

JURISPRUDENCIA FRANCESA

BINGEN AMÉZAGA

Abogado y árbitro, París

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1

Enero – Mayo 2022

Págs. 189-212

SUMARIO: I. ARBITRAJE DE INVERSIÓN. 1. *Corte de apelación de París, pôle 5, ch. 16, 12 de octubre de 2021, núm. 19/21625*. 2. *Corte de casación, ch. civ. 1, 1 de diciembre de 2021, núm. 20-16.714*. 3. *Corte de casación, ch. civ. 1, 31 de marzo de 2021, núm. 19-11.551*. 4. *Decisión de la Corte de Justicia de la Unión Europea del 2 de septiembre de 2021, caso C-741/19, Respuesta a la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE, presentada por la Corte de apelación de París el 24 de septiembre de 2019*. II. PARTES INSOLVENTES. 1. *Corte de apelación de París, pôle 5, ch. 4, 30 de junio de 2021, núm. 21/02568*. 2. *Corte de apelación de París, pôle 5, ch. 16, 19 de octubre de 2021, núm. 18/01254*. 3. *Corte de apelación, pôle 5, ch. 16, 23 de noviembre de 2021, núm. 19/15670*. 4. *Corte de apelación de París, 26 de enero de 2021, núm. 19/10666*. 5. *Corte de apelación de París, pôle 5, ch. 16, 25 de mayo de 2021, núm. 18/20625*. 6. *Corte de apelación de París, pôle 5, ch. 16, 8 de junio de 2021, núm. 19/02245*. 7. *Corte de casación, ch. civ. 1.º, 29 de septiembre de 2021, núm. 19-19.769*.

Durante el pasado año 2021, como en años anteriores, los tribunales franceses han producido una rica jurisprudencia en el ámbito del arbitraje internacional. En el presente número, haremos breves referencias a once decisiones.

En esta ocasión, hemos dedicado un lugar importante a los casos relativos al arbitraje de inversiones, que desde su aparición relativamente reciente en la jurisprudencia francesa en materia de arbitraje internacional, han ido aumen-

tando significativamente en los últimos años. También dedicamos un espacio relevante, aunque algo menor, al difícil problema de las partes insolventes.

Por último, se revisan también las decisiones sobre la constitución del tribunal arbitral, la obligación de independencia e imparcialidad de los árbitros y el orden público internacional.

I. ARBITRAJE DE INVERSIÓN

En el pasado reciente las cortes francesas han tenido la ocasión de pronunciarse sobre diversos casos relativos a arbitraje de inversiones. En este resumen de jurisprudencia nos referimos a tres decisiones de las cortes francesas y a una respuesta de la Corte de Justicia de la Unión Europea en respuesta a una consulta prejudicial de la Corte de apelación de París. Las dos primeras decisiones trataron la cuestión de la competencia de los tribunales arbitrales para decidir sobre reclamaciones planteadas por inversores con doble nacionalidad y la interpretación de los requisitos previstos en los tratados de inversión respectivos. La tercera se refiere a la condición temporal y su consideración como requisito de competencia del tribunal o de admisibilidad de la demanda. Finalmente, aunque no se trate de una decisión dictada por el juez francés, comentaremos la respuesta de la CJUE en el caso *Komstroy c. Moldavia* por su vinculación con el proceso en curso en Francia y por ser de interés en todo lo relativo a la posibilidad de arbitrar los litigios de inversiones intraeuropeos basados en el Tratado de la Carta de Energía (en adelante «TCE»).

1. CORTE DE APELACIÓN DE PARÍS, PÔLE 5, CH. 16, 12 DE OCTUBRE DE 2021, NÚM. 19/21625

Arbitraje de inversión – doble nacionalidad – competencia razione personae

Esta decisión tiene su origen en de un arbitraje administrado por la CCI según las reglas CNUDMI, entre un inversor y la República de Senegal, en virtud a la cláusula de resolución de controversia contenida en el tratado bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones entre Francia y Senegal del 26 de julio de 2007 («TBI Francia-Senegal»). Luego de que el tribunal arbitral dictara un laudo condenando a al Estado receptor de la inversión, Senegal planteó recurso de anulación ante la Corte de apelación de París alegando diversos motivos, entre los cuales figuraba la ausencia de competencia *ratione personae* del tribunal debida a la doble nacionalidad franco-senegalesa del inversor.

La Corte de apelación comprobó que el TBI Francia-Senegal no contenía disposiciones relativas a las personas con doble nacionalidad y definía a los «inversores» del otro Estado contratante simplemente como aquellas personas

que ostentan la nacionalidad de una de las partes contratantes. En vista de que el Tratado aplicable no menciona a los dobles nacionales en su definición del «inversor», la Corte concluyó que el sentido corriente de sus términos, conforme a la regla general de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, no puede llevar a excluir de la protección del tratado a los binacionales, so pena de añadir una condición que no fue estipulada por las partes contratantes. La Corte señaló que esta interpretación no sería contraria al objetivo del tratado, el cual está dirigido a reforzar la cooperación económica entre los dos Estados y, considerando además la realidad histórica de las relaciones entre los dos países y el gran número de personas con doble nacionalidad franco-senegalesa (que, según las partes, se sitúa entre tres y cinco millones de personas)¹.

2. CORTE DE CASACIÓN, CH. CIV. 1, 1 DE DICIEMBRE DE 2021, NÚM. 20-16.714

Arbitraje de inversión – doble nacionalidad – competencia ratione personae

Serafin García Armas c. Venezuela es otro caso del que conocieron los tribunales franceses desde hace varios años, también en torno a la cuestión de la doble nacionalidad de los inversores. En este caso, dos personas físicas con doble nacionalidad hispano-venezolana, accionistas de empresas del sector alimentario en Venezuela, se consideraron afectadas por medidas adoptadas por el gobierno venezolano e iniciaron un arbitraje contra Venezuela según el Reglamento CNUDMI con fundamento en la cláusula de resolución de controversias contenida en el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Venezuela para la promoción y protección recíproca de inversiones, del 2 de noviembre de 1995 («APPRI»). El arbitraje, con sede en París, fue administrado por la Corte Permanente de Arbitraje.

Venezuela invocó la excepción de incompetencia basada en la doble nacionalidad de los demandantes y la alegada adquisición tardía de la nacionalidad española, es decir, posteriormente a la adopción de determinadas medidas s por Venezuela.

El 15 de diciembre de 2014, el tribunal arbitral dictó una decisión sobre jurisdicción en la que decidió que los demandantes debían considerarse «inversores» y sus activos «inversiones» de conformidad con el APPRI, de manera que se declaró competente².

El 14 de febrero de 2015, Venezuela presentó un recurso de anulación contra el laudo ante la Corte de apelación de París alegando, entre otros mo-

1. CA París, *pôle 5*, ch. 16, 12 de octubre de 2021, núm. 19/21625, párr. 33.

2. *Serafin García Armas y Karina García Gruber c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CPA núm. 2013-3, Decisión sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2014.

tivos, la falta de competencia *ratione personae* del tribunal arbitral por ser los demandantes dobles nacionales, así como por falta de competencia *ratione materiae*, pues según Venezuela, los activos litigiosos no podían considerarse «inversión» en el sentido del APPRI, en la medida en que los árbitros no tuvieron en cuenta la nacionalidad de los demandantes al momento de realizar su inversión ni las reglas del Derecho venezolano aplicable que imponían la obligación de registrar administrativamente la inversión extranjera.

