Roj: ATSJ M 468/2016 - **ECLI:**ES:TSJM:2016:468A
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 71/2015
Nº de Resolución: 12/2016
Fecha de Resolución: 14/11/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO JAVIER VIEIRA MORANTE
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

31001680

NIG: 28.079.00.2-2015/0234224

Procedimiento Reconocimiento de Laudos o resoluciones arbitrales extranjeras 71/2015

Materia: Arbitraje

Demandante: COMMERCIAL BANK GUINEA ECUATORIAL

PROCURADOR D./Dña. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

Demandado: REPUBLICA DE GUINEA ECUATORIAL

AUTO Nº 12/2016

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilma. Sra. Magistrada Dña. Susana Polo García

Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús Santos Vijande

En Madrid, a catorce de noviembre del dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En escrito presentado en este Tribunal el 23 de octubre de 2015, el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, en representación de la entidad

COMMERCIAL BANK GUINEA ECUATORIAL (CBGE), formuló solicitud de exequátur de laudo arbitral -de fecha 24 de mayo de 2009, dictado en Libreville (Gabón) en el seno del Tribunal Común de Justicia y Arbitraje de la OHADA, en el expediente nº 003/2007/ARB, por los árbitros Thierry Lauriol, Ebanga Ewodo y Albert Bikalou-, frente a la REPÚBLICA DE GUINEA ECUATORIAL, incluidas todas sus administraciones, departamentos, organismos, entidades estatales y sociedades participadas al 100% por capital público y, en particular, la sociedad CEIBA INTERCONTINENTAL S.A.

SEGUNDO. - En Decreto de la Secretaria Judicial de esta Sala de fecha 1 de diciembre de 2015 se acordó admitir a trámite la demanda formulando reconocimiento de laudo arbitral extranjero, y emplazar a la demandada y dar traslado al Ministerio Fiscal al objeto de formular las alegaciones correspondientes en relación a la procedencia o no de reconocer el laudo arbitral extranjero.

TERCERO .- Emitido informe por el Ministerio Fiscal el 14 de diciembre de 2015, se acordó su unión a las actuaciones en diligencia de ordenación de 30 de diciembre de 2015, haciendo constar por Diligencia de Constancia de 8 de febrero que había transcurrido el plazo concedido a la demandada para que se opusiera el reconocimiento del laudo, sin haber presentado escrito alguno, y en nueva diligencia de ordenación de 10 de febrero de 2016 se acordó requerir al demandante para que en el plazo de 5 días aportara los originales de las copias autenticadas y certificadas del laudo y del Acuerdo de Establecimiento, así como de la legalización de los mismos; requerimiento que fue reiterado en Decreto de 25 de febrero de 2016 al desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la anterior diligencia de ordenación.

CUARTO.- Mediante escritos presentados el 29 de febrero y 3 de marzo de 2016 se acompañaron los documentos requeridos, por lo que en diligencia de ordenación de 7 de marzo se acordó su unión a las actuaciones, señalando para deliberación el 15 de marzo de 2016. Sin embargo, por providencia de la misma fecha se acordó suspender la deliberación y oír por término de cinco días a las partes previamente a pronunciarse el Tribunal sobre la posible nulidad del emplazamiento efectuado.

QUINTO.- En auto de 5 de abril de 2016 se declaró la nulidad del emplazamiento efectuado a la República de Guinea Ecuatorial y la práctica de nuevo emplazamiento en los términos previstos en elart. 27 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, así como la comunicación al Ministerio de Asuntos Exteriores al efecto de emisión, en su caso, de informe sobre inmunidad de jurisdicción y ejecución.

SEXTO.- Realizado nuevo emplazamiento de la República de Guinea Ecuatorial, en diligencia de fecha 12 de septiembre de 2016 se hizo constar que el 5 de septiembre finalizó el plazo para contestar la demanda por la demandada sin que hasta esa fecha se hubiera presentado escrito alguno.

SÉPTIMO.- Por otro lado, el 19 de mayo de 2016 tuvo entrada en esta Sala del informe emitido por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación el 5 de mayo, en el que concluye que, a juicio de la Asesoría Jurídica Internacional, en el procedimiento judicial objeto del presente informe operaría la inmunidad de jurisdicción de la República de Guinea Ecuatorial y ello en virtud tanto del Derecho Internacional como de la Ley Orgánica 16/2015, por lo que, de no ser solicitado por dicho Estado, debería apreciarse de oficio esa inmunidad; informe que fue unido a las actuaciones por diligencia de 31 de mayo de 2016, a la espera de que transcurriera el término del emplazamiento.

OCTAVO.- En escrito presentado el 7 de junio de 2016, la representación procesal

de Commercial Bank Guinea Ecuatorial solicitó copia del informe de Cooperación Jurídica Internacional, lo que fue efectuado por diligencia de ordenación de 13 de junio.

NOVENO.- En diligencia de ordenación de 5 de septiembre de 2016 se acordó unir a las actuaciones un oficio del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de 4 de agosto, en el que se indicaba que el anterior informe era válido para dos procedimientos seguidos en esta Sala; diligencia contra la que se interpuso recurso de reposición el 14 de septiembre, en escrito en el que se realizaron alegaciones sobre el contenido del informe del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, y se solicitó que se procediera al reconocimiento del laudo sin atender a los pronunciamientos del informe del MAEC.

DÉCIMO.- En Decreto de 16 de septiembre de 2016 se inadmitió a trámite este recurso de reposición y en diligencia de ordenación de 21 de septiembre de 2016 se acordó señalar para el comienzo de la deliberación el 11 de octubre de 2016, habiéndose demorado la redacción de la sentencia hasta el día de hoy por la complejidad de alguna de las cuestiones suscitadas.

