



Roj: **SAP M 11690/2011 - ECLI: ES:APM:2011:11690**

Id Cendoj: **28079370122011100368**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **30/06/2011**

Nº de Recurso: **3/2009**

Nº de Resolución: **506/2011**

Procedimiento: **NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL**

Ponente: **FERNANDO HERRERO DE EGAÑA OCTAVIO DE TOLEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 12

MADRID

SENTENCIA: 00506/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN DOCE

ROLLO: NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL 3/2009

RECURRENTE: **DELFORCA** 2008, SOCIEDAD DE VALORES, S.A.

PROCURADOR: D^a MERCEDES CARO BONILLA

RECURRIDO: BANCO DE SANTANDER, S.A.

PROCURADOR: D. EDUARDO CODES FEIJOO

PONENTE ILMO. SR. D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

SENTENCIA N° 506

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

D^a ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

En MADRID, a treinta de junio de dos mil once.

VISTO ante esta Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de MADRID , el RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL 3/2009, interpuesto por **DELFORCA** 2008, SOCIEDAD DE VALORES S.A. representada por la Procuradora D^a MERCEDES CARO BONILLA, y asistida por el Letrado D. JAVIER RAMOS CHILLÓN, siendo recurrida BANCO DE SANTANDER, S.A. representada por el Procurador D. EDUARDO CODES FEIJOO, y asistida por el Letrado D. ALBERTO PIMENTA HERNÁNDEZ, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por **DELFORCA** 2008, SOCIEDAD DE VALORES S.A. se formuló Acción de Anulación contra el Laudo Arbitral de fecha 12 de mayo de 2009 dictado en procedimiento arbitral seguido ante la corte Española de Arbitraje.

Dado traslado de dicho recurso a la recurrida BANCO DE SANTANDER, S.A. por la misma se presentó escrito formalizando contestación a la demanda.



SEGUNDO.- Teniéndose por reproducida la prueba documental admitida y que fue aportada por ambas partes con sus respectivos escritos de interposición y contestación del recurso de anulación, se señaló para el acto de la vista el día 8 de junio de 2011.

La vista pública tuvo lugar con la asistencia de los Letrados de las partes que informaron en apoyo de sus pretensiones, así como del Perito D. Carlos Alberto .

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se formula demanda de nulidad del laudo de 12 de mayo de 2009, dictado en arbitraje de equidad en procedimiento arbitral, en el que fueron parte el demandante de nulidad y Banco de Santander, Sociedad Anónima.

Los motivos de nulidad que alega el demandante pueden ser agrupados, siguiendo la propia sistematización que realiza el demandante, en tres motivos diferentes como son:

-La vulneración del derecho a la práctica de prueba.

-Privación del derecho a un árbitro imparcial e independiente.

-Vulneración del orden público al amparar el laudo abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo por parte de la entidad demandada de nulidad.

SEGUNDO.- Comenzaremos analizando la recusación del árbitro. No obstante, el demandante articuló sus objeciones con respecto a la recusación en un doble aspecto, al alegar, por un lado, que se le privó de su derecho a la prueba en la tramitación de la recusación del árbitro, y por otro lado alega que a tenor de las circunstancias concurrentes en el mismo concurre causa suficiente de recusación.

Tal y como ya se indicaba en auto de esta Sala de 30 de junio de 2010 dictado en este procedimiento, es procedente determinar en primer lugar si la tramitación del incidente de recusación fue acorde a derecho, y de serlo, si la decisión de no admitir la recusación del árbitro fue o no correcta. Por tanto, procede determinar si se vulneró el derecho a la prueba en el incidente de recusación, y en su caso, determinar si, con arreglo a lo que resulta acreditado, el árbitro recusado debió abstenerse.

TERCERO.- En consecuencia, se analizará si la tramitación de la recusación fue acorde a derecho o si, por el contrario, existió vulneración del derecho a la prueba del hoy demandante.

No obstante, antes de analizar en concreto la prueba referida y el desarrollo de su propuesta y denegación, es procedente traer a colación la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional con respecto al derecho a la prueba, doctrina que igualmente tendrá aplicación en lo relativo a las diversas alegaciones que formula el demandante con respecto a la vulneración de dicho derecho en el procedimiento arbitral.

El Tribunal Constitucional, en reiteradas resoluciones, ha establecido una serie de requisitos que han de concurrir para que exista vulneración del derecho a la prueba, y con ello del derecho de defensa proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución . Tales requisitos -siguiendo la doctrina recogida y reseñada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2011 , 4 de Junio y 24 de noviembre de 2008 -, se concretan en los siguientes:

-Que se haya propuesto con arreglo a derecho la práctica de una prueba.

-Que dicha prueba haya sido denegada sin motivación, o con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable; o bien, en caso de haber sido admitida, que no haya sido practicada por causa imputable al Tribunal.

-Que la prueba no admitida o no practicada, hubiera podido tener influencia decisiva en el pleito.

CUARTO.- El demandante de nulidad señala, en esencia, que el 9 de febrero de 2009, y tras conocer que el Sr. Roman , Socio Director del Despacho que asumía la defensa de la parte contraria en el laudo, había sido pasante del Presidente del Tribunal Arbitral, recusó a éste, requiriéndole para que revelase las relaciones que aún no hubiesen sido conocidas, denegándosele el recibimiento a prueba del incidente, pese a lo cual se admitió posteriormente la prueba propuesta por Banco Santander, aportando la hoy demandante en consecuencia su propia prueba, la cual fue admitida, si bien desconocía el contenido de las aclaraciones del árbitro y que la decisión sobre la recusación ya estaba tomada inicialmente. Alega igualmente el demandante que el árbitro recusado no debió formar parte del Tribunal Arbitral en la decisión de su recusación y que ésta



se adoptó sin tomar en consideración la prueba por ella presentada ni las segundas aclaraciones realizadas por el árbitro recusado.

QUINTO.- Con respecto a si el árbitro recusado debió intervenir o no en la decisión sobre su propia recusación, el artículo 18. 2 de la Ley de Arbitraje dispone a este efecto: "A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta.". Añade el apartado 3 de dicho precepto, que en caso de desestimarse la recusación, se podrá hacer valer ésta al impugnar el laudo.

A tenor de dicho precepto, resulta claro que la Ley de Arbitraje considera que el propio árbitro recusado debe decidir sobre tal aspecto, ya que dispone que serán "los árbitros", y no sus sustitutos, o los árbitros no recusados, los que han de resolver la cuestión relativa a la recusación, no estableciendo procedimiento alguno para regular la situación que se produciría de tenerse que abstener el árbitro recusado.

Efectivamente, no se prevé en la Ley de Arbitraje que la recusación suponga que el recusado deba abstenerse de intervenir en el proceso hasta que se resuelva su recusación, ni se establece que se haya de designar un sustituto en tal supuesto, y ello pese a que el artículo 20 prevé el procedimiento de designación de sustituto, remitiéndose a las propias normas que hayan regido para su designación. De haber querido el legislador que el recusado se abstuviese de resolver sobre tal cuestión, así lo habría indicado e, indudablemente, se hubiera remitido al procedimiento para designar el sustituto correspondiente, dado que la designación de un sustituto del árbitro recusado es la única vía racionalmente admisible para resolver tal situación, partiendo de la base hipotética de que el recusado debiera abstenerse, dado que en supuestos de existencia de un árbitro único no existiría quien resolviese la recusación, y en caso de tribunales arbitrales compuestos por tres integrantes, como es el presente supuesto, la exclusión del recusado podría abocar a insalvables empates en torno a la decisión a adoptar. Siendo por ello claro que, de considerarse precisa la abstención del recusado debería designarse sustituto del mismo, la inexistencia en la Ley de Arbitraje de previsión al respecto es un dato que claramente lleva a la conclusión de que lo que prevé dicha Ley es que el árbitro recusado intervenga en la decisión a adoptar.

Desde un punto de vista de política legislativa, tal vez podría discutirse el acierto de tal medida, si bien lo cierto es que el legislador ha optado por la eficacia y celeridad en la resolución del arbitraje, sin perjuicio de permitir a las partes plantear el acierto de la decisión adoptada por el árbitro recusado -y, en su caso, del recusado y demás integrantes del Tribunal Arbitral- a este respecto mediante el procedimiento de nulidad del laudo. Solución por otro lado acorde con el espíritu que inspira la Ley de Arbitraje en otras cuestiones como es la resolución sobre la competencia o la propia validez del convenio arbitral (artículo 22 de la Ley de Arbitraje).