El 25 de abril de 2017 la Corte de apelación francesa rechazó el motivo de anulación basado en la doble nacionalidad de los inversores y el argumento de que la inversión no era «inversión extranjera» según el Derecho venezolano, pues consideró que Venezuela no podía prevalerse de su Derecho interno para evadir los compromisos suscritos en virtud del tratado, que no exige ninguna formalidad administrativa de registrar las inversiones. La Corte, sin embargo, luego de analizar conjuntamente los arts. XI.4(c) y 1.2 del APPRI, consideró que según el Tratado, «la inversión no es un activo simplemente 'poseído' por un inversor de la otra parte contratante –lo que excluiría toda referencia a la fecha de adquisición–, sino un activo "invertido" por un inversor de la otra parte contratante –lo que refiere necesariamente a una condición de nacionalidad del inversor en la fecha de la inversión–»³; y decidió, en consecuencia, anular parcialmente el laudo en cuanto consideraba que los activos litigiosos eran «inversiones» en el sentido del APPRI⁴.

Venezuela presentó un recurso de casación contra esta decisión y la Corte de casación anuló en todas sus disposiciones la decisión de la Corte de apelación, reenviando de nuevo el caso ante la Corte de apelación de París, compuesta por nuevos jueces⁵.

De nuevo ante la Corte de apelación, Venezuela solicitó a título principal la anulación integral del laudo de jurisdicción, alegando que el Tribunal carecía de competencia *ratione materiae* por no tener los demandantes la nacionalidad española al momento de realizar la inversión.

Venezuela sostuvo que el APPRI imponía una condición relativa a la nacionalidad del inversor en el momento de realizar la inversión ya que, según alegó, el requisito de nacionalidad del inversor forma parte de la definición de

3. CA París, 25 de abril de 2017 : «*l'investissement n'est pas un actif simplement "détenu" par un investisseur de l'autre Partie contractante –ce qui exclurait toute référence à la date d'acquisition–, mais un actif "investi" par un investisseur de l'autre Partie contractante –ce qui renvoie nécessairement à une condition de nationalité de l'investisseur à la date de l'investissement–*».
4. CA París, 25 de abril de 2017, núm. 14/01040; *Rev Arb.* 2020.2, pp. 669-671; Comentario de Ugalde, P., «Panorama de jurisprudencia francesa», *Spain Arbitration Review*, vol. 2018, núm. 33, pp. 121-127.
5. Cass., 13 de febrero de 2019; Nota de Lemaire, S. y Laazouzi, M., «*Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements*», en *Rev. Arb.*, 2019.2, pp. 571 y ss.

inversión de conformidad con el APPRI, de manera que las inversiones realizadas por los demandantes en 2001 no podían considerarse inversiones protegidas pues en esa fecha los demandantes no poseían la nacionalidad española. En vista de lo anterior, los aportes de capital realizados posteriormente (en el 2006) tampoco podían ser considerados inversiones protegidas, careciendo por lo tanto el tribunal arbitral de toda competencia, al no haber hecho en la decisión sobre jurisdicción distinción alguna respecto de la fecha en la que fueron realizadas las inversiones.

Los demandantes en el arbitraje alegaron que el APPRI no imponía ninguna condición relativa a la nacionalidad del inversor en el momento de realizar la inversión, de manera que las fechas relevantes para apreciar la nacionalidad de los inversores eran la fecha de violación del APPRI así como la fecha en la que se presentó la demanda de arbitraje. Los demandantes poseían la nacionalidad española en ambas fechas, habiéndola adquirido en el 2003 y el 2004 respectivamente. Además, los aportes de capital realizados por los demandantes en el 2006 debían también considerarse inversiones protegidas en aplicación de la definición muy amplia de inversión contenida en el APPRI, que cubre todo tipo de activos.

Los demandantes también alegaron que Venezuela no podía prevalerse del argumento sobre la falta de nacionalidad española de los demandantes en el año 2001, porque habían ya renunciado los demandantes a sus reclamaciones por hechos anteriores al año 2003. En el mismo sentido, a título subsidiario, los demandantes solicitaron a la Corte que, en caso de pronunciarse la nulidad del laudo, dicha nulidad solo afectara a la parte del laudo relativa a las inversiones anteriores al 2003.

En su decisión del 3 de junio de 2020⁶, la Corte de apelación recordó que en el control de la competencia del tribunal arbitral, el juez puede considerar todos los elementos de hecho y de derecho que permitan apreciar el alcance del convenio arbitral, y ello no varía aunque se trate de una cláusula de resolución de controversias contenida en un tratado bilateral de inversiones.

Tras referirse a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la Corte señaló que, en el caso de un tratado bilateral de inversiones, la competencia del tribunal arbitral se basa en el consentimiento del Estado a ser juzgado por un tribunal arbitral y su competencia resulta de la oferta de arbitraje contenida en la cláusula de resolución de controversias presente en el tratado, de manera que la aplicabilidad de dicha cláusula dependerá de las condiciones previstas por el tratado.

6. CA París, *pôle 5*, ch. 3, 3 de junio de 2020; nota de Argentato, J. P. en «García Armas vs. Venezuela: Crónica de una muerte anunciada ante las Cortes de París», en *Spain Arbitration Review*, Wolters Kluwer, vol. 2021, núm. 41, pp. 163-170.

A continuación, interpretando las definiciones de «inversor» y de «inversión» contenidas el art. XI del APPRI, la Corte concluyó que «resulta de los términos del APPRI según su sentido ordinario, sin necesidad de interpretarlos, que la inversión protegida por el APPRI es un activo invertido por un inversor de la otra parte contratante, de manera que la inversión que justifica la competencia *ratione materiae* del Tribunal es aquella realizada por un inversor que tiene la nacionalidad de la otra parte contratante, según su legislación, en la fecha en la que realizó la inversión en el territorio de la otra parte contratante»⁷.

La Corte indicó que a pesar de que en el 2001 cuando los demandantes alegaron haber hecho su inversión en Venezuela, solo tenían nacionalidad venezolana y no española, el tribunal arbitral se declaró erróneamente competente al considerar que la nacionalidad del inversor debe verificarse al momento de producirse la violación del tratado o cuando, al iniciar el arbitraje, el inversor acepta la oferta de sometimiento del Estado, mas no al momento de realizar la inversión.

La Corte de apelación consideró que el tribunal arbitral no examinó su propia competencia de conformidad con los términos del APPRI pues no verificó que se cumplía la condición de nacionalidad de los inversores en el 2001, al momento de hacerse la inversión y por lo tanto decidió anular integralmente la Decisión sobre Jurisdicción del tribunal arbitral sin hacer distinciones según la fecha en la que se hicieron las inversiones⁸.

Los demandantes en el arbitraje recurrieron la decisión ante la Corte de casación.

La decisión más reciente de la Corte de casación, del 1 de diciembre de 2021, censuró la conclusión de la Corte de apelación sobre la falta de competencia del tribunal al considerar que la Corte de París había añadido un requisito que el APPRI no contenía.

La Corte de casación indicó que la anulación de un laudo puede ser parcial en caso de no existir indivisibilidad entre las cuestiones litigiosas decididas, de manera que al anular el laudo integralmente sin distinguir entre las distintas inversiones de los demandantes según fueron realizadas antes o después de adquirir los inversores la nacionalidad española, tal como fue so-

7. *Ibid.*, párr. 51 «Il résulte des termes du TBI suivant leur sens ordinaire, sans qu'il soit nécessaire de les interpréter, que l'investissement protégé par le Traité est un actif investi par un investisseur de l'autre partie contractante, de sorte que l'investissement justifiant la compétence *ratione materiae* du tribunal arbitral est celui réalisé par un investisseur qui détient la nationalité de l'autre partie contractante, en vertu de sa législation, à la date à laquelle il réalise cet investissement sur le territoire de l'autre partie».

8. *Ibid.*

licitaron las demandantes, y sin comprobar tampoco si las distintas demandas de indemnización respecto de las inversiones realizadas antes y después de esta fecha eran indivisibles, la Corte de apelación no había motivado su decisión, en violación de los arts. 1520.1 y 1527 del *Code de procédure civile*, y por lo tanto anuló la decisión de dicha Corte. El caso fue reenviado a la Corte de apelación, que –cabe esperar– será quien ponga punto final a esta saga arbitral.

