. Como ha resaltado el Tribunal Supremo en la importante sentencia que cita el propio laudo de 20 enero 2014, la complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros... esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto .

En los propios términos expresados en el laudo, conforme a esta STS nº 840/2014, de 20 de enero, que cita, el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis 3 LMV no determina el error de consentimiento, pues pudiera darse el caso de que el cliente concreto “ya conociera el contenido de esa información”.

Para determinar cuál es el contenido de esa información relevante, la misma sentencia señala: El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (ap. 2), sino que además deben proporcionarles, “de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión”, que “deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias” (ap. 3). El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe “proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional”. Y aclara que esta descripción debe “incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas”. En su ap. 2, concreta que “en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento”.

Seguidamente, al tratar esa sentencia sobre la evaluación de la conveniencia e idoneidad, señala que además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad...; evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa... La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos

de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan. Para ello, especifica el art. 72 RD 217/2008, de 15 de febrero, las entidades financieras “deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...).

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

Entre los datos más relevantes que incluye esa información que se considera esencial están, pues, información sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias, descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento, horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión, entre los extremos más destacados que permitan comprender al cliente los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa.

El laudo reconoce explícitamente que en este caso no se cumplió de modo suficiente con la realización del test de idoneidad del producto, aunque la entidad conocía la escasa experiencia del cliente en este tipo de producto, su situación financiera y que el cliente quería como objetivo de su inversión tener claro el coste financiero y beneficiarse si había subidas de tipo de interés. Asimismo, acepta el laudo que los contratos se formalizaron sin que BBVA hubiese facilitado al cliente una información completa sobre las características de la operación que concertaba y de los riesgos concretos de los swaps que suscribía.

Sin embargo, a pesar de esos déficits de información el laudo concluye que ello no impidió que el representante de Mobles se formase un conocimiento real sobre el contenido de los contratos, ya que el propio administrador declaró que entendía lo que leía de los contratos, conclusión que extrae de una breve declaración que entrecomilla “hombre, en ese momento yo entendí lo que entendí, y luego cuando lo firmé es cuanto ya lo entendí muy bien”.

Aun partiendo de la base de que, como señala el laudo siguiendo la citada sentencia de 20 enero 2014 del TS, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis 3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información, el examen del laudo revela una ausencia de explicación en sus fundamentos de las razones por las que considera disponía de esa información el representante del cliente cuando contrató ese producto.

No corresponde a esta Sala la valoración de la prueba que se practicó durante el procedimiento arbitral, ni procede tampoco el complemento de esa prueba en el presente procedimiento, lo que ha motivado el rechazo de parte de la prueba que propuso la demandada. Ni tampoco compete a este Tribunal la revisión del juicio de derecho realizado en el laudo.

Pero sí debemos, ante la presencia de unas normas que el propio laudo considera imperativas, establecidas legislativamente en transposición de Directivas europeas para proteger intereses especiales,

analizar si la motivación del laudo es notoriamente deficiente y podría suponer la inaplicación de esas normas imperativas.

Asumida por el Laudo la doctrina jurisprudencial sentada en la repetida STS 1ª Pleno 20 enero 2014, debe resaltarse el párrafo de la misma que indica: El hecho de que el ap. 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir “orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos”, muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

Pues bien, con esa escueta justificación del laudo, haciendo solamente referencia a una genérica comprensión del representante de Mobles sobre lo que había firmado, así como a que el mismo leía siempre los contratos, preguntaba todas las dudas que tenía, y sabía calcular las liquidaciones de derivados, como declaró Dª Sabina, es evidente que no se explica en absoluto el conocimiento por el representante del cliente de datos esenciales -como los riesgos reales derivados de la operación o los posibles costes que pudieran derivarse en los diversos escenarios posibles-, para descartar la concurrencia de error en el consentimiento con arreglo a la citada jurisprudencia.

Como pone de manifiesto la misma sentencia, “lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”. Pero, frente a esta presunción inicial, no se motiva en este caso cuales son los datos o circunstancias concluyentes por las que el colegio arbitral considera que el representante de la ahora demandante conocía los elementos capitales exigidos en la normativa y por la jurisprudencia para excluir el error.

CUARTO: Debe, por tanto, estimarse que concurre el motivo de anulación del laudo del art. 41.1º.f) LA, con estimación de la demanda, sin que proceda la imposición de costas a una de las partes dadas las dificultades de derecho que comporta el caso examinado.

[...]

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) Sentencia nº 30/2015, de 14 abril 2015

Acción de anulación.– Aplicación incorrecta de las normas de conducta recogidas en la Ley del Mercado de Valores.– Orden público económico: contravención.– Principio general de buena fe en la contratación.– Estimación.– Voto particular.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande.

Partes: *Playa Padrón Estepona, S.L. / Banco Popular Español, S.A.*

Fuente: JUR\2015\136198.

Normas aplicadas: Art. 41.1º f) y 2º LA.

Las entidades financieras al contratar y los árbitros al resolver las controversias derivadas de esa contratación deben valorar la índole compleja o no del instrumento contratado, la experiencia en materia financiera del cliente y la naturaleza de la actividad -mera comercialización o de asesoramiento- desarrollada por la entidad de inversión para precisar el contenido y alcance de la información que se ha de proporcionar al cliente. Un error craso, patente del árbitro sobre todos o alguno de estos extremos -ya derive de la aplicación normativa, ya de la valoración probatoria- condiciona y, en su caso, puede hacer imposible la exigible adecuación a razón de la motivación del laudo desde el prisma del inexcusable respeto a la buena fe contractual, particularmente relevante y exigible, como hemos visto, en un arbitraje de equidad.

La simplificación en que incurre el laudo es tan evidente que obliga a la Sala a dejar constancia de una aproximación a la realidad de la complejidad del producto -ni siquiera atisbada en el laudo-, pues esa complejidad condiciona el análisis no arbitrario, sea en equidad o en Derecho, de la información que se debió suministrar al contratante no profesional del instrumento financiero y, por tanto, condiciona también el examen no arbitrario del conocimiento de causa con que aquél se haya comprometido.

[...]

TERCERO: Lo que venimos diciendo sobre el ámbito propio de la acción de anulación se compadece con otra realidad hoy innegable -tal y como hemos dicho en el FJ 4 de la citada S 13/2015 : que el orden público susceptible de protección ex art. 41.1º.f) LA comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución , como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar “orden público económico”, en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección.

Como viene señalando esta Sala (v.gr., SS 24 junio 2014, recurso de anulación nº 70/2013; 6 noviembre 2013 , recurso nº 5/2013; 13 febrero 2013, recurso nº 31/2012; y 23 mayo 2012, recurso nº 12/2011), “... por orden público han de estimarse 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 (STC 2ª, nº 54/1989 , de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, 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. 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3º CE, y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión...”.

Hoy no cabe dudar, *v.gr.*, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su S 20 enero 2014, de que, dentro de ese concepto jurídico indeterminado denominado “orden público”, ha de incluirse el “orden público económico”, que se prevé en normas imperativas y en principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección.

Ejemplos señeros de esas normas imperativas son las que regulan con carácter estructural las libertades propias del Derecho comunitario (*v.gr.*, la libre competencia). Así, la STJCE 1 junio 1999 [asunto C-126/1997 (*Eco Swiss v. Benetton*)], admite (§§ 36 y 39) que la no aplicación del art. 85 -hoy art. 81 del Texto Consolidado- del Tratado Constitutivo CE -relativo, como es sabido, a la libre competencia- es una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado cuya inobservancia justifica la anulación o el no reconocimiento de un laudo.

Paradigma destacado del principio que integra el orden público económico es el *principio general de buena fe en la contratación*, expresamente recogido hoy, como se cuida de señalar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en los *Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL-)* cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica “*Good faith and Fair dealing*” (“Buena fe contractual”), que dispone como deber general: “*Each party must act in accordance with good faith and fair dealing*” (“Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe”). Principio de buena fe cuya observancia es especialmente inexcusable cuando en una concreta contratación se produce una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes.

CUARTO: En la delimitación de los parámetros de enjuiciamiento del presente caso, hemos de reparar a continuación en otra circunstancia especialmente relevante: hasta qué punto el hecho de que el laudo se haya dictado en equidad, de acuerdo con lo pactado, determina o condiciona qué se haya de entender o no por infracción del orden público.

Al respecto, la Sala conviene, en primer lugar, en algo que el propio laudo da por bueno (fundamento de equidad tercero) y que, por ello, delimita la congruencia interna de su motivación: así, pese a reseñar que “*la equidad implica una justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva ...*”, el Tribunal arbitral considera que, “si bien es cierto que nos encontramos en un arbitraje de equidad, las cuestiones planteadas por las partes que se van a debatir tienen su raíz jurídica, por lo que *las consideraciones jurisprudenciales han de informar cualquier examen de las mismas* que desde el sentido del deber o de la conciencia del Tribunal haya de acometerse al abordar el concreto supuesto que nos ocupa”.

Más adelante (fundamento séptimo), al ponderar las obligaciones legales que asistían al Banco oferente a la hora de recomendar el instrumento financiero en cuestión, el tribunal arbitral considera “*que ha de estarse a la redacción de la Ley del Mercado de Valores resultante de la reforma operada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, y no a la resultante de la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se traspone la Directiva 2004/39/CE, sobre mercados e instrumentos financieros, pues el contrato objeto de impugnación había sido firmado en junio de 2007, y, por tanto, antes de la entrada en vigor de la citada trasposición de la Directiva*”. Acto seguido, el laudo alude al cumplimiento del art. 79 LMV a la sazón vigente.

Desde estas premisas enunciadas por el propio laudo, hay que partir de la importante doctrina sentada, entre otras, por la STS 1ª 22 junio 2009 -mencionada también en el fundto. 3º del laudo-, que dice (FJ 4, a):

“*Cuando se trata de arbitraje de equidad, la exigencia del carácter manifiesto del error cometido por negligencia y su incidencia en el carácter injusto del resultado resulta especialmente relevante. La aplicación de la equidad no supone, como ha declarado esta Sala, prescindir de los principios generales del Derecho y la justicia, ni contravenir el Derecho positivo (según la STS de 30 de mayo de 1987 la jurisprudencia no declara que los laudos de equidad deban desconocer o contravenir las normas de Derecho positivo, sino que viene a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de Derecho de forma rigurosa), sino más bien atenerse a criterios de justicia material fundados en*

principios de carácter sustantivo y premisas de carácter extra-sistemático para fundar la argumentación, las cuales tienen un valor relevante en la aplicación del Derecho, aunque pueda prescindirse, dado el carácter esencialmente disponible del objeto del arbitraje, de aquellas reglas que tienden a la protección del sistema jurídico como institución, especialmente de aquellas que persiguen salvaguardar la seguridad jurídica, cuando no se advierte que en el caso concretamente examinado tengan más trascendencia que la de garantizar la coherencia institucional y la autoridad del Derecho y de los tribunales. Resulta, por lo tanto, evidente que cuando el arbitraje es un arbitraje de equidad resulta especialmente relevante la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso”.

Estas apreciaciones de la Sala Primera, anuentes con las aseveraciones transcritas del propio laudo, permiten establecer algunas conclusiones importantes.

En primer lugar, que la motivación en equidad está sometida a las exigencias de motivación -*supra* enunciadas- que derivan del derecho a la tutela judicial efectiva (24.1º CE): razonabilidad, congruencia interna, suficiencia, respeto a las reglas de la lógica, ausencia de error patente...

En segundo término, que la aplicación de la equidad ha de ser respetuosa con los principios generales del Derecho, de modo que, por lo que concierne a este caso, la observancia del principio general de buena fe en la contratación es especialmente inexcusable, y máxime por razones de equidad, cuando la contratación evidencia una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes... En este sentido, es tradicional e indiscutida en la jurisprudencia la indisoluble vinculación entre la equidad y las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los propios derechos (art. 7.1º Cc), que demanda un comportamiento subjetivo justo o equitativo y honrado, y conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad (*v.gr.*, STS, 1ª, 22 febrero 2001 y 13 abril 2004).

En tercer lugar, la Sala entiende -y a ello apunta también el propio laudo- que, en una materia como la que aquí se aborda -mercados e instrumentos financieros-, tan penetrada de normas tuitivas por la general e intrínseca asimetría entre las partes -excepción hecha de los casos en que todos los contratantes sean profesionales de los mercados-, no cabe entender equitativa una decisión que no se acomode a normas básicas, de origen interno o incluso, con afán unificador, dimanantes de la Unión Europea, que se conciben por el propio Legislador como definitorias o delimitadoras de la buena fe en la contratación de estos instrumentos.

QUINTO: Partiendo de las anteriores premisas -y, entre ellas, de que el análisis de la cuestión debatida ha de estar informada por lo dicho al respecto por la jurisprudencia-, la Sala tiene que recordar, porque así lo exige la doctrina del TJUE, que, aunque no se reputara aplicable, como dice el laudo, una redacción de la Ley del Mercado de Valores resultante de la Ley 47/2007, posterior a la contratación -pese a que, como veremos, el propio laudo la invoca expresamente en su fundamento sexto-, eso no permite entender inaplicable la Directiva 2004/39 -en sus principios generales de inexcusable observancia en equidad-, habida cuenta de que fue tardíamente traspuesta por España.

La Directiva MIFID 2004/39/ CE-Directiva de Nivel I-, de 21 abril 2004, debió ser traspuesta por España en el plazo de los 24 meses siguientes a su entrada en vigor (art. 70), que se produjo el mismo día de su publicación en el DOUE (art. 72) el 30 abril 2004. No lo fue, y solo en parte, hasta la precitada Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Cumple recordar, en este sentido, la obligación que asiste a los Jueces y, *mutatis mutandis*, a los árbitros de considerar el Derecho comunitario y las directivas.

Sabido es que el TJCE ha consagrado el llamado efecto vertical de la directiva, que permite que el ciudadano invoque su eficacia directa frente al Estado cuando aquella reconozca derechos a las personas afectadas, cuyo contenido pueda ser determinado en el texto de la Directiva, y ésta no haya sido traspuesta en tiempo y forma por incumplimiento del Estado de la obligación que le asiste: se permite así que, en tales casos, el ciudadano invoque su eficacia directa y reclame del Estado incumplidor los eventuales perjuicios que se le hayan irrogado.

Pero no es menos cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión ha reconocido eficacia horizontal -entre particulares-, con esos mismos requisitos, a las directivas no traspuestas, especialmente en casos de normas tuitivas, en supuestos en que la normativa comunitaria sea más restrictiva -en el sentido de más garantista- que la existente en el Derecho nacional previo a la trasposición. Es el caso, señaladamente, de la Sentencia *Marleasing* 106/89, de 13 de noviembre de 1990, especialmente significativa por dos motivos: el primero, porque se produce de un modo nítido el efecto directo horizontal; el segundo, porque es una sentencia relacionada con un recurso prejudicial de un juzgado español, que planteó una cuestión prejudicial en relación con la aplicación de la Directiva 68/151. El TJCE entendió que el juez debía aplicar la Directiva 68/151, y con ello hacer valer su efecto directo sobre el sistema español, primándolo sobre la norma vigente en el ordenamiento jurídico antes de la trasposición. La importancia de esta sentencia radica en el carácter estrictamente horizontal de las partes en el proceso que determinó el recurso prejudicial: dos particulares, uno de los cuales invocó la no transposición de la Directiva citada por el Estado español y su aplicabilidad por haber transcurrido el plazo para ello.

Probablemente, el efecto horizontal haya sido estimado considerando el carácter más tuitivo de esa directiva frente a la fórmula existente en el Derecho español. Lo que ocurre es que se produce de hecho un efecto horizontal, pero no por vía de la directiva, sino por el contenido obligatorio para los jueces nacionales de considerar el Derecho comunitario, los Tratados, y en especial las directivas.

En otras palabras: a raíz de esta Sentencia, el Tribunal de Justicia no atiende tanto a las relaciones horizontales o verticales, cuanto a la necesidad de que los tribunales interpreten el Derecho nacional conforme a las directivas. La jurisprudencia comunitaria exige que el Juez nacional haga el máximo esfuerzo posible para interpretar el Derecho nacional, aun antes de la trasposición de una directiva, de manera que pueda alcanzarse el objetivo de la misma.

A la luz de estas consideraciones, no es excusable hacer caso omiso de lo dispuesto en la Directiva 2004/39 por el solo hecho de que las normas de trasposición sean posteriores a la firma del contrato -cuando esa trasposición es tardía, fruto de un incumplimiento por parte del Estado- en los aspectos que son más problemáticos en el presente caso, a saber, los que tienen que ver con la determinación de la buena fe contractual, esto es, con las obligaciones de transparencia y de información que las entidades financieras tienen que adoptar a la hora de asesorar y/o comercializar instrumentos financieros: en concreto, los arts. 4.1.4, 4.1.11 y 19 (*normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes*) y Anexo II de la Directiva. Conclusión tanto más insoslayable cuando se advierte que dichos preceptos establecen garantías en favor de las personas afectadas de contenido concreto y claro en el texto de la Directiva.

SEXTO: A la vista de lo que antecede, la Sala coincide con el laudo en que, para verificar, *in casu*, si el laudo impugnado vulnera el orden público en los términos delimitados *supra*, conviene tener presentes, además de lo ya dicho, algunos aspectos de la doctrina constatada, específicamente sobre las cuestiones aquí debatidas, por la STS 1ª Pleno 20 enero 2014; doctrina muy clarificadora -en la línea de sentencias precedentes- para delimitar el alcance del principio de buena fe en la contratación de productos financieros complejos, y ello desde el prisma de una inexcusable necesidad tuitiva: proteger la libre emisión del consentimiento a la hora de contratar tales productos por quienes no son profesionales de los mercados financieros.

En el caso resuelto en casación por el Pleno de la Sala Primera, la sentencia de apelación había entendido que, teniendo la mercantil contratante del swap la condición de cliente minorista, la financiera demandada no realizó, debiendo hacerlo, el test necesario para comprobar que el producto ofertado fuera el que más se ajustaba a las necesidades de su cliente, ni le informó antes de contratar de forma clara y comprensible acerca de los riesgos derivados del producto contratado. Y concluye que el incumplimiento de estos deberes de información provocó en la actora un error que afectó al consentimiento, que aparece viciado.

El recurso de casación es desestimado. Recuerda la Sala Primera, en relación con el alcance de los deberes de información y asesoramiento (FJ 6) que "ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina,

esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto”.

“Para entender bien el alcance de la normativa específica, denominada MiFID por ser las siglas del nombre en inglés de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (*Markets in Financial Instruments Directive*), de la que se desprenden específicos deberes de información por parte de la entidad financiera, debemos partir de la consideración de que estos deberes responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 Cc y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (*The Principles of European Contract Law -PECL-*) cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica “*Good faith and Fair dealing*” (“Buena fe contractual”), dispone como deber general: “*Each party must act in accordance with good faith and fair dealing*” (“Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe”). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar”.

Como tendremos ocasión de reiterar, en la información sobre los riesgos que comporta el producto complejo -y el swap lo es-, teniendo en cuenta la naturaleza como minorista o profesional del cliente, se ha de incluir, desde luego, la explicación del riesgo de pérdida total de la inversión, de la prestación y contraprestación elementales -mecánica del *do ut des*- del producto, pero también una explicación del apalancamiento y de sus efectos, de la volatilidad del precio del instrumento financiero, de otros posibles costes asociados distintos del de adquisición del instrumento -*v.gr.*, cancelación anticipada- y de eventuales obligaciones adicionales.

Añade la Sala Primera -FJ 8- que, “además, las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad”.

“La entidad financiera debe realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el art. 79 bis 7 LMV (art. 19.5º Directiva 2004/39/CE), cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa (...). ... Estas exigencias propias del test de conveniencia son menores que cuando debe valorarse la idoneidad del producto conforme al art. 79 bis 6 LMV (art. 19.4º Directiva 2004/39/CE). El test de idoneidad opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Y continúa diciendo (FJ 9): “Como afirma la STJUE de 30 mayo 2013, caso *Genil 48. S.L.* (C-604/201), “(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente “ (ap. 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4º Directiva 2004/39/CE”. “El art. 4.4º Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros”. Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que “se entenderá por recomendación personal una recomendación

realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)”, que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público”.

“De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, ‘que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público’ (ap. 55)”.

Finalmente, destacaremos, en relación con el incumplimiento de los test de adecuación e idoneidad, lo que dice en sus propios términos la Sala Primera -FJ 13- y a lo que se remite el propio laudo en su Fundamento 6: “Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación .

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

SÉPTIMO: De acuerdo con los parámetros de enjuiciamiento reseñados en los fundamentos segundo a sexto, deben examinarse las concretas circunstancias del caso desde la perspectiva que es propia de la acción de anulación: si los razonamientos del laudo vulneran el orden público por quebrantar postulados elementales de la contratación de productos financieros complejos y/o lesionar derechos fundamentales y libertades públicas. Desde esta perspectiva, la Sala ha de respetar el juicio de hecho, salvo valoración irracional o ilógica de la prueba deducible de su motivación, y puede revisar sin limitaciones el juicio de equidad para delimitar, eso sí, si los eventuales defectos de motivación son subsumibles en la categoría “*infracción del orden público*”.

Debemos partir de una base incontrovertida según lo expuesto en los fundamentos precedentes: las entidades financieras al contratar y los árbitros al resolver las controversias derivadas de esa contratación deben valorar la índole compleja o no del instrumento contratado, la experiencia en materia financiera del cliente y la naturaleza de la actividad -mera comercialización o de asesoramiento-desarrollada por la entidad de inversión para precisar el contenido y alcance de la información que se ha de proporcionar al cliente.

Un error craso, patente del árbitro sobre todos o alguno de estos extremos -ya derive de la aplicación normativa, ya de la valoración probatoria- condiciona y, en su caso, puede hacer imposible la

exigible adecuación a razón de la motivación del laudo desde el prisma del inexcusable respeto a la buena fe contractual, particularmente relevante y exigible, como hemos visto, en un arbitraje de equidad.

A modo de ejemplo: si, con palmaria equivocación -en contra de normas imperativas de ineludible aplicación también en equidad -porque son normas que tratan de preservar la buena fe contractual y, por ello, la equidad misma-, el árbitro reputase como no complejo un instrumento financiero que lo es sin posibilidad de prueba en contrario - *iuris et de iure* -, muy probablemente -habría que verificarlo- no ponderará adecuadamente las obligaciones de información de la entidad financiera en una contratación de tal naturaleza... O si, en segundo término, los árbitros errasen al calificar o simplemente no analizasen la índole de la actividad de la entidad financiera en la contratación -mera comercialización o asesoramiento-, tampoco repararán, previsiblemente, en las dispares exigencias de información en uno y otro caso. La consecuencia, como ya pusimos de relieve en nuestra Sentencia 13/2015, de 28 de enero, será la arbitrariedad de la motivación -asentada sobre presupuestos radicalmente erróneos- con la consiguiente infracción del orden público procesal y también del orden público económico, por las circunstancias concretas de este tipo de contratos, donde, con carácter general, a salvo de que todos los contratantes sean profesionales de los mercados, el contrato tiene lugar en una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes, de lo que se sigue con especial evidencia la necesidad de preservar el principio de buena fe.

Cumple, pues, analizar, en el ámbito propio de la acción que nos ocupa y sin perjuicio de su correcta calificación, las cuestiones discutidas por el demandante de anulación, confrontadas con lo que sobre ellas dice el laudo y con los criterios de enjuiciamiento antes establecidos.

Sobre la inequívoca naturaleza de asesoramiento -no de mera comercialización- desarrollada por Banco de Andalucía -hoy, Banco Popular- y los deberes de información inherentes a tal asesoramiento.

En el fundamento octavo del laudo se lee literalmente: *“Playa Padrón Estepona ya era cliente del banco habiendo tenido y manteniendo diferentes operaciones financieras. A la vista de ello, y ante la preocupación de la actora por la fluctuación de los intereses, la entidad bancaria le ofrece e informa sobre la existencia del producto objeto del presente arbitraje”*.

No es discutible a la vista de lo que antecede -y, de hecho, no se discute- que el banco asesoró a Playa Padrón (art. 4.4º Directiva 2004/39)... Se recordará que, en estas circunstancias (art. 19.4º Directiva 2004/39/CE), es inexcusable, por parte de la entidad financiera y siempre que el otro contratante no sea un profesional de los mercados, el llamado *test de idoneidad*, que opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. *La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma al test de conveniencia (conocimientos y experiencia) un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan*.

Anticipamos ya, aunque será objeto de ulterior ponderación, que ni el laudo repara en esta necesidad de especial información, ni en él se encuentra motivación alguna sobre que el Banco haya analizado la situación financiera y los objetivos de inversión de Playa Padrón a la hora de recomendar el producto, con el correlativo análisis de la incidencia del riesgo que se asume sobre el apalancamiento y/o la subsistencia misma de la empresa.

Sobre la complejidad del instrumento financiero contratado (Swap bonificado apalancado Euribor-Popular) y los deberes de información inherentes a dicha complejidad.

Ante todo, conviene señalar que este swap bonificado y apalancado, que sustituyó, a instancia y propuesta del Banco, un anterior swap sin bonificación ni apalancamiento, que fue cancelado, es un producto de los denominados “derivados estructurados”, indisoluble en sus dos elementos: *swap* y *put con barrera*.

En palabras del propio laudo (fundamento tercero, siendo los paréntesis aclaratorios de esta Sala a la vista del contrato obrante en autos): el swap bonificado y apalancado “se configura como un contrato atípico... y mixto, en cuanto integrado por dos relaciones jurídicas complejas”:

“De un lado, un contrato de swap o de permuta de tipos de interés en virtud del cual se intercambian flujos de intereses en ciertas fechas previamente convenidas..., aplicando un interés fijo (o variable) sobre un cierto monto notional” (en el caso, el banco abonaba el Euribor a 12 meses y Playa Padrón unos intereses, también variables, del 3,95% al 4,20 %, o de Euribor - 0,10%, según el año de vigencia del contrato y en función de si el Euribor era *menor o igual / o mayor* , respectivamente, al 5% el primer año, al 5,10% el segundo año, al 5,20% el tercer año y al 5,30% el cuarto año.

“Y, de otro lado, una denominada *put con barrera* , configurada como una opción de venta en virtud de la cual, a cambio del pago de una prima (que, en el caso, consistió en la bonificación a Playa Padrón del interés del swap en relación con el swap precedente cancelado, que giraba al 4,29% fijo), el comprador de la opción (el Banco que la ofrece y que unilateralmente la elabora) adquiere el derecho, pero no la obligación, de vender el activo denominado subyacente, en el presente caso acciones del Banco Popular, al vendedor de la opción (Playa Padrón) a un determinado precio denominado *strike* . Esa opción será ejercitada por el comprador de la opción siempre y cuando el precio del subyacente (el valor de la acción en el momento de la liquidación) sea inferior al *strike*”.

A la vista de esta descripción de la mecánica del contrato, el laudo se manifiesta sobre su complejidad o no en los siguientes términos:

“Cabe reconocer -a los partícipes en la contratación- la capacidad de entender estipulaciones contractuales que, *aun siendo medianamente complejas*, no por ello son incomprensibles para un empresario medio, como es el caso” (fundamento 4, p. 19).

“Sin embargo, mientras podría convenirse respecto de la complejidad del contrato de *swap* , tal afirmación no puede realizarse respecto de la *put con barrera* , en cuyo caso la explicación del producto evidencia su propia sencillez, en que lo que se asume es el riesgo de la evolución de la cotización de las acciones del Banco Popular, de modo análogo a la suscripción de acciones en sociedades cotizadas, pero sin el desembolso de su precio en el momento de la firma, sino en un momento posterior y asumiendo las ganancias o pérdidas que se generen desde la suscripción hasta la venta de las mismas -los llamados futuros sobre acciones negociados en mercados organizados como MEEF-, figura fácilmente comprensible para un inversor cualificado, presumiéndose que la entidad demandante lo es” (Fundamento décimo, p. 32).

La Sala analizará en un momento posterior cómo ha ponderado el laudo la capacidad de conocimiento de estos productos por los administradores de Playa Padrón: las más de las veces calificados como “*empresarios de tipo medio*” -pp. 19 y 24- o como “*un entendido medio*” -pp. 24 y 33- y, en otra ocasión, como “*inversores cualificados*” -p. 32-..., si bien es cierto que en ningún caso se les reputa como profesionales de los mercados, siendo entonces su condición, a todos los efectos, la de clientes minoristas: anticipamos ya que el laudo, en realidad, no se mueve -habiendo debido hacerlo- en esa dicotomía de posible calificación del cliente: el laudo, sin entrar en esa disquisición, solo analiza si el cliente entendió el producto; de ahí la importancia de calibrar, como cuestión previa, el grado de complejidad que el propio laudo atribuye al instrumento financiero, pues tal es el parámetro condicionante de la información que sobre él se hubiera de suministrar y, en consecuencia, de lo que el cliente hubiera debido comprender acerca del mismo.

De nuevo, a modo de conclusión anticipada: el laudo yerra gravemente, de forma ostensible y patente, cuando, disociando el contenido de un instrumento financiero que el propio laudo ha reputado como unitario e inescindible en su complejidad, reconoce la complejidad del *swap* y niega la de la *put con barrera* , justificando su propia y evidente sencillez en la explicación dada del riesgo que se asume: la caída del precio de la acción que, si el 4 de junio de 2012, vale 0 euros, produciría la pérdida de los 6 millones de euros que constituían el importe nominal de la opción de venta -p. 22 del laudo-.

Esa explicación, obrante en la grabación de la conversación telefónica de confirmación entre Don. Mateo (administrador mancomunado de Playa Padrón) y la Sra. Florinda (Departamento de Tesorería del Banco Popular) es considerada por el laudo como “suficientemente expresiva y acreditativa de

la explicación acerca de los riesgos que se corren por el cliente con la suscripción del producto financiero; en especial en la contratación de la put con barrera, concretados en 'asumir la caída que tenga la acción del Banco Popular', no existiendo dificultad en la comprensión ni de su contenido ni de tales riesgos" -p. 22 del laudo, al fundamento quinto. El laudo da por bueno "que el riesgo que tiene la operación es asumir la caída que tiene la acción" - *ibidem*, p. 23. Ese es el único "escenario de riesgo" que se contempla por los árbitros como necesario para contratar equitativamente el instrumento ofertado.

El error patente en que incurren se refiere tanto a la calificación del producto como a la comprensión misma, absolutamente simplificada, del instrumento financiero analizado.

En primer lugar, ya la propia Directiva 2004/39 -art. 19.6º- excluía los derivados como instrumentos financieros no complejos. Y la Ley del Mercado de Valores prohíbe expresamente considerarlos como un instrumento financiero no complejo (arts. 79 bis 8 ii y art. 2.2º LMV). No vale decir, en este punto, que esa ley ni siquiera existía cuando se elaboró el contrato. La razón es evidente: la ley no configura la complejidad del contrato, sino que reconoce y califica una realidad contractual que, salvo argumentación y prueba en contrario, aquí inexistentes, era la misma antes y después de su promulgación.

Dicho de otra manera: un laudo arbitral, sea de equidad o de Derecho, no puede, sin incurrir en arbitrariedad, calificar en 2014 como producto financiero no complejo un derivado que, desde diciembre de 2007, es reputado por la ley, en desarrollo de una Directiva de 2004, no sólo como producto complejo, sino como un instrumento financiero que no puede ser calificado como no complejo... Decimos que un laudo así es arbitrario no en abstracto, sino a la vista de que no motiva en absoluto el porqué de su calificación frontalmente opuesta a lo que proclama al respecto derecho imperativo de la Unión Europea y del Estado...

Como hemos visto en los fundamentos 2º a 6º, no cabe apelar a que el laudo se dicta en equidad para contravenir, y más sin explicación alguna- un precepto tan imperativo -en tanto que tuitivo de la buena fe contractual en contratos donde una parte predomina sobre la otra- que no admite prueba en contrario.

En segundo lugar, el laudo evidencia una comprensión del instrumento financiero analizado absolutamente simplificada: revela, sin lugar al menor equívoco -lo hemos transcrito-, que ha juzgado suficiente que la demandante de anulación fuese consciente de la aleatoriedad del negocio que suscribía -juego de los tipos de interés en el swap; asunción del riesgo de la caída de la cotización en la acción del Banco Popular-. Ahora bien, como razona la jurisprudencia del TS sobre el error de vicio -mencionada en el propio laudo (S 20 enero 2014), en contratos de esta naturaleza - productos financieros complejos ofertados a un no profesional-, la representación mental que excluye el error invalidante ha de comprender tanto la aleatoriedad como los concretos riesgos en que ésta consiste, pues de lo contrario no se halla en condiciones objetivas, con arreglo al principio de buena fe, de prestar un consentimiento consciente -"con conocimiento de causa", en la locución del art. 79 bis 3 LMV- y no susceptible de incurrir en error. En palabras, del TS: "conviene apostillar que la representación (mental que excluye el error del contratante en estos casos) ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos".

Con una concepción de la *put con barrera como la que revela el laudo* , es evidente que su comprensión puede ser asumida no ya por un empresario medio, sino por cualquier persona, tenga o no experiencia en finanzas, dotada una inteligencia media o normal y con una formación matemática muy elemental... Obviamente, tal no es la cuestión.

La simplificación en que incurre el laudo es tan evidente que obliga a la Sala a dejar constancia de una aproximación a la realidad de la complejidad del producto -ni siquiera atisbada en el laudo-, pues esa complejidad condiciona el análisis no arbitrario, sea en equidad o en Derecho, de la información que se debió suministrar al contratante no profesional del instrumento financiero y, por tanto, condiciona también el examen no arbitrario del conocimiento de causa con que aquél se haya comprometido.

Es imprescindible para contratar con el conocimiento de causa que la buena fe demanda que ambas partes (no sólo una de ellas) tengan claro cómo se ha calculado el tipo fijo o variable que se ofrece a cambio de los pagos variables en el swap, o cómo se ha determinado el *strike* o precio de referencia de la acción en la *put con barrera*..., y qué previsiones han sido manejadas por la entidad financiera para determinar las variaciones de los tipos o de las cotizaciones de la acción de referencia. *Se trata de saber, por supuesto al margen de que se cumplan las previsiones, si alguna de las partes comienza la relación en un punto de partida no equilibrado, con una ganancia prevista y, en su caso, el grado de ese desequilibrio inicial y su porqué -v.gr., por el riesgo de crédito del cliente-*.

Todas estas cuestiones son de normal conocimiento para los clientes profesionales que se manejan en los mercados, pero de muy difícil aprehensión para cualquier persona que no intervenga en ellos; mercados extrabursátiles, no regulados (OTC) y de acceso limitado -por no decir inexistente- para los clientes minoristas.

Evidentemente que a las entidades financieras les es exigible que alerten sobre las consecuencias perjudiciales que puedan tener para el cliente las bajadas de los tipos (*swap*) o de las cotizaciones de una acción de referencia (*put con barrera*)... Pero no se trata sólo de eso -tal entendimiento entraña una simplificación espuria e irracional de dichos instrumentos financieros... Como hemos dicho, *se ha de informar de las previsiones manejadas por la entidad en el momento de la contratación, a la hora de fijar los tipos y el strike*: es la única forma de que la parte débil de la contratación sepa si parte de una relación equilibrada y, de no ser así, en qué grado y por qué razones... Entonces, y solo entonces, podrá con libertad percibir los verdaderos riesgos inherentes a la contratación -los que derivan del *do ut des del producto y también de las previsiones que se han manejado por la entidad ofertante del mismo-* y decidir, con arreglo a la buena fe, si asume o no tales riesgos.

A estas obligaciones de información se ha de añadir -como hemos indicado en el apartado precedente-, las que son inexcusables cuando la entidad financiera asesora y no se limita a comercializar el instrumento financiero de que se trate: *un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma al test de conveniencia (conocimientos y experiencia) un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.*

Pues bien, la simpleza de la información considerada como suficiente por el laudo -sobre la base de una ausencia ostensible de ponderación acerca de la labor de asesoramiento que desempeñaba Banco Popular y de las consiguientes obligaciones de obtención y análisis de información sobre el cliente- contraviene, en sí misma, la conceptualización legal del swap apalancado como producto complejo, sin precisar los efectos reales que pudiera tener en relación con el endeudamiento al que subviene, sin un mínimo análisis del grado de apalancamiento, esto es, del grado de dependencia de la deuda contraída que tiene la minorista contratante, lo cual, obvio es decirlo, puede incidir derechamente en la subsistencia misma de la empresa. Y es que a ese error ostensible de calificación sobre la labor de asesoramiento que desempeñaba Banco Popular, se une, como hemos visto, otro yerro igualmente patente de laudo: reputar el contrato de swap y put con barrera como un producto financiero sencillo en el segundo de sus componentes.

En este sentido, no es ocioso insistir -por más que resulte obvio- en que la principal razón de ser de estos deberes de información respecto de las personas físicas y jurídicas no profesionales en la contratación de instrumentos financieros complejos es proteger la buena fe, inexistente cuando no media recto conocimiento de causa, por desigualdad en la comprensión del producto, a la hora de emitir el consentimiento. Estamos, en suma, ante una normativa de orden público económico con un claro carácter tuitivo de la parte débil en la contratación, de un modo similar a lo que sucede con la ordenación protectora de los consumidores y usuarios.

