Roj: ATSJ M 424/2016 - **ECLI:**ES:TSJM:2016:424A
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 9/2016
Nº de Resolución: 11/2016
Fecha de Resolución: 28/09/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JESUS MARIA SANTOS VIJANDE
Tipo de Resolución: Auto

Encabezamiento

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001530

NIG: 28.079.00.2-2016/0004537

RFª.- Reconocimiento Laudo Extranjero nº 9/2016

DEMANDANTE: ORANGE MIDDLE EAST AND AFRICA, S.A. (ORANGE)

PROCURADOR : Dª . Beatriz González Rivero.

DEMANDADO : REPÚBLICA DE GUINEA ECUATORIAL

PROCURADOR : Dª . Fuencisla Martínez Mínguez.

AUTO Nº 11/2016

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Magistrado/da:

Ilma. Sra. Dña. Susana Polo García

Ilmo. Sr. Dn. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a 28 de septiembre del dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En escrito presentado por Lexnet el 1 de febrero de 2016 y recibido en

esta Sala el siguiente día 2 la Procuradora de los Tribunales Doña Beatriz González Rivero, en representación de ORANGE MIDDLE EAST AND AFRICA, S.A., (en adelante, ORANGE), anteriormente denominada FRANCE CABLES ET RADIO, S.A. (FCR), formula demanda

de exequátur contra la REPÚBLICA DE GUINEA ECUATORIAL (en adelante, RGE), en la que solicita el reconocimiento en España del Laudo de 8 de julio de 2014, dictado en París por el Tribunal Arbitral integrado por D. Horacio A. Grigera Naón (Presidente), D. José Rosell y D. Alejandro Alonso Dregi, en el Arbitraje nº 19359/MCP/CA/ASM, de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); dicha solicitud de reconocimiento se extiende a todo lo resuelto por el precitado Laudo, con excepción de aquel de sus pronunciamientos por el que se condena a la República de Guinea Ecuatorial al abono del interés de demora devengado por la cantidad de 131.992.915 euros. ORANGE solicita, asimismo, la imposición de las costas de este procedimiento a la demandada.

SEGUNDO .- PorDecreto de la Letrado de la Administración de Justicia de esta Sala de fecha 1 de marzo de 2016 se acordó admitir a trámite la referida demanda de exequátur, con traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a la demandada, emplazándola en la forma prevista en el art. 27LCJI por treinta días al efecto de formular oposición.

TERCERO .- Recurrido en reposición el anterior Decreto por la representación de ORANGE, previo traslado al Ministerio Fiscal, es desestimado por Decreto de 5 de mayo de 2016 haciendo constar que la parte dispositiva de la resolución impugnada se limita a reiterar los términos literales delart. 54 de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacionalen materia civil, sin menoscabo alguno de la decisión que pueda adoptar esta Sala respecto del trámite de réplica que solicita la parte actora para el caso de que la demandada plantee oposición al exequátur.

CUARTO .- Por DIOR de 31 de mayo de 2016 se tiene por recibido el Informe de 5 de mayo de 2016, emitido, *ex* art. 27.2 LCJI, por la Asesoría Jurídica Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Exteriores y de Cooperación, concluyendo en la necesidad de que la Sala aprecie, aun de oficio, la inmunidad de jurisdicción de la República de Guinea Ecuatorial.

QUINTO .- Conferido traslado del anterior informe, la actora, mediante escritos registrados en este Tribunal los días 7 y 22 de junio de 2016, manifiesta que el referido dictamen no guarda relación con el presente procedimiento, sino que se pronuncia sobre las particularidades de una causa distinta (exequátur 971/2015), promovida por distinta parte (COMMERCIAL BANK GUINEA ECUATORIAL) y respecto de una Laudo procedente de diferente Tribunal arbitral a la CCI, a saber: el Tribunal Común de Justicia y Arbitraje de la Organización para la Armonización en África del Derecho Mercantil (OHADA); por todo lo cual ORANGE reputa inaplicable la conclusión que en dicho informe se postula con fundamento en que la entidad que insta el exequátur es de la nacionalidad del Estado condenado en el Laudo, extremo que no concurre en el caso presente pues ORANGE es una sociedad de nacionalidad francesa.

SEXTO .- Por DIOR de 27 de junio de 2016 se pone en conocimiento de la demandante que al Informe a que hace referencia en sus precedentes escritos se acompaña oficio de fecha 12 de mayo de 2016 en el consta como S/REF Laudo 71/2015 y Laudo 9/2016, indicando que " *el Informe del Ministerio de Asuntos Exteriores que se emite es para los procedimientos de referencia* ".

Por escrito presentado el 6 de julio de 2016 la representación de la actora solicita aclaración de la anterior DIOR, abundando en las razones que pondrían de manifiesto la

inaplicabilidad del Informe de 5 de mayo de 2016 al caso presente.

Mediante DIOR de 20 de julio de 2016 se acuerda despachar oficio al Ministerio de Asuntos Exteriores para que aclare si el precitado Informe " *fue remitido tanto para el procedimiento RLE 9/2016 como para el RLE 71/2015, y por tanto es válido para ambos procedimientos, como consta en el mismo, y dado que por esta Sala se enviaron dos solicitudes de informe independientes para cada procedimiento* ".

Por escrito presentado en este Tribunal Superior el día 2 de septiembre de 2016 el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación responde a la aclaración solicitada manifestando que " *el Informe emitido por la Asesoría Jurídica Internacional es válido para ambos procedimientos* ", sin perjuicio de que, " *si esta Sala lo considera oportuno, se solicitará nuevo informe al Servicio Jurídico* ".

SÉPTIMO.- En escrito de fecha 18 de julio de 2016 -registrado en este Tribunal el siguiente día 19- la REPÚBLICA DE GUINEA ECUATORIAL formula oposición a la solicitud de exequátur planteada por ORANGE. Invoca, con carácter principal y al amparo del art. V.1.e) CNY, la causa de oposición consistente en la falta de firmeza del Laudo cuyo reconocimiento se pretende; subsidiariamente, objeta la demandada que el Laudo en cuestión contraviene el orden público de España -art. V.2.b) CNY-, al dar por bueno el Acuerdo suscrito entre las partes el 4 de noviembre de 2011, alegato que articula en tres motivos estrechamente relacionados entre sí; por último, aduce la RGE que el Laudo objeto de la presente demanda de exequátur no es susceptible de ser reconocido en España al no haberse abstenido el Árbitro-Presidente, ni haber sido aceptada su recusación arbitrariamente, con infracción delart. 24 de la Constitución Española, lo que, pese a la invocación del art. V.1.d) CNY, sería en su caso subsumible en la infracción del orden público del Estado del foro como causa de denegación del reconocimiento solicitado.

OCTAVO .- Por DIOR de 16 de septiembre de 2016 se acuerda entregar a la representación de la República de Guinea Ecuatorial copia del Informe emitido por la AJI del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de fecha 5 de mayo de 2016.

NOVENO .- De conformidad con reiterada doctrina dela Sala Primera - *AATS 16 de mayo 2001 , 10 diciembre 2002 , 21 enero 2003 y 3 febrero 2004* -, se señala para la celebración de vista, al efecto de que las partes puedan formular sus conclusiones, el día 27 de septiembre de 2016, a las 10:00 horas.

En el acto de la vista la demandada adujo asimismo su inmunidad de jurisdicción ante los Tribunales españoles, con oposición de la actora y del Ministerio Fiscal, ratificándose las partes en sus respectivas posiciones e interesando el Ministerio Público el reconocimiento en España del Laudo de 8 de julio de 2014; tras lo cual quedaron pendientes las actuaciones de deliberación y fallo.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Santos Vijande (Decreto 1.03.2016), quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La República de Guinea Ecuatorial (RGE) y la sociedad France Cables et Radio (FCR), actualmente Orange Middle East and Africa, S.A., suscriben el 1 de junio de 1994 un pacto de socios en relación con la sociedad ecuatoguineana de telecomunicaciones GETESA, de la que ostentan el 60% y el 40% de su capital, respectivamente.

El 4 de noviembre de 2011 las partes, con el fin de resolver sus diferencias, suscriben un pacto transaccional que, en particular, contiene una cláusula de salida en beneficio de FCR -art. 9 del Acuerdo-, en cuya virtud la RGE, si se dan determinadas circunstancias, concede a FCR una promesa irrevocable de compra del conjunto de acciones de que FCR es titular en GETESA. Como consecuencia de la concesión de una nueva licencia de telecomunicaciones por parte de la RGE a un nuevo operador, FCR requiere a la RGE al efecto de que proceda a la compra de sus acciones en GETESA. Al no llegar a un acuerdo amistoso, FCR inicia una demanda de arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional en aplicación de la cláusula compromisoria prevista en el Acuerdo.

En el Laudo dictado en París el 8 de julio de 2014, el Tribunal arbitral rechazó las objeciones de la demandada sobre la validez de la notificación de la demanda; se declaró competente; resolvió que el Acuerdo de 4/11/2011, sus condiciones -en particular sus arts. 9 y 11- y Anexos eran válidos; constató que la RGE había vulnerado su obligación de adquirir las acciones y de abonar su precio de acuerdo con el precitado art. 9 del Acuerdo; condenó a la RGE a pagar 131.992.915 euros correspondientes al precio de las acciones, además de los intereses al tipo simple para periodos de doce meses fijado por el Banco Central Europeo para las operaciones de refinanciación, así como a suscribir el instrumento de transmisión de acciones y a inscribir la cesión en los libros de GETESA y en las cuentas de los socios o, en su defecto, en cualesquiera Registros o cuentas que decidiera abrir a tales efectos y, de manera general, condena a la RGE a publicar o encargar la publicación de la referida cesión de acciones; finalmente, el Laudo también impone a la RGE la condena a correr con los gastos de defensa de FCR y de sus propios derechos, y con la mitad de las costas del arbitraje y los intereses que generen aquella parte de las mismas pendientes de pago.