SEXTO.- Con respecto a la privación del derecho a la prueba del recurrente, se desprende de las actuaciones que obran ante esta Sala, que el 10 de febrero de 2009 se presenta por la hoy demandante escrito de recusación del Presidente del Tribunal, solicitando aclaración sobre diferentes extremos (documento 19). El 16 de febrero de 2009 se presenta el escrito solicitando la apertura de un período de prueba para la proposición y práctica de la misma (documento 69). Mediante providencia de 17 de febrero de 2009 se denegaba la apertura de incidente para sustanciar la recusación (documento 60). Contra dicha resolución se formuló impugnación mediante escrito de 23 de febrero de 2009 (documento 70), siendo desestimada mediante resolución de 3 de marzo de 2009 (documento 71). El 20 de febrero de 2009, Banco Santander aportó escrito oponiéndose a la recusación, aportando prueba documental (documento 72). Con fecha de 24 de febrero de 2009, y con sello de la Cámara de 13 de marzo de ese año, se presentó escrito por parte del Árbitro recusado con relación a las explicaciones solicitadas (documento 73). El 25 de febrero de 2009, con sello de la Cámara de 13 de marzo de ese año, se denegó la recusación (documento 74). El 3 y 9 de marzo de 2009 se presentan sendos escritos por la hoy demandante en las que se aludía a diferentes página Web, a tenor de las cuales, a su juicio, se ponían de manifiesto la relación entre el Presidente del Tribunal Arbitral y la otra parte (documentos 67 y 68).

Debe indicarse ante todo que el hoy demandante, cuando solicitó recibimiento a prueba del incidente no especificó de qué prueba pretendía valerse para fundamentar fácticamente los motivos de planteados en su escrito de recusación, ni los hechos sobre los que habría de incidir en concreto dicha prueba, por el contrario, indicaba que la necesidad de proponer medios de prueba se haría más patente a la vista de las aclaraciones solicitadas al árbitro recusado y a la necesidad de corroborar las aclaraciones que éste ofreciese.

Tal escrito, por tanto, solicita el recibimiento prueba sin conocer tan siquiera si va a existir aceptación por parte del árbitro recusado de la recusación propuesta, ni, caso de no aceptar la recusación, en qué términos contestaría éste a las aclaraciones solicitadas, lo cual determinaría a su vez sobre qué hechos sería precisa la prueba por no haber sido reconocidos por el recusado, ya que, pese a haber solicitado aclaraciones al árbitro



recusado, da por supuesto que a la vista de lo que éste responda se tendrá que practicar la correspondiente prueba, lo cual obviamente no es así, puesto que para que sea procedente el recibimiento prueba, ante todo, debe determinarse que existen hechos debatidos y cuáles sean éstos, por lo cual la hoy demandante a través de dicho escrito proponía el recibimiento a prueba de un procedimiento con respecto al que ni tan siquiera constaba en aquel momento existiese discrepancia fáctica, por lo cual la denegación de su recibimiento a prueba no resulta arbitraria, irracional ni incongruente.

Cierto es que el motivo de la denegación del recibimiento a prueba de la recusación se sustenta en la consideración del Tribunal Arbitral de que no era aplicable el régimen jurídico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia, no obstante, de aplicarse, como pretende el recurrente, el régimen establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la sustanciación de la recusación, ésta debería haberse inadmitido, puesto que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la recusación se ha de presentar un principio de prueba por escrito, no habiendo aportado documento alguno el hoy demandante, indicando el artículo 109.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que sin dicho requisito la recusación no será admitida a trámite. Igualmente, de aplicarse el trámite establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil para la recusación, el momento en que la hoy demandante de nulidad solicitaba el recibimiento prueba era inadecuado, dado que con arreglo al artículo 109.3 de dicha Ley Procesal únicamente cuando el recusado no admita la causa de recusación se ordenará la práctica de la prueba propuesta, si bien en el presente supuesto se solicitaba el recibimiento prueba sin conocer la aceptación o rechazo de la recusación, ni el contenido de las aclaraciones que se habían solicitado al árbitro recusado, y únicamente una vez conocidas éstas podría la parte determinar si precisaba practicar alguna prueba, y en caso afirmativo qué pruebas concretas precisaba para acreditar los hechos que no hubiesen sido reconocidos, desprendiéndose por lo demás del citado artículo 109.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que no se puede proponer el simple recibimiento prueba, debiendo proponerse pruebas concretas que, junto con las que acuerde el instructor, serán las que se practiquen. Por tanto, la proposición de prueba tras el planteamiento de la recusación fue inadecuada, aún acudiendo a la normativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la parte entiende aplicable. A este respecto debe traerse a colación la doctrina del tribunal constitucional ya reseñada que establece la necesidad de que la prueba haya sido propuesta en tiempo y forma, siendo igualmente de traer a colación la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que dispone que no existe indefensión cuando la propia parte ha contribuido a ocasionar la situación que denuncia al no proceder con acierto, indicando a tal efecto la sentencia del Tribunal Constitucional de 24-10-1995 : *"Como dijimos en la STC 109/85 , la indefensión, o falta de garantías derivadas de la ausencia de contradicción no deben apreciarse cuando "la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos, a través de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico, no usó de ellos con la pericia técnica suficiente - SS 7 julio 1983 y 11 julio 1985 -, o cuando la parte que invoca la indefensión colabora con su conducta a su producción -S 11 junio 1984o se genera por la voluntaria actuación desafortunada equívoca o errónea de dicha parte - SS 11 junio 1984 y 17 julio 1985 , y autos de la Sala 2ª de 7 y 21 noviembre 1984 -, la indefensión resulta absolutamente irrelevante a efectos constitucionales"* (en igual sentido STC 11-03-2002 , 17-09-2001 , 04-06-2001 , entre otras).

SÉPTIMO.- Señala el hoy demandante que no se tuvo en consideración la prueba por él propuesta en sus escritos de 3 y 9 de marzo de 2009, y si bien, efectivamente así es, tales documentos se presentaron con posterioridad al momento en que el Tribunal Arbitral había resuelto sobre la recusación. Ahora bien, con el documento 67 lo que se pretendía era refutar las afirmaciones del Banco Santander, si bien, aparte de que no existe un trámite, ni en la Ley de Arbitraje ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil, encaminado a permitir al recusante refutar lo alegado por la parte o partes que se opongan a la recusación, en todo caso con dicho documento se aportaban sendas actas notariales que recogían el contenido de diversas página Web, de tal manera que la hoy demandante de nulidad pudo y debió aportarlas con su escrito de recusación, sea por aplicación de lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sea por aplicación simplemente de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Arbitraje que, al no contemplar específicamente un trámite probatorio, lleva lógicamente a la conclusión de que la prueba documental debe ser aportada con el propio escrito de recusación. Por mucha que sea la flexibilidad que se aprecie en el procedimiento arbitral, resulta obvio que no pueden las partes aportar los documentos a los que pudieron tener acceso en su momento en momentos posteriores, ya que ello no sólo vulneraría lo dispuesto en el artículo 265.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sino que además llevaría al procedimiento arbitral a carecer del mínimo orden y rigor procesal, desde el momento en que las partes quedarían sujetas a su sólo arbitrio en cuanto al momento en que aportar los medios probatorios de que pretendiesen valerse, pudiendo con ello motivar situaciones como la que de hecho ha acontecido, como es que la documentación se presente cuando la cuestión sobre la que versa ya está resuelta. Por lo indicado, dicha prueba no fue propuesta en tiempo y forma, por lo cual no puede alegarse con respecto a ella vulneración del derecho de prueba.

Incide en la desestimación de tal motivo de nulidad el hecho de que en el documento reseñado se pretendía acreditar que Don. Roman trabajó en el despacho de abogados del señor árbitro recusado, que éste pertenecía



al Consejo Académico del Centros de Estudios del mismo nombre que el despacho que defiende los intereses de la hoy demandada, y que la hija del Sr. Árbitro recusado había trabajado para Banco Santander, siendo así que el Sr. Árbitro recusado, al responder a las explicaciones solicitadas (documento 73), reconoció y explicó la relación con Don. Roman , con el Centro de Estudios referido y la relación laboral que mantuvo su hija con Banco Santander, y obviamente estas manifestaciones fueron tenidas en cuenta a la hora de resolver la recusación, no desprendiéndose de lo actuado que la prueba aportada en el reseñado escrito hubiera motivado, de haberse presentado oportunamente y ser tenida en consideración, un resultado distinto en lo que a la recusación se refiere, ya que básicamente habían sido reconocidas por el señor árbitro recusado.

