

¿Se están desdibujando los límites entre la jurisdicción ordinaria y el procedimiento arbitral? A propósito de la intervención de la jurisdicción penal en el caso de los Herederos del Sultán de Sulu contra la Federación de Malasia

Are the Boundaries Between Ordinary Jurisdiction and Arbitral Proceedings Blurring? The Intervention of Criminal Jurisdiction in the Heirs of the Sultan of Sulu vs. the Federation of Malaysia case

IGNACIO FORNARIS VALLS*

Doctorando del programa de Doctorado en Derecho y Economía, CEU Escuela Internacional de Doctorado – CEINDO; y del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

ORCID ID: 0000-0003-2719-9075

Recibido: 15.12.2024 / Aceptado: 29.01.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9368

Resumen: El controvertido caso de los Herederos del Sultán de Sulu contra la Federación de Malasia, que concluyó con la condena penal de un árbitro en España, plantea cuestiones fundamentales sobre los límites de la intervención judicial en el arbitraje y el empleo del derecho penal como herramienta para resolver disputas entre las partes. Este artículo examina las implicaciones de la nulidad de actuaciones en el proceso judicial de designación de árbitros y subraya la importancia de proteger la independencia arbitral frente a la creciente tendencia a judicializar en exceso esta institución. La relación entre arbitraje y jurisdicción ordinaria exige un equilibrio cuidadoso que respete los principios jurídicos de ambas esferas.

Palabras clave: autonomía del arbitraje; principio de mínima intervención; nulidad de actuaciones; conflicto jurisdiccional.

Abstract: The contentious case of the Heirs of the Sultan of Sulu versus the Federation of Malaysia, culminating in the criminal conviction of an arbitrator in Spain, highlights critical issues surrounding the boundaries of judicial intervention in arbitration and the application of criminal law to resolve disputes between parties. This article explores the broader implications of the annulment of proceedings in the judicial appointment of arbitrators, underscoring the need to safeguard arbitral independence amidst a rising trend toward excessive judicial interference. Striking an appropriate balance between arbitration and ordinary jurisdiction is essential to uphold the legal principles governing both domains.

Keywords: arbitral autonomy; minimal judicial intervention; annulment of proceedings; jurisdictional conflict.

Sumario: I. Los procedimientos judiciales de apoyo y el procedimiento arbitral de los Herederos del Sultán de Sulu contra el Estado de Malasia. II. Los efectos del auto de 24 de junio de 2021

*Contratado FPI en el Proyecto I+D+i PID2020-115314GB-I00 “Jueces y Derecho de la Competencia”, Centro de Política de la Competencia y Regulación, Real Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad San Pablo-CEU, CEU Universities. ignacio.fornarivalls@ceu.es

que estima el incidente de nulidad de actuaciones planteado a razón de defectos en el emplazamiento del Estado de Malasia en el procedimiento de designación de árbitro. III. El procedimiento de exequatur francés y el traslado de la sede arbitral a París. IV. El delito de desobediencia grave. ¿Existió ánimo de desprestigiar a la función pública? V. Conclusiones.

1. El 15 de abril de 2024 la Audiencia Provincial de Madrid resolvió en el recurso de apelación presentado por el árbitro en el caso de los Herederos del Sultán de Sulu contra la Federación de Malasia, desestimando el recurso y, por ende, confirmando la condena a seis meses de prisión, además de la pena accesoria de inhabilitación por un año al árbitro.¹ El profesional reconoció en laudo de 28 de febrero de 2022 la pretensión formulada por los Herederos de recuperar el valor de restitución por los derechos cedidos sobre el territorio de Borneo Septentrional, de acuerdo con el contrato de arrendamiento de 1878 y su ratificación en 1903. En consecuencia, se condenó a Malasia a pagar 14.920 millones de dólares estadounidenses, además de más de 5 millones en honorarios de representación y costes arbitrales.

2. Pero la cuestión de fondo que nos plantea este caso es: ¿cómo es posible que un árbitro haya terminado en el banquillo penal por el ejercicio de sus funciones? Señalaba MANZANARES SAMANIEGO que existe una tendencia a utilizar el derecho penal para satisfacer demandas ciudadanas más o menos coyunturales, a pesar del principio *ultima ratio*.² De hecho, es la propia Audiencia Provincial de Madrid quien, aplicando tal principio al delito de desobediencia grave del art. 556 CP, estableció que “la inexecución voluntaria de una sentencia tiene por respuesta su ejecución forzosa. Si el deudor no paga, se le embarga, o si ya se ha embargado, se subastan sus bienes; si el condenado no entra voluntariamente en prisión, entrará tras su captura; y si la Administración no cumple una sentencia, el Tribunal tomará las medidas necesarias para su ejecución. Pero nunca la primera respuesta del ordenamiento jurídico al incumplimiento es la calificación de la conducta como delito de desobediencia.”³ Teniendo en cuenta estas afirmaciones las cuales se consideran acertadas, se estudiará la potencial confusión acaecida en este caso al discernir entre el objeto de tutela del delito de desobediencia grave, por un lado, y el objeto de tutela relacionado con la orden emitida e incumplida, por otro. Así, se concluye que el juzgador penal debe establecer la alteración concreta que el incumplimiento de la orden específica ha ocasionado en el funcionamiento de los servicios públicos.⁴

3. Para alcanzar el objetivo del presente trabajo, primeramente, se introducirán los hechos más relevantes acaecidos en los procedimientos judiciales de apoyo, así como en el procedimiento arbitral objeto de autos, teniendo particular interés la declaración de nulidad de actuaciones debido a un defecto formal en la notificación al Estado de Malasia en sede del procedimiento judicial de designación de árbitro. Posteriormente, se entrará a valorar la interpretación más controvertida del caso: los efectos de la citada nulidad de actuaciones. Mientras que los Herederos del Sultán de Sulu y el árbitro consideraron que la resolución no era directamente aplicable al arbitraje, la Federación de Malasia y la Audiencia Provincial han considerado que el auto de nulidad tenía efectos *ex tunc*. Ello ha provocado una interpretación diametralmente opuesta de cómo actuar. Por otro lado, se procederá a analizar la estrategia seguida por los demandantes en el traslado de la sede arbitral a París y la afección de esta en las decisiones del árbitro. Finalmente, se estudiará si la actuación del árbitro merecía una pena de seis meses de prisión, además de un año de inhabilitación. La interacción del caso con el principio de mínima intervención penal configura una pieza fundamental en el análisis de la antijuricidad.

¹ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), de la que se extraerá la información sobre la tramitación de los procedimientos.

² J. L. MANZANARES SAMANIEGO, “Algunos defectos puntuales, por activa y por pasiva, de la Ley Orgánica 5/2010 (LA LEY 13038/2010)”, *Diario La Ley*, nº 7534, diciembre 2010, p. 1.

³ SAPM 7 marzo 2005 (RJ 2407/2005), p. 7.

⁴ A. ALONSO RIMO, “Aspectos esenciales del delito y la infracción administrativa de desobediencia a la autoridad (más allá de la pandemia de COVID-19)”, *Diario La Ley*, nº 9689, septiembre 2020, pp. 4 y 10.

I. Los procedimientos judiciales de apoyo y el procedimiento arbitral de los Herederos del Sultán de Sulu contra el Estado de Malasia

4. El 22 de enero de 1878 se firmó un contrato de arrendamiento del territorio de Sandakan, Norte de Borneo, Malasia, entre el Sultán Mohammed Jamalul Alam de Sulu y la compañía Dent & Overbeck, sita en Hong-Kong. Entre otras cosas, el citado acuerdo permitía el aprovechamiento de minerales, productos forestales y animales. Este acuerdo fue ratificado mediante escritura emitida en 1903.

5. En los años setenta, se descubrieron en el territorio objeto del contrato yacimientos de hidrocarburos y gas natural, lo que resultó en una disputa entre las partes debido al desequilibrio sobrevenido del contrato. Los Herederos del Sultán pretendieron una actualización de la renta por aplicación del principio *rebus sic stantibus*.

6. Paralelamente, los arrendatarios han ido mutando: la posición de la compañía Dent & Overbeck fue sucedida primero por la empresa North Borneo Trading Company, que luego fue absorbida por la Colonia Británica del Norte de Borneo y finalmente, por la actual Federación de Malasia, al obtener su independencia por aplicación del derecho a la autodeterminación de los pueblos. En 2013, Malasia dejó de abonar las rentas arrendaticias, en ese momento fijada en 5.300 dólares malasios mensuales. Dado que la Federación malaya no parecía querer llegar a un acuerdo, los arrendadores comenzaron a estudiar las posibles acciones legales. En este contexto, se debe tener en cuenta que el país incumplidor obtuvo en 2022 una nota de 5,59 sobre 10 en libertades civiles según la Unidad de Inteligencia de *The Economist*,⁵ es decir, quedó lejos de la media de los estados considerados democráticos de derecho. La República de Filipinas, país de origen de los Herederos, se situó un poco mejor en el podio, aunque su puntuación general se quedó en un 6,73 sobre 10. Con estos datos, los arrendadores consideraron que ninguno de los dos países tenía un sistema judicial confiable, pues las injerencias políticas en cualquiera de sus tribunales era más que posible.

7. El contrato de arrendamiento contenía la siguiente estipulación:

“Si acaso en lo sucesivo hubiera controversia por nuestro contrato entre nuestros sucesores, así como los del Barón [...] o de la Compañía en los extremos que abraza este contrato se someterá al juicio del Cónsul Gral. De Borneo (Brunei)”

Sin embargo, a fecha del incumplimiento, la figura del Cónsul General de Borneo, representante de la Corona Británica al momento de la firma del contrato, ya no existía. Ello llevó a los demandantes a solicitar a la Foreign & Commonwealth Office la apertura de arbitraje quien, a su vez, rechazó la petición por motivos diplomáticos. Nótese que el Estado de Malasia se negaba a alcanzar un acuerdo de resolución del conflicto. Tampoco daba respuesta a las peticiones de designación de árbitro. Consecuentemente, y debido al vínculo histórico del marco regulatorio del contrato con España, los Herederos del Sultán optaron por presentar en Madrid demanda de nombramiento de árbitro, en virtud del art. 15 de la Ley de Arbitraje (LA).⁶ En 1878, fecha de suscripción del contrato, la región de Sabah, territorio arrendado por los demandantes, estaba integrado dentro de los dominios del sultanato que, a su vez, se encontraba bajo mandato español, por lo que el territorio arrendado estaba sujeto a las leyes españolas de Filipinas. En 1885, el Reino de España renunció a la soberanía de los territorios del continente de Borneo y en 1898 España perdió la soberanía sobre las Islas de Filipinas, incluido el archipiélago de Joló donde se sitúa el territorio ahora en disputa.⁷ Así las cosas, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ)

⁵ J. RAMÓN PÉREZ, “Los países más y menos democráticos del mundo, según ‘The Economist’”, *El Debate*, 26 febrero 2023. Disponible en https://www.eldebate.com/sociedad/20230226/paises-mas-menos-democraticos-mundo-segun-the-economist_91853.html.