SEGUNDO .- En la resolución del presente exequátur ha de estarse a los términos del Convenio de Nueva York (CNY) de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, que, siendo más favorable a la concesión del exequátur que el Convenio entre España y Francia de 28.05.1969 -FJ 1,ATS 20.7.2004 (Roj: ATS 9443/2004-, resulta aplicable por razón de la materia (arts. 46.2 LA y 523.1 LEC). Convenio que para España presenta un carácter universal, ya que, como recuerda reiteradamente el Tribunal Supremo (AATS 1 Febrero 2000,8 Feb. 2000,11 Abril 2000y4 Marzo 2003), no realizó reserva alguna a lo dispuesto en su artículo 1º al adherirse al mismo por Instrumento de 12 de mayo de 1977. Dicho Convenio pretende establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales, figurando como su finalidad principal evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales.

El sistema de homologación que establece el Convenio claramente parte de una presunción de eficacia y validez de la cláusula arbitral y de la ejecutoriedad de la resolución arbitral. En efecto, aunque el mencionado Convenio no opera un sistema de reconocimiento automático, sí parte de un principio favorable a dicho reconocimiento y ejecución, e inclusive doctrinalmente se ha indicado que instaura un sistema de homologación cuya piedra angular se encuentra en la presunción de la regularidad, validez y eficacia del acuerdo de arbitraje, y también en la presunción de la regularidad y eficacia de la sentencia arbitral, que solamente cede cuando se pruebe la concurrencia de las causas tasadas que para la denegación del reconocimiento se establecen en la Convención, pero desplazando hacia la parte frente a la que se pretende hacer valer la eficacia del laudo la carga de justificar la concurrencia del motivo o motivos que lo pudieran impedir.

Así, el Convenio sujeta la obtención del exequátur a la verificación del cumplimiento de los requisitos formales impuestos por el *art. IV* , al carácter arbitrable de la controversia (*art. V.2 a*), y al respeto al orden público (*art. V.2 b*) que deben ser examinados de oficio-, desplazando hacia la oponente la prueba de los motivos de oposición que, de forma taxativa, establece el *art. V.1 CNY* .

Los presupuestos -de carácter formal- establecidos en el *art. IV* CNY consisten en la aportación con la demanda del original o copia autenticada -legalizada o apostillada- de la resolución arbitral, así como del original o copia autenticada -en su caso, también legalizada o apostillada- del acuerdo de sumisión descrito en el *art. II* , en ambos casos acompañados de la correspondiente traducción jurada o certificada al idioma oficial del país donde se invoca la sentencia. Los demás supuestos - que deben controlarse de oficio- son que el objeto de la diferencia resuelta por vía arbitral sea susceptible de arbitraje (*art. V-2 a*) según la Ley del Estadoen que se intenta la homologación, y que el reconocimiento o ejecución de la sentencia no sean contrarios al orden público de ese país (*art. V-2 b*), sin alcanzar al examen del fondo del asunto, que queda al margen de la comprobación.

Y es que, en definitiva, el procedimiento de exequátur es esencialmente de homologación (STC 132/1991, FJ 4 -aplicable, *mutatis mutandis* , pues se refiere al exequátur de resoluciones judiciales;STS 23 de enero de 2007,AATS 463/2007, 20/3/2002). Esa carácter verificador o de reconocimiento del exequátur delimita el ámbito admisible de esta acción procesal: en la medida en que con él se obtiene una resolución declarativa de la eficacia de la decisión extranjera en España, en principio con el alcance y contenido propio de los efectos que el ordenamiento de origen dispensa a dicha decisión, que de este modo pueden hacerse valer en España con dicha extensión, alcance y contenido, sin más correcciones que las impuestas por el respeto al orden público del foro, en esa medida, decimos, no es propio del exequatur el examen del fondo del asunto, *sin otra excepción que la que representa la salvaguardia del orden público* ; a la par que se ha de deslindar este proceso de homologación, de naturaleza declarativa, aunque especial, del posterior proceso de ejecución que deba abrirse en el foro una vez reconocida la eficacia de la resolución extranjera.

Por tanto, el proceso de exequátur admite las alegaciones y excepciones relativas a su propio objeto, esto es, a la concurrencia de los presupuestos a los que en cada caso, y en función del régimen de reconocimiento aplicable, se sujeta la declaración; quedan fuera de su ámbito, en consecuencia, aquellas alegaciones y excepciones que suponen un nuevo análisis de la cuestión de fondo -con la excepción reseñada- o que afectan a la ejecución de la sentencia o resolución ya reconocida, y que constituyen un obstáculo para que sus pronunciamientos se lleven a efecto.

Sobre la base de estas premisas, tan reiteradas en la jurisprudencia [v.gr., entre muchos,ATSJ Catalunya de 17 de noviembre de 2011, FJ 1, (ROJ ATSJ CAT 525/2011),ATSJ Comunidad Valenciana de 10 de febrero de 2012, FFJJ 1 a 3 (ROJ ATSJ CV 19/2012) yATSJ Madrid de 5 de noviembre de 2014(autos de exequátur de Laudo 11/2014], procedemos a continuación a analizar la observancia de los presupuestos de otorgamiento del exequátur y el fundamento de los motivos de oposición esgrimidos por el Estado demandado.

TERCERO .- ***Requisitos formales*** .-

La demanda observa los debidos requisitos formales: a ella se acompañan copias certificadas por Notario y debidamente apostilladas del Laudo Arbitral y del Acuerdo de 4 de noviembre de 2011, en el que se contiene (art. 11) la voluntad de las partes de someter la

resolución de sus controversias a arbitraje administrado por la CCI conforme a su Reglamento. Se aporta también la traducción jurada de ambos documentos. Finalmente obra en autos certificación de la Secretaría de la CCI acreditativa de la recepción del Laudo Arbitral por la República de Guinea Ecuatorial.

CUARTO .- ***Sobre la alegada inmunidad de jurisdicción de la República de Guinea Ecuatorial*** .

Este alegato encuentra sustento en el art. III CNY puesto en conexión con su art. V.2.b), en cuanto remite a las normas de procedimiento del Estado en que se insta el reconocimiento y/o la ejecución, entre las cuales se hallan, desde luego, aquellas que reconocen las inmunidades de jurisdicción y de ejecución, entre otros, de los Estados extranjeros, " *de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público* " (art. 21.2 LOPJy LO 16/2015).

La conexión con la infracción del orden público del foro que entraña la inmunidad de jurisdicción es evidente desde el prisma de losarts. 24.1y117.3 de la Constitución-evitar la arbitraria denegación del acceso a la Jurisdicción-, pero también desde la perspectiva de aquellos otros preceptos bien de la Norma Fundamental bien de convenios o de normas internas que limitan la proyección de la soberanía del Estado en el ámbito internacional y que podrían ser conculcados en caso de arbitraria desestimación de la referida excepción: como señala la Exposición de Motivos de la LO 16/2015, al reseñar la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, éste "ha considerado plenamente conforme con la Constitución el 'límite negativo que se deriva de la inmunidad jurisdiccional atribuida a los Estados extranjeros'. De este modo, 'el legislador necesariamente ha de tener presentes los límites, positivos y negativos, que el Derecho Internacional impone a los Estados' y ello 'viene a corroborar la justificación objetiva y razonable de la inmunidad de la jurisdicción (...)', porque ' *caso de que se extendiera más allá del ámbito delimitado por el Derecho Internacional y tratara de hacer efectiva en todo caso la tutela jurisdiccional en el orden interno, el Estado podría incurrir, al hacerlo así, en un hecho ilícito por la violación de una obligación internacional, lo que entrañaría su responsabilidad internacional frente a otro Estado* ' (STC 140/1995, de 28 de septiembre, Fundamento Jurídico 9). Por lo que se refiere a la inmunidad de ejecución, el Tribunal Constitucional también ha considerado que el régimen de esta inmunidad «se contiene en normas de Derecho Internacional público que se obtienen por inducción de datos de origen muy diverso, entre los que se encuentran las convenciones internacionales y la práctica de los Estados» (STC 18/1997, de 10 de febrero, Fundamento Jurídico 6).

Con más detalle y, de nuevo, en palabras de laSTC, Pleno, 140/1995(FFJJ 8 y 9):

(La limitación en que consiste la inmunidad de jurisdicción) ha de reputarse legítima desde un punto de vista constitucional pues posee un doble fundamento objetivo y razonable: en primer lugar, en el principio de igualdad soberana de los Estados consagrado en el art. 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas y al que expresamente se refiere el Preámbulo del Convenio de Viena de 1961 . En segundo término en el principio de cooperación pacífica, que también se deriva de aquel tratado internacional. Pues si el primero implica la igualdad jurídica de todos los Estados y el mutuo respeto de su personalidad, de ello se sigue que un Estado soberano no puede, en principio, someter a otro Estado sin su consentimiento a la justicia de sus Tribunales (par in parem non habet imperium).

Cuando la soberanía estatal se proyecta en el ámbito internacional en cualquiera de sus dimensiones, incluida la potestad jurisdiccional, no cabe entender que la Constitución la

configure como un poder absoluto o ilimitado frente a otros Estados sino como un haz de potestades cuyo ejercicio por los poderes públicos está sujeto al Derecho. En primer lugar, a los concretos objetivos, mandatos y facultades que la misma Constitución consagra (Preámbulo y arts. 10.2 , 63 , 93 , 94 , 96 y 97) y, en particular, al límite que el art. 95 establece, garantizando que un Tratado internacional concertado por España no pueda disponer de las normas constitucionales sin la previa reforma de la Norma fundamental. Pues hemos dicho que los poderes públicos españoles "no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer ad intra sus atribuciones" (Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, fundamento jurídico 4º).

