

ENRIC PICANYOL ROIG

Abogado y Economista

CRÓNICA DE ARBITRAJE

PUBLICAT A LA
«REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA»
NÚM. 4, 2023

CRÓNICA DE ARBITRAJE

por

ENRIC PICANYOL ROIG

Abogado y Economista

RJC, núm. 4-2023

SUMARIO: I. ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN EN LA UE. II. IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL E INSTITUCIONES ARBITRALES. III. ANTI ARBITRATION INJUNCTION. IV. OTRAS CUESTIONES TRATADAS POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. 1. Llamamiento al arbitraje a un tercero. 2. Requisitos de procedimiento pre y post arbitraje. III. OTRAS CUESTIONES TRATADAS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS.

I. ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN EN LA UE

Las relaciones entre arbitraje y derecho de la Unión Europea son conocidamente complejas. En anteriores Crónicas hemos informado de algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión, en sede de arbitraje de inversiones y últimamente en arbitraje comercial, en que a juicio de algunos el alto tribunal había abordado cuestiones que no le habían sido sometidas en la oportuna cuestión prejudicial. El último eslabón de la saga procede del Reino Unido y en lo que se refiere a otra saga: la de la reparación de los daños causados en el naufragio del Prestige frente a las costas españolas en noviembre de 2002. El lector tal vez recuerde la cuestión prejudicial solicitada por la *High Court* inglesa en un procedimiento de reconocimiento y ejecución en el Reino Unido¹ de la sentencia española que condenaba a la aseguradora del Prestige al pago al Reino de España de la cantidad

1. En aplicación del Reglamento (UE) n.º 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 (DO 2012, L 351, p. 1),

asegurada, y la sentencia del TJUE². Esta señalaba que una sentencia anterior inglesa dando reconocimiento a un laudo arbitral inglés iniciado tras el procedimiento español, y recaído ante de su conclusión, no obstaba en las circunstancias para que la sentencia española, contradictoria con el laudo, fuera reconocida y ejecutada.

En una larga, detallada y rigurosa sentencia³, el juez de la High Court que había solicitado la cuestión prejudicial analiza las cuestiones que efectivamente aceptó y formuló al tribunal europeo, y concluye que aquella parte de la sentencia de este (párrafos 54 al 73) en que analizaba si la sentencia inglesa anterior reconociendo el laudo inglés obstaba o no al reconocimiento y ejecución de la sentencia española, no respondía a las cuestiones prejudiciales que le habían sido referidas, sino que, por el contrario, su formulación había sido expresamente rechazada por la High Court. Entendiendo que no estaba vinculada por esa parte de la sentencia del TJUE, el juez inglés sentencia que dada la expresa exclusión de la aplicabilidad del Reglamento 1215/2012 (y de su antecesor el Reglamento 44/2001) al arbitraje, reconocida y puesta el énfasis en anteriores sentencias del TJUE, no cabe “exportar” argumentos derivados de dicho reglamento al arbitraje. Estaban, por tanto, fuera de lugar las críticas del tribunal europeo al arbitraje seguido en Londres, cuando ya se había iniciado el procedimiento judicial español sobre las mismas cuestiones, basándonos en los principios y reglas del Reglamento, que no eran aplicables al arbitraje. La High Court sentencia que tanto el laudo que había recaído con anterioridad a la sentencia española definitiva como la sentencia inglesa reconociendo y ordenando la ejecución de dicho laudo eran cosa juzgada y no cabía cuestionar su validez muchos años después.

La High Court examina en particular si el juego de los párrafos (3) y (1) del artículo 34 del Reglamento 44/2001⁴, que excluyen la aplicación de la excepción de orden público al reconocimiento de sentencias extranjeras por aplicación de las normas relativas a la competencia judicial. Dado que el Reglamento no se aplica al arbitraje, esta exclusión no se aplicará al arbitraje, y, por tanto, podrá oponerse la excepción de orden público en caso de que exista un laudo anterior. El argumento se refuerza con la disposición en el Reglamento vigente (artículo 73, 2) que este no afecta a la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958. Si en sus méritos un laudo extranjero anterior puede obstar al reconocimiento de una sentencia en méritos del Reglamento, no va a ser de peor condición un laudo doméstico. Por todo

-
2. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de junio de 2022, London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited contra Reino de España, Asunto C-700, CURIA-Documentos (europa.eu)
 3. London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association-Spain (judiciary.uk)
 4. Artículo 45 del Reglamento 1215/2012

ello, deniega el reconocimiento y ejecución de la sentencia española sobre el Presitige.