⁶ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, *BOE* de 26 diciembre 2003.

⁷ Los lazos históricos con la región se remontan a 1646 cuando el Reino de España y el Sultanato de Sulu firmaron un

de Madrid en Juicio Verbal nº 4/2018 estimó la demanda de designación de árbitro, considerando *prima facie* que existía una cláusula arbitral integrada en el contrato de arrendamiento y que, debido a las conexiones históricas, podía resultar lógico que la *lex fori* se estableciera en España. Por medio de la insaculación, se designó como árbitro al Dr. Gonzalo Stampa quien, nueve días más tarde, aceptó el encargo y procedió a emitir el 24 de junio de 2019 su primera orden procesal en la que se citaba a las partes a la primera vista preparatoria, mientras se les invitaba a presentar sus respectivos escritos iniciales en julio y septiembre de 2019, respectivamente. Los demandantes comparecieron en tiempo y forma, mientras que la Federación de Malasia nunca remitió escrito de contestación a la solicitud de arbitraje, es decir, mantuvo su situación de rebeldía tanto en el procedimiento judicial como en el procedimiento arbitral.

8. Ahora bien, constan en los autos algunos indicios que permiten concluir que los demandados conocían de su situación de incomparecientes. Por una parte, en septiembre de 2019, el Fiscal General de Malasia dirigió una misiva a los abogados de los Herederos del Sultán tratando diferentes aspectos de la controversia. En concreto, la carta recibida por los demandantes “reconoció la existencia del contrato de 1.878, la legitimidad de los herederos demandantes (de todos ellos) en su reclamación, la existencia de los pagos bajo el contrato hasta 2013, que «lamentablemente» (*regrettably*, en el texto inglés original) dejaron de efectuarse y la voluntad del Estado de Malasia de reestablecerlos, aunque se oponía firmemente a la jurisdicción española y al procedimiento arbitral.”⁸ Por otro lado, un mes más tarde de la recepción de la comunicación, se personó la representación letrada de Malasia se personó en el procedimiento arbitral. Los letrados de la demandada se limitaron a solicitar más tiempo para poder estudiar la documentación del caso, sin ejercer ninguna otra opción. Tal pretensión se aceptó en aras de garantizar su derecho de defensa. No obstante, resulta de vital importancia destacar que la Ley de Arbitraje, en su art. 6, regula el aquietamiento ante posibles defectos procesales, de tal forma que se exige que tan pronto como le sea posible, se debe impugnar el acto que le haya sido lesivo. El efecto negativo de no hacerlo es la preclusión procesal. Sin que hubiera pasado un mes desde tal personación, los letrados declinaron continuar con la representación de Malasia, sin ejercer ningún otro derecho.

9. En ese momento, el arbitraje se encontraba en un punto poco convencional. Ambas partes se habían personado en el procedimiento, pero una de ellas carecía sobrevenidamente de representación. Si atendemos al art. 31 c) LA, la inactividad de alguna de las partes no es un factor decisivo para la tramitación del arbitraje, una vez son conscientes de la existencia del procedimiento.⁹ Ello genera un problema hermenéutico a la hora de interpretar el resto del Título V de la Ley de Arbitraje, pues no queda claro si el árbitro está obligado a continuar la tramitación del arbitraje. Por un lado, la propia provisión utiliza el verbo “poder”. No obstante, una paralización del proceso arbitral sin justificación razonable podría dar cabida a un reproche hacia el árbitro.¹⁰ Dicho lo cual, haciendo una interpretación sistemática de la norma, parece que el legislador pretende evitar cualquier dilación indebida del procedimiento. Por ello, se considera que el árbitro no tenía más remedio que continuar la tramitación, a pesar de que la Federación de Malasia no tuviera representación, siempre que todas las actuaciones fueran debidamente notificadas a la parte.

10. Dado que se avistaron ciertas dudas sobre el acuerdo arbitral, la arbitrabilidad de la controversia y la jurisdicción del árbitro, el árbitro decidió en diciembre de 2019 bifurcar el procedimiento, pues tales cuestiones se consideraban de previo pronunciamiento. El 15 de mayo de 2020 se emitió laudo parcial de

tratado de paz por la cual ambas reconocían las soberanías del contrario. En 1851, sin embargo, se otorgó el “Acta de Nueva Sumisión” por la que se reconocía por parte del Sultán la soberanía española sobre todos sus territorios. Por Real Decreto de 30 de julio de 1860, Sabah quedó sujeto a las leyes españolas de Filipinas.

⁸ C. VALLS MARTÍNEZ, “El riesgo de ser árbitro: el caso de los Herederos del Sultán de Joló contra el Estado de Malasia. ¿Deslealtad al arbitraje? ¿Tácticas de guerrilla al máximo nivel?”, *Diario LA LEY*, nº 10464, marzo de 2024, p. 5.

⁹ A. M. LORCA NAVARRETE, “Jurisprudencia arbitral comentada de los tribunales superiores de justicia: Estudio de las sentencias y autos de los tribunales superiores de justicia en materia de arbitraje”, Guipúzcoa, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2013, pp. 254–255.

¹⁰ En la STSJ CAT 9 marzo 2015 (*RJ* 3081/2015), por ejemplo, se estudió la actuación del árbitro en una situación de suspensión. La Sala resolvió señalando que, dado que la suspensión se ordenó por un error de notificación, no había motivos de reproche a la conducta del árbitro.

jurisdicción que fue aclarado en julio de ese mismo año. Ambas actuaciones parecen haber sido debidamente notificadas a las partes; al menos la Federación malaya no esgrimió motivo al respecto en su demanda de anulación de laudo interpuesta el 30 de septiembre de 2020 que dio origen al procedimiento de Juicio Verbal 88/2020. Concretamente, los malayos esgrimieron que (i) no existía convenio arbitral entre las partes; (ii) que el asunto versaba sobre una cesión de soberanía, lo que constituía una materia jurídico-pública indisponible e inarbitrable; (iii) que se había vulnerado la inmunidad de jurisdicción de la Federación y (iv) que se había notificado indebidamente el nombramiento del árbitro en sede del Juicio Verbal 4/2018.

11. En paralelo, Malasia solicitó testimonio de actuaciones en el procedimiento de designación de árbitro, el cual fue concedido en febrero de 2021. Una vez obtenido, solicitó en marzo de ese mismo año la nulidad de todas las actuaciones acaecidas en sede del Juicio Verbal 4/2018. Se debe tener en cuenta que la incoación de los procedimientos de designación de árbitro es una antesala a la designación formal del profesional, por lo que este no es parte del proceso. En otras palabras, el árbitro desconocía la existencia de la petición de nulidad, a diferencia de lo que ocurre en un procedimiento de anulación de laudo donde el árbitro sí es parte. Por ello, y debido a la ausencia de notificación de la solicitud del incidente dentro del procedimiento arbitral, el árbitro dejó las actuaciones vistas para laudo final a finales de marzo de 2021, fijando fecha de dictado para el 2 de septiembre de 2021.

12. El 29 de junio de 2021, el TSJ de Madrid dictó por mayoría un auto estimando el incidente excepcional de nulidad de actuaciones planteado por el Estado de Malasia en sede del procedimiento de designación de árbitro. La notificación se había realizado a través Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación quien había trasladado a la Embajada de Malasia en España la demanda y sus documentos anejos, así como el decreto de admisión a trámite y su emplazamiento como demandada. Ahora bien, si se atiende al art. 54 de la Ley Orgánica sobre Privilegios e Inmunidades de los estados extranjeros en España,¹¹ el emplazamiento o la notificación de un órgano jurisdiccional debe ser remitido por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación a la misión diplomática española en el país extranjero quien, a su vez, deberá notificar al Ministerio de Asuntos Exteriores de tal estado. Esta provisión llevó a la Sala a concluir que este vicio tenía la entidad suficiente para producir una efectiva indefensión.¹² Nótese, no obstante, que esta resolución sorprende al indicar que la nota verbal de acuse de recibo emitida por la propia Embajada de Malasia no constituye una subsanación del defecto.¹³ De hecho, tampoco se consideró que la correspondencia presentada por los Herederos del Sultán demostrara que Malasia era concedora de la petición de designación de árbitro, además de saber de la sustanciación del procedimiento arbitral. De hecho, la Federación de Malasia incluso participó en el arbitraje de manera activa al personarse su representación letrada debidamente apoderada. Esta intervención debería descalificar cualquier argumento de indefensión, ya que el demandado tuvo oportunidad de expresar lo que en su derecho conviniese y actuar en defensa de sus intereses en el marco del arbitraje. Tampoco se tuvo en cuenta al resolver el incidente el art. 228.1 LEC en el que se indica que el plazo de solicitud de la nulidad es de 20 días desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión. En este caso, dicho plazo comenzó a correr, como mínimo, en agosto/septiembre de 2019, cuando Malasia tuvo conocimiento efectivo del arbitraje. En este sentido, la Federación ni tan siquiera solicitó testimonio de las actuaciones para poder plantear el incidente de nulidad hasta el 24 de julio de 2020, casi un año después de su personación en el arbitraje. Este retraso evidencia no solo la extemporaneidad de la pretensión, sino una falta de diligencia procesal que contradice el principio de buena fe procesal y constituye un comportamiento negligente.¹⁴ El testimonio

¹¹ Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, *BOE* 28 octubre 2015.

¹² ATSJ M 29 junio 2021 (*RJ* 594/2021), p. 4.

