

NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS EN SUPUESTOS DE SEDE INDETERMINADA (A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TSJ DE MADRID DE 8 MAYO DE 2018)

APPOINTMENT OF ARBITRATORS IN CASES OF INDETERMINATE SEAT (DECISION OF THE HIGH COURT OF JUSTICE OF MADRID OF 8 MAY 2018)

MIGUEL GÓMEZ JENE

Catedrático de Derecho Internacional Privado

UNED

ORCID ID: 0000-0002-4916-5119

Recibido: 15.01.2019 / Aceptado: 25.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4647>

Resumen: Comentario al auto dictado por el TSJ de Madrid en virtud del cual declara su competencia judicial *territorial* para nombrar árbitro en un supuesto en el que la sede del arbitraje no estaba determinada y ninguna de las partes tenía residencia en España.

Palabras clave: arbitraje internacional, nombramiento de árbitro, sede indeterminada del arbitraje, residencia de las partes en el extranjero, *foro de necesidad*.

Abstract: Commentary on the resolution of the High Court of Madrid declaring its territorial jurisdiction to appoint an arbitrator in a case in which the seat of the arbitration was not determined and neither the parties had its residence in Spain.

Keywords: international arbitration, appointment of the arbitrator, indeterminate seat of the arbitration, residence of the parties abroad, *porum necessitatis*.

Sumario: I. Introducción. II. El supuesto de hecho. III. Competencia judicial internacional del TSJ de Madrid para nombrar árbitro. 1. Sumisión tácita. 2. Foro de necesidad. IV. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. El *auto* objeto de comentario se caracteriza por resolver una cuestión de nombramiento de árbitro a la luz de unas circunstancias de internacionalidad muy particulares. Más allá de las cuestiones de *inmunidad* que plantea –que no son controvertidas–, resulta especialmente interesante el análisis del razonamiento empleado por el Tribunal para declararse competente.

2. El resultado al que el citado *auto* llega en este contexto es, a mi juicio, acertado: los tribunales españoles son competentes para conocer del nombramiento de árbitro en el marco de un arbitraje en el que las partes implicadas no tienen residencia habitual en España y cuya sede tampoco está localizada en España. No obstante ello, estimo que el razonamiento jurídico esgrimido por el TSJ –aplicación del artículo 8.1 LA– no es el más acertado. Por ello, tras una explicación del supuesto de hecho (II), dedicaré la parte sustancial de este breve comentario a desarrollar el marco jurídico que entiendo aplicable a este supuesto y, en consecuencia, abogar por la aplicación del *foro de necesidad* al mismo (III).

II. El supuesto de hecho

3. Los hechos que están el origen de este *auto* son particularmente interesantes y tienen su punto de partida en un *Contrato* celebrado en 1878. Previo al análisis del *Contrato* y con el fin de mejor entender las circunstancias del caso, conviene detenerse brevemente en el estudio del marco territorial y temporal en el que el mismo se firmó.

Los demandantes en el procedimiento de nombramiento de árbitro ante el TSJ de Madrid son los herederos del Sultán de J. Este Sultanato comprendía, entre otros, un amplio territorio en el noroeste de la isla de Borneo conocido como *Sabah*. Interesa señalar que el centro y el sur de Borneo pertenecen actualmente y forman parte de la República de Indonesia. Un pequeño territorio en el norte de Borneo constituye actualmente la República de Brunéi. Y el resto de Borneo pertenece y forma parte de Malasia. *Sabah* es hoy un Estado federal de los que constituyen Malasia.

Sabah perteneció a Brunéi hasta que en el año 1704 fue cedido al Sultanato de J. Posteriormente este Sultanato (y, por tanto, el *Sabah*) quedó sujeto a soberanía española, formando parte del Gobierno español de Mindanao sujeto, a su vez, a la Capitanía General de las Filipinas.

En este marco territorial se firmó en fecha 22 de enero de 1878 en la capital del Sultanato citado el denominado "*contrato de arriendo de Sandacan en Borneo*" (el *Contrato* al que más arriba hemos hecho referencia).