En cuanto al documento 68, presentado el 9 de marzo de 2009, en el mismo se introducía un nuevo hecho como causa de recusación, como era la relación del Sr. Gabino , socio del despacho que defiende los intereses de la hoy demandada, con el Sr. Árbitro recusado dados los cargos que aquel ocupaba en la Universidad Autónoma, Universidad en la que el árbitro recusado fue catedrático de Derecho Civil, continuando como Emérito en la misma, coincidiendo con ambos, en el curso 2004/2005, la hija del árbitro recusado como profesora de la citada Universidad, señalando igualmente la coincidencia Don. Gabino con el árbitro recusado en el año 1994 en la Universidad de Málaga como miembros de las Comisiones que habrían de resolver los concursos de méritos para provisión de plazas del profesorado, así como en las Jornadas sobre Responsabilidad Civil de la Universidad de Alicante en los años 2005-2006, siendo ambos árbitros de la Cámara de Comercio de Madrid junto con Don. Roman , aportando para ello direcciones de diversas páginas web de las que se desprendía lo indicado, e igualmente hacía referencia a la participación del árbitro recusado junto con Don. Gabino en diferentes obras jurídicas.

En tal escrito, por tanto, la recusante introducía una causa de recusación distinta, como era la relación entre el señor árbitro recusado y Don. Gabino , solicitando al señor árbitro recusado que aclarase las circunstancias puestas de manifiesto con respecto al citado Don. Gabino , con respecto a la cual el señor árbitro recusado emitió las aclaraciones correspondientes mediante escrito de 12 de marzo de 2009 (documento 75), por lo cual su solicitud a este respecto fue atendida, no constando que haya existido infracción o privación del derecho prueba en este aspecto.

Alega el recurrente (página 83 de la demanda) que las referidas aclaraciones del árbitro 12 de marzo de 2009, no fueron tenidas en cuenta, al igual que la prueba propuesta por la demandante, a la hora de resolver sobre la recusación, si bien tales aclaraciones de 12 de marzo de 2009 se refieren a las relaciones el señor árbitro con Don. Gabino , motivo de recusación que había puesto de manifiesto la hoy demandante a través de su escrito de 9 de marzo de 2009 (documento 68), por lo cual difícilmente podía tenerlas en consideración el Tribunal al dictar la resolución cuando todavía no se había planteado tal motivo de recusación, por lo cual la alegación de que las aclaraciones del árbitro recusado efectuadas el 12 de marzo de 2009, que se refieren al nuevo motivo de recusación, no fueron tenidas en cuenta a la hora de resolver la recusación, lo cual se efectuó mediante resolución de 25 de febrero 2009 (documento 74), debe ser desestimada, ya que obviamente no pudieron ser tomadas en cuenta a la hora de resolver los motivos de recusación que se habían planteado anteriormente, puesto que introducían un nuevo motivo de recusación que era desconocido por el Tribunal en el momento de resolver sobre la recusación planteada.

Cabe añadir que, como se indicará posteriormente, tal motivo de recusación no tiene entidad para que la recusación prospere, por lo que tal cuestión y la prueba al respecto aportada, no son de relevancia decisiva en la resolución del litigio.

El hoy demandante, volvió a plantear recusación del árbitro mediante escrito presentado el 27 de abril de 2009 (documentos 77), señalando éste que "fue también fue(sic) inadmitida por el Tribunal" (página 82 de la demanda) no indicando el recurrente los motivos por los que la tramitación de dicho motivo de recusación haya sido incorrecta, no aludiendo por lo demás a la misma en la relación de vulneraciones del procedimiento (páginas 82 y 83 de la demanda de nulidad).

OCTAVO.- Procede, por tanto, analizar si existía a causa de recusación a tenor de las circunstancias que han quedado acreditadas en el procedimiento arbitral.

La actual Ley de Arbitraje ha abandonado la remisión a las normas sobre recusación de jueces y magistrados, habiendo optado en su artículo 17.3 -que prácticamente se reproduce en el artículo 15.4 del Reglamento de la Corte Arbitral, (documento 61)- por establecer una norma genérica, en el sentido de considerar como causa de recusación, y consiguiente abstención, aquellas circunstancias que den lugar a "dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia", al entender el legislador, como indica en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, que los supuestos de abstención y recusación de Jueces y Magistrados no siempre son adecuados ni cubren todos los supuestos, por lo que se opta por una fórmula general.



La independencia supone la ausencia de vínculos que unan al árbitro con respecto a los intervinientes en el proceso y que impliquen la existencia algún tipo de relación que pueda llevar a considerar fundadamente la existencia de predisposición o inclinación en el árbitro a acoger las pretensiones de alguna de las partes.

La imparcialidad supone la inexistencia de causas o motivos derivados de la relación del recusado con los intervinientes en el proceso, que permitan dudar fundadamente, de que el árbitro recusado podrá desempeñar su cometido, con la objetividad y equidistancia precisas con respecto a las partes, a la hora de resolver las pretensiones que sean objeto del procedimiento arbitral.

Al haber acudido la Ley de Arbitraje a una fórmula general, si se entendiesen éstas en un sentido amplio, es decir, si se entendiesen como sinónimo de que el árbitro ha de carecer de cualquier tipo de relación previa con las partes y/o sus defensores, se podría llegar a la conclusión de que cualquier tipo de relación, aun cuando fuese episódica, incidental o intrascendente a efectos del desempeño de su misión como árbitro, sería por sí sola motivo de recusación, lo cual obviamente no es así desde el momento en que el legislador indica que han de concurrir circunstancias que "den lugar a dudas justificadas", por lo cual no basta con acreditar la existencia de algún tipo de vínculo entre el árbitro y los intervinientes en el proceso, debiendo analizarse caso por caso si las relaciones o circunstancias puestas de manifiesto son de suficiente entidad para dudar de la imparcialidad u objetividad del árbitro recusado, esto es, si las circunstancias concurrentes permiten sostener fundadamente que en el desempeño del arbitraje, el árbitro puede actuar con predisposición a favor o en contra de alguna de las partes, o bien que podría no conducirse de forma ecuánime y objetiva a la hora de resolver las cuestiones que le son formuladas.

Es importante precisar, no obstante, que en materia como la presente, no se trata de determinar si el recusado actuará en concreto y de hecho vulnerando la objetividad y justicia que ha de presidir su actuación arbitral, sino de determinar si las circunstancias que concurren hacen que su ecuanimidad pueda ser fundadamente puesta en tela de juicio, de tal manera que, con independencia de que objetivamente pueda actuar con imparcialidad y justicia, el recusante tenga motivos para dudar de que sus decisiones están condicionadas o guiadas por sus relaciones con la parte contraria, ya que la cuestión radica en determinar si el árbitro reúne los requisitos precisos para entender garantizado el derecho a un juez imparcial. En este sentido se orienta la doctrina del Tribunal Constitucional, plasmada en sentencia del Pleno de 12 de julio de 1988, la cual señala que la existencia de motivos que permitan simplemente cuestionar la imparcialidad del juzgador han de llevar a que éste se aparte del conocimiento del asunto, aun cuando objetivamente su imparcialidad no se vea afectada, habiendo indicado, al resolver sobre si el hecho de que el juez que instruía podía dictar sentencia en el asunto por él instruido, que la instrucción podía provocar impresiones el juzgador, a favor o en contra del acusado, añadiendo que: *"Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su decisión sobre el caso "De Cubber", de 26 octubre 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso "Piersack", de 1 octubre 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados"*.

Obviamente, el supuesto de hecho que se enjuiciaba es distinto al actual, no obstante, pone de manifiesto que, a la hora de determinar si se ha respetado el derecho a la existencia de un juez imparcial, no es necesario que el juzgador, de hecho, no sea imparcial, bastando con que las circunstancias que rodean su actuación creen una duda fundada sobre la imparcialidad del mismo.

Sin duda estas consideraciones no sólo son respetadas, como no podía ser de otra forma, por la Ley de Arbitraje, sino que inspiran la regulación legal en materia de recusación, desde el momento en que el artículo 17.3 de dicha Ley, y con ella el Reglamento de la Corte, señala como causadas de abstención y recusación aquellas circunstancias que den lugar "a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia", no exigiendo, por ello, que se trate de circunstancias que priven efectivamente al árbitro de tales atributos.

Cabe añadir que la exigencia, tanto formal como efectiva, de la imparcialidad e independencia de los árbitros debe ser aún más acusada en los arbitrajes de equidad, y ello, en primer término, porque, si bien con sujeción al marco normativo que las partes puedan señalar a los árbitros, en todo caso, al someter la decisión de la controversia a la equidad, es decir, y en esencia, al sentido de justicia que los árbitros tengan, obviamente será la confianza de las partes en su plena objetividad el pilar básico sobre el que descansa la aceptación de que el resultado del litigio habrá obedecido a una decisión correctamente adoptada; en segundo lugar, al someter la resolución de la controversia a equidad el ámbito del arbitrio del juzgador es más intenso en los arbitrajes de equidad que en los de derecho, lo cual refuerza la necesidad de que los árbitros carezcan de vínculos o relaciones con las partes que permitan cuestionar su independencia e imparcialidad.