¹³ La doctrina constitucional señala que la nulidad de actuaciones únicamente podrá ser acordada si existe una transgresión efectiva de la tutela judicial, no bastando un mero vicio formal (vid. por todas, STC 12 enero 2009, 10/2009, *BOE* de 13 febrero 2009).

¹⁴ En este sentido, no se puede más que apoyar el voto particular de D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE emitido en sede del ATSJ M 29 junio 2021 (*RJ* 594/2021), pp. 5–8.

del fallo del auto de nulidad de actuaciones, que no la resolución en su integridad, fue notificada por la representación letrada de Malasia al árbitro ante notario en su domicilio profesional.

13. Ante esta nueva situación, el árbitro, advirtiendo del conocimiento de la parte dispositiva del auto, citó a las partes a una vista para conocer sus posiciones sobre el efecto de la citada decisión judicial. La representación letrada de Malasia aportó el auto en su integridad, pero declinó su participación en la audiencia finalmente celebrada en julio de 2021. En este sentido, conviene hacer notar que el auto no era claro; la única mención a los efectos de la declaración de nulidad de actuaciones se podría deducir de una cita literal del art. 241 LOPJ (“[...] Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. [...]”), así como de la definición jurisprudencial del incidente de nulidad que también cita la Sala (“La excepcionalidad de este incidente es que constituye un remedio extraordinario que de prosperar supone un quebranto del principio de respeto a la cosa juzgada y a la imperiosa necesidad de certeza o seguridad en el campo del derecho. [...]”). Sin embargo, no se hace mención expresa al caso particular en el que existe un arbitraje ya iniciado con un laudo parcial ya emitido. Consecuentemente, se considera que los actos encaminados a la aclaración de los efectos del auto de nulidad de actuaciones siguen un criterio lógico en la buena administración del arbitraje.

14. El 7 de julio de 2021, el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ) en sede del procedimiento de anulación del laudo de jurisdicción instó al árbitro, mediante correo electrónico donde se adjuntaba un oficio, a cesar su actividad debido al auto de 29 de junio de 2021 y, en concreto, debido a la carencia de título habilitante del árbitro.¹⁵ El 12 de julio de ese mismo año, remitió vía fax una diligencia de ordenación en similares términos, que se pueden resumir en que la nulidad de actuaciones dejaba sin efecto su nombramiento. Estas órdenes (i) se emitieron en sede del procedimiento de anulación de laudo y no en el procedimiento del que emanan, y (ii) se trataron en la vista ya indicada de finales de julio, la cual concluyó con una suspensión del procedimiento.

15. El 17 de septiembre de 2021, los demandantes reconocieron el laudo de jurisdicción ante los tribunales parisinos y solicitaron al árbitro el traslado de la sede arbitral a la ciudad gala. La razón esgrimida fue la continuada injerencia judicial en el procedimiento arbitral. Esta petición fue aceptada mediante la orden procesal nº 44 de 29 de octubre. En paralelo, el LAJ declaró mediante decreto de 13 de octubre de 2021 el archivo del Juicio Verbal 88/2020 sobre anulación de laudo debido a una carencia sobrevenida de objeto, pues entendía que el auto de nulidad de actuaciones del procedimiento de designación de laudo obraba efectos *ex tunc* y, por ende, tal laudo de jurisdicción se daba por no dictado. El citado decreto no fue recurrido por las partes. Siguiendo el *modus operandi* anterior, el árbitro invitó a las partes a formular alegaciones, tras lo cual dictó la orden de 29 de octubre ya comentada de cambio de sede. El Estado de Malasia, al ver tal decisión, denunció al árbitro ante la Fiscalía de Madrid por delitos de desobediencia grave e intrusismo quien, a su vez, remitió las actuaciones a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Madrid, quien remitió la investigación al Juzgado de Instrucción nº 40 de Madrid.

16. En Francia, la Corte de Apelación de París suspendió cautelarmente el exequatur del laudo de jurisdicción y Malasia solicitó en sede del procedimiento arbitral la suspensión del arbitraje. El 3 de enero de 2022, el árbitro denegó la petición, pues consideraba que el reconocimiento del laudo de jurisdicción no era necesario para el cambio de sede (orden procesal nº 49). Como se estudiará, los Herederos del Sultán pretendieron introducir el laudo al circuito jurídico francés de cara a evitar el reconocimiento y ejecución de una sentencia posterior emitida en suelo europeo. Ahora bien, el revés sufrido en segunda instancia ya anticipaba que el proceso arbitral enfrentaba altas probabilidades de colapsar.

¹⁵ El delito por intrusismo profesional por el cual se acusó en primera instancia al árbitro se fundamentó justamente en tal afirmación, pues el art. 403 CP castiga a aquellos que ejerzan una profesión sin la titulación oficial correspondiente o el título que le habilite legalmente para su ejercicio. El Juzgado de lo Penal nº 31 de Madrid en SJP M 22 diciembre 2023 (RJ 31/2023) absolvió al Dr. Stampa del citado delito debido a que la Ley de Arbitraje, en su art. 13, permite ser árbitro a cualquier persona natural que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no haya ninguna norma de exclusión en su profesión.

17. Al árbitro se le notificó el 15 de febrero de 2022 las diligencias previas iniciadas contra él, ante lo cual requirió a las partes alegaciones al respecto.

18. El 28 de febrero de 2022, se dictó laudo final en París condenando al Estado de Malasia a devolver el valor de restitución de los derechos sobre el territorio cedido, lo que alcanzaba una suma de 14.920 millones de dólares americanos, más 3.502.394,24 USD en costas procesales y 2.351.592,64 dólares en costes de arbitraje. Malasia, en un intento de paralizar cualquier ejecución, solicitó un pronunciamiento a la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de Madrid, en virtud del cual se declarase el laudo de jurisdicción como “jurídicamente inexistente [...] al haber sido dictado por quien carece de la condición de árbitro al haberse anulado su nombramiento por esta misma Sala.” Mediante auto de 1 de diciembre de 2022, el tribunal rechazó las pretensiones, pero hizo un pronunciamiento que, lejos de ser *obiter dictum*, indicaba que “efectivamente, como consecuencia de nuestro Auto de fecha 24 de junio de 2021, por el que se estimaba el Incidente de nulidad de actuaciones planteado por Malasia, se declarara la nulidad de todo lo actuado desde la diligencia de emplazamiento de dicha parte y, en consecuencia, del nombramiento inicial del árbitro”.

II. Los efectos del auto de 24 de junio de 2021 que estima el incidente de nulidad de actuaciones planteado a razón de defectos en el emplazamiento del Estado de Malasia en el procedimiento de designación de árbitro

19. Es indiscutible que la razón de ser de los incidentes excepcionales de nulidad es reponer las actuaciones al momento previo al vicio que causó indefensión a la parte afectada. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español carece de una disposición explícita que regule la interacción entre este procedimiento excepcional y un arbitraje ya iniciado. En este contexto, la Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid ha concluido que no existe interacción, pues si un procedimiento arbitral se ha iniciado con la designación judicial de un árbitro y esta designación es declarada nula, el arbitraje debe cesar como consecuencia lógica. Esto se debe a que, en términos cronológicos, el procedimiento de designación del árbitro es la antesala necesaria para la constitución del procedimiento arbitral.¹⁶ En otras palabras, sin la designación de árbitro, no puede existir árbitro ni, por ende, procedimiento arbitral. No obstante, este razonamiento omite considerar un aspecto fundamental: en el caso de estudio, el procedimiento arbitral no solo había comenzado, sino que ya había producido efectos consolidados. Los Herederos del Sultán ya habían recibido un primer fallo preliminar (el laudo de jurisdicción) donde se reconocían ciertos hechos constitutivos de derecho cuyo resultado era en la posibilidad de someter a arbitraje la controversia *suscitada en el arbitraje*. Nótese que se utiliza la locución “suscitada en el arbitraje” debido a que no existe una extensión de las pretensiones expresadas en la demanda de designación de árbitro, es decir, no obra preclusión del trámite de rogación en el procedimiento judicial, sino que es en el propio arbitraje en el que las partes reinician el contador procesal. En este sentido, el art. 29.1 LA establece que “el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda” en el propio seno del procedimiento arbitral. Se entiende que las partes no están vinculadas por las alegaciones efectuadas en sede del procedimiento de designación de árbitro. De hecho, en este caso, los demandantes solicitaron la designación de árbitro basándose en el principio *rebus sic stantibus* y en los principios de justicia, equidad y buena fe, con el objetivo de modificar los términos del contrato firmado entre las partes.¹⁷ Sin embargo, en sede arbitral plantearon una solicitud diferente: la terminación del contrato por incumplimiento de las obligaciones de pago de Malasia desde el 1 de enero de 2013 (o, en su defecto, 2020) y el valor de restitución de los derechos sobre el territorio arrendado en el Norte de Borneo.¹⁸ Esta evolución ilustra la naturaleza intrínseca del arbitraje, cuya independencia de

¹⁶ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 21.

¹⁷ STSJ M 29 marzo 2019 (RJ 5562/2019), p. 2.

¹⁸ Laudo final 28 febrero 2022, *Nurhima Kiram Fornan, Fuad A Kiram, Sheramar T Kiram, Permaisuli Kiram–Guerzon*,

los tribunales está protegida por el art. 7 LA. Dicha provisión dispone que los tribunales no intervendrán salvo disposición expresa de esta norma; una redacción basada en el art. 5 de la Ley Modelo de UNCITRAL.¹⁹ Este principio se interpreta como una limitación de la intervención judicial, diferenciándola de la asistencia jurisdiccional que los tribunales deben prestar al arbitraje en escenarios específicos.²⁰

20. La Audiencia Provincial, sin embargo, no observa esta distinción en su resolución. Es cierto que el TSJ es el único órgano judicial competente tanto para designar un árbitro como para declarar nulo su nombramiento.²¹ Sin embargo, el principio de intervención mínima debe aplicarse respetando los cauces legales para preservar el equilibrio entre el intervencionismo judicial en sentido estricto y la asistencia al arbitraje, garantizando la autonomía del arbitraje como institución. Para la Audiencia Provincial, la actuación del árbitro se presenta como una argucia procesal que intenta eludir la naturaleza constitucional del incidente de nulidad de actuaciones. En su razonamiento, un laudo preliminar no puede sanar ni validar los efectos de un nombramiento declarado nulo de pleno derecho,²² pues la nulidad se proyecta sobre los actos posteriores como una consecuencia inevitable de su carácter absoluto. Este enfoque parece desconocer que el arbitraje, una vez iniciado, adquiere una naturaleza independiente, regida por principios que limitan la intervención judicial, salvo en los casos expresamente previstos por la Ley de Arbitraje. La independencia del árbitro y la fuerza vinculante de los laudos arbitrales no dependen de la validez del acto de designación como tal, sino del marco normativo que rige el arbitraje como institución autónoma. En definitiva, no se pretende dejar sin efecto la nulidad de actuaciones, sino requerir de otros actos para su ejecución.