4. El *Contrato* fue suscrito por el Sultán de J., de una parte, y por el Cónsul de Austria en Hong-Kong, de otra. Este *Contrato* tenía –y tiene– por objeto el arriendo o cesión de un territorio situado en el *Sabah* (denominado *Sandakan*) por parte del Sultán a favor del "Jefe" y "Gerente", respectivamente, de la compañía *Dent & Overbeck*, de Hong-Kong, y de sus descendientes y sucesores, para que éstos pudieran, entre otras cosas, "*aprovechar sus minerales, productos forestales y animales*". A cambio el Sultán recibía, a modo de renta, "*cinco mil pesos [malayos] anuales*."

En 1903 se firmó una adenda al *Contrato* ("*Escritura de Confirmación: confirmación de la cesión de ciertas islas*") en cuya virtud se acordó la ampliación del territorio arrendado y se aumentó la cantidad a pagar. El *Contrato* y su adenda se han venido cumpliendo con normalidad hasta fechas recientes (2013) y contiene una cláusula que somete al arbitraje ("*el juicio*") de una persona (árbitro) determinada:

Si acaso en lo sucesivo hubiera controversia por nuestro contrato entre nuestros sucesores así como del Sr. Barón O. o de la Compañía en los extremos que abraza este contrato se someterá al juicio del Cónsul General de Borneo (Brunei).

5. Los derechos y obligaciones establecidos en el *Contrato* para la compañía *Dent & Overbeck* pasaron en 1881 a la compañía *North Borneo Trading Company*. A su vez, los derechos y obligaciones contractuales de *North Borneo Trading Company* pasaron en 1946 a la Colonia británica del Norte de Borneo (es decir, a la Corona británica). Y, finalmente, con la independencia de la Federación Malaya en 1963, Malasia sucedió en el *Contrato* a la Colonia británica, de modo que desde 1963 Malasia es parte en el *Contrato* y, en consecuencia, ha venido haciendo el pago de la renta a los herederos del Sultanato.

6. Como consecuencia del hallazgo de ciertas materias primas en el territorio de *Sabah*, tanto en 1989 como en 1999 el Sultanato se puso en contacto con el Gobierno de Malasia para renegociar el *Contrato*. Ambos intentos no tuvieron respuesta. En 1999 el Sultanato volvió a intentar un acuerdo con Malasia, que también resultó en vano. Durante los siguientes años se llevaron a cabo otros intentos de renegociar con Malasia el equilibrio del *Contrato* pero, como en ocasiones anteriores, fueron infructuosos.

En el año 2013, un miembro disidente de la familia real del Sultanato –no incluido entre los demandantes– se autoproclamó Sultán, circunstancia a partir de la cual Malasia ha dejado de cumplir con la obligación de pago anual que contempla el *Contrato*.

7. Por fin, ante la imposibilidad de encontrar una solución no contenciosa con Malasia y con el ánimo de poner en marcha el arbitraje contractual, los Demandantes se dirigieron al Ministerio de Asuntos Exteriores Británico solicitando información sobre la autoridad, agente o funcionario británico

actualmente correspondiente o equivalente al *Cónsul General del Reino Unido en Borneo* referido en el acuerdo de arbitraje establecido en el *Contrato*; información que el Ministerio de Asuntos Exteriores Británico ha rehusado facilitar. Así las cosas, el 2 de noviembre de 2017, los Demandantes promovieron el citato arbitraje, exponiendo a Malasia la razón de ser, objeto, pretensiones y remedios interesados, y solicitando su contribución a la puesta en marcha del arbitraje. Malasia no contestó a dicho requerimiento y, en consecuencia, en enero de 2018 se dirigieron a Malasia indicándoles que su falta de contestación solo podía entenderse como negativa a nombrar árbitro.

III. Competencia judicial internacional del TSJ de Madrid para nombrar árbitro

8. Tal y como recoge el auto, los demandantes demuestran que el supuesto de hecho reúne una serie de conexiones que lo vinculan particularmente con España. Así, (i) el contrato se firmó en –por aquel entonces– territorio español; (ii) al menos una de las partes tenía su domicilio o residencia habitual, así como su centro principal de actividad o negocio, en territorio español; (iii) el objeto del *Contrato* era un territorio situado en territorio español; (iv) las prestaciones características del *Contrato* habrían de ejecutarse (y de hecho se ejecutaron) en territorio español; (v) el derecho de posesión del territorio entregado quedó sujeta a ley española; (vi) el *Contrato* mismo quedó sujeto a ley española y, por tanto, sujeto *ex lege* a la jurisdicción de los tribunales españoles y a la Ley de Arbitraje (LA).

