

ENRIC PICANYOL ROIG

Abogado y Economista

CRÓNICA DE ARBITRAJE

PUBLICAT A LA
«REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA»
NÚM. 4, 2021

CRÓNICA DE ARBITRAJE

por

ENRIC PICANYOL ROIG

Abogado y Economista

RJC, núm. 4-2021, pgs. 1023-1044

SUMARIO: I. INSTITUCIONES ARBITRALES. 1. Centro Suizo de Arbitraje. 2. ICDR International Dispute Resolution Procedures. 3. Tribunal Arbitral del Principat d'Andorra. II. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS. 1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2. Cour d'Appel de Paris. 3. Nombramientos interrelacionados III. ANULACIÓN DE LAUDOS: ORDEN PÚBLICO. IV. OTRAS CUESTIONES TRATADAS POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. 1. Contratación con entes públicos. 2. Nombramiento judicial de instituciones arbitrales. 3. Arbitraje sobre sucesiones. 4. Prejudicialidad penal. V. ARBITRAJE DE INVERSIONES.

I. INSTITUCIONES ARBITRALES

Tras el aluvión de reformas en los reglamentos de arbitraje de algunas de las principales instituciones de las que se dio cuenta en la Crónica de Arbitraje anterior, aquí daremos cuenta de las de dos instituciones asimismo muy relevantes: la de la Asociación Suiza de Arbitraje, red denominada Centro Suizo de Arbitraje, y de las ICDR International Dispute Resolution Procedures, la rama internacional de la AAA, la American Arbitration Association. Y también de la presentación oficial del Tribunal Arbitral del Principat d'Andorra (TAPA).

1. CENTRO SUIZO DE ARBITRAJE¹

El Centro Suizo de Arbitraje (Swiss Arbitration Center) es la evolución y sucesor en derecho de la Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCIA) que habían promovido las reglas suizas de arbitraje internacional, bajo los auspicios de ASA, la asociación suiza de arbitraje. Se constituye como sociedad mercantil en que la ASA es su accionista mayoritario y lo forman asimismo las cámaras de comercio de Basilea, Berna, Suiza Central, Ginebra, Neuchâtel, Ticino y Zúrich. Simultáneamente, publica el nuevo Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional que entró en vigor el 1 de junio de 2021 (Swiss Rules)². Éste señala expresamente que las cláusulas de arbitraje designando a la SCIA o a las cámaras de comercio se entenderán referidas al nuevo Reglamento³.

Como ha ocurrido recientemente en las más significativas instituciones arbitrales, el nuevo reglamento [art. 3 (1)] permite las notificaciones y actuaciones únicamente electrónicas, incluso para la iniciación del procedimiento, y confiere al tribunal arbitral la facultad de ordenar, tras consultar a las partes, las audiencias virtuales (art. 27,2) así como el interrogatorio por telecomunicación a testigos y peritos (art. 27,5).

El reglamento prescribe en su artículo 19 (2) la celebración de una conferencia de gestión del caso, en que se organice el procedimiento y en particular los aspectos relativos a la protección de datos y a la ciberseguridad.

Otras novedades del reglamento se refieren a las demandas cruzadas, la demanda contra una parte tercera y la intervención de un tercero (art. 6), y regula expresamente la acumulación de procedimientos arbitrales (art. 7).

En fin, con ocasión del nuevo reglamento la ASA ha publicado y puesto a disposición de la comunidad arbitral una muy útil caja de herramientas (Toolbox by ASA)⁴ a modo de guía con modelos incluidos para una más eficiente conducción de un arbitraje sometido al Regla-

1. *Swiss Arbitration Centre – Swiss Arbitration Association.*

2. *Swiss-Rules-2021-FR.pdf* (*swissarbitration.org*), así denominadas incluso en sus versiones distintas de la inglesa; al tiempo de escribir esta crónica no estaba disponible la versión en castellano.

3. Introducción (c) y Art. 1 1.

4. *Arbitration Toolbox by ASA* (*swissarbitration.org*).

mento Suizo que puede ser muy útil para cualquier procedimiento arbitral.

2. ICDR INTERNATIONAL DISPUTE RESOLUTION PROCEDURES

Las nuevas reglas de arbitraje y mediación internacionales del International Centre for Dispute Resolution, ICDR, la división internacional de la American Arbitration Association (AAA), han entrado en vigor el 1 de marzo de 2021⁵. Se aplicarán si las partes las han elegido expresamente, o han pactado para resolver sus disputas que sean de carácter internacional ya al ICDR o a la AAA sin especificar qué reglas serían aplicables (art 1,1 y 1,3 de las International Arbitration Rules⁶). Con ello se evita la incertidumbre resultante de la multiplicidad de reglamentos de arbitraje de la AAA que en una reciente sentencia del tribunal supremo de los EE.UU. había ocasionado la ineficacia de una cláusula compromisoria. La introducción general señala que para delimitar el concepto de internacionalidad debe seguirse lo que dispone la Ley Modelo de la UNCITRAL⁷.

Las reglas quieren superar las dudas legales en derecho de los EEUU acerca de la competencia de los árbitros para determinar la arbitrabilidad de la disputa y existencia, ámbito o validez del acuerdo o cláusula compromisoria («Kompetenz-Kompetenz»). Dispone que el tribunal la tiene, señalando expresamente que no hay necesidad de referir tales cuestiones a un tribunal de justicia (art. 21. 1).

En línea con las modificaciones en otros reglamentos arbitrales, las reglas prevén la utilización de tecnologías incluyendo video, audio y otros medios electrónicos pueden mejorar la eficiencia y coste del procedimiento (art 22. 2), y ordenan al tribunal que trate con las partes las cuestiones de ciberseguridad y protección de datos para acordar un nivel de seguridad adecuado. Igualmente, las partes pueden acordar, y las reglas específicamente confieren poderes al tribunal arbitral (art 26. 2), para ordenar, oídas las partes, que las audiencias incluyendo las declaraciones de testigos y peritos sean por video, audio u otros medios electrónicos.

5. *ICDR_Rules_1.pdf*.