Ahora bien, es indudable que también la soberanía estatal está limitada por las obligaciones que el Derecho internacional público impone a los Estados. Lo que es relevante en relación con el art. 21.2 L.O.P.J ., ya que el legislador se ha remitido precisamente en este precepto al Derecho Internacional público para determinar el contenido y alcance de las inmunidades de jurisdicción y de ejecución que dicho ordenamiento establece. Y si nos preguntamos cual es la extensión de la potestad jurisdiccional de los Estados en el ámbito internacional, ha de tenerse presente que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (Sentencia de 1927 en el asunto del Lotus, Francia c. Turquía, Serie A núm. 10) ha declarado al respecto que aunque el Derecho Internacional atribuye a los Estados una amplia libertad en esta materia, permitiéndoles extender su jurisdicción a supuestos relacionados con personas, actos y bienes que se hallan fuera de su territorio, no es menos cierto que también les impone determinadas prohibiciones y límites. Entre ellos, el límite negativo que se deriva de la inmunidad jurisdiccional atribuida a los Estados extranjeros y sus órganos, así como a sus representantes, incluidos los Agentes diplomáticos, que posteriormente se ha extendido, en ciertos supuestos, a las Organizaciones internacionales.

De este modo, si al determinar la extensión de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles -como ha hecho en los arts. 21 a 25 L.O.P.J .- el legislador necesariamente ha de tener presente los límites, positivos y negativos, que el Derecho internacional impone a los Estados, ello viene a corroborar la justificación objetiva y razonable de la inmunidad de la jurisdicción civil que el art. 21.2 de dicho cuerpo legal consagra, dado que la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles ha de operar dentro del ámbito que el Derecho internacional deja al Estado en esta materia. Pues caso de que se extendiera más allá del ámbito delimitado por el Derecho internacional y tratara de hacer efectiva en todo caso la tutela jurisdiccional en el orden interno, el Estado podría incurrir, al hacerlo así, en un hecho ilícito por la violación de una obligación internacional, lo que entrañaría su responsabilidad internacional frente a otro Estado.

Señalado lo que antecede, hemos de reparar, en primer lugar, en que la cláusula arbitral contenida en el art. 11 del Acuerdo de 4/11/2011, en su último párrafo, incluye una renuncia a las inmunidades de jurisdicción y ejecución de la República de Guinea Ecuatorial en los siguientes términos:

" *En caso necesario, el Estado renuncia expresamente a hacer uso de cualquier inmunidad de jurisdicción y de ejecución, no obstante, dicha renuncia no permitirá adoptar medidas de ejecución contra los activos del Estado que estén exclusivamente reservados a un uso administrativo, militar o diplomático o que, de manera general, recaigan bajo la soberanía del Estado* ".

Ante todo, la Sala tiene destacar que, dado el ámbito propio de este proceso -tal y como ha sido delimitado en el FJ 2 de este Auto-, que ha de ser deslindado del posterior proceso de ejecución que deba abrirse en el foro si fuera reconocida la eficacia de la

resolución extranjera, únicamente hemos de pronunciarnos sobre la viabilidad, o no, de la inmunidad de jurisdicción pretendida.

La excepción invocada ha de ser desestimada. En ausencia de norma convencional prevalente aplicable al caso -no lo son, desde luego, el Tratado de la OHADA y el Acto Uniforme de Procedimientos Simplificados de Cobro y de Vías de Ejecución, alegados en el procedimiento arbitral por la RGE en sus preceptos 10 y 30, únicamente relativos a la aplicabilidad de los actos uniformes en los Estados/parte y a la inmunidad de ejecución, respectivamente (§§ 104-109 del Laudo-, procede tal desestimación de acuerdo con las previsiones expresas delart. 16 de la 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. Dicho precepto, *vigente con anterioridad a la incoación del presente procedimiento de homologación* (DF 7ª), 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.

Elart. 16 LO 16/2015se halla inserto en la Sección 2ª del Capítulo I de la Ley, titulada *Excepciones a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero* ; este precepto, a su vez rubricado *Procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral* , literalmente dispone:

Cuando un Estado extranjero haya convenido con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado la sumisión a arbitraje de toda controversia relativa a una transacción mercantil, salvo acuerdo de las partes en otro sentido en el convenio arbitral o en la cláusula compromisoria, el Estado no podrá hacer valer la inmunidad ante un órgano jurisdiccional español en un proceso relativo a:

a) La validez, interpretación o aplicación de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral;

b) El procedimiento de arbitraje, incluido el nombramiento judicial de los árbitros;

c) La confirmación, la anulación o la revisión del laudo arbitral; o

d) El reconocimiento de los efectos de los laudos extranjeros.

Norma que es congruente concreción de lo previsto de un modo más general en losarts. 5.by6.b de la referida LO 16/2015, cuando, bajo el título *Consentimiento expreso* y *Consentimiento tácito* , respectivamente establecen:

5 . El Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un órgano jurisdiccional español respecto de una cuestión en relación con la cual haya consentido de forma expresa el ejercicio de dicha jurisdicción:

(...)

b) *en un contrato escrito* ;

6. El Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un órgano jurisdiccional español en relación con un determinado proceso:

(...)

b) Cuando el Estado extranjero haya intervenido en el proceso o haya realizado cualquier acto en relación con el fondo.

En definitiva: el supuesto de hecho que enjuiciamos es totalmente subsumible en elapartado d) del art. 16 *supra* transcrito, y en elart. 5.b) LO 16/2015. A lo que hemos de añadir -a mayor abundamiento- que la no aceptación en el caso enjuiciado de la inmunidad de jurisdicción alegada también se acomoda a lo dispuesto en el art. 17 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades de los Estados y de sus Bienes* , de 2 de diciembre de 2014, al que España se ha adherido por Instrumento de 21 de septiembre de 2011. Aunque dicha Convención aún no ha entrado en vigor, sí existe una general aceptación en la consideración de que codifica las normas básicas en la materia, de origen consuetudinario, y que, por esta razón, es expresión del Derecho Internacional general. Como señala la Exposición de Motivos de la LO 16/2015 al referirse a la Convención de 2004, " *la propia Asamblea General de Naciones Unidas considera que las inmunidades recogidas en este instrumento constituyen 'un principio generalmente aceptado en el Derecho Internacional consuetudinario', de manera que su cumplimiento 'fortalecería la preeminencia del derecho y la seguridad jurídica, particularmente en las relaciones de los Estados con las personas naturales o jurídicas'; igualmente, destaca «la importancia de la uniformidad y la claridad en el derecho de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* '".

Cumple, en este sentido, traer a colación lo que establece el antedicho art. 17 -intitulado " *Efectos de un convenio arbitral* ", en particular, en su apartado c), *a fortiori* interpretado:

Si un Estado concierta por escrito un convenio con una persona natural o jurídica extranjera a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, ese Estado no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a:

la validez, la interpretación o la aplicación del convenio arbitral;

el procedimiento de arbitraje, o;

la confirmación o anulación del laudo;a menos que el convenio arbitral disponga otra cosa.

Finalmente, importa señalar que no es controvertido el hecho de que la sociedad firmante del Acuerdo con la RGE, FCR, hoy ORANGE, *es una sociedad anónima de Derecho francés con domicilio en 78, rue Olivier de Serres, 75015, París, Francia* . Este dato fáctico priva de toda virtualidad, en la presente causa, al Informe emitido por la Asesoría Jurídica Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Exteriores y de Cooperación el 5 de mayo de 2016, concluyendo en la necesidad de que la Sala aprecie, aun de oficio, la inmunidad de jurisdicción de la República de Guinea Ecuatorial. Ese dictamen asume como *ratio decidendi* de su propuesta la inaplicabilidad del precitado art. 16 por ventilarse la controversia arbitral entre el Estado de la RGE y una sociedad nacional de dicho Estado, el Commercial Bank of Guinea Ecuatorial, constituido bajo la legislación de este país y en él domiciliado... Se trata, pues, a todas luces -y pese a lo afirmado en sentido contrario por dicho Ministerio en respuesta a solicitud de aclaración de este Tribunal, cfr. supra antecedente 6º-, de un Informe de imposible referencia a esta causa, en tanto que evacuado en relación con otra demanda de exequátur pendiente ante esta Sala, sin que coincidan ni el Laudo, ni el Tribunal Arbitral ni las partes contendientes en el arbitraje cuya homologación en España es

objeto de este procedimiento.

QUINTO .- ***Sobre la no obligatoriedad del Laudo del Laudo cuyo reconocimiento se pretende por no ser aún firme*** [***art. V.1.e) CNY***].

La RGE aduce que no procede la admisión de la demanda de reconocimiento del Laudo de 8 de julio de 2014 o, en su defecto, que ha de ser desestimada porque el Laudo no es firme. Demandada su anulación por la RGE, laSentencia del Tribunal de Apelación de París de 22 de septiembre de 2015anuló el Laudo arbitral únicamente en el pronunciamiento de condena a la RGE al pago de los intereses moratorios sobre la cantidad de 131.992.915, pero desestimó el resto de las pretensiones anulatorias interesadas, otorgando el exequatur del Laudo en Francia a favor de ORANGE (docs. 10 y 11 de la demanda).

No obstante, la RGE invoca el art. V.1.e) CNY -" *Que la Sentencia no es aún obligatoria para las partes* "- y aduce que el 12 de mayo de 2016interpuso recurso de casación contra la precitada Sentencia. Acompaña copia del anuncio de la interposición telemática de dicho recurso de casación con su traducción jurada (docs. 3 y 3 bis) -recurso B1617108- y carta del Letrado francés que interpuso el recurso manifestando " *que debido al recurso de casación el Laudo no es definitivo* " (docs. 4 y 4 bis).

Este motivo ha de ser desestimado por varias razones.