UNDÉCIMO.- En escrito presentado el 6 de octubre de 2016 la representación procesal del demandante realizó nuevas alegaciones, reiterando su petición de reconocimiento del laudo sin atender los pronunciamientos del informe del MAEC, y en Diligencia de Ordenación de 7 de octubre de 2016 se acordó unir ese escrito y dar traslado de copia del mismo al Ministerio Fiscal, estándose a lo acordado en diligencia de ordenación de 21 de septiembre.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente D. Francisco Javier Vieira Morante, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se pretende en la demanda el reconocimiento en España del laudo arbitral de fecha 24 de mayo de 2009, dictado en Libreville (Gabón) en el seno del Tribunal Común de Justicia y Arbitraje de la OHADA, en el expediente nº 003/2007/ARB, por los árbitros Thierry Lauriol, Ebanga Ewodo y Albert Bikalou.

En este laudo se incluye la siguiente parte dispositiva:

" *1) Tras analizar los motivos de incompetencia alegados, el Tribunal Arbitral se declara competente en el marco del presente litigio;*

2) El Tribunal Arbitral desestima la demanda de la Parte Demandada de que se aplique el principio de coherencia y de impedimento (estoppel), en tanto en cuanto en este caso no concurren sus condiciones de aplicación;

3) El Tribunal Arbitral declara admisible la demanda principal de la Parte Demandante y la demanda reconvencional de la Parte Demandada;

4) El Tribunal Arbitral desestima la demanda reconvencional de la Parte Demandada por resultar infundada;

5) El Tribunal Arbitral declara parcialmente fundada la demanda principal de la Parte Demandante, puesto que:

a. La carta de la COBAC del 30 de enero de 2003 equivale a una decisión que

implica un dictamen conforme;

b. El Tribunal Arbitral, al no poder equipararse a una autoridad administrativa o jurisdiccional de un Estado miembro, no queda vinculada en virtud del dictamen interpretativo nº 004/2008 del 18 de junio de 2008 de la Sala Judicial del Tribunal de Justicia del CEMAC;

c. La decisión soberana del Excelentísimo Presidente de la República de Guinea Ecuatorial de no conceder la autorización de entidad de crédito al CBGE compromete la responsabilidad del Estado, de conformidad con el Acuerdo de Establecimiento;

d. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral verifica el incumplimiento contractual de la República de Guinea Ecuatorial, tal como se ha demostrado más arriba;

e. El Tribunal Arbitral verifica que dicho incumplimiento contractual ha ocasionado diversos perjuicios a la Parte Demandante y que dichos perjuicios deben ser indemnizados;

EN CONSECUENCIA:

6) Condena a la República de Guinea Ecuatorial a satisfacer al CBGE la suma de 3.252.566.488 francos CFA en concepto de reparación del perjuicio material sufrido tras la asunción de los gastos de primer establecimiento;

7) Declara que a la anterior condena, relativa a la reparación del perjuicio sufrido por el CBGE, se le sumará el tipo de interés existente en el mercado interbancario CEMAC, publicado por el BEAC a partir del 7 de enero de 2007, fecha de interposición de la demanda;

8) Condena a la República de Guinea Ecuatorial a' satisfacer al CBGE la suma de 42.426.250.002 francos CFA en concepto del lucro cesante sufrido;

9) Condena a la República de Guinea Ecuatorial a satisfacer al CBGE la suma de 134.364.932 francos CFA en concepto de costas procesales asumidos por esta última durante el procedimiento arbitral;

10) Declara que cada parte asumirá sus propios gastos de defensa;

11) Desestima cualquier otra demanda formulada por las Partes;

12) De conformidad con la cláusula compromisoria incluida en la cláusula 13 del Acuerdo de Establecimiento, el presente laudo se ha dictado en primera y última instancia, dado que las Partes han renunciado a cualquier vía de recurso, poseerá carácter definitivo y será ejecutorio de forma inmediata a partir de su fecha de notificación a las partes" .

SEGUNDO .- Resultan cumplidos los requisitos formales que exige elartículo IV del Convenio de Nueva Yorksobre reconocimiento y ejecución desentencias arbitrales de 10 de junio de 1958.

- Se ha presentado, junto con la demanda, copia del original del laudo arbitral, certificada por el Secretario General del Centro de Arbitraje de la Corte Común de Justicia y de Arbitraje de la OHADA, según aparece en el certificado expedido con fecha 24 de diciembre de 2013. Aunque no figura la legalización o la apostilla correspondiente, por las razones que expuso la demandante en su escrito de fecha 23 de febrero de 2016, no se ha

cuestionado por el Ministerio Fiscal la autenticidad de ese documento, por lo que debe aceptarse su eficacia a los efectos del reconocimiento interesado, de conformidad con elart. 268.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- También se ha aportado el "acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligaron a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitro", conforme exige el artículo IV de dicho Convenio, al acompañarse a la demanda copia del "Acuerdo de Establecimiento" suscrito el 18 de diciembre de 2003 entre el Gobierno de Guinea Ecuatorial y el CBGE, en cuya cláusula 13 establecen:

"En caso de litigio y diferencia surgida entre las Partes en cuanto a la interpretación o ejecución del presente documento o en cuanto a las obligaciones que puedan derivarse del mismo, estas deberán esforzarse en resolverlas y agotar todas las soluciones amistosas antes de someterlas a un arbitraje de una Junta Arbitral compuesta por 3 (tres) miembros.

A tales efectos, cada Parte nombrará a un árbitro. Los árbitros así nombrados designaran al tercer árbitro. En caso de desacuerdo, el Presidente del Tribunal de Justicia y Arbitraje de Abiyán, al que habrá acudido la Parte más diligente, nombrará al tercer árbitro.

La Parte más diligente tendrá que nombrar a su árbitro y requerir a la Parte incumplidora que nombre al suyo durante los veinte (20) días siguientes a la recepción del requerimiento. Si no lo hiciera, el Presidente del CCJA de Abiyán deberá nombrar al árbitro de la Parte Incumplidora.

El procedimiento aplicable ante la Junta Arbitral se define en la Normativa de Arbitraje del CCJA de la OHADA, con sede en Abiyán, sin perjuicio de las estipulaciones previstas en la presente cláusula. Este se realizará en francés.