En definitiva, aunque el interés de una sentencia inglesa —por lo demás, sujeta a recursos internos— puede ser objetivamente limitado, la hemos comentado en esta Crónica tanto por la notoriedad del caso del que dimana como por el detalle y fina argumentación en que trata la relación entre arbitraje y jurisdicción a la luz de la normativa europea de aplicación.

II. IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL E INSTITUCIONES ARBITRALES

La imparcialidad de los árbitros es un tema recurrente en los foros de discusión y en los tribunales de justicia competentes para conocer las cuestiones derivadas del arbitraje. En anteriores Crónicas hemos visto sucesivas resoluciones en impugnaciones basadas en las relaciones entre los árbitros entre sí, y con los abogados de las partes, en procedimientos distintos a los enjuiciados, y en particular en lo que se refiere a nombramientos cruzados. Se va configurando una corriente unánime que señala que las relaciones de conocimiento y relaciones profesionales previas, coetáneas o posteriores entre árbitros y letrados no son, salvo casos muy particulares, causa de recusación o de anulación de los laudos. Esta tendencia se va reforzada por la reciente decisión de un tribunal federal de los EEUU⁵ que ha conocido la apelación contra la sentencia recaída en Florida en uno de los arbitrajes del canal de Panamá⁶, que fue comentada en una Crónica anterior. El tribunal federal inicia su tratamiento sobre el fondo señalando que “If there is one bedrock rule in the law of arbitration, it is that a federal court can vacate an arbitral award only in exceptional circumstances”, y que el laudo debe ser el final y no el principio de una disputa legal. En el caso en examen —como en muchos otros— había habido una revelación incompleta de tales relaciones profesionales, omitiéndose en su momento las más lejanas, que fueron comunicadas ya en período de anulación del laudo. El tribunal examina las alegadas relaciones profesionales entre los miembros del tribunal arbitral y los letrados de las partes y concluye que en ausencia de prueba específica de parcialidad, tales relaciones profesionales, habituales en el mundo del arbitraje internacional, no son motivo suficiente para anular el laudo por infracción del orden público.

5. Grupo Unidos por el Canal, S.A., et al. v. Autoridad del canal de Panamá, No. 21-14408 (11th Cir. 2023). 21-14408-2023-08-18.pdf (justia.com)

6. Véase no obstante la cuestión de constitucionalidad presentada ante el Tribunal Supremo de Brasil sobre el ejercicio del deber de revelación de los árbitros presentada el 22 de marzo de 2023 en https://www.migalhas.com.br/arquivos/2023/3/CDD88679D0E89E_ADPF1050.pdf. En ella se exponen con fuerza diversos argumentos contrarios a la tendencia actual de flexibilidad de los tribunales de muchas jurisdicciones que hemos ido viendo en estas Crónicas.

Un punto particularmente espinoso es el efecto que deba tener sobre la apreciación de imparcialidad si el árbitro no ha revelado posibles indicios de parcialidad. Así, el tribunal supremo alemán en su sentencia de 12 de enero de 2023⁷ se pronunció en el sentido que una parte no puede impugnar un laudo por parcialidad del árbitro tras la emisión del laudo, excepto en circunstancias excepcionales, y salvo que el árbitro haya incumplido su deber de revelación, en cuyo caso los tribunales ordinarios deberán examinar si concurren o no las causas de recusación alegadas. Pero no dice que la falta de revelación en sí sea causa de recusación, como tampoco lo habían entendido tribunales ingleses y españoles en Crónicas anteriores.