En congruencia con lo que antecede, es importante dejar constancia de que el laudo adolece de un serio defecto de motivación: ni examina ni, por tanto, entiende acreditado que, *en el momento de la contratación*, se haya analizado la situación financiera de Playa Padrón Estepona, S.L., al efecto de verificar si el *swap con put* era el producto más conveniente para sus necesidades; tampoco consta

analizado y probado que, *en ese momento* -ni en otro ulterior hasta la pericial practicada ya en el seno del procedimiento arbitral-, se le haya proporcionado información sobre las previsiones de evolución del Euribor -posibles escenarios de variación de los tipos- o de la cotización de la acción de referencia, ni sobre posibles riesgos de exceso de apalancamiento -de desproporción entre el capital propio y el crédito-, etcétera. La generalidad del laudo -*cf.* fundamento 5- sobre la información aportada a Playa Padrón y su suficiencia evidencia ese patente déficit de motivación de que hablamos.

3.- Sobre el análisis que el laudo hace del conocimiento o capacidad de comprensión por los administradores de Playa Padrón del instrumento contratado.

Una vez expuesto lo que antecede, el examen de esta cuestión conduce a una conclusión inexorable -que bastaría con constatar: la radical simplificación en la concepción del producto financiero vicia de raíz el análisis del laudo sobre la prestación del consentimiento por Playa Padrón Estepona, S.L.: el laudo ni siquiera se plantea, en sentido estricto, si el destinatario del swap apalancado es un profesional o un minorista: se limita a decir que sus administradores, empresarios de tipo medio, comprendieron un producto medianamente complejo en cuanto al swap y evidentemente sencillo en cuanto a la opción de venta... A lo que se añade -como ya hemos dicho- que si el propio laudo no entra ni siquiera a analizar la obtención y ponderación por la entidad financiera, antes de ofertar y contratar el producto, de una información sobre el cliente que venía inequívocamente exigida por su labor de asesoramiento (art. 19.4º Directiva 2004/39/CE), entonces no cabe sino concluir, una vez más, que el juicio sobre la capacidad de comprensión de lo que se contrata queda atrofiado por la propia concepción, igualmente raquítica, que se asume acerca del instrumento financiero y de los deberes de información al contratante y de análisis sobre el contratante que asistían al Banco Popular.

Aun cuando lo anterior es de por sí demostrativo, a la par que *ratio decidendi*, de que hayamos de concluir que el laudo, en este punto, no puede superar el test del “*canon de la arbitrariedad*” -recuérdese que el laudo nunca califica como profesional de los mercados a Playa Padrón-, con la consiguiente infracción del art. 24.1º CE, no está de más destacar que, a la hora de entender acreditada esa capacidad de comprensión - fundamento cuarto-, se ponderan extremos que ni son los que la Directiva y la Ley de trasposición establecen para excusar de la información aquí omitida sólo en los casos de clientes profesionales, ni, aun hecha cuestión aparte de tales criterios legales -los definitorios de un profesional de los mercados-, las circunstancias ponderadas tienen que ver, con una mínima especificidad, con la experiencia de los administradores de Playa Padrón en los mercados financieros propiamente dichos.

Son demostrativas de lo que decimos las siguientes afirmaciones del laudo -fundamento cuarto de equidad:

“Los partícipes en la contratación del contrato objeto de impugnación aparecen claramente como empresarios con reconocida experiencia en la gestión empresarial, a los que por su actividad empresarial, su participación en sociedades de gestión y promoción inmobiliaria, generalmente actuantes con una importante actividad bancaria y apalancamiento, cabe reconocer la capacidad de entender estipulaciones contractuales que, aun siendo medianamente complejas, no por ello son incomprensibles para un empresario medio, como es el caso”.

Y añade el laudo:

“El término de referencia para evaluar la dimensión empresarial de la demandante no es únicamente la sociedad Playa Padrón Estepona, sino también el sustrato individual existente en la misma, a través de sus accionistas y administradores, los cuales, como ha quedado expuesto, gozan de una amplia experiencia empresarial...”.

Sobre las características de los intervinientes, el laudo ha dicho en el propio fundamento 4 lo que sigue:

Que el Sr. Florencio -administrador- ostenta y ha ostentado cargos en 18 sociedades mercantiles españolas, dedicadas todas ellas a la promoción inmobiliaria y participación en sociedades, en ocasiones con cifras de capital social relevantes o elevadas.

Que Don. Mateo -administrador- ostenta o ha ostentado cargos en 13 sociedades mercantiles españolas -8 coincidentes con el Sr. Florencio -. En particular, consideramos relevante que la sociedad

Gestiser Costa Marbella, S.L., administrada por Don Mateo, tuviera por actividad el asesoramiento en la gestión y dirección empresarial.

Que el Sr. Florencio, según sus propias manifestaciones, y además de la actividad empresarial en España resultante de los anteriores medios de prueba, manifiesta tener actividad mercantil en Alemania, además de en otros países.

Que tanto el Sr. Florencio como su socio el Sr. Raúl reconocen su actividad empresarial, y declaran la titularidad de unos patrimonios de cuantía elevada, de 10,5 a 70 millones de euros, respectivamente.

El análisis efectuado por el laudo puede y debe ser contrastado con algunos postulados elementales de la Directiva 2004/39 sobre qué se ha de considerar como cliente profesional, para así dispensarlo de las exigencias de información inherentes a la buena fe contractual, expresión misma de la equidad, en caso de desequilibrio de los contratantes en el conocimiento del objeto del contrato.

El art. 4.1.11) de la Directiva remite a su Anexo II, del que destacan, por su pertinencia al caso, los siguientes extremos:

ANEXO II CLIENTES PROFESIONALES A LOS EFECTOS DE LA PRESENTE DIRECTIVA

Cliente profesional es todo cliente que posee la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar correctamente los riesgos inherentes a dichas decisiones. Para ser considerado cliente profesional, el cliente debe cumplir los siguientes criterios:

I. Categorías de clientes que se consideran profesionales

(2) *Grandes empresas que, a escala individual, cumplan dos de los siguientes requisitos de tamaño de la empresa:* - total del balance: 20 000 000 de euros; - volumen de negocios neto: 40 000 000 de euros; - fondos propios: 2 000 000 de euros.

Se considera que las entidades mencionadas anteriormente son profesionales. Sin embargo, debe permitírseles solicitar un trato no profesional, y las empresas de inversión pueden acordar conceder un nivel de protección más alto. Cuando el cliente de una empresa de inversión sea una empresa en el sentido antes mencionado, la empresa de inversión debe informarle, antes de prestar servicio alguno, de que, en base a la información de que dispone, se le considera un cliente profesional, y de que se le tratará como tal a menos que la empresa y el cliente acuerden otra cosa. La empresa debe también informar al cliente de que puede pedir una modificación de las condiciones del acuerdo para obtener un mayor grado de protección.

Corresponde al cliente reputado profesional solicitar un mayor nivel de protección cuando considere que no está en condiciones de valorar o gestionar correctamente los riesgos a los que se expone.

Se concederá este mayor nivel de protección cuando un cliente reputado profesional celebre con la empresa de inversión un acuerdo por escrito que estipule que no será tratado como profesional a efectos del régimen de conducta aplicable. El acuerdo debe precisar los servicios, operaciones o tipos de productos u operaciones a los que se aplica.

II. Clientes que pueden ser tratados como profesionales si así lo solicitan

II.1. *Criterios de identificación*

Ciertos clientes distintos de los mencionados en la sección I, entre los que se incluyen los organismos del sector público y los inversores minoristas, pueden también estar autorizados a renunciar a parte de la protección que les ofrecen las normas de conducta de las empresas de inversión.

Las empresas de inversión deben, pues, estar autorizadas a tratar como profesionales a cualquiera de dichos clientes, siempre que se respeten los criterios pertinentes y el procedimiento mencionado a continuación. Sin embargo, no debe considerarse que estos clientes poseen unos conocimientos y una experiencia del mercado comparables a los de las categorías enumeradas en la sección I.

Esta renuncia a la protección que conceden las normas de conducta *solamente se considerará válida* si la empresa de inversión efectúa una evaluación adecuada de la competencia, la experiencia y los conocimientos del cliente que le ofrezca garantías razonables, a la vista de la naturaleza de las

operaciones o de los servicios previstos, de que el cliente es capaz de tomar sus propias decisiones en materia de inversión y de comprender los riesgos en que incurre.

El criterio de idoneidad aplicado a los directivos y gestores de las entidades autorizadas conforme a las directivas del ámbito financiero podría considerarse un ejemplo de la evaluación de la experiencia y los conocimientos. En el caso de las pequeñas entidades, la evaluación debe efectuarse sobre la persona autorizada a realizar operaciones en nombre de éstas.

En el marco de la evaluación antes citada debe comprobarse que se cumplen, como mínimo, dos de los siguientes criterios:

- que el cliente haya realizado en el mercado de valores de que se trate operaciones de volumen significativo con una frecuencia media de 10 por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;
- que el valor de la cartera de instrumentos financieros del cliente, formada por depósitos de efectivo e instrumentos financieros, sea superior a 500 000 euros;
- que el cliente ocupe o haya ocupado por lo menos durante un año un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o los servicios previstos.

Lo que acabamos de transcribir evidencia, en primer lugar, que el laudo no ha analizado si Playa Padrón es una gran empresa -lo que permitiría reputarla como cliente profesional- por cumplir dos de los tres requisitos establecidos en la Directiva; Playa Padrón, en cuanto tal, ha de ser reputada, pues, como cliente minorista.

El laudo va en la línea de analizar la competencia de las personas autorizadas a realizar las operaciones: es cierto que el inversor minorista -el no profesional- puede renunciar a "*parte de la protección que les ofrecen las normas de conducta de las empresas de inversión*". Pero para ello se ha de seguir un procedimiento determinado, y la Directiva, con toda lógica, prevé que se hayan de evaluar - "*como condición de validez*"- aspectos derechamente encaminados a acreditar que el administrador societario ha intervenido en los mercados de valores de que se trate por las concretas operaciones que haya realizado -frecuencia media de 10 por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores-, por haber ostentado cargos en el sector financiero que requieran conocimientos sobre las operaciones o servicios contratados, o que el valor de la cartera de instrumentos financieros del cliente minorista supera los quinientos mil euros.

No se trata solo de estas reglas sean imperativas -para preservar la buena fe y el equilibrio o equidad en la contratación-, se trata también de que responden a una aplicación elemental de las reglas de la lógica a la valoración probatoria y, en particular, a las inferencias o presunciones que se hayan de realizar.

En conclusión: la Sala no discute la racionalidad de que el Tribunal arbitral haya declarado probada la acreditada "experiencia empresarial" de los contratantes: *lo que decimos es que los extremos que se declaran probados no permiten racionalmente inferir el conocimiento por su parte de instrumentos financieros complejos como el que es objeto de impugnación ...* Con ese planteamiento y con semejante silogismo, a todo empresario medio del sector inmobiliario, que desarrolle su actividad empresarial en cuanto tal con estabilidad y experiencia, habría que presuponerle la capacidad de comprender instrumentos financieros complejos, derivados en mercados OTC, con la simple explicación que el laudo da por buena: la mecánica explícita del *do ut des*, sin escenarios de evolución de tipos ni de cotizaciones -volatilidad del producto-, sin explicación del cálculo del *strike* ni de los tipos de referencia del swap, sin exposición de los riesgos para la empresa, ni análisis del grado de apalancamiento que el producto entraña...

Resulta evidente de toda evidencia -patente- que tal inferencia probatoria ni se acomoda a la lógica -del hecho probado no se infiere el hecho presunto-, ni se corresponde con el mandato ínsito y explícito de reglas imperativas de inexcusable observancia (*v.gr.*, art. 4.1.11 y Anexo II de la Directiva 2004/39).

Más allá de la irracional valoración probatoria, revela que ese mandato explícito de la Directiva -en la determinación de qué extremos han de ser valorados para entender que un minorista puede ser tratado de un modo parecido, nunca igual, a un cliente profesional- es de inexcusable observancia el hecho de que los criterios de evaluación sentados por el Anexo II, como condición de validez, son

precisos y claros, no necesitados de mayor desarrollo para la comprensión y aplicación de las garantías que confieren al inversor minorista: así lo revela el dato de que las previsiones del Anexo II de la Directiva se recogen, en sus propios e imperativos términos, en los apartados c) y e) del art. 78 bis 3) de la Ley del Mercado de Valores, en su redacción vigente desde el 21 de diciembre de 2007.

Se da de nuevo aquí, con mayor claridad si cabe, algo que ya hemos puesto de manifiesto a la hora de analizar la calificación del instrumento financiero como no complejo: en primer lugar, que, más allá de la vigencia de la LMV en el momento del contrato, la Directiva misma debió ser aplicada; y, en segundo término, desde el punto de vista de la racionalidad de la motivación del laudo a la hora de ponderar los conocimientos de los administradores de Playa Padrón, nada justifica que, existiendo unos criterios legales imperativos, vigentes -aun cuando cupiera, que no cabe, ignorar la Directiva- desde diciembre de 2007, los árbitros no hayan examinado ninguno de los criterios que obligadamente se han de evaluar al analizar la experiencia y conocimientos de los administradores de un minorista, pues son condición de validez de la renuncia que el minorista pueda efectuar a la protección de las normas de conducta que se le imponen a la empresa de inversión.

4.- *Sobre la motivación del laudo en relación con el juicio de equidad y el desequilibrio en los riesgos asumidos en el contrato.*

El laudo parte de la base, innegable, de que “*el perjuicio real y sustantivo para la entidad demandante deviene de la liquidación de la put*” -p. 32 *in limine* -, que, en el contexto contractual expresado en el fundamento primero, supuso una liquidación en su contra de más de cinco millones de euros (5.266.582,30 €).

Sostiene el colegio arbitral que, “en respuesta al eventual desequilibrio de las prestaciones de las partes, *amén de que el mismo no es causa de nulidad del contrato (sic)*, debemos convenir con el perito aportado por la parte actora, en que tal juicio de racionalidad y equilibrio no está solo en función de las situaciones extremas que pueden plantearse en el devenir de la ejecución del contrato, sino también en función de la probabilidad de que tales escenarios se produzcan. Y entendemos probado que, en tal evaluación de probabilidades, *aceptada por las partes*, el escenario más probable a medio plazo era el de subida moderada de los tipos, y apareciendo como probable que, al menos en el corto plazo, la acción del Banco Popular alcanzara la moderada, por no desaforada, subida de cotización del 5% determinante de la desactivación de la put, en cuyo momento habría desaparecido cualquier riesgo para Playa Padrón Estepona...” (p. 30 *in fine*).

Y añade el laudo, poco después (p. 32 *in fine* y 33 *in limine*): “en el contexto del momento temporal de la firma del contrato en el año 2007, y como se recoge en la pericial practicada por D. Arturo -pericial de la parte demandada en el arbitraje, ratificada el 26 marzo 2014-, podría haber sido esperable una subida de la acción del Banco Popular en las magnitudes indicadas, que desactivara la mencionada put. *Es presumible que igual cálculo de probabilidad se realizara por Playa Padrón Estepona en el momento de la contratación ...* Sin embargo, la realidad de los hechos finalmente fue en sentido radicalmente contrario..., un desplome de la acción del Banco Popular hasta los 1,642 euros por acción, determinando las graves pérdidas expuestas para la sociedad Playa Padrón. Sin embargo, tal riesgo era de sencilla comprensión, de acuerdo con la información facilitada para un entendido medio, como es el caso de la demandante y sus representantes, y las consecuencias de tal riesgo se asumieron y deben ser soportadas por la demandante”.

Tal es, en síntesis, el raciocinio sobre la equidad del contrato: el desequilibrio no es causa de nulidad; era presumible la desactivación de la put; y, en la medida en que el riesgo de grave desequilibrio era de fácil comprensión, la materialización de ese riesgo debe ser soportado por quien lo asumió.

Esta argumentación cae por su propia base, cuando se repara en que “*la probabilidad de que los escenarios se produzcan*”, “*la evaluación de probabilidades aceptadas por las partes*” y “*la presunción de que igual cálculo de probabilidad se aceptara por Playa Padrón*”, se efectúa por el Tribunal arbitral sobre la base de un informe pericial realizado en 2014... No hay constancia alguna -desde luego, ni el laudo ni las partes dan cuenta de ella- de que tales escenarios de probabilidades -subida moderada de los tipos de la acción del Popular para la desactivación de la put- se hayan facilitado a la demandante de anulación en el momento de la contratación: esa presunción del laudo es, pues, una

pura conjetura; no se sustenta en ningún hecho indiciario mínimamente acreditado... Es, literalmente, una presunción arbitraria, expresión de puro voluntarismo.

Y lo mismo cabe decir -por las razones expuestas en los fundamentos precedentes- del criterio de que, como los riesgos eran de fácil comprensión, las consecuencias de su materialización deben ser soportadas por quien los asumió... La Sala ha explicado, por extenso, por qué los riesgos reales de la contratación no eran de fácil comprensión y por qué no se ha acreditado que fueran suficientemente explicados, como debieron haberlo sido para respetar el principio general de buena fe en la contratación...

En tal circunstancia, el propio iter discursivo del laudo evidencia que, con arreglo a sus premisas, la conclusión, a falta de prueba de que la entidad de inversión haya facilitado la información inexcusable sobre los riesgos reales del contrato, tuvo que ser y debió ser el quebrantamiento del principio general de buena fe al contratar con la minorista, con la consiguiente falta de equidad del contrato imputable a quien no acredita el cumplimiento de los deberes que le asisten.

Con todo, ese silogismo del laudo -examinado a los efectos de verificar la congruencia interna de su motivación *ex art. 24.1º CE*-, suscita -dicho sea *a fortiori*- serias dudas desde el punto de vista de su adecuación material a la equidad. En este sentido, conviene recordar cómo la STS 1ª 22 junio 2009, en parte transcrita *supra*, señalaba expresamente que, “cuando el arbitraje es un arbitraje de equidad, resulta especialmente relevante la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso”.

Así, la afirmación de que el desequilibrio de las prestaciones no es causa de nulidad del contrato, aparece desmentida, en el plano jurídico, por copiosa jurisprudencia sobre el abuso de derecho, sobre contratos leoninos y, *de lege lata*, a modo de mero ejemplo, por la aún vigente Ley Azcárate, de 23 de julio de 1908, cuyo artículo 1 señala que “será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”.

Por lo demás, tampoco parece que esa afirmación se compadezca con el juicio de equidad, que atiende precisamente al equilibrio de prestaciones. En el orden material de la *aequitas*, cabe postular la insuficiencia de la argumentación que da por bueno un resultado gravemente perjudicial por el hecho de que ha sido asumido al poder ser previsto. No parece que ese postulado (la comprensión del riesgo y su asunción hacen el resultado equitativo), sin más argumentación, sea suficiente para subvenir a la motivación en equidad, que, más allá de la puramente jurídica -*v.gr.*, STS 29 octubre 2013, f.º 10, *in fine*-, ha de ponderar la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso: principios que, a todas luces, tratan de preservar la buena fe en la contratación y de proteger a quien no es inversor especulativo de un endeudamiento desmesurado que pueda abocar a la insolvencia del minorista.

En todo caso, lo determinante, como queda dicho, es que no puede reputarse como suficientemente motivado en equidad un laudo que no pondera el hecho de que el resultado materialmente producido, gravemente perjudicial para el inversor minorista, lo ha sido sin acreditar el cumplimiento de exigencias elementales e indeclinables de la contratación del instrumento financiero en cuestión, cual es el cumplimiento de estrictos deberes de informarse sobre el cliente y de informar al cliente que asistían a la entidad bancaria y que son expresión, tales deberes, del principio general de buena fe en la contratación, absolutamente indisoluble de la idea misma de equidad, de equilibrio justo entre los contratantes.

Es así manifiesto, patente sin necesidad de elucubración alguna, que el laudo yerra en la determinación del alcance de los deberes de información que le eran imputables a la entidad financiera oferente del swap apalancado. Ese yerro patente es, en sí mismo, expresión de la arbitrariedad constitucionalmente proscrita (art. 24.1º CE).

OCTAVO: En definitiva: en el presente caso, con sus singularidades, sucede algo parecido a lo acaecido en el proceso de anulación resuelto por nuestra Sentencia 13/2015 y que aboca a su misma conclusión: el laudo asienta su decisión sobre la base de la infracción patente de normas imperativas que, en tanto que tuitivas del principio general de buena fe, son de inexcusable observancia también en el juicio de equidad: de un lado, un error grosero de calificación sobre los deberes de información de Banco Popular al no realizar el test de idoneidad, dando por buena, *en contra del principio general de buena fe en fe la contratación*, la omisión de información precisa sobre costes y riesgos de la operación por no reputar el producto como complejo. Estas contravenciones patentes de normas imperativas de inexcusable observancia aun en arbitraje de equidad, por tuitivas del principio de buena fe, hacen que la motivación del laudo sea arbitraria: los presupuestos sobre los que se asienta el fallo son tan ostensiblemente errados que vician de raíz la motivación que se erige en *ratio decidendi* del laudo.

La cuestión -en este ámbito de decisión- no es ya tanto si el laudo acertó o no al no apreciar error que invalide el consentimiento emitido por Playa Padrón Estepona: la cuestión es, como decimos, que asentó su decisión sobre unos presupuestos que, inequívocamente, contravenían normas imperativas aplicables, a la vista de los hechos que el propio laudo declara probados. Al errar patentemente sobre los deberes de información que asistían a Banco Popular, al valorar ilógicamente y contra criterios legales inexcusables la capacidad de comprensión del producto de los administradores de Playa Padrón, y al errar, con no menor claridad, sobre la declarada, legal y jurisprudencialmente, naturaleza compleja del instrumento financiero comercializado, el laudo no puede ponderar adecuadamente -en los términos en que la Ley y la equidad exigen- la relevancia sobre la validez del consentimiento emitido que pudiera tener la omisión de unas informaciones que debieron proporcionarse y que, *arbitrariamente*, el laudo ni siquiera pondera en su motivación.

En estas circunstancias, la Sala hace ver la necesidad de tener presente que, en este ámbito de enjuiciamiento, no tiene por qué incidir, ni incide, en si el contrato debió ser anulado o no en función de un error esencial de consentimiento: su objeto de análisis es el laudo, cuya motivación contraviene el orden público por arbitraria, *ex art. 24.1º CE*, en el sentido de manifiestamente contraria a reglas legales imperativas; como sucede que, además, esas normas de *ius cogens* son expresión del principio general de buena fe contractual, y este principio, muy señaladamente en este tipo de contratos y con esta clase de contratantes -*supra* FJ 4-, es cuestión de orden público, también se aprecia la causa de anulación del art. 41.1º.f) LA por esta circunstancia añadida. Viene a cuento, por su especial claridad en la línea de lo que decimos, el FJ 4,4ª de la STS 1ª 17 febrero 2014, que advierte cómo la omisión de las informaciones debidas puede dar lugar a distintas infracciones, escindibles en su análisis, como son la infracción misma de las normas imperativas, el quebrantamiento de la buena fe contractual y la anulación del contrato por error-vicio, concluyendo la Sala Primera que “*para esas y otras infracciones está el ordenamiento dotado de los correspondientes remedios*”.

[...]

VOTO PARTICULAR DEL PRESIDENTE D. FRANCISCO
JAVIER VIEIRA MORANTE

Respetando la opinión mayoritaria de los dos Magistrados de la Sala, debo expresar mis discrepancias con alguno de los argumentos expuestos en la sentencia, a través de la formulación de este voto particular, de conformidad con el art. 260 LOPJ.

Acepto los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho primero y noveno, cuyos argumentos comparto.

Sin embargo, discrepo de alguno de los que contienen el resto de fundamentos, por las siguientes razones:

PRIMERA: El único motivo de anulación que se esgrime en la demanda está apoyado en el apartado f) del art. 41.1º LA -infracción del orden público del laudo-, centrándose únicamente en la irra-

cionabilidad de la valoración probatoria en la que se basa el laudo. Las razones expuestas para ello pueden resumirse en las siguientes:

La valoración probatoria del Tribunal arbitral es arbitraria, ilógica e irrazonable, al considerar que la demandante (a través de sus elementos personales que conformaban su administración y accionariado) tenían capacidad de comprender el contenido, alcance y riesgos del derivado suscrito al tratarse de empresarios con reconocida experiencia en la gestión empresarial a los que, por su actividad, su participación en sociedades de gestión y promoción inmobiliaria con una importante actividad bancaria y apalancamiento, cabe reconocer la capacidad de entender estipulaciones contractuales que, aun siendo medianamente complejas, no son incomprensible para un empresario medio, como es el caso, y al calificar a la demandante como un inversor cualificado con acreditada experiencia empresarial e incluso en operaciones financieras a través de una extensa lista de sociedades, mientras que la prueba practicada reveló, según la demanda, que ni la demandante ni los elementos subjetivos que intervinieron en la contratación tenía capacidad, conocimiento y experiencia suficiente, en relación a productos financieros complejos, como para entender, por sí sola, la estructura, funcionamiento, características y riesgos que asumía al aceptar el producto ofrecido por el banco. Considera así la demandante que la prueba practicada reveló:

Que la actora es una sociedad cerrada o familiar, cuyo único objeto lo constituye la construcción y explotación, en régimen de alquiler o cesión de uso, de un pequeño Centro Comercial.

Que no pertenece a ningún grupo internacional.

Que "Laguna Village" es un pequeño centro comercial, que alberga pequeños negocios locales de carácter familiar.

Que Playa Padrón y sus representantes no tenían experiencia en la contratación de productos bancarios.

Que el Sr. Florencio no está acreditado sea un profesional del sector financiero, banquero internacional o experto en productos financieros, pues se trata de una persona que se ha hecho a sí misma, sin estudios superiores y que se ha dedicado a pequeñas promociones inmobiliarias.

Que, respecto de D. Raúl, está acreditado que su formación es técnica e invierte siempre en promociones inmobiliarias, y no participó en la contratación del swap/put.

Que D. Mateo no es licenciado en Derecho, ni economista, posee dos títulos de grado medio no universitarios, ha desarrollado la mayor parte de su vida profesional en el sector hostelero y no podía actual en solitario al tener poderes mancomunados.

Que no hubo asesoramiento por PWC, sino solamente fiscal, no de productos financieros.

La valoración del laudo fue también parcial, insuficiente, confusa e inexplicada respecto de la información facilitada por el Banco Popular a Playa Padrón en relación con el segundo derivado (swat/put), llegando a conclusiones absurdas y arbitrarias, fruto de una irrazonable valoración de la prueba, ya que:

Al referirse al conjunto de la prueba practicada para tener por acreditado que hubo una efectiva explicación previa del producto, identificando como pruebas que sirven de fundamento a esa conclusión -calificada de ilógica en la demanda- los folletos informativos aportados con la demanda y la contestación, la explicación del funcionamiento del funcionamiento del Swap-euro, deduciendo que también explicó el swap/put, y en el reconocimiento en la declaración del Sr. Mateo de que había sido ya informado por D. Plácido, cuando:

La descripción gráfica del producto en los documentos de la demanda y contestación es manifiestamente insuficiente para una persona no experta en productos financieros, refiriéndose además a un swap bonificado, sin que aparezca la inclusión de una opción de venta o "put con barrera".

Exonera al banco de carga probatoria al considerar que si se explicó el primer producto (swap-euro) también se explicó el segundo (swap-put)

Es radicalmente falsa la afirmación de que el Sr. Mateo (empleado y apoderado mancomunado de la demandante) reconociera haber sido informado por D. Plácido (Director de la Sucursal en aquel

momento), cuando se limitó a manifestar que éste le recomendó el cambio de producto porque era más ventajoso para Playa Padrón, ya que el tipo fijo a satisfacer era levemente inferior.

En la confirmación de la operación a través de una llamada telefónica, las manifestaciones de asentimiento del St. Mateo no acreditan que entendiera perfectamente el producto, aparte de que no pueden vincular a la sociedad, que no tuvo conocimiento de esa conversación telefónica, siendo además una prueba irregular al vulnerar lo dispuesto en el RD 629/1993 al no advertir que esa conversación estaba siendo grabada.

No haberle sido enviado a la demandante el contrato definitivo, del que obtuvo copia cuando la solicitó al banco tras el primer cargo negativo.

Se exonera al banco de su carga probatoria con el argumento de que bien pudo la demandante haber realizado las observaciones con salvedades oportunas en el proceso de contratación y, en su caso, haber recabado el oportuno asesoramiento externo.

Igualmente es arbitraria e ilógica la valoración probatoria del laudo al concluir que el swap/put ofrecía a Playa Padrón una protección superior a la del swap-euro suscrito inicialmente, pues:

Se ha acreditado la absoluta inutilidad del producto como instrumento de garantía, siendo un producto altamente especulativo, como demuestran las pruebas periciales practicadas, las testificales y documentales.

Existía un indudable riesgo, del cual el Banco era perfectamente conocedor, de que la "Put" no se desactivara y la acción del Banco Popular fuera perdiendo valor en su cotización, lo que deduce la demanda de las declaraciones del perito Sr. Arturo.

Está acreditado por la prueba practicada que el derivado discutido es un producto extraordinariamente simétrico y especulativo.

Estos y no otros son los hechos, circunstancias y alegaciones en los que la demanda basa la acción de nulidad del laudo arbitral.

SEGUNDA: Dada la causa de nulidad invocada -infracción del orden público- y los hechos a los que se anuda -arbitrariedad y falta de lógica en la valoración probatoria que contienen el laudo, es preciso delimitar las facultades de esta Sala como conocedora de la acción de anulación de laudo arbitral para no confundirlas con las propias de un tribunal de apelación.

Mientras el recurso de apelación autoriza a un completo examen de las cuestiones litigiosas decididas en primera instancia, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico, la acción de anulación del laudo no permite el reexamen de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. Así lo indica con rotundidad la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje al decir que *lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo, y que 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*. Esta limitación implica, pues, que, afectando al fondo de las cuestiones debatidas en todo procedimiento, tanto la fijación de los hechos probados como la interpretación de las normas jurídicas aplicables, la valoración probatoria de la que parte el laudo arbitral y la aplicación del derecho en la que se basa su decisión deben quedar al margen, habitualmente, de la revisión sobre la nulidad del laudo. El debate sobre el contenido de las pruebas practicadas en el proceso arbitral, sobre la eficacia probatoria de las mismas, sobre su fuerza acreditativa, está, en principio, vedado a este Tribunal. Igualmente, la selección de la norma jurídica aplicable, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos probados es una facultad que corresponde a árbitro o colegio arbitral, al que las partes han encomendado, en virtud de su autonomía de la voluntad, la decisión de su controversia, con exclusión de los Tribunales de Justicia ordinarios.

Para precaver, en todo caso, los posibles abusos o excesos de los árbitros en el ejercicio de esta jurisdicción supletoria, solamente a través de la causa de nulidad prevista en el ap. f) del art. 41.1º LA podría este Tribunal, en el conocimiento de la acción de anulación, adentrarse en el conocimiento de algunas cuestiones fácticas o jurídicas determinantes de la resolución de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. Pero ello sin perder nunca de vista que no nos corresponde

sustituir los criterios del laudo por otros que consideremos más adecuados o justos. Ciertamente es que, al conocer de la acción de anulación, cuando se han debatido en el arbitraje cuestiones jurídicas podemos no estar de acuerdo con la postura final aceptada por el laudo, sobre todo cuando discrepe con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que conozcamos. Pero eso no nos autoriza a arrogarnos la facultad de impartir justicia en el caso concreto, pues lo impide la decisión de las partes de excluir la intervención de los Tribunales de justicia en la resolución de sus controversias.

Por ello, la apreciación de la vulneración del orden público debe realizarse con extrema cautela para no invadir competencias que no nos corresponden.

Hay una coincidencia general en la jurisprudencia en delimitar el concepto de orden público al que se refiere la ley de arbitraje a la vulneración en el laudo de derechos o libertades fundamentales. Siguiendo los postulados de la STC 15 abril 1986, la infracción del orden público se anuda a la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente.

Esta vulneración puede provenir de la contravención de una norma imperativa de carácter tan fundamental que ninguna restricción pudiera impedir su observancia. Tales normas imperativas pueden ser de derecho nacional como de derecho internacional, pero para que menoscaben el orden público deben afectar a los principios esenciales del ordenamiento jurídico o, en palabras de la sentencia del TJCE (caso *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV*) de 1 junio 1999, una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad. En tal caso, la inaplicación de una norma imperativa que afecte a algún principio esencial puede ser un elemento a tomar en cuenta para considerar vulnerado un derecho constitucional, como el derecho a la tutela judicial efectiva por la irracionalidad o arbitrariedad en tal caso de la resolución dictada.

Algunas de las infracciones de orden público integran motivos específicos de anulación del laudo diferentes del previsto en el ap. f) del art. 41.1.º LA, por lo que ya tienen su tratamiento particular. La vulneración del derecho de defensa por no haber sido debidamente notificada la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haber podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, está contemplada en el motivo del ap. b) de dicho art. 41.1.º. Una manifestación de la infracción al principio de igualdad es el motivo del ap. d), por no haberse ajustado la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral al acuerdo entre las partes, siempre que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa legal, o, a falta de dicho acuerdo, no haberse ajustado a la Ley de arbitraje.

El resto, para que tengan encaje en la vulneración del orden público deben tener incidencia en algún derecho fundamental o libertad pública, entre los que resulta especialmente afectante al mundo del arbitraje el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, sin indefensión; garantía trasladable igualmente en el ámbito arbitral en cuanto medio alternativo de resolución de conflictos, equivalente al judicial.

TERCERA: Una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva es la derivada de la obligación de la motivación de las resoluciones. La STC 56/2013, de 11 de marzo recuerda que la motivación de las resoluciones judiciales constituye una exigencia de los Tribunales en la medida en que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, para posibilitar el control de su corrección mediante el sistema de recursos.

En consonancia, cuando la motivación no permita conocer las razones de la resolución o ésta se base en argumentos que palmariamente no pueden conducir a ella aplicando las reglas elementales de la razón, debe entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de la Constitución.

Pero no puede equipararse valoración errónea o inadecuada con valoración irracional.

Es doctrina del Tribunal Constitucional que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el art. 24 CE (STC nº 186/92, de 16 de noviembre; además, ha sentado que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTC 28 enero 1991

y 25 junio 1992), y, en igual sentido, SSTS 12 noviembre 1990 y 1 febrero 2006. Según la STC 178/2014, de 3 de noviembre, “el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990 y 112/1996), y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, 5/1995 y 58/1997). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere ‘arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable’ no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987, f. 3º; 112/1996, f. 2º, y 119/1998, f. 2º)”. Pero también la misma sentencia recuerda que “*el error en una resolución judicial, entendido como consideración del juzgador no acorde con la realidad, solo tiene relevancia constitucional cuando se trata de un error determinante de la decisión adoptada, atribuible al órgano judicial, predominantemente fáctico e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y que despliegue efectos negativos en la esfera del justiciable*’ (por todas, STC 47/2009, de 23 de febrero, FJ 4)”. Las sentencias del Tribunal Constitucional nº 164/2002 y 247/2006 de 24 julio abundan en la misma idea al decir esta última que “*la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueban que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que ocurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas*” (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, F. 4; 186/2002, de 14 de octubre, F. 5; 224/2003, de 15 de diciembre, F. 4; y 29/2005, de 14 de febrero, F. 4).

Del mismo modo, la jurisprudencia del Supremo sólo ha identificado la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por defectos en la motivación con aquella que sea arbitraria, ilógica o absurda (ATS 1ª 28 enero 2014: *Es doctrina de esta Sala que la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal cuando por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, ésta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24 CE ... por incurrirse en error de hecho manifiesto, irracionalidad o arbitrariedad* (SSTS 18 junio 2006, 8 julio 2009, 30 junio 2009, 17 diciembre 2009 y 7 junio 2010).

Todas estas resoluciones, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo exigen, pues, para considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por defectos de motivación, un “plus” al mero error cometido en una resolución. Se refieren, en unos casos, a un error patente, manifiesto o, en otras, a un error inmediatamente verificable. Por ello, también la citada STC nº 178/2014 tuvo que precisar que, en su misión de protección de los derechos fundamentales, no le correspondía “*la corrección de cualesquiera errores de apreciación fáctica o desviaciones de la legalidad ordinaria en que incurran los órganos judiciales*”, insistiendo en que ese Tribunal “*no es una tercera instancia competente para efectuar el control de las valoraciones de hecho y de Derecho realizadas por los jueces y tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3º CE. De otro modo, el recurso de amparo quedaría transformado en una instancia revisora con merma de las competencias que constitucionalmente corresponden a la jurisdicción ordinaria* (por todas, SSTC 210/1991, de 11 de noviembre, FJ 5; y 201/1994, de 4 de julio, FJ 2)”.