6. Es un capítulo de las reglas, que en uno anterior se refieren a la mediación internacional.

7. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006* | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

También en concordancia con otros reglamentos arbitrales, las reglas (i) expanden los requisitos para que otra parte pueda ser incorporada al procedimiento: al consentimiento de todos ellos, partes y terceros, se añade la competencia del tribunal arbitral para acordarlo –con el consentimiento del tercero– sin necesidad del acuerdo de las partes (art. 8.1), y (ii) amplía la acumulación de procedimientos arbitrales no solo entre las mismas partes sino con partes relacionadas, a instancia de ellas o del ICDR que nombrará un «árbitro de la acumulación» que decidirá la cuestión (art. 9).

Por último, las reglas (art 14. 7) facultan al tribunal arbitral a requerir a las partes que revelen (i) la posible existencia de un tercero financiador o asegurador del arbitraje, lo identifiquen, así como la naturaleza del acuerdo, y (ii) si algún tercero (financiador, asegurador, sociedad matriz o último beneficiario) tiene un interés en el procedimiento y la naturaleza de tal interés.

3. TRIBUNAL ARBITRAL DEL PRINCIPAT D'ANDORRA

El Tribunal Arbitral del Principat d'Andorra (TAPA) fue creado mediante la Ley 13/2018 de 31 de mayo⁸, adaptada en aplicación de lo establecido en la Ley 47/2014 de 18 de diciembre de 2014, de arbitraje en el Principado de Andorra⁹. Sus socios fundadores son la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Andorra y el Colegio Oficial de Abogados de Andorra.

Su reglamento de arbitraje ha sido publicado en enero de 2021. Los Estatutos del TAPA constan en Anexo. Destaca desde el punto de vista organizativo las figuras del Presidente, elegido por el Pleno a su vez compuesto por tres representantes de cada uno de los socios –en la actualidad los dos fundadores–, que su vez eligen como séptimo miembro al Presidente; del Secretario General, nombrado por el Pleno

8. *Llei 13/2018 del Tribunal d'Arbitratge del Principat d'Andorra. – Consell General Principat d'Andorra.* No es este el lugar de glosar esa ley. Señalemos únicamente que siguiendo el modelo francés distingue entre arbitraje interno e internacional, flexibilizando para este último las normas que rigen el primero. Faculta a las partes (art. 67) ya directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje, para convenir con plena libertad el procedimiento al que se ha de ajustar la junta arbitral (es decir, el tribunal arbitral), con sujeción a las normas imperativas de la propia Ley, y en particular que se garanticen los principios de igualdad, audiencia y contradicción de las partes.

9. <http://www.consellgeneral.ad/fitxers/documents/lleis-2014/llei-47-2014-del-18-de-desembre-d2019arbitratge-del-principat-d2019andorra/view>.

y encargado por delegación del Consejo Arbitral del seguimiento de los procedimientos arbitrales que se encarguen al TAPA; y el Consejo Arbitral, formado por cinco miembros: uno elegido por cada uno de los socios fundadores, un miembro independiente, experto en arbitraje, el Presidente y el Secretario General. Verifica la existencia de cláusula o acuerdo arbitral, y nombra o confirma los árbitros. La recusación no obstante es competencia del Pleno.

El Reglamento sigue la pauta de la de los modernos reglamentos arbitrales de las instituciones más conocidas de nuestro entorno. Destaquemos la rigurosa norma de confidencialidad para las partes, árbitros, órganos y personal del TAPA, de todas las actuaciones salvo acuerdo expreso y escrito de las partes (art. 1.2); la posibilidad de comunicaciones electrónicas o por cualquier otro medio que permita acreditar su envío (art. 2.1.), aunque aún se exija la presentación escrita con sus copias de demanda y contestación (arts. 3.3. y 4.1.); la competencia exclusiva del tribunal arbitral para resolver las cuestiones relativas a su competencia y jurisdicción (art. 5.3.); la competencia del Consejo Arbitral –oídas las partes y el árbitro– para decidir la acumulación de procedimientos arbitrales incluso cuando no sea entre las mismas partes a las del procedimiento arbitral en curso (art. 6.1.), así como la intervención de un tercero (art. 6.2.). En cuanto al procedimiento en sí, se faculta al tribunal arbitral, a nombrar un secretario (art. 10.2.); respecto a actuaciones en remoto, se faculta al tribunal para celebrar una vista previa «por los medios que considere adecuados» (art. 10.4.) y en general celebrar vistas y reuniones «en un lugar diferente a la sede del arbitraje» (art. 11.2.). Específicamente se indica que «el Tribunal Arbitral y las partes podrán acordar que las vistas se celebren por videoconferencia» (art. 19.3.), sin expresa mención a si el tribunal sin el acuerdo de las partes lo pueda ordenar, como hemos visto en las recientes reformas de diversos reglamentos arbitrales. En relación a las normas aplicables al fondo de la controversia, y reflejando la profunda influencia del derecho francés de arbitraje, «a falta de elección por las partes de derecho material aplicable, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere adecuadas. En todo caso, el Tribunal Arbitral decidirá con arreglo al contrato y a los usos mercantiles pertinentes» (art. 14, 1.). El Reglamento prescribe la confección por el tribunal arbitral de un acta de misión (art. 15.1.) que si una de las partes no firma, se someterá al Consejo Arbitral para su aprobación (art. 15.3.). Prescribe asimismo la celebración de una vista

de organización del procedimiento (art. 15.4.). Omitimos destacar las habituales reglas, concordantes con las de la mayoría de reglamentos de instituciones arbitrales de nuestro entorno.

En definitiva, estamos ante una nueva institución arbitral que refleja la influencia de los derechos español y francés del arbitraje, que conjuga un procedimiento garantista en cuanto a las formalidades del mismo y una gran flexibilidad en cuanto al fondo, en un pequeño país que como gusta recordar, nació precisamente de una sentencia arbitral en el medioevo, con unos co-príncipes de sus poderosos vecinos, y que tiene en la neutralidad y en el comercio sus signos distintivos. Desde aquí deseamos al TAPA muchos éxitos.

II. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS ÁRBITROS

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En la Crónica anterior invocábamos 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. En el período cubierto en esta entrega ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien en el caso *Beg S.P.A. contra Italia*¹⁰, ha entrado plenamente en este tema en relación con el arbitraje, creemos que por primera vez en su historia. En su sentencia de 20 de mayo de 2021 el Tribunal declaró que la República Italiana había violado el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹¹ cuando prescribe que «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley».

Es sabido que el arbitraje ha sido plenamente admitido por el TEDH¹² y la sentencia que comentamos trata específicamente de la independencia e imparcialidad de los árbitros como elemento necesario para que un litigio sometido a arbitraje cumpla con el artículo 6 de la Convención.