21. Cierta paralelismo lo podemos encontrar en los procedimientos de tasación de costas, en aquellos en los que se requiere la inscripción registral sobre algún extremo que afecte al fallo, o en la intervención de un juzgado para dar eficacia a un pronunciamiento que acuerda la venta de bienes en subasta pública. Todos ellos tienen en común que emanan de pronunciamientos puramente declarativos que requerían de una actividad judicial posterior para desplegar sus consecuencias jurídicas. Conocida como ejecución impropia, estos actos ejecutivos no son llevados a cabo en el seno del procedimiento judicial principal, sino que se realizan al margen del procedimiento en el que se dictó la sentencia declarativa.²³ Ello es debido a que las sentencias se ejecutan en sus propios términos (art. 18 LOPJ²⁴), por lo que es imposible formalmente dictar un auto de ejecución que se extralimite de lo contenido en la resolución de la que trae causa. Nótese que una ejecución escalonada no pretende limitar, ni amputar los derechos constitucional-procesales de defensa, audiencia y contradicción en aras de proteger la institución del arbitraje, sino que simplemente divide el proceso en dos pasos para equilibrar proporcionalmente los derechos en juego, a saber en este caso, el de la tutela judicial efectiva y la independencia y mínima intervención judicial del arbitraje. Si se observa el auto de 24 de junio de 2021, no encontramos disposición alguna respecto a los efectos que tiene su pronunciamiento. De hecho, ordena que se lleve

Taj-Mahal Kiram-Tarsum Nuqui, Ahmad Narzad Kiram Sampang, Jenny KA Sampang y Widz-Raunda Kiram Sampang v. Malaysia. Disponible en https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-nurhima-kiram-fornan-fuad-a-kiram-sheramar-t-kiram-permaisuli-kiram-guerzon-taj-mahal-kiram-tarsum-nuqui-ahmad-narzad-kiram-sampang-jenny-ka-sampang-and-widz-raunda-kiram-sampang-v-malaysia-final-award-monday-28th-february-2022#decision_20674.

¹⁹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL), *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) with amendments as adopted in 2006*, Viena, Naciones Unidas, 2008. Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

²⁰ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL), *2012 digest of case law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, Nueva York, Naciones Unidas, 2012, p. 21. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>.

Nótese que en ningún momento se menciona el apoyo al árbitro, sino a la institución en sí. Esto se debe a que el árbitro puede ser sustituido de conformidad al procedimiento establecido en el art. 19 LA.

²¹ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 13.

²² SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 15.

²³ Como ejemplo del uso de esta doctrina procesal, vid. AAP BI 14 noviembre 2005 (RJ 1408/2005); AAP TF 7 noviembre 2005 (RJ 2029/2005); o AAP LO 19 diciembre 2008 (RJ 295/2008)

²⁴ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 2 julio 1985.

testimonio de la resolución al procedimiento de anulación de laudo; su finalidad fue verificar o constatar una situación jurídica determinada, esto es, la declaración de un error judicial,²⁵ pero no alterarla. Es decir, el auto no generó efectos jurídicos materiales, lo que explica su carácter no ejecutable, sino que produjo únicamente efectos procesales. Con lo anterior no se pretende negar los efectos *ex tunc* de la nulidad de actuaciones, pero sí que se sostiene que el auto únicamente reconoció una situación, sin modificarla; eliminó la apariencia de validez del acto de notificación declarado nulo para que no generara efectos (principio *quod nullum est, nullum producit effectum*). En este sentido, fue el TSJ quien actuó de oficio al ordenar llevar testimonio del auto al segundo procedimiento, lo que presupuso que pretendía dar cauce a todo el proceso de nulidad, dejando claro que había un segundo paso a realizar: la resolución de la petición de anulación del laudo de jurisdicción.

22. Además, conviene destacar que el arbitraje se fundamenta en el principio de autonomía de las partes. Si estas lo acordaran o si sus actos lo evidenciaran (como el aquietamiento reconocido en el art. 6 LA), incluso en caso de declararse la nulidad de las actuaciones relativas al procedimiento de designación del árbitro, el profesional podría continuar ejerciendo como juzgador en el procedimiento arbitral. A tal efecto, se ha señalado en el anterior apartado que el Fiscal General de Malasia reconoció mediante carta remitida a los Herederos del Sultán el conocimiento de los procedimientos judicial y arbitral abiertos contra la Federación. Asimismo, Malasia compareció mediante representación letrada en el procedimiento arbitral, sin presentar objeción alguna, tal y como estipula el art. 6 LA. A más hacer, esta información obraba en los autos judiciales de designación de árbitro.²⁶ Entonces, entra dentro de los márgenes lógicos del árbitro el no dar curso directo a los efectos de la nulidad.

23. Por otro lado, está la discusión de los efectos de cada una de las resoluciones en juego. En principio, los efectos de cosa juzgada material están reservados para aquellas resoluciones que ponen fin al procedimiento.²⁷ Teniendo en cuenta el carácter del procedimiento de designación de árbitro, la sentencia emitida en este y, por extensión, su auto de nulidad únicamente vincula internamente al órgano jurisdiccional y a las partes del procedimiento. Ahora bien, esta teoría no se sabe cierta para los laudos arbitrales, los cuales producen efecto de cosa juzgada material según lo dispuesto en el art. 43 LA, sin distinción alguna entre laudos procesales y laudos finales.²⁸ De hecho, el legislador tampoco hizo matiz alguno al declarar la fuerza ejecutiva de los “laudos o resoluciones arbitrales” (art. 517.2 2º LEC). *A sensu contrario*, no clasifica todas las resoluciones judiciales por igual. Por tanto, se considera que el carácter vinculante del laudo de jurisdicción sobrepasa la fuerza del auto de nulidad de actuaciones. Dicho lo cual, si una parte hubiese llevado el auto de nulidad de actuaciones al procedimiento de anulación de laudo, este obraría como declaración de indefensión, pues vincula a las partes que fueron parte en su sustanciación.

24. Finalmente, observando el *iter* procesal, fue el propio Letrado de la Administración de Justicia quien asumió los efectos jurídicos del auto de nulidad. Primero, ordenando en dos ocasiones al árbitro el cese inmediato de su actividad y, segundo, archivando por carencia sobrevenida de objeto el procedimiento de anulación de laudo. Sin embargo, el juzgador penal sorprende al imponer la carga de prueba de la legalidad de lo acontecido sobre las partes intervinientes y no sobre el propio LAJ.²⁹ Para

²⁵ Así ha declarado la Sala Especial del art. 61 LOPJ al referirse a los incidentes excepcionales de nulidad de actuaciones (vid. ATS 28 noviembre 2018 (RJ 13803/2018), p. 4).

²⁶ ATSJ M 29 junio 2021 (RJ 594/2021), p. 6.

²⁷ Vid. A. DE LA OLIVA SANTOS & I. DÍEZ-PICAZO, *Derecho procesal civil: El proceso de declaración*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, p. 536.

²⁸ No obstante, no es una cuestión pacífica. Algunos autores, como FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, sostienen que la misma distinción aplicada a las sentencias debería extenderse a los laudos, diferenciando entre aquellos que abordan cuestiones de fondo y aquellos que resuelven cuestiones procesales. Vid. M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, “Artículo 43. Cosa juzgada y revisión de laudos firmes”, en J. GONZÁLEZ SORIA (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2004, p. 613.

²⁹ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 21: “Llegados a este punto, cabría plantearse teóricamente si la decisión del TSJM se adoptó de la forma más adecuada o si debió de mediar resolución expresa de la Sala, pero lo cierto es que, siendo contundente el razonamiento jurídico del Decreto, ninguna de las partes lo recurrieron. Y no la recurrieron porque, de hecho, la

alcanzar su convicción, la Audiencia Provincial espeta a los Herederos del Sultán que desistieran del procedimiento de designación, tras el planteamiento de la declinatoria de jurisdicción por parte de la Federación de Malasia. Empero, el juzgador penal no está llamado a juzgar la estrategia utilizada por las partes, sino su influencia en la actuación del árbitro. Se ha defendido en estas líneas que el proceso de nulidad de lo actuado requería dos procedimientos judiciales separados. Consecuentemente, los Herederos del Sultán, al ver el aquietamiento de la contraparte ante el decreto de archivo emitido en el seno del proceso de anulación y su falta de objeciones en el procedimiento arbitral, vieron una estrategia procesal que, pudiendo ser más o menos incorrecta, se enmarca la libertad de cada una de las partes. Lo que no se acaba de entender es el razonamiento realizado por la Sala en sede penal, cuando el núcleo de la cuestión radica en el razonamiento jurídico que tuvo que realizar el árbitro ante las actuaciones de las partes, de la Sala del TSJ de Madrid y de su LAJ. *¿Qué sentido podría tener proceder al nombramiento de un nuevo árbitro si se defiende que la declaración de nulidad en nada afectaba al acusado?* se plantea la Audiencia Provincial.³⁰ Con todo respeto, el sentido de la actuación de las partes no solo excede del cometido del árbitro, sino también del juzgador penal. Todo ello sin perder de vista que el árbitro no era parte del citado procedimiento y, por tanto, desconocía las actuaciones de cada una de las partes en relación con los actos no conformes a derecho efectuados por el Letrado de la Administración de Justicia.

