

# CRÓNICA DE ARBITRAJE

por

**ENRÍC PICANYOL ROIG**

*Abogado y Economista*

RJC, núm. 1-2021, pgs. 255-270

---

**SUMARIO:** I. ANULACIÓN DE LAUDO: ORDEN PÚBLICO, ORDEN PÚBLICO PROCESAL. II. COVID 19: REGLAMENTOS INSTITUCIONALES Y GUÍAS DE ACTUACIÓN. 1. Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI. 2. Nuevo Reglamento de la LCIA. 3. Tribunal Arbitral de Barcelona. 4. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. III. INSTITUCIONES ARBITRALES: CIAM. IV. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE ÁRBITROS: NOMBRAMIENTOS INTERRELACIONADOS. V. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE TRIBUNALES ARBITRALES. VI. KOMPETENZ-KOMPETENZ.

---

## PRESENTACIÓN

Iniciamos con esta Crónica que está prevista con periodicidad semestral un canal de comunicación con los lectores de la Revista Jurídica de Catalunya que esperamos sea de doble vía para compartir algunas noticias en el mundo del arbitraje español y en menor medida internacional que hayan acontecido desde la Crónica anterior<sup>1</sup>. Nuestro objetivo es glosar sin pretensiones académicas los cambios legislativos, si los hubiere, o en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales españolas y aquellas internacionales con mayor frecuencia utilizadas por operadores españoles, así como las sentencias, en general españolas, que se pronuncien relativas al mundo del arbitraje. Nos centraremos en el arbitraje civil y mercantil, sin especial cobertura del arbitraje de inversión salvo en casos excepcionales<sup>2</sup>.

- 
1. Ésta, la primera, se inicia el 1 de enero de 2020 y alcanza hasta lo que el autor ha tenido acceso en los primeros meses de 2021.
  2. Un ejemplo sería el caso Achmea de 2018, que declaró como contrarios al derecho de la Unión los tratados de protección de inversiones entre Estados miembros. Asunto C-284/16:

## I. ANULACIÓN DE LAUDO: ORDEN PÚBLICO, ORDEN PÚBLICO PRO-CESAL

La Crónica de Arbitraje que se inicia con esta colaboración en la Revista Jurídica de Catalunya no podía tener un más prometedor inicio. Estamos probablemente ante la sentencia más importante de la reciente pequeña historia de España en materia arbitral. Es indudable que la recentísima y muy esperada sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 2021<sup>3</sup> en el caso Mazacruz, clara y didáctica, da un paso más, ya iniciado en la del mismo tribunal de 15 de junio de 2020<sup>4</sup>, para sentar esperamos que definitivamente los límites de la potestad jurisdiccional de anulación de un laudo por ser contrario al orden público [cfr. art. 41, f) de la Ley de Arbitraje]. Es sabido que en los últimos años el Tribunal Superior de Justicia de Madrid había consolidado una doctrina<sup>5</sup> que, aunque limitada a los laudos pronunciados en su ámbito territorial de competencia, afectaba de lleno al primer centro de arbitraje de España, y en la medida que podía haber sido seguida por otros tribunales creaba una gran inseguridad jurídica respecto de la finalidad del arbitraje como instrumento de resolución de disputas. En definitiva, mediante una interpretación extensiva del orden público en sede arbitral, el tribunal en efecto revisaba el fondo de la decisión del o de los árbitros.

Aunque los antecedentes sean prolijos, la esencia del caso Mazacruz, resuelto en arbitraje de equidad por un árbitro único, por mor de la cláusula al efecto incluida en los estatutos sociales, es la pretensión de los socios mayoritarios en una sociedad limitada familiar cerrada de disolver la sociedad. Señalemos que el socio minoritario debido al voto múltiple de sus participaciones sociales detentaba el control. El árbitro acogió tal pretensión, pero en acción de impugnación, el Tribunal Superior

---

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de marzo de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Slowakische Republik / Achmea BV (Procedimiento prejudicial – Tratado Bilateral de Inversión celebrado en 1991 entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca y que sigue siendo aplicable entre el Reino de los Países Bajos y la República Eslovaca – Disposición que permite a un inversor de una Parte contratante dirigirse a un tribunal arbitral en caso de litigio con la otra Parte contratante – Compatibilidad con los artículos 18 TFUE, 267 TFUE y 344 TFUE – Concepto de «órgano jurisdiccional» – Autonomía del Derecho de la Unión) (europa.eu).

3. TC (Sala Primera), Recurso de amparo núm 3956-2018, BOE n.º 69, p. 32689.
4. TC (Sala Primera) Sentencia núm. 46/2020 de 15 de junio (RTC 2020, 46). Concedió el amparo frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm 33/2017 de 4 de mayo de 2017 (AC 2017, 563), que anuló por contrario al orden público un laudo a pesar de que las partes habían alcanzado un acuerdo con posterioridad al mismo y mediante escrito conjunto habían solicitado la terminación del procedimiento de anulación por satisfacción extrajudicial. Allí dijo el TC que «es claro que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros, al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo» (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3, y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Por todo ello, ninguna de las causas de anulación previstas en el art. 41.1 de la Ley de arbitraje puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues «la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo (ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3)». Esta sentencia merecería en sí misma un comentario que se omite en aras de la brevedad, y por cuanto en la que se comenta aparece y se cita su doctrina con toda nitidez en un supuesto «de libro»: anulación de un laudo de equidad, dictado por un conocido y prestigioso jurista español.
5. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de abril de 2015, N.º 27/2015; de 14 de abril de 2015, N.º 30/2015; de 23 de octubre de 2015, N.º 74/2015; de 13 de diciembre de 2018, N.º 49/2018.

de Justicia de Madrid<sup>6</sup>, declaró su nulidad. Tras abundante cita de jurisprudencia, el tribunal señala que

Tras una minuciosa revisión por este Tribunal de la motivación del Laudo sobre la causa para acordar la disolución de Mazacruz –la conducta abusiva en derecho de D. Ángel Daniel– llegamos a la conclusión alegada por la demandante, que no se encuentra suficientemente motivado en equidad un laudo que no pondera toda la prueba practicada en el arbitraje.