10. *Application no. 5312/11*. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210014>.

11. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

12. Véase entre otras las sentencias en los casos *Suda c. the Czech Republic*, no. 1643/06, § 48, 28 Octubre 2010 y *Tabbane c. Switzerland (dec.)*, no. 41069/12, § 25, 1 marzo 2016.

Los antecedentes procesales que relata la sentencia son ciertamente complejos, y se omiten aquí por tratarse de aspectos del derecho italiano que por otra parte ha sido modificado desde los hechos en la litis. En síntesis, una de las partes en un arbitraje alega haber conocido entre la deliberación final de los árbitros y la firma del laudo, y así lo denunció de inmediato ante el tribunal arbitral y la institución que lo administró, que el árbitro designado por la otra parte no era imparcial. Había sido vicepresidente del consejo de administración de la sociedad con la que originariamente concluyó el contrato que dio lugar al conflicto, de la que se escindió la que era en el arbitraje su contraparte. Posteriormente el árbitro actuó y actuaba como abogado en asuntos relevantes para tal sociedad, ahora matriz de su contraparte en el arbitraje.

El procedimiento de anulación del laudo llegó al tribunal supremo italiano, que, revocando excepciones de tipo procesal entró en el fondo del asunto, decidiendo que no había sido probado el «alineamiento de intereses» entre parte y árbitro en relación a la cuestión objeto de disputa.

El TEDH sigue, citándola, su jurisprudencia anterior relativa a la imparcialidad de los jueces: ello denota ausencia de prejuicios o sesgos («bias» en el original inglés). El tribunal señala la existencia de un test subjetivo y uno objetivo. El primero se evalúa en base a las convicciones personales y conducta de un juez determinado, estableciendo si mostró prejuicios o parcialidad de en caso concreto. El objetivo tiene en cuenta si el juez o tribunal ofrecen garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad. Mientras que el test subjetivo se presume salvo prueba en contrario, el objetivo no contempla la conducta del juez –del árbitro– sino la existencia de hechos que puedan poner en duda su imparcialidad. Lo decisivo es si el temor está objetivamente justificado. Es un test de naturaleza funcional. Por ejemplo, las relaciones profesionales, financieras o personales entre un juez y una parte pueden dar lugar a dudas razonables de imparcialidad. El tribunal señala que las apariencias son de cierta importancia, citando el adagio inglés «justice must not only be done, it must also be seen to be done», y remarca que está en juego la confianza que el público ha de tener en los tribunales –añadamos: en el arbitraje–.

En el caso examinado, el TEDH concluye que, en base a su pasada vicepresidencia y su labor posterior como abogado de una parte, la imparcialidad del árbitro en cuestión era susceptible de estar o al me-

nos aparecer en duda, y los temores del recurrente son considerados razonables y objetivamente justificados. Por ello, declara violado el artículo 6 de la Convención.

La importancia de esta sentencia resulta de que es, en el conocimiento de este cronista, la primera vez que un tribunal de justicia internacional conoce de la imparcialidad de los árbitros, describe el doble test, subjetivo y objetivo para su evaluación, y consolida el arbitraje –cumpliéndose determinados estándares– como medio justo y eficaz para resolver los litigios¹³.

2. COUR D'APPEL DE PARIS

Más relacionada con el Reglamento de Bruselas I bis¹⁴ pero con ocasión de la imparcialidad de un árbitro –en el caso, la no imparcialidad– es la sentencia de 22 de junio de 2021 de la cámara o sección comercial internacional de la Cour d'Appel de Paris¹⁵, que, como es sabido, es la jurisdicción única en Francia de apelación en materias de arbitraje internacional. Un árbitro alemán cuya parcialidad ocasionó la nulidad judicialmente declarada de un laudo en procedimiento de la CCI con sede en Paris –no había declarado la relación profesional del bufete al que pertenecía con la parte que lo había nombrado–, fue demandado en dicha ciudad por responsabilidad contractual por la parte que no lo había nombrado. El árbitro demandado alegó que la exclusión del arbitraje del Reglamento de Bruselas I bis no comprendía la responsabilidad del árbitro. Debía atribuirse en materia contractual la competencia de los tribunales del lugar de ejecución de la prestación que da lugar a la demanda, y en su caso, aunque la sede del arbitraje

13. Otra cosa es que para el recurrente la victoria pueda resultar pírrica. El laudo fue en diciembre de 2002. La sentencia del tribunal de casación italiano es de 15 de noviembre de 2010. Y el TEDH desestima en su sentencia de mayo de 2021 la pretensión de nulidad del laudo, señalando que corresponde a la República Italiana hacer lo procedente para restaurar la legalidad infringida –y al parecer la doctrina del tribunal constitucional italiano es que tal procedimiento en ejecución de una sentencia del TEDH no puede afectar los legítimos intereses de terceros, tales como la contraparte en un litigio–. En fin, aunque la sentencia del TEDH condena en costas a la parte vencida, el tribunal limita su cuantía a menos de una quinta parte de los honorarios de letrado presentados por la recurrente.

14. *Reglamento (UE) no 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (boe.es)*.

15. *21-07623.pdf (daloz-actualite.fr)*.

fuera París, tanto las actuaciones como su labor de árbitro tuvieron lugar en Alemania, estado al que pertenecían los tres árbitros. La pretensión de incompetencia de jurisdicción fue estimada en primera instancia. El tribunal de apelación la revocó. Invoca el párrafo 12 de la exposición de motivos del Reglamento¹⁶ y la sentencia *Rich*¹⁷ del TJUE, y concluye que la acción de responsabilidad contra el árbitro entra en el campo de exclusión del artículo 1. 2 (d) del indicado reglamento, y por tanto son aplicables las reglas francesas de competencia judicial internacional. En el caso, el art. 46 del código de procedimiento civil, que da al actor la opción de acudir a los tribunales del domicilio del demandado o a los del lugar de ejecución de la prestación del servicio. La Cour d'Appel considera que teniendo en cuenta la particular naturaleza del contrato del árbitro, estrechamente vinculado a la cláusula compromisoria, el lugar de ejecución de la prestación del árbitro se sitúa en el lugar de la sede del arbitraje, aunque partes del procedimiento o el trabajo intelectual del árbitro se hayan desarrollado en otro lugar. Por ello, termina declarando la competencia de los tribunales de París.

