

Herederos del Sultan de Sulu c. Malasia.

BINGEN AMEZAGA

OF COUNSEL EN MCL ARBITRATION.

Resumen: La cosecha de decisiones de arbitraje en Francia en los últimos años ha sido rica y abundante, lo que invita a la reflexión, la crítica y el comentario. Entre todas ellas, hemos seleccionado tres casos para comentar en esta sección. En primer lugar, analizaremos el caso que ha llegado a conocerse como el caso del “Sultán de Sulu”, un caso muy inusual que seguramente es bien conocido en España. En este arbitraje se dictaron un laudo preliminar y un laudo final, los cuales dieron lugar a dos decisiones relevantes en Francia: una decisión del Tribunal de Apelación sobre la ejecución provisional del laudo final y otra sobre el exequátur del laudo preliminar. En segundo lugar, comentaremos la decisión de la Cour de Cassation en el caso *Tagli'apau*, que aborda las dificultades generadas por la falta de pago en un arbitraje y las soluciones que la jurisprudencia francesa ha ido encontrando para afrontar estos casos. Por último, la decisión del Tribunal de Apelación de París en *ADS v. Bestful* nos permite regresar, una vez más, al tema del deber de independencia e imparcialidad de los árbitros y examinar el estado actual del control ejercido por los tribunales franceses y las herramientas utilizadas para este fin: el deber de revelación, la notoriedad, el deber de diligencia, la renuncia, entre otros.

Palabras clave: Arbitraje, Decisión judicial, Francia, Sultán de Sulu, Exequátur, Imparcialidad, Independencia, Tribunal de Apelación, Cour de Cassation, Deber de revelación.

Abstract: The harvest of French Arbitration decisions in the recent years is rich and abundant and invites to reflection, criticism, and comments. Among all of them, we have chosen three cases to comment in this section. First, we will comment on the case that has come to be known as the *Sultan of Sulu* case, a very unusual case that is surely well known in Spain. In this arbitration a preliminary award and a final award were rendered, and those awards led to two relevant decisions in France: a decision of the Court of Appeal concerning the provisional enforcement of the final award and one on the exequatur of the preliminary award. Secondly, we will comment on the decision of the Cour de Cassation in the *Tagli'apau* case, concerning the difficulties generated by the lack of payment in an arbitration and the solutions being found by the French case law to deal with these

cases. Finally, the decision of the Paris Court of Appeal in *ADS v. Bestful*, allows us to return, once again, to the issue of the duty of independence and impartiality of arbitrators and to check the state of affairs regarding the control exercised by the French courts and the tools used for that purpose: duty to disclosure, notoriety, duty of curiosity, waiver, etc.

Keywords: Arbitration, Judicial decision, France, Sultan of Sulu, Exequatur, Impartiality, Independence, Court of Appeal, Cour de Cassation, Duty of disclosure.

I. Herederos del Sultan de Sulu c. Malasia

El arbitraje entre los herederos del Sultán de Sulu y Malasia es particular e interesante por diversos motivos. El caso tiene su origen en un contrato suscrito en 1878 entre el Sultán de Sulu, Muhammad Jamal Al Alam, por una parte y dos exploradores europeos, M. Alfred Dent y el Barón Gustavus von Overbeck, por la otra, relativo al uso del territorio Sandacan en el estado de Sabah, en el norte de la isla de Borneo, que hoy día forma parte de Malasia (el “Contrato”). El Contrato preveía que los exploradores pagarían anualmente 5.000 *Ringgits* al Sultán de Sulu por el uso del territorio.

Luego de la independencia de Malasia en 1963, la soberanía sobre Sandacan fue transferida a este Estado, que sucedió a los Sres. Dent y von Overbeck en el Contrato, y desde entonces Malasia pagaba a los herederos del Sultán de Sulu (los “Herederos”) los montos contractualmente previstos. En 2013, Malasia dejó de pagar el precio convenido a los Herederos.

En 2017, los Herederos decidieron activar la cláusula de resolución de controversias del Contrato que prevé la intervención del Cónsul General Británico en Borneo en caso de controversia. Como este cargo ya no existe, solicitaron inicialmente al Ministerio de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña que nombrase a un árbitro, pero el Ministerio rechazó la solicitud.

Los Herederos recurrieron entonces al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, para solicitar la designación judicial del árbitro pues en la época del contrato, el Acta de Nueva Sumisión reconocía la soberanía española sobre los territorios del Sultanato de Borneo. Malasia fue declarada en rebeldía. El TSJ

de Madrid, luego de declarar su competencia territorial¹, y de concluir que el acuerdo arbitral era válido, estimó la demanda² con base en el artículo 15.3 de la Ley de Arbitraje Española y el 22 de mayo de 2019 designó a un árbitro único.

El arbitraje se inició, y Malasia fue notificada de estas actuaciones. Incluso participó en el mismo y se limitó a expresar que objetaba integralmente el procedimiento arbitral, incluida la designación del árbitro y el foro, sin hacer alegaciones ni reservas.

En un laudo parcial de jurisdicción del 25 de mayo de 2020, el árbitro único decidió que existía una cláusula de arbitraje válida y confirmó su competencia. También estableció que la sede sería Madrid y el idioma del arbitraje, el inglés y condenó a Malasia a rembolsar a los herederos los costos incurridos en la fase sobre competencia y su porción de la provisión de gastos del arbitraje³.

Malasia presentó una acción de anulación contra el laudo de jurisdicción ante el TSJ de Madrid el 30 de septiembre de 2020, dentro de los dos meses previstos en el artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje.

En paralelo, sin informar al árbitro, en julio de 2020 Malasia solicitó la nulidad de las actuaciones habidas en el proceso ante el TSJ de Madrid. La demanda fue admitida a trámite en febrero de 2021. El 29 de junio de 2021, el TSJ de Madrid decidió en un auto que el emplazamiento del Estado de Malasia fue irregular y anuló todas las actuaciones procesales habidas en el proceso desde el emplazamiento y determinó que Malasia fuese notificada de nuevo. El árbitro paralizó el arbitraje el 20 de julio de 2021.

Entretanto, los herederos solicitaron el exequatur del laudo parcial en Francia y lo obtuvieron en una decisión del tribunal de primera instancia de París del 29 de septiembre de 2021.