Y más adelante:

El Laudo, por tanto, no da respuesta a todas las cuestiones planteadas en el arbitraje, no valora las pruebas en su integridad, y no contiene una motivación suficiente para llegar a una conclusión tan importante como la disolución de una sociedad por una causa asimilada a la legal, el abuso del derecho (...) Las bases de equidad parten de los hechos, los que se evalúan y justifican una determinada decisión considerando inclusive las particularidades de la controversia planteada, por cierto muy prolija, lo que entendemos que no ha llevado a cabo el árbitro en el presente caso, por lo que la motivación del laudo deba ser considerada arbitraria por falta de motivación suficiente.

Los socios mayoritarios dedujeron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando esencialmente la vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva. El Ministerio fiscal intereso la estimación del recurso, y señaló que la cuestión jurídica quedaba limitada al establecimiento de los límites al control jurisdiccional de la motivación de los laudos.

El Tribunal Constitucional da lugar al recurso. Evoca su reciente sentencia de 15 de junio de 2020, citada, y señala:

hemos de reiterar que la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje.

Y añade:

debe subrayarse una vez más que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público.

Tratándose en particular de un arbitraje de equidad, el Tribunal señala que:

es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso si tal solución es incompatible con la que resultaría de la aplicación de las normas del derecho material.

Nótese que este dictum se refiere únicamente a los arbitrajes de equidad; el Tribunal separa claramente su apreciación respecto de este tipo de arbitrajes del resto de su razonamiento, que es aplicable a todo tipo de arbitrajes.

El Tribunal examina la anterior doctrina en su aplicación al supuesto enjuiciado. Explicita que su célebre expresión en anteriores sentencias, que cita, de que el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», tal equivalencia «hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral» y por tanto no es aplicable a otros aspectos y requisitos de los laudos arbitrales en relación a las sentencias judiciales. Considera la intensidad del control judicial en sede de anulación que el ordenamiento confiere al tribunal que conoce la impugnación del laudo, en los dos aspectos fundamentales que allí se han discutido: la valoración de la suficiencia de la motivación del laudo arbitral y

6. Sentencia 1/2018 de 8 de enero, Roj: STSJ M 46/2018.

en la valoración de la prueba realizada por el árbitro. Evoca lo que preceptúa la Ley de Arbitraje en su artículo 37, 4, únicamente que «el laudo será siempre motivado», pero no exige que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos sino tan solo que consten las razones de la decisión, que pueden ser acertadas o no. El Tribunal concluye que

resulta vulnerador del art. 24 CE, por manifiesta irracionalidad, extender la noción de orden público como motivo de anulación del laudo, más allá de los límites definidos por los derechos fundamentales, así como que le está vedado al órgano judicial revisar la prueba realizada por los árbitros o la valoración de la misma. Teniendo esto en consideración, resulta manifiestamente irrazonable y claramente arbitrario pretender incluir en la noción de orden público *ex art. 41 f) LA* lo que simplemente constituye una pura revisión de la valoración de la prueba realizada motivadamente por el árbitro, porque a través de esta revisión probatoria lo que se está operando es una auténtica mutación de la acción de anulación, que es un remedio extremo y excepcional que no puede fundarse en infracciones puramente formales, sino que debe servir únicamente para remediar situaciones de indefensión efectiva y real o vulneraciones de derechos fundamentales o salvaguardar el orden público español.

Las citas han sido quizá demasiado largas, pero la claridad y contundencia del razonamiento del Tribunal creemos lo exige. La sentencia resuelve esperamos definitivamente, en ausencia de un recurso de casación o unificación de doctrina de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, una situación de incertidumbre ya muy prolongada en el tiempo<sup>7</sup>. El Tribunal Constitucional ancla la institución arbitral en el artículo 10 de la Constitución Española, protector de la autonomía de la libertad de la persona: el arbitraje «mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE)», como señala en otro pasaje el propio Tribunal, sale así reforzado y su función en nuestra sociedad y en el mundo de las relaciones jurídicas en particular internacionales se ve confirmada.

En «tiempo de descuento» de esta Crónica, el Tribunal Constitucional, en dos sentencias de 15 de marzo de 2021<sup>8</sup> declara la nulidad de sendas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En la primera, en que, a similitud con el caso que fue objeto de la sentencia del TC de 15 de junio de 2020, las partes, pendiente el recurso de anulación desistieron el mismo por haber alcanzado un acuerdo extrajudicial. El Tribunal Constitucional anula la sentencia del TSJ de Madrid por la interpretación «extensiva e injustificada del concepto de orden público contenido en

- 
7. La conclusión anterior puede pecar de optimista. Entre la primera sentencia del TC, de 15 de junio de 2020, y la que comentamos, que se refiere explícitamente a la anterior, el TSJ de Madrid, en sentencia de 19 de noviembre de 2020, con cita expresa al concepto de orden público señalado por el TC en la sentencia de junio, reinterpreta de facto una cláusula de extinción de un contrato de arrendamiento, y ha anulado un laudo entre otro motivo «Siendo la autonomía de la voluntad, uno de los principios rectores del derecho civil, en cuanto que es una de las fuentes de las obligaciones y de los contratos, con valor de ley entre las partes, debe mantenerse y respetarse, y en el caso presente, la incorrecta interpretación de la norma legal y contractual aplicada por el laudo, dando lugar a la resolución del contrato arrendaticio y en definitiva a su extinción, vulnera el orden público al resultar contrario a dichos principios por ser arbitraria la conclusión que se alcanza». Es la sentencia 29/2020, Rec. 29/2019, LA LEY 205150/2020. Algunos juristas pueden pensar que la interpretación de una cláusula contractual y la necesidad o no de prueba del supuesto que pueda dar lugar a la resolución del contrato, según sea el tenor literal de la cláusula, forma parte del ámbito en que no cabe la intervención judicial, según se define en la jurisprudencia del TC resultante de la indicada sentencia y que se ha transcrito en la nota 4 anterior y que el concepto de arbitrariedad es quizá no tan amplio como para acoger en su seno el supuesto de aquel arbitraje.
  8. Recursos de amparo 2563-2019 y 976-2020.

el art. 41. 1 f) de la Ley de Arbitraje». En la segunda señala que «el órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje» y más en particular «no están legitimados para entrar en la cuestión de fondo ni para valorar la prueba practicada, los razonamientos jurídicos y las conclusiones alcanzadas por el árbitro». El Tribunal Constitucional recuerda que el deber de motivación del laudo no se integra en el orden público exigido por el art. 24 de la CE para la resolución judicial, sino que se ajusta a un parámetro propio, definido en función del art. 10 de la CE y concede el amparo anulando la sentencia anulatoria «porque entra en el fondo del debate de la cuestión controvertida, en vez de limitar su actuación de fiscalización a comprobar los posibles errores in procedendo o a la ausencia de motivación», reiterando que el arbitraje se asienta en el derecho constitucional del art. 10 de la Constitución española. Ambas sentencias citan la jurisprudencia al respecto del propio TC en sus mencionadas sentencias de 15 de junio de 2020 y 16 de febrero de 2021.