En primer lugar, porque, aun aceptando a efectos dialécticos -sobre ello habremos de volver- que el Laudo pudiera no ser firme en el sentido estrictamente procesal del término, esta Sala no puede ignorar que el art. V.1.e) CNY no utiliza esa categoría jurídica -firmeza como cosa juzgada formal o como no susceptibilidad de recurso-, al hablar de esta causa de oposición, sino que alude a la falta de obligatoriedad del Laudo para las partes, o a que éste haya sido anulado o suspendido por una autoridad competente del Estado en que ha sido dictada la Sentencia o conforme a cuya ley aquélla se haya emitido. Nada de esto sucede en el presente caso; por el contrario, tras el otorgamiento del exequátur provisional en Francia una vez dictado el Laudo en fecha 5 de febrero de 2015 -doc. 2 bis de la oposición al exequátur-, la Sentencia que resuelve la demanda de anulación - dictada por el Tribunal competente para pronunciarse al efecto- expresamente ha ordenado, en su fallo o parte dispositiva, " *la concesión del exequátur a las disposiciones no censuradas del Laudo* ". Hay un reconocimiento explícito de obligatoriedad para las partes de los pronunciamientos del Laudo que no han sido anulados y que esta Sala, en las circunstancias del caso -en que tal declaración de ejecutividad está prevista en la legislación procesal del Estado de origen -, estima suficiente a los efectos del art. V.1.e) CNY para denegar la causa de oposición ahora analizada. Extremo corroborado por el Informe del Sr. FOUSSARD aportado por la actora, según el cual al margen de la eventual interposición de un recurso de casación, la Sentencia dictada en anulación es ejecutable si -como aquí acontece- se ha obtenido del Tribunal sentenciador la declaración de exequátur.

No obsta a este planteamiento lo dispuesto en el art. 41.1 LCJI -citado por la demandada-, que condiciona el reconocimiento y ejecución en España de las resoluciones extranjeras recaídas en un procedimiento contencioso al hecho de que hayan adquirido firmeza, precepto éste -y los con él concordantes de la precitada Ley- claramente referidos al dictado de resoluciones emitidas por órganos judiciales, y no por tribunales arbitrales.

A lo anterior hemos de añadir, en segundo lugar, que se sustenta la causa de oposición delart. V.1.e) CNY en una firmeza que en absoluto se acredita teniendo la carga de hacerlo quien invoca la aplicación del Derecho extranjero. La RGE insta a este Tribunal, citando elart. 281.2 LEC, a que verifique el contenido y vigencia del derecho francés, "

valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación ". Y recuerda a esta Sala, a tal efecto, la previsión del art. 35.1 LCJI.

Cumple recordar que es jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación; cierto, empero, que el tribunal no queda constreñido, como sucede en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Así lo permite el inciso final delart. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que supone una flexibilización de las limitaciones, derivadas del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre derechos disponibles, que para el tribunal supondría que el Derecho extranjero fuera tratado, a todos los efectos, como un hecho. Ahora bien, con idéntica reiteración ha declarado la Sala Primera que el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero es una facultad, pero no una obligación del tribunal. No puede alegarse como infringido elart. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civilporque el tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho extranjero [por todas,SSTS 287/2015, de 20 de mayo, FJ 2 (roj STS 3159/2015),198/2015, de 17 de abril, FJ 7 (roj STS 1868/2015) y528/2014, de 14 de octubre, FJ 2 (roj STS 5567/2014].

En otras palabras: la carga de la prueba del Derecho extranjero asiste a quien lo invoca. En este caso, no se trata de aplicar de oficio una norma de conflicto, ni de que la no prueba del Derecho extranjero lleve al punto de aplicar el Derecho español -como a veces han demandado la jurisprudencia constitucional y ordinaria para evitar la denegación de justicia. Aquí se invoca la falta de firmeza de un Laudo dictado en Francia de acuerdo con la legislación procesal francesa como motivo de fondo de la oposición a la concesión del exequátur: esa falta de firmeza debía ser acreditada por quien la alega, sin que, en valoración acorde con las reglas de la sana crítica (art. 33.2 LCJI), quepa reputar que se ha subvenido a tal carga probatoria por el hecho de que se acredite la mera presentación de un recurso de casación, cuya tempestividad y viabilidad procesales no se corroboran en absoluto de acuerdo con el Code de Procédure Civile y su interpretación jurisprudencial. Llama la atención a la Sala, en este sentido, que el recurso de casación se interponga casi ocho meses después de haberse dictado la Sentencia por el Tribunal de Apelación de París. A lo que este Tribunal añade, *ex* art. 281.2 LEC, que esa carga probatoria era particularmente necesaria cuando losarts. 1518y1519 CPC francés, en la redacción que les dio el Decreto 48/2011, de 13 de enero, y vigente al día de la fecha -https:// *www.legifrance.gouv.fr* /-, expresamente proclaman que la Sentencia dictada en Francia en materia de arbitraje internacional solo puede ser objeto de un recurso de anulación, del que ha de conocer el Tribunal de Apelación del lugar en que aquella Sentencia (laudo) se haya dictado.

En los términos del CPC:

Article 1518

La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation.

Article 1519

Le recours en annulation est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue.

El motivo de oposición es desestimado.

SEXTO .- ***Análisis de los distintos motivos de oposición sustentados en la infracción del orden público del for*** o [***art. V.2.b) CNY***].

Esta Sala, con carácter previo, ha de reiterar, de acuerdo con jurisprudencia conteste y con lo ya apuntado en el FJ 2 de esta resolución, que " *la infracción del orden público del foro* ", como motivo de oposición al reconocimiento de eficacia en España de un Laudo extranjero, no permite la revisión del juicio de fondo efectuado por el Tribunal arbitral, cual si este proceso de homologación entrañase una nueva instancia.

Lo anterior no obsta, empero, para sostener que el concepto de orden público no se limita a la infracción de derechos fundamentales y/o de garantías de índole procesal, ni en las normas internacionales (Ley Modelo Uncitral o Convenio de Nueva York) ni en las internas que son trasunto de aquellas; criterio que deriva de una exégesis lógica de tales normas legales y convencionales, por lo demás asumida por la Jurisprudencia patria, que siempre ha hablado de que "por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, *tanto en lo social como en lo económico* (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2)" [más, recientemente, entre muchas,S. de esta Sala 58/2015, de 21 de julio, FJ 2, ROJ STSJ M 8994/2015].

Al respecto, hemos dicho en repetidas ocasiones que sí puede este Tribunal fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar elart. 24.1 CE; como también es dable fiscalizar que la motivación del Laudo no vulnera los preceptos sustantivos de la Constitución, ni excede de lo que es arbitrable y disponible para las partes y para el propio árbitro.

Desde estas premisas, sintéticamente expuestas, analizaremos los alegatos de la RGE efectuados *sub specie* de infracción del orden público, aunque a veces entreverados con otros motivos de oposición.

La contravención por el Laudo de normas fundamentales del Derecho Ecuatoguineano y del Derecho de la Comunidad Económica y Monetaria del África Central (CEMAC).

La RGE, en un alegato que invoca el art. V.2.b CNY -y también, no sin cierta confusión, el apartado 1.a) de dicho precepto, que propiamente se refiere a la invalidez del convenio-, aduce, en síntesis, que el pacto de fondo por el que se establece un derecho de salida de FCR respecto al capital de GETESA, obligatorio para el Estado de Guinea Ecuatorial, es nulo de pleno derecho, pues, al traer causa de la concesión de una nueva licencia de operador por la República de Guinea Ecuatorial, estaría condicionando el ejercicio de facultades soberanas del Estado: la concesión de una licencia de operador de telecomunicaciones es una facultad de derecho público, prerrogativa del Estado soberano (art. 29 de la Ley Fundamental de Guinea Ecuatorial). Añade la demandada, que la RGE venía obligada a conceder la nueva licencia de operador solicitada por GECOMSA *ex* art. 27 LFGE y por la obligación de adaptar sus instituciones al Derecho de la CEMAC, que excluye todo monopolio, oligopolio o abuso de posición dominante en el mercado. De ahí concluye la

demandada que el Acuerdo con FCR entraña un privilegio contrario al principio de igualdad, con infracción de losarts. 1y13.1.c) de su Ley Fundamental, y de losarts. 1y14 de la Constitución Española.

La Sala, desde la limitada perspectiva que le asiste en esta causa, comprueba que estos alegatos -y otros a ellos conexos- fueron minuciosamente analizados por el Tribunal Arbitral en el Laudo de 8 de julio de 2014 (§§ 83-104), y que lo fueron con una motivación cumplida y ajena a toda sombra de arbitrariedad, que excluye de raíz la infracción del orden público invocada y la falta de arbitrabilidad de la materia que encubre el alegato de nulidad del contrato.

El Tribunal arbitral explica por qué el Acuerdo cuyo incumplimiento se somete a arbitraje es un texto contractual cuya finalidad explícita es plasmar las transacciones celebradas entre FCR y la RGE, de conformidad con el derecho civil ecuatoguineano y francés (art. 7 del Acuerdo), para resolver sus diferencias como accionistas de una sociedad anónima privada (GETESA) o referentes a la gestión técnica, comercial o financiera de la misma (§§ 83 y 84); constata el Laudo cómo el Acuerdo -y el derecho de salida que en él se contiene- y sus Anexos no limitan la potestad soberana del Estado para la apertura del mercado de las telecomunicaciones (§§ 85 a 88); recuerda el Colegio arbitral que la RGE en ningún momento ha aducido la falta de potestad del Ministro o la incapacidad del Estado de acuerdo con las normas imperativas de su Derecho Público para firmar la cláusula compromisoria contenida en el Acuerdo o el propio Acuerdo, apelando, no sin fundamento, " *al principio de buena fe integrado en el orden público internacional* " (§§ 89-94).