En fin, como acción preventiva de parcialidad, y la aplicación de ese principio no sólo a los árbitros, sino a las instituciones arbitrales, señalemos la sentencia del TSJ de Andalucía de 20 de marzo de 2023⁸ recaída en juicio de designación judicial de árbitro. Ante una cláusula compromisoria designando una institución arbitral desconocida, constituida por el letrado de una de las partes el mismo día del contrato ahora controvertido, y con el mismo domicilio que la parte y que el letrado, el tribunal concluye que “es palmario que no se dan las condiciones de imparcialidad, exigibles no sólo al árbitro, sino también a la institución designadora del mismo. No siendo posible, pues, la elección del árbitro por el modo pactado por las partes, es de aplicación el artículo 15.3 de la Ley de Arbitraje”. Se trata sin duda de un caso extremo que no precisa mayor comentario.

III. ANTI ARBITRATION INJUNCTION

Las relaciones entre los tribunales ordinarios y el arbitraje no se dan tan solo antes y después del procedimiento arbitral. También son relevantes las que puedan darse durante su sustanciación, y en particular en los supuestos en que tribunales judiciales o arbitrales deciden sobre peticiones de una parte que se ordene a la otra parte o a un tribunal arbitral que no ejercite una acción o a este que suspenda el procedimiento. Podemos citar en el tiempo cubierto por esta Crónica una resolución española y una holandesa, en el mismo sentido.

La Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de 9 de enero de 2023⁹ desestimó un recurso de apelación contra la resolución del juez de primera instancia que había denegado la adopción de determinada medida cautelar solicitada ante tal juzgado. La peticionaria / apelante había deducido demanda ante la jurisdicción ordinaria solicitando la declaración de nulidad de la cláusula compromisoria. La medida cautelar pedida consistía en que

7. BGH – I ZB 41/22, Federal Court of Justice of Germany, I ZB 41/22, 12 January 2023

8. Roj: STSJ AND 5168/2023 – ECLI:ES:TSJAND:2023:5168

9. Roj: AAP B 1640/2023 – ECLI:ES:APB:2023:1640A

se requiriera al tribunal arbitral que ya estaba conociendo del procedimiento arbitral seguido contra la peticionaria / apelante, que suspendiera sus actuaciones hasta que recayera sentencia en el procedimiento principal.

La Audiencia parte de la base que “un órgano jurisdiccional no está legalmente habilitado para suspender cautelarmente el curso de las actuaciones que se siguen ante un tribunal arbitral”. Este pronunciamiento, claro y preciso, probablemente hacía ocioso el examen de las circunstancias concretas del caso, pero sí reafirma la autonomía del arbitraje que no siempre vemos respetada en tribunales de diversos países, en que se solicitan y se conceden —o no— medidas cautelares ordenando a partes a no acudir o no continuar un procedimiento arbitral —o al revés.

El caso holandés¹⁰ es más complejo, y es un eslabón más en la defensa del Reino de España ante el aluvión de demandas arbitrales dimanantes de la modificación del régimen retributivo de las instalaciones de energías renovables, y de su exitosa defensa en sede de derecho europeo contra la aplicabilidad de los tratados internacional de protección de inversiones: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había declarado que tales disputas en relaciones intraeuropeas no eran arbitrables. Dos inversores holandeses obtuvieron un laudo en Suiza condenando al Reino de España a pagarles una indemnización por los daños sufridos, y el tribunal supremo federal suizo había desestimado su anulación. Los inversores holandeses instaron la ejecución del laudo en los Estados Unidos¹¹ y el Reino de España instó ante los tribunales holandeses la declaración de que el laudo constituía una ayuda estatal contraria al derecho de la unión, y una petición para que se prohibiera a las compañías holandeses cualquier acción, en particular la estadounidense, tendente a la ejecución del laudo. El juez holandés desestimó la petición, ya que con ello se intentaba abrir un nuevo foro de discusión de laudo y prevenir su ejecución, fuera de los supuestos tasados del Convenio de Nueva York. Este solo permite la acción de anulación de un laudo ante los tribunales del estado en que se haya emitido, en el caso Suiza. En segundo lugar, la acción consistía en una petición de no litigación (anti suit injunc-

