

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

Recibido: 16 marzo 2017

Aceptado: 17 abril 2017

Arbitraje, vol. X, nº 1, 2017, pp. 191–202

Consideraciones acerca de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución a propósito del execuátur de dos laudos arbitrales internacionales en España

Borja Manuel HERÍAS FERNÁNDEZ *

Sumario: I. Introducción. II. El Auto del Tribunal de Justicia de Madrid de 28 septiembre 2016 (*Orange Middle East and Africa, S.A. / República de Guinea Ecuatorial*): 1. Hechos. 2. Inmunidad de jurisdicción y orden público. 3. Inmunidad de jurisdicción y arbitraje internacional. III. El Auto del Tribunal de Justicia de Madrid de 14 noviembre 2016: 1. Relevancia de la nacionalidad de las partes cuando una es un Estado. 2. Posibilidad de arbitraje internacional entre Estado y persona física o jurídica de su misma nacionalidad. IV. Ejecución del laudo. V. Consideración final.

I. Introducción

1. El presente comentario tiene como objeto dos autos (Auto TSJ Madrid CP 1^a 28 septiembre 2016¹ y Auto TSJ Madrid CP 1^a 14 noviembre 2016²) dictados por la Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Los dos asuntos están muy vinculados entre sí porque lo que se pide en ambos procedimientos es lo mismo: la solicitud de un execuátur de un laudo arbitral internacional. Asimismo, el Estado parte es el mismo, la argumentación de la Sala tiene una continuidad lógica en los dos autos, y el informe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC), dado ex art. 27.2^o Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia

* Doctorando de la Universidad de Oviedo.

¹ *Vid. infra*, pp. 203–221.

² *Vid. infra*, pp. 224–236.

civil, en el que se pide que la Sala estime la inmunidad de jurisdicción de oficio, es el mismo para ambos asuntos.

Analizaremos la argumentación del Tribunal respecto a dos cuestiones, ambas relevantes. Por un lado, la cuestión de la inmunidad de jurisdicción y de la aplicación de la LO 16/2015 en dicho contexto, tratada en el epígrafe (II) y, por otro lado, la cuestión de la nacionalidad de las partes a la hora de otorgar el *execuátur* a un laudo arbitral extranjero, en el epígrafe (III). Asimismo, plantaremos ciertos problemas relativos a la inmunidad de ejecución de la que gozan los Estados soberanos, en el epígrafe (IV).

II. El Auto del Tribunal Superior de Justicia de 28 septiembre 2016 (*Orange Middle East and Africa, S.A. / República de Guinea Ecuatorial*)

1. Hechos

2. El primero de los dos autos resuelve acerca de la solicitud de reconocimiento en España, a través del procedimiento de *execuátur*, por la Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera del TSJ de Madrid (competente según el art. 8.6º de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), de un laudo arbitral dictado en París el 8 julio 2014 por un tribunal arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

El procedimiento arbitral en cuestión enfrentó, por una parte, a la República de Guinea Ecuatorial y, por la otra, a la sociedad France Cables et Radio, actualmente Orange Middle East and Africa, S.A., creada de acuerdo al Derecho francés y con domicilio en Francia. El laudo, dictado el 8 julio 2014, entre otros pronunciamientos, condenó a la República de Guinea Ecuatorial al pago de 131.992.915 €.

El auto se pronuncia sobre una serie de motivos aducidos por la República de Guinea Ecuatorial para oponerse al otorgamiento del *execuátur* por parte de la Sala y, en concreto, en el fundamento cuarto del auto que se comenta, la Sala trata la cuestión de la posibilidad de denegación de reconocimiento del laudo arbitral extranjero por oponerse al orden público español, a causa de la inmunidad de jurisdicción de la que gozaría una de las partes, a saber, la República de Guinea Ecuatorial.

3. En primer lugar, hay que señalar que la norma aplicable al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, concretamente lo referente al otorgamiento del *execuátur*, se recoge en la Ley 60/2003, que en su art. 46 señala que “se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español,” y que “el *execuátur* de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 junio 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”. Este es el supuesto con el

que la Sala se encuentra, ya que es un laudo dictado en París y, por tanto, de carácter extranjero.