NOVENO.- Las circunstancias que concurren en el Sr. Árbitro recusado, a tenor de lo manifestado por éste en las primeras aclaraciones que realizó (documento 73), son las siguientes:

- Don. Roman , socio del despacho de abogados que ostenta la defensa de Banco de Santander, trabajó como pasante con el Sr. Árbitro durante dos o tres años, finalizando su trabajo en dicho despacho en el año 1980, uniéndole con éste una relación de buena amistad.

-En el despacho que asume la defensa de la demandada de nulidad, reconoce el Sr. Árbitro tener algunos amigos - "no muchos", especifica -, razón por la cual trabaja, como experto en Propiedad Intelectual, un yerno del árbitro recusado.

-Ha sido miembro del Consejo del Centro de Estudios Garrigues, cargo honorífico por el que no percibe emolumentos.

-Ha dedicado la obra (opúsculo, tal y como lo califica el recusado) "El escándalo del daño moral", a don Alejandro .

-Ha emitido informes en asuntos en los que estaba interesado, o podía estarlo, Banco Santander, si bien no a petición de dicha entidad sino a petición de otros despachos de abogados u otros catedráticos. En concreto emitió informe sobre la validez de los contratos de accionistas y cláusulas limitativas de la transmisibilidad de las acciones en relación con CEPESA (año 2004); sobre la petición del Fondo de Garantía de Depósitos de ser remunerado por los desembolsos realizados en el plan de saneamiento (año 2006), siendo solicitado dicho dictamen por Banesto, no por Banco Santander; y sobre los planes de acciones limitadas por ejecutivos de Banesto (año 2006).

-Ha mantenido en un par de ocasiones conversaciones con los señores Augusto y Basilio , ejecutivos de Banco Santander.

Por su parte, y a tenor de la certificación emitida por el Sr. Cecilio , Director del Centro de Estudios Garrigues, aportado por Banco Santander con motivo de la tramitación de la recusación en el procedimiento arbitral (documentos 3 y 4 del documento 72), el señor árbitro recusado, no es ni ha sido miembro del Consejo Académico del Centro de Estudios Garrigues, si bien es miembro del Consejo Asesor del Máster en Derecho Empresarial del Centro de Estudios Garrigues desde el año 2000, el cual tiene por objeto servir de apoyo académico a la elaboración de planes de estudios en dicho Máster, reuniéndose una o dos veces al año, teniendo dicho cargo carácter honorífico y no retribuido, perteneciendo al mismo, entre otros, Don. Roman , que es a su vez Socio Director del Despacho Garrigues.

A tenor de dichas certificaciones, debe entenderse que cuando el Sr. Árbitro recusado manifiesta haber pertenecido al "Consejo del Centro", se refiere al Consejo del referido Master.

En lo que respecta a las conversaciones con Don Augusto y Basilio , Secretario General y vicesecretario, respectivamente, de la hoy demandada, se le pedía aclaración sobre si los conocía con anterioridad al arbitraje (documento 19, página 15), por lo que debe entenderse que dichas conversaciones se mantuvieron antes del arbitraje, si bien no especifica el señor árbitro, ni el momento ni el contenido y motivo de las mismas.

De lo indicado se desprende, en definitiva, que el Sr. Árbitro recusado tiene una relación de amistad con diversos miembros del despacho que desarrolla la defensa de Banco Santander en el arbitraje del que trae causa este procedimiento. Un yerno del señor árbitro recusado trabaja en el despacho Garrigues, desprendiéndose del informe del señor árbitro, que el motivo por el que desempeña dicho trabajo es su relación de amistad con algunos integrantes de dicho despacho, ya que tras afirmar dicha amistad, indica "por esa razón trabaja con ellos un yerno del firmante". En el Centro de Estudios Garrigues, de personalidad jurídica distinta, pero vinculado con el despacho del mismo nombre (documento 72, página 2 del documento "programas Máster"), es integrante del Consejo Asesor del Máster en Derecho Empresarial. El Socio Director del despacho que defiende los intereses de la hoy demandada, trabajó en el despacho del Sr. Árbitro, y si bien cesó dicho trabajo 1980, reconoce que con el mismo mantiene una relación de "buena amistad".

Igualmente se desprende de los hechos reconocidos por el señor árbitro que éste prestó asesoramiento jurídico, mediante la emisión de dictámenes, para entidades vinculadas con la hoy demandada, y que ha mantenido conversaciones, en dos ocasiones, con Don Augusto y Basilio , habiendo trabajado la hija del señor árbitro en la entidad hoy demandada hasta el año 2004, en su asesoría jurídica.

DÉCIMO.- Los hechos referidos en el anterior fundamento, ponen de relieve una relación del Sr. Árbitro recusado con el despacho que desarrolla la defensa de una de las partes del arbitraje que va más allá de una relación puntual y esporádica, ya que no puede ser calificada como tal, a juicio de esta Sala, aquella relación en la que un familiar cercano (yerno) desarrolla su función en dicho despacho, el señor árbitro reconoce tener diversos amigos, y en concreto reconoce dicha amistad con el Socio Director del despacho, y desempeña la



función de asesorar en materias docentes a un Centro de Estudios vinculado con dicho despacho sobre los Máster en Derecho Empresarial, y si bien se trata de un cargo honorífico, evidentemente, su pertenencia al Consejo Asesor implica la consiguiente relación, que obviamente debe suponerse positiva, con los integrantes de dicho Centro vinculado al despacho defensor de los intereses de una de las partes. Por lo demás, ha dedicado una obra jurídica (como "opúsculo" lo califica el Sr. Árbitro recusado) a la persona que da su nombre a dicho despacho, lo cual, con independencia de la magnitud de la obra de que se trate, implica una relación de amistad y/o admiración.

En lo que se refiere a la relación del Sr. Árbitro recusado con la hoy demandada, de sus aclaraciones a este respecto cabe tomar en consideración que ha emitido dictámenes a solicitud de entidades con ella vinculadas, y si bien la emisión de un dictamen no tiene porqué suponer necesariamente la defensa de intereses de la parte que lo solicita, implica obviamente una labor de asesoramiento jurídico. Por otro lado, si bien manifiesta no haber tenido relación de ningún tipo con altos ejecutivos de la firma, reconoce haber mantenido reuniones anteriores al arbitraje con Don Augusto y Basilio, no aclarando el Sr. Árbitro ni las fechas, ni el motivo y contenido de estas conversaciones con dichos altos directivos de la entidad demandada, ni desprendiéndose de lo actuado debidamente acreditado cuál fue el contenido de éstas.

Tales circunstancias, si bien aisladamente consideradas, no tendrían virtualidad para sustentar la recusación del Sr. Árbitro, no obstante, apreciadas en su conjunto, por un lado, ponen de manifiesto una relación de proximidad y vinculación con el despacho que defiende los intereses de una de las partes, y que permiten afirmar la existencia de fundamento para que la parte recusante dude de la imparcialidad e independencia del señor árbitro recusado. Conviene recordar que en esta cuestión no se trata de determinar si, efectivamente, el árbitro no es imparcial o independiente, si no de analizar hasta qué punto sus relaciones con las partes o sus defensores permiten sembrar en la otra parte la fundada duda sobre tales atributos del Sr. Árbitro, y obviamente será difícilmente viable poder desvanecer la legítima duda sobre la imparcialidad e independencia del Sr. Árbitro, a la parte que ve encomendada la decisión sobre sus pretensiones a un Tribunal en el que uno de los árbitros presenta una relación con el despacho que defiende los intereses de la contraria que va más allá de una relación puntual y que revela además la sintonía, por así decirlo, del Sr. Árbitro con dicho despacho, y ello con mayor incidencia, como se indicaba, cuando se trata de un arbitraje de equidad.

Por otro lado, igualmente ponen de manifiesto una labor de asesoramiento a entidades vinculadas con la hoy demandada, que si bien es puntual, no por ello deja de poner de relieve una relación previa entre el señor árbitro y la parte; igualmente reconoce haber mantenido conversaciones con altos directivos de la entidad demandada, y si bien se trata de conversaciones anteriores al arbitraje, no queda debidamente clarificado el motivo ni el contenido de las mismas, y no deja de ser una relación del señor árbitro con respecto a personas directamente vinculadas con una de las partes.