La Junta Arbitral se pronunciará en primera y última instancia, como máximo, durante los (dos) meses siguientes a su constitución, dado que las partes renunciarán de forma expresa a cualquier vía de recurso. El laudo dictado por la Junta Arbitral, redactado en francés, se notificará a las partes durante los ocho (8) días siguientes a su pronunciamiento. Poseerá carácter definitivo.

Se impondrá a las partes y será de ejecución inmediata.

Cada parte satisfará por adelantado los honorarios de los árbitros y los gastos contraídos por los mismos en el marco del arbitraje, y estos se incluirán en las costas judiciales sobre las que se pronunciará la Junta Arbitral de forma soberana. "

Documento acreditativo de la firmeza del laudo extranjero, que se desprende de la propia resolución arbitral al indicar en su parte dispositiva que se dictaba en primera y única instancia, dado que las partes habían renunciado a cualquier vía de recurso, por lo que tiene carácter definitivo y puede ser ejecutado de forma inmediata a partir de su fecha de notificación a las partes.

Y Las traducciones permitentes de todos esos documentos, certificadas por Intérprete Jurado de francés.

TERCERO .- Antes de analizar si se dan las condiciones necesarias para el reconocimiento en España del laudo extranjero, debemos resolver sobre la cuestión de la

inmunidad de jurisdicción planteada en el informe remitido por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

Al establecerse en elartículo 27.2 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional(LCJI) que " *los órganos jurisdiccionales españoles comunicarán al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación la existencia de cualquier procedimiento contra un Estado extranjero a los solos efectos de que aquel emita informe en relación con las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución, del que dará traslado al órgano jurisdiccional competente por la misma vía"* , en auto de 5 de abril de 2016 se acordó comunicar al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAEC) la existencia de este procedimiento al sólo efecto de emisión de ese informe, en su caso.

El MAEC, a raíz de esa comunicación, ha emitido informe en el que considera que, a su juicio, en este procedimiento operaría la inmunidad de jurisdicción de la República de Guinea Ecuatorial con base en varias consideraciones que pueden extractarse así:

Siguiendo el modelo que se encuentra en el Derecho comparado y en la propia Convención de las Naciones Unidas de 2004, laLey Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros (LOPI) parte del principio de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero cuando es demandado (art. 4), para posteriormente establecer, en la sección 28 del capítulo I del título I(arts. 9a16), una serie de excepciones, de carácter dispositivo, ya que están a expensas de que los Estados interesados no convengan otra cosa.

El proceso judicial iniciado por CBGE contra Guinea Ecuatorial ante los tribunales españoles no encaja en ninguna de las excepciones. El supuesto que más se aproxima es el contemplado en el artículo 16 ('Procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral', a cuyo tenor "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:

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

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

la confirmación, la anulación o la revisión del laudo arbitral; o

El reconocimiento de los efectos de los laudos extranjeros".

Pero en este caso no estamos ante el supuesto de hecho de dicha norma porque el CBGE tiene nacionalidad ecuatoguineana, por lo que no cabe por ello apreciar que el convenio arbitral o la cláusula compromisoria que dio lugar al arbitraje y al posterior laudo fuera acordada por el Estado extranjero de que se trate "con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado", tal y como prescribe el artículo 16 de la LOPI.

Descartada la concurrencia de alguna de las excepciones, resulta plenamente de aplicación el principio general de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero del que se hace eco elartículo 4 ('Inmunidades del Estado extranjero') de nuestra LOPJ: "Todo Estado extranjero (...) disfrutará (...) de inmunidad de jurisdicción (...) ante los órganos jurisdiccionales españoles, en los términos y condiciones previstos en la presente Ley

Orgánica".

El ejercicio de jurisdicción por el TSJ Madrid sólo sería posible, entonces, si mediara el consentimiento. expreso o tácito. de Guinea Ecuatorial (arts. 5 y 6 de la LOPI). En estas condiciones, no procede por el momento plantearse la cuestión de la inmunidad de ejecución de dicho Estado, puesto que cabe presumir que no dará su consentimiento, del que depende, como se viene diciendo, la existencia de una eventual sentencia reconociendo los efectos del laudo de la OHADA en España.

La consideración del Derecho Internacional no conduce a conclusiones distintas a las que resultan de la LOPI. De nuevo, la nacionalidad ecuatoguineana del CBGE excluye la aplicación a limine de la excepción que consagra el artículo 17 de la Convención NU de 2004 ('Efectos de un convenio arbitral'), que, codificando básicamente las normas internacionales consuetudinarias en la materia, viene a proclamar: "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: a) la validez, la interpretación o la aplicación del convenio arbitral; b) el procedimiento de arbitraje, o; c) la confirmación o anulación del laudo; a menos que el convenio arbitral disponga otra cosa".

La inmunidad de jurisdicción de Guinea Ecuatorial estaría así plenamente vigente en este procedimiento, en los términos proclamados por el artículo 5 de la Convención NU de 2004: Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención".

La normativa de la Unión Europea relativa al reconocimiento de resoluciones judiciales en materia mercantil no se aplica a los exequatur.

Si el Estado demandado no lo suscita. los órganos jurisdiccionales internos están obligados a apreciar de oficio la inmunidad de aquél. Así lo establecen tanto la Convención NU de 2004 como la LOPI.

Frente a este informe del MAEC, la representación procesal del demandante ha formulado alegaciones que resumidamente son las siguientes:

La ley sobre inmunidades no es aplicable al caso puesto que no había entrado en vigor a la fecha de solicitar el reconocimiento del laudo, el 22 de octubre de 2015, habiéndose publicado en el BOE de 28 de octubre de 2015 y entrado en vigor 20 días después.

Tampoco resulta directamente de aplicación el Convenio de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004, que aunque ha sido ratificado por España, no ha obtenido todavía el número suficiente de ratificaciones para su entrada en vigor.

Es cierto que dicho Convenio recopila la costumbre internacional en la materia, y recoge ciertos límites a la jurisdicción y la ejecución conectados con la inmunidad de los Estados. Sin embargo, dichos límites nunca amparan la aplicación de una norma indebida a costa de vulnerar derechos fundamentales como los que recoge elartículo 24 de la Constitución Española.