En dicha Convención se encuentran las causas –tasadas– por las cuales se puede denegar el reconocimiento de un laudo extranjero (art. V) y, entre ellas, se encuentra “que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país” (art.V.2º.b). Precisamente este es el argumento que esgrime la República de Guinea Ecuatorial, del que se ocupa la Sala en el Fundamento Jurídico Cuarto, para oponerse al reconocimiento de dicho laudo, señalando que iría contra el orden público español ignorar la inmunidad de jurisdicción de la que dispone dicho Estado soberano.

2. Inmunidad de jurisdicción y orden público

4. El auto considera la relación entre el orden público del foro y la inmunidad de jurisdicción estatal desde dos ópticas distintas.

i) Por una parte, la Sala señala la relación entre el orden público y la inmunidad de jurisdicción a causa de la posible indefensión de la parte ante la que se alega la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, ya que afecta a los derechos contenidos en los arts. 24.1º y 117.3º CE (esto es, la tutela judicial efectiva y el ejercicio de la potestad jurisdiccional de los Jueces y Tribunales españoles), puesto que si el Estado demandado puede alegar su inmunidad en un proceso, puede implicar la ausencia de tutela judicial efectiva para la contraparte.

ii) Pero, por otra parte, se pone en relación el orden público del foro y la inmunidad de jurisdicción desde el punto de vista de las obligaciones del Estado del foro respecto a otros Estados en el ámbito del Derecho internacional, concretamente la obligación de respetar la inmunidad de jurisdicción en el foro cuando un Estado extranjero es parte en una controversia. Esto es, violaría el orden público español el hecho de que España no respetara sus obligaciones internacionales al no conceder la inmunidad de jurisdicción de la República de Guinea Ecuatorial ante los Tribunales españoles.

Citando jurisprudencia constitucional, la Sala concluye que la inmunidad de jurisdicción es legítima constitucionalmente respecto de las consideraciones en relación a la tutela judicial efectiva, pues tiene una fundamentación objetiva y razonable: el principio de igualdad soberana de los Estados y el principio de cooperación pacífica, que son principios estructurales del Derecho internacional.

5. Una vez sentado lo anterior, la Sala analiza la relación con el orden público desde el punto de vista del Derecho internacional señalando que “la soberanía estatal se proyecta en el ámbito internacional, incluida su potestad jurisdiccional”, aunque dicho poder no es un poder absoluto o ilimitado frente a otros Estados, sino que hay que entender dicha soberanía como un haz de potestades cuyo ejercicio por los poderes públicos está sujeto al Derecho:

en primer lugar, a lo establecido por la Constitución y también, señala la Sala, a las obligaciones que el Derecho internacional impone a los Estados. Entiende la Sala que lo relevante es delimitar la extensión permisible de la potestad jurisdiccional en el ámbito internacional, que encuentra su límite en la institución de la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

De forma un tanto sorprendente, el TSJ de Madrid se aproxima al concepto de la inmunidad soberana de los Estados basándose en el caso *Lotus* pese a que, como es sabido, el citado asunto no se ocupa de la inmunidad de jurisdicción de un Estado, sino que se refiere a una norma de Derecho penal, que tiene carácter territorial, y que puede desplazar sus efectos fuera del territorio nacional, debido a un punto de conexión con el supuesto de hecho que lo vincula con el Estado del foro. En el caso concreto de inmunidad de jurisdicción, no se trata de que España realice una actuación jurisdiccional que tenga efectos en un tercer país, sino que, bien al contrario, lo que se pretende es que un laudo extranjero sea reconocido, precisamente, en España. Por tanto, no nos parece que esta visión de la inmunidad de jurisdicción sea la más acertada. La idea clásica de la igualdad soberana e independencia de los Estados (*par in parem non habet imperium*) es la más adecuada (y la más sencilla), a nuestro juicio, para la fundamentación de la inmunidad de jurisdicción estatal. Asimismo, podría haberse hecho referencia a la evolución de la concepción de la inmunidad de jurisdicción, desde la concepción absoluta hasta la actual, que parte de una visión restringida de dicha inmunidad, basada en la distinción entre los actos del Estado *iure imperii* (realizados por el Estado en ejercicio del poder público, que gozan de inmunidad absoluta) y los actos del Estado *iure gestionis* (realizados como si fuera un simple particular y sometidos al derecho privado, que no gozan de inmunidad)³.