El 13 de octubre de 2021, el letrado de justicia del TSJ de Madrid dictó un decreto en los autos de 2020 y no de 2018. Decidió, sin la Sala, tener por decaída la acción de anulación sobre el laudo de jurisdicción, interpuesta por Malasia el 30 de septiembre de 2020. También consideró que el laudo de jurisdicción era nulo, aunque no se hubiese pronunciado todavía la Sala. Las partes no recurrieron este decreto a pesar de ser contrario al artículo 42 de la

¹ TSJ Madrid, Auto 5/2018 del 8 de mayo de 2018.

² TSJ Madrid, Sentencia 11/2019 del 29 de marzo de 2019.

³ *Preliminary Award on jurisdiction and applicable substantive law*, 25 de mayo de 2020.

Ley de Arbitraje, por lo que el laudo de jurisdicción quedo firme y definitivo, al no existir declaración judicial de su nulidad por la Sala del TSJ de Madrid. A continuación, los Herederos solicitaron al árbitro único que modificase la sede arbitral de Madrid a París, ante estas injerencias judiciales y dado que el laudo de jurisdicción –ya firme desde el 13 de octubre de 2021– había sido reconocido en Francia en septiembre de 2021. El árbitro escuchó a las Partes, pero Malasia no compareció en el arbitraje. Analizada las alegaciones y pruebas de los Herederos y ante la falta de participación de Malasia, decidió continuar motivadamente con el arbitraje y trasladar entonces la sede de Madrid a París⁴ y dictó el laudo final el 28 de febrero de 2022⁵, condenando a Malasia a pagar 14,92 billones de dólares a los Herederos.

El proceso de designación del árbitro en España, la anulación de esta designación y la decisión de desplazar la sede de Madrid a París, así como las consecuencias de estos actos son temas muy interesantes que inspirarán otras crónicas. Nosotros, sin embargo, nos limitaremos a comentar las decisiones francesas sobre la suspensión de ejecución provisoria del laudo final y la apelación de la decisión de *exequatur* del laudo parcial.

1. *Cour d'Appel de Paris, pôle 5, ch. 16, 12 de julio de 2022* – Suspensión de la ejecución del laudo final

Una vez dictado el laudo final el 28 de febrero de 2022, Malasia solicitó a la Corte de Apelación de París que, de conformidad con el artículo 1526 CPC, suspenda su ejecución.

Malasia se basó en dos motivos para alegar que la ejecución del laudo constituía un riesgo de lesión grave a sus derechos. En primer lugar, se refirió al contexto procesal en el que se dictó el laudo, invocando que el TSJ de Madrid había anulado la designación del árbitro único y los actos ulteriores, de manera que el proceso arbitral estaba viciado y además el árbitro había cambiado la sede de Madrid a París para evadir la decisión de los tribunales españoles. En segundo lugar, Malasia invocó que la ejecución del laudo implicaba un riesgo a la soberanía de Malasia

⁴ *Procedural Order No. 44*, 29 de octubre de 2021. Ver *Final Award*, 28 de febrero de 2022, sección IV.4.viii.C.

⁵ *Final Award*, 28 de febrero de 2022.

sobre el territorio en cuestión, pues en la decisión se estaría calificando al Estado como simple arrendatario en vez de propietario de dichos territorios.

Respecto del primer motivo, basado en el contexto procesal y los alegados vicios que afectaban al arbitraje, la Corte de Paris decidió que se trataba de argumentos dirigidos contra el laudo final, que debía presentarse y serían considerados en el marco de un recurso de anulación contra el laudo, pero no eran circunstancias que establecían que la ejecución inmediata del mismo lesionaría gravemente los derechos de una parte. Así que rechazó este motivo.

A continuación, la Corte analizó el motivo basado en el riesgo de afectación de la soberanía territorial de Malasia. Al respecto, la Corte de Apelación notó que el propio laudo final afirmaba que no tendría incidencia sobre la soberanía de Malasia pues ni el Contrato de 1878 ni el acto de Confirmación de 1903 comportaban una transmisión efectiva de territorio, necesarias para que en Derecho internacional se puedan considerar instrumentos válidos de cesión de soberanía.

La Corte, sin embargo, examinó si el reconocimiento del laudo final podía afectar la soberanía territorial de Malasia. Sobre este punto, la Corte notó que el laudo final:

- Califica a Malasia como simple arrendatario del territorio de Sandacan, del cual serían propietarios los herederos del Sultán de Sulu.
- Decidió que la falta de pago por Malasia desde 2013 era una violación sustancial del Contrato que justificaba su resolución, de manera que, en principio, el arrendatario debía restituir el bien alquilado al arrendador, es decir, Malasia debía restituir los territorios del norte de Borneo a los Herederos.
- Decidió que, al formar los territorios en cuestión parte del estado de Malasia, su restitución no era posible y debía remplazarse por el pago de su valor económico, el cual fue calculado en 14,92 billones de dólares, tomando en cuenta, en particular, la producción de gas y petróleo, pasada y por realizarse hasta 2044, en este territorio.

La Corte de Apelación consideró entonces que la ejecución del laudo final implicaba pagar sumas de dinero que corresponden a los ingresos derivados de la explotación de riquezas y recursos naturales de Sandacan, lo cual es un atributo de la soberanía de Malasia.

La Corte también consideró relevante la situación geopolítica sensible de estos territorios, sobre los cuales Filipinas ha expresado reivindicaciones y en los que se produjo una incursión armada en 2013.

Tomando en cuenta estas circunstancias, la Corte de Apelación de París decidió que la ejecución inmediata del laudo final sería susceptible de lesionar gravemente los derechos de Malasia y por lo tanto su suspensión se justificaba hasta que se resuelva el recurso de nulidad.

Comentario

El artículo 1526 del CPC es una de las normas que fue modificada en la reforma del Derecho del arbitraje francés del 2011 para reforzar la eficacia del arbitraje⁶. Este precepto eliminó en el arbitraje internacional el efecto suspensivo de los recursos contra los laudos arbitrales que, antes de la reforma, era la regla, aunque sujeta a posibles excepciones. El sistema anterior, aún vigente en arbitraje interno, podía favorecer el abuso de las partes que quisieran retrasar la ejecución de los laudos, pues bastaba para ello con interponer un recurso contra el laudo, aunque fuera completamente infundado.