Cuatro sentencias del Tribunal Constitucional consecutivas en ocho meses concediendo el amparo y anulando las correspondientes sentencias del Tribunal de Justicia de Madrid son muchas. En todas ellas el Ministerio Fiscal informó solicitando el amparo. Cabe esperar que en lo sucesivo el procedimiento arbitral recupere la única instancia y no la triple de laudo, TSJ de Madrid y Tribunal Constitucional para su plena efectividad, y que las consideraciones que hace en todas ellas configuren definitivamente las notas del procedimiento arbitral en la ley española.

## II. COVID 19: REGLAMENTOS INSTITUCIONALES Y GUÍAS DE AC-TUACIÓN

Es probable que el año 2020 pase a la historia como el año de la pandemia del covid-19. Y a la pequeña historia del arbitraje, como el año de la puesta de largo de las audiencias virtuales. Del mismo modo que la práctica profesional en los despachos de abogados asumió el teletrabajo, como todos los sectores de la economía que lo han podido hacer, el arbitraje ha asumido el telearbitraje, cristalizando la tendencia que ya antes de la pandemia se iba afianzando en el mundo desarrollado.

Y este fenómeno ha tenido inmediata respuesta en muchos reglamentos de las instituciones arbitrales, y en las guías prácticas de arbitraje de mayor relevancia.

### 1. NUEVO REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CCI<sup>9</sup>

El 1 de enero de 2021 ha entrado en vigor el nuevo Reglamento, que introduce algunas modificaciones respecto de la reciente revisión de 2017, con cambios de mucho mayor calado, que instituyó el denominado Procedimiento Abreviado. La cuantía a partir de la cual se aplicará por defecto, el nuevo reglamento la eleva a 3.000.000 US\$ (Apéndice V).

Despejando ciertas dudas anteriores<sup>10</sup>, el nuevo artículo 26, 1 de las reglas confiere al tribunal arbitral, oídas las partes, que toda audiencia puede celebrarse remotamente por videoconferencia, teléfono u otro medio de comunicación.

Otras modificaciones relevantes (i) facultan al tribunal arbitral para decidir la incorporación de partes adicionales al procedimiento (art. 7,5); debe considerarse en particular si tal incorporación puede originar una situación de conflicto de intereses; (ii) obliga a la parte cuyo procedimiento sea financiado por un tercero a revelar no solo su existencia sino su identidad (art. 11,7); (iii) faculta a la Corte de Arbitraje de la CCI en casos excepcionales a nombrar ella misma un árbitro para evitar un riesgo

9. *2021 Arbitration Rules – ICC – International Chamber of Commerce (iccwbo.org)*. Pendiente la versión española.

10. Ver por todos: Maxi Scherer, *Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework*, en *Journal of International Arbitration*, Volume 37 (2020) p. 407.

significativo de trato desigual a las partes que pueda afectar la validez del laudo (art. 12, 9) y amplía la competencia de la Corte para nombrar directamente un árbitro prescindiendo de pedir recomendaciones a un comité nacional de la CCI (art. 13, 4); (iv) refuerza y clarifica la regla –así como sus excepciones– de que la Corte ha de nombrar árbitro único o tercero de nacionalidad distinta a la de las partes (art. 13, 5 y 6); y (v) faculta al tribunal arbitral a no autorizar el cambio de dirección letrada de alguna parte si ello ha de suponer un conflicto de intereses sobrevenido (art. 17,2).

Como se ve, estas modificaciones del nuevo reglamento refuerzan los mecanismos de control de la Corte respecto del nombramiento de árbitros y da medios al tribunal arbitral para evitar ciertas maniobras procesal que en ocasiones han obstaculizado su normal procedimiento.

Ya antes de la entrada en vigor del Reglamento modificado, la Corte emitió una guía (*guidance note*) en relación a las medidas a adoptar en relación al covid-19<sup>11</sup>.

## 2. NUEVO REGLAMENTO DE LA LCIA

El nuevo reglamento de la London Court of International Arbitration<sup>12</sup> entró en vigor el 1 de octubre de 2020. Su artículo 14.6 (iii), más desarrollado en el Art. 19.2, faculta expresamente al tribunal arbitral a ordenar que la o las audiencias sean telemáticas. Por su parte, su art. 4.2 dispone que las comunicaciones serán siempre electrónicas, salvo permiso expreso de la Corte. En fin, sin necesaria relación con el uso de tecnologías, el artículo 22 confiere facultades suplementarias al tribunal arbitral para asegurar un correcto y expedito desarrollo del procedimiento arbitral.

Hay dos modificaciones importantes en el indicado artículo 22 que merecen destacarse:

La primera, en su párrafo [viii], se faculta al tribunal para poner fin al procedimiento en cualquier estadio del mismo y emitir en su caso el oportuno laudo cuando demanda, contestación, reconvencción, su contestación, esté manifiestamente fuera de la jurisdicción del tribunal, sea inadmisibile o sea manifiestamente infundada.

La segunda, en sus párrafos [7] y [8], faculta al tribunal acumular dos o más procedimientos arbitrales detallando los supuestos y los requisitos de aplicación. En el caso que todas las partes estén de acuerdo, basta la autorización de la corte. Si no lo estuvieren, y concurrieren los supuestos que en el reglamento se detallan, y siempre con la aprobación de la Corte, el tribunal puede ordenar la acumulación o que con el mismo tribunal los procedimientos se desarrollen en paralelo. En una línea parecida, el nuevo artículo 1.2 permite la solicitud múltiple de arbitraje a la Corte, identificando partes y relaciones jurídicas objeto de cada procedimiento, que se seguirán por separado o conjuntamente según determine la Corte.

En conclusión, el nuevo reglamento –que además acorta los plazos prefijados– refuerza sustancialmente las facultades del tribunal hacia un procedimiento más expedito.

## 3. TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA

El Tribunal Arbitral de Barcelona estableció mediante Cláusula Adicional a su Reglamento de 2018 un procedimiento «Fast Track on Line»<sup>13</sup> en que a través de un formulario normalizado se inicia un procedimiento abreviado, con unos plazos notablemente acortados. Se establece (punto 8) las comunicaciones por vía telemática, preferiblemente correo electrónico, e igualmente las audiencias se llevarán a cabo por videoconferencia (punto 9).

11. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>.

12. *LCIA Arbitration Rules PDF Download 2.pdf*.

13. *Fast-track\_covid-19.pdf (tab.es)*.

#### 4. REGLAS DE LA IBA (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION) SOBRE PRÁCTICA DE PRUEBA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Estas reglas en su versión aprobada en 2010<sup>14</sup> son las más ampliamente utilizadas en el arbitraje internacional<sup>15</sup>, ya como reglamento de una parte esencial del procedimiento, la relacionada con la prueba, o, más frecuentemente, como guía orientativa para el tribunal arbitral y las partes.

El 17 de diciembre de 2020 fue aprobada una modificación de las reglas<sup>16</sup> que como es de esperar, incluye la disposición que faculta al tribunal arbitral, con o sin solicitud de una parte al respecto, a ordenar que la práctica de la prueba se efectúe en audiencia remota y oídas las partes determinar el protocolo de actuación que haya de seguirse: tecnología, prueba previa, horario, modo de exhibición de documentos, aseguramiento de la no comunicación en la testifical.

Las nuevas reglas incluyen también unas pequeñas modificaciones relativas al tratamiento de cuestiones de ciberseguridad y protección de datos [Art. 2 2 (e)]; no traducción obligatoria de documentos presentados a requerimiento de la contraparte [Art. 3 12. (d)]; y presentación de testigos o dictámenes periciales sobre cuestiones no tratadas anteriormente [Arts. 4 6. (b) y 5 3. (b)].

### III. INSTITUCIONES ARBITRALES: CIAM

Una crónica de arbitraje para una revista jurídica española referida al año 2020 debe celebrar el nacimiento de una institución arbitral que no suponga simplemente incrementar su número, sino, por el contrario, agrupar en una sola institución la administración de determinados arbitrajes hasta el momento dispersos entre otras tres ya existentes y con larga y exitosa trayectoria. El nuevo Centro Internacional de Arbitraje de Madrid tiene desde luego sustantividad propia, pero además, es el resultado de la fusión de la actividad internacional de la Corte de Arbitraje de Madrid, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje y la Corte Española de Arbitraje, a la que se ha sumado el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid como socio estratégico. Entró en funcionamiento con el nuevo año y conocerá también de los procedimientos que resulten de convenios arbitrales que señalen a cualquiera de las cuatro entidades impulsoras como institución administradora, siempre que se suscriban a partir del 01.01.2020. Esas cuatro entidades modifican sus Reglamentos para incorporar esta cláusula de reenvío al CIAM.

Su Reglamento<sup>17</sup> recoge la experiencia de las tres instituciones arbitrales que han impulsado el Centro así como de las más relevantes instituciones internacionales y en gran medida las recomendaciones del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje<sup>18</sup>. Señalemos en particular que dispone un

- 
14. *IBA Rules on the Taking of Evidence in Int Arbitration 2010 – SPANISH (1).pdf*. Dice su preámbulo que «Estas Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional buscan proporcionar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de prueba en arbitrajes internacionales, particularmente en aquellos que surgen entre Partes de distintas tradiciones jurídicas».
  15. Véase en el año 2020 la STSJ de Madrid de 16 de setiembre de 2020 la extensa cita de las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional y el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje la para resolver el supuesto allí enjuiciado que se comenta más adelante en el epígrafe 5. de esta crónica, Sentencia 49/2020 Rec. 72/2016 LA LEY 146866/2020. El autor de estas líneas propugnó que alrededor de la «soft law» estábamos asistiendo al nacimiento de una «*Lex Mercatoria*» del procedimiento en el arbitraje internacional. Enric Picanyol, *Due Process and Soft Law in International Arbitration*, *Spain Arbitration Review*, 2015, núm. 24, p. 35.
  16. *IBA-Rules-on-the-Taking-of-Evidence-in-Int-Arbitration.pdf* Al tiempo de escribir estas líneas la versión original en inglés era la única disponible.
  17. *REGLAMENTO CIAM DIGITAL-DEF2.pdf* (*madridarb.com*).
  18. <https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cbbpp-cea.pdf>.

procedimiento abreviado para reclamaciones de cuantía igual o inferior a un millón de euros en que, al igual que en el de la CCI, y con independencia de lo acordado en el convenio arbitral, si las circunstancias a juicio del Centro lo aconsejan el propio Centro designará un árbitro único. Prevé y regula el arbitraje de emergencia (arts. 58 y siguientes). También contiene una regulación específica para el arbitraje societario (Art. 68) en que se prevé la regla de que el Centro nombrará él o los árbitros (*cf.* Art. 11 bis 3. de la Ley de Arbitraje), salvo acuerdo de las partes una vez surgido el conflicto; un plazo de espera a otras posibles solicitudes relacionadas con el mismo conflicto, la intervención de terceros y la acumulación de procedimientos en los supuestos y con los requisitos que especifica.

Es destacable que el Reglamento (art. 56) prevé la impugnación opcional del laudo ante el propio Centro, si así se ha acordado en el convenio arbitral o las partes así lo acordaren con posterioridad al inicio del conflicto.

Señalemos en particular que incluye las novedades que hemos visto que han incorporado recientemente los reglamentos de las instituciones arbitrales internacionales más activas en Europa, la CCI y la LCIA. Así la regla son las comunicaciones electrónicas (Art. 3.1)<sup>19</sup>; regula la intervención de terceros al procedimiento con el consentimiento de las partes (art. 17); la solicitud múltiple de arbitraje (art. 18); la acumulación de procedimientos (art. 19); la revelación de la financiación de un tercero y la identidad de éste (art. 23); y al facultar a los árbitros decidir sobre el modo de celebrar la audiencia preliminar que incluye la videoconferencia (art. 28.5) y como presentar las pruebas [art. 24. 2. b)] que específicamente incluye el interrogatorio de testigos por vía telemática (art. 36. 2.), se une, aunque algo tímidamente, a la «nueva normalidad» del telearbitraje.

El CIAM y su Reglamento nacen *ex novo*, sin legados ni inercias del pasado, y al mismo tiempo con una triple o cuádruple experiencia de muchos años de las instituciones fundadoras. Esperamos que su andadura fortalezca el arbitraje internacional con sede en España.