Asimismo, el Laudo argumenta con todo detalle por qué no halla ningún fundamento en el Derecho de la CEMAC que le permita concluir que el Acuerdo -sus arts. 9 y 11- y sus Anexos son nulos por infracción del orden público o de las normas imperativas de la CEMAC: en primer lugar, FCR, como accionista minoritario de GETESA, no era titular de licencias o concesiones en el mercado de las telecomunicaciones de la RGE (§ 96); en segundo término, repara el Laudo en que la demandada ni ha demostrado la existencia de un abuso de posición dominante imputable a FCR en el mercado común de la CEMAC -según el Reglamento CEMAC nº 1/99/UEAC-CM-639, de 25 de junio-, ni ha acreditado -ni intentado acreditar- que FCR participara en prácticas abusivas o anticompetitivas de las previstas en el Reglamento CEMAC nº 04/99/UEAC-CM-639, de 18 de agosto. (§§ 97 y 98); finalmente, razonan los Árbitros cómo no se ha probado por la RGE la aplicabilidad de los antedichos Reglamentos CEMAC a un Acuerdo, el de 4/11/2011, que, en su caso, solo afectaría al mercado local de Guinea Ecuatorial, y máxime cuando tales disposiciones reglamentarias regularían únicamente las actuaciones de los Estados miembros de la CEMAC (§§ 97-102). Invoca en este sentido el Laudo (§ 103) el Dictamen nº 004/2012-2013, de 27 de junio de 2013, de la *Cour de Justice* de la CEMAC, emitido a instancia del Ministro de Transportes, Tecnología, Correos y Telecomunicaciones de la RGE, solicitando de la Corte que se pronunciara sobre la incompatibilidad del Acuerdo de 4/11/2011 con el Reglamento CEMAC 1/99, de 25 de junio: la respuesta a esta solicitud fue, al decir -no contradicho- del Laudo, declarar la incompetencia del Tribunal de Justicia de la CEMAC para conocer del litigio, dado que " *el Acuerdo de negociación mencionado en la petición de dictamen no constituye un acto jurídico comunitario según lo dispuesto en el art. 21 de la cláusula adicional del Tratado, sino que más bien constituye las normas por las que se rigen las partes* ". El Laudo concluye -sin mínima refutación en la oposición a la demanda de exequátur- que la RGE no acredita que el Acuerdo o su art. 9, que dispone las condiciones de salida de FCR del capital de GETESA, sean nulos por vulnerar el derecho de la CEMAC o su orden público.

A la vista del conjunto de este razonamiento es inconcuso para la Sala que el Laudo no vulnera el orden público del foro cuando, a su vez, no aprecia la nulidad del Acuerdo de

4/11/2011.

Por lo expuesto, tampoco resulta acreditada por la actora la invalidez del convenio *ex* art. V.1.a) de conformidad con el Derecho aplicable elegido por las partes y con la aplicación del *principo ne venire contra factum proprium* .

El motivo ha de ser desestimado.

La contravención del orden público español [art. V.2.b) CNY] por permitir que la aplicación del Acuerdo se haya dejado al libre arbitrio de FCR y por arbitraria y deficiente motivación del Laudo.

1.- Planteamiento del motivo y argumentos del Laudo.

La Sala, por su íntima conexión y porque en gran parte se repiten en ellos las mismas alegaciones, analizará conjuntamente los motivos expuestos bajo los ordinales tercero y cuarto del escrito presentado por la RGE en el trámite de oposición a la demanda de exequátur.

La RGE entiende que el Laudo da carta de naturaleza a un Acuerdo contrario al orden público español, cuando prevé, en la práctica, que su cumplimiento quede al arbitrio de FCR, y en concreto en lo que se refiere a la determinación del valor de participación del capital de FCR en GETESA; a lo que añade la RGE que el Laudo también da por bueno el valor asignado por la actora a sus acciones sin que medie prueba al respecto. En este sentido, se opone al reconocimiento de un Laudo incurso en arbitrariedad por falta de motivación, ignorancia de las reglas de la carga de la prueba y vulneración del principio del equilibrio contractual. Sostiene la RGE la infracción por el Laudo de losarts. 9.3,24.1,24.2,117y120 de la CE,217,218y209 de la LEC, y de losarts. 1255,1256,1258,1261y1300 del CC.

Pues bien, por lo que ahora importa, se ha de tener presente de modo particular que el art. 9.4 del Pacto de Socios preveía que la cesión de activos estaría sujeta, entre otras condiciones, a que FCR realizase el cálculo del EBITDA -*resultado neto anual antes de intereses, impuestos y tasas, provisiones y amortizaciones, calculado sobre la base de las cuentas anuales auditadas de GETESA*- y determinase el Precio de Cesión, que después notificaría al Estado, junto con la comunicación de ejercicio de la promesa. Tras esta comunicación, el art. 9.4 establecía expresamente que el Estado dispusiera de un periodo de 45 días hábiles, a contar desde la notificación del ejercicio de la promesa, para notificar su conformidad o no con el cálculo del EBITDA o el Precio de Cesión, que será definitivo, salvo en la hipótesis de que el Estado comunicara su disconformidad, en cuyo supuesto se estipulaba un nuevo lapso de 20 días hábiles para que las partes intentasen llegar a un acuerdo; en caso contrario se procedería a la determinación del EBITDA y/o del Precio de Cesión por un perito independiente elegido por ambas partes o, en su defecto, por el Centro Internacional de Peritaje de la CCI.

El Laudo, en sus §§ 120 a 122 relata la existencia de una serie cartas -de 24 de enero de 2012, 22 de febrero de 2012, 16 de mayo de 2012 y 25 de julio de 2012- que FCR dirige a la RGE, constatando que dichas comunicaciones (obrantes en el expediente como docs. C-55, C-56, C-57 y C-58) ni fueron respondidas por la RGE, ni han sido impugnadas por ésta en el seno del arbitraje, ni la RGE ha manifestado oposición a su contenido (§§ 121 y 122.c), ni ha negado haberlas recibido (§ 123).

FCR hacía referencia en sus dos primeras cartas al hecho de haber tenido noticia de

la concesión de una nueva licencia de operador de telecomunicaciones a GECOMSA, solicitaba que le envíase la *comunicación única* prevista en el art. 9.3 del Pacto de Socios, que se reuniese el Consejo de Administración de GETESA para analizar la cuestión e instaba del Estado la remisión de copia de la licencia y de la notificación enviada a GECOMSA. Es muy relevante para la decisión del presente motivo, amén de lo ya expuesto, la constatación de hechos que efectúa el § 122 del Laudo:

" *Tampoco se impugna que :*

En su carta de 16 de mayo de 2012, FCR notifica al Estado que (i) va a hacer uso del derecho atribuido en el art. 9.3 de ejercitar la promesa de compra, de acuerdo con el art. 9.2 del Acuerdo; (ii) el Precio de cesión de todas las acciones de las que FCR es titular en GETESA es igual a 131.992.915 euros; el EBITDA tomado como referencia para calcular el precio según ese mismo artículo. En esa carta FCR recuerda al Estado que dispone de 45 días hábiles a contar de la fecha de la carta '...para notificar su conformidad o no con el cálculo del EBITDA o del Precio de cesión...';

En su carta de 25 de julio de 2012 al Estado, FCR constata que el Estado (i) no ha respondido a la carta enviada por ella el 16 de mayo de 2012 y que no ha formulado objeciones sobre la base del art. 9 en los plazos previstos, al cálculo del Precio de cesión o al importe por valor de 131.992.915 euros... **"** .

El Laudo especifica asimismo -nota 15 al § 122- cómo la carta de 16 de mayo de 2012 detalla las partidas que integran el Precio de cesión (40 % de 6,5 veces EBITDA del año 2010 de GETESA y 40% de los dividendos distribuibles en 2013 para el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2012).

El Laudo concluye (**§ 129**), como sustento de la condena que impone al Estado, que **"** al seguir las disposiciones del art. 9.2 del Acuerdo, en la carta de 16.05.2012 precitada, la demandante demuestra convenientemente la base del cálculo del Precio de cesión y del valor de las acciones de FCR en GETESA utilizada para calcular el Precio de cesión, así como el resultado de dichos cálculos tras aplicar este artículo. Según el art. 9.4 del Acuerdo, el Estado disponía de 45 días hábiles para manifestar su desacuerdo con los cálculos y el Precio de cesión. En la carta de 25.07.2012 precitada la demandante demuestra que este plazo, que empieza a contar a partir de la fecha de la notificación de la carta de 16.05.2012, ha transcurrido sin que la demandada formule ninguna objeción, y consiguientemente señala que el Precio de cesión es definitivo a partir del 23.07.2012 (último día del plazo). La demandada no practica prueba alguna o formula alegaciones en contrario para rebatir las declaraciones o la prueba aportada por la demandante en relación con estas cuestiones . Dado que el Tribunal Arbitral acepta la validez y la fuerza vinculante del Acuerdo, éste constata, al no haber aportado pruebas la demandada que demuestren lo contrario, que se reúnen las condiciones recogidas en el art. 9 para dar paso a la oferta de compra, así como que la fijación del Precio de cesión de las acciones de FCR en GETESA se ajusta a las condiciones previstas en dicho artículo, que el Estado no ha satisfecho el Precio de cesión en los plazos previstos a pesar de que FCR estaba dispuesta a transmitir simultáneamente sus acciones de GETESA al Estado. Por otro lado, el Estado no niega ni rebate la concesión de la licencia a GECOMSA por lo que se activa el mecanismo de compra, ni manifiesta que esta concesión no constituye el elemento previsto en el art. 9.3 (iii) del Acuerdo que permite a la demandante invocar los derechos que le confiere el art. 9 **"** .

Frente estas afirmaciones del Laudo, a lo ya reseñado al inicio de este apartado la RGE añade *ante esta Sala* -no en el seno del procedimiento arbitral- que el Estado no reconoce haber sido notificado y haber recibido la carta de 16.05.2012, de la que no tiene

ninguna constancia: a FCR le correspondería la carga de la prueba sobre tal extremo; el Laudo habría aceptado la remisión de dicha carta sin prueba al respecto; el Estado Ecuatoguineano no respondió a la misma " *porque la carta no habría sido remitida y porque, aun en el supuesto de que hubiese sido remitida* " su limitado contenido impedía cualquier respuesta fundada... Alega, en este sentido, la falta de fiabilidad de los datos contables de GETESA manejados por técnicos franceses y que la susodicha carta no identificaba de modo concreto, en la forma y con el contenido pactados, el cálculo realizado para determinar el EBITDA y su fijación sobre la base de unas cuentas auditadas...

2.- Sobre el pretendido desequilibrio contractual constitutivo de infracción del orden público.