A partir de la reforma, los recursos contra laudos arbitrales no suspenden su ejecución, salvo que existan razones fundadas para ello, así, el artículo 1526 prevé la posibilidad de suspender o temperar la ejecución del laudo si la misma es susceptible de lesionar gravemente los derechos de una de las partes⁷.

Consideramos que la decisión de la Corte de Apelaciones debe aprobarse. Por un lado, la Corte hizo bien en rechazar el motivo basado en las condiciones de constitución del tribunal arbitral o tocantes a la existencia del convenio arbitral, o la arbitrabilidad del litigio, pues, por más serios que estos argumentos puedan ser, los mismos deben analizarse en sede de anulación del laudo. Por otro lado, creemos que la decisión de suspender la ejecución se justifica tomando en cuenta las calificaciones hechas por el árbitro, que, dentro del contexto político específico en esta región, parecen en efecto capaces de causar un daño grave a Malasia.

⁶ E. Gaillard, P. de Lapasse, "Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international", en *Recueil Dalloz*, 20 de enero de 2011, n° 3, párr. 44 ; Ch. Jarrosson, J. Pellerin, "Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011", en *Rev. Arb.* 2011.1, parr. 107; Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2^e ed., 2019, para. 981.

⁷ CPC, art. 1526 (traducción simple): "Ni el recurso de anulación contra el laudo, ni la apelación del auto que haya conferido el exequátur tendrán efectos suspensivos. Sin embargo, el primer presidente, llamado a pronunciarse en urgencia o el magistrado encargado de la instrucción, podrán suspender o temperar la ejecución del laudo, si con esta pudieran lesionarse gravemente los derechos de una de las partes".

2. Cour d'appel de Paris Pôle 5, chambre 16, 6 de junio de 2023, No. 21/21386 – Anulación del exequatur del laudo parcial

Malasia presentó también un recurso solicitando la revocación de la decisión de exequatur del laudo parcial, invocando casi todas las causales previstas en el artículo 1520 CPC⁸.

La Corte de Apelación comenzó su análisis del recurso respecto del motivo de alegada falta de competencia del tribunal arbitral.

Sobre la competencia, Malasia hizo tres argumentos. Primero, que el litigio era inarbitrable pues se refiere al ejercicio del poder soberano de Malasia sobre determinados territorios. En segundo lugar, que el Contrato no contenía una cláusula compromisoria, pues el Cónsul General de Borneo no era un tercero imparcial sino un representante de Gran Bretaña, parte interesada en el Contrato, y además la cláusula no le otorgaba el poder de decidir definitivamente ni de forma obligatoria las controversias. En tercer lugar y subsidiariamente, Malasia alegó que, en todo caso, la cláusula arbitral sería caduca pues designa específicamente al Cónsul General británico en Borneo, y este cargo ya no existe.

La Corte de Apelación recordó que, tratándose de una determinación sobre la competencia, tomaría en cuenta todos los elementos de hecho y de derecho que le permitan apreciar el alcance del convenio arbitral. También recordó la regla material francesa consagrada en *Dalico*⁹, según la cual, la cláusula arbitral es independiente jurídicamente del contrato principal y su existencia y eficacia se aprecian, salvo por las reglas imperativas del Derecho francés y del orden público internacional, según la común voluntad de las partes, que por sí sola confiere al árbitro su poder jurisdiccional, sin que sea necesario referirse a una ley estatal¹⁰.

⁸ Malasia invocó la constitución irregular del tribunal arbitral, la incompetencia del tribunal arbitral, la violación del principio de contradicción, la violación por el árbitro de sus obligaciones de imparcialidad e independencia y la violación del orden público internacional.

⁹ *Dalico*, C.Cass. civ. 1°, 20 de diciembre de 1993, nota E. Gaillard, en *JDI* 1994, p. 432; nota P. Mayer, en *RCDIP* 1994, p. 663.

¹⁰ *Sultan de Sulu*, C.A. Paris, 6 de junio de 2023, párr. 65: “*en vertu d'une règle matérielle de droit internationale de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient, directement ou par référence. Son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, qui seule investit l'arbitre de son pouvoir juridictionnel, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique*”.

Luego de ello, la Corte se dedicó a la difícil tarea de analizar el sentido y alcance de la cláusula en cuestión, la cual fue redactada originalmente en Jawi (malayo clásico escrito en caracteres árabes) y sobre la cual existían varias traducciones en francés, inglés y español, algunas contemporáneas y otras hechas para el arbitraje o para el procedimiento de anulación.

La Corte señaló que la interpretación debía realizarse buscando la común voluntad de las partes a la luz del principio de buena fe, que no permite que una parte pueda sustraerse de los compromisos consentidos libremente, aunque expresados de manera defectuosa y del principio de efecto útil, según el cual cuando las partes incluyen una cláusula de arbitraje en su contrato debe presumirse que su intención fue establecer un mecanismo eficaz de resolución de controversias.

Según la Corte, todas las versiones de la cláusula coincidían en que las partes quisieron designar a un tercero para que conozca de los litigios que eventualmente surjan entre ellas o sus sucesores a raíz del Contrato. Al respecto, el Contrato no preveía ninguna obligación ni derecho a favor del Cónsul General británico en Borneo ni tampoco a favor de la Reina de Inglaterra a la cual este representaba, de tal manera que sí se podía considerar un tercero. De la misma manera, el Baron von Overbeck actuaba en nombre propio y de una empresa privada, y no por cuenta de la Corona Británica.

En cuanto a la misión conferida al tercero, la Corte notó que aunque según algunas traducciones la cláusula indicaría que el Cónsul debía “examinar y opinar” o “conocer y considerar”, que sugieren una misión consultiva, la mayoría de ellas, así como una correspondencia de la época, apuntaban más bien a las nociones de “juzgar” y “decidir”, de tal manera que la Corte concluyó que las partes invistieron al tercero de una misión de decidir sobre una controversia, así que podía considerarse que existía una cláusula compromisoria.

Sin embargo, la Corte también concluyó que, según los elementos de prueba disponibles, la elección del Cónsul General británico en Brunei era un elemento determinante para que las partes aceptaran recurrir al arbitraje, pues quien ocupaba este cargo en la época gozaba de la confianza de ambas partes y había participado en las negociaciones y firmado el Contrato.