10. <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2023:1542>

11. Estando pendiente del caso holandés, el tribunal estadounidense (district Court for the District of Columbia, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw171171.pdf>), desestimó la petición. Entendió que el acuerdo de arbitrar era inválido, y que era competencia del tribunal ordinario determinar si el Reino de España tenía capacidad para someter las disputes dimanantes de la inversión a arbitraje. No era válido por haberlo así establecido el TJUE en sus sentencias Achmea y Fomstry, bien conocidas por los lectores de esta Crónica, y haberlo así confirmado la Comisión de la UE en una comparecencia ante el tribunal del distrito de Columbia, y los Estados miembros incluyendo España y Holanda en su declaración de 2022 repudiando por contrario al derecho europeo el sometimiento a arbitraje contenido en los tratados de inversión y de la energía. El tribunal concluye que no existía acuerdo para arbitrar y por ello deniega el exequatur del laudo suizo.

tion). Dado que el acceso a los tribunales es un derecho fundamental, tal prohibición solo podría estimarse en casos excepcionales.

IV. OTRAS CUESTIONES TRATADAS POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

1. LLAMAMIENTO AL ARBITRAJE A UN TERCERO

Dos recientes sentencias del TSJ de Madrid de 3¹² y 4¹³ de mayo de 2023 tratan la cuestión que resulta de la petición de la parte demandada que deduce una reconvencción, no solo contra la actora, sino que pide al tribunal arbitral que extienda la reconvencción y, por tanto, llame al arbitraje a un tercero que (aún) no es parte en el mismo.

En la sentencia de 3 de mayo, tres de las cuatro entidades vendedoras de las participaciones de una sociedad inician un arbitraje contra la compradora. La demandada en el arbitraje pretende reconvenir y solicita al árbitro que llame al procedimiento a la cuarta vendedora. En laudo interlocutorio el árbitro sigue la opinión de la institución arbitral bajo cuyo reglamento se desarrolla el procedimiento arbitral, considera que se trata de una solicitud de intervención de un tercero y no de un nuevo demandante, y la deniega.

En la sentencia de 4 de mayo, la demandada deduce demanda reconvenccional contra la actora en el arbitraje y pide se llame a dos entidades terceras, que serían asimismo demandadas en la demanda reconvenccional. En laudo parcial el tribunal arbitral no acepta la petición de la demandada de traer al procedimiento a otras dos sociedades —que también habían firmado la cláusula compromisoria— estimando que tal petición no tenía encaje en los términos del reglamento de la Corte que administraba el arbitraje.

Ambas sentencias entendieron que la cuestión debatida pertenecía al orden público procesal, y como tal susceptible de ser examinada en sede de recurso de anulación según la reciente y consolidada doctrina al respecto del Tribunal Constitucional, ampliamente comentada en anteriores Crónicas. La primera sentencia estimó la nulidad del laudo que excluía la reconvencción frente al tercero. Entendió el tribunal que “el Laudo interlocutorio objeto de la demanda y su corrección posterior ha originado indefensión material al haber privado el árbitro a través de sendas decisiones de la intervención o llamada al proceso arbitral de la antes referida entidad, con la finalidad de que pudiera alegar, probar y, en su caso, responder frente a las pretensiones reconvenccionales de la aquí demandante de nulidad. La segunda sentencia desestimó la petición de anulación. Entendió que ser previamente demandante [en la demanda principal o que da origen a la Litis],

12. Roj: STSJ M 4922/2023 – ECLI:ES:TSJM:2023:4922

13. Roj: STSJ M 4951/2023 – ECLI:ES:TSJM:2023:4951

es necesario para formular contra este una demanda reconventional y que el demandado reconviniente no está legitimado para pretender la formación de un litisconsorcio activo.