Visto lo que antecede, hemos de destacar, ante todo, que elart. 1256 CC *expresa,* en efecto, *un límite general de la autonomía de la voluntad contractual que a su vez es concreción de la más radical interdicción del abuso de derecho.* Y en lo referente a la doctrina del abuso de derecho, la Jurisprudencia resulta conteste al " *afirmar que se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que delimitan el ejercicio de los derechos exigiendo, para ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación en el ejercicio del derecho a la que la Ley no ampara o concede cobertura alguna* " (v.gr., ***SSTS 326/2015, de 17 de junio*** , ROJ STS 3189/2015, -FJ 4- y ***690/2012, de 21 de noviembre*** ROJ STS 9190/2012). De ahí que, en puridad, si un Laudo confirmase una vulneración delart. 1256 CCsí podría estar incurso en infracción del orden público patrio.

Ahora bien, precisamente los hechos constatados demuestran con toda evidencia que, en las circunstancias del presente caso, no se da la lesión pretendida del orden público por quiebra del equilibrio contractual. A modo de conclusión anticipada: ni se ha acreditado durante el procedimiento arbitral enriquecimiento injusto de ninguna clase -lo que contravendría el orden público del foro porque esa prohibición tiene el valor de un *auténtico principio general de nuestro Ordenamiento Jurídico* (en tal sentido, entre muchas, la ***STS 602/2015, de 28 de octubre*** -ROJ STS 4448/2015-, y **S. de esta Sala de 5 de julio de 2016** - autos 85/2015)-; ni, de un modo más importante si cabe, se justifica que la cláusula controvertida en sí misma o la aplicación que de ella se ha hecho haya dejado al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del Acuerdo: por el contrario, previéndose la intervención de la RGE en la fijación del EBITDA y del precio de las acciones, lo que resulta acreditado es su total pasividad al efecto: en el plazo contractualmente otorgado para alegar sobre la propuesta formulada de contrario, nada dijo, lo que convirtió en definitivo el Precio de la Cesión. El contenido reseñado del art. 9.4 en absoluto deja el cumplimiento del contrato a la sola voluntad de FCR: prevé la iniciativa de una de las partes en la fijación del Precio, pero con la intervención del Estado acto seguido, llegando incluso a establecer un procedimiento de solución de discordias en que la decisión final corresponda a un perito imparcial; y, en lo que toca a la aplicación práctica del art. 9.4 del Pacto, *lo que el Laudo ha entendido acreditado* es *el no ejercicio por la RGE de unas posibilidades de intervención en la fijación del Precio de la Cesión que el propio contrato le confería* , y la aplicación de las consecuencias pactadas para el caso de no discrepancia por parte del Estado en relación con la fijación del Precio de cesión y del EBITDA como principal parámetro de su determinación.

3.- Sobre la pretendida infracción del orden público por arbitraria valoración probatoria: en especial, por vulneración de las reglas de la carga de la prueba .

Esto nos lleva al segundo aspecto nuclear de la alegada infracción del orden público

patrio, a saber: si el Laudo sustenta su condena en un hechos reputados como probados de un modo arbitrario por haber infringido las reglas de la carga de la prueba, no existiendo propiamente prueba en que apoyar el juicio de hecho afirmado por el Tribunal Arbitral, que adolecería por ello de la debida motivación o valoración probatoria.

Cumple recordar, como hemos hecho enSentencias precedentes -recientemente, en la S. 50/2016, de 28 de junio-, que es conteste la jurisprudencia constitucional y ordinaria que entiende que, en determinadas circunstancias, la valoración del acervo probatorio -explicitada en su motivación- puede lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y, consiguientemente, infringir el orden público a que se refiere el art. 41.1.f) LA. Ya lo apuntábamos ennuestra Sentencia 40/2014, de 24 de junio, en los siguientes términos (FJ 8): "no puede este Tribunal revisar la valoración probatoria en la que se basa el laudo arbitral ni la acción de nulidad para cuya resolución es competente le facultaría a subsanar eventuales errores en la decisión del árbitro, *salvo que dicha valoración fuese expresión de una motivación patentemente lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva* ".

La jurisprudencia se ha cuidado de determinar en qué circunstancias una valoración probatoria conculca elart. 24.1 CE. Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo "sólo permite plantear en el recurso (extraordinario por infracción procesal) la errónea valoración de la prueba, al amparo delart. 469.1.4º LEC, si la efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, *en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental* " (*Acuerdo de 30/11/2011, I, recurso extraordinario por infracción procesal, nº 14, párrafo tercero*). Resumen a la perfección la doctrina al respecto dela Sala Primera, los ***AATS, 1ª, de 18 de febrero*** (*ROJ ATS 665/2013*) ***y 8 de enero de 2013*** (*ROJ ATS 157/2013*). En palabras de este último (FJ 1.b):

"Es doctrina de esta Sala, como señala lasentencia de esta Sala de 4 diciembre 2007, que *«la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba,* ***en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho la tutela judicial efectiva*** *(SSTS de 20 de junio de 2006 , 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001 , 10 de julio de 2000 , 21 de abril y 9 de mayo de 2005 , entre otras).*

[...]

Solamente cuando se conculque el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (la cual puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada) cabe la posibilidad de un control a través del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC ".

En este mismo sentido, la ***STS, 1ª, de 29 de octubre de 2013*** (FJ 11º, ROJ STS 5358/2013) reprueba la valoración arbitraria de la prueba, por error patente, arbitrariedad o por infracción de una norma tasada, con la consiguiente conculcación del test de razonabilidad exigible para respetar elart. 24.1 CE, y ello " *por haber reputado la Audiencia un hecho como probado sin explicar ni justificar las razones que había tomado en consideración para ello, ante una actividad probatoria manifiestamente insuficiente (emisión unilateral de una factura en que se fija el importe de unos costes que se pretende repercutir), ausente de cualquiera explicación o justificación que permita otorgarle un valor probatorio suficiente al haber sido expresamente cuestionada por la parte contraria* ".

De nuevo a modo de ejemplo, la ***STS, 1ª, de 5 de febrero de 2010*** (ROJ STS 329/2010) estima ilógica e irrazonable la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal *a qu* o " *por incurrir en contradicciones internas y rechazar las conclusiones de la prueba pericial por causas incomprensibles* " (FJ 5). Como también es posible " ***invocar el carácter ilógico de una presunción judicial para demostrar la existencia de una valoración de la prueba manifiestamente errónea o arbitraria, al amparo del art. 24 CE*** " (STS, 1ª, de 23 de febrero de 2010, ROJ 988/2010, FJ 7).

Estos criterios sobre los casos en que la valoración de la prueba puede conculcar elart. 24.1 CEy, de este modo, infringir el orden público son concreción de un planteamiento más general formulado por el Tribunal Constitucional en relación con las exigencias constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales -concierna esa motivación a lo que concierna, valoración de la prueba, interpretación normativa...-.

Cierto, pues, que la infracción de las reglas de la carga de la prueba puede entrañar una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y, en esa medida, vulnerar el orden público patrio. Pero, al respecto, conviene recordar un criterio inveterado de la jurisprudencia que expresa recientemente, por todas, la ***STS 472/2016, de 13 de julio*** -roj STS 3433/2016- en los siguientes términos (FJ 2):

"Como hemos afirmado en otras ocasiones, 'las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria» (Sentencia 333/2012, de 18 de mayo `".

No hay, por tanto, infracción de las reglas de la carga de la prueba cuando el Tribunal Arbitral declara probados unos hechos sobre la base de una documental no impugnada ni en su existencia ni en su contenido.

En efecto, el Laudo valora una documental aportada por FCR conjuntamente con el hecho de que en el procedimiento arbitral la RGE no haya impugnado dicha documental ni se haya opuesto a lo que de ella se sigue, ni haya negado haberla recibido, y de ahí infiere su convicción acerca de la certeza de las comunicaciones de FCR con la RGE y de su contenido, con suficiente motivación exart. 218 LEC. En esto no hay la menor infracción delart. 217 LEC-ya lo hemos dicho-, pero tampoco déficit probatorio, ni falta de valoración de la prueba o de motivación alguna; lo que hay, para ser exactos, es una mera discrepancia de la RGE con la ponderación de la prueba efectuada razonada y razonablemente por el Tribunal arbitral, sin arbitrariedad, sin subversión de las reglas de la lógica, sin infracción de las reglas de la carga de la prueba y sin conculcación de reglas legales de valoración, que son los supuestos reconocidamente admitidos de infracción del orden público en esta materia, en tanto que lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva.

Simplemente a modo de precisión añadida: son evidentes de toda evidencia las sustanciales diferencias que existen entre el caso ahora analizado y el enjuiciado, v.gr., en la precitadaSTS, 1ª, de 29 de octubre de 2013: no estamos ante " *una actividad probatoria manifiestamente insuficiente (emisión unilateral de una factura en que se fija el importe de unos costes que se pretende repercutir), ausente de cualquiera explicación o justificación que permita otorgarle un valor probatorio suficiente al haber sido expresamente cuestionada por la parte contraria"* ; por el contrario, el Laudo pondera una aportación documental que no es impugnada, que se corresponde en su origen -persona llamada a fijar inicialmente el Precio de cesión y a ejercitar la promesa de venta- y en su contenido con las

exigencias contractualmente previstas, y pondera la no discrepancia del Estado Ecuatoguineano de acuerdo con lo que el Pacto de Socios prevé para tal caso; la inferencia, pues, sobre el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio de la promesa de venta y la conformidad de la RGE con el Precio de cesión adolece de toda sombra de arbitrariedad.

Por lo demás, no es ocioso recordar que este Tribunal ha conferido especial trascendencia a la congruencia que la pretensión de anulación -o de oposición al exequatur- guarde con los propios actos del recurrente, lo cual a su vez también es expresión del principio general de buena fe, del que es concreción la máxima *ne venire contra factum proprium (v.gr., S 13.2.2013* , ROJ STSJ M 8205/2013; *mutatis mutandis* , *S. 22.7.2013* , ROJ STSJ M 8247/2013; y, recientemente,SSTSJ Madrid de 16 de diciembre de 2014,13 de enero,17 de febreroy3 de marzo de 2015-en recursos de anulación 36/2014,45/2014,26/2014y95/2014, respectivamente).