Una posición similar a la que describe en esta sentencia del Tribunal Constitucional respecto de su misión en protección de los derechos fundamentales es la que ocupa la Sala de lo Civil y Penal de los

Tribunales Superiores de Justicia cuando debe valorar si un laudo infringe por su motivación en violación del derecho a la tutela judicial efectiva: no puede ni debe entrar en la corrección de cualesquiera errores de apreciación fáctica o desviaciones de la legalidad ordinaria en los que pudiera haber incurrido el laudo arbitral, ni ejerce funciones de tribunal de segunda instancia.

CUARTA: Con arreglo a lo anteriormente señalado es como debe analizarse el motivo de anulación del laudo arbitral alegado con apoyo en la supuesta infracción del orden público.

Por un lado, los varios extremos que resalta la demanda en cuanto a la valoración probatoria realizada por el laudo arbitral son una invitación -que no puede ser aceptada- a que se adentre esta Sala en el análisis de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. Nuestra misión debe reducirse, partiendo del debate procesal realizado entre las partes en sus alegaciones, a comprobar si el laudo contiene una motivación que explique suficientemente las razones de su decisión y si no se aparta notoriamente del resultado probatorio evidente, no si pudo llevarse a otra conclusión diferente en la valoración de las pruebas.

La propia estructura de la demanda, haciendo referencia, más que a los fundamentos del laudo, a lo alegado por la demandada en el procedimiento arbitral y su contraste con las pruebas practicadas, es indicativa de que pretende trasladarse al procedimiento abierto para el ejercicio de la acción de nulidad del laudo las cuestiones de fondo debatidas en el arbitraje.

Si examinamos el laudo impugnado, comprobamos:

El laudo hace referencia a que, a pesar de encontrarse en un arbitraje de equidad, la raíz jurídica de las cuestiones planteadas les obligaba a que las consideraciones jurisprudenciales debían informar cualquier examen de las mismas, tras lo que analizan las características del contrato "Swap bonificado apalancado Euribor-Popular" (fundamento 3º)

Menciona la suscripción anterior por la demandante de un swap-euro, al que vino a sustituir el objeto de controversia, no objeto de impugnación.

Considera que la capacidad para la comprensión y asunción de los efectos del contrato por parte del apoderado de la sociedad aparece reconocida por la suscripción de ese swap anterior y: por la grabación, que considera especialmente significativa, de la llamada de confirmación de los contratos swap, y en especial la segunda de ellas, con la intervención de D. Mateo y D^a Constanza, donde el Sr. Mateo no se limitó a aceptar las explicaciones de la entidad financiera, sino que "negoció" el precio de la cancelación, en función de la evolución en tiempo real de los tipos de mercado, lo que considera el tribunal arbitral evidencia un conocimiento efectivo de la dinámica de funcionamiento de un contrato de permuta financiera o swap, tanto del suscrito y cancelado como del que es objeto de impugnación.

Los correos electrónicos aportados con la contestación a la demanda, donde el Sr. Mateo manifiesta su preocupación por la evolución de los tipos de interés en el próximo ejercicio y las perspectivas de mercado sobre la evolución de los mencionados tipos., lo que también considera el laudo evidencia un conocimiento y seguimiento del índice fundamental en el contrato de permuta de tipos de interés.

Al analizar las características de los intervinientes en el negocio jurídico, entre las opuestas alegaciones de las partes considera como probadas las siguientes:

Que el Sr. Florencio ostenta y ha ostentado cargos en 18 sociedades mercantiles españolas, dedicadas todas ellas a la promoción inmobiliaria y participación en sociedades, en ocasiones con cifras de capital social relevantes o elevadas.

Que el Sr. Mateo ostenta o ha ostentado cargos en 13 sociedades mercantiles españolas, de las que, al menos en 8, aparece de manera coincidente con el Sr. Florencio, de igual entidad a las expuestas, considerando especialmente relevante que la sociedad Gestiser Costa Marbella S.L., administrada por el Sr. Mateo, tuviera por actividad el asesoramiento en la gestión y dirección empresarial

Que el Sr. Florencio, además de la actividad empresarial en España, manifiesta tener actividad mercantil en Alemania y en otros países.

Que tanto el Sr. Florencio como su socio Don Raúl reconocen su actividad empresarial y declaran la titularidad de unos patrimonios de cuantía elevada (10,5 y 70 millones de euros, respectivamente).

Que el hijo del Sr. Florencio aparece además como participante, tanto como apoderado como administrador, en 14 sociedades, parcialmente coincidentes con aquellas en las que participa su padre y el Sr. Mateo.

Que todas estas circunstancias evidencian que son empresarios con reconocida experiencia en la gestión empresarial y actuantes con una importante actividad bancaria y apalancamiento, y con capacidad de entender estipulaciones contractuales, que aun siendo medianamente complejas, no por ello son incomprensibles para un empresario medio, como es el caso,

(Es decir, el laudo no acepta sin más las alegaciones a este respecto de la demandada, sino que destaca los datos que considera acreditados por las pruebas)

Analiza el procedimiento de contratación, entre el que destaca:

Las explicaciones y simulaciones del producto que considera realizadas por la declaración del testigo Don Plácido y por los folletos informativos del producto aportados por la demandante.

Un correo electrónico sobre el envío de la oferta del producto, en el que se reconoce que la oferta es muy atractiva.

El reconocimiento del Sr. Mateo de que había sido informado por D. Plácido.

Que aunque hubiera sido deseable más diligencia por parte del Banco en la exposición de las características del producto, los riesgos asociados y las posibles consecuencias, ello no es suficiente para determinar el desconocimiento del cliente sobre el producto contratado.

La llamada de confirmación realizada por la Tesorería del Banco, donde resulta patente que el Sr. Mateo había sido prevenido de la llamada y que el objeto de la conversación era "rechequear" los datos y que la información había sido entendida, informándole de las características del nuevo contrato swap y del contenido del "put", indicando del funcionamiento de este instrumento, de la barrera desactivante establecida y de los riesgos asociados, recogiendo textualmente una de las frases: *"el riesgo del producto o uno de los riesgos de este producto es que las acciones del Banco Popular caigan más de un 5%. En este caso, el titular Playa Padrón Estepona tendría que hacerse cargo de la caída del precio del Popular. Si la caída es de un 10, pues bueno, todo lo que caiga por debajo, entre el 5 y el 10, ¿Qué ocurre? Pues imaginemos que el día 4 de junio de 2012, Banco Popular vale cero euros. En este caso, ¿Cuál es el máximo a perder? Los seis millones de euros. Hombre es una situación bastante extrapolable, ¿no? Pero bueno, que el riesgo que tiene la operación, digamos, es asumir la caída que tenga la acción"*.

De lo anterior, deduce el laudo que las explicaciones del producto, en lo que hace referencia a la contratación de la "put", son suficientemente expresivas y acreditativas de la explicación acerca de los riesgos que se corren por el cliente con la suscripción del producto financiero, así como que es incongruente esa conversación con el desconocimiento alegado por el Sr. Mateo del significado de la "put"

Se refiere también a la firma del contrato, sobre el que dice el laudo no hay controversia entre las partes, destacando no resultar creíbles las afirmaciones de no haber leído el documento.

Y finalmente añade en el último párrafo del fundamento quinto que, con independencia de la mayor o menor complejidad del producto contratado, no cabe presumir que se produjese una defectuosa o insuficiente información ni menos la realización de maquinaciones insidiosas por la demandada, y que las estipulaciones contractuales, siendo complejas, no han de ser incomprensibles para un entendido medio, como considera a la entidad demandante.

Por todo ello, en el fundamento sexto descarta la concurrencia de error en el consentimiento, citando expresamente la STS 20 enero 2014 y 17 febrero del mismo año, señalando que una hipotética infracción de los deberes de información y de valoración de la idoneidad prevista en el art. 79 bis de la LMV no tiene por qué llevar en todos los casos al error de vicio en la contratación del producto financiero, y considera en el fundamento séptimo que había que estarse a la redacción de la LMV resultante de la reforma operada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre y no a la resultante de la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, pues el contrato objeto de impugnación había sido firmado en junio de 2007.

En definitiva, el laudo contiene una valoración probatoria que no resulta irracional. Contrariamente a lo que expone la demanda, especifica la forma en la que se transmitió la información sobre el producto contratado, explica el proceso lógico esencial por el que no consideran concurrente el error en los elementos esenciales de la contratación efectuada, menciona y aplica jurisprudencia específica sobre swaps y no niega el carácter complejo de los contratos de permuta financiera, aunque diga que no son incomprensibles para un empresario medio.

QUINTA: De lo anterior no puede deducirse que el laudo arbitral impugnado incurra en manifiestos errores, directa y claramente verificables, sino que, a lo sumo, sigue criterios discutibles en la resolución de la controversia, sobre todo si nos atenemos a la doctrina jurisprudencial sentada desde la citada sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS que, ante decisiones dispares de los Tribunales, unificó el tratamiento de esta materia, resaltando la importancia de los test de idoneidad y de conveniencia establecidos en la contratación de productos bancarios, cuya omisión genera una presunción iuris tantum de concurrencia de error en el consentimiento, que puede desvirtuarse por prueba en contra.

Contrasta con esta convicción, contraria a la anulación del laudo impugnado, la decisión mayoritaria de la Sala, que se basa en la aplicabilidad directa de Directivas europeas-no planteada siquiera en la demanda-, en los requisitos de los test de idoneidad y de conveniencia establecidos en la contratación de estos productos bancarios, y en la aplicación de la última jurisprudencia del TS.

Las conclusiones a las que llega la decisión mayoritaria de la Sala exigen una argumentación compleja, ni siquiera coincidente con la realizada por la demanda. Esta extensa argumentación que debe realizarse para desmontar los argumentos en los que se basa el laudo es, por sí misma, indicativa de que el error en el que se dice incurre la resolución arbitral no es patente, no es manifiesto ni surge con naturalidad y claridad de las actuaciones arbitrales. Aunque el laudo pudiera apartarse de la doctrina finalmente asumida por la Sala Primera del TS en una decisión plenaria reciente, de enero de 2014, que es la que, en definitiva, permite ahora inclinarse por la opción que considera más acertada esta sentencia mayoritaria, la decisión del laudo no puede tildarse de arbitraria, en cuanto llega a unas conclusiones que, durante bastante tiempo, fueron asumidas en varias resoluciones judiciales, citadas en el mismo laudo.

Por más que pretendan utilizarse epítetos adaptables a la situación, un laudo que necesita ser desmontado en sus argumentos con un análisis de la normativa que aún no había sido transpuesta a nuestro ordenamiento cuando se suscribieron los contratos objeto de discusión, y que necesita apoyarse en una decisión unificadora de criterios que debió hacer el TS ante tesis contrapuestas seguidas en los propios Tribunales de Justicia, nunca puede considerarse arbitraria ni claramente errónea, que es únicamente lo que nos permitiría anular el laudo arbitral, aunque discrepáramos de su contenido.

Por todo lo expuesto anteriormente, considero que el fallo debería ser DESESTIMATORIO de la demanda formulada por Playa Padrón Estepona, S.L. contra Banco Popular Español, S.A., respecto del laudo arbitral dictado con fecha 14 de julio de 2014, sin especial imposición de las costas a alguna de las partes.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) Sentencia nº 45/2015 de 26 mayo 2015

Acción de anulación.— Laudo contrario al orden público: procedencia.— Apreciación de oficio de la causal.— Orden público económico es el principio general de buena fe en la contrata-

ción.– Motivación viciada.– Swap: error patente sobre los deberes de información que correspondían al banco.– Valoración ilógica y contra criterios legales inexcusables de la capacidad de comprensión del producto de los administradores de la sociedad demandante.– Error sobre la naturaleza compleja del instrumento financiero comercializado.– Estimación.– Voto particular.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande.

Partes: Gori Transbur, S.L. / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

Fuente: JUR\2015\208056.

Normas aplicadas: Arts. 2.2º y 41.2º LA.

El examen de si el laudo infringe el orden público exige, ante todo, dejar claramente establecidos los parámetros que delimitan el ámbito de nuestro enjuiciamiento en la acción de anulación; labor particularmente necesaria, en el presente caso, por las singularidades propias del thema debatido –contratación de instrumentos financieros estructurados, sometidos a un riguroso control normativo–, y por la circunstancia misma de que la Sala subvenga, de oficio, al deber que le asiste de verificar si en el laudo concurre, o no, tal motivo de anulación.

Las entidades financieras al contratar y los árbitros al resolver las controversias derivadas de esa contratación deben valorar la índole compleja o no del instrumento contratado, la experiencia en materia financiera del cliente y la naturaleza de la actividad –mera comercialización o de asesoramiento– desarrollada por la entidad de inversión para precisar el contenido y alcance de la información que se ha de proporcionar al cliente.

Un error craso, patente del árbitro sobre todos o alguno de estos extremos –ya derive de la aplicación normativa, ya de la valoración probatoria– condiciona y, en su caso, puede hacer imposible la exigible adecuación a razón de la motivación del laudo desde el prisma del inexcusable respeto a la buena fe contractual, particularmente relevante y exigible, cuando en una concreta contratación se produce una situación de desequilibrio entre las partes por razón de la complejidad del producto y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes.

[...]

TERCERO: Dicho lo que antecede, la Sala repara en lo que dispone el art. 41.2º LA : “ Los motivos contenidos en los párrafos b) [que una parte no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos], e) [que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje] y f) [que el laudo sea contrario al orden público] del apartado anterior podrán ser apreciados por el Tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le esté legalmente atribuida “.

La doctrina es unánime al considerar que esta importante novedad de la vigente Ley de Arbitraje está inspirada o, por mejor decir, es reiteración – *salvo en lo que concierne a la referencia al apartado b), que fue introducido, por razones muy atendibles, en virtud de enmienda parlamentaria de los Grupos Socialista y Vasco* – de lo establecido en el art. 34.2º.b) de la Ley UNCITRAL, según el cual el laudo puede ser anulado de oficio cuando el Tribunal compruebe: i) que, según la Ley del Estado del foro, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; y ii) que el Laudo es contrario al orden público de ese Estado.

Es evidente que con esta previsión normativa se acentúa claramente el control jurisdiccional sobre el arbitraje, pero tampoco existe duda –sino general conformidad– a la hora de sostener que esa previsión, trasunto, como decimos, de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resoluciones 40/72, de 11.12.1985, y 61/33, de 4 de diciembre de 2006), está justificada, habida cuenta de que el examen de oficio se permite respecto de motivos que trascienden la simple voluntad de las partes y su poder de disposición, en el bien entendido, claro está, de que el laudo haya sido impugnado a instancia de parte –no se trata de que el Tribunal incoe de oficio el proceso de anulación.

También resulta incuestionado que este precepto entraña una ruptura real del principio de congruencia, por expresa previsión *de la Ley*, no estando limitado el Tribunal a decidir sólo sobre la base de los motivos alegados por las partes, sino también, según establece el art. 41.2º LA, atendiendo a aquellos otros que hayan podido ser apreciados de oficio por él mismo.

Si bien se mira, se trata, más que de una facultad del Tribunal, de un verdadero deber, dada la naturaleza pública de los intereses en juego, que es lo que explica la apelación legal al principio de oficialidad. Observancia de este deber que resulta tanto más exigible –desde el punto de vista del art. 14 CE, en su vertiente de *igualdad en la aplicación judicial de la Ley*– cuando, como es el caso, se da la circunstancia de que la Sala sentenciadora ha sentado una doctrina jurisprudencial en supuestos similares, de suerte que, si el laudo controvertido evidenciase los defectos señalados en esa doctrina, ello habría de conducir –salvo cambio jurisprudencial motivado– a una decisión jurisdiccional coincidente con la precedentemente adoptada.

Por lo demás, es inconcuso, al menos respecto de la “*arbitrabilidad*” de la materia y de la eventual infracción del orden público, que el Tribunal ha de atenerse, en el examen de oficio de la eventual concurrencia de estas causas de nulidad, a lo expresa y terminantemente declarado en el laudo : no cuestionado por las partes lo que en él se establece, y no siendo cuestionable su relato de hechos probados –salvo irracional valoración probatoria deducible del propio laudo, *ex art. 24.1º CE*–, la Sala se atiene a los propios términos del mismo y, en el ejercicio del deber que le asiste *ex art. 41.2º LA*, procede, acto seguido, a analizar si el laudo debe ser anulado por infracción del orden público, de acuerdo con la jurisprudencia sentada por esta Sala, respecto de casos análogos, en sus Sentencias 13/2015, de 28 de enero; 27/2015, de 8 (*sic*) de abril ; y 30/2015 y 31/2015, de 14 de abril (recaídas, respectivamente, en los procesos de anulación de laudo arbitral nºs 20/2014, 84/2014, 86/2014 y 59/2014).

CUARTO: En congruencia con lo expuesto, procede, ante todo, dar cuenta de los hechos que laudo considera probados y de los argumentos jurídicos en que sustenta su decisión desestimatoria de la demanda de anulación, con las pretensiones reseñadas en el fundamento primero de esta resolución.

[...]

QUINTO: El examen de si el laudo infringe el orden público exige, ante todo, dejar claramente establecidos los parámetros que delimitan el ámbito de nuestro enjuiciamiento en la acción de anulación; labor particularmente necesaria, en el presente caso, por las singularidades propias del *thema* debatido –contratación de instrumentos financieros estructurados, sometidos a un riguroso control normativo–, y por la circunstancia misma de que la Sala subvenga, de oficio, al deber que le asiste de verificar si en el laudo concurre, o no, tal motivo de anulación.

Dejamos constancia, en primer lugar, de que, como tantas veces se ha dicho –recientemente, en nuestras Sentencias 13/2015; 27/2015; y 30/2015 y 31/2015 –, la acción de anulación no configura

una nueva instancia, como si este Tribunal estuviese habilitado por la ley para revisar, con plenitud de jurisdicción, el juicio de hecho y la aplicación del Derecho efectuados por los árbitros al laudar.

En tal sentido, *v.gr.*, las Sentencias de esta Sala de 24 junio 2014 (rec. n.º 70/2013) y de 5 (sic) noviembre 2013 (rec. n.º 14/2013), cuando dicen (FFJJ 8 y 4, respectivamente):

[...]

SEXTO: [Vid. *supra*, STSJ Madrid n.º 30/2015 de 14 abril 2015, cdos. 3.º y 5.º]

NOVENO: De acuerdo con los parámetros de enjuiciamiento reseñados en los fundamentos quinto a octavo, deben examinarse las concretas circunstancias del caso desde la perspectiva que es propia de la acción de anulación: si los razonamientos del laudo vulneran el orden público por quebrantar postulados elementales de la contratación de productos financieros complejos y/o lesionar derechos fundamentales y libertades públicas. Desde esta perspectiva, la Sala ha de respetar el juicio de hecho, salvo valoración irracional o ilógica de la prueba deducible de su motivación, y puede revisar sin limitaciones el juicio de Derecho para delimitar, eso sí, si los eventuales defectos de motivación son subsumibles en la categoría “*infracción del orden público*”.

Debemos partir de una base incontrovertida según lo expuesto en los fundamentos precedentes: las entidades financieras al contratar y los árbitros al resolver las controversias derivadas de esa contratación deben valorar la índole compleja o no del instrumento contratado, la experiencia en materia financiera del cliente y la naturaleza de la actividad –mera comercialización o de asesoramiento– desarrollada por la entidad de inversión para precisar el contenido y alcance de la información que se ha de proporcionar al cliente.

Un error craso, patente del árbitro sobre todos o alguno de estos extremos –ya derive de la aplicación normativa, ya de la valoración probatoria– condiciona y, en su caso, puede hacer imposible la exigible adecuación a razón de la motivación del laudo desde el prisma del inexcusable respeto a la buena fe contractual, particularmente relevante y exigible, como hemos visto, cuando en una concreta contratación se produce una situación de desequilibrio entre las partes por razón de la complejidad del producto y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes.

A modo de ejemplo: si, con palmaria equivocación –en contra de normas imperativas de ineludible aplicación porque son normas que tratan de preservar la buena fe contractual–, el árbitro reputase como no complejo un instrumento financiero que lo es sin posibilidad de prueba en contrario –*iuris et de iure*–, muy probablemente –habría de ser verificado– no ponderará adecuadamente las obligaciones de información de la entidad financiera en una contratación de tal naturaleza... O si, en segundo término, los árbitros errasen al calificar o simplemente no analizaran la índole de la actividad de la entidad financiera en la contratación –mera comercialización o asesoramiento–, tampoco repararán, previsiblemente, en las dispares exigencias de información en uno y otro caso. La consecuencia, como ya pusimos de relieve en nuestras Sentencias 13/2015, de 28 de enero, y 30/2014 (sic), de 14 de abril, será la arbitrariedad de la motivación –asentada sobre presupuestos radicalmente erróneos– con la consiguiente infracción del orden público procesal y también del orden público económico, por las circunstancias concretas de este tipo de contratos, donde, con carácter general, a salvo de que todos los contratantes sean profesionales de los mercados, el contrato tiene lugar en una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes, de lo que se sigue con especial evidencia la necesidad de preservar el principio de buena fe.

Cumple, pues, analizar, en el ámbito propio de la acción que nos ocupa y sin perjuicio de su correcta calificación, las cuestiones que acabamos de señalar, confrontadas con lo que sobre ellas dice el laudo y con los criterios de enjuiciamiento antes establecidos.

Sobre la inequívoca naturaleza de asesoramiento –no de mera comercialización– desarrollada por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y los deberes de información inherentes a tal asesoramiento.

El laudo parte de unos hechos probados, enunciados en los §§ 34 y 35 de su Fundamento Primero –*supra* transcritos–, que revelan en términos jurídicos, sin lugar a la menor duda, que su labor en la

contratación de este swap fue una labor de asesoramiento y no de mera comercialización. Hubo de realizarse, pues –a todas luces–, el test de idoneidad, y ni siquiera consta realizado el de conveniencia.

En este sentido, es particularmente ilustrativo el reconocimiento expreso (§ 35) de que la Sra. “*Lorena, gestora de la oficina de Banca de Empresas de BBVA en Burgos, entra en contacto con los hermanos Octavio Inocencio para ofrecerles sus servicios y presentarles los diferentes instrumentos financieros del Banco que les pudieran resultar de interés para su actividad empresarial. Hasta el momento, Gori Transbur no mantenía ninguna relación con BBVA*”.

No es discutible a la vista de lo que antecede –y, de hecho, no se discute– que el banco asesoró a Gori Transbur (art. 4.4º Directiva 2004/39) ... Se recordará que, en estas circunstancias (art. 19.4º Directiva 2004/39/CE), es inexcusable, por parte de la entidad financiera y siempre que el otro contratante no sea un profesional de los mercados, el llamado *test de idoneidad*, que opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. *La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma al test de conveniencia (conocimientos y experiencia) un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan*.

El art. 79 bis LMV regula los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten estos servicios de inversión. Estos deberes no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (ap. 2), sino que además deben proporcionarles, “de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión”, que “*deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias*” (ap. 3).

El art. 64 RD 217/2008, de 15 de febrero, regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe “*proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional*”. Y aclara que esta descripción debe “*incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas*”.

En su apartado 2, concreta que “*en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:*

- a) *Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.*
- b) *La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.*
- c) *La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.*
- d) *Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento*”.

Anticipamos ya, aunque será objeto de ulterior ponderación, que ni el laudo repara en esta necesidad de especial información, ni en él se encuentra motivación alguna sobre que el Banco haya analizado la situación financiera y los objetivos de inversión de Gori Transbur a la hora de recomendar el producto, con el correlativo análisis de la incidencia del riesgo que se asume sobre el apalancamiento y/o la subsistencia misma de la empresa.

La realidad es, como revela lo que hemos reseñado en el fundamento cuarto, que el Laudo no analiza los deberes de información de la entidad desde el prisma inexcusable de si mediaba labor de

asesoramiento o de mera comercialización porque parte de la apreciación, patentemente errada, de la no aplicación al respecto de las obligaciones contenidas en la LMV, sin aludir para nada a las que directamente emanan de la propia Directiva; y, desde esta premisa, da por buena tanto la afirmación de los administradores contratantes de que lo entienden todo, como la aseveración de los árbitros de que tienen experiencia por la contratación del primer swap, y máxime cuando considera el Tribunal arbitral que se trata de un producto financiero “*que no resulta de difícil comprensión*”, porque su objeto no es de especial complejidad, como lo revela la explicación que les fue dada a los hermanos Inocencio Octavio acerca de cómo operaba la permuta de intereses.

Nos referiremos a esta cuestión acto seguido.

Sobre la complejidad de los instrumentos financieros contratados (swaps) y los deberes de información inherentes a dicha complejidad.

Ante todo, conviene señalar que los dos swaps contratados son productos legal y realmente complejos, como hemos anticipado, sin posibilidad de prueba en contrario.

Pues bien, a la vista de la descripción de la mecánica del contrato –atendiendo a la transcripción de las grabaciones donde se explica tan solo la mecánica del *do ut des*, del intercambio o permuta de intereses entre las partes–, el laudo se manifiesta sobre su complejidad o no en los escuetísimos, pero inequívocos términos que hemos reproducido: producto financiero “*que no resulta de difícil comprensión*”, y cuyo objeto “*no es de no especial complejidad*”.

La Sala analizará en un momento posterior cómo ha ponderado el laudo la capacidad de conocimiento de estos productos por los administradores de Gori Transbur, a quienes en ningún caso se les reputa como profesionales de los mercados, siendo entonces su condición, a todos los efectos, la de clientes minoristas: anticipamos ya que el laudo, en realidad, no se mueve –habiendo debido hacerlo– en esa dicotomía de posible calificación del cliente: el laudo, sin entrar en esa disquisición, solo analiza si el cliente entendió el producto; de ahí la importancia de calibrar, como cuestión previa, el grado de complejidad que el propio laudo atribuye al instrumento financiero, pues tal es el parámetro condicionante de la información que sobre él se hubiera de suministrar y, en consecuencia, de lo que el cliente hubiera debido comprender acerca del mismo.

Es patente, sin necesidad de elucubración alguna, que el laudo no está reputando el swap como un producto complejo: complicado, enmarañado o difícil (2ª acepción RAE): no es complejo, por definición, lo que no es de difícil comprensión.

De nuevo, a modo de conclusión anticipada: el laudo yerra gravemente, de forma ostensible y patente, cuando no reconoce la complejidad del *swap*, considerando como suficientemente expresivas y acreditativas de la explicación acerca de los riesgos que se corren por el cliente la consignada en las grabaciones que transcribe, donde se explica el mero intercambio de tipos. El laudo da por bueno *que el riesgo que tiene la operación es asumir la caída que puedan tener el Euribor 3 meses*. Ese es el único “*escenario de riesgo*” que se contempla por los árbitros como necesario para contratar equitativamente el instrumento ofertado.

El error patente en que incurren se refiere tanto a la calificación del producto como a la comprensión misma, absolutamente simplificada, del instrumento financiero analizado.

En primer lugar, ya la propia Directiva 2004/39 –art. 19.6 – excluía los derivados como instrumentos financieros no complejos. Y la Ley del Mercado de Valores prohíbe expresamente considerarlos como un instrumento financiero no complejo (arts. 79 bis 8 ii y art. 2.2, LMV). Ya señalamos en nuestra Sentencias 30/2015 y 31/2015 que ni siquiera vale decir, en este punto, que la Ley 47/2007 no existía cuando se elaboró el contrato: circunstancia concurrente en los casos resueltos en esas sentencias; a fortiori hemos de concluir ahora, cuando la contratación se efectúa vigente la Ley, y el laudo apela, sólo en relación con el primer contrato, a una transitoria que en absoluto excusa la aplicación del art. 2.2º LMV.

Y es que la conclusión que la Sala defiende se sustenta en una razón evidente: la ley no configura la complejidad del contrato, sino que reconoce y califica una realidad contractual que, salvo argumentación y prueba en contrario, aquí inexistentes, era la misma antes y después de su promulgación.

Dicho de otra manera: un laudo arbitral, sea de equidad o de Derecho, no puede, sin incurrir en arbitrariedad, calificar en 2014 como producto financiero no complejo un derivado que, desde diciembre de 2007, es reputado por la ley, en desarrollo de una directiva de 2004, no sólo como producto complejo, sino como un instrumento financiero que no puede ser calificado como no complejo... Decimos que un laudo así es arbitrario no en abstracto, sino a la vista de que no motiva en absoluto el porqué de su calificación frontalmente opuesta a lo que proclaman al respecto derecho imperativo de la Unión Europea y del Estado...

En segundo lugar, el laudo evidencia una comprensión del instrumento financiero analizado absolutamente simplificada: revela, sin lugar al menor equívoco –lo hemos transcrito–, que ha juzgado suficiente que la demandante de anulación fuese consciente de la aleatoriedad del negocio que suscribía –juego de los tipos de interés en el swap.

Ahora bien, como razona la jurisprudencia del TS sobre el error de vicio –aludida en el propio laudo (S 20 enero 2014), en contratos de esta naturaleza –productos financieros complejos ofertados a un no profesional–, la representación mental que excluye el error invalidante ha de comprender tanto la aleatoriedad como los concretos riesgos en que ésta consiste, pues de lo contrario no se halla en condiciones objetivas, con arreglo al principio de buena fe, de prestar un consentimiento consciente –“con conocimiento de causa”, en la locución del art. 79 bis 3 LMV– y no susceptible de incurrir en error. En palabras, del TS: “conviene apostillar que la representación (mental que excluye el error del contratante en estos casos) ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos”.

Con una concepción del swap como la que revela el laudo, es evidente que su comprensión puede ser asumida no ya por un empresario medio, sino por cualquier persona, tenga o no experiencia en finanzas, dotada una inteligencia media o normal y con una formación matemática muy elemental... Obviamente, tal no es la cuestión.

La simplificación en que incurre el laudo es tan evidente que obliga a la Sala a dejar constancia de una aproximación a la realidad de la complejidad del producto –ni siquiera atisbada en el laudo–, pues esa complejidad condiciona el análisis no arbitrario, sea en equidad o en Derecho, de la información que se debió suministrar al contratante no profesional del instrumento financiero y, por tanto, condiciona también el examen no arbitrario del conocimiento de causa con que aquél se haya comprometido.

Es imprescindible para contratar con el conocimiento de causa que la buena fe demanda que ambas partes (no sólo una de ellas) tengan claro cómo se ha calculado el tipo fijo o variable que se ofrece a cambio de los pagos variables en el swap, y qué previsiones han sido manejadas por la entidad financiera para determinar las variaciones de los tipos. *Se trata de saber, por supuesto al margen de que se cumplan las previsiones, si alguna de las partes comienza la relación en un punto de partida no equilibrado, con una ganancia prevista y, en su caso, el grado de ese desequilibrio inicial y su porqué –v.gr., por el riesgo de crédito del cliente–.*

Todas estas cuestiones son de normal conocimiento para los clientes profesionales que se manejan en los mercados, pero de muy difícil aprehensión para cualquier persona que no intervenga en ellos; mercados extrabursátiles, no regulados (OTC) y de acceso limitado –por no decir inexistente– para los clientes minoristas.

Evidentemente que a las entidades financieras les es exigible que alerten sobre las consecuencias perjudiciales que puedan tener para el cliente las bajadas o subidas de los tipos (*swap*)... Pero no se trata sólo de eso –tal entendimiento entraña una simplificación espuria e irracional de dicho instrumento financiero... Como hemos dicho, *se ha de informar de las previsiones manejadas por la entidad en el momento de la contratación, a la hora de fijar los tipos*: es la única forma de que la parte débil de la contratación sepa si parte de una relación equilibrada y, de no ser así, en qué grado y por qué razones... Entonces, y solo entonces, podrá con libertad percibir los verdaderos riesgos inherentes a la contratación –*los que derivan del do ut des del producto y también de las previsiones que se han manejado por la entidad ofertante del mismo*– y decidir, con arreglo a la buena fe, si asume o no tales riesgos.

A estas obligaciones de información se ha de añadir –como hemos indicado en el apartado precedente–, las que son inexcusables cuando la entidad financiera asesora y no se limita a comercializar el instrumento financiero de que se trate: *un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma al test de conveniencia (conocimientos y experiencia) un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan*.

Pues bien, la simpleza de la información considerada como suficiente por el laudo –sobre la base de una ausencia ostensible de ponderación acerca de la labor de asesoramiento que desempeñaba BBVA y de las consiguientes obligaciones de obtención y análisis de información sobre el cliente– contraviene, en sí misma, la conceptualización legal del swap como producto complejo, sin precisar los efectos reales que pudiera tener en relación con el endeudamiento al que subviene, sin un mínimo análisis del grado de apalancamiento, esto es, del grado de dependencia de la deuda contraída que tiene la minorista contratante, lo cual, obvio es decirlo, puede incidir derechamente en la subsistencia misma de la empresa. Y es que a ese error ostensible de calificación sobre la labor de asesoramiento que desempeñaba BBVA, se une, como hemos visto, otro yerro igualmente patente de laudo: reputar el contrato de swap como un producto financiero de no difícil comprensión.

En este sentido, no es ocioso insistir –por más que resulte obvio– en que la principal razón de ser de estos deberes de información respecto de las personas físicas y jurídicas no profesionales en la contratación de instrumentos financieros complejos es proteger la buena fe, inexistente cuando no media recto conocimiento de causa, por desigualdad en la comprensión del producto, a la hora de emitir el consentimiento. Estamos, en suma, ante una normativa de orden público económico con un claro carácter tuitivo de la parte débil en la contratación, de un modo similar a lo que sucede con la ordenación protectora de los consumidores y usuarios.

En congruencia con lo que antecede, es importante dejar constancia de que el laudo adolece de un serio defecto de motivación: ni examina ni, por tanto, entiende acreditado que, *en el momento de la contratación*, se haya analizado la situación financiera de Gori Transbur, S.L., al efecto de verificar si los *swaps* eran los productos más convenientes para sus necesidades; tampoco consta analizado y probado que, *en ese momento* –ni en otro ulterior–, se le haya proporcionado información sobre las previsiones de evolución del Euribor –posibles escenarios de variación de los tipos–, ni sobre posibles riesgos de exceso de apalancamiento –de desproporción entre el capital propio y el crédito–, etcétera. La generalidad del laudo sobre la información aportada a Gori Transbur y la que estima suficiente evidencia ese patente déficit de motivación de que hablamos.

3.– Sobre el análisis que el laudo hace del conocimiento o capacidad de comprensión por los administradores de Gori Transbur de los instrumentos contratados.

Una vez expuesto lo que antecede, el examen de esta cuestión conduce a una conclusión inexorable –que bastaría con constatar: la radical simplificación en la concepción del producto financiero vicia de raíz el análisis del laudo sobre la prestación del consentimiento por Gori Transbur, S.L.: el laudo ni siquiera se plantea, en sentido estricto, si el destinatario de los *swaps* es un profesional o un minorista: se limita a decir que sus administradores, empresarios de transporte con una flota de 10 o 12 camiones “*que dedican su trabajo y mejores esfuerzos al sostenimiento y viabilidad de la empresa*”, fueron conscientes de los riesgos que llevaba aparejado un producto de no difícil comprensión, el swap ... A lo que se añade –como ya hemos dicho– que si el propio laudo no entra ni siquiera a analizar la obtención y ponderación por la entidad financiera, antes de ofertar y contratar el producto, de una información sobre el cliente que venía inequívocamente exigida por su labor de asesoramiento (art. 19.4º Directiva 2004/39/CE), entonces no cabe sino concluir, una vez más, que el juicio sobre la capacidad de comprensión de lo que se contrata queda atrofiado por la propia concepción, igualmente raquítica, que se asume acerca del instrumento financiero y de los deberes de información al contratante y de análisis sobre el contratante que asistían al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

Aun cuando lo anterior es de por sí demostrativo, a la par que *ratio decidendi*, de que hayamos de concluir que el laudo, en este punto, no puede superar el test del “*canon de la arbitrariedad*” –

recuérdese que el laudo nunca califica como profesional de los mercados a Gori Transbur –, con la consiguiente infracción del art. 24.1º CE, no está de más destacar que, a la hora de entender acreditada esa capacidad de comprensión, se ponderan extremos que ni son los que la Directiva y la Ley de trasposición establecen para excusar de la información aquí omitida sólo en los casos de clientes profesionales, ni, aun hecha cuestión aparte de tales criterios legales –los definitorios de un profesional de los mercados–, las circunstancias consideradas por el Laudo tienen que ver, con una mínima especificidad, con la experiencia de los administradores de Gori Transbur en los mercados financieros propiamente dichos.

Son demostrativos de lo que decimos los datos que pondera el laudo –y los que no pondera– sobre los administradores solidarios de la contratante, hermanos Octavio Inocencio:

1º Son administradores de una empresa de transportes, con una flota de 10 o 12 camiones en 2008, “que dedican su trabajo y mejores esfuerzos al sostenimiento y viabilidad de la empresa”.

2º Hasta el momento de suscribir el primer swap habían contratado para adquirir camiones y diversos activos “*diferentes instrumentos de financiación externa*” –sin más precisiones–, ascendiendo su deuda a 700.000 euros.