3. NOMBRAMIENTOS INTERRELACIONADOS

En la Crónica anterior se daba cuenta del procedimiento de anulación seguido ante el Tribunal del Southern District of Florida en que se denunciaba 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. El tribunal rechaza el recurso¹⁸. Señala que en la normativa federal del arbitraje la revisión

16. «El presente Reglamento no debe aplicarse a ningún procedimiento incidental ni acción relacionados, en particular, con la creación de un tribunal arbitral, las facultades de los árbitros, el desarrollo del procedimiento de arbitraje o cualesquiera otros aspectos de tal procedimiento, ni a ninguna acción o resolución judicial relativa a la anulación, revisión, apelación, reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral». La Cour d'Appel entiende que la responsabilidad de un árbitro por no declarar motivos de imparcialidad está íntimamente ligada a la constitución del tribunal arbitral.

17. Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, *Marc Rich & Co. AG contra Società Italiana Impianti PA*. Asunto C-190/89, y de 17 de noviembre de 1998, *Van Uden Maritime BV, contra Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e.a* Asunto C-391/95.

18. United States District Court for the Southern District of Florida, Grupo Unidos por el Canal, S.A. and others, *Movants, v. Autoridad del Canal de Panamá, Respondent*, Civil Action No. 20-24867-Civ-Scola Case 1:20-cv-24867-RNS Document 72 Entered on FLSD Docket 11/18/2021.

de laudos es la más restrictiva en derecho. Se trataba de dilucidar si los árbitros omitieron declarar una información que haría pensar a una persona razonable que existía un potencial conflicto de interés. Ello se da únicamente cuando el árbitro no revela una relación personal estrecha o profesional sustancial con una de las partes o sus abogados, y analizando las circunstancias del caso concluye que los nombramientos interrelacionados obedecen a la selección de árbitros expertos, frecuentemente tras participar como árbitros o abogados en procedimientos especializados y no evidencian una directa, definida y susceptible de demostración alegación de parcialidad. Aunque sin duda en determinados supuestos de hecho la apreciación de los tribunales podría ser distintas, las interrelaciones de los árbitros en el caso son relativamente habituales con lo que parece que tanto la decisión de la Corte de la CCI como la sentencia del tribunal de Miami confirman la corrección de las prácticas habituales en este ámbito en el arbitraje internacional. No obstante, la no revelación de haber formado parte de un tribunal arbitral que trató un asunto similar sí dio lugar a que la CCI aceptara una recusación¹⁹.

III. ANULACIÓN DE LAUDOS: ORDEN PÚBLICO

En la Crónica anterior dimos cuenta de las importantísimas sentencias del Tribunal Constitucional concediendo en cuatro resoluciones sucesivas el amparo frente a sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid anulando laudos arbitrales por infracción del orden público. Señalaba el TC 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». Remitidas las actuaciones al TSJ, éste revirtió su anterior pronunciamiento, no dando lugar a la anulación de los respectivos laudos²⁰.

En otra sentencia de 4 de mayo de 2021 sobre anulación de un laudo dictado en Madrid siguiendo las reglas de la London Court of Arbitration aplicó estrictamente la doctrina al respecto del Tribunal

19. *Global Arbitration Review - Hobér disqualified from treaty claim against Poland.*

20. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 16/2021, Rec. 13/2019, LA LEY 86758/2021; Sentencia 31/2021, Rec. 52/2017, LA LEY 84599/2021.

Constitucional, no dando lugar a la anulación²¹, e igualmente lo hizo en sentencias de 21 de abril²² y 20 de julio²³. Igual hizo el TSJ de Aragón, con amplia cita de las sentencias recientes del TC²⁴ y otros.

También el TSJ de Madrid en sentencia de 14 de setiembre de 2021 acogió la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia de 6 de junio de 2020 relativa a la disponibilidad de las partes del proceso de anulación, extendiéndola al allanamiento²⁵.

Merece especial mención la sentencia TSJ de Madrid de 10 de diciembre de 2021²⁶ en que se desestimaron tres demandas de anulación acumuladas que se basaban en alegadas vulneraciones del orden público en su vertiente procesal, al entender las demandantes judiciales que se había producido una verdadera quiebra de conceptos como la legitimación activa, el interés legítimo, o el litisconsorcio pasivo necesario. El procedimiento arbitral iniciado por una de las partes de un contrato de socios relativo a Itinere Infraestructuras, S.A. pedía que se declarara válida la denuncia de dicho contrato de accionistas y el incumplimiento de éste y consiguiente responsabilidad de dos de los accionistas demandados. Lo peculiar del caso estriba en que, pendiente el arbitraje, varios de los demandados vendieron a terceros su participación en Itinere, difiriendo transmitentes y adquirentes en su posición respecto a su participación o no en el procedimiento arbitral. Y también pendiente el procedimiento arbitral, la actora inicial vendió sus acciones y pidió a los árbitros «apartarse» del procedimiento por pérdida de interés, pero sin formalizar el desistimiento a su demanda. La densa sentencia –inevitable ante la complejidad de las cuestiones debatidas– evoca en primer lugar la noción de orden público procesal –y también material– tal como se ha ido configurando en la jurisprudencia, en

21. Sala de lo Civil y Penal, Sentencias 27/2021, Rec. 52/2019, LA LEY 101338/2021; 14/2021, Rec. 15/2020, LA LEY 79251/2021.

22. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 14/2021, Rec. 15/2020, LA LEY 79251/2021.

23. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 55/2021, Rec. 81/2020, LA LEY 191984/2021.

24. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 6/2021, Rec. 43/2020, LA LEY 42548/2021 que señala «En definitiva, la cuestión planteada, como la propia parte actora cuestiona en su demanda, tal y como antes ya se mencionó, es una cuestión meramente de alcance y valoración de la prueba obrante en el expediente y de determinación de a quién correspondía la carga de proporcionar determinadas pruebas, en caso de que su aportación hubiera sido totalmente imprescindible, cuestiones todas ellas sobre acreditación de los hechos alegados en el expediente arbitral que sólo al árbitro corresponde valorar».

25. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 59/2021, Rec. 23/2021, LA LEY 209357/2021.

26. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 77/2021, Rec. 21/2020 LA LEY 233167/2021.

particular las recientes sentencias del Tribunal Constitucional. Insiste en que no rigen ni supletoriamente en el proceso arbitral los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil señalando que lo que es relevante es si se respetan en el procedimiento arbitral los principios imperativos que configuran el orden público procesal: Siempre que se respete este conjunto de bases, no puede esgrimirse como modelo siquiera un texto procesal concreto y determinado, integrante del ordenamiento de un Estado, como norma vinculante para los árbitros. La sentencia desestima los motivos concretos de anulación, señalando repetidamente los límites que para su actuación en el proceso de anulación dimanaban de la jurisprudencia, que incluyen abstenerse en enjuiciar si eran o no personalísimos los derechos de transmisión en el proceso, cuestión que los árbitros ya habían decidido en su laudo. Señala en particular que las decisiones de los árbitros respecto del litisconsorcio pasivo necesario sobrevenido tenían su apoyo en el Reglamento de la institución arbitral, y que en ningún caso vulneraban con la intensidad que requiere la quiebra del orden público. Y finaliza «Las implicaciones de la legitimación no pueden ser analizadas desde un punto de vista exclusivamente teórico ni doctrinal –como pudiera parecer que se deduce– sino desde la adecuada ponderación de intereses en el caso concreto. (...) No perdamos de vista que esta vertiente del orden público se trastoca con la vulneración de los derechos a la defensa, la contradicción, a la bilateralidad, a la prueba. No pueden sobredimensionarse con lecturas expansivas». Damos la bienvenida a este pronunciamiento delimitador del orden público procesal en el procedimiento arbitral.

Sin embargo, no todo es vino y rosas en la aplicación por algunos tribunales superiores de justicia de la doctrina del Tribunal Constitucional. El TSJ del País Vasco²⁷ sí entró plenamente en la determinación por el árbitro del importe final debido resultante de una obra de construcción. Rechazó la inclusión de determinadas certificaciones que el árbitro, incluso tras la solicitud de aclaración y rectificación, consideró que era debidas, por ser tal adición «ajeno a las reglas de la lógica y de la razón», y anuló el laudo. Entendemos que esta sentencia muestra cierta discordancia en la aplicación de las sentencias del TC en este ámbito.

En otra ya controvertida sentencia de 22 de octubre de 2021²⁸, el TSJ de Madrid, con el voto particular contrario de su Presidente,

27. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 4/2021, Rec. 5/2021, LA LEY 129980/2021.

28. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 66/2021, Rec. 24/2021, LA LEY 196028/2021.

anuló un laudo arbitral «por infracción del orden público [art. 41.1.f) LA] que trae causa de que el error iuris en la selección del Derecho aplicable vicia de raíz las premisas de enjuiciamiento asumidas por el Tribunal Arbitral y lleva aparejado como consecuencia un déficit absoluto de motivación, derivado de la exclusión del Derecho preferente de la Unión Europea y de la doctrina del TJUE aplicable al caso, y de no haber justificado dicha exclusión normativa y jurisprudencial». El laudo había declarado de aplicación el derecho español de la competencia y no el comunitario, y en aplicación del primero determinó que determinado acuerdo entre empresas, relativo a servicios de alquiler de vehículos con conductor (Cabify) en la región de Madrid, era nulo por contravenir la ley española de la competencia. El TSJ entiende en cambio tras profusa argumentación que el derecho comunitario es el aplicable a la cuestión controvertida. Analiza con detalle la jurisprudencia del TJUE en relación a las competencias de los tribunales de anulación respecto de la aplicación del derecho comunitario en los laudos arbitrales, y «sobre la base de estas premisas –aplicación del Derecho de la competencia de la Unión y plenitud de la revisión de este Tribunal respecto de la motivación in iure del Laudo cuando aparecen concernidas normas imperativas de defensa de la competencia–» procede a su propio análisis, y concluye que «es palmario que el Tribunal Arbitral ha excluido sin el menor fundamento la aplicación del Derecho de la Unión Europea. Al proceder así ha incurrido realmente en un déficit de motivación constitucionalmente relevante; podría decirse que estamos ante una carencia absoluta de motivación, que ésta es más aparente que real al sustentarse en unas premisas de enjuiciamiento equivocadas». El voto particular evoca la reciente doctrina del TC, y entiende que «dentro de las limitadas funciones que corresponden a este Tribunal en el ámbito del control de la motivación de los laudos arbitrales lo que consideramos que no puede llegar a realizarse es una lectura particular del Derecho de la Unión entrando en el fondo del asunto a través de determinadas Sentencias del TJUE (e incluso de opiniones preliminares del Abogado General), para concluir afirmando que los árbitros han resuelto apartándose de esa lectura» Y más adelante: «Examinar como hace la Sentencia mayoritaria, el grado de acierto del laudo en sus (extensos y variados) razonamientos, y asimismo deslizar (a veces expresar con suma claridad) cual hubiera sido la decisión que la ponencia hubiese preferido, significa invadir un ámbito de análisis que, de acuerdo con las tan repetidas Sentencias

del Tribunal Constitucional, excede de las posibilidades de control de los Tribunales de Justicia sobre los laudos arbitrales», y concluye que se debiera haber desestimado la demanda de anulación. La sentencia que reseñamos deja abierto un importante aspecto del recurso de anulación: ¿Tiene el tribunal plena competencia para revisar el fondo del asunto sometido a arbitraje cuando aparecen concernidas normas imperativas? Parecía al tenor de las sentencias del TC que no era así, pero falta que los TSJs lo entiendan del mismo modo.

IV. OTRAS CUESTIONES TRATADAS POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

1. CONTRATACIÓN CON ENTES PÚBLICOS

En un complejo caso iniciado con la adjudicación de un contrato de obra por una sociedad municipal, primero el Consejo Vasco de la Competencia declaró que en tal adjudicación se habían producido prácticas colusorias, determinación que fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En paralelo, se siguió un procedimiento arbitral en méritos de una cláusula compromisoria contenida en el pliego de cláusulas generales integrante del contrato de obra, que estimó la pretensión del ejecutor de la obra de resolución del contrato por incumplimiento del dueño de la obra, y la consiguiente indemnización. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco rechazó la petición de anulación. Y también en paralelo el ayuntamiento de Leizaola que se había subrogado en la posición contractual de la sociedad municipal adjudicante, a su disolución, inició hasta su conclusión la revisión de oficio del acuerdo de adjudicación del contrato, declarando su nulidad. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco resolvió que la conclusión de la sección civil y penal del propio TSJ que había desestimado el recurso de anulación contra el laudo debía prevalecer. En definitiva, entendió que «la cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado por una entidad del sector público que no tiene el carácter de Administración Pública y que remite al arbitraje la solución de dichas diferencias no [añadido para dar sentido a la frase] ha perdido su validez o vigencia al subrogarse en su posición otra que sí lo tiene (el carácter de Administración Pública), pues no siendo esta, sino aquella, la que celebró el contrato y remitió al arbitraje».