3. CORTE DE CASACIÓN, CH. CIV. 1, 31 DE MARZO DE 2021, NÚM. 19-11.551

Arbitraje de inversión – condición de admisibilidad – control limitado del laudo

Otra decisión reciente en materia de inversiones publicada en el pasado año 2021, fue la del caso *Rusoro c. Venezuela*, también dictada por la Corte de casación. En este caso se venía discutiendo sobre el plazo previsto para presentar la demanda de arbitraje según el Acuerdo entre Canadá y Venezuela para la Promoción y Protección de Inversiones de 1 de julio de 1996 («TBI») y las consecuencias del incumplimiento de dicho plazo.

El caso surge de un arbitraje conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, con sede en París, en el que el tribunal arbitral decidió que Venezuela había violado el Tratado al expropiar sin compensación los bienes del inversor y al imponer restricciones injustificadas a la exportación. El tribunal arbitral condenó a Venezuela a pagar al demandante una indemnización de más de 966 millones de dólares en reparación del daño sufrido por la expropiación y 1,2 millones de dólares en reparación del daño causado por las restricciones adoptadas por Venezuela⁹.

La República Bolivariana de Venezuela solicitó la anulación del laudo ante las cortes francesas y, en una decisión del 29 de enero de 2019 la Corte de apelación de París, aunque confirmó la decisión del tribunal arbitral respecto de la responsabilidad de Venezuela, consideró que el art. XII.3(d) del TBI Canadá-Venezuela, fijando un plazo máximo de tres años entre el momento en el que el inversionista tenga conocimiento o hubiese podido conocer la existencia de potenciales violaciones del tratado y el momento en el que presenta su solicitud de arbitraje constituía una condición de competencia del tribunal arbitral. Al tratarse de una cuestión de competencia, la Corte consideró que podía ejercer un control de la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia así que, tras un detallado análisis de los hechos, la Corte concluyó que el tribunal había incluido en su condena de daños una indemnización relativa a medidas adoptadas en 2009, que se encontraban fuera de su competencia

9. *Rusoro Mining Ltd. c República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB(AF)/12/5, Laudo, 22 de agosto de 2016.

ratione temporis y, por lo tanto, decidió anular parcialmente el laudo respecto de la indemnización por expropiación de la inversión, dejando subsistir la condena respecto de las restricciones injustificadas¹⁰. Rusoro impugnó esta decisión ante la Corte de casación.

En su decisión del 31 de marzo de 2021¹¹, la Corte de casación anuló la decisión de la Corte de apelación al considerar que el plazo establecido por el art. XII.3(d) del TBI constituía un requisito de admisibilidad de la demanda de arbitraje, cuestión que había sido decidida definitivamente por el tribunal arbitral, y no una condición de competencia del tribunal arbitral, independientemente de las denominaciones empleadas por el propio tribunal o por las partes en el arbitraje. En vista de lo anterior, el tribunal supremo francés consideró que el examen de esa cuestión –que no versa sobre la falta de competencia, sino sobre admisibilidad– no entraba dentro de los limitados motivos del recurso de anulación previstos por el Código de procedimiento civil francés y por lo tanto escapaba al control de la Corte de apelación que permite el art. 1520.1 del CPC, que se limita a los casos en que se objeta la competencia del tribunal arbitral. La Corte de casación, por lo tanto, anuló la decisión de la Corte de apelación y reinstauró integralmente el laudo arbitral.

4. DECISIÓN DE LA CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DEL 2 DE SEPTIEMBRE DE 2021, CASO C-741/19, RESPUESTA A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL ART. 267 TFUE, PRESENTADA POR LA CORTE DE APELACIÓN DE PARÍS EL 24 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Definición de inversión según el TCE – arbitraje de inversión intra-europeo bajo el TCE

Se trata de la última decisión, esta vez de la Corte de Justicia de la Unión Europea (CJUE), en una saga que se inició en un arbitraje de inversión *ad hoc* entre la empresa Energoalians de Ucrania y la República de Moldavia en base al Tratado de la Carta de la Energía (TCE) y de acuerdo con las reglas de arbitraje CNUDCI. La demanda de Energoalians se basaba, a grandes rasgos, en el rechazo por parte de las autoridades y jurisdicciones de Moldavia de reconocer un crédito que Energoalians había adquirido de otra sociedad distribidora de energía, Derimen, contra la empresa moldava Moldtranselectro por la compraventa de electricidad. El 25 de octubre de 2013, el tribunal arbitral dictó un laudo en París en el que la mayoría decidió que Moldavia había violado sus obligaciones internacionales y la condenó a pagar una indemnización¹².

10. CA Paris, 29 de enero de 2019, núm. 16/20822.

11. Cass., civ. I., 31 de marzo de 2021; nota de Audit M. en *Rev. Arb.* 2021.3, pp. 709-718.

12. *Energoalians c. República de Moldavia*, Caso CNUDCI (*ad hoc*), Laudo (por mayoría) del 25 de octubre de 2013. El presidente del tribunal arbitral emitió una opinión disidente al

La República de Moldavia interpuso recurso ante la Corte de apelación. Se anuló el laudo por falta de competencia del tribunal arbitral al considerar la Corte que Energoalians no había hecho una «inversión» en el sentido previsto por el TCE, que exigía, según la Corte de apelación, que la inversión se acompañara de ciertas contribuciones económicas en Moldavia¹³. Seguidamente, Komstroy LLC, empresa sucesora de Energoalians, recurrió esta decisión ante la Corte de Casación francesa, la cual decidió anular la decisión de la Corte de apelación, al considerar que ésta última había añadido un requisito a la noción de «inversión» que no estaba prevista en el TCE: que no precisa los criterios que caracterizan una inversión, sino que solo enumera, de forma no limitativa, los activos que pueden considerarse como inversión, así que reenvió a las partes ante la Corte de apelación, conformada por nuevos jueces¹⁴.

El proceso de anulación entre Moldavia y Komstroy se reinició ante la Corte de apelación y Moldavia solicitó la anulación del laudo por falta de competencia del tribunal al considerar que: (i) los eventuales créditos de Komstroy no constituía una inversión pues no implicaban ningún aporte de capital o de otros recursos a Moldavia sino que eran el resultado de una simple operación comercial de compraventa de electricidad de Energoalians a Moldtranselectro; (ii) en todo caso, Energoalians (o su sucesora, Komstroy) no realizó la inversión pues quien vendió la electricidad fue la empresa Derimen, domiciliada en las Islas Vírgenes Británicas, que no son parte del TCE y por tanto Derimen no podía considerarse «inversor» de conformidad con el TCE ni trasladar un título que ella misma no tenía a Energoalians; y finalmente, (iii) porque no se cumplía el criterio de territorialidad previsto en el art. 26.1 del TCE según el cual la inversión debe realizarse dentro del territorio del Estado receptor de la inversión, al haber vendido Derimen la electricidad a Moldtranselectro en la frontera con Moldavia sin haber llevado a cabo ninguna actividad económica en el sector energético dentro del territorio de Moldavia.

La Corte de apelación concluyó que era necesario interpretar diversas disposiciones del TCE y que la CJUE era competente para resolver esas cuestiones en aplicación del art. 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea y con el fin de garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea y ello, independientemente de si la controversia fue so-

considerar que el tribunal no tenía competencia *ratione materiae* en virtud del TCE para decidir el caso, en particular, pues, en su opinión, el crédito de Energoalians no constituía una inversión de conformidad con el TCE. Ver Opinión Disidente de Dominic Pellet del 13 de octubre de 2013.