3º En el momento de dictarse el laudo, *la flota de camiones alcanza los veinte vehículos, da empleo a 28 trabajadores y su volumen de facturación se sitúa en torno al millón y medio de euros. La empresa ha cerrado sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2013 presentando pérdidas*

4º El laudo no constata ningún tipo de experiencia previa en la contratación de productos de inversión, ni tampoco hace la menor referencia a la capacitación personal de los hermanos, por ejemplo, desde el punto de vista de su titulación académica.

5º El laudo se basa en sus afirmaciones, grabadas, de que comprenden el producto –la mecánica del intercambio de tipos de interés y los riesgos derivados de la bajada del Euribor.

6º Y, por último, el laudo confiere especial importancia a la firma de los contratos de confirmación, donde los firmantes reconocen –cláusulas 7.ii) y iii) del primer contrato, y 5.iv) del segundo, *supra* transcritas–, “que son capaces de valorar la conveniencia e idoneidad de la operación”, “reconociendo expresamente *disponer de los conocimientos y experiencia necesarios para suscribirla, así como ser conscientes de los riesgos que entrañaba*” (§ 48). Y reconociendo también el cliente del banco –en cláusula de adhesión abiertamente contraria a la Directiva 2004/39 y a la LMV (cláusula 7.iii)–, “que no se basa en comunicación alguna (verbal o escrita) de la otra Parte como asesoramiento financiero, ni ha sido asesorada por la otra Parte sobre las ventajas o conveniencia de realizar cualquiera de las condiciones de la Operación”.

En este punto el Laudo da por bueno, en la práctica, que los inversores minoristas acepten, por la firma de cláusulas predispuestas, la renuncia a todos los derechos de información que normas imperativas de inexcusable observancia les confieren..., como veremos, como condición de validez de la actuación de la entidad de inversión. *Lisa y llanamente, huelga todo comentario*. Y máxime, cuando el propio laudo declara probado “*el reconocimiento por los hermanos de no haber leído los contratos al firmarlos*” (FJ 3, § 55).

7º Finalmente, el laudo excusa la realización del test de conveniencia en el segundo contrato, de 2010, ante la evidencia de que no puede invocar la DT 1ª L. 47/2007, con apoyo en que resulta intrascendente, carente de efectos, “*ya que este segundo contrato se encontraba convalidado al haber suscrito con anterioridad Gori Transbur una primera operación de permuta de tipo de interés, por lo que ya quedaba acreditado que contaba con experiencia y conocimiento en este tipo de contrato*”.

En otras palabras: la previa suscripción de un contrato de swap es experiencia suficiente para reputar como profesional a un inversor minorista.

El análisis efectuado por el laudo puede y debe ser contrastado con algunos postulados elementales de la Directiva 2004/39 sobre qué se ha de considerar como cliente profesional, para así dispensarlo de las exigencias de información inherentes a la buena fe contractual, expresión misma de la equidad, en caso de desequilibrio de los contratantes en el conocimiento del objeto del contrato.

El art. 4.1º.11) de la Directiva remite a su Anexo II, del que destacan, por su pertinencia al caso, los siguientes extremos:

Anexo II. Clientes profesionales a los efectos de la presente directiva.

Cliente profesional es todo cliente que posee la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar correctamente los riesgos inherentes a dichas decisiones. Para ser considerado cliente profesional, el cliente debe cumplir los siguientes criterios:

I. Categorías de clientes que se consideran profesionales

(2) *Grandes empresas que, a escala individual, cumplan dos de los siguientes requisitos de tamaño de la empresa:* – total del balance: 20 000 000 de euros; – volumen de negocios neto: 40 000 000 de euros; – fondos propios: 2 000 000 de euros.

Se considera que las entidades mencionadas anteriormente son profesionales. Sin embargo, debe permitírseles solicitar un trato no profesional, y las empresas de inversión pueden acordar conceder un nivel de protección más alto. Cuando el cliente de una empresa de inversión sea una empresa en el sentido antes mencionado, la empresa de inversión debe informarle, antes de prestar servicio alguno, de que, en base a la información de que dispone, se le considera un cliente profesional, y de que se le tratará como tal a menos que la empresa y el cliente acuerden otra cosa. La empresa debe también informar al cliente de que puede pedir una modificación de las condiciones del acuerdo para obtener un mayor grado de protección.

Corresponde al cliente reputado profesional solicitar un mayor nivel de protección cuando considere que no está en condiciones de valorar o gestionar correctamente los riesgos a los que se expone.

Se concederá este mayor nivel de protección cuando un cliente reputado profesional celebre con la empresa de inversión un acuerdo por escrito que estipule que no será tratado como profesional a efectos del régimen de conducta aplicable. El acuerdo debe precisar los servicios, operaciones o tipos de productos u operaciones a los que se aplica.

II. Clientes que pueden ser tratados como profesionales si así lo solicitan

II.1. *Criterios de identificación*

Ciertos clientes distintos de los mencionados en la sección I, entre los que se incluyen los organismos del sector público y los inversores minoristas, pueden también estar autorizados a renunciar a parte de la protección que les ofrecen las normas de conducta de las empresas de inversión.

Las empresas de inversión deben, pues, estar autorizadas a tratar como profesionales a cualquiera de dichos clientes, siempre que se respeten los criterios pertinentes y el procedimiento mencionado a continuación. Sin embargo, no debe considerarse que estos clientes poseen unos conocimientos y una experiencia del mercado comparables a los de las categorías enumeradas en la sección I.

Esta renuncia a la protección que conceden las normas de conducta *solamente se considerará válida* si la empresa de inversión efectúa una evaluación adecuada de la competencia, la experiencia y los conocimientos del cliente que le ofrezca garantías razonables, a la vista de la naturaleza de las operaciones o de los servicios previstos, de que el cliente es capaz de tomar sus propias decisiones en materia de inversión y de comprender los riesgos en que incurre.

El criterio de idoneidad aplicado a los directivos y gestores de las entidades autorizadas conforme a las directivas del ámbito financiero podría considerarse un ejemplo de la evaluación de la experiencia y los conocimientos. En el caso de las pequeñas entidades, la evaluación debe efectuarse sobre la persona autorizada a realizar operaciones en nombre de éstas.

En el marco de la evaluación antes citada debe comprobarse que se cumplen, como mínimo, dos de los siguientes criterios:

- que el cliente haya realizado en el mercado de valores de que se trate operaciones de volumen significativo con una frecuencia media de 10 por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores;
- que el valor de la cartera de instrumentos financieros del cliente, formada por depósitos de efectivo e instrumentos financieros, sea superior a 500 000 euros;

– que el cliente ocupe o haya ocupado por lo menos durante un año un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o los servicios previstos.

Lo que acabamos de transcribir evidencia, en primer lugar, que el laudo no ha analizado si Gori Transbur es una gran empresa –lo que permitiría reputarla como cliente profesional– por cumplir dos de los tres requisitos establecidos en la Directiva; por el contrario, la referencia del propio laudo a su facturación en 2013 es acreditativa, a todas luces, de que debió ser tratada como cliente minorista.

El laudo, aunque con patente insuficiencia, va en la línea de analizar la competencia de las personas autorizadas a realizar las operaciones: es cierto que el inversor minorista –el no profesional– puede renunciar a “*parte de la protección que les ofrecen las normas de conducta de las empresas de inversión*”. Pero para ello se ha de seguir un procedimiento determinado, y la Directiva, con toda lógica, prevé que se hayan de evaluar –“*como condición de validez*”– aspectos derechamente encaminados a acreditar que el administrador societario ha intervenido en los mercados de valores de que se trate por las concretas operaciones que haya realizado –frecuencia media de 10 por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores–, por haber ostentado cargos en el sector financiero que requieran conocimientos sobre las operaciones o servicios contratados, o que el valor de la cartera de instrumentos financieros del cliente minorista supera los quinientos mil euros.

No se trata solo de que estas reglas sean imperativas –para preservar la buena fe y el equilibrio o equidad en la contratación–, se trata también de que respondan a una aplicación elemental de las reglas de la lógica a la valoración probatoria y, en particular, a las inferencias o presunciones que se hayan de realizar.

En conclusión: la Sala no discute la racionalidad de que el Tribunal arbitral haya declarado probada la experiencia empresarial de los contratantes: *lo que decimos es que los extremos que se declaran probados no permiten racionalmente inferir el conocimiento por su parte de instrumentos financieros complejos como el que es objeto de impugnación ...* Con ese planteamiento y con semejante silogismo, a todo empresario pequeño o medio, que desarrolle su actividad empresarial contratando “instrumentos de financiación externa” que no se precisan, habría que presuponerle la capacidad de comprender instrumentos financieros complejos, derivados en mercados OTC, con la simple explicación que el laudo da por buena: la mecánica explícita del *do ut des*, sin escenarios de evolución de tipos –volatilidad del producto–, sin explicación del cálculo de los tipos de referencia del swap, sin exposición de los riesgos para la empresa, ni análisis del grado de apalancamiento que el producto entraña...

Resulta evidente de toda evidencia –patente– que tal inferencia probatoria ni se acomoda a la lógica –del hecho probado no se infiere el hecho presunto–, ni se corresponde con el mandato ínsito y explícito de reglas imperativas de inexcusable observancia (*v.gr.*, art. 4.1.11 y Anexo II de la Directiva 2004/39).

Más allá de la irracional valoración probatoria, revela que ese mandato explícito de la Directiva – en la determinación de qué extremos han de ser valorados para entender que un minorista puede ser tratado de un modo parecido, nunca igual, a un cliente profesional– es de inexcusable observancia el hecho de que los criterios de evaluación sentados por el Anexo II, como condición de validez, son precisos y claros, no necesitados de mayor desarrollo para la comprensión y aplicación de las garantías que confieren al inversor minorista: así lo revela el dato de que las previsiones del Anexo II de la Directiva se recogen, en sus propios e imperativos términos, en los aps. c) y e) del art. 78 bis 3) LMV, en su redacción vigente desde el 21 de diciembre de 2007.

Se da de nuevo aquí, con mayor claridad si cabe, algo que ya hemos puesto de manifiesto a la hora de analizar la calificación del instrumento financiero como no complejo: en primer lugar, que, más allá de la vigencia de la LMV en el momento del contrato, la Directiva misma debió ser aplicada; y, en segundo término, desde el punto de vista de la racionalidad de la motivación del laudo a la hora de ponderar los conocimientos de los administradores de Gori Transbur, nada justifica que, existiendo unos criterios legales imperativos, vigentes –aun cuando cupiera, que no cabe, ignorar la Directiva– desde diciembre de 2007, los árbitros no hayan examinado ninguno de los criterios que obligadamente se han de evaluar al analizar la experiencia y conocimientos de los administradores de un minorista,

pues son condición de validez de la renuncia que el minorista pueda efectuar a la protección de las normas de conducta que se le imponen a la empresa de inversión.

Esto último responde también, *sin necesidad de mayor comentario*, a la nula trascendencia que cabe atribuir al reconocimiento expreso por los minoristas de que conocen perfectamente el producto –sus riesgos y volatilidad–, cuentan con experiencia suficiente y no precisan asesoramiento de ninguna clase.

DÉCIMO: A la luz de lo expuesto, el propio iter discursivo del laudo evidencia que, con arreglo a sus premisas, la conclusión, a falta de prueba de que la entidad de inversión haya facilitado la información inexcusable sobre los riesgos reales del contrato, tuvo que ser y debió ser el quebrantamiento del principio general de buena fe al contratar con la minorista, con la consiguiente falta de equidad del contrato imputable a quien no acredita el cumplimiento de los deberes que le asisten.

En definitiva: en el presente caso, con sus singularidades, sucede algo parecido –más acusado, si cabe– a lo acaecido en el proceso de anulación resuelto por nuestra Sentencia 13/2015, de 28 de enero, y que aboca a su misma conclusión: el laudo asienta su decisión sobre la base de la infracción patente de normas imperativas que, en tanto que tuitivas del principio general de buena fe, son de inexcusable observancia: de un lado, un error grosero de calificación sobre los deberes de información de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria al no realizar el test de idoneidad –y ni siquiera el de conveniencia–, dando por buena, *en contra del principio general de buena fe la contratación*, la omisión de información precisa sobre costes y riesgos de la operación por no reputar el producto como complejo; de otro lado, la consideración, inequívocamente errada, de que el producto financiero que se contrata no es complejo; y finalmente la inferencia irrazonable o arbitraria que sobre el conocimiento del producto tienen los contratantes sin asentar esa presunción sobre hechos–base o indicios de inexcusable observancia, por venir impuestos, como condición de validez, por normas imperativas.

Estas contravenciones patentes de normas imperativas de inexcusable observancia, por tuitivas del principio de buena fe, hacen que la motivación del laudo sea arbitraria: los presupuestos sobre los que se asienta el fallo son tan ostensiblemente errados que vician de raíz la motivación que se erige en *ratio decidendi* del laudo.

La cuestión –en este ámbito de decisión– no es ya tanto si el laudo acertó o no al no apreciar error que invalide el consentimiento emitido por Gori Transbur: la cuestión es, como decimos, que asentó su decisión sobre unos presupuestos que, inequívocamente, contravenían normas imperativas aplicables, a la vista de los hechos que el propio laudo declara probados. Al errar patentemente sobre los deberes de información que asistían a Banco Popular, al valorar ilógicamente y contra criterios legales inexcusables la capacidad de comprensión del producto de los administradores de Gori Transbur, y al errar, con no menor claridad, sobre la declarada, legal y jurisprudencialmente, naturaleza compleja del instrumento financiero comercializado, el laudo no puede ponderar adecuadamente –en los términos en que la Ley y la equidad exigen– la relevancia sobre la validez del consentimiento emitido que pudiera tener la omisión de unas informaciones que debieron proporcionarse y que, *arbitrariamente*, el laudo ni siquiera pondera en su motivación.

En estas circunstancias, la Sala hace ver la necesidad de tener presente que, en este ámbito de enjuiciamiento, no tiene por qué incidir, ni incide, en si los contratos debieron ser anulados o no en función de un error esencial de consentimiento: su objeto de análisis es el laudo, cuya motivación contraviene el orden público por arbitraria, *ex art. 24.1º CE*, en el sentido de manifiestamente contraria a reglas legales imperativas; como sucede que, además, esas normas de *ius cogens* son expresión del principio general de buena fe contractual, y este principio, muy señaladamente en este tipo de contratos y con esta clase de contratantes, es cuestión de orden público, también se aprecia la causa de anulación del art. 41.1º.f) LA por esta circunstancia añadida. Viene a cuento, por su especial claridad en la línea de lo que decimos, el FJ 4,4ª de la STS 1ª 17 febrero 2014–, que advierte cómo la omisión de las informaciones debidas puede dar lugar a distintas infracciones, escindibles en su análisis, como son la infracción misma de las normas imperativas, el quebrantamiento de la buena fe contractual y la anulación del contrato por error–vicio, concluyendo la Sala Primera que “*para esas y otras infracciones está el ordenamiento dotado de los correspondientes remedios*”.

[...]

VOTO PARTICULAR DEL PRESIDENTE D. FRANCISCO
JAVIER VIEIRA MORANTE

Respetando la opinión mayoritaria de los dos Magistrados de la Sala, debo expresar mis discrepancias con alguno de los argumentos expuestos en la sentencia, a través de la formulación de este voto particular, de conformidad con el art. 260 LOPJ.

Acepto los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho primero y segundo, cuyos argumentos comparto.

Sin embargo, discrepo de alguno de los que contienen el resto de fundamentos, por las siguientes razones:

PRIMERA: El art. 41.2º LA autoriza a apreciar de oficio los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del ap. 1 del mismo artículo, pero tal facultad debe ser ejercitada con enorme prudencia. Sólo cabrá estimar, de oficio, un motivo de nulidad del laudo cuando se constate que en los propios hechos alegados y probados por las partes ponen de manifiesto que en el procedimiento arbitral se ha producido una evidente indefensión a una de las partes, pues no puede tolerarse que el laudo sea el producto de una situación de desigualdad palmaria; o cuando se hubieren resuelto en el laudo cuestiones no susceptibles de arbitraje, ya que debe impedir el Tribunal que pueda otorgarse eficacia de un laudo que resuelva cuestiones no susceptibles de arbitraje; o si se infringen manifiestamente en el laudo normas de orden público, para proteger los derechos y libertades fundamentales, que constituyen componentes esenciales del sistema jurídico.

Debiendo así ser excepcional la estimación de oficio de una causa de nulidad, estimo que no resulta palmariamente la concurrencia de una vulneración del orden público de los hechos expuestos por las partes en sus escritos ni de las circunstancias deducibles de la prueba practicada, por lo que la resolución de este Tribunal debió limitarse al análisis del motivo de nulidad alegado en la demanda, cuya desestimación comparto plenamente.

SEGUNDA: Dada la causa de nulidad apreciada de oficio en la decisión mayoritaria –infracción del orden público– y los hechos a los que se anuda –arbitrariedad y falta de lógica en la valoración probatoria que contienen el laudo, es preciso delimitar las facultades de esta Sala como conocedora de la acción de anulación de laudo arbitral para no confundirlas con las propias de un tribunal de apelación.

Mientras el recurso de apelación autoriza a un completo examen de las cuestiones litigiosas decididas en primera instancia, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico, la acción de anulación del laudo no permite el reexamen de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. Así lo indica con rotundidad la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje al decir que *lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo, y que 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*. Esta limitación implica, pues, que, afectando al fondo de las cuestiones debatidas en todo procedimiento, tanto la fijación de los hechos probados como la interpretación de las normas jurídicas aplicables, la valoración probatoria de la que parte el laudo arbitral y la aplicación del derecho en la que se basa su decisión deben quedar al margen, habitualmente, de la revisión sobre la nulidad del laudo. El debate sobre el contenido de las pruebas practicadas en el proceso arbitral, sobre la eficacia probatoria de las mismas, sobre su fuerza acreditativa, está, en principio, vedado a este Tribunal. Igualmente, la selección de la norma jurídica aplicable, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos probados es una facultad que corresponde a árbitro o colegio arbitral, al que las partes han encomendado, en virtud de su autonomía de la voluntad, la decisión de su controversia, con exclusión de los Tribunales de Justicia ordinarios.

Para precaver, en todo caso, los posibles abusos o excesos de los árbitros en el ejercicio de esta jurisdicción supletoria, solamente a través de la causa de nulidad prevista en el ap. f) del art. 41.1º LA

podría este Tribunal, en el conocimiento de la acción de anulación, adentrarse en el conocimiento de algunas cuestiones fácticas o jurídicas determinantes de la resolución de las cuestiones de fondo debatidas en el procedimiento arbitral. Pero ello sin perder nunca de vista que no nos corresponde sustituir los criterios del laudo por otros que consideremos más adecuados o justos. Ciertamente es que, al conocer de la acción de anulación, cuando se han debatido en el arbitraje cuestiones jurídicas podemos no estar de acuerdo con la postura final aceptada por el laudo, sobre todo cuando discrepe con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que conozcamos. Pero eso no nos autoriza a arrogarnos la facultad de impartir justicia en el caso concreto, pues lo impide la decisión de las partes de excluir la intervención de los Tribunales de justicia en la resolución de sus controversias.

Por ello, la apreciación de la vulneración del orden público debe realizarse con extrema cautela para no invadir competencias que no nos corresponden.

Hay una coincidencia general en la jurisprudencia en delimitar el concepto de orden público al que se refiere la ley de arbitraje a la vulneración en el laudo de derechos o libertades fundamentales. Siguiendo los postulados de la STC 15 abril 1986, la infracción del orden público se anuda a la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente.

Esta vulneración puede provenir de la contravención de una norma imperativa de carácter tan fundamental que ninguna restricción pudiera impedir su observancia. Tales normas imperativas pueden ser de Derecho nacional como de Derecho internacional, pero para que menoscaben el orden público deben afectar a los principios esenciales del ordenamiento jurídico o, en palabras de la sentencia del TJCE (caso *Eco Swiss China Time Ltd contra Benetton International NV*) de 1 junio 1999, una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad. En tal caso, la inaplicación de una norma imperativa que afecte a algún principio esencial puede ser un elemento a tomar en cuenta para considerar vulnerado un derecho constitucional, como el derecho a la tutela judicial efectiva por la irracionalidad o arbitrariedad en tal caso de la resolución dictada.

Algunas de las infracciones de orden público integran motivos específicos de anulación del laudo diferentes del previsto en el ap. f) del art. 41.1.º LA, por lo que ya tienen su tratamiento particular. La vulneración del derecho de defensa por no haber sido debidamente notificada la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no haber podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, está contemplada en el motivo del ap. b de dicho art. 41.1.º. Una manifestación de la infracción al principio de igualdad es el motivo del ap. d), por no haberse ajustado la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral al acuerdo entre las partes, siempre que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa legal, o, a falta de dicho acuerdo, no haberse ajustado a la Ley de arbitraje.

El resto, para que tengan encaje en la vulneración del orden público deben tener incidencia en algún derecho fundamental o libertad pública, entre los que resulta especialmente afectante al mundo del arbitraje el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, sin indefensión; garantía trasladable igualmente en el ámbito arbitral en cuanto medio alternativo de resolución de conflictos, equivalente al judicial.

TERCERA: Una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva es la derivada de la obligación de la motivación de las resoluciones. La STC 56/2013, de 11 de marzo recuerda que la motivación de las resoluciones judiciales constituye una exigencia de los Tribunales en la medida en que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, para posibilitar el control de su corrección mediante el sistema de recursos.

En consonancia, cuando la motivación no permita conocer las razones de la resolución o ésta se base en argumentos que palmariamente no pueden conducir a ella aplicando las reglas elementales de la razón, debe entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1.º CE.

Pero no puede equipararse valoración errónea o inadecuada con valoración irracional.

Es doctrina del Tribunal Constitucional que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el art. 24 CE (STC n° 186/92, de 16 de noviembre; además, ha sentado que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTC 28 enero 1991) y 25 junio 1992), y, en igual sentido, SSTC 12 noviembre 1990 y 1 febrero 2006. Según la STC n° 178/2014, de 3 de noviembre, “el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990 y 112/1996), y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, 5/1995 y 58/1997). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere ‘arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable’ no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987, fj 3º; 112/1996, fj 2º, y 119/1998, fj 2º)”. Pero también la misma sentencia recuerda que “*el error en una resolución judicial, entendido como consideración del juzgador no acorde con la realidad, solo tiene relevancia constitucional cuando se trata ‘de un error determinante de la decisión adoptada, atribuible al órgano judicial, predominantemente fáctico e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y que despliegue efectos negativos en la esfera del justiciable’ (por todas, STC 47/2009, de 23 de febrero, FJ 4)*”. Las SSTC n° 164/2002 y 247/2006 de 24 julio abundan en la misma idea al decir esta última que “*la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueban que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas*” (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, F. 4 ; 186/2002, de 14 de octubre, F. 5 ; 224/2003, de 15 de diciembre, F. 4; y 29/2005, de 14 de febrero, F. 4).

Del mismo modo, la jurisprudencia del Supremo sólo ha identificado la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por defectos en la motivación con aquella que sea arbitraria, ilógica o absurda (ATS 1ª 28 enero 2014 : *Es doctrina de esta Sala que la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal cuando por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, ésta no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho la tutela judicial efectiva consagrado en art. 24 CE...* por incurrirse en error de hecho manifiesto, irracionalidad o arbitrariedad (SSTS de 18 junio 2006 (sic), 8 julio 2009, 30 junio 2009, 17 diciembre 2009, y 7 junio 2010).

Todas estas resoluciones, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo exigen, pues, para considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por defectos de motivación, un “plus” al mero error cometido en una resolución. Se refieren, en unos casos, a un error patente, manifiesto o, en otras, a un error inmediatamente verificable. Por ello, también la citada STC n° 178/2014 tuvo que precisar que, en su misión de protección de los derechos fundamentales, no le correspondía “*la corrección de cualesquiera errores de apreciación fáctica o desviaciones de la legalidad ordinaria en que incurran los órganos judiciales*”, insistiendo en que ese Tribunal “*no es una tercera instancia competente para efectuar el control de las valoraciones de hecho y de Derecho realizadas por los jueces y tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3º CE. De otro modo, el recurso de amparo quedaría transformado en una instancia revisora con merma de*

las competencias que constitucionalmente corresponden a la jurisdicción ordinaria (por todas, SSTC 210/1991, de 11 de noviembre, FJ 5; y 201/1994, de 4 de julio, FJ 2)”.

Una posición similar a la que describe en esta sentencia del Tribunal Constitucional respecto de su misión en protección de los derechos fundamentales es la que ocupa la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia cuando debe valorar si un laudo incurre por su motivación en violación del derecho a la tutela judicial efectiva: no puede ni debe entrar en la corrección de cualesquiera errores de apreciación fáctica o desviaciones de la legalidad ordinaria en los que pudiera haber incurrido el laudo arbitral, ni ejerce funciones de tribunal de segunda instancia.

CUARTA: Con arreglo a lo anteriormente señalado es como debe analizarse el motivo de anulación del laudo arbitral basado la supuesta infracción del orden público.

La infracción del orden público no se infiere aquí de circunstancias irrefutables, como sería una falta absoluta de motivación sobre pretensiones deducidas por las partes, sino de deficiencias en la motivación del laudo deducibles de varios factores, como la calificación del swap como un producto no complejo, la inaplicación de la eficacia “horizontal” la Directiva 2004/39/CE en el periodo que medió hasta su transposición al ordenamiento español, la calificación como asesoramiento y no mera comercialización de la labor de la entidad bancaria en esta contratación, de no plantearse el laudo si el destinatario de los swaps era profesional o minorista y de la falta de prueba de que la entidad de inversión hubiera facilitado la información necesaria, todo lo cual se considera como infracción por el laudo de normas imperativas.

Si analizamos el laudo, se aprecia la existencia de motivación –acertada o no, lo que no nos corresponde decidir aquí– sobre las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral:

En sus fundamentos fija previamente los hechos relevantes, entre los que destaca la naturaleza de la empresa demandante; que a comienzos del año 2008 la gestora de la oficina de Banca de BBVA en Burgos se puso en contacto con los administradores solidarios de la empresa para informarles sobre los diferentes instrumentos financieros que pudieran resultar de interés para su actividad empresarial; que mostraron interés por líneas de descuento, operaciones de leasing y mostraron preocupación por el constante incremento de los tipos de interés, por lo que la citada empleada del banco les informó sobre los swaps mediante diferentes presentaciones, folletos y simulaciones numéricas, así como sobre la utilidad de este instrumento financiero para la gestión del riesgo de futuras subidas de interés, al ser compensadas con los correspondientes pagos del banco establecidos en el contrato, con la correlativa posibilidad de que si los intereses descendían por debajo de un determinado tipo serían los clientes los que deberían efectuar los correspondientes pagos al banco; que dichos administradores, dado su volumen de deuda, en su mayoría contraída mediante préstamos sometidos a intereses variables, decidieron la contratación de una permuta financiera de tipos de interés; que por la necesaria fijación de las condiciones en un momento determinado y registrado, la contratación se efectuó telefónicamente, pero que de ella se deduce que antes de la contratación la gestora del BBVA había informado y explicado el producto al cliente y que éste tenía un conocimiento claro de lo que estaba contratando; que no planteó duda alguna el cliente; que posteriormente se le facilitó el contrato por escrito, que fue firmado el 25 marzo 2008, como también el Contrato Marco de Operaciones Financieras, lo que se efectuó el 26 marzo 2009; que a raíz de la quiebra de Lehman Brothers el 15 septiembre 2008 se redujeron drásticamente los tipos de interés, por lo que durante los cuatro trimestres de 2009 generó en este contrato de swap obligaciones de pago del cliente al banco, pero también pusieron fin al encarecimiento de los pagos por los préstamos con interés variable a los que debía hacer frente la empresa; que fruto del descontento en los administradores de Gori Transbur por el devengo de las sucesivas obligaciones de pago al banco, éste se avino a efectuar una cancelación anticipada del contrato, con fecha 10 de febrero de 2010; que esos administradores y otro gestor del banco negociaron la cancelación anticipada del contrato y la celebración de un segundo contrato de permuta financiera sobre tipos de interés, así como la constitución de una “Garantía a Primera Demanda”, que se uniría a la confirmación de la permuta; que se realizó una nueva confirmación telefónica del contrato para su constancia el 10 febrero 2010, siendo firmado por escrito el 12 febrero 2010; que los clientes dispusieron, previamente a la confirmación telefónica, de la información facilitada por el gestor de empresas

de BBVA, reiterándoles en la conversación telefónica las condiciones esenciales ya acordadas durante el proceso de negociación.

Seguidamente, el laudo analiza el argumento esencial de la actora en torno al incumplimiento de los deberes legales de información por parte de BBVA, destacando que omite toda referencia a las causas que llevaron a los clientes a contratar los instrumentos financieros y, al referirse a la finalidad y los efectos derivados de estos contratos, señala que los pagos al Banco a consecuencia del descenso de los tipos de interés quedan más o menos compensados por el ahorro de los costes financieros de la empresa al tener que pagar menos en concepto de intereses en las operaciones de financiación externa suscritas, tras lo que cita una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que explica la utilidad para las empresas de este tipo contractual y una sentencia del TJUE que recoge el contenido de los contratos y de la que deduce el laudo que no parece que ese Tribunal ha entendido que nos encontramos ante “un contrato cuyo objeto reviste especial complejidad”.

Una vez expuesta en el laudo una visión de conjunto sobre los contratos formalizados, manifiesta que no medió dolo o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones de información a los administradores de Gori Transbur de modo que en sus actuaciones les hubieran podido inducir a contratar con error, lo que deduce de la transcripción de las conversaciones telefónicas, del texto de las confirmaciones y de las declaraciones realizadas en la audiencia celebrada en el procedimiento, entre las que resalta después las del administrador de la compañía y de su hermano

En cuanto a la aplicación normativa, el laudo considera que no resultaba preceptiva en el primer contrato de swap la realización del test de conveniencia al que se refiere el art. 79 bis, ap. 7, de la Ley del Mercado de Valores, tras su modificación por la Ley 47/2007, sino que en aquellas fechas el banco sólo venía obligado a comportarse con la suficiente diligencia y transparencia en interés del cliente, asegurándose de que disponía de toda la información necesaria sobre su cliente. Y, respecto a la segunda operación, considera no trascendente como para producir efectos y consecuencias anulatorias la falta de realización del test de conveniencia, porque contaba con experiencia y conocimiento en este tipo de contratos a consecuencia de la primera operación de permuta.

A estos efectos, el laudo recoge en su párrafo 61 que considera acreditado “por medio de la información verbal y escrita facilitada al cliente con carácter previo a las contrataciones, de las grabaciones de las conversaciones telefónicas mediante las que se contrataron los swaps, y en definitiva con la firma de los documentos de confirmación, que el banco cumplió con los deberes de información y transparencia que le imponía la LMV, así como que el banco contaba con la información necesaria sobre el cliente, conociendo el nivel de formación, experiencia y conocimientos de los representantes y su capacidad para valorar la conveniencia y los riesgos de las operaciones contratadas, por haberlo declarado y reconocido así expresamente en las cláusulas 5 y 7 de los documentos de Confirmación firmados entre las partes; tras lo que cita la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 y que, conforme a ella, el eventual incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación del error con efectos de vicio invalidante, sin perjuicio de que pueda incidir, en su caso, en la apreciación de la existencia de tal error, por lo que finalmente desestiman la existencia del error con fundamento en la jurisprudencia del TS, para lo que citan la sentencia de 29 octubre 2013

De todo lo anterior se deduce, pues, que el laudo realmente no realiza calificación alguna como complejo o no complejo del swap, sino que solamente transcribe el contenido de una resolución judicial que dicen que “no resulta de difícil comprensión la figura contractual” y que no parece que el TJUE haya entendido que nos encontremos ante un contrato cuyo su objeto reviste especial complejidad. Pero, en cualquier caso, ninguna consecuencia extrae el laudo de una supuesta calificación como no complejo del producto bancario.

Respecto a la aplicación de la Directiva en el período en el que aún no había sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, la argumentación que contiene la resolución mayoritaria implica asumir una función de interpretación y aplicación del derecho al caso debatido en el procedimiento arbitral, lo que forma parte de la resolución del fondo, que está vedada a este Tribunal como conocedor de la acción de anulación del laudo.

Por otro lado, el laudo no sólo se refiere a la información facilitada al cliente en las conversaciones telefónicas realizadas para la formalización de los contratos, sino a la suministrada en el proceso previo de negociación con los “gestores de empresas” del BBVA, de la que en la conversación telefónica sólo se recogieron las condiciones esenciales, haciendo además referencia al contenido de las manifestaciones realizadas en la comparecencia celebrada en el procedimiento arbitral. Puede que hubiera sido conveniente que el laudo recogiera con más amplitud el contenido de esas declaraciones, de las que deduce que la información facilitada al cliente fue diligente por parte de los gestores de la entidad bancaria, pero de ello no puede deducirse un déficit en la motivación integrante de una violación del orden público.

Aunque pueda considerarse desacertada, desde el punto de vista jurídico, la aplicación de la normativa anterior a la trasposición a nuestro ordenamiento al primero de los contratos swap, ello no implica una decisión arbitraria. El laudo aplica una argumentación en la que opta por una de las posibles soluciones jurídicas aplicables, sea o no la más correcta.

Respecto del segundo swap, la consideración del laudo de que el cliente disponía de la experiencia que la había facilitado el primero, por lo que era consciente de lo que contrataba tampoco resulta arbitraria, aunque también sea discutible. El propio laudo cita entre los hechos relevantes que los administradores de Gori Transbur habían manifestado su descontento al banco por el primer contrato, al haber sufrido ya en él los efectos de la bajada drástica de los tipos de interés. Por tanto, no resulta absurdo considerar que cuando suscribieron el segundo swap eran ya plenamente conscientes de los efectos de este contrato y de los perjuicios que podían sufrir si continuaba la bajada de los tipos de interés. Si se entiende así, el laudo tampoco es arbitrario: podría haber expresado de otro modo más coherente la ausencia de error en la suscripción de este segundo contrato, pero no es irracional la conclusión a la que llega en función de las circunstancias que expresa el propio laudo. Con independencia, pues, del incumplimiento de los deberes de información legalmente impuestos para la contratación de este producto, la presunción a favor de la existencia del vicio de consentimiento podría considerarse desvirtuada, que es lo que parece estimar el laudo, por el conocimiento anterior de los efectos desfavorables para la empresa que se producirían con la bajada de los tipos de interés, que ya se había producido en el año inmediatamente anterior.

En definitiva, el laudo contiene una valoración probatoria y una aplicación del derecho que no resulta irracional.

QUINTA: De lo anterior no puede deducirse que el laudo arbitral impugnado incurra en manifiestos errores, directa y claramente verificables, sino que, a lo sumo, sigue criterios discutibles en la resolución de la controversia, sobre todo si nos atenemos a la doctrina jurisprudencial sentada desde la citada sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS que, ante decisiones dispares de los Tribunales, unificó el tratamiento de esta materia, resaltando la importancia de los test de idoneidad y de conveniencia establecidos en la contratación de productos bancarios, cuya omisión genera una presunción *iuris tantum* de concurrencia de error en el consentimiento, que puede desvirtuarse por prueba en contra.

Contrasta con esta convicción, contraria a la anulación del laudo impugnado, la decisión mayoritaria de la Sala, que se basa en la aplicabilidad directa de Directivas europeas—que no se sabe si se planteó en el procedimiento arbitral—, en los requisitos de los test de idoneidad y de conveniencia establecidos en la contratación de estos productos bancarios, y en la aplicación de la última jurisprudencia del TS.

Las conclusiones a las que llega la decisión mayoritaria de la Sala exigen, además, una argumentación compleja. Esta extensa argumentación que debe realizarse para desmontar los argumentos en los que se basa el laudo es, por sí misma, indicativa de que el error en el que se dice incurre la resolución arbitral no es patente, no es manifiesto ni surge con naturalidad y claridad de las actuaciones arbitrales. Aunque el laudo pudiera apartarse de la doctrina finalmente asumida por la Sala Primera del TS en una decisión plenaria reciente, de enero de 2014, que es la que, en definitiva, permite ahora inclinarse por la opción que considera más acertada esta sentencia mayoritaria, la decisión del laudo no

puede tildarse de arbitraria, en cuanto llega a unas conclusiones aceptables desde el punto de vista jurídico.

Un laudo que necesita ser desmontado en sus argumentos con un análisis de la normativa que aún no había sido transpuesta a nuestro ordenamiento cuando se suscribieron los contratos objeto de discusión, y que necesita apoyarse en una decisión unificadora de criterios que debió hacer el TS ante tesis contrapuestas seguidas en los propios Tribunales de Justicia, nunca puede considerarse arbitraria ni claramente errónea, que es únicamente lo que nos permitiría anular el laudo arbitral, aunque discrepáramos de su contenido.

Por todo lo expuesto anteriormente, considero que el fallo debería ser DESESTIMATORIO de la demanda formulada por Gori Transbur, S.L. contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., respecto del laudo arbitral dictado con fecha 12 de junio de 2014, con expresa imposición al demandante de las costas causadas, dada la desestimación de la única causa de anulación del laudo que alegó en su demanda.