Se dan, sin embargo, dos circunstancias que complican la competencia internacional del TSJ para nombrar árbitro; a saber, que (i) ni la sede del arbitraje está establecida; (ii) ni ninguna de las partes tiene actualmente su domicilio o residencia habitual en España.

9. No obstante lo anterior, el TSJ de Madrid resuelve declarándose *prima facie* “territorialmente” competente para llevar a cabo un pronunciamiento sobre las pretensiones del actor y analizar si concurren o no en este caso los requisitos del artículo 15 LA, así como sobre las posibles cuestiones de inmunidad de jurisdicción que puedan surgir derivadas de las mismas. Esta conclusión se basa en la aplicación del artículo 8.1 LA al supuesto, a cuyo tenor:

1. *Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor; y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.*

10. Una primera lectura de este precepto invita a pensar que, efectivamente, la competencia judicial *internacional* del TSJ de Madrid dimana, sin necesidad de mayores miramientos, de este precepto. Sin embargo, puesto el mismo en relación con el artículo 1 LA –en concreto, 1.1 y 1.2– surge la duda en torno a su aplicación en supuestos en los que ni la sede del arbitraje esté localizada en España ni ninguna de las partes tenga su residencia en España. Y es que, los preceptos de la LA que pueden aplicarse aun cuando la sede del mismo se encuentre en el extranjero están expresamente tasados en el artículo 1.2 LA. Entre dichos preceptos no se encuentra, lamentablemente, el artículo 8.1:

1. *Esta Ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en Leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje.*

2. *Las normas contenidas en los apartados 3,4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta Ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España.*

11. A la luz de estas circunstancias, no es osado afirmar que el artículo 8.1 LA es, únicamente, una norma de competencia *territorial*; es decir, parece que solo es de aplicación cuando se da por sentado que el lugar del arbitraje será “España” (porque así lo indique, por ejemplo, el contrato) y, sin embargo, no está determinada la ciudad en concreto.

12. Así las cosas, caben dos vías para justificar la competencia judicial internacional de los TSJ en supuestos de este tipo. Por un lado, cabe integrar *de facto* el artículo 8.1 LA en la lista de preceptos incluidos en la letra del artículo 1.2 LA; por otro, cabe también superar la aplicación de la misma LA en estos supuestos para colmar la laguna legal que la exclusión del artículo 8.1 LA de la lista de preceptos citados en el artículo 1.2 LA supone: laguna en la medida en que por mandato del artículo 1.2 LA el precepto controvertido no puede aplicarse a supuestos de sede no localizada en España y, como consecuencia de esa prohibición de aplicación, no hay norma de la LA que regule el supuesto de hecho que está en el origen de este *auto*.

13. Pues bien, la segunda vía citada –*superación* de la misma aplicación de la LA– es tan posible como respetuosa con el tenor del artículo 1.2 LA. En concreto, tal vía pasa por aplicar a supuestos de este tipo las normas de competencia previstas en el régimen general de *competencia judicial internacional* de nuestro ordenamiento jurídico (artículos 22 y ss. LOPJ)¹. Se trata, sencillamente, de colmar las lagunas que se aprecian en la norma especial (LA) con las normas que prevé el marco normativo general (LOPJ). Y así, para los supuestos en los que la sede del arbitraje se fije en el extranjero o no esté determinada, los tribunales españoles podrían ser competentes para el nombramiento de árbitro: (i) cuando el domicilio del demandado esté en España; (ii) por sumisión expresa o tácita de las partes; o (iii) cuando pueda apreciarse el juego del *foro de necesidad* (art. 22 octies 3 *in fine* LOPJ)².

De hecho, tanto la *sumisión tácita* como el juego del *foro de necesidad* justificarían técnicamente la competencia judicial internacional del TSJ de Madrid en este supuesto. A analizar ambos criterios de competencia dedico las siguientes líneas.