13. CA Paris, 12 de abril de 2016, núm. 13/22531; nota de Ben Hamida, W. en *Cah. Arb.* 2016, p. 935, nota de Audit M. en *Cah. Arb.* 2017, p. 357; nota de Bensaude D. en *Gaz. Pal.* 2016, núm. 26, p. 25.
14. Cass.civ. I., núm. 16-16.568, 28 de marzo de 2018; nota de Gaillard, E., en *J. D. I.*, 2019, p. 160; nota de Fouchard, C., en: *Rev. Arb.* 2018, p. 561.

metida en primer lugar a un tribunal arbitral. Por lo tanto, la Corte planteó las siguientes cuestiones y suspendió el procedimiento hasta resolución por parte de la CJUE:

- ¿Debe interpretarse el art. 1(6) del TCE en el sentido de que un crédito nacido de un contrato de compraventa de electricidad, y que no implica ninguna contribución por parte del inversor en el Estado receptor, pueda constituir una «inversión» en el sentido de tratado?
- ¿Debe interpretarse el art. 26(1) del TCE en el sentido de que la compra por un inversor de una parte contratante de un derecho de crédito creado por un operador económico que no es nacional de un Estado parte del tratado, pueda constituir una inversión?
- ¿Debe interpretarse el art. 26(1) del TCE en el sentido de que un derecho de crédito de un inversor, resultante de un contrato de compraventa de electricidad suministrada en la frontera del Estado receptor, pueda constituir una inversión realizada en el territorio de otra parte contratante, en caso de que el inversor no ejerza ninguna actividad económica en el territorio de ésta última?

En su decisión del 2 de septiembre de 2021, sobre la primera pregunta relativa a la noción de inversión en el sentido del TCE, la CJUE declaró que la noción de inversión establecida por el TCE se caracteriza por dos condiciones cumulativas: por un lado, debe tratarse de un bien o activo poseído o controlado por un inversor; por otro, este activo debe incluir por lo menos uno de los elementos establecidos en los apartados a) a f) del art. 1.6 del TCE.

La CJUE consideró que la primera condición se cumplía pues el derecho de crédito puede considerarse un bien o activo y Komstroy es una empresa constituida en un Estado contratante del TCE, sin importar que hubiese adquirido su crédito de una empresa de un Estado no parte al TCE¹⁵. Respecto de la segunda condición, sin embargo, la CJUE indicó que un crédito derivado de un simple contrato de compraventa de electricidad no podía considerarse producto del ejercicio de una actividad económica en el sector de la energía [art. 1.6(f) del TCE] y el crédito de Komstroy, pese a constituir un crédito líquido derivado de un contrato con valor económico, no estaba asociado a una operación de inversión, pues el contrato entre Derimen y Moldtranselectro se refería únicamente a la compraventa de electricidad producida por otros operadores en Ucrania que a su vez la vendían a Derimen. En vista de lo anterior la CJUE concluyó que el contrato en el que se basaba el crédito no era una operación de inversión sino una operación comercial (regida por la parte II y no la parte III del TCE) y ello, independientemente de la cuestión de la contribución a la

15. Decisión de la CJUE, *grande chambre*, caso núm. C-741/19, 2 de septiembre de 2021, párr. 70.

economía del Estado receptor¹⁶. En vista de esta conclusión, la CJUE consideró que no era necesario abordar las otras cuestiones planteadas.

La CJUE, sin embargo, no se limitó a contestar a la consulta planteada, sino que, pese a no haber sido cuestionada sobre este punto, aprovechó la ocasión y las alegaciones formuladas por la Comisión Europea y por otros Estados en este procedimiento para pronunciarse sobre la cuestión de la compatibilidad del art. 26 del TCE con el Derecho de la Unión Europea, en la medida en que permite la posibilidad de un arbitraje entre un inversor y un Estado europeos.

Al respecto, la CJUE concluyó que el arbitraje intraeuropeo previsto por el TCE no era compatible con el Derecho de la Unión Europea, siguiendo en gran medida los argumentos desarrollados en la decisión *Achmea*¹⁷, al afirmar que el TCE forma parte del orden jurídico de la Unión Europea cuya interpretación definitiva corresponde exclusivamente a la CJUE y al constatar que los tribunales arbitrales no forman parte del sistema judicial de la Unión Europea y, según la Corte europea, su funcionamiento no puede garantizar la coherencia y uniformidad en la interpretación del Derecho europeo, entre otras razones, pues los tribunales arbitrales no pueden plantear cuestiones prejudiciales a la CJUE¹⁸.

Aunque se trata de un *obiter dictum* que en principio no vincula a los tribunales arbitrales constituidos conforme al art. 26 del TCE, se trata de una importante piedra adicional que se añade en el muro que las instituciones europeas se afanan en construir para dejar al arbitraje fuera de los mecanismos intraeuropeos de solución de controversias relativas a inversiones.

II. PARTES INSOLVENTES

En los últimos años han aumentado los casos en que las partes alegan su insolvencia para intentar evitar someterse al arbitraje, acudiendo en su lugar a los tribunales judiciales, o también para oponerse a la ejecución de laudos. Este argumento ha sido, sin embargo, constantemente rechazado por las cortes francesas. A continuación, nos referimos a un primer caso donde la parte se opuso a la aplicación de la cláusula arbitral intentando traer el litigio a la vía judicial. Los otros dos casos tratan de instancias en las que se alegó la insolvencia para oponerse a la ejecución en Francia de laudos dictados en otros países.

16. *Ibid.* (nota 15), párrs. 73-80.

17. *Achmea B. V. c. República de Eslovaquia*, Decisión de la CJUE sobre cuestión prejudicial del 6 de marzo de 2018, caso C-284/16.

18. Decisión de la CJUE, *grande chambre*, caso núm. C-741/19, 2 de septiembre de 2021, párrs. 47-66.

1. CORTE DE APELACIÓN DE PARÍS, *PÔLE 5*, CH. 4, 30 DE JUNIO DE 2021, NÚM. 21/02568

Cláusula arbitral – parte insolvente – riesgo de denegación de justicia

El caso surge de un contrato de franquicia en el que el franquiciado, demandante, sostenía que la cláusula arbitral era manifiestamente inaplicable, por lo que interpuso demanda en vía judicial ante el Tribunal de comercio de la ciudad de Rennes.

El franquiciador, esgrimiendo la existencia de la cláusula arbitral y la incompetencia del tribunal judicial, interpuso recurso ante la Corte de apelación de París.

Ante la Corte de apelación, el franquiciado alegó, en primer lugar, que algunos contratos del conjunto de actos que los vinculaba al franquiciador no contenían una cláusula arbitral y, en segundo lugar, que la organización contractual impuesta por el franquiciador a través de contratos de adhesión tenía como efecto impedir a esa parte el acceso al juez, en particular por el coste excesivo del arbitraje (estimado entre 120.000 y 150.000 euros más los honorarios de abogados), al encontrarse el franquiciado en la imposibilidad de sufragar dicho coste por su situación de insolvencia, lo que violaría su derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado por el art. 6.1 la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). El franquiciado se refirió al respecto a la existencia de una reciente tendencia que permitiría abrir la puerta de la inaplicabilidad manifiesta de la cláusula arbitral cuando se demuestre un riesgo de denegación de justicia por causas económicas¹⁹.

Sobre la cuestión de la existencia de la cláusula arbitral en el conjunto de documentos contractuales, la Corte de apelación decidió que el hecho que haya un conjunto de contratos no impide, en principio, la aplicación de la cláusula arbitral contenida en uno de ellos a los demás contratos que forman parte del mismo conjunto de manera que, en aplicación del principio *compétence-compétence*, el tribunal arbitral tiene la prioridad para pronunciarse sobre su propia competencia.