25. Así pues, contrariamente a lo que indica el juzgador penal,³¹ no se pretende desproveer de competencias a la Sala del TSJ para decidir sobre la validez o nulidad de sus propios actos, en virtud del mandato que le ofrece el legislador como garante de los derechos fundamentales. La Ley de Arbitraje ofrece sobradas herramientas para subsanar cualquier problemática. No obstante, deben conjugarse los principios de cada una de las jurisdicciones, la ordinaria y la arbitral, sin que quepa ninguna consideración de contrariedad o competitividad entre ellas; todas forman parte de un sistema de garantías.³²

III. El procedimiento de exequatur francés y el traslado de la sede arbitral a París

26. Se ha señalado que, desde un enfoque formal, no era necesario obtener el exequatur del laudo de jurisdicción en territorio francés. El árbitro tenía la facultad de trasladar la sede del arbitraje fuera de España a solicitud *ex parte*, sin necesidad de que el laudo fuera reconocido en dicho país. Sin embargo, es relevante señalar que paralelamente se iniciaron dos procedimientos judiciales para colapsar el arbitraje: por un lado, la solicitud de anulación del laudo, y por otro, la nulidad de las actuaciones en el proceso de designación del árbitro. Los demandantes, siendo conscientes de las potenciales injerencias judiciales que podría sufrir el procedimiento arbitral, optaron por solicitar el cambio de sede arbitral con una clara intención de modificar la *lex arbitri*. De esta forma, serían los tribunales parisinos quienes tendrían la potestad de decidir sobre la posible anulación del laudo final.³³ Lo anterior, lejos de estar prohibido, entra dentro del *usus fori* del arbitraje.

27. Ahora bien, la razón tras la solicitud de reconocimiento del laudo de jurisdicción reside en que Malasia podría haber activado lo que se conoce como “acción torpedo”, una táctica de guerrilla procesal que busca aprovechar el sistema de reconocimiento privilegiado de resoluciones judiciales proveído por el art. 36.1 del Reglamento Bruselas I Bis.³⁴ En ese momento se estaba sustanciando un procedimiento de

nulidad acordada con necesaria retroacción de actuaciones ya estaba teniendo efecto, que no era otro que la retroacción de las actuaciones al momento inicial, para que, en su caso, se designará un nuevo árbitro.” (el subrayado es nuestro).

³⁰ SAP M 15 abril 2024 (R/J 5089/2024), p. 21.

³¹ SAP M 15 abril 2024 (R/J 5089/2024), p. 14.

³² SAP M 15 abril 2024 (R/J 5089/2024), p. 16.

³³ En F. FERRARI, “Plures leges, sed leges faciunt arbitrum”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, n° 14(1), mayo 2022, p. 33, se señala que antes de que se emita un laudo arbitral, la determinación de la sede arbitral es clave, ya que en muchos países el régimen arbitral está fundamentado en el criterio territorial. La elección de la sede define no solo el marco jurídico aplicable procesalmente al arbitraje, sino también el lugar donde se considera “dictado” el laudo. Esto último es crucial en la etapa posterior, ya que afecta los posibles recursos contra el laudo.

³⁴ Dentro de las técnicas de guerrilla, definidas por R. PFEIFER & S. WILSKÉ, “Introduction to Guerrilla Tactics in Interna-

anulación del laudo de jurisdicción, además de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Teniendo en cuenta que los laudos arbitrales quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I Bis según su art. 1.2 d), esto implica que cualquier resolución judicial emitida antes del laudo final podría haber sido fácilmente reconocida en suelo francés, ya que no requieren de exequatur, ofreciendo un argumento sólido, en caso de ser inconciliable con el laudo, para anularlo por razones de orden público. En sentido contrario, si el laudo de jurisdicción es reconocido antes de estos pronunciamientos, se integra en el tráfico jurídico francés como resolución judicial, lo que hubiese permitido aplicar las reglas de exclusión de reconocimiento de sentencias europeas del art. 45.1 c) llegado el caso, pues ninguna resolución judicial española inconciliable con una resolución judicial francesa hubiera podido ser reconocida en Francia. Evidentemente, si el laudo hubiera sido anulado en España, sería una razón válida para revocar su reconocimiento, aunque no garantizada por la legislación gala. Mucho menos asegurada estaría la revocación del reconocimiento del laudo basada en el auto de nulidad de actuaciones, dado que sus efectos,³⁵ como ya se ha analizado, no son claros. Ahora bien, nótese también que la sentencia *Prestige* introdujo un criterio temporal, según el cual prevalece la primera resolución emitida.³⁶ En este caso, el auto de nulidad es anterior a la resolución de reconocimiento francés del laudo de jurisdicción, lo que podría haberlo hecho peligrar.³⁷

28. Dicho lo anterior, el juzgador penal toma la orden procedimental nº 44 de 29 de octubre de 2021 en la que se acepta la solicitud de traslado de sede arbitral como “el mejor exponente del empeño del acusado en sortear a toda costa el efecto del mandato judicial”.³⁸ Paralelamente considera que su “atención prioritaria se tiene que centrar de manera exclusiva en el proceso jurisdiccional seguido en España”,³⁹ pues lo que interesa a la Audiencia Provincial es si el árbitro cesó o no su labor al tener conocimiento de la anulación de su nombramiento y haber sido conminado para dar por finalizada su actividad.⁴⁰ Sin embargo, surge la pregunta de si se debe cumplir cualquier tipo de orden por el mero hecho de ser emitida por un autoridad. El árbitro tiene potestad *iuris dictio*, es decir, sus pronunciamientos tienen efectos de cosa juzgada y vincula a las partes. En este sentido, el auto de nulidad únicamente contenía pronunciamientos declarativos, y las medidas de ejecución derivadas del mismo fueron implementadas por el LAJ mediante una actuación poco habitual y sin actuación conjunta con la Sala. Tanto el oficio remitido el 7 de julio de 2021 como la diligencia de ordenación del 20 de julio del mismo año reflejan la carencia formalista de la actuación del tribunal. En esencia, se estaba llevando a cabo una ejecución con efectos sobre terceros, pues el árbitro no fue parte en el incidente excepcional de nulidad. Este tipo de actuaciones, por su naturaleza y sus consecuencias, debería haberse gestionado a través de un decreto, que es el instrumento procesal adecuado en estos casos. Las normas procesales establecen diferentes cauces según la naturaleza de las resoluciones y la necesidad de que estas sean examinadas en último término por jueces o magistrados. Los trámites utilizados en este caso son típicos de actos procesales de trámite, los cuales solo admiten recursos de reposición ante el propio LAJ. Estos actos de trámite, al no generar ni mermar derechos sustantivos, no requieren de una revisión por la Sala. En contraste,

tional Arbitration”, en G. J. HOVARTH & S. WILSKE (Eds.), *Guerrilla tactics in international arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2013, p. 3, como aquellos comportamientos no convencionales que alteran o socavan el funcionamiento previsto del arbitraje, podemos encontrar las *acciones torpedo* que son aquellas que pretenden la obtención de una tutela judicial más favorable, sacando rédito del sistema privilegiado del Reglamento Bruselas I Bis (vid. J. PÉREZ FONT, “Reconocimiento y ejecución del laudo declarativo en el Derecho inglés como método efectivo para proteger el convenio arbitral”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 11(2), octubre 2019, pp. 315–316).

³⁵ En la STJUE 20 junio 2022, *London Steam–Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited v. Kingdom of Spain*, C–700/20, *Rec.* 2020, p. 66, se declaró que el análisis de *inconciliable* se lleva a cabo sobre los efectos de la resolución extranjera en contraposición con los efectos de la resolución nacional, ignorándose así los aspectos procesales surgidos durante su proceso de emisión de la segunda resolución.

³⁶ STJUE 20 junio 2022, *London Steam–Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited v. Kingdom of Spain*, C–700/20, *Rec.* 2020, p. 63.

³⁷ Cabe señalar que este criterio temporal es *praeter legem*, ya que, aunque busca prevenir un abuso del derecho en la aplicación del Reglamento, el legislador ha generado distinciones entre el apartado c) y el d), omitiendo deliberadamente cualquier referencia a un criterio de temporalidad en el primero de ellos.

³⁸ SAP M 15 abril 2024 (*RJ* 5089/2024), p. 28.

³⁹ SAP M 15 abril 2024 (*RJ* 5089/2024), p. 6.

⁴⁰ SAP M 15 abril 2024 (*RJ* 5089/2024), p. 11.

las resoluciones que afectan a derechos sustantivos sí deben ser susceptibles de revisión mediante los cauces establecidos, asegurando un mayor control judicial. Así, lo primero que podemos observar es un error judicial que afecta a la seguridad jurídica y los derechos de los sujetos involucrados. No deja de sorprender como la Audiencia Provincial indica que “no le corresponde al juez penal revisar la legalidad de la orden incumplida”.⁴¹ De hecho, se considera que sí debe hacerlo por cuanto la orden no emanó del auto judicial, sino de las interpretaciones que hizo el LAJ sobre el citado auto.

29. La jurisprudencia utilizada por la Sala hace referencia a la negativa de declarar por parte de un testigo cuyo motivo no se podía ver amparado por ninguna disposición imperativa como podría ser el secreto profesional en el ejercicio de la abogacía;⁴² una ejecución de título judicial contra un particular;⁴³ el cumplimiento de una orden de exhibición de libros mercantiles;⁴⁴ o la negativa del *President de la Generalitat* a cumplir una Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional.⁴⁵ Todas ellas tratan situaciones en las que el emisor de la orden posee una superioridad jerárquica sobre el receptor y, además, no existía norma imperativa que permitiera al mandado desafiar la orden. Tal y como nuestro Alto Tribunal ha expresado, el operador se puede encontrar en un estado de necesidad, completa o incompleta, por existir un conflicto entre dos o más bienes o intereses jurídicos. En este caso, el árbitro debía decidir entre dos males graves, reales y actuales: obedecer la orden o evitar cualquier responsabilidad derivada del incumplimiento de sus deberes impuestos por la Ley de Arbitraje.⁴⁶ Para poder dirimir esta colisión, se necesitan comparar los bienes jurídicos objetos de tutela.⁴⁷ Así, resulta necesario no solo analizar la norma imperativa que aplica al árbitro, sino de quien emana la orden, cómo se desarrollan los hechos y, entre otros, la legalidad y formalismos de esta, así como otros hechos que afecten a la antijuridicidad del caso.