3. Inmunidad de jurisdicción y arbitraje internacional

6. En el caso que nos ocupa, nos hallamos ante el supuesto de reconocimiento (no de ejecución, ya que es un momento procesal posterior y distinto) de un laudo arbitral extranjero. Dicho laudo procede, en última instancia, de un compromiso arbitral entre las partes en el cual la República de Guinea Ecuatorial renuncia a las inmunidades de jurisdicción y ejecución, como bien señala el auto. Este compromiso arbitral se realiza de acuerdo con una cláusula compromisoria convenida por ambas partes en un acuerdo para resolver sus diferencias.

Señala la Sala que no cabe invocar la excepción de inmunidad de jurisdicción soberana al reconocimiento del laudo porque en el art. 16 LO 16/2015, de 27 de octubre, sobre inmunidades y privilegios de los Estados extranjeros, se “veda al Estado extranjero la posibilidad de alegar la inmunidad de jurisdicción si previamente ha acordado someter a un procedimiento arbitral las controversias derivadas de una determinada transacción mercantil”. Com-

³ P. Andrés Sáenz de Santa María, *Sistema de Derecho Internacional Público*, Cizur Menor, Civitas, 2014, p.81.

partimos este razonamiento, al cual, a mayor abundamiento, se añade, la mención al art.17 a la Convención de 2004, en sentido coincidente.

Sin embargo, creemos que también puede llegarse a la misma conclusión basándose en la Ley 60/2003, en la Convención de 1958 y el Derecho internacional consuetudinario. Como señalan la jurisprudencia y la doctrina, el hecho de que un Estado someta (sin que haya una norma interna que lo prohíba) voluntariamente a arbitraje una controversia con una persona física o jurídica, hace que no pueda argüir la inmunidad de jurisdicción posteriormente (*ne venire contra factum proprium*)⁴. Esto no es sino una aplicación particular de la teoría general de los actos propios del sujeto soberano, habitual en derecho internacional. Como la propia Convención de Nueva York no menciona entre las causas tasadas de denegación de reconocimiento la excepción de la inmunidad de jurisdicción (art. V), el tribunal del foro debería reconocer los laudos que cumplan las condiciones de la Convención y no añadir más causas de exclusión de creación propia (como lo señala el art. III de la Convención).

7. En el último párrafo de este fundamento jurídico 4º se insinúa que pudiera aplicarse la inmunidad de jurisdicción en el caso de que la otra parte tuviera la misma nacionalidad que el Estado parte. La Sala desestima esta posibilidad en el caso presente porque no corresponde al asunto en cuestión, ya que la entidad Orange Middle East and Africa S.A. es de nacionalidad francesa.

En conclusión, el Fundamento Cuarto del primer Auto resuelve adecuadamente la aplicación de la LO 16/2015 a la hora de denegar la inmunidad de jurisdicción por parte de un Estado que ha suscrito una cláusula compromisoria o un convenio arbitral; sin embargo, el razonamiento por el que se intenta establecer la naturaleza de la inmunidad de jurisdicción nos parece un tanto discutible y extemporáneo. Este razonamiento es sustituido en el segundo auto comentado por la misma Sala (aunque con distinto ponente), ya que se hace una distinción entre actos *iure imperii* y *actos iure gestionis* y se desarrolla una teoría explicativa de la inmunidad de jurisdicción, distinguiendo la evolución entre la teoría de la inmunidad absoluta y la restringida, que nos parece mucho más apropiada y atinente que la expuesta en el auto anterior.

III. El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 noviembre 2016

1. Relevancia de la nacionalidad de las partes cuando una es un Estado

8. Sin embargo, nos parece más preocupante el criterio que la Sala deja vislumbrar (y que posteriormente confirmará) acerca del requisito de la necesidad de la diferente nacionalidad de las partes cuando una de ellas es un

⁴ A. Tweeddale y K. Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p.134.

Estado para poder excluir la inmunidad de jurisdicción en un laudo arbitral extranjero. Esta cuestión sería desarrollada *in extenso* por la misma Sala sólo un mes después en el Auto de 14 noviembre 2016.