19. Se hacía referencia a la reciente decisión del caso *Subway* del Tribunal de comercio de París del 13 de octubre de 2020, sobre las cláusulas de contratos de franquicia. El Tribunal de París consideró que la combinación de cláusulas que imponen la redacción del contrato en inglés, con aplicación de la ley de los Países Bajos y competencia, en caso de litigio, de un árbitro en Nueva York, causaban un desequilibrio significativo en el contrato y debían prohibirse. El Tribunal francés indicó que, si bien cada una de las disposiciones, considerada individualmente, no constituía una cláusula abusiva en sí misma, el conjunto de esas cláusulas causaba un desequilibrio inaceptable, apreciando el juez en este caso que un comerciante minorista francés nunca hubiera propuesto espontáneamente tales cláusulas.

Respecto de la insolvencia y del alegado riesgo de denegación de justicia, la Corte, en línea con la jurisprudencia francesa, confirmó que la insolvencia de las partes no implica por sí misma la inaplicabilidad automática de la cláusula arbitral²⁰ y por lo tanto no puede constituir un obstáculo a la aplicación del principio *compétence-compétence*. La Corte señaló al respecto que «es responsabilidad de los usuarios del arbitraje evitar cualquier riesgo de denegación de justicia frente a una parte actora con medios financieros limitados»²¹.

Unos meses más tarde, la Corte de apelación decidió en el mismo sentido en un caso muy similar y que involucraba al mismo franquiciador como demandado²². En este último caso la Corte consideró, para rechazar el argumento sobre violación del derecho de acceso a la justicia, que para constituir al tribunal arbitral no se exigía como condición el pago de los honorarios de los árbitros, por lo tanto, la cláusula se consideraba *prima facie* válida y, nuevamente, corresponde a los «actores del arbitraje» hacer lo necesario para que pueda llevarse a cabo el arbitraje²³. Queda la duda de saber qué es lo que se espera de los «actores del arbitraje» para hacer posible el desarrollo de un arbitraje a pesar de la insolvencia de una de las partes.

2. CORTE DE APELACIÓN DE PARÍS, PÔLE 5, CH. 16, 19 DE OCTUBRE DE 2021, NÚM. 18/01254

Ejecución de un laudo internacional – parte insolvente – derecho de acceso a la justicia

El caso surgió de un contrato de distribución entre la empresa estadounidense fabricante de bebidas energéticas Monster («Monster») y una empresa francesa en el que las partes adoptaron una cláusula arbitral según la cual, toda controversia que surgiera en relación con el contrato debía resolverse por un árbitro único de conformidad con la ley de California y según las reglas del centro *Judicial Arbitration and Mediation Services* («JAMS»).

20. Ver por ejemplo, C. A. Pau, 5 de noviembre de 2020, núm. 20/01175: *la force obligatoire de la clause compromissoire est indépendante de la santé financière de l'une des parties signataires. Dans cette mesure, la clause d'arbitrage ne peut être considérée comme manifestement inapplicable au sens de l'article 1448 du seul fait de l'impossibilité alléguée par le liquidateur judiciaire de faire face au coût de la procédure d'arbitrage. La partie qui fait état de son impécuniosité ne peut donc tirer argument de ce fait pour se soustraire à la compétence arbitrale.*

21. *Ibid.*: *Il revient aux acteurs de l'arbitrage d'écarter tout risque de déni de justice face à un plaideur aux moyens financiers limités.*

22. C. A. Paris, 2 de junio 2020, núm. 17/18900.

23. *Ibid.*; nota de Jourdan-Marques, J. en *Dalloz Actualités 2021*; Clay, T. «Panorama arbitrage et modes alternatifs de règlement de litiges 2021», *Recueil Dalloz*, 23 de diciembre de 2021, p. 2276.

En el año 2016 surgió una controversia entre las partes respecto de la terminación del contrato, por lo que la sociedad Monster inició un arbitraje según el reglamento JAMS contra la sociedad francesa. La sociedad francesa demandada no compareció, así que se llevó a cabo el arbitraje en ausencia de la demandada y el árbitro único dictó un laudo declarando válida la resolución del contrato y condenando a la empresa francesa a pagar los gastos de arbitraje (por importe de 5.264,61 USD), así como los gastos de honorarios de abogados de Monster (133.701,5 USD). El laudo fue declarado ejecutorio en los Estados Unidos y obtuvo el exequátur en Francia mediante decisión del *Tribunal de Grande Instance* de París el 16 de octubre de 2017.

La sociedad francesa solicitó la anulación de la decisión de exequátur ante la Corte de apelación de París, basándose en la invalidez de la cláusula arbitral por falta de consentimiento, alegando que Monster no le informó sobre el coste del procedimiento arbitral. Según la apelante, los costes del arbitraje eran desproporcionados con respecto a sus medios económicos y le impedían participar y defenderse adecuadamente en el arbitraje, de manera que se producía una denegación de justicia y la cláusula arbitral que le impedía cualquier acceso a la justicia, debía ser declarada nula.

La Corte recordó que, en aplicación del Derecho internacional del arbitraje, tal y como se interpreta en Francia, la cláusula compromisoria es autónoma del contrato que la contiene y su existencia y validez se deben apreciar únicamente en lo relativo a su conformidad con normas imperativas del Derecho francés y del orden público internacionales. Luego de recordar el tenor de la cláusula arbitral prevista en el contrato de distribución, la Corte consideró que la misma expresaba la común voluntad de las partes de recurrir al arbitraje, voluntad que la recurrente no podía ahora rechazar, pues quedaba establecido que Monster llamó la atención de la otra parte sobre la existencia de la cláusula arbitral en el momento de la firma del contrato.

A continuación, la Corte consideró y rechazó el argumento de la supuesta violación del deber pre-contractual de información a la empresa francesa, señalando que en materia de arbitraje internacional corresponde a ambas partes informarse sobre el método de resolución de controversias previsto, teniendo en cuenta que el convenio arbitral lleva aparejada la renuncia a la vía judicial. En dicho caso la cláusula preveía expresamente la sumisión a arbitraje de conformidad con un reglamento de arbitraje existente y de fácil acceso, de manera que no podía invocarse ahora legítimamente la ignorancia del mismo.

Respecto del alegato de denegación de justicia, la Corte admitió que el acceso a la tutela judicial efectiva forma parte del orden público internacional y señaló que un convenio arbitral que obstaculice el acceso a la justicia sería contrario al orden público internacional y por tanto nulo. Sin embargo, la

Corte aclaró que el derecho de acceso a la justicia implica que una persona no puede verse privada de la facultad de ver sus demandas resueltas por un juez, pero también que tal derecho no es incondicional e incompatible con la sumisión de la controversia a otro método de resolución, siempre que se garantice una buena administración de justicia.

La Corte indicó que el convenio arbitral lleva aparejada la renuncia a la justicia estatal y también, en Francia, al carácter gratuito del servicio público de la justicia; pero que su presencia no constituye en sí misma una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Solamente deberá examinarse si, en su implementación efectiva, no se priva a ninguna de las partes de su derecho fundamental de acceso a la justicia²⁴.

Al analizar las modalidades de implementación de la cláusula arbitral, la Corte comprobó que la empresa francesa pudo tener acceso fácilmente a las reglas de arbitraje JAMS y que la provisión fijada por esta institución, por importe de 2.500 USD por cada parte, no era desproporcionado que pudiese impedir a una sociedad comercial hacer valer sus derechos en sede arbitral. Respecto de la condena a pagar los costos de honorarios de abogados por 133.701,50 USD, la Corte consideró, por un lado, que la sociedad recurrente estaba suficientemente informada del riesgo de tener que cubrir dichos montos, pues ello se indicaba expresamente en la cláusula arbitral; y, por otro lado, que este monto resultaba de la evaluación que hizo el árbitro de los costos razonables incurridos por la demandante en el arbitraje y cuyo reembolso ordenó a la empresa francesa luego de resolver la controversia, de manera que no es un elemento capaz de justificar la nulidad de la cláusula ni sostener la incompetencia del tribunal arbitral²⁵.