Obs.: Como puede observarse la presente sentencia estimó la demanda de anulación de Laudo formulada por Gori Transbur, S.L., por infracción del orden público, que aprecia de oficio, al amparo del art. 41.2º LA. Se reiteran en ella las consideraciones vertidas en el proceso de anulación resuelto por la polémica STSJ Madrid 28 enero 2008 (*Arbitraje*, vol. VIII, nº 2, 2015, pp. 552-571 y G. Stampa, “Hacia un rumbo incierto en el control judicial del arbitraje”, *ibíd.*, pp. 547-552). No obstante, la decisión del TSJ de Madrid en ese caso registra un voto particular del Presidente de la Sala de lo Civil y Penal, que no supone una iniciativa aislada pues también lo insertó en otra decisión polémica, la STS Madrid 14 abril 2015 (*supra*, pp. 867-890) en sucesivos fallos sobre esta misma materia (*v.gr.*, STSJ 23 octubre 2015 (*infra*, pp. 913-922).

El BBVA interpuso contra dicho fallo incidente de nulidad de actuaciones por vulneración del art. 24.1º CE que articulado en los siguientes motivos: a) No respetar las exigencias de que la motivación sea razonable y no arbitraria; b) El Tribunal no habría resuelto dentro de los límites de su jurisdicción y competencia que, en el caso de la acción de anulación del laudo, no alcanzaría a la revisión del fondo de la decisión adoptada, a la valoración de la prueba, ni a la suficiencia de motivación del laudo; c) Vulneración de la intangibilidad del laudo al ser revisado por causas distintas de las taxativamente establecidas; y d) Vulneración del derecho de defensa al introducir la Sentencia una causa de anulación del laudo sin dar a las partes la opción de pronunciarse sobre su concurrencia. Admitido trámite el incidente de nulidad se dio traslado para alegaciones a la representación procesal de Gori Transbur, S.L. la cual, se opuso a los motivos de anulación esgrimidos de contrario. En síntesis, considera que la Sentencia es razonada y razonable, sin que su motivación pueda ser tachada de arbitraria; que el Tribunal ha actuado dentro de los límites de su jurisdicción y competencia, sin lesión alguna de la intangibilidad del Laudo, que ha sido anulado por una de las causas legalmente previstas; y entiende, finalmente, que el Tribunal, ex art. 41.2º LA, puede apreciar de oficio la infracción del orden público como causa de anulación, sin que la Ley prevea la necesidad de abrir un previo trámite de audiencia, no

habiendo introducido el Tribunal elementos novedosos, ateniéndose a lo que resultaba de las actuaciones obrantes en el proceso.

La STSJ de Madrid nº 74/2015, de 23 octubre 2015, con el mismo ponente, rechazó el incidente reproduciendo prácticamente íntegras las consideraciones de la decisión de anulación, añadiendo algunas consideraciones (*vid. infra*, pp. 913-922). Por último, de dejarse constancia que esa línea jurisprudencial es reiterada por la misma Sala, aunque por otra ponente, en la STSJ Madrid 17 noviembre 2015, (Roj: STSJ M 13471/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:13471) que agrega asimismo el voto particular del presidente.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) Sentencia nº 58/2015, de 21 julio 2015

Acción de anulación.– Laudo contrario al orden público: procedencia.– Aplicación de una modificación legal introducida por Ley 4/2013 de 4 de junio, cuando.– Modificación no aplicable a la controversia derivada de un contrato de arrendamiento de vivienda de fecha anterior: decisión irrazonada.– Error del árbitro equivalente a una ausencia de fundamentación en Derecho.– Vulneración del art. 24 CE.– Estimación.

Ponente: Ilma. Sra. Susana Polo García.

Fuente: AC\2015\1184.

Normas aplicadas: Art. 41.1º.f) LA.

El árbitro incurre en un error patente en la motivación del Laudo, aplicando una norma legal, cuya reforma no afectaba al contrato celebrado entre las partes, que era de fecha anterior a su entrada en vigor, y en la misma basa el árbitro la desestimación de las pretensiones de la demandante, por lo que nos encontramos ante una decisión irrazonada, pues tal y como indica la jurisprudencia constitucional, el citado error equivale a una ausencia de fundamentación en Derecho, y ello implica una vulneración del art. 24 CE, y por tanto del orden público, por lo que procede estimar la demanda y declarar la nulidad del Laudo Arbitral

PRIMERO: Causa de nulidad: con invocación de los ap. f), del art. 41.1º LA, se alega en la demanda como causa de nulidad del laudo arbitral, la vulneración del orden público en que incurre el mismo, al aplicar una modificación legal introducida por Ley 4/2013 de 4 de junio, cuando la misma no es aplicable a la controversia derivada de un contrato de arrendamiento de vivienda de fecha anterior, en concreto de 2 noviembre 2011, lo que afirma le ha causado indefensión.

[...]

SEGUNDO: En cuanto a la causa de nulidad invocada, vulneración del orden público, para su análisis debemos comenzar por el estudio de lo que se debe entender por orden público, y al respecto como ya dijo esta Sala en Sentencia de 23 mayo 2012, Recurso 12/2011, entre otros “.. *por orden público han de estimarse 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* (STS 2ª, nº 54/1989, de 23-2), *y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, 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. 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3º CE, y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión..”.*

La anterior jurisprudencia debe ser aplicada al supuesto analizado, entendiendo la demandante que la decisión arbitral es arbitraria o incurre en error patente, ya que el Laudo resuelve en base al art. 11 de la LAU, modificado por Ley 4/2013 de 4 de junio, que no se encontraba en vigor en la fecha de la firma del contrato, el 2 de noviembre de 2011, modificación que es aplicada por el árbitro en base a que la demanda de arbitraje se presenta con posterioridad a su entrada en vigor, lo que contraviene la Disposición Transitoria 1ª de la Ley, cuestión, además, sobre la que no existía discrepancia entre las partes, ya que ambas indicaron que no procedía la aplicación de la citada modificación.

El orden público debe ser entendido en clave constitucional, y la labor de control de éste Tribunal se limita a comprobar, por un lado, que la resolución arbitral está motivada, es decir, que contiene los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios que fundamentan la decisión, y, por otro lado, que dichos criterios no son arbitrarios, irrazonables o manifiesta o patentemente erróneos.

El laudo arbitral analizado, si bien, por un lado, hace referencia al art. 11 LAU, señalando que el mismo solo prevé los efectos del desistimiento del contrato para aquellos cuya duración es superior a cinco años, –tal y como se encontraba redactado con anterioridad a la reforma operada en el mismo por Ley 4/2013 de 4 de junio, publicada en el BOE el día 5 de junio– lo cierto es que basa el argumento desestimatorio de la reclamación formulada por la demandante, de indemnización en cuatro meses de renta –entre otros conceptos– por la resolución unilateral anticipada del contrato suscrito entre las partes el 2 de noviembre de 2011, por parte de las demandadas, en base a la actual redacción del art. 11 de la LAU, que establece que el arrendatario podrá desistir del contrato una vez que hayan transcurrido seis meses, si avisa con una antelación de 30 días, en el que se prevé la posibilidad de pacto de una indemnización para caso de desistimiento por el arrendatario, afirmando el árbitro, en el párrafo segundo del FD 2, que la citada modificación es “*aplicable al presente procedimiento arbitral habida cuenta la fecha de presentación de la demanda de solicitud de arbitraje*”, añadiendo en el párrafo tercero que “*no puede aceptar este árbitro como indemnización la solicitada por el demandante ya que dicho planteamiento excedería de lo establecido actualmente la Ley de Arrendamientos Urbanos*”.

La modificación de la LAU, operada por la citada Ley de 4 junio 2013, según la Disposición Transitoria Primera de esta última, sobre el régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, dispone que

“*Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación.*

Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta Ley”.

En este caso el contrato celebrado entre las partes es de fecha 2 de noviembre de 2011, y nada consta sobre una posible adaptación posterior del mismo a la nueva ley, por lo que no es de aplicación a este supuesto, siendo indiferente la fecha de presentación del arbitraje, pues ello que es contrario a las normas de derecho transitorio fijadas en la propia Ley.

Debemos reseñar los más elementales deberes de motivación, cuya infracción constituiría por sí sola una vulneración del art. 24.1º CE, tal y como aparecen identificados, con especial claridad, por todos, en el FJ 3 de la STC 147/1999, que consagra una línea jurisprudencial constante hasta la fecha, STC 178/2014, de 3 de noviembre, FJ 3–, cuando dice: “Procede recordar que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990 y 112/1996), y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, 5/1995 y 58/1997). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere “arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable” no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987, fJ 3º; 112/1996, fJ 2º, y 119/1998, fJ 2º)”.

En consecuencia, tal y como hemos expuesto, el árbitro incurre en un error patente en la motivación del Laudo, aplicando una norma legal, cuya reforma no afectaba al contrato celebrado entre las partes, que era de fecha anterior a su entrada en vigor, y en la misma basa el árbitro la desestimación de las pretensiones de la demandante, por lo que nos encontramos ante una decisión irrazonada, pues tal y como indica la jurisprudencia constitucional, el citado error equivale a una ausencia de fundamentación en Derecho, y ello implica una vulneración del art. 24 CE, y por tanto del orden público, por lo que procede estimar la demanda y declarar la nulidad del Laudo Arbitral de fecha 14 de marzo de 2014.

TERCERO: Aún desestimadas íntegramente las pretensiones de la parte demandada, no procede de conformidad con el art. 394 LEC, la imposición de las costas a esa parte, pues las cuestiones alegadas por la demandante, presentabas dudas de derecho, como lo revelan los argumentos a los que nos hemos referido anteriormente, y la nulidad apreciada no es imputable a la aquí demandada, sino al árbitro, además hay que tener en cuenta la excepcionalidad de las causas de nulidad de los laudos arbitrales, lo que permite calificar como razonable la contestación a la demanda oponiéndose a la misma; por todo ello, no procede la imposición de las costas de éste procedimiento a ninguna de las partes.

NOTA

Nos encontramos ante una Sentencia de control más, que anula un laudo; una de las muchas que, desde noviembre de 2014, han aceptado motivos de anulación discutibles, únicamente sustentados en un criterio doctrinalmente minoritario de una mayoría de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Una decisión que, en tanto que reitera decisiones precedentes, nos invita a una reflexión profunda, con la finalidad de adecuar la patología al diagnóstico que resulte conveniente para su eventual corrección.

En esta ocasión, el objeto de disensión de la Sala se circunscribe a valorar la conveniencia o inconveniencia de que el árbitro concernido aplicase una norma sustantiva concreta en la resolución de la controversia planteada sobre arrendamientos urbanos, resultando su razonamiento –en opinión del órgano judicial de control– ajeno al funcionamiento de las normas de derecho transitorio, que considera erróneamente aplicadas por el árbitro. La Sala acomete esa valoración partiendo de la previa cita de una jurisprudencia constitucional y del Supremo que, sin embargo, ignora en el desarrollo de su

argumentación. Además de entrar al fondo del asunto y revisar el *iter* decisorio sustantivo del árbitro, cuando el Supremo afirma que este control “... *evidentemente, no alcanza al fondo de la controversia, sino únicamente a los presupuestos del arbitraje y su desarrollo...*”, la Sala –una vez más– es incapaz de aislar la causa del laudo que, en su opinión, implicaría la vulneración del orden público formal –denunciada por la parte instante de la acción de anulación en su demanda– o de delimitar conceptualmente el concepto orden público en el arbitraje, en cuya aplicación insiste, sirviéndose de un criterio técnico dispar y difuso, sólo coincidente en la invasión constante de competencias decisorias sustantivas que competen exclusivamente a los árbitros.

El contenido de la Sentencia comentada refleja una premisa, cuando menos, preocupante. De su lectura se deduce que, desde noviembre de 2014, se ha instalado en la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Madrid una minoritaria mayoría empeñada en convertir la acción de nulidad en una apelación; en tornar su función supervisora de la corrección formal de los laudos, en una revisión sistemática del fondo de aquella controversia, previamente analizada y decidida por el árbitro; en erigirse –sin sustento legal que la ampare en esa pretensión– en una tácita Sección de una Audiencia Provincial, olvidándose de que su única actividad jurisdiccional –según el mandato legal vigente– debe limitarse a ejercer el control formal del laudo, resultado del procedimiento arbitral y expresión última de la voluntad de las partes contratantes de solventar sus diferencias sometiendo libremente al criterio de un tercero privado, el árbitro, sin incurrir en invasiones judiciales injustificadas e inatacables de su competencia exclusiva para tal fin, reconocida por el acuerdo arbitral.

Nos encontramos, por tanto, ante un ejemplo más de una praxis que debe corregirse. Olvidémonos de los árbitros y de los asesores de las partes y centrémonos en éstas últimas, como usuarios del arbitraje. Los defensores de una jurisprudencia de control tan inestable sostienen que la Sala debe realizar sus funciones sin injerencias o presiones externas o de difusos intereses arbitrales; actividad que –como demuestra un importante número de sentencias anulatorias de esta Sala sólo en 2015– efectivamente desarrolla. Pero, aunque la Sala –ufana– no quiera verlo, sus decisiones afectan directamente a la credibilidad del arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico. Y no por la calidad de sus intervinientes –progresivamente reconocida en foros internacionales– sino por el hecho de que, acudiendo a una acción de anulación y viendo la misma transformada súbitamente en una apelación sin garantías, las partes observan cómo la Sala competente tiene en su mano la adopción de decisiones graves e importantes, carentes, sin embargo, de control judicial superior para enmendar actuaciones que –al igual que ocurre en cualquier proceso judicial– no siempre son conformes a Derecho. Las partes intuyen que este poder, además de excesivo, puede ser incorrecto y, lo que es peor, definitivo, llegando a dejar sin efecto un laudo y forzar, al final del camino, a las partes a incurrir en gastos, adicionales a los ya devengados para tramitar un arbitraje que, finalmente y por una decisión judicial empecinada e inco-

rregible, resulta en un papel mojado y una pérdida de tiempo. No olvidemos que las partes pagan a sus abogados y los honorarios de los árbitros con la finalidad exclusiva de que la controversia planteada sea resuelta con un razonable grado de certeza, evitando, en lo posible, enredos legales técnicos, tan habituales en la jurisdicción ordinaria. Pero si, pese a esa opción legítima, tales enredos reaparecen una vez terminado el arbitraje, con el resultado de devolver las actuaciones a su punto de inicio, las partes optarán –como ya se está detectando– por acudir a la jurisdicción ordinaria, sabedoras de que en el proceso judicial dispondrá de todas las garantías, incluyendo la posibilidad de que las decisiones judiciales incorrectas sean analizadas por una o varias instancias superiores; situación que no cabe con la actuación excesiva de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el desempeño de sus limitadas funciones de control del laudo arbitral. Aún cabe preguntarse por la causa del creciente recelo hacia el arbitraje; pero acaso su solución no sea tan compleja como aparentemente parece.

Gonzalo STAMPA*

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera) nº 74/2015, de 23 octubre de 2015

Acción de anulación.– Laudo contrario al orden público: procedencia.– Apreciación de oficio de la causal.– Orden público eco-nómico es el principio general de buena fe en la contratación.– Motivación viciada.– Swap: error patente sobre los deberes de información que correspondían al banco.– Valoración ilógica y contra criterios legales inexcusables de la capacidad de comprensión del producto de los administradores de la sociedad demandante.– Error sobre la naturaleza compleja del instrumento financiero comercializado.– Estimación.– Voto particular.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Santos Vijande.

Partes: *Gori Transbur, S.L. / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*

Fuente: Roj: STSJ M 12653/2015 – ECLI:ES:TSJM:2015:12653; JUR\2015 \ 301853.

Normas aplicadas: Arts. 2.2º y 41.2º LA.

[...]

* Abogado. Stampa Abogados. Madrid (www.stampaabogados.com). Director de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (Cima).

CUARTO: Sobre la eventual concurrencia de esta causa de anulación –infracción del orden público–, en el acto de la vista la actora propugna que por infracción del orden público han de entenderse las vulneraciones de derechos fundamentales y de principios esenciales indisponibles para las partes, como sucedería en el presente caso.

Reconoce que la acción de anulación no es una segunda instancia, pero postula que el que deba fundamentarse en motivos tasados no significa que el órgano judicial no pueda entrar nunca en el fondo de la decisión de los árbitros: como señala la Exposición de Motivos de la LA, tal es “ la regla general “, que tiene sus excepciones en función de la *causa petendi* que se esgrima, no siendo todas las causas de anulación meramente formales o procedimentales; un entendimiento en sentido contrario dotaría de impunidad a la arbitrariedad jurídica, destruyendo todo vestigio de fiabilidad y seguridad en el arbitraje.

Entiende que el orden público –como motivo de nulidad– tiene tres manifestaciones: el procesal – con infracción del art. 24.1º CE; el constitucional– infracción de los demás derechos fundamentales; y el material (principios y normas básicas inderogables por la voluntad de las partes tanto en lo social como en lo económico), que incluye un “orden público comunitario o europeo” constituido por las disposiciones fundamentales e indispensables para el cumplimiento de las competencias y objetivos confiados a la Unión.

En palabras de la STJUE 6 octubre 2008 (C–168/05): “en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe basar tal recurso en la inobservancia de las normas comunitarias de este tipo “.

En este sentido, afirma que para enjuiciar si el laudo incurre en vulneración del orden público es imprescindible analizar si ha infringido, inaplicado o ignorado normas imperativas de inexcusable observancia, lo que impediría que el Laudo impugnado superase el test de razonabilidad constitucionalmente exigible. Y así, con referencia a la Jurisprudencia de esta Sala en casos análogos –desde la S. 13/2015, de 28 de enero–, estima que el Laudo debe ser anulado por infracción del orden público: el Laudo yerra gravemente tanto en la calificación jurídica del propio contrato de swap –cuando lo reputa instrumento financiero no complejo–, como en la conceptualización de la relación entre la entidad financiera y su cliente –de asesoramiento, y no de mera comercialización–, que aboca a la consiguiente inaplicación de normas imperativas básicas para el adecuado funcionamiento de los mercados financieros, con infracción del principio de la buena fe contractual, de observancia particularmente inexcusable, por su naturaleza tuitiva, cuando la posición de los contratantes es intrínsecamente asimétrica o desigual. Precisa, en concreto, que la inequívoca labor de asesoramiento desarrollada por BBVA debió llevar aparejada la realización del test de idoneidad –que no tuvo lugar–, con el consiguiente análisis de la situación financiera de la empresa –también preterido–.

En definitiva, la fundamentación del Laudo incurriría en yerros patentes a la hora de calificar los presupuestos jurídicos sobre los que asienta su decisión, obviando el incumplimiento manifiesto de inexcusables deberes legales de información por parte de BBVA al cliente minorista –costes y riesgos de la operación, con particular referencia a la carencia de información sobre los costes de cancelación anticipada–, cuya infracción –la de esos deberes legales impuestos por normas imperativas– abocaría a la vulneración del principio de buena fe en la contratación, que es de orden público.

La demandada argumentó, en primer lugar, sobre la base de unos postulados que califica como básicos para el recto entendimiento de lo que es el arbitraje: así, tras aludir a la normativa UNCITRAL, entiende que el orden público, como causa de anulación, se limita a las vulneraciones manifiestas o patentes de un círculo de materias ceñido al respeto de los derechos fundamentales y de los valores y principios esenciales indisponibles para las partes por exigencia de la Constitución o de la aplicación de principios internacionalmente admitidos. De esta concepción y de la necesidad de preservar la institución arbitral como mecanismo de resolución de conflictos sustentado en la autonomía de la voluntad, se deriva –afirma– una necesaria aplicación restrictiva de la causa de anulación del art. 41.1º.f) LA, que impide que, bajo una formal invocación del orden público, se revise el fondo de la decisión de los árbitros. Y añade que la apreciación de oficio por la Sala de la eventual concu-

rrencia de dicho motivo de anulación requiere un plus de gravedad que no se compadece con la necesidad, por parte del propio Tribunal enjuiciador, de efectuar argumentaciones complejas.

Acto seguido expone las razones por las que “la sentencia anulada” (*sic*) –entiéndase, la doctrina precedentemente sentada por esta Sala– desborda los límites admisibles de su Jurisdicción a la hora de analizar una acción de anulación, sobre la base de ciertas premisas que se afirman como tales:

Mantiene BBVA, en primer término, que el principio de buena fe en la contratación no puede integrar el orden público económico: no formaría parte de ningún derecho fundamental ni sería un valor indisponible para el Legislador democrático: su concreción, en deberes, estaría a disposición del Legislador.

Al hilo de lo anterior propugna la defensa de la demandada que las exigencias de la motivación judicial no son extrapolables al deber de motivación que asiste a los árbitros al laudar –en Derecho, se entiende: la Sala de anulación puede, efectuando un control negativo, anular un laudo por falta de motivación o por ser ésta meramente aparente, pero no porque falten desarrollos argumentales en el laudo. La Sala ni puede incidir en la valoración de la prueba efectuada por los árbitros, revisando el acervo probatorio, ni, más en general, realizar una suerte de control positivo de la motivación efectuada por éstos: quedan fuera del concepto de orden público posibles revisiones sobre materias discutibles que el laudo interprete de conformidad con el estado de la jurisprudencia o en línea con resoluciones preexistentes, o aquellas cuestiones relativas a la valoración de la prueba o a la subsunción de unos hechos determinados en una norma jurídica determinada.

Justifica la demandada estos postulados, de un lado, en que la función de la motivación del Laudo no es, como en las resoluciones judiciales, permitir su revisión. De otro lado, con carácter más general, invoca cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional (ATC 179/1991, de 17 de junio; ATC 231/1994, de 18 de julio; STC 174/1995, de 23 de noviembre (RTC 1995, 174), y STC 352/2006, de 14 de diciembre, FJ 4), que habría proclamado que el derecho a la tutela judicial efectiva no se proyecta sobre el procedimiento arbitral, ni, por ello, sus exigencias de motivación son trasladables al ámbito del arbitraje.

Entiende BBVA que, de no respetar la Sala estos criterios, estaría incurriendo en arbitrariedad, con desbordamiento de los límites de la jurisdicción atribuida al órgano judicial en el contexto de la acción de anulación, e infracción del principio de intangibilidad del laudo por revisar su contenido al margen de las causas tasadas para la acción de anulación; todo ello entrañaría una vulneración del art. 24.1º CE.

En congruencia con su planteamiento, la representación de BBVA postula que el laudo no incurre en infracción alguna del orden público, puesto que el razonamiento que le lleva a estimar que no existe error–vicio en los contratos de swap controvertidos, sea discutible o no, carece de toda sombra de arbitrariedad, pues el colegio arbitral explica suficientemente el porqué de su decisión, sin incurrir en errores patentes, aplicando el art. 79 bis.6 LMV, y en total sintonía, incluso, con la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 20 de enero de 2014, según la cual la eventual omisión de un test de idoneidad no comporta automáticamente la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, por lo que, en el caso, tal preterición sería irrelevante, como también el hecho de que mediase o no labor de asesoramiento.

Aduce asimismo la demandada que la Directiva MiFID de 2004 no era aplicable –al primero de los dos contratos de swap controvertidos, suscrito el 14 de marzo de 2008–, careciendo de efecto directo entre particulares –eficacia horizontal–, pese a su tardía trasposición, como revela el FJ 6 de la Sentencia *Marleasing*, que no consagraría tal efecto. Sostiene que la interpretación efectuada por los árbitros de la DT 1ª de la LMV es razonable, coincidente con la efectuada por varias Audiencias Provinciales (*v.gr.*, SAP Las Palmas de 3.9.2014 y SS. AP Madrid de 24 y 30 septiembre 2014), siendo cuestión de mera legalidad ordinaria cuál sea o deje de ser la eficacia temporal de las normas.

En relación con el modo en que el Laudo entiende la complejidad de los productos financieros que analiza (swaps), alega la demandada que la calificación legal, post MiFID, de tales productos como complejos es independiente de la comprensión real de los mismos, desde la perspectiva de la existen-

cia o no de un error–vicio del consentimiento. En este sentido, el Laudo no extraería ninguna consecuencia de que los swaps fueran reputados como no complejos...

Insiste en que la Sala no puede revisar los juicios de valor sobre la prueba practicada que se vierten en el Laudo, ni reexaminar el cumplimiento o no de los deberes de información desde el prisma del orden público: los árbitros, a la vista de la negociación habida, han entendido, razonada y razonablemente, que los representantes de Gori Transbur comprendían el producto que contrataban, sin oponer reparo alguno, siendo irrelevante –con trascendencia puramente formal– la no realización del test de idoneidad o de conveniencia. Así, la Sala no podría revisar la conclusión probatoria sostenida en el § 61 del Laudo:

“Está acreditado por medio de la información verbal y escrita facilitada al cliente con carácter previo a las contrataciones, de las grabaciones de las conversaciones telefónicas mediante las que se contrataron los Swaps, y en definitiva con la firma de los documentos de Confirmación, que el Banco cumplió con los deberes de información y transparencia que le imponía la Ley del Mercado de Valores. También es claro que el Banco contaba con la información necesaria sobre su cliente, conociendo el nivel de formación, experiencia y conocimientos de sus representantes, y su capacidad para valorar la conveniencia y los riesgos de las operaciones contratadas, por haberlo declarado y reconocido así expresamente en las cláusulas 5 y 7 de los documentos de Confirmación firmados entre las partes”.

Por último, alega la demandada que la pretendida falta de información sobre los costes de cancelación de los swaps contratados se plantea *ex novo* en esta sede, no habiendo sido cuestión controvertida en el procedimiento arbitral, probablemente porque el coste de cancelación del swap contratado telefónicamente el 14 de marzo de 2008 corrió de cuenta de la entidad bancaria.

QUINTO: [...] una cosa es lo que antecede y otra, totalmente distinta, la tesis de que la Sala de anulación en ningún caso puede revisar el fondo de la controversia y/o de la argumentación del Laudo. Ni legal ni dogmáticamente se puede mantener tal postulado con el debido fundamento. Sea bienintencionada o sea interesadamente, la defensa de tal especie o suerte de proposición jurídica incurre en contradicciones legales y conceptuales tan dignas de mejor causa como inadmisibles.

Evidentemente que “la acción de anulación” no abre una segunda instancia, un *novum iudicium* en el que se pueda revisar sin limitaciones, con “plenitud de jurisdicción” –en locución del TEDH–, el juicio de hecho y el razonamiento de Derecho efectuado por el tribunal arbitral. Tampoco se puede identificar la acción de anulación, como antaño el recurso de tal nombre, con una suerte de casación donde se podía analizar, como motivo de revisión del laudo, la infracción de ley y/o de doctrina jurisprudencial (Ley de Arbitraje de 1953)...

Pero de ahí a afirmar del modo general y categórico con que a veces se hace la exclusión de todo análisis del fondo de la controversia va un abismo... A modo de ejemplo sobre el que luego se volverá con todo detalle: se postula, sin distinguos ni matices, que el Tribunal que conoce de la acción de anulación no puede revisar la valoración de la prueba efectuada por el árbitro en contra de categórica y conteste doctrina del TC y de la Sala Primera del TS que identifica los supuestos, que no son pocos, en que una determinada valoración de la prueba lesiona el art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) ... En esta tesitura no extraña –volveremos sobre ello con posterioridad– que se llegue al extremo de afirmar que los deberes de motivación constitucionalmente exigibles al Juez para no lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva no se le pueden demandar al árbitro, cuando lauda en Derecho, por supuesto.

Repárese en que la Exposición de Motivos de la LA excluye, “como regla general”, que la acción de anulación se convierta en una revisión del fondo de la decisión de los árbitros; es más, se suele identificar tal concepto –revisión del fondo de la decisión– con cualquier cuestión que, directa o lateralmente, concierna al fondo de la controversia, cuando conceptualmente son cuestiones de todo discernibles.

Pero a lo que importa: la Sala pone de relieve que esa “regla general” de que habla la E. de M. de la LA tiene excepciones, algunas incontrovertidas en el ámbito, por ejemplo, del análisis de la arbitrabilidad de la materia –de inmediato lo veremos–, que, sin embargo, son incomprensible y contradicto-

riamente negadas, cuando tal excepción a la regla general se pondera y se aprecia como posible infracción del orden público.

De nuevo a modo de ejemplo: ¿qué tiene que hacer, *ope legis*, un Tribunal de anulación cuando examina si la controversia es arbitrable por recaer sobre materias de libre disposición? No puede dejar de examinar la naturaleza disponible, o no, de la materia controvertida, su régimen jurídico... Lo hemos dicho con toda claridad muy recientemente en la S 45/2015, de 13 de julio: “decidir si una materia es disponible, o no, exige, sin lugar a dudas, analizar su régimen jurídico, la naturaleza de las normas reguladoras, los intereses públicos o privados en juego –trascendiendo incluso las circunstancias del caso concreto...”.

Ese análisis concierne, por definición, al fondo de la controversia, a su regulación sustantiva. Y aquí, sobre la base del principio del *favor arbitrandi* existe una general anuencia en que una materia puede ser arbitrable pese a que en su ordenación aparezcan normas inequívocamente imperativas; ahora bien, en contrapartida, no se discute –hablando de arbitrabilidad– el correlativo deber del árbitro de aplicar las normas imperativas que regulen tales o cuales aspectos de la materia que se dice arbitrable, pues, en caso contrario, el tribunal arbitral infringiría el orden público incurriendo el laudo en causa de anulación.

En total congruencia con esta línea de pensamiento se ha manifestado este Tribunal repetidas veces, v.gr., en estos o parecidos términos: “no pocas materias son disponibles, perfectamente susceptibles de arbitraje, pese a que aspectos de su ordenación estén regulados por normas imperativas, lo que no excusa el deber de los árbitros de aplicar dichas normas, so pena de infringir el orden público –v.gr., por todas, las Sentencias de esta Sala nº 23/2015, de 24 de marzo y 56/2015, de 13 de julio –FJ 3.B–”.

Expresa este planteamiento generalmente admitido, con especial lucidez, el Profesor Fernández Rozas, J.C. [“Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje”, en La Nueva Ley de Arbitraje, Estudios de Derecho Judicial, 102–2006, CGPJ, 2007, págs. 80 y 81] con las siguientes palabras:

La arbitrabilidad de la controversia, es cierto, va ganando terreno conforme el arbitraje se hace usual entre los participantes del tráfico comercial internacional. De esta forma terrenos tradicionalmente ‘incómodos’ en el arbitraje como el Derecho de la competencia o la propiedad industrial, el derecho de sociedades multinacionales, son hoy pronunciamientos habituales de los árbitros tanto en el arbitraje interno como en el internacional. Sin embargo, este avance del sector de materias arbitrables tiene un precio: si el arbitraje se adentra en terrenos afectados por intereses generales o políticas legislativas de protección, debe tener muy presente el terreno en que ha entrado y lo que implica tratar con materias intervenidas por una atención especial de los Estados. La entrada del arbitraje en estos sectores del ordenamiento entraña una relación proporcional con el aumento de control en cuanto al fondo. Es aquí donde, de manera manifiesta, el resultado sustantivo de un laudo arbitral va a ser controlado, y esto puede afirmarse sin paliativos. Los Estados no prohíben la solución de un conflicto mediante arbitraje; pero si la controversia está regida por normas materiales imperativas o principios de orden público positivo el Tribunal estatal encargado de la anulación puede, legítimamente, esperar su respeto y aplicación. El discutido concepto –orden público– que encierra el art. 36.b.ii) de la Ley Modelo Uncitral o, en sede de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, el art. V.2º.b) del Convenio de Nueva York de 1958 está perfectamente claro. Realmente, manteniendo el principio de ausencia de control a todos los efectos, era difícil establecer a qué se referían estos preceptos, teniendo en cuenta que el orden público procesal tiene su propio lugar de revisión en las causas de anulación relativas a la regularidad del procedimiento arbitral. Pero lo cierto es que el control existe y se refiere específicamente al fondo del asunto; cuando una norma imperativa quiere ser aplicada, cuál sea el órgano enjuiciador, nacional o extranjero, arbitral o judicial, pasa a un segundo plano”. Los resaltados son nuestros.

Y añade, poco después –ibídem, págs. 82 *in fine* y 83– este tratadista:

“Un laudo dictado con indiferencia a normas de aplicación necesaria puede encontrar problemas... La efectividad del laudo se vería impugnada por la contravención al orden público del Estado que lo

enjuicia y no por causa de la inarbitrabilidad de la controversia. Es esa la opinión del TJUE en asunto *Eco Swiss c. Benetton*, reiterada en jurisprudencia posterior, que implica el deber de respeto del orden público comunitario en todas sus variantes “.

Sin embargo, paradójicamente, este planteamiento teórico –inobjetable– cae en el más absoluto de los “olvidos” o es negado con patente contradicción, cuando un Tribunal verifica, subespecie de infracción del orden público –art. 41.1.º.f) LA–, si un Laudo ignora, no aplica o contraviene paladinamente normas imperativas de inequívoco carácter tuitivo, como son, verbigracia, las llamadas a tutelar el principio de buena fe contractual en supuestos especialmente necesitados de protección; principio cuya observancia preserva el equilibrio y la debida igualdad entre las partes contratantes a la hora de prestar libremente el consentimiento.

En otras palabras: a la vez que se postula que el respeto de las normas imperativas es un deber del árbitro que, si incumplido, vulnera el orden público, se afirma un incomprensible “exceso de jurisdicción “cuando el Tribunal llamado a juzgar, precisamente, si el laudo ha infringido dicho orden público se decide a comprobar si, al dictarlo, se han observado, o no, esas mismas normas imperativas...”

De lo que venimos diciendo –y de lo transcrito– se sigue con igual claridad que el concepto de orden público no se limita a la infracción de derechos fundamentales y/o de garantías de índole procesal, ni en las normas internacionales (Ley Modelo Uncitral o Convenio de Nueva York) ni en las internas que son trasunto de aquellas; criterio que deriva de una exégesis lógica de tales normas legales y convencionales, por lo demás asumida por la Jurisprudencia patria, que siempre ha hablado –lo habremos de reiterar– de que “por orden público han de estimarse 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 (SSTC 2ª, nº 54/1989, de 23-2)” [recientemente, S de esta Sala 58/2015, de 21 de julio, FJ 2].

Por lo expuesto –y por lo que se dirá en el apartado siguiente– la Sala no puede compartir que, en una simplificación extrema y carente de justificación, se pretenda asimilar la infracción del orden público, como motivo de anulación del laudo, a la mera comisión de una suerte de “error patente” –apreciable sin necesidad de elucubración alguna–; y lo que es peor que, en el colmo del simplismo, se pretenda como argumento a favor de la inexistencia de infracción del orden público que el Tribunal enjuiciador haya de efectuar argumentaciones complejas para su apreciación. Aunque huelga todo comentario, sí vamos a incidir, al menos, en dos extremos: el primero, reiterar que la “infracción del orden público” no consiste sólo en uno de los posibles vicios de motivación constitucionalmente relevantes *ex art. 24.1º CE* ; la segunda cuestión que conviene mencionar repara en el hecho, por demás evidente, de que no se debe confundir justificación con explicación: una ignorancia o yerro argumentativo puede ser lógicamente inexcusable, constitutivo incluso de ignorancia elemental, y sin embargo recaer sobre una materia en sí misma compleja, que requiera de explicaciones que pongan en claro lo injustificado de un determinado postulado, argumento o decisión.

La motivación del laudo, *ex art. 24.1º CE*, puede infringir el orden público, como causa de anulación.

Llegados a este punto, hemos de ponderar aquel planteamiento de la demandada, que, con brillantez expositiva pero de un modo máximamente restrictivo, excluye la posibilidad de que la Sala, al conocer de la acción de anulación, pueda incidir en la valoración de la prueba efectuada por los árbitros, revisando el acervo probatorio, al tiempo que también niega, más en general, que el Tribunal de anulación pueda realizar toda suerte de control positivo de la motivación contenida en el laudo.

Este planteamiento, como hemos reseñado, se apoya en la premisa de que el Tribunal Constitucional habría proclamado que el derecho a la tutela judicial efectiva no se proyecta sobre el procedimiento arbitral, de lo que se seguiría la conclusión de que sus exigencias de motivación no son trasladables al ámbito del arbitraje.

El error en la conclusión trae causa de un entendimiento equivocado de la jurisprudencia constitucional que se considera. Es cierto que el Tribunal Constitucional ha señalado que “no puede hacerse derivar la extensión de las garantías del art. 24 CE al proceso arbitral “, pero esa afirmación no se

puede sacar de contexto. El TC realiza esa aseveración justificando la exclusión del ámbito objetivo del recurso de amparo del laudo mismo, no para excluir, como motivos de anulación apreciables por el Tribunal competente del Poder Judicial, las infracciones de los deberes de motivación constitucionalmente exigibles tanto al dictar sentencia como al laudar.