#### IV. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE ÁRBITROS: NOMBRAMIENTOS INTERRELACIONADOS

Creemos ocioso proponer que la independencia e imparcialidad de los árbitros y de las instituciones que lo administran es esencial tanto para asegurar el sistema como justo, sino también para que empresas y particulares lo vean como tal. Uno de los más prestigiosos árbitros internacionales escribió que la confianza en los estándares éticos de árbitros e instituciones es el alfa y la omega de la legitimidad del arbitraje<sup>20</sup>. Es sabido que nuestra Ley de Arbitraje prescribe la independencia e imparcialidad de los árbitros, y ordena la revelación de «todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia» y toda circunstancia sobrevenida (Art. 17.2) El árbitro puede ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

Uno de los aspectos más espinosos del arbitraje es la relación entre árbitros y abogados, y ambos y las instituciones arbitrales, y la interrelación de nombramientos y su repetición. No es este el lugar para glosar el desarrollo jurisprudencial en España de los principios de independencia e imparcialidad en relación con estos supuestos.

19. Véase la STSJ de Galicia de 29 de octubre de 2020 en que se daban validez a las comunicaciones por correo electrónico, aunque no fueran abiertas por su destinatario, y en particular las efectuadas mediante un sistema, Confirmsign, certificadas por tanto con la intervención de un denominado «tercero de confianza». Sentencia 23/2020 Rec. 23/2019 LA LEY 178559/2020.

20. Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*, p. 147.

En España vimos en 2019 la aprobación del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje<sup>21</sup>. El Código define la imparcialidad como la ausencia de favoritismos y el mantenimiento de una distancia objetiva frente a las partes, la disputa y otras personas implicadas en el arbitraje ([70]), y recomienda la abstención del árbitro «si existen circunstancias que, a los ojos de un tercero razonable e informado, dan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia». El Código lista, respecto del deber de revelación ([84]) una serie de 31 supuestos, acotando su ámbito temporal relevante –en el momento presente, en los tres años anteriores y si hubiera sido árbitro con una de las partes, diez años– relativos a sus vínculos con las partes, con la disputa, con los abogados de las partes y con otras personas implicadas en el arbitraje<sup>22</sup>. Es probable que este ejemplo español de «*soft law*» se vaya consolidando con su práctica y su invocación ante los tribunales como estándar definitorio de los principios enunciados<sup>23</sup>.

Esta larga introducción lo es al comentario de la sentencia del tribunal supremo de Inglaterra y Gales en el caso *Halliburton v Chubb* de 27 de noviembre de 2020<sup>24</sup>, que ha sido calificada como la más importante de la década en arbitraje inglés –o por lo menos, añade el autor de estas líneas–, sobre imparcialidad de los árbitros. La importancia del caso resulta no solo de su objeto –el contratista de la plataforma de extracción de petróleo en el Golfo de México–, que sufrió un gravísimo accidente y causó multimillonarios daños, contratado por BP, y una de las aseguradoras principales del mundo, sino por la cuestión debatida, como lo corrobora que las principales instituciones arbitrales intervinieran en el procedimiento judicial (LCIA, ICC, el Chartered Institute of Arbitrators, y otras dos instituciones arbitrales sectoriales inglesas, LMAA –asociación de árbitros en derecho marítimo– y GAFTA –asociación de comercio de cereales–).

Los hechos son sencillos: en una póliza de seguro sometida a derecho de Nueva York y con arbitraje en Londres, Chubb propuso como árbitro tercero o presidente al señor Rokison y Haliburton lo rechazó por ser un jurista inglés y no estadounidense. No obstante, el juez competente nombró al señor Rokison, con gran experiencia en contratos de seguro. El indicado señor ya había sido árbitro en procedimientos en que Chubb era parte y lo era en aquel momento, y así lo reveló a las partes y al juez. Posteriormente aceptó dos nombramientos derivados del mismo accidente, uno a instancias de Chubb y otro por una cesionaria de Chubb, basado en la misma póliza, aunque las cuestiones debatidas fueran diferentes. No lo comunicó a Haliburton que se enteró más tarde. Ésta le instó a la renuncia, y ante su negativa –aunque el señor Rokison ofreció renunciar a los otros dos nombramientos–, Haliburton pidió al tribunal su remoción en base a la sección 24 (1) (a) de la Arbitration Act 1996 por existir circunstancias que daban lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad<sup>25</sup>. Haliburton entendía que al oír el árbitro alegaciones en el otro u otros procedimientos, a los que Haliburton no tenía acceso, se producía una situación de apariencia de parcialidad<sup>26</sup>. Las cuestiones que llegaron al tribunal supremo fueron (i) si un árbitro puede aceptar múltiples nombramientos de objeto relacionado y

21. *Op. cit.*

22. El Código de Buenas Prácticas es al menos en este aspecto más detallado y probablemente estricto que las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014 IBA Guidelines on Conflict of Interest Nov 2014 SPANISH (1).pdf.

23. Véase además de la cita en otras resoluciones judiciales que se mencionan en esta Crónica, la que efectúa el TSJ de Catalunya en su sentencia de 4 de noviembre de 2020, Sentencia 36/2020 Rec. 10/2019, LA LEY 215892/2020.

24. [2020] UKSC 48 *Halliburton Company (Appellant) v Chubb Bermuda Insurance Ltd (Formerly known as Ace Bermuda Insurance Ltd) (Respondent)* – The Supreme Court.

25. «*circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality*». La traducción del texto es del autor.

26. Véase la aceptación de recusación de la CCI de un árbitro por serlo en un arbitraje paralelo en CIADI por el riesgo que pudiera prejuzgar elementos de la controversia y tener infor-

con solo una parte concurrente en ellos, sin que ello resulte en una apariencia de parcialidad tal vez inconsciente, y (ii) si lo puede hacer sin revelarlo a la otra parte. Nótese que Haliburton no alegaba parcialidad sino apariencia de parcialidad. Nótese también que los arbitrajes subsiguientes fueron laudados por cuestiones preliminares, y así lo alegó el señor Rokison.