3. CORTE DE APELACIÓN, PÔLE 5, CH. 16, 23 DE NOVIEMBRE DE 2021, NÚM. 19/15670

Ejecución de un laudo internacional – parte insolvente – derecho de acceso a la justicia

Este caso surgió de un contrato de agencia comercial entre una empresa suiza y su agente en Francia, una empresa francesa. Al surgir un litigio sobre

24. CA Paris, pôle 5, ch. 16, 19 de octubre de 2021, núm. 18/01254: *une convention d'arbitrage par laquelle les parties consentent à soumettre leur litige à un arbitre et qui emporte nécessairement renonciation à la justice étatique et, en France, à la gratuité du service public de la justice, ne saurait en elle-même porter atteinte à l'accès à la justice. Seules ses modalités doivent être examinées afin de vérifier qu'elles ne privent pas, dans leur mise en œuvre, une partie d'un accès à la justice et ne portent ainsi pas une atteinte effective au droit fondamental d'accès à la justice.*

25. *Ibid.* Cabe señalar que finalmente la Corte de apelación decidió denegar el exequátur al laudo arbitral, pero debido a la violación del orden público internacional francés derivada de la inobservancia de la ley imperativa francesa de regulación sobre competencia.

la terminación del contrato de agencia tuvo lugar un arbitraje de conformidad con las reglas de la Cámara de Comercio de Lugano en Suiza, en el que la parte suiza prevaleció en la mayoría de sus pretensiones y la parte francesa fue condenada a indemnizar a la empresa suiza dos tercios de sus costes de arbitraje, por un importe de 236.905,33 CHF.

La parte suiza obtuvo el exequátur del laudo en Francia; posteriormente, la parte francesa apeló esta decisión ante la Corte de apelación alegando, en particular, que el laudo era contrario al orden público internacional pues desconoció el derecho de acceso al juez consagrado por el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos («CEDH») al condenar a la empresa francesa, que había prevalecido en el arbitraje en lo relativo al reconocimiento de sus créditos frente a la empresa suiza, a soportar dos tercios de los costos de defensa de la sociedad suiza, cuyo importe superaba el importe de su crédito.

La Corte de apelación, reproduciendo la motivación de su decisión del 19 de octubre de 2021, comentada más arriba, recordó que, en caso de insolvencia de una parte, lo relevante para apreciar si hubo denegación de justicia no es que exista una cláusula arbitral, sino que se deben considerar las condiciones en las que efectivamente se lleva a cabo el arbitraje, las cuales podrían limitar indebidamente el derecho de acceso a la justicia.

En el caso concreto, la Corte constató que la empresa francesa no fue privada de acceso a la justicia pues participó en el arbitraje y formuló demandas, incluida la de ser indemnizada por sus costos en el arbitraje, de manera que la Corte concluyó que la sociedad francesa utilizaba el argumento de denegación de justicia para que los jueces revisaran la decisión del árbitro respecto de la adjudicación de los costes del arbitraje, lo cual excedía el ámbito de control de la Corte²⁶.

Finalmente, la empresa francesa también alegó la violación del principio de contradicción, pues la decisión del árbitro sobre los costes del arbitraje fue adoptada habiendo comprobado los justificantes presentados por la empresa suiza, sin que los mismos hubieran sido sometidos a debate contradictorio. Sin embargo, la Corte de apelación rechazó también este argumento tras constatar que cada una de las partes presentó sus justificantes de costos al árbitro único el 17 de mayo de 2018 y este los comunicó a las demás partes el 19 de mayo de 2018, de manera que cada parte había tenido la oportunidad de formular alegaciones al respecto hasta el 22 de junio de 2018, fecha en la que se declaró la clausura del procedimiento, sin que las partes hubieran realizado ninguna observación al respecto²⁷.

26. CA Paris, *pôle 5*, ch. 16, 23 de noviembre de 2021, núm. 19/15670, párrafos 44-54.

27. *Ibid.*, párrafos 59-61.

4. CORTE DE APELACIÓN DE PARÍS, 26 DE ENERO DE 2021, NÚM. 19/10666

Constitución del tribunal – Cláusula arbitral – Principio de igualdad

Esta reciente decisión de la Corte de apelación de París representa un caso de estudio interesante respecto de la aplicación del convenio arbitral y de los principios que rigen la constitución del tribunal arbitral²⁸.

El caso tiene su origen en un litigio que surgió entre cuatro sociedades partes de un pacto de accionistas cuya cláusula arbitral preveía un arbitraje CCI y un tribunal de cinco árbitros en el que cada parte elegiría a un árbitro y éstos últimos designarían al presidente del tribunal. Al surgir el litigio, sin embargo, la parte demandante que se oponía a las otras tres partes propuso que, en vista de las circunstancias de la disputa, se modificara la cláusula para constituir un tribunal de tres árbitros, uno nombrado por dicha parte, otro por las otras tres partes y el presidente elegido por los dos co-árbitros. Las tres demandadas se opusieron y cada una nombró a un árbitro, pero, al momento de constituir el tribunal arbitral, la CCI decidió que, en vista de que la disputa oponía a una de las partes frente a las otras tres, y ante la falta de acuerdo entre las partes, sería esta institución la que nombraría directamente a los cinco árbitros y designaría al presidente del tribunal.

Después de dictarse el laudo, desfavorable para las demandadas, estas solicitaron su anulación invocando la constitución irregular del tribunal ya que no fueron respetados la modalidad de designación prevista en la cláusula, vulnerándose el principio de igualdad de las partes.

En su decisión del 26 de enero de 2021, la Corte de apelación rechazó el recurso. La Corte indicó, en particular, que el principio de igualdad no podía apreciarse de la misma manera según se analizaba en el momento de la conclusión del convenio de arbitraje o en el momento de surgir la controversia. En la configuración del caso en cuestión, en la que una de las sociedades accionistas se oponía a las otras tres al objetar la acción conjunta de estas de excluirla del pacto, el principio de igualdad requería, ante la ausencia de acuerdo entre las partes, comprobar que la modalidad de designación del tribunal respetase el principio de igualdad, aunque modifiquen lo previsto en la convención de arbitraje²⁹.

28. CA París, *pôle 5*, ch. 16, 26 de enero de 2021, núm. 19/10666; en *Rev. Arb.*, 2021.1, pp. 295-300.

29. CA París, 26 de enero de 2021: «*Si, au jour de la conclusion de la clause compromissoire, il était conforme au principe d'ordre public de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres, qui suppose la possibilité pour chaque partie de pouvoir participer de manière égale à la constitution d'un tribunal arbitral, de prévoir que chacune des parties au pacte d'actionnaires puisse effectivement être en mesure de désigner un arbitre, au jour où le litige est né, ce principe de l'égalité doit s'apprécier non plus seulement au regard de la qualité des parties au contrat, mais aussi au regard des prétentions et des intérêts de chacune des parties au litige. Ce faisant,*

Aunque las recurrentes criticaron, entre otras cosas, que el reglamento de la CCI aplicable (versión de 2012) solamente permitía a la institución decidir sobre la constitución de tribunales de tres árbitros y no de cinco, la Corte de apelación consideró que el art. 41 del reglamento CCI (2012)³⁰ permitía interpretar de forma amplia el texto del art. 12, dotándole de sentido y eficacia para resolver los problemas de constitución del tribunal arbitral³¹.

La Corte aprobó por lo tanto la decisión de la CCI pues a esta institución le incumbía organizar las modalidades de designación de los árbitros de conformidad con su reglamento y en condiciones que permitiesen satisfacer el principio de orden público de igualdad de las partes en la designación de los árbitros.