El MAEC reconoce que existen límites a las inmunidades, que han dejado de

considerarse infranqueables, citando ese informe que "hoy día está plenamente aceptada la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción, que limitaría su alcance a los actos de iure imperii, impidiendo su invocación en relación con los actos de iure gestionis".

Esta tendencia flexibilizadora viene reflejándose en nuestra jurisprudencia desde hace al menos tres décadas.

Esta evolución, que podríamos denominar aperturista, no solo se ha producido dentro de las fronteras españolas, sino que es común a todos los países de nuestro entono.

La interpretación del informe del MAEC sobre la apreciación de la condición de "nacional" resulta también cuestionable.

El arbitraje sustanciado ante la OHADA no fue un arbitraje de inversiones, sino un arbitraje comercial, y es en materia de inversiones donde tradicionalmente se viene limitando el acceso de las partes a un procedimiento arbitral cuando una de las partes es un Estado, y la otra un nacional -persona jurídica- de ese mismo Estado. Y, sin embargo, la limitación tampoco es total, ya que entra en juego la llamada teoría del control, de modo que, si el capital de la persona jurídica es mayoritariamente extranjero, el arbitraje será válido, en cuyo caso, a tenor de la Ley sobre Inmunidades, el Estado tampoco podría hacer valer su inmunidad.

Incluso de hacerse extensivo el requisito establecido por elartículo 16 de la Ley sobre Inmunidades, por las circunstancias y características de nuestro caso, tampoco podría Guinea Ecuatorial hacer valer su inmunidad, en caso de que se hubiese personado en este procedimiento -lo que tampoco ha sucedido, circunstancia esta que viene a agravar las ya de por sí nefastas consecuencias que se derivan para el derecho a la tutela judicial efectiva de CBGE, como resultado de la defensa a ultranza, por parte del MAEC, de una parte que está en rebeldía pese a conocer sobradamente la existencia del procedimiento de exequatur.

Más que utilizar un criterio de determinación de la nacionalidad sostenido en un supuesto muy distinto -el de la protección diplomática-, resulta adecuado extrapolar el empleado en el sector de la protección de las inversiones y que permite la utilización de la teoría del control. pero en el litigio entre CBGE y la República de Guinea Ecuatorial hay datos suficientes que permiten concluir que ambas partes partían de la asunción de que CBGE era una sociedad extranjera por estar sujeta a control camerunés. Si no hubiera sido así, y la República de Guinea hubiera considerado que se enfrentaba a una sociedad guineana, resultaría difícilmente explicable su consentimiento a someterse a un arbitraje fuera de Guinea.

CUARTO.- Normativa aplicable.

La demandante del reconocimiento de laudo extranjero discute, en primer término, la aplicación a este procedimiento de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, así como la Convención de las Naciones Unidas de 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

Esta Convención, en efecto, está pendiente del depósito del número necesario de instrumentos de ratificación (30) previstos en ella como condición para su entrada en vigor, dado que solamente hasta el momento 17 países signatarios la han ratificado, por lo que no ha entrado en vigor ni es probable que lo haga en un futuro inmediato, tal y como reconoce la exposición de motivos de la Ley Orgánica 16/2015. Y esta Ley orgánica se publicó en el

Boletín Oficial del Estado de 28 de octubre de 2015, días después, por tanto, de la presentación el 23 de octubre de 2015 de la demanda iniciadora de este procedimiento.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Ley Orgánica 16/2015 recoge, como dice su exposición de motivos, la práctica judicial internacional y las normas consuetudinarias que han ido configurando las inmunidades, hasta el punto de que, como también señala, 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». Esto es, la LO 16/2015 no cambia una regulación anterior sobre inmunidades, sino que desarrolla "ex novo" la cuestión referida a las inmunidades, introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico una regulación sistemática de la materia para lograr una mayor seguridad jurídica.

Sin perjuicio de lo anterior, que permite la aplicación a las cuestiones debatidas de las nuevas disposiciones de la citada Ley Orgánica, recogiéndose en ella normas procesales que delimitan la intervención de los Tribunales Españoles, se trata de un caso de eficacia inmediata y no de retroactividad. Como pone de manifiesto lasentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 21 de julio de 2016 (ROJ: STSJ M 8838/2016- ECLI:ES:TSJM:2016:8838), a propósito precisamente de la aplicación de la misma Ley Orgánica a procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, de 21 de julio de 2016 *"la retroactividad prohibida por el art. 9.3 es aquella que incide sobre los efectos jurídicos ya producidos al amparo de una norma anteriormente vigente, pero no sobre los efectos "pro futuro" de una nueva norma (STC 17/1999), debiendo distinguirse de los efectos que la nueva norma pueda tener sobre derechos no consolidados, no asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, por tratarse de derechos pendientes, futuros, condicionados o bien meras expectativas de derecho (SSTC 99/1987 , 178/1989), de tal forma que solo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas (SSTC 234/2001 , 100/2012). En definitiva, para apreciar la retroactividad en el sentido del precepto constitucional se ha de constatar la incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores que es lo que la doctrina del TC ha considerado que se incluye en el concepto de retroactividad de las normas restrictivas de derechos sobre el que se proyecta la prohibición del art. 9.3 de la Constitución (SSTC 42/1986 , 99/1987 , 97/1990 , 199/1990 , 386/1993 , 83/2005). El art. 2 de la LEC no impone que una vez iniciado un proceso deba continuarse toda su tramitación con arreglo a la ley entonces vigente, sino que se limita a establecer que el proceso "se sustancie" según la norma procesal que esté vigente, prohibiendo la retroactividad pero sin establecer ningún criterio general para la sucesión temporal de normas procesales (problema que para la entrada en vigor de la propia LEC se ha abordado en sus disposiciones transitorias). Pero, de acuerdo con la doctrina constitucional citada, la aplicación inmediata no es retroactividad. Ésta solo se produciría si la nueva ley alterase los actos procesales ya efectuados antes de su entrada en vigor. El principio de irretroactividad de las normas implica que la nueva norma vigente respeta las situaciones jurídicas creadas bajo el amparo de la anterior norma derogada así como los efectos ya producidos mientras ésta estaba vigente. La aplicación inmediata a partir de la fecha de la vigencia es respetuosa con el principio de irretroactividad de las normas en relación con los efectos ya producidos... Por ello hay que entender que la ley orgánica 16/15 desde su entrada en vigor puede ser aplicada incluso a procesos en trámite, siempre que el estado del proceso lo permita, pues el Estado extranjero tiene derecho a hacer uso de su inmunidad de jurisdicción desde que la ley está en vigor, al no haberse exceptuado a los procesos que hubieran sido iniciados con anterioridad. Del mismo modo un Estado extranjero podrá hacer uso de su inmunidad de ejecución aunque el proceso hubiera comenzado antes de la entrada en vigor de la ley orgánica 16/2015.*