En este asunto, la parte que solicita el execuátur es la entidad Commercial Bank Guinea Ecuatorial, de un laudo dictado en Libreville en el seno del Tribunal Común de Justicia y Arbitraje de la OHADA (Organización para la Armonización en África del Derecho Mercantil) frente a la República de Guinea Ecuatorial.

La Sala realiza, a nuestro entender, una operación interpretativa ciertamente criticable, precisamente en lo referente al supuesto de hecho en el que Estado y contraparte comparten nacionalidad. En efecto, la Sala sostiene que se “determina la inmunidad jurisdiccional en las transacciones mercantiles realizadas con los nacionales del mismo Estado” (F.J. 5º).

Esta conclusión es muy relevante porque, en lugar de seguir la tendencia de la ampliación de la inmunidad de jurisdicción restringida, lo que hace es ampliar la inmunidad de jurisdicción en los casos en que las partes compar-tan nacionalidad y una de ellas sea un Estado.

9. Para llegar a ella, la Sala se basa en el informe de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC, que se extracta en el antecedente de hecho 3º del Auto. Dicho Informe señala, entre otras consideraciones, que en este caso operaría la inmunidad de jurisdicción ya que el caso en consideración no encaja en ninguna de las excepciones en el art. 16 LO 16/2015, ya que entiende que dicha ley parte del principio de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero cuando es demandado para posteriormente establecer una serie de excepciones, de carácter dispositivo, que están a expensas de que los Estados interesados no convengan otra cosa. Continúa señalando que “el ejercicio de jurisdicción por el TSJ de Madrid sólo sería posible si mediaría el consentimiento, expreso o tácito, de Guinea Ecuatorial”, consentimiento que “cabe presumir que no dará”. A mayor abundamiento, señala que la consideración del Derecho internacional no conduce a conclusiones distintas ya que la Convención de 2004 no recoge tal supuesto, ya que dicha Convención “codifica básicamente las normas internacionales consuetudinarias en la materia”. En el caso presente, la Sala hace suya la argumentación de la Asesoría Jurídica, que se apoya en la Convención de 2004 y en la LO 16/2015, en las que se señala que no se puede aplicar la inmunidad de jurisdicción en un convenio arbitral “cuando un Estado extranjero haya convenido con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado” (art. 17). Como sólo se habla de ese supuesto en dicho artículo, concluye la Sala, “a *sensu contrario*, determina la inmunidad para las transacciones (...) con los nacionales del mismo Estado”. Para apoyar su argumentación, señala que la LO 16/2015, citando su Exposición de Motivos, recoge normas consuetudinarias sobre inmunidades que se basan en la Convención de 2004.

Tal visión parte de una concepción en la que la inmunidad del Estado es la norma y las excepciones a tal norma están contempladas de manera exhaustiva, tanto en la LO 16/2015 como en la Convención de 2004. Como el supuesto

de hecho ("laudo arbitral entre un Estado y un nacional suyo") no está expresamente recogido, no habría lugar a considerarla como una excepción y, por tanto, habría de aplicarse la inmunidad de jurisdicción del Estado demandado.

10. La doctrina de la Sala nos deja ante la siguiente situación: un Estado y una persona física o jurídica de su misma nacionalidad acuerdan someter válidamente una controversia ante un tribunal arbitral situado en un tercer Estado, conforme al Derecho aplicable (en este caso, un tratado de carácter regional, el Tratado OHADA y el Acto Uniforme sobre Arbitraje, de los que es parte Guinea Ecuatorial, que recogen la posibilidad de realizar este tipo de arbitrajes y cuya aplicación dio lugar precisamente al laudo que ahora se pretende homologar en España). Una vez dictado el laudo, con la participación de ambas partes de acuerdo a sus reglas procesales, una de las partes (el Estado) puede invocar ante su contraparte la inmunidad de jurisdicción para que dicho laudo no sea reconocido por ningún tribunal. Pero si al Estado le interesara el reconocimiento y la ejecución del laudo, sí que podría instarlo.

Esta situación, evidentemente, va contra la esencia misma del arbitraje, vaciándolo de sentido, y contra principios generales de derecho como la seguridad jurídica, la igualdad de las partes y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones.

2. Posibilidad de arbitraje internacional entre Estado y persona física o jurídica de su misma nacionalidad

11. Ante esto cabe preguntarse si es posible el arbitraje internacional entre Estado y persona física o jurídica de su misma nacionalidad y si, en ese caso, la postura defendida por la Sala está respaldada por la regulación, la doctrina y la práctica internacionales.