La referidas circunstancias, igualmente si se aprecian aisladamente no llevan a estimar que exista causa de recusación, no obstante, apreciadas en su conjunto y poniéndolas en relación con las ya aludidas relaciones del Sr. Árbitro con el despacho que defendía los intereses de la hoy demandada, incrementan el sustento y fundamento en las dudas que sobre la imparcialidad y objetividad del señor árbitro se pueden generar, si bien, como queda indicado, en modo alguno se quiere significar que el Sr. Árbitro recusado haya actuado faltando a su imparcialidad u objetividad, sino simplemente, que del conjunto de las circunstancias que quedan referidas se aprecia la existencia de relaciones y situaciones que son aptas, a juicio de esta Sala, para privar a la parte recusante de su derecho a un juez imparcial, en los términos en que la doctrina del Tribunal Constitucional lo establece, es decir, en el sentido de que basta la existencia de circunstancias que, desde el punto de vista formal, permitan cuestionar fundadamente la imparcialidad e independencia del árbitro.

Si bien lo indicado ya serían motivos sobrados para apreciar el motivo analizado, incide en lo dicho, el hecho de que el Sr. Árbitro recusado no hubiese puesto de manifiesto previamente las circunstancias referidas, o cuando menos algunas de ellas. No obstante, no se pretende con lo indicado censurar o reprochar al Sr. Árbitro dicha omisión, dada la difícil tarea que para el propio árbitro supone evaluar las circunstancias que puedan comprometer su independencia o imparcialidad, salvo que se trate de circunstancias obvias en tal sentido, máxime cuando éste puede legítimamente considerar que no le afectarán en su labor como árbitro y por ello entender innecesario ponerlas de relieve, y si bien tal omisión de manifestación voluntaria no es por sí misma causa de recusación, no por ello deja de ser un hecho que por otro lado resulta del previo desarrollo del proceso, el que a las partes no se les hizo saber tales circunstancias, lo cual incrementa el sustento de la duda que en la recusante puede surgir sobre la imparcialidad y objetividad del árbitro cuando sus relaciones con la parte y con el despacho defensor de la contraria son puestas de manifiesto a causa de su iniciativa e indagación sobre ellas.

Con respecto a las directrices de la IBA, a las que aluden ambas partes, y que, tal y como se desprende de su introducción (documento 72, documento 1), básicamente tienden a catalogar las circunstancias que los



árbitros han de poner de manifiesto a las partes, entiende esta Sala que no procede su aplicación, ya que no se trata de normas de derecho positivo, y al catalogar, con el referido objetivo, dichas directrices las posibles relaciones de los árbitros en distintas categorías, de procederse a su aplicación, aun cuando fuese con carácter orientativo, se estaría dando carta de naturaleza, y para resolver cuestiones de rango constitucional, a normas emitidas por una Asociación, y que por otro lado despliega su cometido en arbitrajes internacionales, de tal manera que podría ser visto que la cuestión ha quedado resuelta sobre la base de normas que no integran nuestro Ordenamiento Jurídico, máxime cuando existe doctrina del Tribunal Constitucional, aparte obviamente de la normativa de la Ley de Arbitraje y del Reglamento de la Corte, que permiten solucionar adecuadamente la recusación planteada.

No obstante, y dicho sea a mayor abundamiento y al único efecto de dar respuesta a la controversia suscitada al respecto, existen cuando menos dos circunstancias que encajarían en el listado naranja, que supone que el árbitro debe, ante la duda, ponerlas de manifiesto (norma general 3), como son el hecho de que el yerno del Sr. árbitro trabaja en el despacho que defiende en el arbitraje a la hoy demandada (supuesto 3.3.5) y la emisión de dictámenes para entidades vinculadas con la hoy demandada (supuesto 3.1.1), por lo cual, la hipotética aplicación de tales normas no haría sino llevar a concluir que debieron ponerse de manifiesto tales circunstancias, constituyendo por ello un motivo que, si bien no sería causa de recusación, incidiría en la procedencia de la misma. Si bien, debe insistirse, entiende esta Sala por lo ya dicho, tales Criterios no son de aplicación a este procedimiento.

Por todo lo indicado, procede acoger tal motivo del recurso con arreglo al artículo 41.1 d y f) de la Ley de Arbitraje, ya que se ha vulnerado el artículo 17 1 y 3 de la Ley Arbitral, el artículo 15 1 y 4 del Reglamento de la Corte, al vulnerarse el Derecho al Juez Imparcial reconocido en el artículo 24.2 de la CE, infringiendo el orden público procesal.

Para concluir este apartado, señalar que las relaciones del Sr. Árbitro recusado y Don. Gabino, a tenor de lo que resulta de lo actuado, y en concreto a tenor de las segundas aclaraciones (documento 75), carecen de relevancia a efectos de la recusación, ya que no denotan más que la coincidencia de ambos en el desempeño de su labor docente en la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad autónoma, lo cual no implica, ni por sí ni en conjunción con las circunstancias expuestas, una relación que lleve a cuestionar fundadamente la independencia o imparcialidad del Árbitro, ya que la coincidencia en la labor docente del Árbitro con un socio del despacho que defiende los intereses de la parte, no denota ni implica amistad, dependencia, ni cualquier otra circunstancia que permita fundamentar la duda sobre la imparcialidad e independencia del Sr. Árbitro.

En cuanto a la relación laboral de la hija del Sr. Árbitro con la entidad hoy demandada, la misma no se hace valer como motivo de recusación por el hoy demandante ya que tal relación le constaba con anterioridad al arbitraje (página 103 de la demanda de nulidad), por lo cual no cabe tomarla en consideración a estos efectos.

UNDECIMO.- Con respecto a la alegación de que cuestiones tales como las conversaciones con Don Augusto y Basilio, la emisión de dictámenes por parte del señor árbitro recusado y el hecho de trabajar un yerno suyo en el despacho que lleva la defensa de Banco Santander, no han sido invocadas expresamente como causa de recusación, cabe señalar:

En primer lugar, y ante todo, que aun prescindiendo de las cuestiones que la hoy demandada considera no han sido objeto de recusación, las restantes cuestiones a las que se aludía anteriormente en esta resolución como motivadoras de la procedencia de la recusación, son igualmente suficientes, a juicio de esta Sala, para entender que, con arreglo a lo ya indicado sobre el concepto, alcance y contenido en que deben ser entendidas las causas de recusación, existen motivos que permiten cuestionar fundadamente la imparcialidad e independencia del Sr. Árbitro, ya que persistiría la relación de amistad con Socio Director del despacho defensor de la hoy demandada y su pretérita relación de pasantía, la pertenencia al Centro Asesor del Máster referido, la existencia de amistad con otros letrados de dicho despacho y la amistad o admiración que la dedicatoria de una obra jurídica revela hacia el Jurista que da nombre al despacho referido, datos que aisladamente no serían motivo de recusación, pero que apreciados en su conjunto continúan poniendo de relieve la existencia de una relación del Sr. Árbitro recusado con dicho despacho profesional que va más allá de una relación puntual y esporádica, tratándose de hechos reveladores, por lo demás, de una relación de sintonía, cercanía y colaboración, aún cuando no sea remunerada, con dicho despacho, lo cual sería suficiente para entender que existen motivos para generar duda fundada en cuanto a su independencia e imparcialidad, de tal manera que sobre tales hechos, a juicio de esta Sala, cabe igualmente concluir, como ya se indicaba anteriormente, que en esta cuestión no se trata de determinar si, efectivamente, el árbitro no es imparcial o independiente, si no de analizar hasta qué punto sus relaciones con las partes o sus defensores permiten sembrar en la otra parte la fundada duda sobre tales atributos del Sr. Árbitro, y obviamente será difícilmente viable poder desvanecer la legítima duda sobre la imparcialidad e independencia del Sr. Árbitro, a la parte que ve encomendada la decisión sobre sus pretensiones a un Tribunal en el que uno de los árbitros presenta una relación con el despacho que defiende



los intereses de la contraria que va más allá de una relación puntual y que revela además la sintonía, por así decirlo, del Sr. Árbitro con dicho despacho, y ello con mayor incidencia, como se indicaba, cuando se trata de un arbitraje de equidad.