QUINTO.- Referida esta resolución exclusivamente a la inmunidad de jurisdicción, puesto que no nos compete pronunciarnos sobre la eventual inmunidad de ejecución que pudiera suscitarse en el procedimiento correspondiente, la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2 de diciembre de 2004 sienta como criterio general, en su artículo 5, que "todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado", así como que (art. 6) " un Estado hará efectiva la inmunidad a la que se refiere el art. 5 absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado y, a estos efectos, velará por que sus tribunales resuelvan de oficio la cuestión del respecto a la inmunidad de otro Estado".

También la Ley Orgánica 16/2015 recoge en suart. 4 que *"todo Estado extranjero y sus bienes disfrutarán de inmunidad de jurisdicción y ejecución ante los órganos jurisdiccionales españoles, en los términos y condiciones previstos en la presente Ley Orgánica* ", para establecer a continuación en qué casos se entiende prestado consentimiento expreso para el ejercicio de la jurisdicción (art. 5), los supuestos en los que se entiende prestado consentimiento tácito (art.6), los comportamientos que no constituyen consentimiento a la jurisdicción (art. 7) y las excepciones a la inmunidad de jurisdicción del estado extranjero (art. 9).

Parte así esta Ley orgánica de un principio consuetudinario que recogía la citada Convención: el criterio general de inmunidad de jurisdicción de un Estado respecto de los tribunales de otro Estado, excepcionado en aquellos casos en los que existe un consentimiento expreso o tácito o se refiere a actos que no pueden considerarse de como propios del ejercicio de la soberanía estatal, como funciones derivadas en poder público o actos de "iure imperii".

Así lo recoge el informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre Inmunidades de los Estados extranjeros y organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sobre el régimen de privilegios e inmunidades aplicables a conferencias y reuniones internacionales celebradas en España, aprobado por el Pleno del CGPJ el 28 de mayo de 2015. Recuerda este informe que la institución de las inmunidades estatales hunde sus raíces en el principio de igualdad soberana y en la dignidad de los Estados soberanos, que impiden a un Estado establecer sobre otro cualquier tipo de poder sin contar con su consentimiento, así como que se trata de una institución que arraigada en el principio de igualdad soberana, se proyecta sobre la práctica de los tribunales de los Estados, y esta praxis da lugar, en el plano internacional, a la configuración del principio con una naturaleza consuetudinaria que, en un movimiento regresivo, es recogido nuevamente por los tribunales estatales y por algunos cuerpos normativos, traduciéndose, procesalmente, en el ejercicio de un privilegio -susceptible de renuncia- y en un límite de la potestad jurisdiccional frente al Estado extranjero que lo invoca.

Dicho informe señala también que, en el discurrir de esta institución se ha producido una evolución que, a partir de la concepción tradicional de la inmunidad con un carácter absoluto, ha dado lugar a otra restringida, que abre paso a la posibilidad de extender la jurisdicción del Estado del foro al Estado extranjero cuando este no actúa en el ejercicio de actividades soberanas. Progresiva deriva hacia una concepción más limitada de la inmunidad de jurisdicción que se explica desde el momento en que el Estado, sin renunciar a las actividades públicas, acomete otras de carácter privado, consecuencia principalmente de los cambios producidos en los sistemas económicos y de la creciente participación del Estado en la actividad económica privada.

Esta concepción restrictiva de la inmunidad de jurisdicción descansa en la distinción entre actos de soberanía, de poder público u oficiales (acta iure imperii) y los actos de naturaleza privada (acta iure gestionis). Pero la dificultad de diferenciar unos y otros han conducido a abandonar criterios de clasificación generales para centrase en la búsqueda empírica de aquellos casos en los que cabe admitir o no la inmunidad de jurisdicción, en los que las regulaciones internacionales (Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados de 16 de mayo de 1972 -Convenio de Basilea-, y la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, de 2 de diciembre de 2004 -Convenio de N.U.-) han renunciado a articular una calificación dual entre actos de imperio y de gestión sobre fórmulas generalistas, basadas en la naturaleza o finalidad del acto, o en su carácter comercial o no, para establecer un sistema casuístico de excepciones a la inmunidad de jurisdicción, partiendo de la plenitud de la soberanía del Estado extranjero y de la inmunidad de jurisdicción como regla general, señalando aquellos casos en que, por no ejercerse funciones públicas, se excepciona la aplicación del principio de inmunidad de jurisdicción, además de los casos de renuncia o de consentimiento del Estado extranjero a la extensión de la jurisdicción del Estado del foro.