La práctica, los textos internacionales y la doctrina no son tan claros en la cuestión como la Sala y la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC pretenden señalar. En primer lugar, la cuestión arriba planteada pertenece al ámbito del Derecho del arbitraje internacional. Tanto la Ley 60/2003 como la LMU (que sirvió de modelo a la Ley 60/2003) señalan que puede darse un arbitraje internacional entre dos partes de la misma nacionalidad, sin especificar que se excluya a los Estados (arts. 1.1º, 1.3º, 34, 36 LMU). Asimismo, la Convención Europea sobre Inmunidades de 1972 (de la que España no es parte), no menciona el requisito de la distinta nacionalidad de las partes para el reconocimiento de un convenio arbitral (art. 12) y más aún, el art. 5.3º (al igual que el art.9 *State Immunity Act* del Reino Unido) reconoce explícitamente que no cabe la inmunidad de jurisdicción ante una persona empleada por una oficina o establecimiento del Estado (*iure gestionis*) que tenga su nacionalidad pero no su residencia habitual en él. Esto es, en este caso es más relevante el criterio de la residencia habitual que el de nacionalidad. Por ejemplo, las normas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) y el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) no requieren el requisito de que las partes sean de distinta nacionalidad. Concretamente, el art. 6.1º Regl. LCIA habla de la posibilidad de que las

partes sean de diferentes nacionalidades. Es decir, *a sensu contrario*, se entiende como un supuesto permitido que las partes sean de la misma nacionalidad.

Asimismo, el Tratado de la OHADA y su Acto uniforme sobre el Arbitraje, conforme al cual se llevó a cabo el arbitraje no mencionan en ningún momento el requisito de distinta nacionalidad de las partes si una es un Estado.

En la CNY 1958 no se incluye ninguna mención al requisito de distinta nacionalidad de las partes si una de ellas es un Estado en las causas tasadas de no reconocimiento de un laudo arbitral, y su guía interpretativa señala que "*the scope of application of the New York Convention does not depend on the nationality or residence of the parties to the arbitration proceedings*"⁵ En el mismo sentido, hay que recordar que uno de los principios clave de dicha Convención, que es de aplicación en este caso concreto de reconocimiento de laudos extranjeros, es el de no "aplicar condiciones apreciablemente más rigurosas" (art. III) para el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Cosa que, precisamente, es lo que hace la Sala en el caso que se estudia, al añadir *motu proprio* el requisito de la distinta nacionalidad de las partes cuando una de ellas es un Estado.

12. De igual manera, a pesar de lo que diga la Sala, la Convención de 2004 no es la expresión definitiva y perfecta del Derecho internacional en materia de inmunidades, pues, como señala la misma exposición de Motivos de la LO 16/2015:

"... con todo, perviven amplias dudas a propósito del carácter consuetudinario o no de buen número de aspectos de las inmunidades, en cuestiones de índole tanto sustantiva como procesal (...). No obstante, al final, perviven lagunas importantes en el régimen internacional de las inmunidades. Ello (...) hace que, indirectamente, también la jurisprudencia sobre la materia de otros tribunales nacionales pueda servir en ocasiones como valioso elemento de referencia".

Más aún, el comentario de la Comisión de Derecho Internacional de dicha Convención, señala el art. 17 (sobre reconocimiento del convenio arbitral), aunque guarde silencio acerca de por qué no menciona a los arbitrajes entre Estados y sus nacionales, se dice expresamente

"... *it should also be added that, of the several types of arbitration available to States as peaceful means of settling various categories of disputes, only the type between States and foreign natural and juridical persons is contemplated in this article*".

Es decir, caben más tipos de arbitraje que los recogidos en dicho artículo, de los que no se señala que se les aplique la inmunidad de jurisdicción soberana. En este sentido, señala que

"... *consenting to a commercial arbitration necessarily implies consent to all the natural and logical consequences of the commercial arbitration contemplated. In this limited area only, it may therefore be said that consent to arbitration by a State entails consent to the*

⁵ United Nations, *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 2016, p.8.