En una prolija sentencia de 66 páginas, para decidir sobre la parcialidad aparente, el tribunal supremo inglés evoca la figura del observador imparcial («*fair minded*») e informado, similar al que consta en el Código de Buenas Prácticas. Toma buena nota de las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional y señala su utilidad para que los tribunales identifiquen qué situaciones son constitutivas de conflicto de intereses, y cuales requieren ser reveladas a las partes, pero enfatiza que no son vinculantes para el tribunal<sup>27</sup>. A su juicio el observador imparcial e informado debe tener en cuenta la práctica del arbitraje internacional, y en la del sector de la industria concernido para determinar si existía o no la apariencia de parcialidad –ambos intervinientes sectoriales– enfatizaron que los nombramientos repetidos eran en el arbitraje marítimo y de materias primas frecuentes e inocuos. El mismo hecho de los repetidos nombramientos del señor Rokison, añade este autor, indican una situación parecida en el sector del seguro. Destaca el tribunal que en el momento de los hechos no estaba establecido el juicio que merecieran los nombramientos múltiples ni el deber de revelarlos. Elabora también el tribunal la relación entre el deber de confidencialidad en el arbitraje y la revelación de otros procedimientos. Concluye resumiendo que en derecho inglés del arbitraje el estándar de imparcialidad e independencia se aplica por un igual a los árbitros designados por una parte como al único o tercero; que hay casos en que los nombramientos múltiples pueden dar lugar a una apariencia de parcialidad, a valorar dependiendo de los hechos del caso particular y de las costumbres y prácticas del particular sector en que el arbitraje tiene lugar; si hubiera tal apariencia el árbitro está obligado a comunicar los otros nombramientos a las partes incluso sin el consentimiento de los que lo fueran en el procedimiento subsiguiente; y que el momento relevante para juzgar la posible apariencia de parcialidad no era el momento en que los hechos fueron conocidos, sino cuando el tribunal ha de decidir sobre la recusación<sup>28</sup>. Teniendo en cuenta estos principios y los hechos relevantes –ausencia de precedentes claros; la práctica del sector; ofrecimiento de renuncia del árbitro a los subsiguientes nombramientos; terminación preliminar de tales procedimientos–, y teniendo en cuenta la situación al juzgarse la recusación y no en el momento en que los hechos fueron conocidos por Haliburton, el tribunal concluye en rechazar la recusación del señor Rokinson.

---

mación que no tendrían los co-árbitros. *Global Arbitration Review – ICC disqualifies Sachs over related ICSID appointment*, 12 de marzo de 2021.

27. Véase en especial la STSJ de Madrid de 16 de setiembre de 2020 citada en la anterior nota 14. Destaquemos aquí la extensa cita del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje y de las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional enfatizando (cursiva en el original) «*aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias por la Sala*». Y respecto del deber de revelación, expone que «El deber de revelación existe aun cuando el árbitro –o los miembros de la Corte que intervienen en la administración del arbitraje– sean y se sientan imparciales e independientes, y existe porque no se trata solo de preservar esas dos garantías esenciales a todo arbitraje, a toda decisión jurisdiccional o a ella equivalente; se trata también de salvaguardar la verdadera libertad de las partes en la designación de árbitros y de Cortes, como expresión de la mayor flexibilidad del arbitraje, también en este punto, respecto de la Jurisdicción», y concluye desestimando la anulación.
28. Véase la crítica a este punto por el letrado del interviniente Chartered Institute of Arbitrators, que presumiblemente refleja el punto de vista de la institución: D. Bagshaw, IBA – Halliburton v Chubb: The Chartered Institute may expect more from its members (ibanet.org).

Aunque no haya recaído resolución judicial, que conozca este cronista, es mencionable, en relación a la obligación de los árbitros de revelar situaciones que puedan dar lugar a dudas acerca de su imparcialidad, la demanda de Grupo Unidos por el Canal S.A. y otros c/ Autoridad del Canal de Panamá ante el tribunal del Southern District of Florida<sup>29</sup>. La demanda es en relación con el laudo, administrado por la CCI, emitido en Miami<sup>30</sup>, en que se denuncia la falta de revelación de nombramientos interrelacionados entre miembros del tribunal, o sus despachos, en arbitrajes conexos e inconexos con el que es objeto de disputa<sup>31</sup>. Al tiempo de escribir esta Crónica la CCI ha rechazado la recusación, indicado que la alegada falta de revelación no pone en cuestión la imparcialidad de los árbitros<sup>32</sup>. Si la reclamación continúa, es probable que sienta al menos en la jurisdicción de los EEUU el alcance de ese deber; también en relación a otros valores tales como la confidencialidad del arbitraje y el secreto profesional de los abogados.

## V. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE TRIBUNALES ARBITRALES

En el epígrafe anterior hemos comentado un aspecto concreto de la independencia e imparcialidad de los árbitros. En el período objeto de esta crónica ha habido también importantes sentencias españolas en relación a las mismas virtudes que han de adornar la otra «pata» del arbitraje: las instituciones arbitrales. Es palmario como señala recientemente la importante sentencia del TSJ de Catalunya<sup>33</sup>:

dada la importante función que las instituciones arbitrales tienen encomendadas, cual es la designación de los árbitros y la administración del arbitraje y porque la institución debe velar por el respeto al principio de igualdad, parece obvio que debe actuar con neutralidad respecto de ellas y con desinterés respecto del tema concreto que se ventile.

Parecería que nuestros tribunales han superado algunas vacilaciones anteriores<sup>34</sup>, asentando firmemente el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes al someter sus diferencias a arbitraje según el reglamento de una determinada institución arbitral, y que deben probarse hechos concretos que afecten a su neutralidad e imparcialidad. Se traza una analogía con lo que la Ley de Arbitraje –silente en este punto– dispone para los árbitros; extiende a las cortes o tribunales arbitrales el deber de revelación que existe respecto de los árbitros; e impone por analogía al impugnante la carga de alegar en tiempo útil –y no en el recurso de anulación, salvo causas sobrevenidas– la potencial falta de imparcialidad.

Véase también la sentencia del TSJ de Madrid de 16 de setiembre de 2020 citada en la anterior nota 14. Al examinar uno de los motivos de anulación del laudo que se invocan: la falta de imparcialidad de la Corte Española de Arbitraje, dado que es un servicio de la Cámara de Comercio de España, de la que una de las partes es miembro y patrocinador –junto a muchas otras empresas–. La sentencia hace una valiosa recopilación de la doctrina emanada de nuestros Tribunales Superiores de Justicia. La sentencia extiende el deber de revelación del árbitro a las instituciones arbitrales. Señala respecto del cuestionamiento de la neutralidad de una Corte de Arbitraje (negrita en el original), «que tiene que sustentarse en razones objetivas,

29. Miami Division Case N.º: Civ. 1:20-cv-24867.

30. ICC Case N.º 20910/ASM/JPA (C-20911/ASM).

31. Véase las detalladas alegaciones de la actora en Microsoft Word – GUPC – 20910 – Bouchardie Declaration (002).DOCX (courtlister.com).