En nuestra jurisprudencia, se ha impuesto la concepción restrictiva de la inmunidad, como se refleja en laSTS de 22 de junio de 2009(ECLI: ES: TS: 2009:5323). Aunque referida a la inmunidad de jurisdicción, esta sentencia señala que " *el art. 21.2 LOPJ y las normas de Derecho Internacional público a la que tal precepto remite, no imponen una regla de inmunidad absoluta de ejecución de los Estados extranjeros, sino que permiten afirmar la relatividad de dicha inmunidad, conclusión que se ve reforzada por la propia exigencia de la efectividad de los derechos que contienen el art. 24 CE y por la ratio de la inmunidad, que no es la de otorgar a los Estados una protección indiscriminada, sino la de salvaguardar su igualdad e independencia. Por consiguiente, la delimitación del alcance de tal inmunidad debe partir de la premisa de que, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno desautorizan que se inejecute una Sentencia; en consecuencia, una decisión de inejecución supondría en tales casos una vulneración del art. 24.1 CE " (por todas, SSTC 107/1992, de 1 de julio, FJ 4 ; 292/1994, de 27 de octubre, FJ 3 ; 18/1997, de 10 de febrero, FJ 6 ; y 176/2001, de 17 de septiembre , FJ 3)"*

En nuestro Tribunal Constitucional, se ha acogido la tesis restrictiva de la inmunidad (STC 107/1992), señalando que la relatividad de la inmunidad de los Estados extranjeros se asienta en la distinción entre actividades iure imperii y los actos iure gestionis. Asimismo, ha resaltado que el principio que consagra las inmunidades no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva delartículo 24.1 CE. <<El legislador se ha remitido precisamente en este precepto [el artículo 21.2] al Derecho internacional público para determinar el contenido y alcance de las inmunidades de jurisdicción y de ejecución que dicho ordenamiento establece>> (STC 140/1995, de 28 de septiembre) y 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 otros Estados>> (STC 292/1994, de 27 de octubre). También se ha cuidado el Tribunal Constitucional de poner de manifiesto que *la inmunidad de jurisdicción y de ejecución no deja al particular totalmente desprotegido de toda tutela judicial y, por lo tanto, no vulnera el artículo 24. 1 CE . El derecho a la tutela judicial es un derecho de naturaleza prestacional de configuración legal, por lo que el legislador puede establecer*

límites a su pleno acceso, siempre que sean razonables y proporcionados respecto a los fines constitucionalmente lícitos para el legislador, y se apliquen judicialmente conforme a la interpretación más favorable al derecho a la tutela judicial (STC 292/1994). El respeto del derecho a la tutela judicial pasa por ofrecer al particular varias posibilidades, aunque no sean enteramente satisfactorias. Una de ellas es que ponga el asunto en manos del Ministerio de Asuntos Exteriores para que este exija al Estado extranjero el cumplimiento de sus obligaciones o renuncie a la inmunidad de jurisdicción (...). Otra alternativa es acudir a la protección diplomática, cuando sea procedente, en aquellos casos en que se ha producido un hecho internacionalmente ilícito imputable al Estado extranjero. Y una tercera posibilidad es acudir a los tribunales del Estado extranjero , aunque, dejando aparte cuestiones técnicas de carácter procesal, esta solución comporte un coste no siempre asumible (STC 140/1995, de 28 de septiembre) .

La normativa española, antes de la publicación de la Ley de 2015 antes citada, era prácticamente inexistente. Elart. 21.2 de la LOPJque sólo enuncia como excepción a la intervención de la jurisdicción española los *"supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público"* , y elart. 36 de la LECestablece que " *la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte"* , y que " *los tribunales civiles españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias siguientes:*

1. ª Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas del Derecho Internacional Público.

2. ª Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado.

3. ª Cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes".

Sólo se contemplaban así las inmunidades con remisión al ordenamiento internacional -consuetudinario o convencional- y mediante su construcción a través de la doctrina constitucional y jurisprudencial.

En cuanto a los instrumentos jurídicos internacionales que hacen referencia a las inmunidades, aparte de diversos tratados internacionales que hacen referencia fundamentalmente a inmunidades de ejecución (Convenio de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua; Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada en Montego Bay en 1982; Convención de Bruselas para la unificación de ciertas reglas relativas a la inmunidad de buques del Estado, de 10 de abril de 1926, y su Protocolo adicional de 1934; la Convención de Chicago sobre aviación civil internacional, de 7 de diciembre de 1944; Convenio de Roma para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de aeronaves, de 29 de mayo de 1933; Convenio sobre el Estatuto de Fuerzas de la OTAN, de 19 de junio de 1951, y el Convenio hispano-norteamericano relativo a la mutua defensa, de 26 de septiembre de 1953, así como el Convenio sobre cooperación para la defensa entre España y los Estados Unidos, de 1 de diciembre de 1988), pueden citarse el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados, celebrado en Basilea el 16 de mayo de 1972, que no ha sido ratificado por España, y el Convenio Interamericano sobre

la inmunidad de jurisdicción de los Estados, de 21 de enero de 1983, y, como convenio de carácter multilateral, la Convención de las Naciones Unidas relativa a la inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes, que se basa en una revisión del proyecto de artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1991, y fue abierto a la firma en Nueva York el 17 de enero de 2005.

Centrándonos en este último instrumento -que, como antes se dijo, no cumple aún las condiciones para su entrada en vigor, pero que sirve de referencia a las normas consuetudinarias en las que se basa-, su artículo 10 contempla, entre los procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer, las transacciones mercantiles realizadas "con una persona natural o jurídica extranjera ", en ningún proceso basado en dicha transacción mercantil, si en virtud de las normas aplicables de derecho internacional privado los litigios relativos a esa transacción mercantil corresponden a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado, salvo que se trate de una transacción mercantil entre estados o si las partes en la transacción mercantil han pactado expresamente otra cosa. Y, en relación con los efectos de un convenio arbitral, el art. 17 de la Convención establece que, 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.

Este mismo sistema de inmunidad de jurisdicción restringida es el que se mantiene en la Ley Orgánica 16/2015. Excepciona la regla general de inmunidad de jurisdicción de los Estados frente a los tribunales de otro cuando se haya producido una renuncia expresa o tácita a ella, especificando los comportamientos que no constituyen consentimiento a la jurisdicción (como la incomparecencia del Estado en el proceso), y cuando los actos en los que haya intervenido el Estado no puedan considerarse como propios de la soberanía estatal o actos de iure imperii. Entre los actos "iure gestionis" contempla las transacciones mercantiles celebradas por el Estado con personas físicas o jurídicas que no tengan su nacionalidad, salvo que se trate de transacción mercantil entre Estados o cuando las partes hayan pactado expresamente otra cosa, así como determinados procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral, en los siguientes términos: " *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: ... d) El reconocimiento de los efectos de los laudos extranjeros.* A tal fin, en su art. 2, apartado n), define lo que considera transacción mercantil: *"todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios; todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción; cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo. Para determinar si un contrato o transacción es una «transacción mercantil», se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción"* .