*exercise of supervisory jurisdiction by a court of another State, competent to supervise the implementation of the arbitration agreement*⁶

Y, además, la propia Convención, en su art. 11.2º.e), también elimina la inmunidad de jurisdicción respecto a los contratos de trabajo con nacionales que tengan su residencia permanente en el Estado del foro. Esto es, no sujeta la inmunidad de jurisdicción al requisito de tener distintas nacionalidades, como hemos visto anteriormente.

Y en lo relativo a la idea de la inmunidad de jurisdicción como norma general de Derecho internacional a la cual se opondría una enumeración limitada y exhaustiva de excepciones, el comentario de la Convención señala que se llegó a un compromiso al respecto

"... which reflected, on the one hand, the position of those States which had favoured the term "limitations" subscribing to the notion that present international law did not recognize the jurisdictional immunity of States in the areas dealt with (...) and, on the other hand, the position of those which had favoured the term 'exceptions' holding the view that the term correctly described the notion that State jurisdictional immunity was the rule of international law, and exceptions to that rule were made subject to the express consent of the State".

Por lo tanto, dicha interpretación tan tajante y excluyente no encuentra apoyo en la *opinio iuris* de la comunidad internacional al respecto, en la cual, al menos, conviven dos teorías al respecto.

13. La interpretación restrictiva del art. 17 de la Convención de 2004 y del art. 16 LO 16/2015 respecto de los arbitrajes y la inmunidad de jurisdicción choca, en nuestra opinión, como se ha mencionado anteriormente, no solo con la teoría de los actos propios de los Estados, y el principio de cumplimiento de los acuerdos de buena fe y de igualdad entre las partes sino que, además, choca frontalmente con lo que la doctrina⁸ y de la práctica arbitral⁹

⁶ Comisión de Derecho Internacional, "Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries", A/46/10, p.55.

⁷ "Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries", Comisión de Derecho Internacional, A/46/10, p.33.

⁸ D. Chamlongrasdr, *Foreign State Immunity and Arbitration*, Londres, Cameron May, 2007, pp.71–90; S. Feldstein de Cárdenas, "Arbitraje internacional e inmunidad del Estado extranjero: una nueva mirada desde el Derecho internacional privado argentino", en A. Calvo de Caravaca, (dir.), *Cuestiones Actuales de Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, Madrid, Colex, 2005, pp. 535–558; H. Díaz–Candía, "Eficacia de la responsabilidad del Estado: inmunidad doméstica y extranjera en la ejecución de sentencias y laudos contra entes estatales", *Arbitraje*, vol. V, n° 3, 2012, p. 753; E. Linares Rodríguez, "La inmunidad soberana como obstáculo a la ejecución de laudos arbitrales en materia de inversión", *Arbitraje*, vol. VIII, n° 1, 2015, pp. 76–78; A. Soriano Hinojosa, "La inmunidad del Estado y el arbitraje administrativo internacional", *Arbitraje*, vol. IX, n° 1, 2016, pp. 167–168; C. De los Santos Lago, "La ejecución y el reconocimiento de los laudos dictados en arbitrajes comerciales y en arbitrajes de inversiones", *Arbitraje*, vol. V, n° 2, 2012, p. 439, por su parte, menciona la posibilidad de una visión restrictiva de la inmunidad de jurisdicción, que se limitaría "solo a una renuncia explícita a la jurisdicción de los tribunales del lugar donde se dictó el laudo", pero esta interpretación es negada por los autores citados *supra*, criterio que compartimos, ya que sería tanto como negar la idea misma del arbitraje internacional, puesto que tan sólo serían reconocidos aquéllos que tuvieran lugar en el foro.

han entendido al respecto, pues, como señaló el Relator Especial de la CDI en su Sexto Informe sobre las inmunidades jurisdiccionales del Estado, “una vez que un Estado convenga en un instrumento escrito en someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre él y otras partes privadas en una transacción, existe una presunción casi irrefutable de que ha renunciado a su inmunidad jurisdiccional en relación con todas las cuestiones pertinentes derivadas del procedimiento arbitral, desde su comienzo a la confirmación y la ejecución judicial del laudo arbitral”¹⁰. E, incluso, también se ha señalado que la inmunidad de jurisdicción nada tiene que ver con el arbitraje, puesto que el árbitro no actúa en virtud de soberanía alguna, y que no es aplicable en tales casos¹¹.