La Sala Tercera del Tribunal Supremo²⁹ estima el recurso de interés casacional interpuesto por el Ayuntamiento de Leizaola contra la sentencia del TSJ País Vasco, la anula y desestima el recurso de apelación interpuesto por la U.T.E. Pinosolo frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Bilbao que confirmó el acuerdo municipal que aprobaba definitivamente la revisión de oficio y declaración de nulidad de los acuerdos de adjudicación de un contrato de obras y procedía a la liquidación de dicho contrato, sin abono de ninguna cantidad económica. Entendió que tanto en base a los artículos 34 de la Ley de Contratos del Sector Público vigente al tiempo de la adjudicación en el caso, como el 41.1 de la ley actual, los contratos como el de autos, sujeto a regulación armonizada, están sometidos a la posibilidad de revisión de oficio en cuanto a los actos preparatorios y de adjudicación, y así además constaba en la cláusula compromisoria que hacía precisamente esta salvedad. Aunque el procedimiento arbitral no tuviera por objeto el proceso de adjudicación sino de ejecución del contrato «si la Administración pública constata y declara en ejercicio de su potestad de revisión de oficio que la adjudicación estaba viciada de nulidad, el arbitraje queda sin objeto, puesto que desaparece el propio contrato objeto del arbitraje».

2. NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE INSTITUCIONES ARBITRALES

Es bien sabido que la Ley de Arbitraje en su artículo 15.3, dispone que el tribunal competente, hoy las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, procederán al «nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello». La ley comprende por tanto no solo el nombramiento en sí de las personas concretas siguiendo el sistema de ternas y sorteo prevista en el apartado 6. del propio artículo sino la adopción de otras medidas. En el tiempo al que se refiere esta crónica podemos señalar tres casos en que se planteó ante el tribunal la designación de una institución para el nombramiento de árbitros y en su caso administración del arbitraje, y otro en que se orilló esta cuestión. El TSJ de Andalucía³⁰ rechazó la petición del demandante de que se designara el Tribunal de Arbitraje del

29. Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, Sentencia 1346/2021, Rec. 3772/2020, LA LEY 206674/2021.

30. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 20/2020 Rec. 13/2020, LA LEY 255356/2020.

Ilustre Colegio de Abogados de Málaga como entidad administradora del arbitraje, a la que correspondería la elección del árbitro, ya que «no existe sin embargo una designación directa de dicha institución por las partes, ni hay razón para presumir que la demandada consienta que la controversia sea arbitrada por dicha institución, sino que más bien mostró oposición en el acto de conciliación celebrado». En cambio, en una solicitud ante el TSJ del País Vasco³¹, ante el acuerdo de las partes al respecto, «El Tribunal designa al Ilustre Colegio de la Abogacía Alavesa como la entidad que debe nombrar el árbitro que dirima la controversia». Igualmente, el TSJ de Cataluña³² procedió ante el acuerdo de las partes a declarar haber lugar al nombramiento de institución arbitral, designando a tal fin al Tribunal Arbitral de Barcelona. El interés de esta sentencia radica no solo en la interpretación flexible de la competencia de los tribunales para designar instituciones arbitrales en principio con el acuerdo de las partes sino en caso, tratándose de un arbitraje estatutario, en que su objeto era la impugnación de un acuerdo social, señaló el tribunal que «consta clausula arbitral en los Estatutos societarios (art. 30) y por ello, constituyendo la pretensión de la parte actora la impugnación de determinados acuerdos sociales adoptados por los órganos societarios concernidos, procede, por ende y por mor de lo dispuesto en el art. 11 bis 3 en relación con el art. 15 de la, el nombramiento judicial de una institución arbitral». Tal vez se abra así una vía para que en relación a las frecuentes cláusulas arbitrales en estatutos sociales en que sin mayor precisión se acuerda dirimir en arbitraje todas las cuestiones que surjan entre la sociedad y sus socios, los tribunales integren la voluntad de las partes, aun sin su acuerdo expreso, y designen instituciones arbitrales cuando ello sea preceptivo en relación a la cuestión controvertida. Por su parte, el TSJ de Madrid en sentencia de 21 de setiembre de 2021³³ no consideró el art. 11 bis 3 señalado, que no había sido alegado por las partes, y en un proceso de nombramiento de árbitro para dirimir una impugnación de acuerdos sociales. procedió sin más a nombrar tres árbitros personas físicas para el oportuno sorteo.

Por otra parte, en un procedimiento de nombramiento de árbitro el TSJ de Madrid en sentencia de 9 de setiembre de 2021³⁴ seguido

31. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 1/2021, Rec. 34/2018, LA LEY 87497/2021.

32. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 36/2021.

33. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 60/2021, Rec. 9/2021, LA LEY 211461/2021.

34. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 58/2021, Rec. 67/2020, LA LEY 204468/2021.

en rebeldía de los demandados determinó que constando el consentimiento de las partes a una cláusula arbitral en que se designaba una institución arbitral que ya no existía, procedía designar árbitro persona física y así lo hizo, salvando la potestad de éste para decidir sobre su propia competencia.

3. ARBITRAJE SOBRE SUCESIONES

El arbitraje en materia de derecho de sucesiones y en particular el arbitraje testamentario es materia en que dado el parco contenido del artículo 10 de la Ley de Arbitraje, y su relativa infrecuencia, existen notables diferencias doctrinales acerca de muchas de las cuestiones que plantea³⁵. Dos sentencias en el período cubierto en esta crónica ejemplifican algunas de las dificultades. El TSJ de Extremadura³⁶ anuló un laudo arbitral resultante no de un testamento sino de un convenio arbitral en que padre y madre y todos sus hijos sometieron a arbitraje «toda la sucesión personal y patrimonial de D. Julio y Dña. Beatriz, siempre que éstos muestren su conformidad, de tal manera que el proceso quedará concluido, salvo indicación expresa de todos los intervinientes, con la adjudicación futura de todos los bienes propiedad de ambas personas, quienes, en todo caso, tendrán holgadamente garantizada su subsistencia el resto de sus vidas».