Frente a la indeterminación anterior sobre lo que lo que debía considerarse actos " *iure gestionis* " y actos "iure i *mperii* ", que unos distinguían conforme a la naturaleza de la

actividad, otros a la finalidad de la misma, y algunos por la naturaleza del contrato o las partes intervinientes en él, esta Ley Orgánica precisa que están excluidos de la inmunidad de jurisdicción los procesos derivados de la sumisión a arbitraje convenida con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado de toda controversia relativa a una transacción mercantil, lo que, a sensu contrario, determina la inmunidad jurisdiccional en las transacciones mercantiles realizadas con los nacionales del mismo Estado.

SEXTO. - **Aplicación al caso presente** .

Se pretende el reconocimiento de un lado arbitral referido al Acuerdo de Establecimiento" suscrito el 18 de diciembre de 2003 entre el Gobierno de Guinea Ecuatorial y la entidad COMMERCIAL BANK GUINEA ECUATORIAL (CBGE), dirigido a implantar una entidad de crédito en ese Estado, realizando, *tanto en la República de Guinea Ecuatorial como en cualquier otro país, ya sea en su nombre, en nombre de terceros o en participación, cualquier operación bancaria, de descuento, de anticipo, de crédito y de comisión* , así como *realizar o participar en las mismas condiciones en cualquier emisión, suscripción y oferta, en cualquier fundación o toma de participaciones en sociedades constituidas o por constituir, cuyo objeto social esté directamente vinculado con el de la sociedad por el que, entre otras obligaciones, «Guinea Ecuatorial garantizó que la sociedad disfrutaría de los mismos derechos que las sociedades nacionales y de varios derechos específicos, en concreto: el derecho de ejercer libre y legalmente su actividad* , proponiéndose *CBGE convertirse en un colaborador financiero de referencia en Guinea Ecuatorial,* deseando *participar en el desarrollo económico del Estado de Guinea Ecuatorial y llevar a cabo una política de formación y promoción del personal de nacionalidad ecuatoguineana, considerando el interés que representa para el desarrollo económico y social del Estado de Guinea Ecuatorial la implantación de una entidad bancaria que forme parte de un grupo de fama reconocida;* términos expuestos inicialmente en dicho Acuerdo de Establecimiento.

El objeto del Acuerdo de Establecimiento y su clausulado indica, pues, la naturaleza mercantil del denominado "Acuerdo de Establecimiento".

Siendo así, para decidir si es aplicable o no la inmunidad de jurisdicción lo determinante es la nacionalidad de la parte de convino con el Estado demandado la sumisión a arbitraje de las controversias derivadas de esa transacción mercantil.

Con carácter previo, debe rechazarse que se haya producido la renuncia a la inmunidad de jurisdicción por el hecho de aceptar el sometimiento a arbitraje en caso de controversia, como recoge el convenio arbitral incluido en el Acuerdo de Establecimiento, o por no haberse personado en estas actuaciones la República de Guinea Ecuatorial. 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, en procesos judiciales que se pudieran iniciar en relación a dicho arbitraje. Y, por otro lado, la propiaLey Orgánica 16/2015 se cuida de precisar en su art. 7que no se interpreta como consentimiento del Estado extranjero al ejercicio de la jurisdicción por órganos jurisdiccionales españoles respecto de un determinado proceso, entre otros supuestos, la incomparecencia del Estado extranjero en el proceso.

Respecto a su nacionalidad, considera la demandante que el litigio entre el CBGE y a República de Guinea Ecuatorial, sustanciado como un arbitraje comercial y no de inversiones, hay datos suficientes que permiten concluir que ambas partes partían de la asunción de que el CBGE era una sociedad extranjera por estar sujeta a control camerunés,

constando en el Acuerdo de Establecimiento que el capital del CBGE se divide con un 46% del Grupo Fotso (de Camerún), 5% de Commercial Bank of Cameroon, 39% de inversores ecuatoguineanos y 10% de la República de Guinea Ecuatorial, comprometiéndose el Grupo Fotso a cubrir la diferencia si la participación prevista para los inversores ecuatoguineanos no alcanzase el número suficiente, recogiéndose en el laudo que el proceso de constitución del CBGE deja claro que Commercial Bank preexistía como parte del Grupo Fotso y que tuvo que seguir el procedimiento establecido en las leyes ecuatoguineanas para comenzar a operar en Guinea. Si no hubiera sido así -afirma la demandante- , y la República de Guinea hubiera considerado que se enfrentaba a una sociedad guineana, resultaría difícilmente explicable su consentimiento a someterse a un arbitraje fuera d Guinea.