Decimos esto porque no se acomoda a las exigencias de la buena fe no impugnar en el procedimiento arbitral, pudiendo haberlo hecho, la documental aportada de adverso, ni oponerse a su contenido, ni negar haberla recibido antes de la incoación del arbitraje, para, más adelante, en el procedimiento de exequatur, efectuar unos alegatos de hecho totalmente *ex novo* , y que, por desidia de quien ahora los alega, no han sido sometidos a la consideración de los Árbitros, quienes han resuelto, precisamente, ponderando una conducta de la RGE que en absoluto permitía presumir los hechos decisivos que ahora afirma la demandada. Esta circunstancia añadida excluye en España, conforme a jurisprudencia constitucional reiteradísima, cualquier posibilidad de indefensión, a la par que impide toda consideración al respecto de esta Sala que no sea la ya efectuada, a saber: la verificación de que el Tribunal Arbitral ha valorado tal conducta de la RGE en el seno del procedimiento arbitral de un modo no arbitrario, racional y conforme a las reglas de la lógica.

El motivo es desestimado.

SÉPTIMO .- ***Sobre la irregular constitución del Tribunal arbitral, invocando la infracción del art. 24 CE y del art. V.1.d) CNY, por no abstención de su Presidente e indebida desestimación de la recusación formulada contra el mismo*** .

Finalmente, la RGE se opone al reconocimiento del Laudo por entender que el Presidente del Tribunal arbitral debió abstenerse al no haber declarado su intervención como árbitro en asunto acaecido hace menos de tres años y a favor de ORANGE, en el que uno de los árbitros había disentido al denunciar la parcialidad del Tribunal. Entiende asimismo que presentó dentro del plazo estipulado en el Reglamento de la CCI una solicitud de recusación indebidamente desestimada en cuanto al fondo por la Cámara de Comercio Internacional, a la par que reputada extemporánea con arbitrariedad por la Corte de Apelación de París.

Lo primero que se ha de analizar es si, como postula la Corte de Apelación de París, la recusación se suscitó tardíamente por la RGE y, de ser así, si ello justifica, de acuerdo con el orden público del Reino de España, que se haya entendido como tácitamente renunciada la alegación en vía jurisdiccional de la aludida parcialidad.

Este Tribunal ha dicho sobre esta materia que, " *aun cuando se pueda decir, sin género de dudas, que quienes se someten a arbitraje tienen derecho al árbitro imparcial, que es garantía fundamental del arbitraje, no es menos cierto que, al igual que sucede en el ámbito propiamente jurisdiccional, la Ley y la Constitución misma -en la exégesis que de*

ella hace su Supremo Intérprete, art. 1.1 LOTC -, someten la denuncia de parcialidad a un requisito de procedibilidad, la debida diligencia del recusante, precisamente para garantizar que éste actúa en la causa según insoslayables exigencias del principio de buena fe procesal. Este requisito de procedibilidad -cuya concurrencia condiciona la lesión misma del derecho fundamental o, aquí, la infracción del orden público- se hace depender de la voluntad del recusante, de su actuar diligente, y, en ese sentido, su observancia es dispositiva como la propia norma que consagra el requisito de actuación tempestiva, de ahí la posible aplicación en estos concretos casos del art. 6 LA -y de preceptos convencionales y reglamentarios análogos-, siempre que no aparezcan concernidos otros derechos fundamentales irrenunciables - tales como la observancia del principio de igualdad en la conformación misma y en la sustanciación del arbitraj *e (por todas, Sentencia de esta Sala 65/2015, de 17 de septiembre y las que allí se citan)* " [FJ 2 *in fine* STSJ Madrid 78/2015, de 3 de noviembre,roj 12656/2015].

Son hechos acreditados -por documental no impugnada obrante en la causa - y decisivos para el análisis de esta cuestión previa los siguientes:

1º. Una vez que la RGE y FCR designaron como árbitros a los Sres. Dregi y Rosell, respectivamente, durante su sesión del día 18 de julio de 2013 la Corte de la CCI nombró como Presidente del Tribunal Arbitral al Sr. Grigera Naon, quien en su declaración de independencia, suscrita el 14 de julio de 2013, había indicado no tener que declarar ningún hecho o circunstancia que pudieran comprometer su independencia o generar una duda razonable de las partes en relación con su imparcialidad.

2º. El 21 de agosto de 2013 el abogado de FCR envió un correo electrónico al Tribunal arbitral y a los abogados de la RGE con el mensaje siguiente:

"Como ya saben, este caso enfrenta a nuestro cliente, FCR (filial al 100% del grupo France Télécom-Orange) contra el Estado de Guinea Ecuatorial.

Por ello deseamos informar a todos los efectos a los miembros del Tribunal arbitral y a nuestros colegas de que nuestro cliente nos ha comunicado que nuestro Presidente fue nombrado hace varios años por la CCI para la causa nº 15653/JRF, de la que France Télécom y Orange eran partes (laudo dictado en 2009) (en lo sucesivo, 'Causa Cámara de Comercio Internacional Euskaltel').

Sabemos que nuestro Presidente no tenía obligación alguna de declarar este precedente en la causa actual porque (i) en ambas causas ha sido nombrado por la CCI, (ii) ninguna de las partes sometidas a arbitraje le ha designado nunca como árbitro, (iii) la causa CCI EUSKALTEL y la causa actual atañen a mercados muy diferentes (por un lado, España, y, por el otro, África) y a tipos de contrato sin relación alguna (explotación de una red, en el primer caso, y pacto de socios, en el segundo caso), (iv) las cuestiones de fondo de ambas causas no guardan relación, y (v) el Laudo dictado para la causa CCI EUSKATEL se remonta a más de cuatro años.

Sin embargo, nuestro cliente quiere, a título informativo, poner en conocimiento de nuestros colegas la existencia de la causa CCI EUSKALTEL. Informamos a nuestros colegas de que disponen de un plazo de 30 días a contar de la presente misiva para formular las eventuales objeciones (artículo 14 del Reglamento CCI), si bien por los motivos expuestos estamos convencidos de que el Tribunal podrá desempeñar su función con imparcialidad e independencia, de acuerdo con el artículo 11 del Reglamento CCI)".

3º. El 24 de octubre de 2013 el representante de la República de Guinea Ecuatorial

suscribió el Acta de Misión, cuyo apartado VII.b) dispone que " *las partes reconocen que el tribunal arbitral ha sido regularmente constituido y que, en la fecha de la firma, no tienen ninguna objeción en relación con los árbitros* ".

4º. El 25 de enero de 2014 la RGE presentó ante la Secretaría de la CCI una solicitud de recusación del Presidente del Tribunal arbitral, que fue desestimada el 27 de febrero siguiente. Como señala la oposición a la demanda -en los mismos términos de la Sentencia de la Corte de Apelación de París-, la RGE justificó la tempestividad de su recusación del modo que sigue:

"Porque, *precisamente, realizada una investigación, y tras resultarle de carácter parcial la Orden Procesal de 24 de enero de 2014, se descubrieron las circunstancias concretas de dicho arbitraje* y, en particular, que se trataba de un proceso mucho más reciente de lo que FCR había dado a entender, que trataba sobre la misma cuestión que la presente causa (sic), que generó unos honorarios muy elevados, que uno de los árbitros denunció mediante una opinión contraria la parcialidad del Presidente, y que la prensa española se hizo eco del trato excesivamente favorable a Orange en el laudo dictado a este respecto, a cuyo fin se acompañaban artículos de la prensa española de 28 de julio de 2010 y 1 de febrero de 2011".

Alega en su oposición la RGE "que tuvo un conocimiento tardío del alcance de la intervención del árbitro Presidente en el procedimiento de EUSKALTEL, cuya complejidad resulta evidente, como lo demuestra elATSJ País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, de 19 de abril de 2012en que concede el exequatur al Laudo en cuestión". E insiste, asimismo, la RGE en su escrito de oposición que su investigación exhaustiva del dato aportado de contrario no se produjo sino hasta que sobrevinieron Órdenes Procesales que juzgó parciales, momento a partir de cual debería computarse el *dies a quo* del plazo para recusar previsto en el Reglamento de la CCI.

5º. - Elart. 14.2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacionalestablece que la solicitud de recusación " *debe ser presentada por una parte, so pena de preclusión, bien en los 30 días siguientes a la recepción por su parte de la notificación del nombramiento o de la confirmación del árbitro, bien en los 30 días siguientes a la fecha en la que la parte que presenta la recusación haya sido informada de los hechos y circunstancias que invoca para sustentar su solicitud de recusación, cuando esta fecha sea posterior a la recepción de la notificación precitada* ".

6º . LaSentencia nº 324/2015, de 22 de septiembre, de la Corte de Apelación de París (Sala 1, Sección 1), al conocer de la demanda de anulación suscitada por la RGE y sobre la base de los hechos precedentemente reseñados, entendió que la parte recurrente renunció al motivo basado en la falta de independencia e imparcialidad de uno de los miembros del Tribunal arbitral al haber ejercitado tardíamente su derecho a recusar durante el procedimiento arbitral.

El análisis de este requisito de admisibilidad de la recusación y de su eventual incidencia, por renuncia tácita, en un posterior proceso, sea en demanda de anulación sea en solicitud de exequátur, debe efectuarse -como dijimos en laSentencia 78/2015- tomando en consideración lo declarado por la doctrina constitucional respecto de la denuncia temporánea de la parcialidad judicial, como requisito *sine qua non* de la eventual apreciación de la lesión del derecho fundamental al Juez imparcial, ya que, si bien la imparcialidad del árbitro no es exactamente coincidente con la del Juez - *goza de* y *ha de ser analizada con* mayor flexibilidad-, sí se configura como una exigencia imprescindible de la recta sustanciación del procedimiento arbitral, de que este se desenvuelva con las

garantías inherentes a un proceso equitativo, como equivalente jurisdiccional que es.