En ese mismo sentido ha llegado a decir un tribunal arbitral que:

“... lo que resulta contrario al orden público transnacional es la conducta del Estado o de las empresas públicas consistente en estipular una cláusula de arbitraje sin revelar su incapacidad, para luego invocar esa inaptitud con el fin de sustraerse a su palabra”¹².

Compartimos plenamente esta opinión, puesto que sostener lo contrario dejaría a la contraparte sin recurso judicial efectivo ni tutela al respecto siendo, además, la protección diplomática completamente inaplicable al caso y entendemos que este criterio, *mutatis mutandis*, es el que ha de aplicarse en el supuesto que nos ocupa.

14. El requisito de la diferente nacionalidad que adopta la Sala como elemento que permite excepcionar la inmunidad de jurisdicción del Estado es innecesariamente restrictiva y vacía de contenido el compromiso arbitral, además de no encontrar asidero en la teoría y práctica internacionales. De igual forma, aunque la Sala argumente que:

“... la aceptación del sometimiento a arbitraje implica solamente la sumisión a esta vía alternativa a la judicial para la resolución de los conflictos, pero no condiciona la posible inmunidad que posteriormente pueda invocarse, o apreciarse de oficio” (FJ 6°).

Lo cierto es que las partes no suscriben un acuerdo arbitral o una cláusula compromisoria para la resolución de la controversia *in abstracto* sino que buscan un título ejecutivo, que es precisamente la función del arbitraje. La argumentación de la Sala implicaría tanto como que, en los arbitrajes en los que una de las partes fuese un Estado y la otra tuviese su misma nacionalidad, una de las partes (el Estado) tuviese la potestad, no ya de oponerse a la ejecución de un laudo perjudicial para sus intereses, sino de hacer que dicho laudo quedase en la virtualidad más absoluta, ya que no podría ser reconocido por

⁹ Laudos CCI n°s 2321, 1974; 3493, 1984; 3896, 1982, citados por S. Feldstein de S. Cárdenas, “Arbitraje internacional e inmunidad...”, *loc.cit.*, p.549.

¹⁰ S. Sucharitkul, *Inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, A/CN.4/376, p.61.

¹¹ D. Chamlongrasdr, *Foreign State Immunity and Arbitration*, *op. cit.*, p.81.

¹² Laudo CCI n° 4381 CCI, cit. por N. Gamboa Morales, *La inmunidad soberana de jurisdicción en el marco del arbitraje comercial internacional. Evolución y actualidad*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007, p.71.

ningún órgano jurisdiccional de ningún Estado, al oponérsele *prima facie* la inmunidad de jurisdicción del Estado. Mientras que, en caso contrario, el Estado sí que podría hacer reconocer y ejecutar el laudo arbitral, si así lo quisiese.

15. Que la sala haya rehusado considerar la excepción de la inmunidad de jurisdicción, considerando que la contraparte no era guineana por el hecho de que el 51% del capital era camerunés, no soluciona la posible denegación de justicia en el caso en que se utilice el restrictivo y, en nuestra opinión, erróneo criterio de la aplicación de la inmunidad de jurisdicción a laudos arbitrales con partes de la misma nacionalidad, siendo una de ellas un Estado.

IV. Ejecución del laudo

16. La ejecución del laudo no es objeto de ninguno de los dos autos aquí comentados, algo que la propia Sala señala expresamente (F.J. 5º ATSJ Madrid nº 468/2015), ya que en ellos se trata de una acción procesal previa: el reconocimiento del laudo arbitral extranjero. Sin embargo, no puede ignorarse que la ejecución del laudo es un elemento íntimamente unido al del reconocimiento, ya que se insta el reconocimiento del laudo precisamente para que éste pueda ser ejecutado frente a los bienes del Estado que se hallen en España. El Derecho internacional público y la LO 16/2015 distinguen claramente entre ambas inmunidades. El hecho de que no se aplique la inmunidad de jurisdicción no implica en ningún caso que no haya inmunidad de ejecución. Puede ocurrir que el laudo sea reconocido pero que no pueda ejecutarse debido a que el Estado oponga su inmunidad de ejecución. La inmunidad de ejecución consiste en la prohibición de toda medida coercitiva contra los bienes de un Estado extranjero¹³. Asimismo, hay una serie de bienes propiedad del Estado que no pueden ser objeto de ejecución, porque se entiende que están afectos a funciones no comerciales, como son las cuentas bancarias de la embajada, bienes de carácter militar, bienes del banco central de dicho Estado, o bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado, bienes de interés científico, cultural o histórico no destinados a la venta (art. 21 Convención de 2004; art. 20 LO 16/2015), así como los buques y aeronaves de Estado. Sin consentimiento expreso por parte del Estado, la parte demandante no puede ejecutar la demanda sobre esos bienes. La contrapartida de esta inmunidad de ejecución es que los bienes pertenecientes al Estado extranjero que estén afectos a fines comerciales sí que podrán ser objeto de dichas medidas coercitivas.