El tribunal estimó que el hecho que el actor en anulación fuera parte del convenio arbitral y participara en el procedimiento sin efectuar alegación alguna al respecto, no le impide invocar en sede de anulación del laudo la no arbitrabilidad de la contienda. El tribunal invoca como «excepcional» el arbitraje testamentario citando la ley de arbitraje de 1988 cuando esa calificación ha desaparecido en la ley vigente. Y concluye que en aplicación del artículo 1271 del Código Civil, y señalando que la excepción a la prohibición de los contratos sobre la herencia futura contenida en el artículo 1056 del propio código³⁷ se refiere únicamente a la partición hecha por el testador, la materia sobre la que versó el arbitraje era indisponible.

35. Véase por todos el trabajo de Ignacio GOMÁ LANZÓN, Artículo 10. Arbitraje testamentario, en Carlos González-Bueno (coord.), Comentarios a la Ley de Arbitraje, Consejo General del Notariado, 2014, p. 199 y siguientes.

36. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 1/2021, Rec. 7/2020, LA LEY 45884/2021.

37. «Cuando el testador hiciera, por acto inter vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos».

La segunda sentencia que se glosa es del TSJ de Madrid³⁸ y sí se trata de un arbitraje testamentario. El actor en anulación denuncia la invalidez de la cláusula arbitral invocando el artículo 41.1. a) de la Ley de Arbitraje por contravención del art. 10 de la propia ley por cuanto aunque la cláusula arbitral señalaba «a salvo de las legítimas», la cuestión dirimida por el árbitro lo era entre herederos forzosos. La demandada opuso «*ne venire contra factum proprium*, habida cuenta de que en ningún momento del procedimiento arbitral, ni en la contestación a la demanda ni en el escrito de conclusiones adujo quien ahora lo pretende la nulidad de la cláusula arbitral ni la del arbitraje sustanciado: la voluntad de los herederos forzosos de someterse al arbitraje es relevante al efecto de mantener la validez del Laudo».

El tribunal estudia en profundidad la problemática del arbitraje testamentario, señalando «existe hoy un mayoritario asentimiento en entender, *de lege lata*, que la referencia de ese precepto a los herederos no forzosos responde al afán de excluir del arbitraje testamentario cuanto pueda afectar a aquello que es indisponible para el propio testador en beneficio de los legitimarios, es decir, a aquellas controversias que conciernen a la *intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima*, incluida la mejora, con independencia del título por el que se atribuya (*v. gr.*, arts. 670 y 813 a 820 CC). En lógica correspondencia con este fundamento que late en la redacción del precepto legal está su previsión de que no puedan ser objeto de arbitraje testamentario sino aquellas controversias que tengan que ver con la administración y distribución de la herencia, pero sin *concernir a ni condicionar* los intangibles derechos de los legitimarios». En consecuencia, estima el tribunal que el laudo en cuanto entraba a determinar el quantum de la legítima había vulnerado el ámbito de aplicación permitido al arbitraje testamentario en el art. 10 de la Ley de Arbitraje. No obstante, el tribunal desestima la anulación pedida. Entiende que tanto por razones procesales –la actora en anulación no alegó en ningún momento la validez de la cláusula arbitral–, como de fondo –entiende que existió una voluntad arbitral válidamente emitida–, y que no hay razón de orden público que prohíba que con posterioridad a la muerte del testador pueda someterse cualquier cuestión hereditaria a arbitraje. El tribunal concluye señalando que «ha conferido especial trascendencia a la coherencia que la pretensión de anulación guarde con la propia conducta del recurrente,

38. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 6/2021, Rec. 12/2020, LA LEY 21064/2021.

lo cual a su vez también es expresión del principio general de buena fe, del que es concreción la máxima *ne venire contra factum proprium*».

Las sentencias que se glosan muestran los límites y considerables dificultades del arbitraje en materia sucesoria en España. Parece en particular que la conclusión últimamente citada del TSJ de Madrid podría inspirar la resolución de los casos en que el que haya sido parte en un procedimiento arbitral sobre la materia como es del TSJ de Extremadura citado, en que una parte que acepta plenamente participar en él sin objeción ninguna pueda luego impugnar el laudo que no le haya sido favorable. Se trata en definitiva de facilitar en ese ámbito tan susceptible al encono procesal, frecuentemente entre familiares, una mayor celeridad y proximidad en la resolución o prevención de los conflictos que hubiere.

4. PREJUDICIALIDAD PENAL

En el procedimiento de nombramiento de árbitro ante el TSC de Madrid³⁹ la parte demandada alegó que sobre los mismos hechos se seguían diligencias previas ante un juzgado de instrucción, y pidió la suspensión del procedimiento. El tribunal procedió al nombramiento solicitado del árbitro señalando que el artículo 15, 5 de la Ley de Arbitraje a la luz de su Exposición de Motivos no permite otra decisión; que correspondería al árbitro nombrado pronunciarse sobre su competencia; y que la prejudicialidad penal, si la hubiere, desplegaría sus efectos en sede del procedimiento arbitral⁴⁰.

V. ARBITRAJE DE INVERSIONES

Aunque como indicábamos en la presentación de estas Crónicas, su ámbito de aplicación no comprendería el arbitraje de inversiones, señalábamos que excepcionalmente informaríamos de desarrollos de importancia general, citando como ejemplo la sentencia *Achmea* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este es el caso de las sentencias del mismo tribunal (Gran Sala) de 2 de setiembre de 2021 pro-

39. Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 28/2021. Rec. 11/2021, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 28/2021. Rec. 11/2021, LA LEY 102784/2021.