En vista de lo anterior, la Corte consideró que la desaparición del cargo de Cónsul General británico en Brunei hacía que la cláusula arbitral deviniera caduca, conclusión que se veía confortada por el hecho de que, en 1946, la

Gran Bretaña había sucedido en sus derechos a una de las partes, así a partir de esta fecha un cónsul británico no podía ser considerado como un tercero independiente¹¹.

Por lo tanto, la Corte decidió que era necesario un nuevo acuerdo de voluntades entre las partes y, en ausencia de tal acuerdo, la cláusula tal como fue pactada no podía aplicarse, pues la decisión del juez español de apoyo no podía substituir esta voluntad.

Comentario

Lo primero que salta a la vista es la prudencia de la Corte de Apelación, que prefirió concentrarse en la causal relativa a la determinación de la existencia de la cláusula arbitral y de su alcance, una cuestión más técnica, en lugar de entrar a analizar la arbitrabilidad del litigio debido a su eventual impacto sobre la soberanía territorial de un Estado, un aspecto más complejo y delicado. Sin embargo, la decisión de la Corte corresponde también al orden más lógico de abordar el problema, es decir, determinar primero si hay un acuerdo válido para arbitrar antes de analizar si el litigio es o no arbitrable.

Al respecto, la clausula en disputa, según la traducción adoptada por el árbitro único¹², establece:

(...) should there be any dispute, or reviving of all grievances of any kind, between us, and ours heirs and successors, with Mr. Gustavus Baron de Overbeck or his Company, then the matter will be brought for consideration or judgement of Their Majesties' Consul-General in Brunei (...).

Estamos frente a un contrato de finales del siglo XIX, cuya disposición de resolución de controversias no se refiere de manera explícita al arbitraje y no prevé ni sede, ni ley ni procedimiento aplicable. La discusión sobre la existencia y alcance del convenio arbitral parece, por lo tanto, legítima.

Habiendo revisado los elementos disponibles sobre este aspecto, es decir, el análisis hecho por la propia Corte y el que llevó a cabo el árbitro en su laudo

¹¹ *Sultan de Sulu*, CA Paris, 6 de junio de 2023, párrs. 77-79.

¹² *Preliminary Award on Jurisdiction*, 25 de mayo de 2020, parr. 10.

preliminar sobre las diversas traducciones de la cláusula, notamos que existen elementos suficientes para considerar, como lo hizo la Corte de Paris, que se trata en efecto de una cláusula que remite las controversias entre ellas a un tercero para que este las decida. La Corte constató estos hechos y reconoció la existencia de una intención de las partes de someter la disputa a arbitraje.

Sin embargo, quedaba aún por resolver el aspecto relativo al tercero que debía decidir la controversia: el Cónsul General al que se refería la cláusula dejó este mundo y el mismo cargo de Cónsul General británico en Borneo ya no existe. De hecho, el gobierno británico, cuando fue requerido por los Herederos para nombrar a un árbitro que pudiera ser equivalente al considerado en la cláusula, se negó a hacerlo y les sugirió dirigir su reclamo directamente ante el gobierno de Malasia.

En el laudo preliminar, al abordar esta dificultad¹³, el árbitro único comparó esta circunstancia a los casos de cláusulas arbitrales patológicas, en las que se indica erróneamente una institución arbitral que no existe, y tal error puede subsanarse para mantener válido el acuerdo arbitral. Luego se refirió a la decisión *NIOC c. Israel*¹⁴ de la Corte de Casación francesa, interpretando que los Herederos se encontrarían en una situación de denegación de justicia similar a la del célebre caso francés, la cual habría justificado la decisión del TSJ de Madrid de nombrarle árbitro único.

En cuanto a asimilar la cláusula del Contrato a una cláusula patológica, consideramos que el análisis debería ser diferente. No estamos realmente ante una cláusula patológica, pues al momento de firmar el Contrato si existía el cargo de Cónsul General británico en Borneo y también existía la persona en cuestión que ejercía este cargo en 1878, M. William Treacher, quien aparentemente gozaba de la confianza de ambas partes y había participado activamente en la negociación del Contrato y también lo había firmado.

Al respecto, el propio laudo preliminar indica: “the arbitrator (i.e. the Consul General in Brunei) –as apparent in the Arbitration Agreement– was chosen intuit personae –being a friend or a man or [sic] wisdom– because the Parties trusted him or

¹³ *Preliminary Award*, párr. 119.

¹⁴ *NIOC c. Israel*, C. Cass. 1.º civ., 1 de febrero de 2005, nota H. Muir Watt, en *Rev. Arb.*, 2005, p.693; T. Clay, en *Rev. crit. DI*, p. 140. Ver también, A. Mourre y B. Amezaga, “La competencia del juez de apoyo francés, en particular en caso de denegación de justicia. El nuevo art. 1505 del Código Procesal Civil”, en *Spain Arbitration Review* 2011, esp. p. 103 y ss.

were prepared to submit to his authority, as he would be able to devise a satisfactory solution to the dispute"¹⁵.

El problema es que esta persona en quien las partes confiaban y a quien estaban dispuestas a someter sus controversias dejó de existir, y no existe más tampoco el cargo al que se refiere la cláusula.

¿Qué hacer en este caso? ¿Debía dejarse de lado la elección específica que hicieron las partes y privilegiar la eficacia del convenio arbitral, concluyendo que el juez de apoyo español podía suplir la elección del árbitro que hicieron las partes? La Corte francesa prefirió privilegiar la idea de que el consentimiento de las partes originales a arbitrar estaba condicionado a que el árbitro fuese el Cónsul General británico en Borneo.

Se ha criticado a esta decisión por interpretar que había una designación *intuitu personae* en la cláusula, cuando esta solo se refiere al cargo de Cónsul General británico en Brunei.

Al respecto, quizás el análisis más exhaustivo llevado a cabo por la Corte de Apelación, tomando en cuenta todos los elementos de hecho y de derecho para apreciar el alcance del convenio, incluidas las correspondencias de la época y la constatación del propio árbitro único en su *Preliminary Award*, le permitieron descifrar mejor la intención original de las partes.