No es esta Crónica el lugar para profundas consideraciones respecto de los méritos de uno u otro enfoque, ni para una exégesis de los reglamentos de las respectivas cortes arbitrales, invocados y aplicados en ambos procedimientos arbitrales. Pero quizá sea oportuno transcribir un párrafo del voto particular discrepante emitido en lo que se refiere a la segunda sentencia: “desde el punto de vista del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley —art. 14 CE—, quiero llamar la atención en este proemio sobre cómo esta Sentencia de la que respetuosamente discrepo no se compadece en absoluto, a mi juicio, con la estimación de la nulidad acordada en la Sentencia de esta misma Sala 18/2023, de 3 de mayo —dictada un día antes que la presente— en el Asunto Civil 41/2022. Las concomitancias entre uno y otro caso son patentes; e inexplicable resulta, amén de inexplicado, la diversidad de criterio entre una y otra Sentencias.” Le parece a este cronista que poco hay que añadir a este comentario.

2. REQUISITOS DE PROCEDIMIENTO PRE Y POST ARBITRAJE

En anteriores Crónicas nos hemos referido al tratamiento en sede de recurso de anulación de los preceptos contenidos en los artículos 15 (el “pre”) y 39 (el “post”) de la Ley de Arbitraje. Respecto del primero, el TSJ de Madrid reitera su conocida doctrina que el requerimiento previo a la parte contraria para la designación de árbitros es un requisito de procedibilidad para la designación judicial de árbitros. En el caso, el rigorismo formal no es solo respecto la obligatoriedad o no de tal requerimiento previo, interpretando la mayoría de los TSJs que no lo es, sino que la parte contraria no se opuso claramente a la designación, y que el requerimiento sí se había hecho, aunque por error mecánico se presentó en tiempo un documento acreditativo erróneo, y no fue admitido ni tenido en cuenta el correcto cuya presentación se efectuó transcurrida la vista. Y respecto el segundo, si bien un tanto oblicuamente, el TSJ de Andalucía¹⁴ señala que “El laudo no puede considerarse, a efectos de la pretensión formulada ante esta Sala, indeterminado ni inconcreto. Si así lo hubiera entendido la parte demandante debería haber hecho uso de las facultades que le concede el art. 39 de la Ley de arbitraje en orden a la solicitud de complemento (o de corrección, aclaración o rectificación) del Laudo. Si así no lo hizo, si hubiera considerado que el laudo no resolvía peticiones formuladas, no puede basar en ellas con éxito su oposición al laudo, sin más argumentos, alegándose ahora dicha falta de resolución”. Parece, por tanto, aconsejable que ante la disconformidad con un determinado

14. Sentencia de 28 de marzo de 2023, Roj: STSJ AND 5167/2023 – ECLI:ES:TSJAND:2023:5167

laudo, la parte afectada haga uso del derecho que le confiere el artículo 39 de la Ley de Arbitraje en prevención de dificultades de procedimiento en una posible acción de anulación posterior.

III. OTRAS CUESTIONES TRATADAS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS

Podemos señalar en el tiempo cubierto por esta Crónica dos sentencias relativas a la conducción del procedimiento arbitral y su requerida transparencia.

En el primero de ellos, el tribunal supremo de Bélgica¹⁵ conoció un arbitraje administrado bajo el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional en que el secretario administrativo del tribunal arbitral, una abogada colaboradora del despacho de su presidente, designado con el acuerdo de las partes, había redactado todo o parte del borrador del laudo. La *Cour de Cassation* estima en primer lugar que la normativa belga de arbitraje confiere a las partes la facultad de convenir el procedimiento arbitral y que en lo no previsto por ellas, el tribunal arbitral las establecería como fuera oportuno; y que el precepto del código de procedimiento que dispone que los jueces no pueden delegar su función jurisdiccional no se aplica al arbitraje. El tribunal glosa la Nota de las partes y a los tribunales arbitrales sobre la conducción de un arbitraje¹⁶ y concluye que la actuación del secretario administrativo del tribunal puede incluir redactar en todo o en parte un proyecto de laudo, y que en todo caso el tribunal arbitral tiene el deber de revisar personalmente el expediente y validar o corregir el proyecto de laudo. El tribunal supremo belga refuerza así la autonomía de las partes y del procedimiento arbitral en una cuestión que ha sido ocasionalmente discutida en diversas jurisdicciones.