40. El principio de «Kompetenz-Kompetenz» está firmemente asentado en su versión «débil» en las sentencias los tribunales españoles, como por ejemplo en sentencias de las Audiencias Provinciales de Badajoz (Sentencia 81/2021, Rec. 68/2021, LA LEY 61831/2021) y Pontevedra (Sección 1.ª, Sentencia 391/2021, Rec. 308/2021, LA LEY 135272/2021). En ambas se denegó la aplicación del convenio arbitral.

nunciado en el caso *República de Moldavia y Komstroy LLC, subrogada en los derechos y obligaciones de Energoalians*⁴¹ y de 26 de octubre de 2021, pronunciada en el caso *Republiken Polen y PL Holdings Sàrl*⁴², la sentencia *Komstroy* emana de una cuestión prejudicial a instancias de la Cour d'Appel de Paris en un procedimiento de anulación de un laudo dictado en la propia ciudad. Las partes de la controversia de que se trata en el litigio principal –ninguna residente en un Estado miembro de la UE– optaron, de conformidad con el artículo 26, apartado 4, letra b), del Tratado sobre la Carta de la Energía («TCE»), por someter dicha controversia a un tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y con sede en Paris. El TJUE se declaró competente⁴³ por razón de que la ley que rige el proceso de anulación es el derecho francés y que el TCE, del que es parte la Unión Europea, forma parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión en la medida que lo firmó (también) una institución comunitaria.

El TJUE invoca las características del derecho comunitario como esencial para la realización del proceso de integración de la Unión, y señala que «para asegurar la preservación de esas características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico así creado, los Tratados han establecido un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión. Conforme al artículo 19 TUE, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación de ese Derecho en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial efectiva que ese ordenamiento confiere a los justiciables, teniendo el Tribunal de Justicia la competencia exclusiva para dar la interpretación definitiva de dicho Derecho». El TJUE reitera su jurisprudencia anterior que un tribunal arbitral no constituye un elemento del sistema judicial de un Estado miembro, y aunque en el arbitraje comercial internacional los procedimientos de anulación ante los tribunales estatales permiten que éstos, si es preciso mediante cuestiones prejudiciales ante el propio TJUE, aseguren la plena aplicación de las

41. Asunto C-741/19, *CURIA – Documents (europa.eu)*.

42. Asunto C-109/20, *CURIA – Documentos (europa.eu)*.

43. El Consejo de la Unión Europea, los Gobiernos húngaro, finlandés y sueco y *Komstroy* consideraron y alegaron, en esencia, que el Tribunal de Justicia no es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, toda vez que el Derecho de la Unión no es aplicable a la controversia que se dirime en el litigio principal, al ser las partes de esta controversia ajenas a la Unión Europea.

normas imperativas del derecho comunitario, el artículo 26 del TCE –que prescribe el arbitraje en los litigios entre un inversor y un Estado– supone que los Estados miembros sustraen dicha competencia de sus tribunales ordinarios y con ello del sistema de aplicación uniforme del derecho de la Unión. El TJUE evoca su anterior sentencia *Achmea* y señala que «el ejercicio de la competencia de la Unión en materia internacional no puede extenderse hasta el punto de permitir prever, en un acuerdo internacional, una disposición en virtud de la cual una controversia entre un inversor de un Estado miembro y otro Estado miembro relativa al Derecho de la Unión pueda quedar excluida del sistema jurisdiccional de la Unión, de manera que no se garantice la plena eficacia de ese Derecho (...) Tal posibilidad (...) podría poner en peligro la preservación de la autonomía y del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados, garantizado, en particular, por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE». Con ello, el TJUE anunciaba su posición contraria al arbitraje de inversiones previsto en el TCE en relación a disputas entre inversores establecidos en la UE y un Estado miembro. El TJUE pasa luego a dirimir la cuestión prejudicial relativa a la interpretación de determinadas disposiciones del TCE aplicables a la anulación del laudo.

Con el debido respeto, y siguiendo la posición del Consejo y diversos Estados miembros, es dudoso que el TJUE tuviera competencias para pronunciarse con carácter prejudicial en un litigio base entre una sociedad ucraniana y un estado tercero, la República de Moldavia. La Cour d'Appel de Paris no preguntó al TJUE sobre la validez o eficacia del artículo 26 del TCE, por lo que desde un *punto* de vista de análisis jurisprudencial, los pronunciamientos reseñados del TJUE podrían considerarse un *obiter dicta*. En todo caso, en cuanto al pronunciamiento del tribunal de la incompatibilidad con el derecho comunitario del arbitraje de inversiones basado en un tratado, es difícil entender por qué no iba a ser suficiente el control jurisdiccional que el TJUE sí juzga suficiente en el arbitraje comercial internacional, y también en un arbitraje convenido expresamente entre un inversor residente en la Unión y un Estado miembro.

La sentencia PL Holdings Sàrl da un paso más en esta línea jurisprudencial. En un arbitraje iniciado en méritos del tratado entre Bélgica y Luxemburgo por una parte y Polonia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 19 de mayo de 1987 (en lo sucesivo, «TBI»), la parte actora obtuvo en Suecia sendos lau-

dos favorables el 28 de junio y el 28 de setiembre de 2017 por los que se condenaba a Polonia a indemnizarla por la venta forzosa del 99 % de sus acciones en un banco polaco a consecuencia de un proceso de intervención del mismo. Polonia accionó ante los tribunales suecos en anulación en base a los artículos 267 y 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Para escapar a los efectos de la sentencia *Achmea*, PL Holdings alegó que en el procedimiento arbitral las partes había celebrado tácitamente (y de forma válida según la ley de arbitraje de Suecia) un convenio arbitral *ad hoc* para resolver la controversia y era por tanto en base a dicho convenio y no del tratado de inversión que se había pronunciado los laudos.

A diferencia de la sentencia anterior, el TJUE ha sido muy cuidadoso en no pronunciarse con carácter general sobre la validez de los convenios arbitrales *ad hoc* entre Estados miembros e inversores. Específicamente señala (# 67) que «la interpretación del Derecho de la Unión hecha en esta sentencia solo se refiere a los convenios arbitrales *ad hoc* celebrados en circunstancias como las que son objeto del litigio principal» y concluye:

«Los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite a un Estado miembro celebrar con un inversor de otro Estado miembro un convenio arbitral ad hoc que permita continuar un procedimiento arbitral iniciado sobre la base de una cláusula arbitral, de idéntico contenido a dicho convenio, que se recoge en un acuerdo internacional celebrado entre esos dos Estados miembros y que es nula por ser contraria a esos mismos artículos».

En todo caso, el proceso de desmantelamiento del arbitraje basado en los tratados de protección de inversiones entre actores intracomunitarios parece completo. Es probable que el efecto inmediato de estas sentencias será la deslocalización de arbitrajes potencialmente afectados a estados terceros, y la búsqueda de activos estatales situados fuera de la Unión para la ejecución del laudo.