En referencia específica a la apreciación de extemporaneidad como motivo de inadmisión a trámite de la recusación, precisa el FJ 11 de la ***STC 229/2003*** , de 28 de diciembre, que

"la determinación del dies a quo, como todo lo relativo al cómputo de los plazos, constituye una cuestión de legalidad ordinaria, en la que no podemos entrar salvo que se fije de manera irracional o arbitraria o produzca indefensión (SSTC 1/1989, de 16 de enero, FJ 3;32/1989, de 13 de febrero, FJ 2;65/1989, de 7 de abril, FJ 2;201/1992, de 19 de noviembre, FJ 2;220/1993, de 30 de junio, FJ 4;322/1993, de 8 de noviembre, FJ 3;191/1997, de 10 de noviembre, FJ único;215/1997, de 27 de noviembre, FJ único;89/1999, de 26 de mayo, FFJJ 3y4; 66/2000, de 13 de marzo, FJ 4, y133/2000, de 16 de mayo, FJ 3, entre otras muchas)".

Tampoco cabe ignorar, porque reitera esta doctrina y la precisa, la importante ***STC 116/2008*** , de 13 de octubre, sobre apreciación indebida por el órgano judicial de extemporaneidad en un incidente de recusación y sobre la diligencia exigible al recusante a la hora de suscitarlo.

En efecto, tras insistir en la doctrina que queda reseñada, advierte el TC en esta Sentencia (FJ 4) que "puesto que la facultad de recusar se encamina a impugnar la idoneidad constitucional del Juez como tercero imparcial y a apartarle del conocimiento de un asunto del que es, en principio, Juez ordinario predeterminado por la ley ***, es lícito que se imponga a la parte la carga de formular la recusación con premura y que, en consecuencia, se limite o excluya la posibilidad de la invocación tardía de la causa de recusación*** , ***singularmente cuando ésta se dirija, no ya a apartar al iudex suspectus del conocimiento del proceso, sino a anular lo ya decidido definitivamente por él*** . ***Precisamente por ello el art. 223.1 LOPJ requiere, por razones inmanentes al proceso mismo en el que se trata de hacer valer el derecho a la imparcialidad judicial, un obrar diligente de la parte a la hora de plantear la recusación , so pena de verse impedida para hacer valer la causa de recusación como causa de nulidad de la sentencia*** **(STC 140/2004, de 13 de septiembre , FJ 5)"** .

Sin embargo, poco después, en ese mismo fundamento cuarto, añade el Tribunal Constitucional estas importantes palabras:

" **Pero, como recordábamos en el ATC 26/2007, de 5 de febrero (FJ 1), el acto procesal de la recusación "tiene una finalidad autónoma, vinculada a la garantía de imparcialidad del juzgador ...** ***Ello tiene especial relevancia en consideración al principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos constitucionales -sin perjuicio de que en este caso la imparcialidad opere como una garantía del proceso- que, como reiteradamente hemos indicado, obliga a que, entre las diversas interpretaciones posibles, y examinadas las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto, debamos optar por aquella solución que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado*** **(SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 5 ; 5/2002, de 14 de enero, FJ 4 ; y 26/2006, de 30 de enero , FJ 9)".**

"Para valorar adecuadamente la relevancia del lapso de tiempo transcurrido desde que se conoció la composición del órgano judicial hasta que se

expuso la causa de recusación, ha de tomarse también en consideración que el ejercicio del derecho a recusar ha de regirse por las exigencias de la buena fe en el comportamiento procesal (art. 11.1 LOPJ), *lo que obliga a examinar particularmente la diligencia de la parte en aquellos supuestos en los que la alegación de la causa de recusación se exteriorice una vez conocida la resolución final del proceso desfavorable a los intereses de la parte* ".

En esta misma línea, como recordábamos ennuestra *Sentencia de 2 de septiembre de 2015* (autos de nulidad de laudo nº 64/2014), losAATC (Pleno) 238y237/2014, ambos de 8 de octubre, proclaman, respecto de la tempestividad de la recusación (FJ 3):

"Al respecto, hemos afirmado en el ya citadoATC 180/2013, de 17 de septiembre, FJ 2 f), que "tal y como establece el primer párrafo delart. 223.1 LOPJ, ' **la recusación deberá proponerse** tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite'. Tan inequívoco aserto establece una causa de inadmisión a limine, cuya razón legal está inspirada en evitar que la posibilidad de recusación de cualquier Juez llegue a convertirse en una suerte de amenaza o presión para el juzgador, erigiéndose en un instrumento que la parte pudiera interesar a su conveniencia, sine die, amparado en la indeterminación -o difícil probanza- del momento de la citada toma de conocimiento". Con posterioridad hemos insistido en la importancia de este requisito, en losAATC 237/2013, de 21 de octubre, FJ 2;238/2013, de 21 de octubre, FJ 3;256/2013, de 6 de noviembre, FJ único; y54/2014, de 25 de febrero, FJ 4, todos ellos dictados en relación, también, a la recusación de Magistrados constitucionales. En aplicación de esta doctrina, se ha apreciado la extemporaneidad de las pretensiones de recusación planteadas contra Magistrados constitucionales, en un momento posterior a aquel primero en que pudo ponerse de manifiesto la causa alegada ante este Tribunal (art. 223 LOPJ): así, losAATC 383/2006, de 2 de noviembre, FJ 4;109/2009, de 31 de marzo, FJ único;256/2013, de 6 de noviembre, FJ únicoy54/2014, de 25 de febrero, FJ 2.

Llegados a este punto, no está de más traer a colación, por su congruencia con la precedente doctrina constitucional, el *ATS, Sala Especial, de 13 de diciembre de 2011* (*ROJ ATS 12393/2011*), cuando analiza este requisito de tempestividad de la recusación: en síntesis, la Sala Especialdel TS sostiene, de modo muy razonable, que el hecho de que la recusación deba proponerse " *tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde* " -o, como prevé el art. 18.2 LA, dentro de los 15 días siguientes a dicho conocimiento- ha de conciliarse con ***la necesidad*** -derivada de que las recusaciones sean fundadas- ***de que la parte tenga conocimiento exacto de los motivos en que se funda la recusación, y máxime cuando esos motivos de sospecha se originen con ocasión de hechos producidos durante la tramitación de la causa*** -cfr. ***FJ 3*** .

A la vista de los datos de hecho consignados al inicio de este fundamento y de la doctrina jurisprudencial expuesta, es evidente de toda evidencia la extemporaneidad de la recusación en su día suscitada por la RGE y que la apreciación de esa falta de tempestividad por la Corte de Apelación de París ni contraviene el orden público español, ni lo pactado por las partes acerca de la constitución del Tribunal Arbitral.

La RGE ha dejado transcurrir cumplidamente el plazo para recusar teniendo todos los elementos a su alcance para formular los reparos que hubiera tenido por conveniente en el plazo establecido reglamentariamente. Ante esta Sala reconoce sin paliativo alguno que investigó la posible parcialidad del Árbitro-Presidente no a raíz del dato aportado de contrario, sino tras ser dictada alguna Orden Procesal que estimó perjudicial para sus intereses. Es decir el *iudex suspectus empieza a serlo cuando resuelve de un modo que el recusante reputa perjudicial* ... Tampoco argumenta mínimamente la RGE por qué las

resoluciones procesales adoptadas pudieron incurrir en parcialidad. No aporta, asimismo, el menor principio de prueba de que en la designación del Árbitro-Presidente se haya conculcado el principio de igualdad. Dice, sin precisar más, que el anterior nombramiento por la CCI fue mucho más reciente de lo que apuntaba el abogado de FCR en su correo electrónico, y que el asunto EUSKALTEL fue de gran complejidad, como lo revela elATSJ País Vasco de 19 de abril de 2012... (Roj: ATSJ PV 2/2012), lo que habría dificultado su investigación. Sin embargo, como señaló la Corte de Apelación de París, sus pesquisas se redujeron a dos artículos de prensa de los años 2010 y 2011. A lo que se ha de añadir, y no precisamente *ex abundantia* , que el precitadoAuto de 19/04/2012revela sin lugar a la menor duda, en primer lugar, que el Laudo dictado en aquel asunto lo fue en fecha de 6 de julio de 2010, más de tres años antes del nombramiento del Sr. Grigera Naon como Presidente en el asunto FCR vs RGE; y lo que es más importante, ese Auto, que analiza sin duda un asunto complejo, es tan claro como sencillo en lo que a la alegada parcialidad del Sr. Grigera concierne. La Sala juzga conveniente repetir lo que entonces dijo al respecto la Sala de lo Civil y Penal del TSJ del País Vasco (FJ 5.2.5):

"consideramos, también contrariamente a lo estimado por EUS, que su acusación de parcialidad constituye una mera opinión de parte. Y que no hay causa o motivo alguno, más allá del radical desacuerdo de EUS con su parecer, para sospechar o dudar racional y fundadamente de la independencia e imparcialidad de los coárbitros D. Horacio A. Grigera y D. Yves Derains".

Todo lo cual acredita la temeridad que entraña la alegación del motivo de oposición ahora analizado, que ha de ser desestimado.

Por lo expuesto, procede estimar la demanda de exequátur planteada por la representación de ORANGE.

OCTAVO .- Estimada íntegramente la demanda, se han de imponer las costas de este procedimiento a la parte demandada, *ex* art. 394.1 LEC, pues el litigio no suscita dudas significativas de hecho o de Derecho.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID HA DECIDIDO:

Estimar íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dª . Beatriz González Rivero, en nombre y representación de ORANGE MIDDLE EAST AND AFRICA, S.A., y ***acodar el reconocimiento del Laudo arbitral de 8 de julio de 2014*** , dictado en París en el Arbitraje nº 19.359/MCP/CA/ASM, de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con excepción de aquel de sus pronunciamientos por el que se condena a la República de Guinea Ecuatorial al abono del interés de demora devengado por la cantidad de 131.992.915 euros.

Frente a esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados que figuran al margen.

DILIGENCIA. - Seguidamente se cumple lo mandado. Doy fe.