1. Sumisión tácita

14. La ligereza con que el artículo 56.2 LEC regula la sumisión tácita (“*También se considerará tácitamente sometido al demandado que, emplazado o citado en forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer la declinatoria*”) no debe ser extrapolable a un contexto internacional³. En este contexto considero especialmente importante para garantizar la tutela judicial efectiva del demandado que la sumisión tácita únicamente pueda considerarse cuando, cumulativamente, se den dos circunstancias: la *comparecencia* del demandado por un lado y la *contestación al fondo* de la cuestión (no la mera impugnación de la competencia), por otro. Se trata, básicamente, de aplicar los requisitos que el TJUE ha impuesto en su interpretación del actual artículo 26 del Reglamento Bruselas I *refundido*⁴.

15. En el supuesto de hecho no se dio ninguna de las dos circunstancias apuntadas –ni comparecencia, ni, por ende, contestación– por lo que el TSJ de Madrid no podía declararse *internacionalmente* competente en aplicación de este criterio.

2. Foro de necesidad

16. Sin embargo, estimo que en el supuesto controvertido sí se daban las circunstancias para que el TSJ se hubiese declarado competente en aplicación del *foro de necesidad* que de forma tan errática ha sido incluido en el tenor del artículo 22 octies 3 LOPJ⁵. En concreto, el citado precepto establece:

Los Tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia.

¹ Téngase en cuenta, en este contexto, que las normas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I *refundido* no son de aplicación, por estar el arbitraje excluido del ámbito de aplicación materia del mismo (art. 1).

² *Vid.*, M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, Civitas, 2018, p. 156.

³ Ya en este sentido, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Civitas, 2016, p. 113.

⁴ *Vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Civitas, 2017, p. 193-195; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Comares, 2016, pp. 257-262.

⁵ Para una acertada crítica, *vid.*, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Comares, 2016, pp. 342-345.

17. No es este el contexto en el que analizar críticamente la regulación que el legislador nacional ha hecho de un foro de competencia ya consagrado tanto en el Derecho europeo⁶ como en el Derecho comparado⁷. Es más, la regulación del foro de necesidad no solo se ha hecho con carácter general, también se ha hecho con carácter especial para el específico ámbito del arbitraje. Así, por ejemplo, el ordenamiento jurídico francés en materia de arbitraje prevé la competencia de los tribunales franceses para nombrar árbitros cuando las partes no hayan alcanzado un acuerdo sobre el lugar del mismo. De tal forma que, si no hay acuerdo entre las mismas ni sobre la sede del arbitraje ni sobre la forma de designar los árbitros, el artículo 1505.4 NCPC prevé un *foro de necesidad* a favor del presidente del Tribunal de *Grande Instance* de París (art. 1505.4 NCPC)⁸.

A los efectos de este comentario me limitaré a analizar someramente los requisitos que deben darse –y si realmente se dan en el supuesto de autos– para que el *foro de necesidad* pueda ser de aplicación.

18. Dice el TC en su jurisprudencia que "*desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia*"⁹. Asumiendo esta perspectiva, es claro que supone una carga excesiva y desproporcionada obligar al demandante a obtener la declaración judicial de falta de competencia de los Estados "*conectados con el supuesto*" para que éste pueda solicitar la aplicación de este foro de competencia¹⁰. Desde esta perspectiva, para activar el foro de necesidad no es necesario que el demandante demuestre que ha acometido un obligado *peregrinaje judicial*. Así lo ha reconocido expresamente, además, nuestra jurisprudencia¹¹.

De los datos que del Auto del TSJ objeto de comentario se desprenden, el actor llevo a cabo cierto *peregrinaje judicial*, pues se dirigió a la autoridad británica competente (*Foreing & Commonwealth Office*) para solicitar indicación sobre cuál deben entenderse que es la autoridad británica actualmente equivalente o correspondiente al Cónsul General en Borneo (árbitro –recordémoslo- designado en el contrato). Desde esta perspectiva, puede afirmarse, por tanto, que el demandante acometió todas las acciones que, razonablemente, estaban en su mano.