30. En relación con lo anterior, resulta pertinente analizar con detenimiento los acontecimientos ocurridos tras el reconocimiento del laudo de jurisdicción. Malasia estuvo recurriendo toda resolución que no le era favorable, y solo notificaba aquellas que actuaban en su beneficio, sin explicar el origen de estas, la sustanciación del procedimiento del que emanaban, ni ningún otro detalle que permitieran esclarecer qué estaba ocurriendo fuera del procedimiento arbitral. Para poder dirimir si el acusado pudo cometer un *error in procedendo* en la tramitación del procedimiento o si, por el contrario, era plenamente consciente de los actos que cometía, resulta necesario valorar la información disponible para el acusado en el momento de tomar cada decisión, dado que este se encontraba constreñido a los datos proporcionados por las partes o aquellos que le eran remitidos directamente por el juzgado, sin acceso a una visión general del conflicto. De hecho, esta limitación explica por qué, cada vez que se recibía información que pudiera afectar al desarrollo del procedimiento arbitral, el árbitro convocaba a las partes para que expusieran y aclararan la situación, asegurando así que su actuación estuviera fundamentada únicamente en los elementos aportados dentro del marco procesal. Es cierto que la resolución francesa de reconocimiento fue suspendida cautelarmente a finales del 2021, pero el recurso de apelación no fue estimado hasta el 6 de junio de 2023. Recordemos que el laudo final fue emitido el 28 de febrero de 2022, un año antes de esta decisión. No es de extrañar que, con todo el entramado judicial acaecido hasta el momento, el árbitro considerara a Malasia como ejecutora de las conocidas *tácticas de guerrilla*.⁴⁸

31. En cuanto a la decisión gala, la *Cour d'Appel* sostuvo que la cláusula del acuerdo que designaba como árbitro al cónsul general británico en Brunei constituía una cláusula compromisoria válida,

⁴¹ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 12.

⁴² STS 5 octubre 2022 (RJ 3511/2022).

⁴³ STS 29 octubre 2020 (RJ 3527/2020).

⁴⁴ STS 18 febrero 2010 (RJ 898/2010).

⁴⁵ STS 23 enero 2019 (RJ 91/2019).

⁴⁶ Entre otras, STS 18 octubre 2012 (RJ 8258/2012), p. 5.

⁴⁷ V. MAGRO SERVET, “Casuística sobre el cumplimiento del deber de secreto profesional del abogado hacia su cliente”, *Revista CEFLegal*, nº 221, junio 2019, p. 75.

⁴⁸ En palabras del Magistrado disidente D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE, ATSJ M 29 junio 2021 (RJ 594/2021), p. 6, con respecto a la actuación de Malasia: “[...] ni ha sufrido la menor indefensión material, ni está actuando con buena fe, pudiendo plantearse incluso la existencia de un litigar temerario al interponer el presente incidente de nulidad.”

destacando que esta elección reflejaba la voluntad determinante de las partes. Como resultado, concluyó que, al haberse extinguido dicho cargo, el acuerdo arbitral debía quedar sin efecto, sin posibilidad de que las partes suplieran esta ausencia mediante la designación de otro árbitro. La *Cour d'Appel* invocó el art. 1520 del Código de Procedimiento Civil francés, primer apartado, que donde se establece que un laudo puede ser impugnado si el tribunal arbitral carecía de autoridad para dictarlo.⁴⁹ Gracias a esta provisión, la Corte se aparta del criterio del árbitro y del TSJ de Madrid, quienes habían validado la subsistencia del acuerdo arbitral tras la desaparición del cargo originalmente designado, considerando que podía ser sustituido por un árbitro español debido a los lazos históricos entre el territorio disputado y España. Es significativo que la sentencia de la *Cour d'Appel* opta por desatender el informe a favor del reconocimiento del Ministerio Fiscal francés, respaldando en cambio las alegaciones presentadas por Malasia durante la apelación. Este hecho cobra especial relevancia porque el art. 6 de la Ley de Arbitraje española, sobre la renuncia tácita, tiene un correlato en el art. 1466 del Decreto francés nº 2011-48. Sin embargo, la Sala no aborda la falta de participación de Malasia en el proceso de designación judicial del árbitro, en el que fue declarada en rebeldía, ni su breve intervención en el arbitraje entre octubre y noviembre de 2019, en el que no expresó objeciones sobre la validez del acuerdo arbitral ni sobre las actuaciones realizadas hasta entonces en el procedimiento arbitral; motivo más que suficiente para excepcionar la acción de anulación.

IV. El delito de desobediencia grave. ¿Existió ánimo de desprestigiar a la función pública?

32. Lo expuesto hasta el momento demuestra que este caso se desarrolla en un incansable caos procesal con múltiples errores judiciales. En primer lugar, se llevó a cabo una defectuosa notificación al demandado. Más tarde, el auto que resolvió el incidente de nulidad fue parco al señalar sus efectos, por lo que el LAJ, en una extralimitación de sus funciones, decidió cómo esta resolución iba a afectar a todo el procedimiento arbitral. En este sentido, se optó por comunicar al árbitro la decisión del LAJ sobre su cese mediante oficio y diligencia de ordenación, respectivamente, siendo comunicadas ambas informalmente. Finalmente, se procedió a archivar el juicio verbal de anulación del laudo de jurisdicción por una supuesta pérdida sobrevenida del objeto al haberse acordado la nulidad de actuaciones en el procedimiento de nombramiento de árbitro, sin que esta decisión fuera recurrida por el Estado de Malasia.

33. Sin embargo, el juzgador penal, lejos de tomar en consideración todos estos hechos, se centra en la cualidad de letrado en ejercicio del árbitro para concluir que no era esperable tan tenaz oposición por su parte.⁵⁰ Parece que pretende suplir los diversos errores en la tramitación del procedimiento mediante los conocimientos del operador jurídico. De hecho, da por sentado que la orden de cese “era una emanación lógica e insoslayable de la decisión del Tribunal al acordar la nulidad del nombramiento”.⁵¹ Ahora bien, únicamente encontramos un pronunciamiento específico al respecto llevado a cabo nueve meses después de la emisión del laudo final. Concretamente, el TSJ de Madrid se pronunció al respecto al denegar la petición de declaración de inexistencia del laudo de jurisdicción por parte del Estado de Malasia el 1 de diciembre de 2022.⁵² En este sentido, sorprende que el TSJ de Madrid declarara que la estimación del incidente conllevaba la nulidad de todo lo actuado desde la diligencia de emplazamiento, ya que, una vez resuelta la denegación de la tutela suplicada –la declaración de inexistencia del laudo–, no procedía tal pronunciamiento. Nótese que se formula la petición declarativa en el seno de un procedimiento de designación de árbitro, por lo que ninguna declaración de existencia o inexistencia de laudo se puede llevar a cabo, ni tan siquiera *obiter dictum*. De hecho, el legislador únicamente otorga a dicho procedimiento la capacidad de verificación formal de la existencia de un convenio arbitral, cuya resolu-

⁴⁹ A diferencia de lo que ocurre en España, el Código de Procedimiento Civil francés permite en sede de apelación la denegación del reconocimiento del laudo por una de sus causas de nulidad (el art. 1525 de la norma remite a las causas del art. 1520).

⁵⁰ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 18.

⁵¹ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 19.

⁵² ATSJ M 1 diciembre 2022 (RJ 509/2022), p. 2.

ción carece de fuerza de cosa juzgada material, por lo que ningún pronunciamiento respecto a un laudo se puede hacer en tal procedimiento.⁵³

34. Asimismo, como ya se ha señalado, el juzgador penal aborda la cuestión desde su propio conocimiento fáctico adquirido tras la lectura de los autos penales. Empero, no analiza la *mens rea* del acusado. El árbitro basa su decisión en la información aportada por las partes o por su posición en los diferentes procedimientos judiciales. Ahora bien, desconoce que ocurre fuera de ellos. En efecto, su conocimiento sobre el procedimiento de designación de árbitro y el incidente excepcional de nulidad en él planteado fue limitado, a diferencia de lo que ocurre con los magistrados de la Audiencia Provincial. Buen ejemplo de ello es que el árbitro alega desidia por parte del Estado de Malasia para con el incidente de nulidad de actuaciones, mientras que el juzgador penal niega lo anterior exponiendo el *iter* procesal de la solicitud de testimonio en sede del Juicio Verbal 4/2018.⁵⁴ *A sensu contrario*, el juzgador penal ha ignorado los actos *ex parte* en el procedimiento arbitral, centrándose únicamente en las órdenes procedimentales emitidas por el árbitro tras las comunicaciones por parte del LAJ. Sin embargo, este aplicó el principio de justicia rogada en su máximo exponente. En este sentido, se puede ver como el juzgador penal desmiente el aquietamiento por parte de Malasia en sede del procedimiento de designación de árbitro,⁵⁵ pero omite apreciación alguna sobre la pasividad de la citada parte al personarse en octubre de 2019 en el procedimiento arbitral. La Audiencia Provincial consideró que la diferencia entre actos procesales y arbitrales es artificioso e inconsistente, por ser los primeros presupuestos necesarios de los segundos.⁵⁶ Con ello, el juzgador penal vuelve a situar al arbitraje en una posición de sumisión en aras de salvaguardar supuestamente el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, la doctrina constitucional ha establecido que la cláusula arbitral representa una renuncia al ejercicio de la tutela por parte de los tribunales ejecutada mediante “la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto”.⁵⁷ Huelga decir que no se defiende que la cláusula arbitral sea una renuncia general al derecho fundamental del art. 24 CE, sino que al aceptar la sumisión al arbitraje, las partes han accedido al cambio de las reglas del juego, esto es, apartando las normas y principios procesales ordinarios para someterse a otras distintas. En otras palabras, el arbitraje es de naturaleza contractual en sus orígenes y de carácter jurisdiccional en sus efectos. Este carácter mixto entre alternativa a la jurisdicción y equivalencia jurisdiccional conlleva que el acceso a la jurisdicción ordinaria se relega a “garantizar la resolución pacífica de aquellas situaciones de conflicto jurídico que el propio arbitraje no puede resolver por sí mismo.”⁵⁸ Consecuentemente, las decisiones procesales libres y voluntarias de las partes tienen una afección directa en la formación de la voluntad del árbitro.