Aunque quizás sea más severa de lo que podría esperarse en otras circunstancias, la decisión de la Corte de Apelación parece técnicamente correcta. Pero, las circunstancias están lejos de ser normales. Estamos ante un litigio entre particulares que sucedieron a un soberano y a un Estado que sucedió a particulares, en donde se llevó a cabo un procedimiento arbitral *ad hoc* en el que Malasia no participó y cuya regularidad ha sido negada por los tribunales españoles que nombraron al árbitro único, el árbitro decidió modificar la sede del arbitraje a instancia de los Herederos y tras no haber comparecido Malasia en el arbitraje. En un laudo final condenó a Malasia a pagar cerca de 15 billones de dólares a personas privadas. Todo ello en medio de un contexto político delicado respecto de la soberanía de Malasia sobre el territorio objeto del Contrato.

Nos queda esperar con atención para conocer las evoluciones que tendrá este caso en sus diversas vertientes y jurisdicciones y los interesantes comentarios que sin duda suscitará.

¹⁵ *Preliminary Award*, párr. 114 (negrita añadida).

II. Falta de pago. Deber de participar conjuntamente a los gastos del arbitraje. Principio de lealtad procesal

1. *Cour de Cassation*, 1° civ. 9 de febrero de 2022

Este caso surge de un contrato de franquicia entre las sociedades “La Tagliatella”, como franquiciador y “Tagli’apau”, como franquiciado. Al momento de generarse una controversia, Tagli’apau, invocó la cláusula de arbitraje CCI prevista en el contrato e inició un arbitraje contra Tagliatella. Tagliatella se negó a pagar su parte de la provisión del arbitraje, de manera que la CCI solicitó a la Demandante suplir la falta de pago. La Demandante, sin embargo, se negó a hacerlo, de manera que la CCI retiró la demanda de arbitraje en aplicación del artículo 36(6) del Reglamento (2012).

Tagli’apau demandó entonces a Tagliatella ante el Tribunal de Comercio de Pau alegando que, al negarse a pagar su parte de la provisión, la Demandada había renunciado al arbitraje y que su situación de insolvencia hizo que el convenio arbitral deviniera inaplicable. En particular, Tagli’apau alegó que, si el Tribunal de Comercio no admitiese su demanda, se produciría una situación de denegación de justicia. Las Demandadas opusieron entonces la cláusula arbitral para sostener la falta de competencia del TC. El Tribunal de Comercio¹⁶ primero, y luego la Corte de Apelación¹⁷, declinaron su competencia en vista de que existía un convenio arbitral, de conformidad con el artículo 1448 CPC¹⁸.

La Corte de Apelación consideró que la falta de pago de la provisión no era equivalente a una renuncia irrevocable del convenio arbitral y el convenio arbitral no podía considerarse “manifiestamente nulo o inaplicable” en el sentido del artículo 1448 CPC debido a la insolvencia de Tagli’apau. La Corte añadió que según el artículo 36 de las Reglas CCI (2012), la obligación de pagar la provisión

¹⁶ TC Pau, 26 de mayo de 2020.

¹⁷ CA Pau, n° 20/01175, del 5 de noviembre de 2020.

¹⁸ CPC, art. 1448: “en caso de que una controversia cubierta por un convenio arbitral se someta a un tribunal estatal, este deberá declararse incompetente, salvo si el tribunal arbitral no estuviera aún conociendo de la controversia y el convenio arbitral fuere manifiestamente nulo o manifiestamente inaplicable” (trad. simple).

para los costos corresponde al demandante¹⁹, de manera que la parte demandada podía negarse a pagar su cuota de la provisión.

Tagli'apau recurrió esta decisión ante la Corte de Casación, que decidió anularla con base en las siguientes dos razones: en primer lugar, porque la Corte de Apelación de Pau, al afirmar que las Demandadas no estaban obligadas a pagar la provisión del arbitraje, había desnaturalizado el contenido del Reglamento de la CCI, que prevé que ambas partes deben participar en la provisión para los costos del arbitraje. En segundo lugar, porque consideró que es contrario a la lealtad procesal que la parte que impidió el arbitraje, negándose a pagar su cuota de la provisión, se niegue también después a aceptar la competencia del tribunal estatal, alegando la existencia de un convenio arbitral.

Comentario

Esta decisión ha generado numerosos comentarios en la doctrina francesa²⁰, dividida entre quienes apoyan y quienes critican el resultado.

La decisión de la Corte de Apelación, que fue anulada, tenía el mérito de afirmar el principio *compétence compétence* consagrado en el artículo 1448 CPC, según el cual, en presencia de una convención de arbitraje, el juez estatal debe declararse incompetente, salvo si la convención de arbitraje es manifiestamente nula o inaplicable. Al respecto, la Corte de Apelación indicó que Tagli'apau nunca alegó la nulidad manifiesta de la convención de arbitraje y solo alegó que la cláusula sería inaplicable debido a su situación de insolvencia, pero la Corte rechazó este argumento.

Como ya ha sido decidido en múltiples ocasiones por la jurisprudencia francesa²¹, la sola circunstancia de encontrarse en una situación de insolvencia no caracteriza una inaplicabilidad manifiesta del convenio arbitral. Admitir

¹⁹ CA Pau, n° 20/01175, del 5 de noviembre de 2020 : “*les intimés font justement valoir qu'en application de l'article 36 du Règlement d'arbitrage, la partie demanderesse à la procédure assume seule les frais de provisions*”.

²⁰ C. Jarrosson, en *Rev. Arb.* 2022, p. 309; M. de Fontmichel, en *JCP G.* 2022, p. 553; E. Loquin, en *RTD com.* 2022, p. 487; S. Nataf, “*Payment of the Advances on Costs, Procedural Loyalty and Access to Justice*”, en *ASA Bull.* 2022, p. 855; L. Weiller, en *Procedures*, 2022, comm. 100; L. Jandard, en *JCP G.* 2022, p. 724; J. Clavel-Thoraval, en *Gaz. Pal.* 2022, n° 11, p. 648; J. Jourdan-Marques, en *Dalloz actualités*, 16 mars 2022.