En este sentido, con toda claridad, el ATC 179/1991, de 17 de junio (FJ 2), cuando dice:

“... el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión que reconoce y consagra el art. 24 CE se refiere a una actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado, integrados en el Poder Judicial, habiendo de destacarse, asimismo, que el recurso de amparo constitucional se da contra los actos de los poderes públicos que lesionan derechos fundamentales. Ello significa que si bien los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia de las decisiones de los árbitros en los supuestos legalmente previstos pueden ser vulneradores de tal derecho, esto no puede extenderse más allá de los límites que establece el precepto constitucional, pues, aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros es una actividad de naturaleza jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no puede hacerse derivar la extensión de las garantías del art. 24 CE al proceso arbitral ni la ampliación del proceso constitucional de amparo (cf. ATC 701/1988). Quiere significarse con ello que quien haya obtenido un laudo arbitral a lo que tiene derecho en el marco del art. 24.1º CE es a que aquél sea revisado, y en su caso anulado, por los Tribunales de Justicia por los cauces y con los requisitos legalmente previstos. Y es esta resolución judicial sobre la que recae el control constitucional que ejerce este Tribunal a través del recurso de amparo”.

Siendo por lo demás evidente que el Tribunal Constitucional (*v.gr.*, en el propio ATC 231/1994, de 18 de julio, citado por la demandada, FJ 3) ha puesto especial énfasis en la necesidad de asegurar la fiscalización judicial de los laudos arbitrales, llamados a producir efectos de cosa juzgada, haciendo mención expresa a la necesidad de preservar “las garantías esenciales del procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE”, así como la corrección del laudo desde la perspectiva del derecho constitucional sustantivo, so pena de infringir el orden público. Asimismo, sin perder de vista que la acción de anulación no es, en efecto, una nueva instancia, señala el TC que “las incorrecciones –del laudo– referidas a materias de legalidad carentes de relevancia constitucional se cohestan perfectamente con la propia naturaleza contractual del convenio de arbitraje, referido siempre a objetos de libre disposición para las partes”. Con esto está diciendo el Tribunal Constitucional, sin lugar a equívocos, lo que hemos reflejado en el apartado precedente y resulta por demás evidente: el ámbito de la acción de anulación trasciende el de la mera constitucionalidad, procesal y sustantiva, del laudo, para concernir también al necesario respecto de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

No admitiendo, pues, la Sala el argumento expresado sobre la no aplicabilidad a la motivación del árbitro en Derecho de las exigencias del art. 24.1º CE, cae por su base el alegato de que la función de la motivación del Laudo no es, como en las resoluciones judiciales, permitir su revisión: del mismo modo que el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”, el Laudo, correlato de la Sentencia judicial y de eficacia análoga a la misma, tiene unas exigencias de motivación que lo son en garantía de la exclusión de la arbitrariedad tanto para las partes, como, en sede de fiscalización judicial –donde ya no rige la confidencialidad contractual–, para la confianza legítima de la propia sociedad en el recto proceder de quien juzga o lauda.

A diferencia de lo que pretende la demandada, sí puede el Tribunal de anulación fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24.1º CE. Como también puede el Tribunal de anulación fiscalizar que la motivación del Laudo no vulnera los preceptos sustantivos de la Constitución, ni excede de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

En congruencia con lo que antecede, cumple recordar, como hemos hecho en Sentencias precedentes, que es contante la jurisprudencia constitucional y ordinaria que entiende que, en determinadas circunstancias, la valoración del acervo probatorio –explicitada en su motivación– puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y, consiguientemente, infringir el orden público. Ya lo apuntá-

bamos en nuestra Sentencia de 24 junio 2014, en los siguientes términos (FJ 8): “no puede este Tribunal revisar la valoración probatoria en la que se basa el laudo arbitral ni la acción de nulidad para cuya resolución es competente le facultaría a subsanar eventuales errores en la decisión del árbitro, salvo que dicha valoración fuese expresión de una motivación patentemente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva”.

[...]

Sobre el “orden público económico” y el principio de buena fe en la contratación.

Lo que venimos diciendo sobre el ámbito propio de la acción de anulación se compadece con otra realidad hoy innegable –tal y como hemos dicho, v.gr., en el FJ 4 de la citada S. 13/2015 y en el FJ 3 de la S. 30/2015: que el orden público susceptible de protección ex art. 41.1.f) LA comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar “orden público económico”, en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección.

Como viene señalando esta Sala (v.gr., SS 24 junio 2014, recurso de anulación nº 70/2013; 6 noviembre 2013, recurso nº 5/2013; 13 febrero 2013, recurso nº 31/2012; y 23 mayo 2012, recurso nº 12/2011), “por orden público han de estimarse 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(STC 2ª nº 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, 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. 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3º CE, y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión...”.

Hoy no cabe dudar, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, v.gr., en sus SS 20 enero 2014 y 265/2015, de 22 de abril, de que, dentro de ese concepto jurídico indeterminado denominado “orden público”, ha de incluirse el “orden público económico”, que se prevé en normas imperativas y en principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección.

Ejemplos señeros de esas normas imperativas son las que regulan con carácter estructural las libertades propias del Derecho comunitario (v.gr., la libre competencia). Así, la STJCE de 1 de junio de 1999 [asunto C-126/1997 (*Eco Swiss v. Benetton*)], admite (§§ 36 y 39) que la no aplicación del art. 85 del Tratado Constitutivo CE –hoy art. 81 del Texto Consolidado– relativo, como es sabido, a la libre competencia, es una disposición fundamental para el funcionamiento del mercado cuya inobservancia justifica la anulación o el no reconocimiento de un laudo.

Paradigma destacado del principio que integra el orden público económico es el principio general de buena fe en la contratación, expresamente recogido hoy, como se cuida de señalar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (*The Principles of European Contract Law* –PECL– cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica “*Good faith and Fair dealing*” (“Buena fe contractual”), que dispone como deber general: “*Each party must act in accordance with good faith and fair dealing*” (“Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe”).

Principio de buena fe cuya observancia es especialmente inexcusable cuando en una concreta contratación se produce una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes, bien, en unos casos, por la cualidad de consumidora de una de éstas, bien, en otros, por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes. En todo caso, no cabe la menor duda de que, en situaciones como las descritas, la preservación del principio de buena fe tiene rango de norma de orden público, que entronca con el orden público comunitario, como ha declarado la jurisprudencia del TJUE y, en consonancia con ella, del Pleno de la

Sala Primera del TS. Tal asimilación no puede ser desconocida por esta Sala a la hora de enjuiciar la anulación o no de un laudo, precisamente, por infracción del orden público...

Frente a estos planteamientos hemos visto que opone la demandada que el principio de buena fe en la contratación no puede integrar el orden público económico porque no forma parte de ningún derecho fundamental, ni tiene un valor indisponible para el legislador democrático, que es libre para concretar los deberes en que se traduzca el actuar con arreglo a la buena fe.

Por lo dicho –y precisaremos aún más en el siguiente FJ 8º– la Sala no comparte este criterio. No es necesario entrar a considerar si el principio de buena fe está o no constitucionalizado: aun aceptando a efectos dialécticos la lógica de la argumentación de la demandada, lo cierto es que el Legislador democrático ha configurado la observancia de ese principio como indisponible en múltiples sectores del ordenamiento: pensemos, por ejemplo, en su radical exigencia en el devenir de los procesos y en las consecuencias de su incumplimiento ex art. 247 LEC ; tampoco cabe dudar de que la demanda de especiales deberes de información en ámbitos especialmente dispensados de protección – consumidores, inversores no profesionales– constituyen expresiones irrenunciables, por disposición expresa del Legislador comunitario y nacional, del principio de buena fe en la contratación..., precisamente para evitar situaciones tan graves y de tantas repercusiones como las que han tenido que afrontar nuestra propia sociedad y las de nuestro entorno en casos de contrataciones de enorme trascendencia económica –por el número de los implicados y/o la cuantía de las operaciones–, y donde, por definición, los contratantes se encuentran en una situación de sustancial desigualdad en el real y efectivo conocimiento de los riesgos que entrañan los productos complejos que contratan.

Las normas y también, por qué no, los principios generales del Derecho deben ser interpretados, para determinar su sentido y alcance efectivos en un determinado ámbito de aplicación, de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, y atendiendo a su espíritu y finalidad (art. 3.1º Cc). Pues bien, la Directiva MiFID 2004/39/CE –Directiva de Nivel I– responde al claro propósito –como veremos, explícitamente reconocido por el TJUE y por la Sala Primera– de salvaguardar el deber general de actuar de acuerdo con la buena fe en la contratación, de la que son expresión los específicos deberes de información que impone a las entidades financieras respecto de los inversores minoristas o no profesionales.

Confirma este postulado, más recientemente –dando una idea cabal de la trascendencia de orden público de los intereses en juego–, la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros –Directiva MiFID de Nivel II–, cuyos Considerandos (4) y (5) dicen:

La crisis financiera ha dejado al descubierto algunos puntos débiles en el funcionamiento y la transparencia de los mercados financieros. La evolución de los mercados financieros ha dejado clara la necesidad de fortalecer el marco regulador de los mercados de instrumentos financieros, también cuando la negociación tiene lugar en mercados extrabursátiles, con el fin de aumentar la transparencia, mejorar la protección de los inversores, reforzar la confianza, abordar los ámbitos no regulados y garantizar que se den a los supervisores las competencias necesarias para desarrollar sus cometidos.

Los organismos reguladores a nivel internacional concuerdan en pensar que los puntos débiles que presenta el gobierno corporativo de una serie de entidades financieras, entre ellos la ausencia en los mismos de unos controles y contrapesos efectivos, han sido uno de los factores que han propiciado la crisis financiera. La excesiva e imprudente asunción de riesgos puede desembocar en la quiebra de entidades financieras concretas y en la aparición de problemas sistémicos tanto en los Estados miembros como a nivel mundial. Una conducta incorrecta por parte de los proveedores de servicios a los clientes puede dar lugar a perjuicios para el inversor y a su pérdida de confianza. Para luchar contra los posibles efectos perjudiciales de estos puntos débiles de los que adolece el gobierno corporativo, la Directiva 2004/39/CE debe complementarse con unos principios más detallados, así como con unas normas mínimas. Tales principios y normas deben aplicarse en función de la naturaleza, escala y complejidad de las empresas de servicios de inversión.

Definitivamente, la actuación conforme a la buena fe en el ámbito MiFID y, en particular, en la contratación extrabursátil de productos financieros complejos no puede ser considerada como cuestión ajena al orden público.

[...]

VOTO PARTICULAR DEL PRESIDENTE D. FRANCISCO
JAVIER VIEIRA MORANTE

[...]

□ PRIMERA: El art. 41.2º LA autoriza a apreciar de oficio los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado 1 del mismo artículo, pero tal facultad debe ser ejercitada con enorme prudencia. Sólo cabrá estimar, de oficio, un motivo de nulidad del laudo cuando se constate que en los propios hechos alegados y probados por las partes ponen de manifiesto que en el procedimiento arbitral se ha producido una evidente indefensión a una de las partes, pues no puede tolerarse que el laudo sea el producto de una situación de desigualdad palmaria; o cuando se hubieren resuelto en el laudo cuestiones no susceptibles de arbitraje, ya que debe impedir el Tribunal que pueda otorgarse eficacia de un laudo que resuelva cuestiones no susceptibles de arbitraje; o si se infringen manifiestamente en el laudo normas de orden público, para proteger los derechos y libertades fundamentales, que constituyen componentes esenciales del sistema jurídico.

Debiendo así ser excepcional la estimación de oficio de una causa de nulidad, estimo que no resulta palmariamente la concurrencia de una vulneración del orden público de los hechos expuestos por las partes en sus escritos ni de las circunstancias deducibles de la prueba practicada, por lo que la resolución de este Tribunal debió limitarse al análisis del motivo de nulidad alegado en la demanda, cuya desestimación comparto plenamente.

[...]

Obs: *Vid. supra*, STSJ Madrid, pp. 000–000.

Jurisprudencia extranjera

Portugal

Sentencia del Tribunal de Apelación de Lisboa, de 24 marzo 2015

Árbitros.– Imparcialidad.– Independencia.– Directrices IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional de 2004.– Árbitro que había sido nombrado más de cincuenta veces por el mismo abogado.– Recusación: admisión.

Ponente: Maria Adelaide Domingos.

Fuente: proc. 1361/14.0YRLSB.L1–1. <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/d7f471fde47d350980257e2a004b026c?OpenDocument>

[...]

II. FUNDAMENTAÇÃO

As ocorrências processuais relevantes ao conhecimento do presente incidente constam do antecedente Relatório.

As questões colocadas à apreciação e decisão deste Tribunal Superior são, em suma, as seguintes:

- a) Tempestividade da dedução do incidente de recusa de árbitro.
- b) Independência e imparcialidade dos árbitros e violação do dever de revelação.
- c) O caso concreto em apreciação.

III. DO CONHECIMENTO DO INCIDENTE DE RECUSA DE ÁRBITRO

Identificadas as questões a decidir, passamos à sua análise.

a) Tempestividade da dedução do incidente de recusa de árbitro:

Resulta da documentação junta aos autos que, através de carta datada de 8 de Novembro de 2013, as Demandantes, ora Requeridas, intentaram contra a Demandada, ora Requerente, arbitragem necessária, na qual foi suscitado o presente incidente de recusa de árbitro.

Consta igualmente, sem oposição das Demandantes, que veio ao conhecimento da Demandada, em 23/07/2014, que o Sr. Dr. MM, árbitro nomeado por indicação da sociedade de Advogados que representa as Demandantes, igualmente tinha sido nomeado noutra processo arbitral, versando o

mesmo sobre o exercício de direitos de propriedade industrial das Demandantes relativos às PE também em causa nesta arbitragem necessária.

Consta igualmente dos autos, também sem oposição das Demandantes, que o Sr. Dr. MM prestou os esclarecimentos acima resumidos e transcritos, tendo a ora Requerente sido notificada dos mesmos em 11/09/2014.

Consta ainda da Deliberação em crise que o árbitro Presidente solicitou, em 30/10/2014, ao árbitro Dr. MM que prestasse informações, tendo-lhe tal sido solicitado nos seguintes termos: “Com vista ao esclarecimento de facticidade que se me afigura poder ser relevante para a decisão do incidente de recusa de árbitro ora pendente, venho solicitar a V. Ex^a a prestação de informações sobre a existência de eventuais processos arbitrais em que tenha intervindo também como Árbitro e no qual seja parte a aqui Demandada (...), e, se for caso disso, se foi ou é neles patrocinada pelos mesmos ilustres Mandatários que por ela intervêm nestes autos. Mais solicito que, a existirem tais processos, informe sobre as datas de início e, se já findos, de conclusão das respectivas instâncias arbitrais”.

Em resposta, o mesmo informou:

“Encontro nos meus arquivos 3 processos de arbitragens no âmbito da Lei nº 62/2011 que poderão ser de interesse no âmbito da informação solicitada:

[...]

Arbitragem iniciada em Fevereiro de 2012 e encerrada em Abril de 2013. Nestes autos, a Demandada (...) renunciou expressamente ao seu direito de apresentar contestação”.

Em 19/09/2014, a Demandada apresentou o pedido de recusa de árbitro.

Entendeu-se na Deliberação em crise que:

“...à data de início da presente arbitragem – por carta do Mandatário das Demandantes de 08.11.2013, na qual foi expressamente consignada a designação por estas como Árbitro do Sr. Dr. MM – já a Demandada tinha conhecimento de que este Árbitro desempenhara idênticas funções, por designação por partes representadas pelos mesmos Mandatários, em três litígios contra a mesma ora Demandada.

Por conseguinte, o prazo de 15 dias para a dedução do presente incidente decorreu a partir da recepção daquela carta de 08.11.2013 (à qual os Mandatários da Demandada responderam por carta de 29.11.2013, designando o seu Árbitro), pelo que se achava há muito esgotado quando a Demandada apresentou o aludido requerimento de 19.09.2014”.

Analisada a questão, não cremos que tal conclusão possa ser corroborada. Vejamos.

Estipula o artigo 14.º, n.º 2 da NLAV:

“Na falta de acordo, a parte que pretenda recusar um árbitro deve expor por escrito os motivos da recusa ao tribunal arbitral, no prazo de 15 dias a contar da data em que teve conhecimento da constituição daquele ou da data em que teve conhecimento das circunstâncias referidas no artigo 13.º”.

O artigo 13.º prescreve quais os fundamentos de recusa, estipulando no seu n.º 1, do seguinte modo:

“Quem for nomeado para exercer as funções de árbitro deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência”.

O n.º 2 prescreve igual dever ao longo de todo o processo arbitral relativamente a circunstâncias “supervenientes ou de que só tenha tomado conhecimento depois de aceitar o encargo.”

No caso presente, aquando da aceitação do encargo, o árbitro recusado nada revelou nos termos prescritos no n.º 1 do citado artigo 13.º.

Apenas veio prestar as informações *supra* referidas após a Demandada o ter solicitado, complementadas na sequência da solicitação do árbitro Presidente.

É inquestionável que a Demandada conhecia as anteriores intervenções do árbitro recusado nos processos em que foi Demandada e em que o mesmo árbitro foi nomeado – aquelas expressamente aludidas na Deliberação e acima transcritas.

Porém, o fundamento do pedido de recusa não incide especificamente sobre essas intervenções. As mesmas fazem apenas parte de um todo mais vasto.

Situação que a Deliberação recorrida olvidou e nem sequer mencionou na análise que fez quando analisou a questão da tempestividade do incidente de recusa.

Ora, como decorre da leitura dos fundamentos do incidente de recusa, as circunstâncias que a Demandada invoca reportam-se ao número de arbitragens revelado pelo árbitro em questão, nas quais foi indicado por partes representadas pela mesma sociedade de Advogados (“(...) & Associados”), nos últimos 3 anos, que correspondem a cerca de 50 arbitragens necessárias ao abrigo da Lei n.º 62/2011, de 12/12, e pela mesma parte e/ou suas associadas, em relação à mesma substância ativa, em 19 arbitragens necessárias, também nos últimos 3 anos.

E o conhecimento da totalidade das intervenções do árbitro recusado apenas veio ao conhecimento da Demandada após ter solicitado, em 02/9/2014, esclarecimentos sobre as intervenções do referido árbitro.

Não existem elementos nos autos que permitam concluir que, apesar do árbitro recusado não ter revelado as circunstâncias que fundam agora o incidente de recusa, a Demandante tinha conhecimento de todas as nomeações do referido árbitro.

Por conseguinte, a contagem do prazo de 15 dias previsto no artigo 13.º, n.º 1 da NLAV, no caso em apreço, apenas se pode ter como iniciado após a Demandada ter sido notificada do esclarecimento prestado pelo árbitro recusado.

Situando-se essa data em 11/09/2014 e tendo o incidente sido suscitado em 19/09/2014, não se encontrava esgotado o aludido prazo de 15 dias, pelo que o mesmo não foi deduzido extemporaneamente.

b) Independência e imparcialidade dos árbitros e violação do dever de revelação:

1. Como decorre do *supra* exposto, e se quisermos sintetizar o objeto do presente incidente, está em causa apreciar se a nomeação de um árbitro, em arbitragens necessárias na área dos medicamentos (ao abrigo da Lei n.º 62/2011), 50 vezes, nos últimos 3 anos, e pela mesma parte e/ou suas associadas, em relação à mesma substância ativa, 19 vezes, também nos últimos 3 anos, constituiu fundamento para uma das partes, aquela que não procedeu a tais nomeações, recusar o referido árbitro.

A esta questão, porém, não se pode dar de imediato uma resposta categórica negativa ou positiva, já que, como sempre, mas com particular ênfase nesta matéria em que estão em causa questões relacionadas com a independência e imparcialidade dos árbitros, impõe-se, num primeiro passo, uma breve análise do regime legal que regula esta matéria para, num segundo momento, se ponderarem as circunstâncias que rodeiam o caso concreto.

No que concerne ao enquadramento legal da questão, importa ter em conta que a Lei n.º 62/2011, de 12/12 (que cria um regime de composição dos litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos), remete para a regulação prevista na NLAV, sendo esta a aplicável ao caso em apreço (cfr. artigos 2.º e 3.º, n.º 7 da Lei n.º 62/2011 e artigos 3.º e 4.º, n.º 1, da parte preambular, da Lei n.º 63/2011).

E desde já se diga, esclarecendo-se, assim, os pressupostos jurídicos que presidem à presente decisão, que o facto da arbitragem em curso se apresentar como necessária, por força do disposto no artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, em nada interfere ou altera os dados da questão, ou seja, os princípios da independência e da imparcialidade que regem as funções exercidas pelos árbitros designados no âmbito da arbitragem necessária são exatamente os mesmos que se encontram previstos para as arbitragens voluntárias³.

³ Neste sentido, MIGUEL GALVÃO TELES, “A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida – vol. III, Almedina, 2011, p. 265.

Na verdade, e conforme se deixou claro no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 52/92⁴, embora à arbitragem necessária, dada a sua natureza publicista baseada em ato legislativo, não se adequem as teses contratualistas que vigam na arbitragem voluntária, as quais buscam o fundamento na *auctoritas* arbitral decorrente da vontade das partes, os tribunais arbitrais formados no âmbito da arbitragens necessárias também se incluem na categoria de tribunais, estando os árbitros que nele exercem funções – “juízes-árbitros” que desenvolvem uma função jurídica pela qual declaram o Direito (*jurisdictio*) –, sujeitos aos mesmos princípios de independência e imparcialidade.

Assim, e como se refere neste aresto:

“A Constituição da República, no artigo 211.º, n.º 2º, inclui, expressamente, os tribunais arbitrais entre as diversas categorias de tribunais. E não distingue entre tribunais arbitrais voluntários e tribunais arbitrais necessários. Legítimo será concluir que, na nossa ordem constitucional, a jurisdictio não tem necessariamente de ser exercida por órgãos do Estado: certos litígios podem ser decididos por árbitros, em resultado de convenção ou disposição da lei.

E «mesmo que os tribunais arbitrais se não enquadrem na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania (CRP, artigo 205.º), nem por isso podem deixar de ser qualificados como tribunais para outros efeitos constitucionais, visto serem constitucionalmente definidos como tais e estarem constitucionalmente previstos como categoria autónoma de tribunais» (cfr. o Acórdão n.º 230/86 do Tribunal Constitucional – Diário da República, I Série, de 12 de Setembro de 1986)”.

Donde decorre e, como alguns autores mencionam, ainda que reportando-se às arbitragens voluntárias, mesmo que na fonte do sistema de arbitragem esteja um contrato, a arbitragem é sempre judicial pelo seu objeto, sendo que a última contestação se aplica indiscutivelmente às arbitragens necessárias.

Sendo assim, o que revela para a apreciação da questão a decidir é o comando normativo inserto no artigo 9.º, n.º 3 da NLAV que enuncia o princípio que rege nesta matéria, ou seja, “Os árbitros devem ser independentes e imparciais”⁵.

Embora a lei não forneça uma noção do que seja independência e imparcialidade dos árbitros, costuma a doutrina esclarecer que a imparcialidade apela a um conceito mais subjetivo (posição do árbitro perante as partes e seus advogados) e a independência ao aspeto mais objetivo (mais conexiada com o objeto do concreto em litígio e pretensões das partes)⁷.

Noções doutrinárias à parte, importa acentuar que esses atributos constituem um dever, uma obrigação dos árbitros para com as partes, tratando-se, aliás, de um princípio aceite nas leis de arbitragem de vários países.

Porém, a densificação desses conceitos, nem sempre é feita em normas jurídicas *stricto sensu*. Nesta matéria acaba por ser determinante o recurso à chamada *soft law*, i.e., normas éticas e deontológicas inseridas em instrumentos nacionais e internacionais acolhidos em sede arbitral.

A nível nacional releva o Código Deontológico do Árbitro, aprovado em 11/04/2014, pela Associação Portuguesa da Arbitragem (APA)⁸, prescrevendo no seu artigo 3.º os referidos princípios de independência e imparcialidade⁹.

⁴ Ac. TC, n.º 52/92, de 05.02.92, em www.tribunalconstitucional.pt.

⁵ Cfr. atual redação do n.º 2 do artigo 209.º da Constituição da República Portuguesa.

⁶ Este preceito foi introduzido na NLAV mas inspira-se noutros ordenamentos jurídicos que igualmente o prescrevem, conforme anotam RIBEIRO MENDES *et al*, “*Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*”, Almedina, 2012, p. 25.

⁷ Cfr. AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA, “*Dever de Revelação e Direito de Recusa de Árbitro Considerações a Propósito dos Artigos 13º e 14º da Lei da Arbitragem Voluntária*”, Novembro de 20013, p. 2 (5), disponível em <http://arbitragem.pt/conselhos/deontologia/doutrina/nacional/dever-de-revelacao-e-direito-de-recusa-de-arbitro--2013--agostinho-pereira-de-miranda.pdf>.

⁸ Disponível no site http://www.caad.pt/files/documentos/CAAD-Codigo_Deontologico-2013-01-09.pdf

⁹ O artigo 3.º, n.º 1 prescreve o seguinte: “1. “O árbitro deve julgar com absoluta imparcialidade e independência as questões que forem submetidas à sua apreciação.”

A nível internacional relevam especialmente¹⁰ as Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, aprovadas em 22/05/2004 pelo Conselho da *Internacional Bar Association* (IBA), e revistas em 23/10/2014¹¹, que, apesar de não terem caráter vinculativo, estabelecem um conjunto de princípios relativos à imparcialidade, independência e dever de revelação dos árbitros, orientadores nesta matéria, onde consta, desde logo, o dever do árbitro ser imparcial e independente e o dever de revelação das circunstâncias que aos olhos das partes possam suscitar dúvidas quanto à imparcialidade e independência do árbitro (cfr. (1) Princípio Geral (1) e (3) Divulgação pelo Árbitro).

Outros exemplos se poderiam mencionar, como por exemplo, o Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara do Comércio Internacional (CCI) ou as *Recomendaciones do Club Español del Arbitraje* por igualmente prescreverem tais princípios, bem como o dever dos árbitros revelarem as circunstâncias que os podem colocar em crise.

De referir em especial que as Diretrizes da IBA estabelecem em anexo umas Listas (Vermelha, Laranja e Verde) que descrevem as circunstâncias concretas que devem ser objeto de atenção por parte do árbitro e das partes no que concerne a situações que revelam conflito de interesses ou que podem suscitar dúvidas razoáveis sobre a independência e imparcialidade dos árbitros.

A independência e a imparcialidade são, pois, características essenciais para o correto desempenho das funções de árbitro.

Num Estado de Direito Democrático como o nosso, a partir do momento em que o árbitro assume esse *status*, o de “juiz-árbitro”, a sua atividade judicial encontra-se estritamente conexcionada com a prossecução de um processo equitativo, na formulação constante do artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa.

Como refere Miguel Galvão Teles no estudo *supra* citado, “...a imparcialidade de quem julga representa, a par da independência, um requisito mínimo do processo equitativo”¹².

Desse modo, a independência e imparcialidade dos árbitros constituem garantias do exercício legítimo dos direitos das partes, mormente do princípio do contraditório e da obtenção de uma decisão em conformidade com as regras de direito e com princípios de equidade, não sujeita à defesa dos interesses particulares de quem os indica.

Neste sentido, e conforme se enfatiza no acórdão do STJ de 12/0/2011¹³, também nos litígios arbitrais têm de estar asseguradas as características de independência e imparcialidade, um vez que, “para além de tais características serem essenciais à configuração de um órgão como «tribunal», estaria obviamente em sério risco a possibilidade de um juiz não isento, por dependente de uma das partes ou pessoalmente envolvidos, de forma profunda, na matéria do litígio que deve resolver como terceiro/decisor cumprir e fazer cumprir o princípio da igualdade das partes e assegurar que a solução do pleito decorre segundo as regras de um processo equitativo”.

Acrescentando-se no mesmo aresto que “nesta perspetiva, é evidente que a designação de algum dos árbitros pela parte não pode significar nem implicar que esse elemento do tribunal fique colocado numa situação de dependência relativamente a quem o nomeou – mas apenas e tão-somente que tal designação assenta numa relação, não de subordinação, mas de confiança da parte do árbitro: confiança nas suas qualidades pessoais, profissionais, técnicas e deontológicas que potenciem uma justa composição da lide, tendo naturalmente particular atenção à posição e pretensões da

¹⁰ Por ser o resultado de um grupo alargado de trabalho, envolvendo 14 países. Agostinho Pereira de Miranda na *ob. cit.* p. 7 (22) menciona a este propósito que embora as Diretrizes adotadas “são hoje invocadas e aplicadas, tanto em arbitragens internacionais como nacionais, pelos tribunais judiciais e arbitrais de mais de uma dezena de países, incluindo os Estados Unidos da América, a Suíça, o Reino Unido e a Bélgica. Para além disso, as Diretrizes têm sido incorporadas materialmente ou pro referência, nas leis nacionais dos chamados estados Model Law Plus, de que são exemplos os Emirados Árabes Unidos e Singapura.”

¹¹ As duas versões, sendo que a última apenas se encontra disponível em inglês, encontram-se publicadas no site <http://arbitragem.pt/conselhos/deontologia/boas-praticas/iba/>

¹² P. 258.

¹³ Proferido no P. 170751/08.7YIPRT.L1.S1 (Lopes do Rego), disponível em www.dgsi.pt.

parte que o designou, mas em perder o fundamental dever de objectividade (que, aliás, se não for cumprido, poderá conduzir a uma descredibilização do árbitro parcial perante a «comunidade arbitral» e perante os restantes árbitros, incluindo o presidente...)”.

Daqui decorre que a independência e imparcialidade dos árbitros permitem que se diga que o árbitro não é um representante da parte que o indicou. Nesse sentido, o artigo 3.º, n.º 2 do Código Deontológico do Árbitro acima mencionado, prescreve de forma lapidar: “O árbitro designado pela parte não é seu representante ou mandatário estando em todas as circunstâncias, sujeito às obrigações deontológicas previstas neste Código”.

Esperam legitimamente as partes que os árbitros sejam pessoas de bem, íntegras e honestas, regendo a sua atividade por esses valores. Por consequência, inerente à relação que se estabelece entre as partes e os árbitros está o princípio da confiança. Donde a insegurança da parte quanto à independência e imparcialidade do árbitro, causada por comportamentos tidos como menos transparentes, como seja, a violação do dever de revelação, quebram a referida relação de confiança¹⁴.

Para além do já mencionado artigo 9.º, n.º 3 da NLAV, a matéria relacionada com os árbitros e com o tribunal arbitral encontra-se regulada nos artigos 8º a 17.º da NLAV, com especial enfoque quanto à matéria que ora nos ocupa, nos artigos 13.º e 14º.

O artigo 13.º, n.º 1 estabelece um princípio essencial nesta matéria que é o do dever de revelação, ao prescrever do seguinte modo:

“Quem for convidado para exercer as funções de árbitro deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência”, aplicando-se tal princípio ao longo de todo o processo arbitral.

Por consequência e conforme estipula o n.º 3 do citado artigo 13.º, *“um árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes convencionam”.*

O dever de revelação das circunstâncias que possam fundar suscitar fundadas dúvidas sobre a independência e imparcialidade do árbitro configura-se como um dever ético e jurídico do árbitro assente na mencionada relação de confiança e de transparência da atuação do árbitro¹⁵.

As circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a independência e imparcialidade do árbitro não se reconduzem a meras suposições, devem antes corresponder a dúvidas razoáveis, relacionadas com factos reais e substanciais, como sejam todas as relações profissionais, comerciais e pessoais entre os árbitros, as partes e os seus advogados.

O dever de revelação não se deve confundir com o dever do árbitro se manter imparcial e independente, mas sim com a divulgação das circunstâncias que aos *olhos das mesmas* se possam enquadrar nas fundadas dúvidas aludidas no preceito¹⁶.

Discute-se na doutrina se o critério (*test*) a utilizar pelo árbitro quanto ao dever de revelação assenta na sua valoração das circunstâncias (critério que apela à subjetividade do árbitro) ou à valoração que dessas circunstâncias faria um terceiro razoável (critério com teor mais objetivado)¹⁷.

¹⁴ SELMA FERREIRA LEMES, “A independência e a imparcialidade do árbitro e o dever de revelação”, in *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa* (Centro de Arbitragem Comercial), Almedina, 2010, p. 44, refere a este propósito: “É do conceito “confiança” que deriva o dever de transparência do árbitro, o dever de revelar factos ou circunstâncias que possam abalar a confiança gerada nas partes.”

¹⁵ O dever de revelação encontra-se igualmente prescrito nos instrumentos de *soft law* a que se vem aludindo. Cfr., por exemplo, o artigo 4.º do Código Deontológico do Árbitro, Princípio (3) das Diretrizes IBA e artigo 11.2 do Regulamento CCI/2012.

¹⁶ A Diretriz (3) Divulgação pelo Árbitro da IBA, na sua alínea (a) refere expressamente: “Se *houver factos ou circunstâncias que, aos olhos das partes, possam suscitar dúvidas quanto à imparcialidade ou independência do árbitro, cumpre ao árbitro divulgá-los às partes, à instituição arbitral ou a outra autoridade responsável pela nomeação (se houver, e se assim requerido por força das normas institucionais aplicáveis) e aos co-árbitros, se houver, antes de aceitar sua nomeação ou, após tal aceitação, assim que deles tiver conhecimento.*” (sublinhado nosso)

Porém, o que também vem sendo defendido, entendimento consentido pelo artigo 13.º, n.º 1 da NLAV, é que a ponderação das circunstâncias que devem ser reveladas não assenta em critérios pessoais e próprios do árbitro, nem sequer em critérios estritamente objetivos, devendo ser aferidas considerando-se, na visão das partes, se as mesmas são suscetíveis de levantar dúvida razoável quanto à sua independência e imparcialidade do árbitro.

Em caso de dúvida, deve o árbitro optar pela revelação, conforme consta no n.º 5 do artigo 4.º do Código Deontológico do Árbitro (“*Havendo dúvida sobre a relevância de qualquer facto, circunstância ou relação, prevalecerá sempre o dever de revelação*”) e na Diretriz (3.c) da IBA (“*Eventual dúvida quanto à necessidade de divulgação de determinados fatos ou circunstâncias por um árbitro deve ser dirimida em favor da divulgação*”).

De qualquer modo, quer a revelação de factos e circunstâncias, quer a sua omissão, não significam, respetivamente, que o árbitro não esteja apto a desempenhar as funções, ou que o mesmo não seja independente e imparcial (nesse sentido, veja-se artigo 4.º, n.º 6 do Código Deontológico do Árbitro e Aplicação Prática dos Princípios Gerais, 4 e 5, da IBA).

Assim, só a caracterização em concreto das circunstâncias reveladas, ou não reveladas, pode justificar a conclusão sobre a falta de independência e imparcialidade.

c) O caso concreto em apreciação:

No caso em apreço, o árbitro designado pelas Demandantes não revelou aquando da aceitação da sua nomeação que nos últimos 3 anos tinha sido nomeado 50 vezes em arbitragens semelhantes à dos autos, sendo que em 19 foi indicado pelas Demandantes, reportando-se estes à mesma substância ativa.

O artigo 13.º, n.º 2 da NLAV, como se referiu, impõe aos árbitros um dever de revelação das circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência.

Também os instrumentos de *soft law* mencionados prescrevem igual obrigação.

O dever de revelação depende de um juízo crítico e valorativo do árbitro que conhecedor das circunstâncias concretas que podem suscitar a “fundadas dúvidas”, deve analisá-las, não apenas numa perspetiva objetiva, mas também na perspetiva das partes (“aos olhos das partes” como acima se mencionou) e decidir se as mesmas podem ou não fundar alguma reserva das partes que minem o princípio da confiança e da transparência essenciais à aferição da independência e imparcialidade exigíveis ao seu desempenho.

Contudo, a não revelação, não determina que se tenha como demonstrada a sua desqualificação automática para o exercício da função, conforme acima se mencionou e que as Diretrizes do IBA e o Código Deontológico do Árbitro também reconhecem.

O que não significa que não exista violação do referido dever de revelação.

Na situação em apreço, afigura-se de mediana clareza concluir que impendia sobre o árbitro nomeado pelas Demandantes a obrigação de revelar, aquando da sua nomeação, que nessa qualidade já tinha sido indicado pelos mesmos mandatários, 50 vezes, nos últimos 3 anos, e pela mesma parte e/ou suas associadas, em relação à mesma substância ativa, 19 vezes, também nos últimos 3 anos.

Na verdade, à luz do critério que deve ser prevalecente – acima mencionado como sendo o critério que atende à valoração que a parte faz das circunstâncias que possam suscitar dúvidas sobre a independência e imparcialidade do árbitro – afigura-se justificável que a parte questione esses atributos perante uma reiterada nomeação do mesmo árbitro pelas mesmas partes quando está em causa o mesmo tipo de interesse em discussão, sobretudo quando o árbitro não cumpriu o dever de revelação a que se encontra obrigado.

¹⁷ Agostinho Pereira de Miranda, “*Dever de Revelação e Direito de Recusa de Árbitro Considerações a Propósito dos Artigos 13º e 14º da Lei da Arbitragem Voluntária*”, Novembro de 20013, p. 5, disponível em <http://arbitragem.pt/conselhos/deontologia/doutrina/nacional/dever-de-revelacao-e-direito-de-recusa-de-arbitro-2013-agostinho-pereira-de-miranda.pdf>.

De qualquer modo, e como também se deixou assinalado, em caso de dúvida, sempre prevalece o dever de revelação.