En todo caso, y si bien lo indicado ya llevaría a estimar el motivo de recusación pese a tales alegaciones, cabe señalar que esta Sala considera que las circunstancias que la demandada estima no se han hecho valer como causa de recusación, se han de tomar en consideración a la hora de resolver en este procedimiento de nulidad del laudo. Efectivamente, el hecho de que el artículo 16 del Reglamento de la Corte, en consonancia con el artículo 18.2 de la Ley de Arbitraje, establezca que la recusación deberá hacerse valer en el plazo de 15 días a contar desde que se tenga conocimiento de las causas que dan lugar a la recusación, debe ser entendida en el sentido de que dicho plazo comenzará a contar desde el momento en que el árbitro fue nombrado, si las conocía con anterioridad, o desde que el árbitro manifieste por su propia iniciativa tales circunstancias o cuando tuviese conocimiento de ellas el recusante por haber solicitado aclaración al árbitro antes de promover la recusación, con arreglo a lo previsto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento en consonancia con el artículo 17.2 pfo. 2º de la Ley de Arbitraje; pero por el contrario, si se ha promovido la recusación y en el seno de ella se solicitan aclaraciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17.2 párrafo segundo de la Ley de Arbitraje y artículo 15.3 del Reglamento de la Corte, obviamente todas aquellas circunstancias que ponga de manifiesto el señor árbitro recusado a tenor de las aclaraciones que se le hayan solicitado y que guarden relación sustancial con los motivos alegados, deben entenderse comprendidas dentro de la recusación, pudiendo y debiendo ser tenidas en consideración a la hora de resolver la misma.

Dada la generalidad de términos de las causas de recusación en la Ley de Arbitraje, si se entiende que se han de alegar motivos tan concretos que impliquen hechos puntuales y específicos, se haría de peor condición y más ardua y compleja la recusación arbitral que la de Jueces y Magistrados, cuando lo que se pretende es, precisamente, dotar a aquella de más flexibilidad y amplitud, tal y como resulta de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje ya aludida, ya que en la recusación basada en causas tasadas, basta aludir a la causa genérica (amistad, enemistad, parentesco, etc.), sin tener que acertar precisamente en el hecho concreto y específico que la pueda motivar, y si el recusado admite un hecho que tenga encaje en la causa de recusación planteada, aunque el hecho reconocido no sea exactamente el alegado, obviamente prosperará la recusación, ya que será el propio recusado el que indique el motivo de su recusación; entenderlo de otra manera vulneraría el artículo 24 de la CE al implicar la posibilidad de continuar conociendo del asunto a quien reconoce la existencia de motivos de recusación.

A este respecto, cabe tener en cuenta, que la resolución del Árbitro dentro, obviamente del respeto a los derechos de audiencia y defensa, no obstante, no puede entenderse sometida al mismo rigor en cuanto al principio de aportación de parte se refiere que cuestiones tales como, por ejemplo, la prueba sobre las que se sustentan las pretensiones de fondo y de estricto derecho privado, ya que si bien las partes tienen derecho a la práctica de la prueba pertinente, para que ésta lo sea será preciso que se hayan alegado oportuna y precisamente los hechos en que sus pretensiones de fondo y contenido patrimonial y de derecho privado se sustentan; por el contrario la recusación tiene por objeto cuestiones que por sí mismas afectan al derecho fundamental de defensa, y en las que la aportación de parte no ha de ser tan estricta, tanto es así que la puesta de relieve de motivos de recusación recae, en primer término sobre el propio Árbitro (artículo 17.2 Ley de Arbitraje), de tal manera que, sin perjuicio, como se indicaba, de la difícil misión que para el Árbitro ha de suponer evaluar la transcendencia de sus relaciones con las partes a estos efectos, el reseñado precepto revela que los motivos de recusación no tienen por qué ser necesariamente introducidos por las partes en el proceso, pudiendo hacerlo el propio Árbitro, de ahí la mitigación del principio de aportación de parte, y de ahí que quepa tomar en consideración cuestiones que, guardando sustancial relación con los motivos de recusación alegados, se pongan de manifiesto por el propio Árbitro, aun cuando sean exactamente los motivos concretos aducidos por el recusante.

Por otro lado, de considerarse que únicamente cuando la parte que formula recusación acierta a promoverla sobre un hecho concreto y específico y que aun cuando el árbitro reconozca circunstancias que, guardando relación sustancial con el motivo de recusación alegado, no sean precisa y exactamente las alegadas, pese a ello la recusación no prosperará, ello equivaldría a considerar que, pese a la expresa manifestación de voluntad por el recusante de hacer valer su derecho a recusar y pese al reconocimiento por el árbitro de circunstancias que, sin ser en concreto la alegada, guardan relación con aquélla, la recusación no prosperaría pese a que sea el propio árbitro el que ponga de relieve tales circunstancias, lo dicho, a juicio de esta Sala, supondría una incompleta defensa del Derecho Fundamental al Juez Imparcial, cuando la parte ha dejado clara su voluntad de recusar y cuando el propio árbitro, con motivo de las aclaraciones que le son solicitadas, reconoce circunstancias que pueden constituir motivo de recusación. Así, como se verá, en el presente supuesto, aparte de los hechos específicos que como motivos de recusación se alegaban, a través de las aclaraciones que



se solicitaban al Sr. Árbitro quedaban de manifiesto los diversos motivos en los que el recusante pretendía sustentar su recusación.

Así, en el primer escrito de recusación se indicaba (documento 19), tras aludir a las relaciones con el Sr. Roman y la pertenencia al Consejo Académico del Centro de Estudios Garrigues, que tales circunstancias ponían de relieve la existencia de relaciones personales y profesionales del Sr. Árbitro con dicho despacho (pag 3 y 5), por lo cual resulta claro que el motivo de la recusación fueron las relaciones que el Sr. Árbitro mantenía con dicho despacho, por lo que, sin necesidad de plantear nueva recusación, todas aquellas circunstancias que el señor árbitro pudiera poner de manifiesto y que hicieran alusión a sus relaciones con el despacho que defendía los intereses de la parte contraria podían y debían ser tenidas en cuenta a la hora de resolver la recusación sin necesidad de, a la vista de tales aclaraciones, hacer extensiva la recusación a las cuestiones puestas de manifiesto por el señor árbitro en torno a su relación con el referido despacho.

Pero es más, incluso en tal escrito inicial de recusación se indicaba que se hacía extensiva ésta a cualesquiera causas que pudieran resultar de las aclaraciones que se solicitaban, y éstas aludían, entre otras cuestiones, a los cargos que podía tener el señor árbitro recusado en el despacho de abogados, si percibía alguna retribución económica, si en alguna ocasión Banco Santander había sido cliente del despacho del señor árbitro, y si conocía a Don Augusto o Basilio y en general, pero de forma expresa y clara, a las relaciones personales, profesionales y comerciales que hubiese tenido con Banco Santander o entidades pertenecientes a su grupo empresarial o con cualesquiera miembros del despacho que asumía la defensa de dicha parte (páginas 14 a 16). Por tanto, a través de tales aclaraciones quedaba aún más patente la voluntad de instar la recusación a los motivos que de forma clara se exponían a través de las aclaraciones solicitadas.

Pero además se presenta el día 23 de Febrero (documento 70), escrito ampliando la recusación a la emisión de un dictamen a favor de Banco Santander, el uso de despacho en el bufete que desarrollaba la defensa de dicha entidad, y la relación laboral de la hija del Sr. Árbitro recusado, solicitando nuevas aclaraciones con respecto a la emisión de dictámenes a favor de Banco Santander o sus filiales, si había dispuesto de despacho en la firma que desarrollaba la defensa de Banco Santander y si había sido designado como árbitro por dicha entidad en el procedimiento. Las aclaraciones del Sr. Árbitro se emiten al día siguiente de este escrito y se debe entender que responden a las aclaraciones solicitadas en ambos escritos de recusación ya que aluden, aparte de a las cuestiones planteadas en la primera recusación, a cuestiones específicamente planteadas en el segundo escrito de recusación, tales como la emisión de dictámenes y al hecho de que no dispone de despacho en la firma que desarrolla la defensa de Banco Santander (documento 73). La recusación se resuelve el 25 de febrero ese año (documento 74) pronunciándose, entre otras cuestiones, sobre la emisión de los dictámenes a los que aludía el señor árbitro en sus aclaraciones, por lo cual el tribunal arbitral resolvió tomando en consideración las aclaraciones referidas, las cuales se referían a las respuestas a las cuestiones planteadas como motivo de recusación en ambos escritos. En todo caso, y habiendo quedado debidamente planteados los motivos de recusación, sobre ellos ha de extenderse el análisis que se realiza en la presente resolución sobre la resolución adoptada al respecto por el Tribunal Arbitral en el sentido de no acoger la recusación, ya que, promovida la recusación, si ésta no prospera cabe plantear la cuestión como motivo de nulidad del laudo (artículo 18.3 de la Ley de Arbitraje), y habiéndose desestimado las objeciones planteadas por el hoy demandante con respecto a la tramitación procesal, y no haciéndose objeción por la parte demandada en torno a dicha tramitación, en el sentido de que pudo y debió efectuar alegaciones ante las recusaciones planteadas,- y habiendo en todo caso dispuesto y habiendo hecho uso en este procedimiento de la posibilidad de alegar lo que ha estimado oportuno con respecto a las causas de recusación- resulta claro que esta Sala puede y debe pronunciarse sobre los motivos de recusación planteados en el arbitraje sobre la base de lo actuado en el proceso arbitral.