²¹ *Lola Fleurs*, CA Paris, 26 de febrero de 2013, *Rev Arb* 2013, p. 749, nota de F.X. Train; T. Clay, en *Dalloz* 2013.2936; C. Dupeyron y F. Poloni, en *Bull. ASA*, 2013, p. 900; CA Paris, 7 de abril de 2015; C.Cass.

esta posibilidad sería peligroso pues abriría una oportunidad indebida para que partes de mala fe intenten escapar de su compromiso a arbitrar alegando insolvencia o procurando esta insolvencia de manera fraudulenta.

En el presente caso, sin embargo, otras circunstancias justificaron la decisión de la Corte de Casación.

En cuanto al primer motivo de anulación retenido, la Corte de Casación acertadamente notó que el artículo 36(2) del Reglamento CCI²² prevé que “la provisión para gastos fijada por la Corte de conformidad con el presente Artículo 36(2) será pagada en partes iguales por la demandante y la demandada”. Por lo tanto, al establecer que conforme a dicho reglamento la demandante debía asumir ella sola los costos del arbitraje, la Corte de Apelación había desvirtuado los términos claros de esta norma, que por convenio de las partes es obligatoria para ellas, lo cual ya justificaba la anulación de la decisión de la Corte de Apelación.

En efecto, el Reglamento CCI permite que la parte más interesada asuma integralmente los costos del arbitraje para poder continuar el procedimiento, pero esta disposición ha sido erróneamente interpretada como una autorización para no pagar la provisión. La Corte de Casación recordó acertadamente que, al estipular una cláusula de arbitraje institucional, las partes también se obligan a hacer los pagos necesarios para poder llevar a cabo el arbitraje²³.

En el segundo motivo, la Corte de Casación consideró la actuación de la parte demandada, quien durante el arbitraje opuso excepciones a la competencia arbitral y se negó a pagar su parte de la provisión para los costos del arbitraje, impidiendo que se llevara a cabo el mismo, pero al ser demandada luego ante

civ. 1°, 13 de julio de 2016, M. de Fontmichel, en *JCP*, 2016.1002; C.A. París, 20 de octubre de 2021, n° 21/06054. Más recientemente, C.Cass. civ, 1°, 28 de septiembre de 2022, n°21-21.738.

²² Actualmente, artículo 37(2) del Reglamento de Arbitraje CCI de 2021.

²³ Sentencia Parcial, caso CCI n° 7289, del 2 de septiembre de 1996; TGI Beauvais, 9 de abril de 1998; CA Appel Anvers, 29 de junio de 1998; Sentencia Parcial, caso CCI n°10526, del 27 de marzo de 2001, *Bull. ASA* 2001.285, nota de X. Favre-Bulle. La CCI desde hace tiempo ha aclarado que “en los arbitrajes CCI, el hecho de que una parte se niegue a pagar cualquier porción de la provisión para gastos a su cargo y que deje a la otra parte pagarlo en su lugar no es una práctica normal. Si la CCI autoriza a una parte a substituir a otra para el pago de la provisión, esto en ningún caso puede ser considerado como un aval o una aceptación de la CCI de la falta de pago por dicha parte de la porción de los costos que le incumben”, Nota de información de la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, en *Bull. CCI*, vol. 4, n° 1, mayo 1993, p. 29 (traducción simple).

la jurisdicción estatal, invocó el convenio arbitral para sustraerse también de la justicia estatal, violando así el principio de lealtad procesal.

Al respecto, la demandante ya había invocado ante la Corte de Apelación de Pau el principio de estoppel, para que se declarara inadmisibles las excepciones de falta de competencia, sin embargo, la Corte de Apelación rechazó este argumento indicando que la conducta contradictoria no se había producido en un mismo procedimiento sino en dos diferentes, el arbitral y el judicial.

Consideramos más acertada la decisión de la Corte de Casación, que se basó en el principio general de lealtad procesal que cubre toda la actuación de las partes en el proceso para impedir una actuación contradictoria y desleal por parte de la demandada. Al respecto, existen antecedentes similares, tanto arbitrales como judiciales, en los que la actitud desleal de una parte llevó a que se considerara rescindida la cláusula arbitral o se admitiera el recurso a la jurisdicción estatal a pesar de existir un convenio arbitral.

En un caso CCI, la parte demandada primero se negó a cubrir la parte de los costos que le correspondían, los cuales fueron pagados por la otra parte, luego se negó a pagar la condena impuesta en un primer laudo respecto de ciertas comisiones debidas y, finalmente, se negó también a pagar su parte de una provisión suplementaria respecto de otras demandas. El demandante decidió entonces acudir a la jurisdicción estatal, pero la demandada opuso la incompetencia de esta última en virtud de la existencia de un convenio arbitral. En este caso, el tribunal arbitral declaró la resolución del convenio arbitral debido al incumplimiento de la demandada de su obligación contractual esencial de participar en los costos del arbitraje, paralizando cualquier posibilidad de que se reconocieran los derechos de la demandante²⁴.

En otro caso, la Corte de Casación interpretó el rechazo de una parte demandada en pagar su porción de la provisión para costos como una renuncia al convenio arbitral y, tomando en cuenta además la actuación de la demandada, decidió que cuando una parte no había pagado su porción de la provisión para costos del arbitraje, no es admisible que esta parte, para impugnar la competencia de la jurisdicción estatal, invoque el mantenimiento de la instancia arbitral que ella misma ha obstaculizado con su actitud dilatoria²⁵.

²⁴ Laudo en el caso CCI n° 9667 del 10 de agosto de 1998, nota de D. Hascher, en *JDI*, 2000.1096.

²⁵ C. Cass. civ. 1°, 19 de noviembre de 1991, nota de D. Hascher, en *Rev. Arb.* 1992, p. 462.

Un aspecto importante que debe tenerse en cuenta es que la decisión comentada de la Corte de Casación, así como las decisiones recién citadas, dan soluciones en los casos en los que una parte se niega a hacer los pagos debidos, negándose además a otras posibilidades de acceso a la justicia, pero no son casos en los que las partes simplemente están en la imposibilidad de pagar los costos del arbitraje.