Acresce, ainda, e como *infra* melhor se dirá que não é líquido que no âmbito das arbitragens como a presente se possa defender o afastamento do dever de revelação.

Questão diferente, como também já se mencionou, é se as concretas circunstâncias em apreço, ainda que não tenham sido reveladas, como deveriam ter sido, correspondem a fundamento de recusa.

Contrariamente ao decidido na Deliberação arbitral, entendemos que a resposta a dar a esta questão só poder ser afirmativa.

Decorre do já mencionado artigo 13.º, n.º 3 da NLAV que um árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência ou se não possuir qualificações que as partes convencionaram.

Não está obviamente em causa a parte final do preceito, pelo que resta apurar se as circunstâncias que vieram a ser conhecidas pela Demandante são suscetíveis de criarem, aos olhos da mesma, fundadas dúvidas sobre a independência e imparcialidade do árbitro indicado pelas Demandantes.

A extensão do número de indicações e nomeações pelos mesmos mandatários, ainda que possam estar em causa Demandantes diversas – os autos, na verdade, não fornecem elementos concretos sobre essa específica abordagem da questão – correspondem a circunstâncias, que aos olhos da parte, não podem deixar de evidenciar o risco de estarem criadas condições de dependência económica do árbitro relativamente a quem assim o indica (e, por conseguinte, das partes que delegam essa indicação naquela sociedade de advogados) e que lançam uma indelével suspeita sobre a atuação do árbitro em prol dos interesses privados dessa(s) parte(s).

Anátema que se adensa com a concretização das nomeações nos referidos 19 processos. Aqui estão em causa as mesmas partes Demandantes e a mesma substância ativa, num período de tempo relativamente curto.

Por muito distanciamento que um árbitro assim nomeado possa ter em relação a quem o nomeia e aos interesses da parte, afigura-se-nos que “aos olhos” da parte contrária, dificilmente se poderá censurar que suscite dúvidas quanto à manutenção incólume dos princípios da independência e da imparcialidade.

A proximidade que resulta das reiteradas nomeações num espaço de tempo não muito distanciado no tempo, cria a aparência de “comprometimento” com os interesses da parte e, subliminarmente, lança fundadas suspeitas sobre uma possível dependência económica do árbitro em relação a essa parte, que fundam, de forma que se nos afigura suficientemente objetivada, ainda que, admite-se, mitigada por uma perspetiva subjetiva da parte, a existência de circunstâncias que se enquadram nas “fundadas dúvidas” a que se alude nos n.º 1 e 3 do artigo 13.º da NLAV.

Também numa perspetiva meramente objetiva, são circunstâncias que suscitam dúvidas justificáveis quanto à imparcialidade ou independência do árbitro, conforme consta das Diretivas da IBA¹⁸, enquadrando-se a situação em várias especificações da Lista Laranja acima aludida, tais como:

“3.1.3. O árbitro foi nomeado, nos três anos anteriores, para exercer tal função em duas ou mais ocasiões, por uma das partes ou por coligada de uma das partes”

“3.1.5. O árbitro atualmente atua, ou atuou nos três anos anteriores, como árbitro em outro processo arbitral envolvendo uma das partes ou coligada de uma das partes”.

“3.3.8. O árbitro foi o destinatário, nos três últimos anos, de mais de três nomeações pelo mesmo consultor jurídico ou pelo mesmo escritório de advocacia”.

Argumenta-se, porém, na Deliberação arbitral que as Diretrizes da IBA não podem ser entendidas em abstrato e que a nomeação repetida só pode revelar para a qualificação do árbitro como desprovido de imparcialidade ou independência, se acompanhada de outros factos que conduzam a tal conclu-

¹⁸ Versão de 2014 (tradução livre, seguindo-se, contudo, a tradução para português das versão de 2004, devidamente adaptada).

são, e que a não revelação de qualquer facto integrado na Lista Laranja não determina uma desqualificação automática do árbitro.

É certo que as situações específicas descritas nas listas, incluindo as da Lista Laranja, correspondem a situações não taxativas, como se reconhece na explicação prática dos princípios gerais que estão na base daquelas Listas.

É certo também, como já se teve o ensejo de referir, que a não revelação não determina a desqualificação automática do árbitro.

Porém, a recondução da concreta situação aos factos especificados nas referida Lista Laranja, dificilmente se pode considerar como não correspondendo a circunstâncias que objetivamente justificam a recusa.

Trata-se de situações em que a reiterações das nomeações só não justificam a recusa de árbitro se as partes, perante a revelação, aceitaram o árbitro. As situações descritas na Lista Laranja, baseam-se, no fundo, em critérios de razoabilidade, bom senso e de atuação de boa-fé por parte do árbitro e das partes.

Ora no caso presente, pelo menos, os critérios de razoabilidade e de bom senso encontram-se completamente exauridos perante a reiteração das nomeações, pela mesma parte, relativamente aos mesmos interesses em jogo.

Não se corrobora, assim, o entendimento que subjaz à decisão arbitral que, independentemente do número de nomeações, e das circunstâncias em que as mesmas ocorrem, o comprometimento da independência e imparcialidade apenas se pode apurar em face de circunstâncias adicionais que teriam de ser concretamente especificadas e apuradas.

Ora, como é bom de ver, a seguir-se tal critério, estaria aberta a porta para se admitir que a nomeação reiterada do mesmo árbitro, pela mesma parte, para o mesmo tipo de litígio, nunca estaria sob a alçada do escrutínio da contraparte, a não ser que a mesma demonstrasse em cada caso e perante concretas circunstâncias que essas nomeações comprometiam a independência e imparcialidade do árbitro.

Não é de todo esse o critério que a nossa lei elegeu para fundamentar a recusa de árbitro, nem é também o seguido nos mencionados instrumentos internacionais utilizados em sede de arbitragens.

O que está em causa é se essas repetidas nomeações criam, na ótica da parte, um receio, uma dúvida fundada, sobre as características que norteiam a atividade dos árbitros.

E a extensão das nomeações, num espaço de tempo relativamente curto e situado no tempo, referente ao mesmo tipo de litígio, aliado à omissão da revelação dessas nomeações por parte do árbitro, como já se disse, quer numa perspetiva subjetiva (aos olhos das partes), quer numa perspetiva objetiva (considerando a extensão das nomeações, o tempo em que ocorreram e os interesses em jogo) conduzem a um juízo valorativo positivo no sentido de estarem reunidas as condições que fundamentadamente permitem à parte suscitar reservas e dúvidas sobre a independência e imparcialidade do árbitro.

Independentemente das nuances de cada caso em que o árbitro já teve participação (que não estão, nem podem estar em apreciação no incidente de recusa de árbitro), estando em apreciação questões relacionadas com a mesma substância ativa, o *thema decidendum* de todas as arbitragens gravita na mesma zona de interesses, num espaço de tempo relativamente curto, o que, a nosso ver, em última instância, e considerando sempre a perspetiva da parte que se vê confrontada com tal situação, pode colocar em crise um julgamento em conformidade com o comando constitucional inserto no n.º 4 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa nos termos acima aludidos.

Reconhece-se, contudo, que é muito difícil, senão mesmo impossível, determinar em concreto quanto vezes é necessário a mesma parte nomear o mesmo árbitro para que se coloque em xeque a sua independência e imparcialidade em termos que não sejam meramente falaciosos ou que apenas visem fomentar manobras dilatórias da parte recusante.

Porém, no caso em apreço, a repetição de nomeações do mesmo árbitro, pela mesma parte, relativamente a litígios onde está em causa a mesma substância ativa, num espaço de tempo relativamente

curto, é de tal forma expressiva, e tão desconforme com o número de nomeações “admitidas” pela Lista Laranja, que se afigura mais do razoável considerar que objetivamente existe um risco provável de ausência de independência e consequente imparcialidade do árbitro assim nomeado.

Será conveniente enfatizar, em face da argumentação expendida na Deliberação arbitral, que não está em causa uma aplicação automática da mencionada Lista Laranja, por nenhuma outra circunstância ter sido aduzida que seja considerada comprometedora da independência e imparcialidade do árbitro.

A questão assim colocada afigura-se—nos deslocada em termos da correta perspetiva que deve presidir à sua análise.

Na verdade, as situações descritas na Lista Laranja têm carácter objetivo e as nomeações repetidas nas circunstâncias ali mencionadas indiciam claramente comprometimento da imparcialidade e independência do árbitro.

Poderá a parte, confrontada com tal situação, conhecedora dos reais contornos das circunstâncias das anteriores nomeações, considerar que, mesmo perante repetições e sucessivas de nomeações do mesmo árbitro, suscetíveis de integrarem as situações descritas na Lista Laranja, não lhe suscita dúvidas a sua independência e imparcialidade.

Mas também poderá fazer um juízo inverso, assente na desconfiança que decorre da falta de transparência de uma situação com esses contornos, sobretudo quando apenas teve conhecimento da mesma por via da sua própria diligência e não por via da revelação espontânea do árbitro.

Nesse caso, o juízo de apreciação que tem de ser levado a cabo, suscitado que foi o incidente de recusa, é apenas e tão circunscrito à perspetiva da parte baseada na concreta situação, consistente num número expressivo de nomeações do mesmo árbitro, no mesmo tipo de processos, pela mesma parte, num período curto. O que, na ótica da parte, pode razoavelmente fundar o receio de que o referido árbitro mantém uma relação de proximidade com os interesses da parte, suscetíveis de, por sua vez, criarem fundadas dúvidas sobre a manutenção incólume dos princípios da independência e da imparcialidade.

Referem, contudo, as Demandantes que a situação retratada nos autos se enquadra na nota 6 das Diretrizes da IBA, que corresponde na versão de 2014, à nota 5, ainda que com igual teor.

Esta nota, aposta ao ponto 3.1.3. acima transcrito, refere textualmente o seguinte:

“Pode ser prática corrente em algumas espécies de arbitragem, tais como aquelas envolvendo commodities ou o setor marítimo, selecionar os árbitros a partir de um grupo restrito e especializado. Se, nessas áreas, o costume for o de as partes geralmente nomearem o mesmo árbitro para controvérsias distintas, a divulgação de tal facto não será necessária desde que todas as partes no procedimento arbitral estejam familiarizadas com tais usos e costumes”.

Referencia o Sr. Dr. MM a fls. 282 destes autos que as arbitragens no âmbito dos medicamentos constituem zonas de hiperespecialização, mesmo no domínio dos direitos de propriedade industrial, em que poucas pessoas possuem conhecimentos que permitam exercer as funções de árbitro nessas arbitragens, nas quais é prática habitual não fazer revelação da nomeação frequente, reconduzindo a situação à mencionada nota das Diretrizes da IBA.

A decisão arbitral também defendeu o mesmo entendimento.

Sobre essa questão, cumpre assinalar que, independentemente de se poder discutir se a arbitragem necessária na área dos medicamentos se enquadra na mencionada ressalva, de natureza exemplificativa, e acima transcrita, discussão que se afigura algo estéril face à subjetividade da apreciação que decorre, desde logo, da incompletude da informação que resulta dos autos e que dificilmente se poderia colmatar com a consulta avulsa e casuística de deliberações arbitrais publicadas, o que se nos afigura relevante frisar, para afastar a aplicação da referida ressalva, é que não se descortina que esteja demonstrada nos autos a existência de uma prática (“usos e costumes”) no sentido de ser nomeado o mesmo árbitro para controvérsias distintas (ou seja, nomeações repetidas) e que as partes envolvidas neste tipo de arbitragens (sejam as partes desta arbitragem ou de outras) aceitam a desnecessidade da divulgação desse tipo de nomeações.

Aliás, não deixa de ser sintomático que o Código Deontológico do Árbitro, elaborado em 2014, portanto já em plena vigência da NLAV e, de acordo com a informação constante nos autos, numa fase de exponencial litigância arbitral na área dos medicamentos, não tome partido sobre essa questão, sendo que no artigo 11.º, relativo às disposições finais, recomenda que as normas do mesmo sejam aplicáveis em arbitragens *ah hoc*, aí se incluindo a arbitragem necessária ao abrigo da Lei n.º 62/2011, remetendo ainda, mas genericamente, para a interpretação e integração da melhores práticas internacionais designadamente as Diretrizes da IBA (*cf.* artigo 1.º, n.º 2).

Como também não deixa de se sublinhar que na Ata de Instalação do Tribunal, no artigo 21.º, tenha sido mencionado que se aplica àquela arbitragem, mormente, a NLAV, sem que nenhuma menção tenha sido feita quanto ao afastamento do dever de revelação previsto na mesma, inclusivamente por aplicação da mencionada ressalva aposta nas Diretrizes da IBA.

Afigura-se-nos, outrossim, que a constatação da verificação dos requisitos que permitiriam aplicar a mencionada ressalva sempre careciam de melhor explicitação e concretização nos autos, não se bastando com a cómoda referência a juízos conclusivos, ou quanto muito apelando a conhecimentos e dados suscetíveis de interpretações díspares, nem sequer passíveis de confirmação com cumprimento do incontornável princípio do contraditório, para se poder aprioristicamente concluir no sentido defendido pelas Demandantes e pelo senhor árbitro recusado.

Por outro lado, não está em causa se existem poucas ou muitas pessoas que em Portugal tenham perfil técnico científico para intervir neste tipo de litígios. O que está em causa é a aparente ligação de um determinado árbitro ao mesmo tipo de conflito, indicado sempre pela parte que defende o mesmo tipo de interesse, sem sequer se entender que existe um dever de revelação por parte da pessoa assim nomeada. São, pois, essencialmente, questões de transparência que minam a relação de confiança subjacente a este tipo de procedimentos que, a nosso ver, a parte Requerente coloca em crise neste incidente, e que merecem ser atendidas, nos termos acima expostos.

Em face de todo o exposto, e sintetizando, a apreciação da questão relacionada com a omissão do dever de revelação e princípios da independência e imparcialidade que regem o cargo dos árbitros, a omissão do dever de revelação, só por si, não implica necessariamente que haja falta de independência e imparcialidade do árbitro.

Na verdade, esses atributos têm se der aferidos perante as concretas circunstâncias do caso em apreciação.

A nomeação do mesmo árbitro nos 3 anos anteriores, pela mesma sociedade de advogados, em processos de arbitragem necessária no âmbito de litígios abrangidos pela Lei n.º 62/2011, em cerca de 50 arbitragens, sendo que, em 19 delas, a nomeação provém da mesma parte e/ou suas associadas, e relativa à mesma substância ativa, correspondem a circunstâncias, que quer aos “olhos das partes”, que não as conhecia na sua totalidade e extensão, quer objetivamente, são suscetíveis de criarem fundadas dúvidas sobre a independência e isenção do árbitro.

Procede, assim, o incidente de recusa.

Dado o decaimento, as custas ficam a cargo das Demandantes/requeridas (artigo 527.º do CPC), sendo a taxa de justiça a fixada pela tabela referida no n.º 2 do artigo 6.º do RCP.

IV- DECISÃO

Nos termos e pelas razões expostas, acordam em revogar a Deliberação arbitral proferida em 06/10/2014, porquanto, no caso em apreciação, e face aos elementos que constam dos autos, existem fundadas dúvidas sobre a independência e imparcialidade do árbitro nomeado pelas Demandantes, ora Requeridas, (...), Dr. MM, pelo que, ao abrigo do artigo 14.º, n.º 3 da Lei n.º 63/2011, de 14/12, julgam procedente o incidente de recusa do referido árbitro, suscitado pela Demandada, ora Requerente, (...)

Custas nos termos sobreditos.

Noticias

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

Nueva demanda contra España por las renovables *

Un grupo de bancos alemanes encabezados por Landesbank Baden-Württemberg (en el que figuran HSH Nordbank AG, Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale y Norddeutsche Landesbank-Girozentrale.) ha presentado el 12 de noviembre de 2015 una nueva demanda de arbitraje contra España ante el CIADI. Con ello que España suma 22 procesos abiertos en materia de energías renovables. Ésta es la decimoquinta demanda presentada en lo que va de año contra el Gobierno de España por los recortes en la retribución de las renovables. Dentro de ellas los inversores alemanes concentran nueve de las denuncias en contra de España presentadas ante el CIADI.

Demanda de Abertis contra Argentina **

Abertis ha presentado una demanda contra Argentina ante el CIADI, ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo con el Gobierno argentino sobre el desequilibrio que desde varios años presentan las dos autopistas que el grupo gestiona en el país. La entidad participa en dos concesionarias de autopistas de Argentina. Se trata de la firma GCO, que gestiona la vía entre Buenos Aires y Luján, de 56 kilómetros de longitud, y Ausol, sociedad que explota la autopista Panamericana y la autopista General Paz, que suman 119 kilómetros. El contencioso de Abertis con Argentina tiene su origen hace más de una década, cuando el ejecutivo del país decidió congelar los peajes de las vías de pago. En ese momento, Abertis emprendió un proceso de negociación con el Ejecutivo argentino tendente a, tal como establecen los contratos de concesión, recomponer el desequilibrio económico-financiero que la falta de actualización de los precios de los peajes ha provocado, según dichas fuentes, en las cuentas de las sociedades concesionarias de las vías.

La falta de acuerdo sobre este reequilibrio tras años de negociación es el hecho que ha llevado al grupo a elevar el contencioso ante el CIADI, sin que,

* <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/45>.

** <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/48>.

en paralelo, la compañía renuncie a seguir negociando con el Ejecutivo argentino tras el reciente cambio de Gobierno en el país latinoamericano.

En concreto, Abertis ha interpuesto la demanda contra el Tesoro argentino, el 17 de diciembre de 2015, según el registro del CIADI.

Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN)

Seminario organizado desde CIAMEN para la Madrid Arbitration Week del X Congreso del Club del Arbitraje *

El nuevo modelo de arbitraje en el Tratado Trasatlántico de Inversión entre EEUU y UE, el momento del arbitraje comercial en España, con varios laudos anulados, el uso del *discovery* en el arbitraje y la problemática del arbitraje en Venezuela fueron los temas de este seminario organizado desde CIAMEN para la *Madrid Arbitration Week* que se ha celebrado el mes de junio de 2015 lo largo de esta semana aprovechando la puesta de largo del X Congreso del Club del Arbitraje. En este seminario celebrado en el CEU participaron Amezaga, Dechert LLP (París); Gonzalo Stampa, Stampa Abogados (Madrid); Ricardo H. Puente, Jones Day (Miami); Luis O'Naghten, Baker & McKenzie (Miami); Alvaro Badell, Badell & Grau (Caracas). Y como Moderador José María Beneyto, Director del CIAMEN.

Los últimos acontecimientos internacionales han colocado al arbitraje, aquella actividad que en nuestro país despierta de su letargo durante el mes de junio, al celebrarse el Congreso del Club del Arbitraje, para volver de nuevo a su situación iniciar de sopor. En esta oportunidad la actualidad política y nacional impiden que el arbitraje esconda la cabeza como los avestruces. La actualidad del Tratado Trasatlántico Internacional fue explicada por el abogado y experto en arbitraje Bingen Amezaga del despacho Dechert LLP de París. Recordó que las negociaciones de este tratado se vienen celebrando desde el 2003 y que países como Francia, Alemania y Austria son los que más se oponen a esos avances.

Quizás lo que más llama la atención de este Tratado es el método que quieren desarrollar para resolver las controversias, la idea sería contar con una Corte Arbitral, similar a la del CIADI, de carácter permanente que regule las relaciones entre inversores y Estados. “Esta medida ha sido fuertemente criticada en Europa porque se piensa que las multinacionales con su poder pueden influir en el desenlace de los arbitrajes”, explicó Amezaga. De hecho desde mayo del 2015 se está estudiando este posible mecanismo de resolución que al final se convertiría en una Corte Arbitral Permanente.

* http://www.lawyerpress.com/CIMA/CIMA_1506_15_001.html.

En España, ya la asociación Jueces para la Democracia se ha significado en contra de esta medida que obvia la jurisdicción habitual: “Los términos en los que se concibe el ISDS, pueden tener efectos en la actividad de instituciones (o poderes) del Estado, como el legislativo y ejecutivo, puesto que el momento que se le puede obligar a compensar a las compañías cuando vean restringidas sus ganancias o perjudicados sus intereses comerciales, provoca que las legislaciones nacionales se deban ajustar a este nuevo paradigma. Además, las decisiones de ese tribunal arbitral pueden suponer la vulneración del principio básico de independencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados. Esta situación puede llegar a condicionar la respuesta de los tribunales de justicia a las ganancias o intereses comerciales derivados de las fórmulas de compensación a las compañías inversoras que se pueda prever en el tratado, y en su caso implicar la responsabilidad del Estado por las decisiones de sus tribunales”. En estos momentos la situación en Bruselas está paralizada tal y siguió comentando Amezága. “Se intentó que hubiera una votación el pasado 10 de junio sobre esta medida en el Plenario del Parlamento Europeo pero no ha podido realizarse y se ha establecido una prórroga para que se vote en unos días”, resaltó. Respecto a esta nueva Corte de Inversión el propio letrado apuntó que se está estudiando el modelo de tribunal arbitral para que no existan conflictos de intereses. “Este nuevo escenario del arbitraje deja claro que los terceros o *amicus curie* pueden participar en el arbitraje si son parte interesada. Y también pretende contar con una Corte de Apelación para que las decisiones sobre los laudos sean previsibles.

Por su parte Gonzalo Stampa, director de CIMA, Corte de Arbitraje Civil y Mercantil se aproximó a la realidad actual del arbitraje en nuestro país. Una realidad empañada por la anulación de una docena de laudos desde el TSJ de Madrid. “Con la reforma del 2011 que modificaba la ley de arbitraje del 2003 se le otorgó a los TSJ la facultad de control y anulación de los laudos. En los últimos meses se han dictado cuarenta sentencias del TSJ sala civil y penal de Madrid, de las cuales 11 estimaron la anulación de los laudos impugnados, 6 de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Madrid, 4 por Asociación Europea de Arbitraje y 1 *ad hoc*”. Stampa recordó que estas once anulaciones han generado mucho ruido mediático “Hay que recordar que en España no hay apelación del arbitraje y la acción de anulación está limitada a infracciones formales del laudo pero nunca el juez puede entrar en el fondo del asunto y modificar la opinión del árbitro”. Para este letrado es posible que haya habido mala praxis judicial en estos fallos concretos. “Es fundamental que los jueces de control sigan el principio de intervención mínima en el arbitraje. Su presencia más continuada puede hacer que el arbitraje no se asiente en nuestro país”, denunció. Con estos fallos y con el reconocimiento del ambiguo y controvertido orden público económico “el propio TSJ de Madrid impone su criterio por encima del propio del árbitro del asunto. Ese concepto de orden público económico, que se traspone del Derecho europeo, está mal asimilado por el propio magistrado español, así lo vemos en la Sentencia 14

abril 2015* que se aplica mal”, aclara Stampa. Varias Sentencias tienen votos particulares, algunas del presidente del TSJ Francisco Javier Vieira que están en contra de que el fallo del juez llegue al fondo del arbitraje. “El papel de control del árbitro no debe ir al fondo del arbitraje, esta es una norma que viene recogida en la jurisprudencia del tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y en la jurisprudencia habitual de los TSJ que ejercen este control”.

Las intervenciones de Ricardo H. Puente, Jones Day (Miami); Luis O’Naghten, Baker & McKenzie (Miami) se centraron en el juego del *discovery* en la práctica arbitral. “Es evidente que el *discovery* es un elemento peculiar de los EE UU en muchos procedimientos y que su traslación al arbitraje no debería generar problemas. El propio Estatuto 1782, ahora actualizado ha servido para su desarrollo”. La cuestión es saber si se puede aplicar en el arbitraje nacional. En algunas ocasiones la Corte Federal de los EEUU sí lo ha admitido pero otros tribunales no han tenido esa sensibilidad como señalaba Ricardo H. Puente. En opinión de O’Naghten, el propio *discovery* en el terreno de la prueba fue una importante aportación de los EE UU al arbitraje. “Lo importante es saber si los tribunales señalan a los procedimientos de arbitraje de carácter internacional. Por el momento la jurisprudencia no se ha puesto de acuerdo sobre este tema y es menester que la propia Corte Suprema se pronuncie y fije los criterios sobre este tema”, comentó este abogado experto en arbitrajes internacionales.

Por último Alvaro Badell, Badell & Grau (Caracas) analizó la situación del arbitraje en Venezuela una práctica que se encuentra en la Constitución de este país desde 1999. “Nuestra ley está basada en la ley modelo Uncitral donde se santifican el principio de la autonomía de la voluntad de las partes; cómo se pone en marcha el procedimiento arbitral y el papel de los árbitros y la institución arbitral en ese proceso”, apuntó. Venezuela abandonó del CIA-DI por no considerarlo imparcial. “Disponemos de dos Cortes en Caracas: CEPCA y la Corte de Arbitraje de Caracas. Desde el 2012 la casación que había se ha eliminado y ahora hablamos de una única instancia”, recordó.

Corte Civil y Mercantil (CIMA)

CIMA entrega los premios “El Arbitraje, situación actual y perspectivas de futuro” **

El 4 de diciembre de 2015, tuvo lugar en la sede institucional de CIMA, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, la entrega de los premios “El arbitraje, situación actual y perspectivas de futuro” que esta entidad arbitral puso en marcha el pasado año, con motivo de celebrar su veinticinco aniversario como entidad en colaboración con el Centro de Arbitragem Comercial de

* *Vid. supra* el texto de esta decisión, pp. 867-890.

** http://www.lawyerpress.com/CIMA/0412_15_001.html

Lisboa. A este acto acudieron Juan Serrada, Francisco Ruiz Risueño y Gonzalo Stampa, presidente, secretario general y director general de la corte arbitral, amén de José Carlos Fernández Rozas, catedrático de Derecho Internacional Privado, Juan Cadarso y José Fernando Merino Merchán, profesionales del arbitraje y miembros del jurado. Los trabajos premiados, el primer con 7500 euros con el nombre de “Iura novit curia y principio de contratación: su aplicación en el arbitraje en España”, bajo el Pseudónimo Atticus Finh y cuyo autor es Luis Gómez-Iglesias Rosón y el segundo, con 4000, con el título “La inmunidad del Estado y el arbitraje administrativo internacional, bajo el Autor/Lema “Ningún vencido tiene justicia si lo ha de juzgar su vencedor” obra de Álvaro Soriano Hinojosa revelan la calidad de los trabajos.

Juan Serrada, presidente de CIMA, destacó la calidad de los trabajos premiados y de cómo las nuevas generaciones de profesionales del arbitraje están muy bien preparadas, la sucesión del arbitraje con las nuevas hornadas de jóvenes juristas parece garantizada. En su exposición recordó como ahora muchos de estos jóvenes tienen la oportunidad de viajar a otros países y realizar sus estudios en otras jurisdicciones. Los dos trabajos premiados son de dos jóvenes juristas menores de cuarenta años que ya han sentido la llamada del arbitraje en su carrera profesional. También mencionó la apuesta que hace esta entidad arbitral por difundir el arbitraje y su práctica entre los más jóvenes juristas. Ambos artículos de investigación serán publicados en la Revista de Arbitraje e Inversiones que edita CIAMEN en colaboración con la propia institución arbitral, CIMA.

Tras la lectura del acta por el secretario general de CIMA y del propio Jurado de estos premios, Francisco Ruiz Risueño, tuvo lugar la entrega de ambas distinciones. Este jurado estuvo formado por Juan Serrada, como presidente; el propio Francisco Ruiz Risueño como secretario general y vocales. Luis M^a Cazorla Prieto; Juan Cadarso Palau; José Fernando Merino-Merchán, Luis Fernández del Pozo; Sofía Martins y Mariana França de Gouveia. Los juristas premiados tuvieron la oportunidad, tras la entrega de los respectivos premios, de agradecer a los miembros del Jurado estas distinciones y de destacar la calidad de CIMA como institución arbitral como de los propios miembros del jurado, todos ellos profesionales del arbitraje con una notable trayectoria profesional a sus espaldas.

CIMA acoge en su sede el Seminario Permanente de CIAMEN, centrado en la anulación judicial del laudo arbitral *

El 30 de noviembre de 2015 tuvo lugar una nueva sesión del Seminario del CIAMEN, evento que, en esta ocasión, trasladó su lugar habitual de encuentro a la sede corporativa de CIMA, Corte Civil y Mercantil, ubicada en el cen-

* http://www.lawyerpress.com/CIMA/3011_15_001.html.

tro de la capital de España. Tras las palabras de bienvenida de Francisco Ruiz Ruisel, secretario general de esta entidad, y de José María Beneyto, director de CIAMEN, ambos señalaron la colaboración existente desde 2007 entre estas entidades para editar *Arbitraje: Revista de Arbitraje e Inversiones* –publicación doctrinal de referencia en la materia–, para celebrar este encuentro arbitral de carácter bimensual y para organizar anualmente la Conferencia Internacional Hugo Grocio. A continuación, las intervenciones de Jesús Remón, socio de procesal de Uría Menéndez y de José Carlos Fernández Rozas, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid, como *discussant*, permitieron un debate de gran altura jurídica. Ambos son árbitros CIMA.

Los asiduos al Seminario Permanente sobre arbitraje coinciden en señalar que este encuentro –que tuvo lugar el pasado jueves– sobre el control judicial del laudo y su anulación cumplió con las expectativas pensadas por los organizadores del mismo. Los expertos que allí acudieron analizaron –al hilo de las intervenciones de los ponentes– el porqué de determinadas respuestas judiciales ante laudos que están bien fundamentados. Señalaron lo fundamental que es que quede bien definida por parte de los jueces de los TSJ la técnica del control del laudo.

En su intervención, Jesús Remón señaló que la anulación del laudo es un aspecto muy acotado en la práctica arbitral; es precisamente la calidad de los árbitros y de sus laudos lo que genera que su incidencia sea escasa en cualquier jurisdicción: “El problema, si no se hace bien, es que puede generar problemas importantes de seguridad jurídica”, apuntó. Y comentó que dicha anulación de los laudos por contravenir el orden público era algo muy excepcional en nuestro ordenamiento jurídico. “Hay que verlo como algo externo al procedimiento, donde los jueces no pueden ni deben entrar en la revisión del procedimiento o las propias pruebas del mismo”, indicó. En muchas ocasiones esa anulación se genera cuando el propio laudo se motiva escasamente. “Lo que nunca puede hacer un juez es anular ese laudo porque el desarrollo argumentativo no coincida con el de la propia Sala del TSJ”, señaló nuestro interlocutor. Para este jurista las propias sentencias del TSJ de Madrid que anulan determinados laudos centrados en temas financieros rebasan los límites establecidos y esa propia acción de anulación vulnera la tutela judicial efectiva.

Por su parte, José Carlos Fernández Rozas profundizó en el concepto de orden público, distinguiendo entre su vertiente material y procesal, con mención especial al denominado “orden público económico” e hizo referencia al alcance del principio de la buena fe. Al mismo tiempo, analizó exhaustivamente la diferente respuesta que está ofreciendo las recientes decisiones del TSJ de Madrid y del TSJ de Cataluña respecto a ciertas posibles causas de anulación de los laudos y la evidente incertidumbre jurídica que ello entraña; manifestó estar completamente de acuerdo con el concepto de arbitrabilidad manifestado en el voto particular contenido en algunas de las sentencias del TSJ de Madrid; la intangibilidad del laudo en cuanto al fondo del asunto; y finalizó mostrando la preocupación, así como las posibles repercusiones que

tales decisiones puedan tener para Madrid, en cuanto sede arbitral, ante el hecho de que las recientes sentencias del TSJ de Madrid hayan generado cierta intranquilidad en los ambientes arbitrales de los países de nuestro entorno económico-social y jurídico más cercano.

Con posterioridad se abrió un debate entre los asistentes, en el que se trataron diversas cuestiones: los motivos que llevaron a residenciar en los TSJ el conocimiento de las acciones de anulación de los laudos; la trascendencia que han tenido las referidas sentencias del TSJ en el extranjero y la incidencia que pueda tener respecto a los arbitrajes que tengan su sede en Madrid; el carácter expansivo de la “jurisprudencia” del TSJ de Madrid, en cuanto al orden público como causa de anulación, que empezó en el ámbito de los productos o instrumentos financieros y se ha extendido a otras materias –como la de arrendamientos–; la necesidad de unificar los criterios de los TSJ en materia de acción de anulación de laudos y el establecimiento de algún tipo de recurso ante el TS –para “unificación de doctrina”, por “interés de ley”, etc.– o, por el contrario, atribuir directamente, y sin más, la jurisdicción y competencia para el conocimiento de la mencionada acción anulación al TS, entre otras cuestiones abordadas. Algunos de los intervinientes centraron la discusión en determinar si la anulación de los últimos laudos por parte del TSJ de Madrid tiene su origen en un problema técnico, derivado de una ausencia de delimitación de conceptos. Coincidieron en señalar que “es fundamental que se sepa dónde están los límites del llamado orden público económico. En este escenario, jueces y árbitros deben entender el trabajo que hacen, no solaparse y comprender cuál es la labor de cada uno. El árbitro no puede tomar decisiones ajenas a sus competencias y los jueces fiscalizar el fondo de los asuntos porque las reglas del juego son otras”, advierten. Muchos profesionales del arbitraje señalan que el problema está muy localizado y no hay que magnificarlo en su repercusión, advirtiendo que “anulaciones de laudos como éstas, generan inseguridad, mala imagen del país fuera de sus fronteras y otras consecuencias negativas para la práctica arbitral” y optando por aplicar –más que interpretar– las normas vigentes sobre la materia.

V Encuentro de CIMA en Lisboa de expertos en arbitraje *

Dentro de su estrategia de consolidación como una entidad arbitral de referencia internacional y por quinto año consecutivo, Cima ha celebrado en Lisboa su ya tradicional encuentro anual con los mejores especialistas portugueses en arbitraje, con el objeto de analizar las novedades habidas en ambas jurisdicciones. En esta edición, la entrada en vigor de su nuevo Reglamento de Arbitraje el pasado 1 de enero de 2015 ha influido en la elaboración del programa, dedicando la primera parte del evento a analizar el funcionamiento de la impugnación opcional del laudo, una de sus novedades más reseñables. Moderado por el Secretario de CIMA Francisco Ruiz Risueño– y con-

* http://www.lawyerpress.com/news/2015_04/1304_15_004.html.

tando con la participación de miembros de su Comisión de Gobierno (Juan Carlos Calvo), abogados lusos (Duarte Gorjão Henriques y Antonio Pinto Leite) y una profesora universitaria (Paula Costa e Silva), los ponentes expusieron detalladamente el funcionamiento de la impugnación opcional del laudo, realizando aportaciones y precisiones interesantes sobre la regulación articulada en el Reglamento. Unas disposiciones que, acogiendo las peticiones de los usuarios, ofrecen a las partes la posibilidad de impugnar cualquier laudo final –es decir, aquel que resuelva, total o parcialmente, el fondo de la controversia– dictado en el procedimiento arbitral ante un tribunal arbitral de impugnación, constituido por las partes ante CIMA.

De carácter voluntario, el uso de la impugnación opcional del laudo se concibe como una facultad que las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, podrán utilizar, siempre que así lo acuerden expresamente bien en el acuerdo arbitral, bien durante el procedimiento arbitral; pero, en todo caso, antes de la rendición del laudo eventualmente impugnado. Los motivos en los que la impugnación debe fundamentarse son dos: (i) la infracción de las normas jurídicas sustantivas en las que se sustente el fallo del laudo o (ii) la apreciación errónea de los hechos que hayan sido determinantes en la decisión; motivos ambos limitados y de carácter sustantivo. Con la utilización de este sistema, las partes no renuncian al ejercicio de la acción de anulación del laudo. La novedad de esta detallada regulación generó un interesante e intenso debate entre los asistentes.

La segunda parte de la sesión consistió en un animado coloquio entre abogados españoles (Pedro Claros Alegría) y lusos (Sofía Ribeiro Mendes y Filipa Cansado Carvalho), moderados por el Director de CIMA, Gonzalo Stampa, en el que se expusieron –desde otra perspectiva– las virtudes del arbitraje y se propusieron algunas herramientas para solventar algunos pequeños obstáculos en su desarrollo. Entre las cuestiones suscitadas, los ponentes analizaron los requisitos formativos y de conducta que deben exigirse a los árbitros, las técnicas de gestión de procedimientos arbitrales, los criterios para la progresiva incorporación de profesionales más jóvenes a esta especialidad. Este coloquio permitió a la audiencia conocer otra perspectiva distinta y algo más desenfadada del arbitraje, generando seguidamente un animado debate entre los asistentes.

Corte de Arbitraje de Madrid

III Congreso Jueces y Árbitros: aliados en la resolución de disputas comerciales , 15 de diciembre de 2015

Por tercer año consecutivo, la Corte de Arbitraje de Madrid y la Fundación Rafael del Pino, con el patrocinio de Auren, Compass Lexecon, Forest Partners y Netvalue, organizaron el Congreso de Jueces y Árbitros en el Palacio de Santoña. María del Pino, Presidenta de la Fundación Rafael del Pino, fue

la encargada de abrir la jornada. Seguidamente, el Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, Julio Fuentes, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Francisco Javier Vieira, el Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid, Antonio Sánchez-Pedreño; y el copresidente del Club Español del Arbitraje, José Antonio Caínzos, recalcaron la importancia del arbitraje como medio altamente eficaz de resolución de conflictos, perfectamente equivalente a la jurisdicción ordinaria y de gran calidad, señalando además otras muchas ventajas tales como la confidencialidad, la transparencia y la celeridad. En cuanto a esta última, Antonio Sánchez-Pedreño aprovechó para resaltar la gran labor realizada por la Corte de Arbitraje de Madrid, donde 8 de cada 10 arbitrajes son resueltos en menos de 1 año.