32. ICC stands by Panama Canal arbitrators – Latin Lawyer, 23 de febrero de 2021.

33. Sentencia de 20 de octubre de 2020, 32/2020 Rec. 18/2019, LA LEY 215891/2020.

34. Véase por todos David Jurado Beltrán, Sobre la independencia e imparcialidad de las instituciones arbitrales y su reflejo jurisprudencial, en Arbitraje Internacional en una economía globalizada. Reflexiones en homenaje a D. Ramón Mullerat, Alfonso Hernández-Moreno (coordinador), Christian Herrera Petrus (coordinador), p. 271.

en motivos que, considerados con idéntica objetividad, más allá de las conjeturas o de las meras sospechas, sean aptos para comprometer la debida ecuanimidad de la Corte, atendidas las circunstancias del caso concreto». Extiende el deber de revelación a los miembros de la Corte que intervengan en la administración del arbitraje, y en definitiva no da lugar a la anulación.

Por su parte, el TSJ de Catalunya en su citada sentencia de 20 de octubre de 2020, con amplia cita de la STC de 15 de junio de 2020, recuerda a este respecto que «es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes». Entre otros extremos, desestimó como motivo de nulidad la alegada parcialidad de una corte arbitral supuestamente «cautiva» señalando:

para que la jurisdicción pueda anular un laudo por imparcialidad o falta de independencia, no ya del árbitro, sino de la institución arbitral que lo designa, será necesario acreditación bastante de que la Corte no ha respetado o estado en condiciones de respetar el principio de igualdad y la imparcialidad que en principio se le presume, debiendo actuar los tribunales de manera cautelosa y no basándose en meras sospechas o conjeturas o aun en apreciaciones subjetivas de las partes, máxime cuando el apartamiento de la institución arbitral supone de facto imposibilitar el arbitraje institucional pactado. Al propio tiempo, el principio de buena fe impone a las partes que las circunstancias de falta de imparcialidad e independencia que pretendan invocar sean puestas de manifiesto en el plazo más breve posible.

En el procedimiento se probó que una de las partes lo había sido en cuatro de los nueve arbitrajes administrados por el tribunal arbitral en los dos años relevantes, y las tasas generadas –aunque mayormente ocasionadas por un solo arbitraje– eran muy significativos en relación al total de la corte en el período considerado. El tribunal resalta que se trataba de empresas de cierto volumen, similar; ambas estaban representados por letrados de conocida reputación; la ahora impugnante había iniciado el procedimiento arbitral y elegido el árbitro entre los seis que propuso la Corte –también en la lista de elección de la otra parte–; no acusó de parcialidad ni al árbitro así designado ni a la Corte hasta el recurso de anulación y concluye que «el solo hecho de que una persona física o jurídica haya sido anteriormente cliente, incluso asiduo, de una Corte de Arbitraje [no] pueda sustentar sin más una sospecha fundada de parcialidad en la administración de tales arbitrajes».

La sentencia del TSJ de Catalunya de 4 de noviembre de 2020<sup>35</sup> trata de la anulación de un laudo dictado en arbitraje de equidad administrado por el Centro Algodonero Nacional («CAN»), al que las partes se sometieron en sus contratos de compraventa de algodón. El instante del procedimiento arbitral y luego demandante en anulación, la sociedad española de la aseguradora Chubb, subrogada en lugar de una de las partes del contrato inicial, que hemos visto actuando en el Reino Unido, con invocación del subapartado letra d) del artículo 41.1 LA, denuncia que «la designación de los árbitros no se ha ajustado a la ley de arbitraje, lo cual ha resultado en una falta de imparcialidad por parte de los árbitros, con vulneración de los artículos 15 y 24 de la LA». Se basa en que la demandada es una sociedad algodонера algunos de cuyos miembros, cooperativas del algodón, estaban asociados al CAN, y esta institución sería parcial a favor de la contraparte. Los árbitros eran socios del CAN, conforme a su reglamento arbitral, y por tanto, se alega, asociados así a la instada en el arbitraje y demandada en anulación. La sentencia cita ampliamente la anterior del mismo tribunal de 20 de octubre de 2020 reseñada más arriba, y señala hechos obstativos a la alegación de parcialidad, en particular que Chubb inició el arbitraje y no objetó las declaraciones de independencia e imparcialidad de los árbitros a

35. Sentencia de 4 de noviembre de 2020 citada en la anterior nota 22.

pesar de que dos de ellos –incluido el propuesto por Chubb– manifestaron haber mantenido relaciones comerciales con la otra parte.

También el TSJ de Canarias considera esencial la alegación en tiempo útil, en el caso, la incorrecta designación de la corte arbitral que debía administrar el arbitraje<sup>36</sup>.

Pero las anteriores sentencias no suponen que haya «barra libre»: el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia de 5 de junio de 2020<sup>37</sup>, que recoge la ya sentada doctrina jurisprudencial que el artículo 17 de la Ley de Arbitraje se aplica también a las instituciones arbitrales, anuló el correspondiente laudo por falta de validez del convenio arbitral. Se había faltado al deber de revelación de las relaciones entre la instante, su letrado y la Corte de Arbitraje de Galicia, cuyo domicilio estaba en el despacho del letrado, que fue luego esposo de la administradora de la propia instante.

## VI. KOMPETENZ-KOMPETENZ

Como es sabido, el artículo 22 de la Ley de Arbitraje dispone que «Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia». Es la plasmación en nuestro derecho del principio de Kompetenz-Kompetenz. En el período que abarca esta crónica su formulación por el Tribunal Supremo ha sido recordado por la Audiencia Provincial de Madrid<sup>38</sup> confirmando la desestimación de una declinatoria en favor del arbitraje en una demanda basada en una permuta financiera, efectuando un análisis de la validez de la cláusula compromisoria en dicho supuesto.

36. Sentencia de 8 de abril de 2020, 3/2020 Rec. 4/2019 LA LEY 86710/2020: «no es posible que, después de firmado el acuerdo de voluntades y surgido el desacuerdo, intente ir contra sus propios actos, alegando que el árbitro no es competente y que el Reglamento carece de validez. Es obvio que en este caso, al menos en cuanto a las infracciones que ahora se alegan, es de aplicación del concepto del consentimiento tácito, pero no por mera inactividad de la parte, sino por su propia actuación reveladora del consentimiento».