Respecto de la difícil cuestión de la insolvencia, una decisión posterior de la Corte de Casación en 2022²⁶ confirmó que se mantiene el principio de que no basta invocar la insolvencia para alegar que la cláusula arbitral es manifiestamente inaplicable. En este caso, la Suprema Corte francesa indicó que la recurrente no había alegado que intentó poner en marcha el arbitraje, sin poder lograrlo, debido a la ausencia de remedios a sus dificultades financieras. Existe por lo tanto a cargo de las partes insolventes un deber de esfuerzo suficiente, a pesar de sus dificultades financieras, para organizar el arbitraje.

III. Independencia e imparcialidad – Renuncia – Revelación – Notoriedad

1. *Bestful, Cour d’appel de Paris, pôle 5, ch. 16, 22 de febrero de 2022*

El caso surge de dos contratos de asesoría firmados en 2014 entre la sociedad Dreample y la sociedad Airbus Defence and Space (“ADS”) respecto de un programa de desarrollo de satélites. En 2017, ADS decidió rescindir los contratos con Dreample y cesar los pagos a esta sociedad invocando que esta última no había respetado sus compromisos para conformarse a determinadas políticas de ADS.

Dreample activó el convenio arbitral y demandó a ADS por resolución indebida. Las partes nombraron de común acuerdo al árbitro único a inicios de 2019, eligiéndolo de entre una lista de 5 candidatos. Luego de iniciado el arbitraje, Bestful International Trading Ltd (“Bestful”), sucedió a Dreample en el arbitraje, aceptando sus términos. En febrero de 2022, el árbitro único dictó

²⁶ C. Cass. civ. 1°, 28 de septiembre de 2022.

un laudo final en el que rechazó la demanda de Bestful y le condenó a pagar a ADS cerca de 500.000 USD por los costos y gastos del arbitraje.

Bestful presentó entonces un recurso de anulación contra el laudo, alegando, entre otros motivos, la constitución irregular del tribunal arbitral, pues el árbitro no sería independiente e imparcial. Bestful también invocó la falta de imparcialidad para alegar que el laudo violaba el orden público.

Bestful alegó que el árbitro había redactado varios artículos relativos a la lucha contra la corrupción y era editor de una revista de arbitraje que había publicado en 2012 y 2015, artículos sobre este tema, lo que indicaba que el árbitro tenía un prejuicio en su contra, pero solo pudo percibir tal prejuicio al recibir el laudo final. Bestful se quejó en particular del hecho de que el árbitro no había revelado estas circunstancias, que ella no pudo conocer pues entró en el arbitraje luego de la designación del árbitro, cuando sucedió a Dreample.

ADS alegó, por una parte, que este motivo era inadmisibles, pues los artículos del árbitro o su posición como editor eran hechos conocidos y notorios y Bestful nunca se refirió a ello durante el arbitraje, de manera que, de conformidad con el artículo 1466 CPC, debía considerarse que renunció a alegarlos. Sobre el fondo, ADS alegó que las circunstancias invocadas no eran susceptibles de crear dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad del árbitro.

Ante el argumento de inadmisibilidad invocado por ADS, la Corte de París, constató primero que Bestful no había cuestionado la imparcialidad del árbitro durante el arbitraje y después verificó si la recurrente había tenido acceso a la información sobre el árbitro o si debía asumirse que lo tuvo pues se trataba de información notoria.

La Corte notó que en la declaración de aceptación del árbitro y en su CV constaba que era coeditor de la revista *Austrian Yearbook on International Arbitration* desde 2007 y que esta información aparecía también en sus perfiles profesionales en Who's Who y en LinkedIn. Además, todas las publicaciones del árbitro constaban en su CV.

La Corte también notó que los artículos a los que se refería Bestful, habían sido redactados por terceras personas y no por el árbitro, y habían sido publicados en la revista *Austrian Yearbook on International Arbitration* en 2012 y 2015. La Corte constató que esta revista está disponible en la base de datos *Kluwer Arbitration*, e indicó que esta base es generalmente consultada por los especialistas del arbitraje, de tal manera que la información es de fácil acceso y su consulta

no requiere una investigación excesiva. Por estas razones, según la Corte, no hay duda de la notoriedad de los artículos y las revistas citadas en el CV del árbitro.

En vista de lo anterior, la Corte de Paris concluyó que al ser los hechos reprochados anteriores a la designación del árbitro y además notorios, la falta de reacción de Bestful sobre los mismos antes de que se dictase el laudo final, debía considerarse como una renuncia a alegarlos con posterioridad, de tal manera que el recurso de Bestful era inadmisibile.

La Corte de apelación también rechazó el argumento basado en que Bestful no participó en la designación del árbitro, pues Bestful había aceptado suceder a Dreample en el arbitraje estando consciente de que éste ya se había iniciado y el árbitro había sido designado.

Comentario

Consideramos que la decisión es, en definitiva, justa, pues Bestful no parece haber demostrado en absoluto su alegación de falta de imparcialidad del árbitro. Sin embargo, nos parece que la decisión suscita algunos comentarios.

Por una parte, no podemos sino unirnos al profesor Jarrosson, quien acertadamente apuntó al hecho de que la Corte no necesitaba hacer todo el razonamiento relativo al carácter notorio de los hechos criticados, pues hubiese sido más simple determinar primero si los hechos reprochados eran en sí mismos susceptibles de crear una duda razonable sobre la neutralidad del árbitro²⁷.

En efecto, lo que específicamente criticó Bestful fue el hecho de que en el *Austrian Yearbook*, del cual el árbitro era coeditor, fueron publicados dos artículos en 2012 y 2015, que se habrían expresado sobre el tema del fraude y de la corrupción en el arbitraje. Estos artículos fueron escritos por personas distintas del árbitro.

Consideramos que la invocación de trabajos académicos pasados de los árbitros debe utilizarse con extremo cuidado para alegar su parcialidad respecto de un determinado caso, bajo el riesgo de afectar indebidamente la libertad intelectual de cualquier profesional del Derecho²⁸. Esta cautela es aún más evi-

²⁷ Ch. Jarrosson, "Propositions de méthode pour simplifier le contrôle de l'impartialité de l'arbitre, note sous Paris 22 février 2022", en *Rev. Arb.* 2022.2, p. 656.