35. A los efectos del presente análisis, se deben considerar como decisiones no solo las conductas activas, sino también la inactividad de las partes. Bajo el principio de justicia rogada, el árbitro no debe interpretar la voluntad de las partes tras cada uno de sus actos, pues estos no pueden ser cuestionados por la persona llamada a juzgar un conflicto.⁵⁹ Por ello, a falta de disposición expresa, cualquier aquietamiento es sinónimo de preclusión, aplicándose la prohibición de la *mutatio libelli*. Tras el decreto

⁵³ Se comparten las conclusiones efectuadas en el voto particular de D. JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE al ATSM 1 diciembre 2022 (RJ 509/2022), p. 4.

⁵⁴ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 19.

⁵⁵ En la SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 19, se detalla que el Estado de Malasia solicitó al TSJ de Madrid el testimonio de las actuaciones. Esta solicitud fue inicialmente denegada por el LAJ mediante una diligencia de ordenación fechada el 15 de septiembre de 2020, así como en la resolución del recurso de reposición interpuesto. Sin embargo, la Sala aceptó la petición al resolver el recurso de revisión el 5 de febrero de 2021. Con el acceso obtenido a los autos, Malasia presentó un incidente excepcional de nulidad y una demanda de anulación del laudo.

⁵⁶ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 20.

⁵⁷ STC 23 noviembre 1995, 174/1995, *BOE* de 28 diciembre 1995; STC 30 abril 19996, 75/1996, *BOE* de 31 mayo 1996; y STC 11 noviembre 1996, 176/1996, *BOE* de 17 noviembre 1996.

⁵⁸ Voto particular formulado por D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS a la STC 11 enero 2018, 1/2018, *BOE* de 7 febrero 2018, p. 14718.

⁵⁹ Según la Sala de lo Contencioso del TSJ de Canarias, el juzgador no puede subsanar los errores de las partes, por ser sus actos una exteriorización de su voluntad (vid. STJS CAN 7 diciembre 2018 (RJ 4460/2018), p. 6).

de archivo, Malasia no reaccionó; al igual que tampoco lo hizo en sede arbitral. Argumenta la Audiencia Provincial que qué sentido tendría la actividad tendente a nombrar otro árbitro si se argumenta que la nulidad no afectaba al Dr. Stampa.⁶⁰ El acusado no era parte de ese procedimiento, por lo que desconocía la petición de un nuevo nombramiento o su falta de ella. Dónde sí fue parte interesada es en el procedimiento de anulación de laudo que, por el decreto de archivo y la falta de acciones por parte del Estado de Malasia, devino firme. La acción de anulación caducó y el laudo de jurisdicción desplegó sus efectos de cosa juzgada material; efectos de los que carecía el auto de nulidad de actuaciones.

36. Insiste la Audiencia Provincial al señalar que el art. 19 LA sobre remoción de árbitro era inoperante debido a que el Dr. Stampa era árbitro en el asunto de autos solo gracias al procedimiento de designación de árbitro. La naturaleza mixta que la doctrina constitucional ha otorgado a la institución del arbitraje provoca que, una vez aceptado el encargo, hecho acaecido en este caso el 31 de mayo de 2019, el árbitro se convierte en un equivalente jurisdiccional. Dicha equivalencia, no obstante, únicamente podrá ser llevada a término si se le aplican las garantías formales de independencia. Entre ellas encontramos la inamovilidad que resulta en una prohibición de remoción del cargo salvo “causas razonables, tasadas o limitadas y previamente determinadas.”⁶¹ Prueba de ello es que el legislador trata la recusación y otros motivos de cese de los árbitros tras declarar que estos deben de guardar debida imparcialidad e independencia frente a las partes (Título IV, arts. 17 y ss.). La razón de imponer una inamovilidad absoluta una vez designado el profesional, salvo previsión legal expresa o acuerdo entre las partes, se debe al equilibrio que la norma hace entre la autonomía de la voluntad de las partes y la prevención de un abuso de la confianza depositada por el oponente. Este último escenario se daría ante aquella parte que, conociendo un impedimento procesal para continuar con el arbitraje, se espere al momento procesal que el solicitante considere oportuno para su alegación.⁶² Como se puede observar, esta ponderación está íntimamente ligada al art. 6 LA. En este sentido, se considera interesante una sentencia de abril de 2003 emitida por el Tribunal Regional Superior de Colonia (Alemania). En dicho fallo, se resolvió un incidente relacionado con la concesión indebida de un permiso administrativo especial a un juez para ejercer como árbitro. Aunque el tribunal concluyó que dicha irregularidad no inhabilitaba automáticamente al juez para desempeñarse como árbitro (recordemos que en el caso de análisis se reconoce que el árbitro sí que tiene título para ejercer como tal), sí consideró que hacía cuestionable la validez de la concesión del permiso administrativo especial (sin permiso, no podía ejercer como árbitro ya que era presupuesto necesario). Sin embargo, debido a que el plazo para interponer la recusación ya había prescrito, el tribunal asumió el nombramiento del juez como válido, considerando que el permiso especial seguía en vigor.⁶³ En el caso de los Herederos del Sultán de Sulu, aunque el árbitro contaba con un permiso incorrectamente otorgado por el TSJ de Madrid, este continuó ejerciendo sus funciones, dado que ninguna de las partes involucradas había presentado una recusación ni solicitado su cese.

37. En consecuencia, cuesta creer que exista un ánimo de desprestigiar la función pública del TSJ de Madrid por parte del árbitro, entendiéndose el desprestigio en un grado de afección mayor al del simple incumplimiento. Todo desacatamiento conlleva *per se* un desprestigio a la orden y, por ende, a su dignidad funcional. Ahora bien, hay que atender no solo a factores como la persistencia o contumacia a la hora de incumplir, sino al ánimo específico del acusado frente al bien jurídico del delito.⁶⁴

⁶⁰ SAP M 15 abril 2024 (RJ 5089/2024), p. 19.

⁶¹ STC 11 julio 1994, 204/1994, BOE de 4 agosto 1994, p. 34.

⁶² UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *2012 digest of case law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, Nueva York, Naciones Unidas, 2012, pp. 64 y 69. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>.

⁶³ Oberlandesgericht Köln, Alemania, 11 abril 2003, 9 SchH 27/02 (cfr. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *2012 digest of case law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, Nueva York, Naciones Unidas, 2012, p. 71. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>).

⁶⁴ S. CÁMARA ARROYO & M. TEJÓN ALCALÁ, “La negativa a someterse a las pruebas de alcohol y drogas: Un análisis de las cuestiones más controvertidas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 75(1), enero 2023, p. 234.

V. Conclusiones

38. El análisis jurídico llevado a cabo evidencia la necesidad de abordar el incidente excepcional de nulidad con un enfoque equilibrado que respete tanto la autonomía del arbitraje como las garantías procesales establecidas por el ordenamiento jurídico. Este caso pone de manifiesto la compleja interacción entre la jurisdicción ordinaria y el procedimiento arbitral, subrayando la importancia de delimitar claramente las competencias y los efectos de las resoluciones judiciales sobre los actos propios del arbitraje. En primer lugar, la declaración de nulidad de la designación del árbitro no debe interpretarse como un evento que anule directamente los efectos consolidados del procedimiento arbitral, especialmente cuando este ya ha generado decisiones vinculantes, como el laudo de jurisdicción. Esta conclusión se sustenta en la autonomía del arbitraje, que limita la intervención judicial a los casos expresamente previstos en la Ley de Arbitraje, y en la capacidad de las partes para definir el alcance y los efectos del procedimiento. En segundo lugar, las resoluciones judiciales relacionadas con la designación del árbitro tienen una fuerza vinculante limitada a las partes y al ámbito procesal correspondiente, careciendo de efectos externos al procedimiento. Por ello, el auto de nulidad de actuaciones debe entenderse como un acto procesal con implicaciones específicas que no afectan directamente a la validez ni la continuidad del arbitraje. Además, la decisión del árbitro de no cesar de inmediato su actividad arbitral encuentra respaldo en la ausencia de una objeción explícita de las partes y en el principio de justicia rogada. La inacción de los intervinientes, particularmente del Estado de Malasia, constituye un aquietamiento que refuerza la validez de las decisiones adoptadas dentro del arbitraje, pese a la nulidad del acto inicial de designación. Conviene recordar que nos encontramos ante una sentencia penal que ha condenado al árbitro a seis meses de prisión y un año de inhabilitación para el ejercicio de la actividad profesional de árbitro. El mero hecho de no atender una orden, no debería conllevar tal reproche, sino que se considera vital llevar a cabo una ponderación de los diferentes conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y el arbitraje. La interpretación conforme a la cual se considera que se debería haberse tramitado la nulidad de actuaciones mediante procedimientos judiciales escalonados pretende preservar la independencia del arbitraje sin desvirtuar la tutela judicial efectiva ni los derechos procesales de las partes, manteniendo así un equilibrio entre la intervención judicial y la autonomía arbitral, y garantizando la coherencia y efectividad del sistema jurídico.

39. Por otro lado, parece que el juzgador penal ha olvidado el origen de la controversia. Múltiples errores judiciales han resultado en un procedimiento penal contra un tercero ajeno a tales deficiencias. Notificaciones informales o erróneas, decisiones ambiguas, o actuaciones que excedieron los límites de las competencias legales del emisor han sido algunos de los defectos procesales acaecidos. Un punto crítico fue la falta de claridad del auto que resolvió el incidente de nulidad. En él no se establecieron con precisión los efectos de su pronunciamiento, dejando al LAJ en la posición de interpretar y actuar de manera autónoma, lo que generó consecuencias sobre el procedimiento arbitral sin el respaldo procesal adecuado. Esta falta de control judicial sobre las resoluciones que afectaban a derechos sustantivos, especialmente cuando impactaron en terceros pronunciamientos, ha resultado en interpretaciones diametralmente opuestas entre el juzgador penal y el árbitro. En este sentido, tratar el arbitraje como una institución subordinada a los principios procesales ordinarios ha tenido consecuencias económicas para las partes y penales para el árbitro; todo ello debido a no considerar el carácter mixto del arbitraje, que combina elementos contractuales y jurisdiccionales. Su equivalencia jurisdiccional implica que los árbitros deben contar con garantías de independencia y estabilidad, salvo causas razonables y tasadas legalmente. La inobservancia de este criterio constitucional debilita la confianza en el sistema arbitral y en la autonomía de la voluntad de las partes, esenciales para su funcionamiento.