Ciertamente, en el laudo arbitral de que se pretende el reconocimiento, en supárrafo 80, cita, respecto a la nacionalidad del CBGE, el art. 25 del Convenio CIADIque considera "nacional de otro Estado contratante a toda persona jurídica que posea la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en el litigio (...) y a toda persona jurídica que posea la nacionalidad del Estado Contratante parte en el litigio (...) y que las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, a efectos del presente Convenio, por estar sometidas a control extranjero", reconociendo que las legislaciones nacionales de la mayoría de los Estados estipulan lo mismo en materia de inversión cuando el inversor posea una nacionalidad diferente a la del Estado de acogida. También menciona el párrafo 81 del laudo que de conformidad con las disposiciones de la legislación de la OHADA, en especial del Acta Única sobre las sociedades mercantiles y UTEs, cuyas disposiciones son de orden público: «cualquier persona, sea cual sea su nacionalidad, que desee ejercer en una sociedad una actividad mercantil en el territorio de uno de los Estados Parte, deberá escoger la forma de sociedad que más le convenga a su actividad, entre aquellas previstas por la presente Acta única, por lo que para ejercer sus actividades bancarias, la Parte Demandante debería haberse constituido como sociedad en el país de implantación, añadiendo que de conformidad con elartículo 16 del Anexo al Convenio para la Armonización de la Normativa Bancaria en los Estados de África Central de 17 de enero de 1992«las entidades de crédito se constituirán de forma obligatoria como personas jurídicas, con excepción de las sucursales de las entidades de crédito que posean su domicilio social en el extranjero» . En relación al testimonio del ministro de la República de Guinea Ecuatorial D. Vidal, el párrafo 82 del laudo llega a la conclusión de que el mismo consideraba al CBGE como una sociedad extranjera, aunque precisa que "una sociedad constituida en virtud de la legislación nacional puede considerarse extranjera en muchos aspectos, en particular debido al origen de su capital". Es más, en el laudo se hace referencia a la implantación de una entidad de crédito extranjera en Guinea cuando hace referencia en su párrafo 145 a la decisión del Presidente de la República respecto a su "voluntad soberana de limitar el número de bancos cameruneses establecidos en la República de Guinea Ecuatorial", en el párrafo 151 cuando reconoce que "el Presidente de la República de Guinea Ecuatorial desempeña un papel fundamental en la decisión de implantación de una entidad de crédito en su país", en el párrafo 153 cuando indica que "el Tribunal Arbitral ha verificado que la ausencia de orden de autorización se ajusta a la voluntad del Jefe del Estado, que no sesea que la Parte Demandante se instale en la República de Guinea Ecuatorial", en el párrafo 154 cuando dice que el mismo Tribunal Arbitral observa que fue un ministro en ejercicio del Gobierno de la República de Guinea Ecuatorial el que firmó el Acuerdo de Establecimient0... y que por tanto aprobó su cláusula 8, según la cual "Guinea Ecuatorial garantiza que la sociedad disfrutará de los mismos derechos que las sociedades nacionales", y en el 157, que recoge la entrevista concedida al periódico Jeune Afrique L 'Intelligent nº 2273 de la semana del 1 al 7 de agosto de 2004, por el Excelentísimo Presidente, el Sr. D. Apolonio, en la que afirmó claramente: «En Guinea existen importantes y respetadas sociedades camerunesas que ejercen sus actividades con libertad y, en concreto, en el sector de las finanzas. Sin embargo, lo estamos vigilando muy de cerca. Ya tenemos al CCI Bank en Malabo y, por lo

tanto, no resultaría deseable que un segundo banco camerunés -en este caso, el del Grupo FOTSO- se instalara aquí, independientemente de su honorabilidad. Un país, un banco: es la norma si queremos evitar riesgos de fuga de capitales»,

Si unimos lo anterior a la distribución de capital social que se preveía en la cláusula 3 del Acuerdo de Establecimiento (46% del Grupo Fotso y 5% del Commercial Bank of Cameroon, frente al 39% de inversores ecuatoguineanos y 10% del Estado de Guinea Ecuatorial), debemos concluir que el componente real de los intervinientes en la transacción mercantil de la que se derivó el litigio arbitral ha sido de nacionales de Estados diferentes al de la República de Guinea Ecuatorial.

Por tanto, excluidos de la inmunidad de jurisdicción los procesos derivados de la sumisión a arbitraje convenida con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado de toda controversia relativa a una transacción mercantil, como establece el citadoart. 16 de la Ley 16/2015, en procesos relativos al reconocimiento de los efectos de los laudos extranjeros, debe en este caso declararse la jurisdicción de este Tribunal para pronunciarse sobre la demanda aquí formulada.

SÉPTIMO.- ElArtículo V del Convenio de Nueva Yorksobre reconocimiento y ejecución desentencias arbitrales de 10 de junio de 1958establece:

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje, o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país .

Ningún motivo de oposición al reconocimiento del laudo arbitral se ha alegado. La parte contra la que se pretende el reconocimiento del laudo arbitral en España no ha comparecido en las actuaciones ni, por tanto, ha formulado oposición alguna al reconocimiento. Y el Ministerio Fiscal se ha mostrado expresamente favorable al reconocimiento del laudo.

Ante la ausencia de alegación de alguno de los motivos de oposición invocables a instancia de parte, tampoco se aprecia ninguno de los apreciables de oficio.

Por un lado, el objeto de la controversia surgida entre las partes y sometida al arbitraje del que se derivó el laudo sujeto a reconocimiento es perfectamente susceptible de ser resuelta por vía de arbitraje. Elartículo 9, apartado 6, de la Ley de Arbitrajedispone que cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español. Y, al menos conforme al derecho español, el litigio que se plasma en el laudo arbitral no es de los excluidos al arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico, pues se han resuelto controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho (art. 2 de la Ley de Arbitraje), surgidas en el cumplimiento de un contrato relativo al otorgamiento de autorización para el ejercicio de la actividad bancaria en el territorio de Guinea Ecuatorial.

Por otro, ni el reconocimiento ni la ejecución del laudo serían contrario al orden público de España. La resolución arbitral es producto de un procedimiento en el que, como resulta del propio laudo arbitral, pudo ejercitar su defensa cada una de las partes y concretamente la República de Guinea Ecuatorial demandada, quien se personó e intervino en el proceso arbitral. Y la decisión de los árbitros no aparece como vulneradora de los principios esenciales que rigen en nuestro ordenamiento jurídico.

Consecuencia de todo lo anterior es el reconocimiento de la eficacia en España del citado laudo arbitral en relación con la entidad demandada, la República de Guinea Ecuatorial.

OCTAVO.- Las costas causadas en este procedimiento procede imponerlas a la demandada, conforme alart. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aplicación del principio de vencimiento objetivo.

Por todo lo anterior,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : Estimar la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la REPÚBLICA DE GUINEA ECUATORIAL, RECONOCIENDO el laudo arbitral -de fecha 24 de mayo de 2009, dictado en Libreville (Gabón) en el seno del Tribunal Común de Justicia y Arbitraje de la OHADA, en el expediente nº 003/2007/ARB, por los árbitros Thierry Lauriol, Ebanga Ewodo y Albert

Bikalou; con expresa condena en costas a la parte demandada.

Frente a esta resolución no cabe recurso alguno.

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