19. Al hilo de lo anterior, cabe afirmar, además, que en el supuesto de autos es constatable una *imposibilidad de hecho* de obtener la tutela judicial efectiva en otro Estado. En efecto, se trata de un supuesto en el que caben dudas de que el tribunal extranjero *prima facie* competente para pronunciarse sobre esta cuestión pudiera desarrollar su función con todas las garantías. No en vano, es el mismo Estado (Malasia) el que consta como demandado en este procedimiento y el que no ha participado voluntariamente en el mismo habiendo tenido oportunidad para hacerlo. Tampoco podrían ser competentes los tribunales de Filipinas, dadas sus particulares relaciones con Malasia en relación, precisamente, con la soberanía del territorio del *Sabah*. Y por fin, tal y como aparece acreditado en el tenor del *auto*, el *Foreing & Commonwealth Office* británico declinó cualquier intervención en el supuesto.

20. Y aunque en puridad no deba ser un requisito imprescindible para activar el *foro de necesidad* previsto en el artículo 22 octies ter LOPJ (el derecho fundamental a un proceso equitativo, no puede ser enervada por los Estados mediante condicionantes, requisitos o exigencias de conexión que desnaturalicen la razón de ser del foro de necesidad) es menester recordar que el supuesto descrito en el auto deja

⁶ Vid. por ejemplo, artículo 7 del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos y el artículo 11 del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesión mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

⁷ Vid. a título de ejemplo, artículo 2 de la Ley suiza de Derecho internacional privado.

⁸ Esta solución supone la plasmación legal de la jurisprudencia de la *Cour de cassation*, 1.2.2005, *Rev. Arb.*, 2005, pp. 693-695 (con nota de MUIR WATT).

⁹ STC 61/2000, de 13 de marzo.

¹⁰ Ya en este sentido, F. GARCIMARTÍN ALFÉRERZ, "*La competencia judicial internacional en la reforma de la LOPJ*", en <http://almacendederecho.org/la-competencia-judicial-internacional-en-la-reforma-de-la-lopj/>.

¹¹ Auto AP de Madrid, 26.4.2017, ECLI:ES:APM:2017:1500A: "*el hecho de que el mencionado Centro (CIADI) no tiene jurisdicción respecto a la controversia planteada (...) no exige ningún peregrinaje de la parte actora por el resto de los fueros prefijados a la espera de que alguna resuelva sobre el fondo del litigio*".

entrever relevantes conexiones con España (*supra* 8). Una circunstancia más, por tanto, a favor de la competencia judicial del TSJ de Madrid para conocer de este supuesto en aplicación del *foro de necesidad*.

21. En consecuencia, circunstancias constatables en el supuesto como: (i) los intentos del demandante de buscar tutela en jurisdicciones competentes –con el evidente *peregrinaje* que ha supuesto–; (ii) la imposibilidad de hecho de obtener una tutela con todas sus garantías en otras jurisdicciones afectadas; así como (iii) los incuestionables vínculos que el supuesto presenta con España, justifican, a mi juicio, la aplicación del *foro de necesidad* en este caso concreto para declarar la competencia judicial internacional del TSJ de Madrid para nombrar árbitro.

IV. A modo de conclusión

22. Si bien es cierto que el artículo 8.1 LA debería estar incluido en la lista de preceptos citados en el artículo 1.2 LA para, de este modo, asegurar su aplicación a supuestos como los que están en el origen de este *auto*; al no estarlo, caben dos posibles interpretaciones. La primera –que es la que asume el TSJ–, pasaría por ampliar el ámbito de aplicación territorial del artículo 8.1 LA a partir de una lectura aislada del mismo; sin ponerlo en relación –como *rectius* debe hacerse– con el artículo 1.2 LA. De tal modo que de tal interpretación pudieran declararse competentes los TSJ españoles para el nombramiento de árbitro. La segunda, mucho más respetuosa con la interpretación del artículo 8.1 LA a la luz del artículo 1.2 LA, pasaría por aplicar el sistema general de normas de *competencia judicial internacional* a este tipo de supuestos. Desde esta perspectiva, las normas previstas en la LOPJ (arts. 22 y ss) serían de aplicación y, en concreto, bien podría ser aplicable el artículo 22 octies 3 LOPJ, norma que regula el *foro de necesidad*.