Es más, posteriormente, el día 27 de abril de 2009 (documento 77) se plantea nueva recusación aludiendo al silencio del Sr. Presidente con respecto a cuestiones tales como que éste no había puesto de manifiesto conversaciones mantenidas Don Augusto y Basilio , o bien sus relaciones con socios del despacho que defendía los intereses de Banco Santander, documento del que se dio traslado a la parte contraria (folio 452 de las actuaciones arbitrales), escrito que incide en el planteamiento de tales cuestiones como causa de recusación.

Por tanto, las cuestiones relativas a las conversaciones con Don. Augusto y Basilio , ya quedaban expuestas en el primer escrito de recusación como motivo de tal recusación al solicitarse aclaración expresa en tal sentido, y la emisión de dictámenes, se encontraba igualmente comprendida en la alusión a actuaciones profesionales del Sr. Árbitro teniendo como cliente a de Banco Santander, así como en las relaciones profesionales mantenidas con tal entidad. Por último y en cuanto al hecho de que el Yerno del Sr. Árbitro trabaja en el despacho, tal cuestión la pone de manifiesto el Sr. Árbitro al emitir sus aclaraciones y obviamente está comprendida dentro la alegación de la existencia de relaciones con el referido despacho como motivo de recusación ya alegado en el primer escrito de recusación, tanto es así que el propio Sr. Árbitro recusado alude



a ella espontáneamente al exponer sus relaciones con el despacho de abogados, y si bien lo dicho ya lleva a entender que tal cuestión se encontraba comprendida dentro de los motivos de recusación planteados, cabe añadir que la actora incide en tal hecho en el tercero de los escritos de recusación presentados, al considerar incluso que tal circunstancia se debió poner de manifiesto por el propio árbitro recusado.

DUODÉCIMO.- Si bien lo indicado ya lleva a estimar la nulidad del laudo arbitral, no obstante, y dado que las cuestiones relativas a la prueba no practicada y no admitida, se refieren igualmente a la tramitación del procedimiento que dio lugar al laudo cuya nulidad se pretende y tienen trascendencia en la tramitación del referido procedimiento arbitral, procede analizar éstas al objeto de darles la correspondiente respuesta en derecho, y resolver todas las cuestiones atinentes a la tramitación procesal del procedimiento arbitral.

Con relación a la vulneración del derecho a la prueba del recurrente, dicho motivo a su vez se subdivide en diversas alegaciones. La primera de ellas, y que abordaremos a continuación, se sustenta en la denegación de la prueba "3 más documental" propuesta y denegada por el tribunal arbitral.

La prueba "3 más documental" se propuso el 16 de octubre de 2008, solicitando, en esencia (documento 9 de la demanda), que se requiriese a la entidad Banco Santander, S.A., al objeto de que certificase las operaciones de compraventa de títulos o de derechos, préstamos de valores, pignoración de acciones o cualesquiera otro tipo de negocios realizados sobre acciones de Inmobiliaria Colonial, S.A., por el Grupo Santander y cualquier otra entidad participada o relacionada, directa o indirectamente, con las anteriores, por cuenta propia o para los fondos gestionados por dichas entidades durante los años 2006, 2007 y 2008, hasta el 30 de septiembre, agrupando la información por cada una de las entidades del grupo y tipo de operación, con indicación de saldo a 1 de enero de 2006, fecha de la operación, número de acciones o derechos comprados, vendidos o prestados.

Se solicitaba igualmente certificación en la que se hiciese constar las operaciones de préstamo, crédito o cualesquiera otra de naturaleza idéntica o similar realizadas por la entidad bancaria, o cualquier otra persona participada relacionada con ella, a favor de una serie de personas que se relacionaban, y durante el mismo periodo de tiempo anteriormente indicado.

Igualmente se solicitaba certificación en la que constasen las visitas realizadas a las oficinas, instalaciones y sedes de la demandada por las personas físicas que constaban en el anexo 2 que se acompañaba, y ello durante los años 2007 y 2008, hasta el 30 de septiembre de ese año.

Mediante providencia de 27 de octubre de 2008, el Tribunal Arbitral denegó dicha prueba indicando: "no ha lugar a requerir a BANCO DE SANTANDER a fin de que emitan los certificados a que se refiere el apartado 3 de dicho escrito" (documento 38 de la demanda, página 3).

Dicha providencia fue impugnada por la hoy demandante el 3 de noviembre de 2008 (documento 39 de la demanda), dictándose providencia el 17 de noviembre de 2008 en la que se indicaba que el motivo de la denegación de dicha prueba no radicaba en el deber de confidencialidad de la entidad de crédito, sino en el hecho de que se consideraba que la prueba entrañaba una investigación generalizada de actividades de todo tipo del Banco Santander, por lo que, a fin de pronunciarse con respecto a ella, era necesario que la proponente realizase la correspondiente concreción (documento 40 de la demanda).

DECIMOTERCERO.- La hoy demandante presenta escrito el 24 de noviembre de 2008 al objeto de dar cumplimiento al requerimiento de concretar la prueba (documento 41 de la demanda). A través de dicho escrito se renunció a la solicitud de certificación del libro de visitas con respecto a las que hubieran podido realizar a la entidad bancaria determinadas personas, si bien con respecto al resto de la prueba analizada, la hoy demandante no efectuó concreción alguna, ya que de la lectura del escrito referido se desprende que la misma se limita a exponer ante el Tribunal la necesidad de que la prueba se practique en los términos que ya había propuesto, dada la trascendencia que entendía tenía en el litigio y la relevancia en la decisión a adoptar en el mismo, es más, el suplico de dicho escrito concluye reproduciendo la proposición de prueba (página 11), únicamente añadiendo que dicha prueba habría de realizarse mediante certificado "o si se prefiere testimonio". No puede entenderse tampoco que haya existido concreción de la prueba propuesta por el hecho de que, al referirse al primero de los certificados solicitados se indicase que la horquilla de tiempo que se pedía era la precisa, a juicio de la parte, añadiendo "otra cosa es que el tribunal arbitral decida, contra lo petitionado por esta parte circunscribir el ámbito temporal" (página 7), ya que con tal afirmación, que por otro lado no tiene reflejo en el suplico del escrito, no se acota por la parte el período de tiempo que se solicitaba comprendiese la prueba documental, ya que se mantenía en la necesidad de que abarcase el período temporal indicado, limitándose la parte a señalar algo, por lo demás obvio, como era que el tribunal podría, en su caso, limitar ese periodo de tiempo, pero lo que se le requería a la parte era, precisamente, que fuese ella quien acotase y concretase su petición de prueba, y además no sólo en el ámbito temporal.



Posteriormente, el 15 de diciembre de 2008 (documento 42 de la demanda), se presenta escrito complementario a otro presentado el día 12 de ese mes y año, en el que se indica que para soslayar las alegaciones de la contraria sobre la protección de datos personales, se utilizasen códigos alfabéticos, numéricos o alfanuméricos, remitiéndose en plica cerrada la identificación de dichos códigos, plica que quedaría en poder del Tribunal Arbitral. No obstante, tampoco con ello se contribuía a concretar el objeto y alcance de la prueba propuesta, sino simplemente a contrarrestar las objeciones opuestas por la parte contraria con respecto a la protección de datos de carácter personal, lo cual se refiere a la forma de practicar la prueba, pero no a su extensión y contenido concreto, que era lo que habían motivado la previa denegación de la misma a tenor de la Providencia dictada por el Tribunal Arbitral, el cual además había indicado expresamente que no era la confidencialidad y el alcance del secreto bancario lo que le había llevado a desestimar la prueba (documento 40 de la demanda, página 1ª).

El 17 de Diciembre de 2008, el Tribunal dicta resolución (documento 43 de la demanda) en la que mantenía la denegación de la prueba propuesta, indicando pormenorizadamente los motivos por los que entendía que la prueba, tal y como había sido propuesta, adolecía de falta de concreción, ya que se pedía certificado de cualesquiera tipo de negocios realizados sobre acciones de Inmobiliaria Colonial, y no sólo las realizadas por la parte contraria, sino además aquellas realizadas por entidades pertenecientes al Grupo Santander y/o cualquiera otra sociedad participada o relacionada, directa o indirectamente con las anteriores y tanto por cuenta propia como para los fondos gestionados por dichas entidades, todo lo cual, entendía el Tribunal, hacía que la prueba, en la forma en que era propuesta, fuera inconcreta.