40. El enfoque de la Audiencia Provincial, al centrarse en la cualidad profesional del árbitro y en su supuesta oposición tenaz, omite un análisis integral de factores determinantes como la falta de notificación adecuada, la ausencia de recursos del Estado de Malasia y la firmeza del laudo de jurisdicción. De la lectura de la Sentencia se extrae una ignorancia por parte del juzgador penal sobre la influencia de las decisiones y aquietamientos de las partes en la actuación del árbitro. La doctrina constitucional destaca

que el arbitraje constituye una renuncia legítima y voluntaria a ciertos derechos procesales ordinarios en favor de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Subordinar el arbitraje a las mismas reglas aplicables a la jurisdicción ordinaria contradice su esencia y desvirtúa su autonomía. Consecuentemente, resulta imprescindible para juzgar las acciones del árbitro el tener en cuenta la naturaleza del arbitraje y las medidas tomadas dentro de sus límites y principios.

41. Finalmente, se ha comenzado este trabajo planteando si los hechos merecen un castigo penal. QUINTERO OLIVARES señala que el derecho penal debe ceñirse a proteger el funcionamiento del Estado de Derecho, recurriéndose a él solo cuando no existan otros mecanismos jurídicos no penales que puedan garantizar la tutela pretendida.⁶⁵ En este sentido, el principio de intervención mínima se define como un límite al *ius punendi*, constituyendo el último recurso tanto para preservar el Estado de Derecho como para proteger a los ciudadanos, promoviendo y defendiendo los valores inherentes al derecho penal en un sistema democrático.⁶⁶ En relación con lo anterior, se encuentra el principio de proporcionalidad, y particularmente uno de sus componentes: la necesidad, que implica que la protección ofrecida por la norma penal no debe poder ser reemplazada por una alternativa menos restrictiva. En esencia, la idea de necesidad exige que se emplee el medio que menos limite las libertades individuales al abordar un problema social.⁶⁷ Entonces, la pregunta que surge es si existen otros medios igualmente eficaces para ejecutar la nulidad de actuaciones, pero menos coactivos que la imposición de prisión al árbitro. La LEC, en sus arts. 709 y 710, regula las multas coercitivas como una medida de ejecución indirecta, destacando su utilidad particularmente en aquellos casos en los que no sea factible implementar otras medidas que no dependan de la voluntad del condenado. De hecho, su introducción en el ordenamiento procesal civil responde a la necesidad de actuar frente a ejecuciones *in natura* que solo podían llevarse a término a voluntad del obligado.⁶⁸

42. No se niega que el árbitro, en virtud del art. 709 LEC, podría haber intervenido en el procedimiento judicial alegando los motivos que considerase para oponerse a la orden recibida por el LAJ. Sin embargo, se deben tener en cuenta dos elementos. El primero se refiere a la imparcialidad del árbitro y a su rol como juzgador en el arbitraje. Si este hubiese intervenido en sede del procedimiento judicial donde se le notificaron las dos resoluciones del LAJ, esto es, en el de anulación del laudo de jurisdicción, con su actuación hubiera dado los argumentos jurídicos y la estrategia procesal apropiada al Estado de Malasia, lo que hubiera decantado la balanza a favor de esta parte en contraposición con los Herederos del Sultán. El árbitro no estaba actuando como ejecutado ordinario, sino como un ejecutado en situación de especialidad por su rol jurisdiccional. El segundo elemento a valorar es que, una vez ordenado su cese, el procedimiento donde se le requirió fue archivado, sin mayor actuación. La multa coercitiva, como método de ejecución indirecta, se sustancia en el mismo procedimiento donde se llevan a cabo las medidas ejecutivas (las órdenes de cese). No obstante, la parte interesada no solicitó la referida sanción, sino que le denunció directamente ante el Ministerio Fiscal. Recordemos que las medidas coercitivas de la LEC, aunque tienen una finalidad conminatoria, no dejan de ser sanciones; tutela que Malasia buscó en la jurisdicción penal, en vez de acudir a los cauces civiles del propio procedimiento de ejecución. También sorprende que el LAJ, en ninguna de sus comunicaciones, efectuara un apercibimiento al sujeto requerido sobre las consecuencias que podía acarrear su incumplimiento. Tampoco se optó por incoar pieza separada de mala fe procesal, de conformidad con el art. 247 LEC. Vista la pertinaz actuación del

⁶⁵ G. QUINTERO OLIVARES, *Introducción al derecho penal: Parte general*, Barcelona, Barcanova, 1981, p. 48.

⁶⁶ J. A. MARTOS NÚÑEZ, "El principio de intervención penal mínima", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, nº 40(1), abril 1987, p. 101.

⁶⁷ F. S. DE LA FUENTE CARDONA, (2018). "Proporcionalidad penal: A propósito de la desobediencia leve y de la falta de respeto y consideración debida a la autoridad", *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, nº 37, octubre 2018, p. 350.

Es importante recalcar que se considera que los conceptos empleados para evaluar la proporcionalidad en la actividad legislativa son plenamente aplicables al análisis de proporcionalidad en casos concretos. La distinción principal radica en que, en este último escenario, se dispone de un mayor número de elementos específicos para realizar el análisis correspondiente. Vid. Nº J. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 128 y ss.

⁶⁸ G. PÉREZ DEL BLANCO, "La incorporación de la técnica de la astreinte al proceso civil español: las multas coercitivas en la Ley de enjuiciamiento civil", *CEFLegal. Revista práctica De Derecho*, nº 46, noviembre 2004, p. 45.

árbitro –adjetivación dada por la propia Audiencia Provincial–, parece razonable que el LAJ hubiera elevado petición de apertura de pieza separada de mala fe procesal a la Sala a razón del posible fraude de ley o procesal llevado a cabo por el árbitro. Lo positivo de este procedimiento es que el árbitro podría haber alegado lo que considerara pertinente, sin señalar el camino a ninguna de las partes. Además, la Sala, si hubiera considerado que su actuación era contraria a derecho, no solo podría haber impuesto hasta 6.000€ de multa, sino que podría haber dado traslado al Ilmo. Colegio de Abogados de Madrid por si procediera algún tipo de sanción disciplinaria.

43. Por ende, no se puede más que exponer la preocupación del uso de la vía penal en este caso. Tanto el tribunal como las partes tenían herramientas procesales para hacer ejecutar el auto de nulidad de actuaciones, ya fuera por la vía de las medidas coercitivas o incoando un procedimiento sancionatorio por mala fe procesal. En último término, el Estado de Malasia también podría haber acudido a la jurisdicción civil mediante una acción de daños y perjuicios contra el árbitro; todo ello sin olvidar las diferentes actuaciones que podría haber realizado de conformidad con la Ley de Arbitraje para llevar a efecto el auto de nulidad. Sin embargo, se ha optado por utilizar el delito de desobediencia grave cuyo bien jurídico a proteger es el respeto especial que merecen los servidores públicos que actúan bajo el principio de autoridad.⁶⁹ El arbitraje es una herramienta de solución alternativa de controversias privadas. Malasia, como consecuencia de la condena derivada del laudo, enfrenta posibles daños cuya legitimidad deberá determinarse: si son legítimos, por un presunto incumplimiento de las normas que rigen su contrato de arrendamiento en Sabah, o ilegítimos, por la actuación del árbitro. En cualquier caso, se trata de una controversia de naturaleza económica, que se encuentra distante del bien jurídico protegido por el delito de desobediencia, orientado a salvaguardar la dignidad funcional de los poderes públicos en la adopción e imposición de decisiones en beneficio del interés general. Al árbitro, como al resto de ciudadanos, se le exige el cumplimiento de las órdenes para asegurar el desarrollo regular de la actividad pública.⁷⁰ Pero en este caso cabe preguntarse: ¿qué actividad pública se protege? Lo ocurrido parece limitarse a un daño patrimonial, motivo por el cual Malasia se ha reservado la acción civil.⁷¹ Acudir en este contexto a la vía penal mediante el delito de desobediencia carece de sentido ya que no existe una ciudadanía colectivamente perjudicada por la falta de respeto a la orden emitida. Como se puede observar, se aleja de los supuestos típicos de saltarse un control de alcoholemia o no acatar las órdenes policiales en una manifestación. La Audiencia Provincial en ningún momento ha tratado la alteración concreta en el funcionamiento de los servicios públicos que el incumplimiento de la orden de cese ha ocasionado, sino que se ha centrado únicamente en la existencia de una orden –ni tan siquiera en su legalidad–, y su incumplimiento por parte del árbitro.

44. ¿España será considerada responsable de negar a los herederos del Sultán de Sulu un trato justo y equitativo, así como de privarles de la justicia que buscaban desde Filipinas? De momento, la solicitud de arbitraje fue formalmente registrada en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) el 24 de octubre de 2024 con un suplico de condena de 18.000 millones de dólares americanos, lo que representa el 3,70% del presupuesto total del Estado español de 2023.⁷²

⁶⁹ C. UANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 37–39; M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Atentado, resistencia y desobediencia”, en D. M. LUZÓN PEÑA (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002, p. 116; M. ROIG TORRES, *El Delito de Atentado*, Navarra, Aranzadi, 2004, pp. 73 y ss.

⁷⁰ Esta definición sobre todo la encontramos en el delito de resistencia. Para lo anterior se remite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se define el bien jurídico protegido: STS 11 mayo 2017 (*RJ* 1879/2017), pp. 5–6; STS 4 mayo 2006 (*RJ* 3198/2006), pp. 3–4; STS 5 junio 2000 (*RJ* 4572/2000), p. 3. Vid también D. COLOMER BEA, “Delito de desobediencia e incumplimiento de la prohibición de circular sin causa justificada durante el estado de alarma”, *Diario La Ley*, nº 9635, mayo 2020, p. 3.

⁷¹ SJP M 22 diciembre 2023 (*RJ* 31/2023), p. 1.

⁷² C. BERBELL, “El CIADI tramita la petición de arbitraje de los herederos del sultán de Sulu contra España por 18.000 millones de dólares”, Conflegal, 28 octubre 2024. Disponible en: <https://conflegal.com/20241028-el-ciadi-tramita-la-peticion-de-arbitraje-de-los-herederos-del-sultan-de-sulu-contra-espana-por-18-000-millones-de-dolares/>.