37. Sentencia 8/2020 Rec. 14/2019, LA LEY 75360/2020.

38. Sección 11.ª, Sentencia 381/2020 de 19 Nov. 2020, Rec. 495/2019, LA LEY 211863/2020. Dicha STS sección 1.ª del 27 de junio de 2017 centraba los términos del debate sobre esta cuestión desde la perspectiva de los principios generales aplicables: *«La cuestión planteada en el recurso hace referencia al alcance del principio kompetenz-kompetenz (competencia para decidir sobre la propia competencia) contenido en el art. 22 de la Ley de Arbitraje en relación con los dos primeros apartados del art. 11 de dicha ley y a los arts. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevén que, en caso de haberse presentado una demanda ante un órgano judicial, la existencia de convenio arbitral ha de plantearse mediante declinatoria, sin que el juez pueda apreciar de oficio su falta de jurisdicción por tal causa.»*

*2.–Existen dos tesis sobre esta cuestión. La primera sería la llamada «tesis fuerte» del principio kompetenz-kompetenz, que es la que sostiene el recurrente, conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia.*

*La segunda sería la llamada «tesis débil», según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio.*

*3.–Este tribunal considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio kompetenz-kompetenz en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje».*

Nuestros tribunales (TSJ de Madrid, en sentencia de 6 de febrero de 2020<sup>39</sup>) también han señalado recientemente que este análisis de la competencia de los árbitros no puede efectuarse en el estrecho margen del procedimiento judicial de nombramiento de árbitros, con cita también de la Exposición de Motivos de la Ley.

Es destacable en este ámbito la muy comentada sentencia del tribunal supremo francés, la *Cour de Cassation*, de 30 de setiembre de 2020<sup>40</sup>. Es también particularmente relevante por ser una de las jurisdicciones tradicionalmente más favorables al arbitraje y a su independencia respecto de las jurisdicciones estatales. En relación a un contrato de servicios profesionales entre una persona física francesa y una sociedad profesional española, que contenía una cláusula compromisoria, la clienta dedujo ante los tribunales franceses una reclamación. La declinatoria alegando la cláusula compromisoria fue desestimada por tratarse de una cláusula abusiva en un contrato con un consumidor tal como lo define la directiva europea 93/13 de 5 de abril de 1993. La demandada alegó que en méritos del principio de *compétence-compétence* corresponde al árbitro decidir su propia competencia, sin que lo pueda hacer el juez estatal salvo nulidad o inaplicabilidad manifiesta de la cláusula de arbitraje, y si una cláusula es abusiva o no corresponde al árbitro decidirlo sin que el tribunal ordinario pueda juzgarlo a efectos de la declinatoria sin el examen de fondo de su abuso o no.

La *Cour de Cassation* cita la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de setiembre de 2018<sup>41</sup> según la cual el artículo 6 de la directiva citada debe ser equiparada a las reglas nacionales que ocupan en el orden jurídico interno el rango de normas de orden público. Tras un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso concluye que el juez estatal, a quien incumbe asegurar la plena eficacia del derecho comunitario de protección del consumidor, ejercita correctamente su función al decidir la no aplicación de la cláusula arbitral, y en definitiva desestima el recurso de casación y con él la declinatoria.

En los Estados Unidos el Tribunal Supremo, tras aceptar un recurso en que se discutía si la cuestión de arbitrabilidad o no de medidas cautelares (*«injunctive relief»*), excluidas, en el caso, de la cláusula compromisoria, era competencia de los árbitros o de los tribunales ordinarios, y tras la vista oral, inopinadamente decidió no seguir con el recurso y por ende se mantuvo la decisión del tribunal inferior que esta decisión correspondía a los tribunales<sup>42</sup>. En una sentencia anterior del mismo caso el Tribunal Supremo se pronunció en el sentido que los tribunales deben respetar una cláusula compromisoria que remita a los árbitros la cuestión de la arbitrabilidad de la disputa, aunque el tribunal crea que la pretensión no tiene base alguna<sup>43</sup>.

En fin, en Canadá el tribunal de instancia no dio lugar a un arbitraje CCI entre un conductor de Uber y la compañía, declarando la cláusula nula. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso<sup>44</sup>, y aunque la regla general es la competencia de

39. Sentencia 8/2020, Rec. 48/2019 LA LEY 15067/2020, señalando que «no es propio del ámbito objetivo de este proceso suplantar la decisión del árbitro sobre su propia competencia, sobre el análisis de la validez del convenio arbitral más allá de la verificación, *prima facie*, de su existencia y validez (Sentencia de esta Sala 4/2015, de 13 de enero), ni sobre la comprobación de la arbitrabilidad de la controversia».

40. [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/arrets\\_publics\\_2986/premiere\\_chambre\\_civile\\_3169/2020\\_9633/septembre\\_9871/556\\_30\\_45608.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publics_2986/premiere_chambre_civile_3169/2020_9633/septembre_9871/556_30_45608.html).

41. OTP Bank y OTP Faktoring, C-51/17, punto 89.

42. [https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-963\\_2c8f.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-963_2c8f.pdf).

43. *Henry Schein, Inc. v. Archer & White Sales, Inc.*, 139 S. Ct. 524 (2019) Microsoft Word – 738015360\_10 (supremecourt.gov). Véase por todos el interesante artículo comparando esa sentencia con la de nuestro TS de 27 de junio de 2017 parcialmente transcrita en la anterior nota 37 en Javier Iscar Hoyos. El principio kompetenz-kompetenz en la jurisprudencia estadounidense: un análisis comparado del caso *Henry Schein v Archer & White*, en la obra citada en la anterior nota 33, p. 235.

44. <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/2020/38534-eng.aspx>.

los árbitros para conocer de su propia competencia, la excepción es si la cláusula es nula como en el caso ya que los costes del arbitraje pactado impedirían en efecto al actor a ejercitar su acción.

Los casos reseñados muestran como en el tiempo objeto de esta Crónica diversos tribunales supremos en Europa y Norteamérica se inclinan por la «tesis débil» del principio Kompetenz-Kompetenz. Aunque cabe elogiar la justicia material de esta tendencia, también constituye un poderoso incentivo para ignorar las cláusulas compromisorias acudiendo a los tribunales ordinarios en casos dudosos retrasando así la resolución final de la cuestión de fondo.