5. CORTE DE APELACIÓN DE PARÍS, *PÔLE 5*, CH. 16, 25 DE MAYO DE 2021, NÚM. 18/20625

Imparcialidad e independencia – falta de revelación – deber de curiosidad – hecho notorio – renuncia

Este caso surge de un arbitraje con sede en París según las reglas CCI entre una empresa suiza, demandante, y una empresa china, demandada, en el sector del automóvil. El árbitro único dictó un laudo el 20 de julio de 2018 en el que rechazó íntegramente las demandas de la empresa suiza y la condenó a hacer determinados pagos a la empresa china.

La empresa suiza interpuso un recurso de anulación ante la Corte de apelación de París basado en la composición irregular del tribunal arbitral, por falta de independencia e imparcialidad del árbitro, al no haber revelado los vínculos que tenía con una empresa afiliada a las partes. La empresa china se opuso al recurso alegando, en primer lugar, que el argumento era inadmisibles por haberse presentado extemporáneamente; en segundo, que la recurrente habría renunciado a hacer valer la alegada falta de independencia del árbitro

si plusieurs d'entre elles sont susceptibles de défendre des intérêts communs et partagés contre une seule autre, il convient de veiller à constituer un tribunal arbitral permettant d'en garantir le respect».

30. Art. 41 del Reglamento CCI: «En todos los casos no previstos expresamente en el Reglamento, la Corte y el tribunal arbitral procederán según el espíritu de sus disposiciones y esforzándose siempre para que el laudo sea susceptible de ejecución legal». A partir de la versión del Reglamento de 2017 y en el actualmente vigente (de enero de 2021) es el art. 42.
31. Al respecto cabe señalar que la más reciente versión del Reglamento CCI, vigente desde el 1 de enero de 2021, modificó este aspecto al incluir el nuevo art. 12(9) que prevé: «No obstante cualquier acuerdo de las partes sobre el método de constitución del tribunal arbitral, la Corte podrá, en circunstancias excepcionales, nombrar a cada miembro del tribunal arbitral a fin de evitar un riesgo considerable de trato desigual e injusto que podría afectar la validez del laudo».

ya que los hechos alegados eran notorios; y, por último, que no existía un vínculo directo entre el árbitro y las partes que exigiera ser revelado.

Los dos aspectos están entrelazados pues el análisis sobre el cumplimiento del plazo de preclusión para alegar la falta de independencia, es decir, treinta días a partir de la notificación del nombramiento del árbitro o de la fecha en la que la parte tuvo conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes, según el reglamento CCI aplicable (en su versión de 2012)³², depende de cuáles son los hechos en cuestión y si dichos hechos se consideran notorios. En efecto, aunque los arts. 1456 del *Code de procédure civile* y 11(2) del Reglamento CCI consagran el deber de revelación de los árbitros antes de aceptar su misión, se excluyen de dicha obligación los hechos notorios³³.

La recurrente reprochaba al árbitro el hecho de que era presidente del comité consultivo de la sociedad Star Corporation, una empresa del sector del automóvil que tenía como cliente a la empresa Daimler, que a su vez era un socio estratégico de la sociedad china demandada en el arbitraje. La recurrente conoció este hecho a través de una investigación que encomendó a una agencia privada luego de dictado el laudo.

La Corte consideró que la circunstancia alegada era un hecho notorio en vista de que, según la prueba presentada, al hacer una búsqueda en Google con el nombre del árbitro y el término *Automobil*, en alemán, en la primera página de resultados aparecía la sociedad Star Corporation y un vínculo que renvía a otra página, ya existente en la época del arbitraje, en la que se puede encontrar un artículo con una entrevista del árbitro y se indica que éste era presidente del consejo consultivo de la Grupo Star Corporation.

Según la Corte de apelación, esta información era notoria, pues era de fácil acceso, y por ello el árbitro no estaba obligado a revelarla, sino que correspondía a la parte demandante actuar con diligencia y presentar sus objeciones dentro del plazo previsto para ello. Al no hacerlo, la Corte consideró que, de conformidad con el art. 1466 del *Code de procédure civile*³⁴, la recurrente había

32. Reglamento CCI (2012), art. 14(2): «Para que sea admisible, la solicitud de recusación deberá ser presentada por la parte interesada dentro de los 30 días siguientes a la recepción por ésta de la notificación del nombramiento o confirmación del árbitro, o dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que dicha parte fue informada de los hechos y las circunstancias en que funda su solicitud, si dicha fecha es posterior a la recepción de la mencionada notificación».

33. Ver Amezaga B. «Comentario de Jurisprudencia Francesa» en *Arbitraje Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XIII, 2021, p. 386 y las referencias citadas en la nota al pie de página núm. 8.

34. CPC, art. 1466 (traducción libre): «La parte que con conocimiento de causa y sin motivo legítimo se abstuviera de invocar en tiempo útil cualquier irregularidad ante el tribunal arbitral, se considerará que ha renunciado a prevalerse de ésta».

renunciado a su derecho de hacer valer esta circunstancia y por lo tanto rechazó el recurso.

Llama la atención la noción amplia de «notoriedad» que retuvo la Corte de Apelación en esta decisión, pues el acceso a la información requería cierto grado de investigación en un idioma distinto al del procedimiento. Esta decisión contrasta con la definición y delimitación que se hizo en la decisión *Dommo Energia* que excluyó como hecho notorio una información que, a pesar de estar disponible en internet, requería de cierto grado de investigación³⁵. Quizás se quiso castigar el hecho de que la investigación privada sobre el árbitro que hizo la recurrente surgió solamente al final del arbitraje, una vez dictada una decisión que le era desfavorable. Tendremos que estar atentos a los nuevos desarrollos que se produzcan sobre esta cuestión recurrente.

6. CORTE DE APELACIÓN DE PARÍS, *PÔLE 5*, CH. 16, 8 DE JUNIO DE 2021, NÚM. 19/02245

Arbitraje deportivo CAS – imparcialidad e independencia – abogada de parte inscrita en la lista de árbitros de la institución

La decisión proviene de un caso de arbitraje deportivo entre el jugador de fútbol profesional, Serge Aurier y la sociedad Sport Management International (SMI), que se dirimió ante la Corte Arbitral del Deporte (CAS).

Tras dictarse el laudo que favoreció al Sr. Aurier, SMI solicitó la anulación ante la Corte de apelación de París alegando el hecho de que la abogada de la contraparte en el arbitraje formaba parte de la lista de árbitros de la CAS y que esta circunstancia afectaba la independencia e imparcialidad del tribunal arbitral.

La recurrente alegó que el hecho de que la abogada fuese miembro de la lista de árbitros le otorgaría una apariencia reforzada de legitimidad y pudo haber influenciado a los árbitros del tribunal arbitral. Además indicó que, por la misma razón, ciertas instituciones arbitrales prohíben acumular las funciones de árbitro y de abogado de parte ante la misma instancia arbitral y se refirió en particular al nuevo reglamento de arbitraje de la CAS que entró en vigor el 10 de diciembre de 2020, que prevé que los árbitros de la CAS no pueden actuar como abogados de una parte ante la CAS.

La Corte de apelación recordó que la apreciación de la falta de independencia se hace mediante un análisis objetivo que consiste en establecer facto-

35. *Affaire Dommo*, CA París, *pôle 5*, ch. 16, 25 de febrero de 2020, núm. 08/2020; ver comentario de Amézaga, B., «Jurisprudencia Francesa», en *Arbitraje – Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XIII, 2021, pp. 379-389.

res precisos y verificables externos al árbitro susceptibles de afectar su libertad de juicio como vínculos personales, profesionales o económicos con alguna de las partes y entró a analizar si el solo hecho de que la abogada en cuestión estuviera inscrita en la lista de árbitros de la CAS era una circunstancia susceptible de crear una duda razonable en las partes en cuanto a la imparcialidad o independencia del tribunal arbitral.