17. Un ejemplo práctico del funcionamiento de la inmunidad de ejecución se puede ver en el asunto que es tratado en el segundo auto. El laudo de la OHADA fue reconocido por la jurisdicción francesa y, por tanto, el Commercial Bank Guinea Ecuatorial quiso ejecutar dicho laudo en Francia. El 14 marzo 2014, a petición de esa parte, se dictó un embargo (*saisie conservatoire*) sobre las cuentas comerciales que no estaban al servicio del funciona-

¹³ P. Andrés Sáenz de Santa María, *Sistema de Derecho Internacional Público*, op. cit., p.83.

miento del Estado o de su diplomacia que se hallaban en Francia. Guinea Ecuatorial se opuso a dicho embargo alegando la inmunidad de ejecución de los bienes de los que es objeto, ya que las cuentas bancarias embargadas sí servían para el funcionamiento de su misión diplomática, y a que Guinea Ecuatorial no había dado consentimiento expreso alguno para dicha ejecución. El Tribunal de Gran Instancia de París reconoce, el 30 abril 2014 que, efectivamente, dichos bienes gozaban de inmunidad de ejecución al aceptar los argumentos de Guinea Ecuatorial.

Este ejemplo sirve para mostrar los problemas que enfrenta la parte que quiere hacer ejecutar el laudo reconocido en nuestro país, que consisten principalmente en demostrar que los bienes sobre los que se quiere ejecutar el laudo están fuera de la categoría de bienes afectos a un uso público no comercial.

V. Consideración final

18. En resumen, la valoración de estos autos, cuya importancia práctica es ciertamente importante, no puede ser positiva. La Sala desperdicia una oportunidad ideal para aclarar la aplicación de la inmunidad de jurisdicción soberana en el ámbito del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. En el primer auto, la Sala lleva a cabo una explicación teórica de la inmunidad de jurisdicción soberana que es bastante confusa y sorprendente, aunque resuelve de manera correcta en el caso concreto al desechar la aplicación de la inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, deja en el aire la duda acerca de la manera de actuar cuando la parte de derecho privado comparte la nacionalidad del Estado demandado.

En el segundo auto, la Sala corrige satisfactoriamente su explicación teórica del origen de la inmunidad de jurisdicción, pero en cambio, realiza una interpretación jurisprudencial que creemos errónea y altamente perjudicial. En efecto, la solución que la Sala aplicaría en el caso en que ambas partes compartiesen nacionalidad y una de ellas fuera un Estado, sería que sí cabría reconocer la excepción de la inmunidad de jurisdicción por parte del Estado. Este requisito de que las partes tengan distintas nacionalidades para reconocer el laudo (cuando una es un Estado) no encuentra asidero ni en la práctica ni en los textos internacionales (yendo incluso contra lo que recoge la Convención de Nueva York de 1958, al añadir requisitos para el reconocimiento de laudos extranjeros) y, aún más, va absolutamente en contra de la institución misma del arbitraje internacional, vaciándolo completamente de contenido en dicha situación. Tal interpretación va contra la igualdad de partes, esencial en todo arbitraje, la buena fe internacional (y, por tanto, contra el orden público internacional) y la tutela judicial efectiva, ya que deja al albedrío de una de las dos partes (más aún, de la demandada) el cumplimiento del laudo. Esta interpretación *sui generis* puede redundar en una posición desfavorable de España en el mundo del arbitraje internacional, ya que se condice mal con las obligaciones internacionales de nuestro país contraídas en esta materia.