La primera mesa del día fue la gran novedad de este Congreso con respecto a las anteriores ediciones al incluir una visión internacional del arbitraje, contando con Dominique Hascher, de la Cour de Cassation francesa, y Justice Blair, del Commercial Court de la Queen's Bench Division de Reino Unido, quienes aportaron su experiencia moderados por Carmen Núñez Lagos (Hogan Lovells). La segunda mesa analizó el orden público como motivo de anulación de laudos arbitrales; en ella participó D. David Arias (Arias S.L.P.), junto con los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de País Vasco, D. Antonio García, Andalucía, D. Miguel Pasquau Liaño, y Cataluña, Dña. María Eugenia Alegret, respectivamente, moderados por Mercedes Fernández (Jones Day). En consonancia con la materia de anulación de laudos, la tercera mesa fue moderada por Elena Gutiérrez García de Cortázar, Secretaria General de la Corte de Arbitraje de Madrid, donde intervinieron una gran variedad de profesionales: desde miembros de la CCI como José Ricardo Feris (Secretario General Adjunto), hasta Pilar Perales Viscasillas, catedrática de la Universidad Carlos III de Madrid, pasando por Francisco de Borja Iriarte, magistrado del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Jesús Remón, de Uría Menéndez, y Carlos González-Bueno (González-Bueno, S.L.P.).

En la sesión de tarde, la primera mesa de la tarde giró en torno a los criterios utilizados tanto por las instituciones arbitrales como por los Tribunales a la hora de designar a los árbitros, donde José María Alonso (Baker & McKenzie), Margarita Soto (Garrigues), Antonio Sánchez-Pedreño, y Antonio García de Paredes, de la Audiencia Provincial de Madrid, hicieron hincapié en los posibles conflictos de interés. Seguidamente se trató el tema de la necesidad de intervención del Tribunal Supremo en materia de arbitraje en una mesa moderada por Miguel Ángel Fernández Ballesteros, con la participación de Elena Otero Novas (Secretaria del Consejo de Sacyr), Pía Calderón (magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia), Concepción Sáez Rodríguez (vocal del Consejo General del Poder Judicial), y D. Pascual Sala Sánchez, expresidente tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional.

El broche final lo puso el Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid, acompañado del Director de la Fundación Rafael del Pino, Vicente Montes, quienes agradecieron la participación de los más de 30 ponentes y 250 asis-

tentes, que hicieron posible cosechar nuevamente un gran éxito en esta nueva edición del Congreso.

Tribunal Arbitral de Barcelona

Reconocimiento de las instituciones corporativas arbitrales a Jesús de Alfonso *

Las Instituciones Arbitrales Corporativas de toda España han reconocido mediante una placa conmemorativa al presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona, Jesús de Alfonso, por su aportación de calidad al mundo arbitral y por su liderazgo en la creación y organización de los encuentros de organizaciones arbitrales corporativas. El presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), Jesús de Alfonso, ha sido reconocido por su labor organizativa y ética como creador del congreso que reúne anualmente a estas organizaciones, así como por su aportación de calidad al mundo arbitral. En el acto de entrega se ha recordado como gracias a la labor del presidente del TAB en los siete congresos celebrados hasta el momento se han organizado ponencias altamente especializadas por parte de miembros del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, así como por parte de abogados especialistas y Catedráticos y Profesores de diversas universidades españolas y extranjeras, los cuales han podido exponer sus propuestas para mejorar el mundo de la institución arbitral corporativa.

Unión Europea

Última propuesta de protección de la inversión y el sistema judicial para TTIP

La Comisión Europea ha concluido el 12 de noviembre de 2015 un nuevo y reformado enfoque en la protección de la inversión y resolución de controversias de inversión para el Comercio y la Inversión de Asociación Transatlántica (TTIP). Esto sigue a otra ronda de amplias consultas con el Consejo y el Parlamento Europeo. La propuesta para el Sistema de Tribunales de Inversiones ha sido transmitida formalmente a los EE.UU y se ha hecho pública. El texto final incluye todos los elementos clave de la propuesta de la Comisión de 16 de septiembre, cuyo objetivo es salvaguardar el derecho de regular y crear un sistema judicial como con un mecanismo de apelación en base a normas claramente definidas, con jueces calificados y procedimientos

* http://www.lawyerpress.com/news/2015_12/1712_15_004.html.

transparentes. La propuesta también incluye mejoras adicionales en el acceso al nuevo sistema de pequeñas y medianas empresas.

El nuevo sistema reemplazará el mecanismo de solución de controversias existentes entre inversores y Estado (ISDS) en el TTIP y en todas las negociaciones comerciales y de inversión en curso y futuras de la UE. Es el resultado de consultas de gran alcance y debates con los Estados miembros, el Parlamento Europeo, los interesados y los ciudadanos. Este enfoque permitirá que la UE adopte una estrategia global en el camino de la reforma, para crear un tribunal internacional sobre la base de la confianza pública.

Desde la publicación de la propuesta inicial de la Comisión, se distribuyó ampliamente un documento de consulta para garantizar una respuesta de amplio respaldo por parte de los principales operadores del sector, en particular entre los legisladores: Estados miembros de la UE y el Parlamento Europeo.

Las cuestiones consultadas se refieren en particular al fortalecimiento del derecho a regular, el establecimiento de un nuevo sistema para la resolución de controversias, y la creación de un mecanismo de apelación para corregir los errores y asegurar la coherencia. Uno de los cambios introducidos en la propuesta 16 de septiembre fue una mejora adicional para las pequeñas y medianas empresas que se beneficiarían de procedimientos más rápidos y gozando de un trato privilegiado en comparación con las grandes empresas multinacionales.

La UE reanudará las negociaciones con los EE UU sobre el tema de la protección y la resolución de controversias de inversión de inversión, y el Sistema de Tribunales de Inversiones. Las negociaciones en este sector han estado paralizadas desde marzo de 2014, cuando la Comisión Europea lanzó una consulta pública sobre ISDS en el TTIP.

En paralelo a las negociaciones entre la UE y EE UU, la Comisión Europea se propone a trabajar, junto con otros países, sobre la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones. La Comisión también se encuentra intercambiando puntos de vista con varias organizaciones internacionales en este campo. El objetivo es que, con el tiempo, se establezcan todos los mecanismos de resolución de controversias de inversión en los acuerdos de la UE, en los acuerdos de los Estados miembros de la UE con terceros países, y el comercio de los tratados de inversión celebrado entre los países no comunitarios, con el proyectado Tribunal Internacional de Inversiones. Esto llevaría a la sustitución completa de los tradicionales mecanismos ISDS por un sistema moderno, eficiente, transparente e imparcial para la resolución de controversias internacionales de inversión.

Al igual que el arbitraje internacional, el Sistema de Tribunales de Inversiones (ICS) prevé una sede neutral para el arreglo de diferencias relativas a inversiones. Dicho sistema cuenta con concretos plazos de procedimiento para garantizar la rápida solución de controversias y para mantener costos reducidos. En las controversias de inversión, los principales costos para las partes involucradas en un conflicto son los honorarios para abogados exter-

nos (Asesor Jurídico), que representan alrededor del 80% de los costes totales de una disputa. Se considera que la existencia de normas sustantivas claras ayudará a mantener las reclamaciones y por lo tanto el grado de litigios en presencia.

Se estima también que los procedimientos generales con arreglo al ICS, incluyendo la apelación, se limitan a los 2 años (el Tribunal de Primera Instancia debe decidir dentro de los 18 meses y el Tribunal de Apelaciones dentro de los 6 meses).

A modo de comparación, la duración media de los procedimientos en virtud de los tratados de inversión existentes es de 3–4 años, con la anulación incluida, que podría añadir alrededor de otros 2 años, lo que significa que la extensión total es a menudo alrededor de los 6 años (y en ocasiones mucho más tiempo).

Los honorarios de los miembros del Tribunal de Apelaciones se sufragarían exclusivamente por la UE y los EE.UU., existiendo un límite a las tasas diarias de los jueces, en lugar de dejar que esto sea negociado entre las partes contendientes como es el caso en el marco del sistema de ISDS actual (según la Comisión, que no parece ser experta en esta materia).

Principales elementos de la reforma

La propuesta del nuevo sistema de tribunales incluye modificaciones, como por ejemplo las siguientes:

- se crearía un sistema público de tribunales de inversiones, formado por un Tribunal de Primera Instancia y un Tribunal de Apelación;
- las resoluciones serían adoptadas por jueces designados por autoridades públicas y que tendrían unas elevadas cualificaciones, comparables a las exigidas a los miembros de los tribunales internacionales permanentes, como el Tribunal Internacional de Justicia y el Órgano de Apelación de la OMC;
- el nuevo Tribunal de Apelación funcionaría con principios similares al Órgano de Apelación de la OMC;
- se definiría con precisión la capacidad de los inversores para presentar un asunto ante el Tribunal, y se limitaría a casos concretos, como los de discriminación específica por sexo, raza, religión o nacionalidad, expropiación sin indemnización o denegación de justicia;
- el derecho de los gobiernos a legislar quedaría consagrado y garantizado en las disposiciones IP/15/5651 de los acuerdos comerciales y de inversión.

Esta propuesta se basa en el enfoque actual de la UE, que garantiza que:

- los procedimientos sean transparentes, las audiencias abiertas y las observaciones estén disponibles en línea, así como que las partes interesadas en la diferencia tengan derecho a participar;
- no sea posible escoger el foro más favorable;

- se desestimen rápidamente las demandas infundadas;
- se mantenga una distinción clara entre la legislación nacional e internacional;
- se eviten los procedimientos múltiples y paralelos.

Hacia un Tribunal Internacional de Inversiones de carácter permanente

Por último, en paralelo a las negociaciones de la ATCI, la Comisión comenzará a trabajar con otros países para crear un Tribunal Internacional de Inversiones permanente. El objetivo es que, con el tiempo, el Tribunal Internacional de Inversiones sustituya a todos los mecanismos de solución de diferencias previstos en los acuerdos de la UE, los acuerdos de los Estados miembros de la UE con terceros países y los acuerdos comerciales y de inversión celebrados entre países no pertenecientes a la UE. Esto incrementaría aún más la eficacia, coherencia y legitimidad del sistema de solución internacional de diferencias en materia de inversión.

Union Internationale des Avocats

Jornada sobre Árbitros y decisiones delicadas en la LIX edición de la UIA *

Más de cien expertos debatieron sobre nombramiento de presidente tribunal arbitral, bifurcaciones o figura del secretario arbitral en las tres lenguas oficiales de esta organización. Después de lo visto en esta sesión que bajo el título “Árbitros y decisiones delicadas”, celebrada en esta 59 Edición de la UIA que ha tenido lugar en Valencia en octubre de 2015 con el patrocinio de CIMA, parece evidente dejar claro la fuerza del arbitraje comercial como método alternativo para resolver las disputas. Cuestiones como la formación del tribunal arbitral; la elección de su presidente, las llamadas *wavier letters* o cartas de dispensa de los árbitros para no llevar un asunto, así como los antiguos debates de admitir o no nuevas demandas o la apuesta por la bifurcación para centrarse en el asunto central del arbitraje, fueron algunas de estas cuestiones de esta sesión que congregó a un centenar de expertos. Por citar algunos, Patricia Ann Peterson, presidente de la Sección de Arbitraje de la UIA, junto a ella, Juan Antonio Cremades; Jessica Fei; Clifford Hendel, Laurence Kiffer, Alvaro Lopez de Argumedo, el propio José Rosell con el que pudimos hablar, todos ellos moderados por Juan Serrada, presidente de CIMA. Un evento de nivel y unas conclusiones que invitan a la reflexión.

Para Juan Serrada, presidente de CIMA y moderador de la jornada, ésta había sido un éxito por la calidad de los ponentes y los debates surgidos

* http://www.lawyerpress.com/CIMA/CIMA_0211_15_001.html.

“Sorprende la afluencia masiva de profesionales, cuestión que indica que el arbitraje va cuajando”; apunta. Desde su punto de vista, la elección del Presidente Arbitral es una cuestión importante “las partes no pueden tener ninguna duda sobre la composición del tribunal arbitral. Sería letal para el arbitraje”. La figura del propio Presidente del Tribunal puede inclinar la balanza en un sentido u otro. Respecto a las bifurcaciones indicó que es un fenómeno nuevo que engloba muchas cuestiones diferentes. “Es evidente que la figura del Secretario del Tribunal Arbitral tiene un peso importante en determinados arbitrajes pero nunca llega a ser un árbitro. No debe asumir competencias para las que no está preparado”, indicó. “Otro asunto que se ha debatido con interés es el presentado por José Rosell que se ha centrado en la financiación de los arbitrajes por un tercero. “Otra figura novedosa pero ahora frecuente de encontrar que puede plantear ciertos problemas prácticos en su aplicación. Son pactos privados entre las partes que no trascienden a terceros”, resaltó.

Las intervenciones de Juan Antonio Cremades y Laurence Kiffer sirvieron para analizar cómo se elige el presidente de un Tribunal Arbitral. Para Cremades todo el procedimiento del arbitraje rezuma libertad, elemento del que se pueden beneficiar las partes en el proceso. “Todo depende de lo que diga el Reglamento de la entidad arbitral. Ese Presidente pueden elegirlo las propias partes o los coárbitros, si así quedara reflejado”, apuntó. En el caso del Reglamento UNCITRAL del que dependen la mayor parte de reglamentos de instituciones arbitrales suelen ser los coárbitros quienes hacen esa importante elección. “Es fundamental elegir a un experto en estos temas, no necesariamente experto en arbitraje pero sí que conozca el funcionamiento de este procedimiento”, apuntó. Lo más importante es que el Presidente de la Institución arbitral le dedique el tiempo suficiente al asunto en cuestión y que se mueva en el ambiente de imparcialidad que se le pide”. Insistió, además, en la necesidad de contar con una persona sencilla que no genere polémicas en el tribunal arbitral y que apueste por la justicia serena que pretende impulsar el propio procedimiento arbitral”.

Por su parte, Kiffer, apeló al art. V del Convenio de Nueva York para indicar que la elección de ese presidente del Tribunal Arbitral depende de la propia libertad de las partes en ese tema. En otras entidades arbitrales suelen ser los coárbitros los que se encargan de ello tal y como hacen CCI y la Corte Suiza de Arbitraje. “Lo más importante es que la elección se haga de forma correcta evitando cualquier tipo de polémica. Presidente y árbitros deben ser independientes por encima de todo”; aclaró. Otro elemento que mencionó la ponente lo fundamental que los coárbitros no tengan contactos con la partes por separado para así asegurar la independencia y transparencia del procedimiento. También aludió a que en otras instituciones arbitrales ese nombramiento se realiza de otra forma “que se puede mantener así a no ser que las propias partes de común acuerdo reclamen otro tipo de nombramiento”.

En su turno de palabra, María Beatriz Burguetto, abogada argentina con gran experiencia en el mundo del arbitraje, resaltó que ante todo el arbitraje

es un proceso justo. “Las llamadas *wearable letters* son una carta de dispensa que los árbitros emplean cuando por determinados conflictos no pueden asumir ese procedimiento arbitral”, comentó. También resaltó que poco a poco las diferentes instituciones arbitrales más destacadas han incorporado esta práctica a su Reglamento, de tal forma que las partes ya conocen que ese árbitro que eligen puede, por determinadas circunstancias, no asumir ese proceso, si realmente no tiene las condiciones adecuadas o existen conflictos de interés en ese mismo procedimiento. Por su parte Bridle Mcasey, abogada de británica de Arnold & Potter, se centró en definir el auge del Secretario de la Institución arbitral, ahora frecuente en muchos arbitrales pero que nunca debe asumir las competencias de ningún árbitro. “Es un profesional que lleva la carga administrativa del arbitraje pero que además puede servir de apoyo en su tarea al propio presidente del Tribunal Arbitral”, apuntó.

La intervención de Alvaro López de Argumedo sirvió para conocer qué es la bifurcación en el arbitraje y en qué momentos se puede llevar a cabo. Este experto español, miembro del Comité Directivo de Arbitraje de la UIA, resaltó que “hablar de bifurcaciones es hacerlo de cuestiones secundarias del procedimiento arbitral. La idea es que los árbitros las separen para que se pueda trabajar de forma más directa sobre el propio arbitraje”, destacó. Al mismo tiempo una bifurcación bien hecha puede suponer un ahorro de costes y dinero importante en las propias partes “Puede haber bifurcaciones por cuestiones jurisdiccionales; extensión de cláusula arbitral a parte no firmante o en cuestiones de responsabilidad donde si se llega a demostrar ésta luego se puede acudir a la cuantificación de los daños”; resaltó. En este escenario el papel del tribunal es clave para discernir lo que es bifurcación de estrategias dilatorias de alguna de las partes. Habitualmente el procedimiento para hacerlo es mediante un laudo parcial u orden procesal.

Bibliografía

CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE: *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)* (J.F. Fernández Rozas, coord.), Madrid, CIMA, 2015, 379 pp. ISBN 978-84-941055-3-1.

La Corte Civil y Mercantil de Arbitraje inició su andadura el año 1989 en el apasionante y prometedor mundo del arbitraje privado. Aquel proyecto iniciado con importantes dosis de ilusión y de osadía, ha adquirido vida propia y puede decirse que poco tiene que ver con aquella idea situada en un tiempo que parece lejano. Nos hallamos ante una Asociación privada, sin ánimo de lucro, que administra arbitrajes y que es plenamente independiente de cualquier otra organización pública o privada. Se autofinancia y se rige por sus propias reglas de funcionamiento, constituidas básicamente por su Reglamento, revisado en 2015 y sus Estatutos, que son aprobados y modificados por sus órganos estatutarios, integrados por los miembros de la Asociación que son, al mismo tiempo, los árbitros de la Corte. Se puede decir que es fruto de una iniciativa incardinada exclusivamente en la sociedad civil (aunque el término nunca me ha parecido afortunado, porque no hay otra sociedad que la civil). La CIMA ha venido evolucionando desde su creación, para adaptarse a las circunstancias, pero manteniendo lo que constituye la esencia de su ser y actuar. Efectivamente, con escasos medios y con una gran voluntad, un grupo de Abogados del Estado puso en marcha la CIMA en el año 1989 y ellos mismos se pusieron manos a la obra para encarar este proyecto, a la vista de la Ley de Arbitraje que acababa de ser aprobada en el anterior año 1988.

En los últimos 25 años el mundo del arbitraje es muy diferente. La Ley de 1988, que supuso un avance con respecto a la de 1953, ya no existe. Hoy se cuenta en España con una Ley moderna, garante del arbitraje, la de 2003, retocada en 2011. Si la CIMA ha cambiado en estos 25 años es porque también lo ha hecho el entorno en que sitúa su actividad. En este contexto celebró su aniversario basándolo en el esfuerzo, en el afán de superación y en el trabajo bien hecho y su objetivo no es otro que estar al nivel de quien mejor lo haga. Y entre otras actividades ha publicado la obra que se reseña que es, a la vez, balance de los últimos cinco lustros del arbitraje en España y de la institución que celebra su efeméride. Sus autores, gran parte árbitros de la CIMA, son figuras indiscutibles del arbitraje en España, procedentes del mundo de la abogacía, de la judicatura y de la academia que aportan con en esta selecta obra, coordinada por el profesor Fernández Rozas, una panorá-

mica del arbitraje en España de imprescindible lectura para los dedicados a la práctica de este peculiar procedimiento de solución de controversias.

La obra comienza con una perspectiva general de la institución patrocinadora de la obra que es cubierta por Juan Serrada Hierro (Abogado del Estado, exc., y Presidente de CIMA), “La CIMA cumple veinticinco años”, Luis Argüello Bermúdez, (Abogado del Estado y antiguo Secretario de la CIMA), “La administración del arbitraje en la CIMA” y Antonio Hierro Hernández-Mora (Abogado del Estado, exc., y fundador de Hierro Estudio Legal slp.), “Nuevos tiempos para el arbitraje CIMA (A propósito del aniversario de CIMA y de su nuevo Reglamento)”. A continuación el volumen dedica un apartado al estudio de las cuestiones generales que conciernen a la institución arbitral que se inicia con una contribución de Bernardo M^a Cremades Sanz Pastor (Socio fundador del despacho Cremades & Abogados y Catedrático de Universidad), “Arbitraje internacional: del comercial al de protección de inversiones” y continúa con las aportaciones de Manuel Olivencia Ruiz (Catedrático Emérito de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla), “Arbitraje: una justicia alternativa”, Juan Antonio Xiol Ríos (Magistrado del Tribunal Constitucional), “El arbitraje en la Constitución”, Jesús García Torres (Abogado del Estado), “El silencio constitucional sobre el arbitraje y algunas de sus implicaciones con relación a los principios de unidad y exclusividad jurisdiccionales” y José Carlos Fernández Rozas (Catedrático de Derecho internacional privado y asociado del Institut de Droit International), “Arbitraje *versus* jurisdicción”.

El especial tratamiento de los problemas propios de la administración del arbitraje es abordada en los estudios elaborados por Antonio Hernández-Gil (Catedrático de Derecho civil), “Los peligros de la contaminación del arbitraje y sus soluciones”, Juan Sánchez Calero (Catedrático de Derecho mercantil y socio director del Estudio Jurídico Sánchez Calero), “Lealtad y deslealtad en el arbitraje”, Rafael de Aldama Caso (Abogado del Estado, exc., y director del Departamento de Estudios Legislativos de la CEOE), “El arbitraje como ventaja competitiva para las empresas y los costes del procedimiento arbitral”, Miguel Temboury Redondo (Abogado del Estado, exc., y Subsecretario del Ministerio de Economía y Competitividad), “Ventajas del arbitraje institucional”, Juan Antonio Caínzos Fernández (Abogado del Estado, exc., socio responsable del Departamento de Derecho procesal de Clifford Chance en España y presidente del Club Español del arbitraje), y David Arias Lozano (Presidente del Club Español del Arbitraje y socio fundador de Arias SLP), “El Club Español del Arbitraje y el desarrollo del arbitraje en España”, José Félix de Luis y Lorenzo (Abogado del Estado), “Arbitraje en Asia” y Rodolfo Dávalos Fernández (Profesor principal de la Universidad de La Habana y presidente de la Corte Cubana de Arbitraje), “Las relaciones de cooperación entre las Cortes de Arbitraje”.

Una nueva rúbrica de la obra aborda las cuestiones derivadas del desarrollo del arbitraje y cuenta con aportaciones de Luis Felipe Castresana, Abogado del Estado, exc.), “Arbitraje doméstico y sistema de fuentes aplicable”, José María Alonso Puig (Socio director de Baker & McKenzie en Madrid),

“Arbitrabilidad de la controversia”, Thomas Clay (Catedrático de Derecho privado y vice-président du Centre National d’Arbitrage du Travail), “El contrato de arbitraje”, Francisco Ruiz Risueño (Abogado del Estado, exc., y secretario de CIMA), “Principios éticos para los árbitros y las instituciones arbitrales”, Alexis Mourre (Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI), “Declaraciones de conflicto de intereses: las directivas de la IBA y otras consideraciones”, José F. Merino Merchán (Letrado de las Cortes y del Consejo de Estado, exc., y profesor Titular de Universidad), “La responsabilidad del árbitro y en el Derecho interno español”, Gonzalo Stampa (Socio Fundador de Stampa Abogados y Director de CIMA), “Autonomía del procedimiento arbitral”, Antonio Albanés Membrillo (Abogado y Presidente de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid), “Costes y costas en el arbitraje”, Carlos de los Santos (Director del Departamento de Litigación y Arbitraje de Garrigues), “El laudo arbitral”, Jesús Remón Peñalver (Abogado del Estado, exc. y socio de Uría Menéndez), “La acción de anulación” y José Rosell (Abogado, socio y co-director del grupo de arbitraje y ADR de Hughes Hubbard & Reed LLP), “El third-party funding y su impacto en el arbitraje internacional”.

La proyección del arbitraje en diversos sectores del ordenamiento jurídico integra la última rúbrica de la obra que corre a cargo de Rafael Mateu de Ros Cerezo (Abogado del Estado, exc.), “Problemas jurídicos actuales del arbitraje societario en España”, Santiago Martínez Lage (Socio Director de Martínez Lage, Allendesalazar & Brokelmann y miembro de la carrera diplomática, exc.), “Arbitraje y Derecho de la competencia”, Enrique Medina Fernández (Abogado del Estado, exc.) y socio fundador del Despacho Medina Fernández, “El arbitraje administrativo”, Antonio Sáinz de Vicuña Barroso (Abogado del Estado, exc. y miembro del Consejo de Administración de CaixaBank), “El arbitraje entre entidades financieras”, Santiago Foncillas Casaus (Abogado del Estado y ex presidente de CIMA) “El arbitraje en la construcción”, Antonio Martínez Lafuente (Abogado del Estado), “El arbitraje como fórmula contra la litigiosidad tributaria”, Manuel Vicente Garzón Herrero (Magistrado del Tribunal Supremo), “Noticia sobre un intento de establecer una ADR en el ámbito tributario”, Francisco G. Prol Pérez (Socio Director del Despacho Prol & Asociados), “El arbitraje financiero: puntos a considerar para favorecer su desarrollo”, Pedro Ramón y Cajal Agüeras (Abogado del Estado, exc., y socio Director de Ramón y Cajal Abogados), “El arbitraje en el sector de las telecomunicaciones”.

GANDÍA SELLENS, M.A.: *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares*, Cizur Menor, Thomson – Reuters – Aranzadi, 2014, 231 pp. ISBN 978–84–9059–319–6.

El presente trabajo aborda dos cuestiones clave en el arbitraje en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad de las pretensiones relativas a derechos de propiedad intelectual y la adopción de medidas cautelares para salvaguardar

estos derechos durante el transcurso de un arbitraje. Todo ello desde la perspectiva del Derecho internacional privado. La obra se divide en cuatro capítulos. En el primer capítulo se tratan cuestiones generales: se asientan conceptos clave para la correcta comprensión de la materia objeto de estudio, como el concepto de propiedad intelectual y de arbitraje comercial internacional; seguidamente se desgranán las ventajas e inconvenientes del arbitraje como método de resolución de disputas en materia de propiedad intelectual. Y, para cerrar el capítulo, se dedican unas líneas a las normas reguladoras del arbitraje comercial internacional y las principales instituciones arbitrajes a nivel mundial. En el capítulo segundo, relativo a la arbitrabilidad, se estudia, en primer lugar, el concepto de arbitrabilidad, distinguiendo entre sus clases; después se aborda la arbitrabilidad *stricto sensu* de las pretensiones relativas a propiedad intelectual desde la óptica de la regulación española; prosigue el libro abundando en las particularidades que se plantean entre arbitrabilidad, orden público y propiedad intelectual; posteriormente, dedica un epígrafe al aspecto temporal de la arbitrabilidad, finalizando en la ley aplicable a la arbitrabilidad de las pretensiones sobre propiedad intelectual. En el tercer capítulo, dedicado a las vicisitudes a las que las medidas cautelares pueden dar lugar en arbitrajes relativos a derechos de propiedad intelectual, empieza delimitando el concepto y las características más importantes de medida cautelar; continúa determinando la tipología de tutela cautelar existente, acompañando la explicación teórica con ejemplos prácticos focalizados en materia de propiedad intelectual; seguidamente, dedica un epígrafe a la concreción del órgano competente para la adopción de medidas cautelares y su ley aplicable, y, por último, incluye un epígrafe a precisar el concepto y alcance de las medidas cautelares *ante causam* e *inaudita altera parte* cuando de arbitrajes en materia de propiedad intelectual se trata, por ser este tipo de tutela cautelar verdaderamente relevante en lo que a la protección de la propiedad intelectual respecta. Para concluir la monografía sistematiza una serie de conclusiones que abogan por flexibilizar al máximo el arbitraje en un campo tan sensible como es el de los derechos de propiedad intelectual.

Revista de Revistas

Miscelanea

FACH GÓMEZ, K.: “Enforcing Global Law: International arbitration and informal regulatory instruments”, *The Journal of Legal Pluralism*, vol. 47, n° 1, 2015, pp. 112–139. Este trabajo parte de la presunción de que el arbitraje internacional encaja adecuadamente en la concepción pluralista del Derecho global. La globalización ha generado los denominados “nuevos instrumentos informales de regulación” y el arbitraje es una herramienta óptima para darles visibilidad y efectividad. El artículo comienza analizando brevemente las iniciativas internacionales más reseñables en materia de indicadores legales transnacionales, lo que conduce a comprobar cómo estos instrumentos de regulación indirecta están contribuyendo a la creación de un nuevo perfil regulatorio en el ámbito del arbitraje. En segundo lugar, el artículo muestra a través de un buen número de ejemplos que tanto el arbitraje comercial como el de inversiones son muy receptivos a las múltiples manifestaciones de pluralismo legal. Los laudos arbitrales reflejan un interés creciente por instrumentos creados y gestionados por el sector privado –códigos de conducta, índices económicos, indicadores económicos, métodos de valoración, auditorías, etc–. En tercer lugar, el presente trabajo reflexiona sobre diversos mecanismos arbitrales sectoriales – como el deportivo– y la manera en que estos ejemplifican la capacidad del sector privado para implementar sofisticados mecanismos de resolución de conflictos.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Revisión de los paradigmas en el control de los laudos arbitrales: irrecurribilidad y renuncia al recurso de anulación”, *Juris Omnes. Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa*, vol. XVII, n° 1, 2015, pp. 35–54. ISSN 1994–702X. Reflexión sobre dos aspectos actuales, pero muy controvertidos, del control de los laudos arbitrales. En primer lugar, la eventual impugnación del laudo a través de la apertura, si bien limitada, de una segunda instancia, que comienza a figurar ante el silencio de las leyes en los Reglamentos de ciertas instituciones arbitrales. En segundo lugar, la posibilidad de renuncia al recurso de anulación ante la jurisdicción estatal, que se incluye en ciertas legislaciones como la peruana, bajo los auspicios de ciertos medios arbitrales que ven en ella múltiples ventajas, aunque en cuenta importantes reticencias traducidas en su eventual inconstitucionalidad.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Premisas en torno al procedimiento arbitral”, *Juris Omnes. Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa*, vol. XVII, n° 1, 2015, pp. 13–33. ISSN 1994–702X. El procedimiento arbitral se caracteriza por su autonomía respecto del proceso jurisdiccional, por su flexibilidad y por prestar una especial atención a que las partes sean tratadas con igualdad. Las instituciones arbitrales cuentan con reglas y procedimientos preestablecidos y perfeccionados por la experiencia que deben respetar, sin embargo, una serie de principios fundamentales de carácter procesal: igualdad, buena fe y confidencialidad. La voluntad de las partes permite la adopción de un procedimiento para el caso concreto conforme a sus necesidades y expectativas, favoreciendo las relaciones de mutua confianza y previniendo comportamientos estratégicos obstaculizadores.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “La contaminación del arbitraje por los conceptos e institutos de las leyes procesales estatales”, *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 13, 2015, pp. 33–66. Una de las ventajas del arbitraje es la peculiaridad de sus reglas procesales admitiendo que las partes utilicen las que más les convengan eludiendo la aplicación de las normas de los Códigos de procedimiento civil; por esta razón el procedimiento arbitral no está sujeto a las denominadas “normas procesales comunes”, salvo el caso excepcional de que las partes elijan expresamente su aplicación, sino que está determinado por la autonomía de la voluntad de las partes. Pese a este carácter diferencial el procedimiento arbitral exterioriza una vinculación muy estrecha con el proceso jurisdiccional que puede dar lugar a que sus instituciones se contaminen del mismo. La eventual contaminación del procedimiento arbitral de instituciones procedentes del procedimiento común es una situación patológica que amerita la conveniencia de preservar el arbitraje de ciertas prácticas o disfunciones, importadas las más de las veces de los procedimientos judiciales, que amenazan con poner en peligro su especificidad como sistema de resolución de conflictos haciéndole perder algunas de sus ventajas y razón de ser. La práctica apunta a la existencia de una cierta inclinación, tanto de los abogados como de los árbitros, a mantener los postulados del procedimiento común; entre ellos, algunos verdaderamente llamativos. Asimismo, el contagio de la reglamentación del procedimiento común sobre el arbitraje puede observarse en ciertas instituciones concretas: notificaciones, efecto de cosa juzgada, recusación de los árbitros o preclusión.

MEDINA ORTEGA, M.: “La solución de controversias en la Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 633–673. La negociación del Proyecto de Acuerdo ATCI entre la UE y los EU ha encontrado una fuerte oposición en la opinión pública europea de la que se ha hecho eco el PE. En el actual estadio de las negociaciones, la oposición del PE podría llevar al bloqueo de las mismas. La oposición parlamentaria ha dedicado especial atención a las cláusulas SDEI para la solución de controversias entre inversionistas y Estados mediante arbitraje. La oposición del PE al Proyecto ATCI puede poner en cuestión los cimientos de la institución arbitral y la Comisión de la UE ha mostrado su disposición a tomar en cuenta, al menos en parte, las recomendaciones del PE, aceptando algunas de sus propuestas y proponiendo a su vez por propia iniciativa modificaciones sustanciales en el actual sistema del arbitraje internacional. Partiendo de la base de que la UE necesita ultimar este Acuerdo en su propio beneficio, las modificaciones al ATCI que propone el PE y que la Comisión Europea parece dispuesta a aceptar parcialmente pueden acabar produciendo un efecto revolucionario sobre el actual sistema del arbitraje internacional.

OLIVENCIA RUIZ, M.: “Ley de arbitraje. Cláusula estatutaria arbitral y Anteproyecto de código mercantil”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (M.J. Morillas Jarillo, M.P. Perales Viscasillas y L.J. Porfirio Carpio, dirs.), Madrid, Universidad Carlos III, 2015, ISBN 978-84-89315-79-2, pp. 716-725: La Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, encargada de elaborar una propuesta de nuevo Código Mercantil que integre la legislación especial vigente y delimite la materia mercantil, acordó no integrar la Ley de Arbitraje, por carecer de este carácter al ser aplicable a toda materia de libre disposición, aunque esté inspirada en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional. Sí acordó la Sección incluir en el Libro Segundo, “De las Sociedades Mercantiles”, el tema del arbitraje estatutario, introducido por la Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje, 11/2011. El debate de la Sección enfrentó las posiciones de quienes mantenían que el principio mayoritario que rige las sociedades de capital permite la introducción de esa cláusula por vía de modificación de estatutos, aunque sea por una mayoría cualificada (entre ellos, el Prof. Illescas), a la de quienes (como el autor de este artículo) defendían que el principio de libertad, fundamento constitucional del arbitraje, impide su imposición a la minoría ausente o disidente. Triunfó la primera tesis, pero limitada por la exclusión de las sociedades cotizadas y por la concesión de un derecho de separación a los disidentes del acuerdo.

PAREDES PÉREZ, J.I.: “La Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 587–632. El 21 mayo 2013 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios (RAL) en materia de consumo. Esta norma tiene por objeto acabar con las disparidades de los procedimientos de RAL entre los Estados miembros, para lo cual establece una armonización de mínimos dirigida a facilitar el conocimiento y el acceso de los consumidores a este tipo de procedimientos en el marco del espacio europeo. Además, garantiza que los litigios, a los que se aplica la norma europea, se sometan a entidades de resolución acreditadas por cumplir los principios obligatorios de calidad previstos en la misma. El presente artículo analiza el contenido de la Directiva 2013/11/UE y las distintas alternativas que plantea su transposición al ordenamiento jurídico español.

RUIZ MORENO, J.M.: “La intromisión de la jurisdicción ordinaria en el arbitraje de consumo”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho procesal y arbitraje*, 2015, n° 1, pp. 1-27. El control judicial por vía de la ejecución y anulación del laudo, en el arbitraje de consumo, está otorgando un trato de favor al consumidor que no tiene parangón con el resto de sujetos que intervienen en los procedimientos arbitrales, y no digamos ya respecto de los litigantes que hacen uso de la jurisdicción ordinaria. En los casos en que se trata de ejecutar un laudo, donde el ejecutado es un consumidor, los tribunales han empezado a sustituir la iniciativa que corresponde a las partes en el proceso de ejecución por la del iudex, con grave lesión para los derechos del ejecutante al obviar que el arbitraje es un proceso de instancia única. En cuanto a la anulación del laudo, su naturaleza jurídica no debería consentir una revisión sobre la justicia material del laudo, sin embargo la jurisdicción ordinaria se ha venido pronunciando sobre la decisión de fondo de los árbitros con el pretexto de brindar protección al consumidor como único argumento

Este número de *Arbitraje: Revista
de arbitraje comercial y de
inversiones*, se terminó
de imprimir el día 30
de noviembre
de 2015