La segunda sentencia, pronunciada por la High Court de Inglaterra y Gales¹⁷, anuló un laudo que concedía a unas empresas que habían contratado importantes proyectos con la República de Nigeria una enorme cantidad que con intereses de demora, llegaba a los once mil millones de dólares. La anulación se basó en las disposiciones de la Ley de Arbitraje inglesa que así lo disponen cuando el laudo ha sido obtenido mediante fraude o infringiendo el orden público. La sentencia glosa los precedentes que señalan el alto nivel de infracción precisado, y examina si se dan en el caso enjuiciado. La parte inversora efectuó continuos pagos a un miembro del equipo legal de la República de Nigeria tanto durante la negociación del contrato de inversión como durante el arbitraje —en que transmitió a la otra parte unos 40

15. Sentencia de 24 de abril de 2023, <https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-european-commission-v-emek-insaat-sti-and-wte-wassertechnik-arret-de-la-cour-de-cassation-de-belgique-monday-24th-april-2023>

16. Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration (Spanish version) - ICC-International Chamber of Commerce (iccwbo.org)

17. Sentencia de 23 de octubre de 2023, Nigeria v P&ID judgment (judiciary.uk)

documentos internos en que se discutían los pormenores de la defensa en el procedimiento. La High Court examina a continuación si la corrupción señalada cumple el requisito de causar una injusticia sustancial: la ley inglesa de arbitraje limita enormemente la intervención de los tribunales de justicia y los requisitos de anulación son muy exigentes. Requieren que haya serios indicios que el resultado del laudo probablemente hubiera sido distinto sin el elemento de corrupción demostrado. La High Court no tiene ninguna duda: si se hubiera probado en el arbitraje que un miembro del servicio legal de la otra parte había sido sobornado al tiempo de redacción del contrato de inversión, el laudo hubiera probablemente declarado el contrato anulable y con ello la pretensión de los inversores hubiera decaído. Por otra parte, que documentos internos relativos al procedimiento fueran transmitidos a la otra parte privó a Nigeria de su derecho a una defensa legal. En fin, la High Court desestimó, basándose en los hechos probados, la alegación de los inversores que Nigeria había sido negligente en investigar la irregularidad y había decaído su derecho a hacerlo. La sentencia finaliza con una profunda reflexión. Resalta en primer lugar la importancia fundamental de la aportación de documentos —en este caso en sede de procedimiento de anulación— que permitieron llegar a las entrañas del caso. Y, refiriéndose al procedimiento arbitral mismo, señala como aun sin tener en cuenta el episodio de corrupción, la defensa de Nigeria fue extraordinariamente poco diligente. La sentencia reflexiona sobre la conducta que debe seguir en tales casos un tribunal arbitral, y deja la cuestión sin respuesta¹⁸.

-
18. The case has shown examples where legal representatives did not do their work to the standard needed, where experts failed to do their work, and where politicians and civil servants failed to ensure that Nigeria as a state participated properly in the Arbitration. The result was that the Tribunal did not have the assistance that it was entitled to expect, and which makes the arbitration process work. And Nigeria did not in the event properly consider, select and attempt admittedly difficult legal and factual arguments that the circumstances likely required. Even without the dishonest behavior of P&ID, Nigeria was compromised. But what is an arbitral tribunal to do? The Tribunal in the present case allowed time when it felt it could and applied pressure where it felt it should. Perhaps some encouragement to better engagement can be considered well. Yet, there was not a fair fight. And the Tribunal took a very traditional approach. But was the Tribunal stuck with what parties did or did not appear to bring forward? Could, and should the Tribunal have been more direct and interventionist when it was so clear throughout the Arbitration that Nigeria's lawyers were not getting instructions, or when at the quantum hearing Nigeria's then Leading Counsel, Chief Ayorinde, was failing to put necessary points to experts to test their opinion and Nigeria's own experts (for whatever reason) had not done the work required? Should the Tribunal have taken the initiative to encourage exploration of new bonds of contract law and the law of damages that may today be required where major long-term contracts are involved?