La Corte consideró que el reglamento de arbitraje al que habían consentido las partes no contenía regla alguna que impidiera a los abogados de parte estar inscritos en la lista de árbitros de la CAS y que precisamente por esta razón se rechazó la solicitud de SMI de impedir a la abogada participar en defensa de su cliente en el arbitraje. La Corte además añadió que una decisión de excluir a la abogada afectaría el derecho de la parte a la libre elección de su propio abogado.

Por otra parte, la Corte consideró que el tribunal arbitral fue compuesto de tres árbitros a la solicitud del Sr. Aurier, y no de uno como solicitó SMI, lo cual reduciría la posibilidad de una influencia indebida.

Finalmente, la Corte de apelación estableció que la recurrente únicamente alegó el hecho de que la abogada de la contraparte estuviera inscrita en la lista de la CAS, sin aportar otros elementos complementarios que pudieran hacer sospechar un vínculo de dependencia entre los miembros del tribunal y la abogada. Tampoco se había demostrado que la circunstancia alegada hubiera indicado prejuzgamiento o predisposición por parte de los árbitros y, por estas razones, rechazó el recurso³⁶.

7. CORTE DE CASACIÓN, CH. CIV. 1.º, 29 DE SEPTIEMBRE DE 2021, NÚM. 19-19.769

Corrupción – violación del orden público – exequátur

La violación del orden público internacional es una de las causas de anulación de laudos en Francia y también una causa para rechazar la ejecución de laudos extranjeros³⁷. En los últimos años se ha invocado de manera recurrente, en particular, bajo la alegación de corrupción como una violación del orden público internacional³⁸.

36. CA París, *pôle 5*, ch. 16, 8 de junio de 2021, núm. 19/02245.

37. CPC, arts. 1520.5 y 1525.

38. Ver, por ejemplo, CA París, 7 de septiembre de 2021, núm. 19/17531; CA París, 12 de octubre de 2021, núm. 19/21625; CA París, 25 de mayo de 2021, núm. 18/27648; CA París, *pôle 1*, ch. 1, 17 de noviembre de 2020; CA París, *pôle 5*, ch. 16, 27 de octubre de 2020, sobre las tres últimas decisiones ver comentario de Mayer, P., «*Corruption: nouvelles orientations dans le contrôle de la de la conformité de la sentence à l'ordre public international*», en *Rev. Arb.*, 2021.3, pp. 788 y ss.; también, Laborde, G., «*Awards Masking Corruption: How*

El caso que se reseña se refiere a un procedimiento de exequátur de un laudo arbitral CCI dictado en Ginebra bajo la ley suiza en un litigio entre dos empresas del grupo Alstom (Alstom) y la sociedad Alexander Brothers, de Hong Kong (AB), relativo a la prestación de servicios de consultoría para la participación en licitaciones de obras públicas en China. Tras varios casos en los que Alstom obtuvo resultados satisfactorios, la empresa china le reclamaba el pago de comisiones pendientes por los tres últimos contratos y Alstom, aunque hizo pagos parciales en dos de ellos, se negaba a hacer pagos adicionales alegando el riesgo penal de realizar pagos que puedan emplearse en la corrupción de funcionarios.

Un arbitraje tuvo lugar en Ginebra y el laudo arbitral condenó a Alstom a pagar las comisiones pendientes a la empresa china. Alstom intentó anular el laudo en Suiza, pero el recurso fue rechazado por el Tribunal Federal suizo, el cual, tras constatar que el tribunal arbitral había establecido que no existía prueba de corrupción, decidió que no podía revisar en cuanto al fondo esta determinación del tribunal arbitral³⁹.

AB solicitó la ejecución del laudo en Francia y obtuvo una decisión de exequátur el 30 de marzo de 2016, pero Alstom se opuso a ello alegando, en particular, que la decisión violaba el orden público internacional al ordenar pagos a AB que serían contrarios a las reglas de ética y de conformidad estipuladas en el contrato para prevenir prácticas de corrupción en el comercio internacional, sin importar que los hechos de corrupción no hubiesen sido probados. En este procedimiento, valiéndose de la posibilidad de llevar a cabo un control más severo en los casos en que se pudiera producir una violación del orden público internacional, la Corte de apelación francesa ordenó a Alstom a presentar nueva prueba respecto de sus alegaciones y formuló cuestiones precisas a las partes sobre la existencia de corrupción encubierta bajo los contratos de consultoría.

La decisión de la Corte de apelación de París

La Corte de apelación de París examinó la prueba presentada en el arbitraje y la nueva prueba y en su decisión del 28 de mayo de 2019⁴⁰, apreció las siguientes circunstancias:

- que se habían firmado dos contratos de consultoría con AB por un monto de cerca de 8 millones de euros en agosto y diciembre de 2004;
- que AB no tenía ninguna actividad previa y no podía demostrar que tuviera oficinas ni empleados;

French Courts Lead the Way», en *Spain Arbitration Review*, vol. 2021, núm. 41, pp. 120-135.

39. Tribunal Federal suizo, sentencia del 3 de noviembre de 2016.

40. C. A. París, 28 de mayo de 2019, núm. 16/11182.

- que Alstom había efectuado pagos por un total de 4,5 millones de euros a AB;
- que los únicos servicios prestados por AB que fueron debidamente probados a través de documentos incontestablemente contemporáneos a los hechos y que no eran desproporcionados respecto de las sumas indicadas, consistían en la comunicación de documentos confidenciales en violación de la ley china sobre licitación pública;
- que los pagos recibidos eran la única fuente de ingresos de AB y fueron trasferidos en un 90% a tres accionistas de AB y miembros de su familia en condiciones que no permitían un control real de su uso;
- que la contabilidad de AB revelaba gastos sospechosos como la compra de objetos de arte o muebles que no figuraban en sus activos;
- y que el tercer contrato de consultoría fue obtenido gracias a la intervención de la Sra. Guo ante el alcalde de Shangai a pesar de que Alstom obtuvo peor calificación que sus competidores, y que la Sra. Guo conocía el resultado antes de la publicación de los resultados.

En vista de lo anterior, la Corte de apelación consideró que existían indicios graves, precisos y concordantes de que las sumas pagadas por Alstom a AB financiaron actividades de corrupción de funcionarios, de manera que el laudo que condenó a Alstom a pagar sumas de dinero destinadas a actos de corrupción sería contrario al orden público internacional y no podía ser reconocido ni ejecutado en Francia⁴¹.

La decisión de la Corte de casación

AB recurrió la decisión de la Corte de apelación y en su decisión del 29 de septiembre de 2021⁴², la Corte de casación anuló la decisión de la Corte de apelación al considerar que la Corte de apelación, había desnaturalizado o distorsionado la prueba escrita que le fue sometida para llegar a sus conclusiones.

En particular, la Corte de casación reprochó a la Corte de apelación haber considerado que la gerente de AB no había dado explicaciones suficientes sobre determinados hechos o se había negado a contestar a ciertas preguntas, lo que le llevó a concluir que AB no había dado explicaciones suficientes, infiriendo que ello se debía al carácter ilícito de las actuaciones de AB. Sin embargo, la Corte de casación estableció que, según la transcripción de la audiencia arbitral, la gerente de AB había dado las explicaciones solicitadas y que solo se había negado a responder a preguntas sobre un procedimiento ante los servicios británicos de lucha contra la corrupción. Del mismo modo, la Corte de casación estableció que el contable había declarado en la audiencia,

41. CA París, *pôle 1*, ch. 1, 28 de mayo de 2019, núm. 16/11182.

42. Cass. civ. I., 29 de septiembre de 2021, núm. 19-19.769.

en respuesta a una pregunta del tribunal arbitral, que no eran correctas las afirmaciones de que los gastos de operación de AB no se encontraban justificados.

La Corte de casación, por lo tanto, anuló la decisión de la Corte de apelación y reenvió el caso a la Corte de apelación de Versalles, así que habrá que esperar un poco para conocer su desenlace.