²⁸ Así, por ejemplo, debemos notar que esta hipótesis se encuentra en la "lista verde" (4.1.1) de las Directrices IBA sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional.

dente cuando se trata de artículos escritos por terceros que fueron publicados en la revista en la que el árbitro participa como editor. El hecho de ser editor de una revista no implica que la persona adhiera a todas las posiciones que puedan expresar los artículos publicados en la misma. Al contrario, el análisis práctico y académico exige contrastar posturas diversas y dar espacio a opiniones que no necesariamente coinciden con las propias para enriquecer el debate y el intercambio de ideas.

Por lo tanto, consideramos que los alegatos se referían a información irrelevante que el árbitro no estaba obligado a revelar más allá de las menciones a sus propias publicaciones que aparecían en su CV. El que fueran o no notorias no es realmente pertinente.

Por otra parte, tenemos dudas sobre el análisis que hace la Corte sobre el carácter “notorio” de determinadas informaciones por el hecho de que estén disponibles en la base de datos *Kluwer Arbitration*. En primer lugar, aunque se trata de una base de datos muy utilizada por los especialistas del arbitraje, es un servicio privado, que exige estar abonado, así que sería excesivo asumir que cualquier parte actuando en cualquier arbitraje tendrá acceso a la misma. Esto es algo que debería determinarse de manera casuística.

En segundo lugar, aun admitiendo que sea información accesible, creemos que el carácter accesible o disponible de la información debería distinguirse del carácter notorio de la misma²⁹. Incluso en bases de datos públicas y libremente accesibles en internet existe una cantidad enorme de información disponible, pero no es razonable concluir que, por ser accesible, esta información será también “notoria”. La notoriedad exige que se trate de una información que ha sido ampliamente difundida, de tal manera que puede asumirse que es conocida por las partes y por ello no se requiere su revelación.

Constatamos, sin embargo, que la tendencia de las cortes francesas en los últimos años es aplicar una noción bastante amplia de la notoriedad, que incluye información disponible en internet sobre las partes, sus filiales o sus abogados, o reportes o artículos especializados, sólo accesibles mediante suscripción³⁰.

²⁹ Al respecto, nos parece mucho más exacto el análisis hecho por la Corte de Apelación de París en el caso *Dommo*, del 25 de febrero de 2020, ver comentario del autor en *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XIII, 2021 pp. 379-389.

³⁰ *J&P Avax*, CA París, 12 de abril de 2016 y C.Cass., 19 de diciembre de 2018; *Audi Volkswagen*, C.Cass., 3 de octubre de 2019; CA París, 16 de octubre de 2010; *Vidatel*, CA París, 26 de enero de 2021; *Couach*, CA París 22 de febrero de 2022.

Por último, existe otro aspecto digno de mención en esta decisión. En su recurso de anulación, además de invocar la constitución irregular del tribunal arbitral (art. 1520(2) CPC) debido a la alegada parcialidad del árbitro, Bestful invocó también la violación del orden público (art. 1520(5) CPC), pues el laudo habría sido dictado por un árbitro parcial. Para ello, Bestful se basó en las mismas circunstancias alegadas respecto de la causal de constitución irregular del tribunal, es decir en el título y contenido de los dos artículos publicados en el *Austrian Yearbook*, y en la motivación del laudo.

Resulta interesante que, aunque la Corte ya había decidido que Bestful habría renunciado a invocar esta circunstancia respecto de la causal del artículo 1520.2 CPC, pues la información era notoria y Bestful nunca se quejó de ello antes del proceso de anulación, ante la invocación de violación del orden público, la Corte se sintió en la necesidad de estudiar el fondo del alegato, pues tratándose de una violación del orden público, no se aplicaría el principio de renuncia del artículo 1466 CPC.

La parte positiva de esto es que la Corte tuvo la ocasión de dejar claro, aparte de su determinación sobre la notoriedad, que la participación como editor en una revista que publica artículos científicos sobre arbitraje no es susceptible de poner en duda la imparcialidad del árbitro.

La parte negativa es que, bajo el pretexto de proteger el orden público internacional, pareciera que se abre una segunda posibilidad, a nuestro modo de ver indebida³¹, para que las partes invoquen las mismas circunstancias dos veces, con la ventaja de que, tratándose de la violación del orden público, la contraparte no podrá oponer la renuncia.

Aunque es cierto que la independencia e imparcialidad son esenciales a la función del árbitro, de la misma manera que el principio de debate contradictorio forma parte del orden público procesal, la organización de las vías de recurso contra los laudos arbitrales prevén causales específicas y limitadas para poder atacar los laudos. Tratándose de las críticas sobre la idoneidad del árbitro para desempeñar su función, la causal prevista es la del numeral 2° del artículo 1520 CPC que prevé la constitución irregular del tribunal, tratándose del respecto del debate contradictorio, la causal es la del numeral 4°. La estrategia de

³¹ En el mismo sentido, ver T. Clay y J. Ortscheidt, "Contrôle de l'indépendance", en *Cahiers de l'arbitrage*, 2022, n° 3, p. 861.

invocar junto a las causales anteriores, la violación del orden público internacional nos parece incorrecta y debería ser corregida por los tribunales.

Nos parece más correcta en este sentido la solución que dio la Corte de Apelación en una sentencia del mismo día³², en la que la recurrente se quejaba de que el tribunal arbitral habría planteado de oficio la posible prescripción de la acción y alegaba que ello justificaba la anulación del laudo pues este mismo hecho indicaría: (i) la parcialidad de los árbitros (1520.2°), (ii) que el tribunal no se habría conformado a su misión (1520.3°), y (iii) una violación del orden público internacional (1520.5°).

La Corte notó que la recurrente no se había quejado durante el arbitraje de la actuación del tribunal y analizó la aplicación de la renuncia prevista en el artículo 1466 CPC. Al respecto, la Corte señaló que la renuncia prevista no se refiere solamente a las irregularidades en el procedimiento sino también a los motivos que constituyen causales de anulación, a excepción del artículo 1520.5°, según el cual el reconocimiento o la ejecución del laudo violaría el orden público internacional de fondo. La Corte a continuación notó que la invocación de oficio de un argumento jurídico, sometiénolo al debate contradictorio, sería una irregularidad procesal y no de fondo, de tal manera que la renuncia del artículo 1466 también se debe aplicar a esta causal y por lo tanto decidió que la demanda de anulación, bajo las tres causales, era inadmisibile.

³² *Couach*, CA Paris, pôle 5, ch. 16, 22 de febrero de 2022.