DECIMOCUARTO.- La prueba propuesta por la hoy demandante adolecía, tal y como indicó el Tribunal Arbitral de la concreción precisa para ser admitida.

La hoy demandante solicitaba que la parte contraria certificase cualesquiera tipo de negocios realizados sobre acciones de Inmobiliaria Colonial, dado que si bien enunciaba al inicio que habían de certificarse las operaciones de compraventa, préstamos, pignoración, añadía "cualquiera otro tipo de negocios realizados sobre acciones", y además no sólo se limitaba a solicitar dicha información con respecto a las actuaciones realizadas por la propia parte contraria, extendiéndolo a cualesquiera otras entidades participadas o relacionadas, directa o indirectamente con las anteriores en los términos establecidos en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores y 42 del Código de Comercio, y además, extendiendo el ámbito de la ya de por sí extensa prueba, no sólo a las actuaciones realizadas por cuenta propia sino también la realizadas para los fondos gestionados por dichas entidades.

Tal generalidad de términos es incompatible con la mínima concreción que debe presidir la solicitud de la práctica de prueba en que las partes apoyan sus pretensiones de fondo. Si bien la parte tiene derecho a que se practiquen las pruebas conducentes a acreditar los hechos que alega o para refutar los alegados de contrario, no es menos cierto que no cabe, al socaire de ello, realizar una investigación generalizada e indiscriminada de la actividad de la otra parte o de un tercero, es preciso que el proponente de la prueba, a la hora de realizar dicha proposición, concrete los términos de la misma, ya que la prueba encaminada a sustentar las pretensiones de fondo de las partes, y que por ello pretenden la tutela de un interés privado, no tiene por objeto averiguar hechos, sino probar hechos que han sido alegados, de ahí que las pruebas indagatorias o pesquisatorias, es decir, aquellas que tienden a obtener información mediante una indagación genérica, no sean admisibles, ya que el momento en que han de ponerse de manifiesto los hechos en que las partes basan sus pretensiones y encaminadas a ver su derecho patrimonial resarcido, no es durante la práctica de la prueba, sino en la fase expositiva de cada procedimiento, de ahí que el artículo 283.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exija que la prueba propuesta tenga relación con lo que sea objeto del proceso, y obviamente únicamente es objeto del proceso aquello que guarda relación con los hechos oportunamente alegados en la demanda o contestación, o en general en los escritos expositivos de los hechos en que sustentan sus respectivas pretensiones.

Por otro lado, la prueba, una vez admitida como pertinente, ha de ser practicada, y si la prueba es tan genérica y su propio contenido es indeterminado, nunca existirá certeza de que ha sido debidamente cumplimentada. Así ocurriría de haberse admitido la prueba solicitada por la hoy demandante, dado que resulta imposible determinar si la información que ofrecía la hoy demandada satisfacía la inconcreta, por amplia y genérica, solicitud de prueba realizada por la parte contraria.

Igualmente, el carácter genérico de la prueba impedía determinar hasta qué punto cualesquiera tipo de operaciones realizadas sobre los títulos de Inmobiliaria Colonial incidía en las cuestiones objeto del proceso, debiendo del Tribunal, a la vista de la prueba propuesta, determinar hasta qué punto la misma se concreta y se ciñe a las cuestiones debatidas en el proceso, ya que sobre tal base ha de declararse su pertinencia; indudablemente resulta tarea imposible pronunciarse sobre ello cuando lo que se solicita es un informe sobre todas y cada una de las operaciones realizadas, por la hoy demandada o entidades por ella participadas directa e indirectamente, con respecto a las acciones de Inmobiliaria Colonial.



Por tanto, la decisión del Tribunal Arbitral de no admitir la prueba propuesta no resulta irracional, arbitraria ni inmotivada.

En lo que respecta en relación con el listado de personas que se adjuntaba, cabe añadir que indicaba la hoy demandante en su escrito de impugnación de la providencia que no admitía dicha prueba (documento 39), que la misma tenía como objeto acreditar el mantenimiento de posiciones de elevado riesgo por parte de Banco Santander con determinados clientes antes de la contratación de los Equity swaps y durante sus renovaciones y al momento de su liquidación, si bien el laudo arbitral indicaba que no existía deber positivo de informar por parte de Banco Santander, por lo que se consideró que no "existe un claro deber de información que el Banco tuviera respecto de Gaesco a propósito de las relaciones o negociaciones que dice que podía mantenerse con los accionistas de referencia de colonial" (página 157 del laudo arbitral), por lo cual, tal prueba, aún de haberse practicado, no hubiera motivado un resultado diferente del litigio en este aspecto, ya que el motivo de la desestimación era independiente del resultado que dicha prueba hubiera podido arrojar, caso de que, cabe añadir, pese a su indeterminación, se hubiese practicado.

DECIMOQUINTO.- Incide en la procedencia de la desestimación de la prueba referida en lo que se refiere a la solicitud relativa a las operaciones realizadas por la hoy demandada en torno a las acciones de inmobiliaria Colonial (apartado 1º de la prueba propuesta), el hecho de que excede de los términos en que quedó trabada la litis, ya que en su contestación a la demanda de arbitraje, la hoy demandante de nulidad aludía, como operaciones de Banco Santander que podían haber influido en la cotización de las acciones, a las operaciones de préstamo de éstas, y eventualmente su venta por la referida entidad bancaria sin hacer alusión ni explícita ni implícita a otras operaciones diferentes (documento 2, páginas 55 y 56), con lo cual el pretender extender la actuación que imputaba a cualesquiera operaciones sobre las acciones realizadas por Banco Santander y/o entidades por ella participadas, suponía modificar los términos del debate fáctico.

Prueba de que éste era el planteamiento de la hoy demandante, es que ésta aludía al próximo dictamen del Sr. Carlos Alberto (página 57 del documento 2), y el citado perito en su informe de 17-09-2008 (documento 37, página 29), indicaba que, para "poder calificar mejor la práctica de liquidación de Banco Santander S.A. y en general su conducta profesional en todo el proceso de cierre de las operaciones de equity swaps, necesitaríamos disponer de la siguiente información", reseñando a continuación una serie de datos que debía proporcionar el Banco Santander, los cuales fueron posteriormente solicitados y admitidos como prueba (documentos 50 y 51), poniendo lo indicado de relieve que, para el propio perito, la referida era la información que precisaba para completar el informe al que se aludía al contestar la demanda y en relación con los hechos en tal contestación expuestos, y si bien posteriormente el referido perito estimó precisa la prueba que se denegó, no obstante, para dar cobertura pericial a lo alegado en la contestación manifestó serle suficiente la información que se solicitó y acordó practicar como prueba.

Igualmente debe tenerse en cuenta que la hoy demandante solicitaba que se expidiese certificación por la parte contraria, lo cual hace aplicable las normas sobre exhibición documental, ya que en definitiva lo que pretende la parte es que la contraria le exponga el resultado que quepa extraer de su propia documentación, siendo así que si bien existe un deber de exhibición documental, el artículo 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige un mínimo de concreción a tal respecto, y si bien cabe solicitar información que obre en poder de la parte contraria, ello no puede significar una indagación genérica de sus actuaciones.

Pero es más, al pretenderse por la parte hoy demandante que la contraparte realizase un informe sobre todas y cada una de las operaciones que hubiese realizado por sí, o a través de las entidades directa o indirectamente participadas o relacionadas con ella, y tanto en actuación por cuenta propia como por cuenta ajena, con desglose de saldos, fechas y operaciones, tal forma de proponer la prueba se aproxima más a un trabajo de auditoría o a una prueba pericial, que una simple prueba documental cuya elaboración se impone exclusivamente a la propia parte contraria.

Todo lo indicado lleva igualmente a considerar acorde a derecho la desestimación de la prueba analizada.

DECIMOSEXTO .- Considera la demandante de nulidad que se le ha privado de su derecho a la prueba, ya que solicitó se requiriese a la parte contraria para que aportase la posición del banco en acciones al contado de Inmobiliaria Colonial, prueba que le fue admitida por el Tribunal Arbitral, si bien la parte contraria eludió el debido cumplimiento de la prueba, ya que aportó un listado en el que, mediante nota a pie de página, reconocía que no se incluían las acciones tomadas en préstamo por Banco Santander y sí las cedidas en préstamo por dicha entidad, ante lo cual la actual demandante de nulidad requirió al Tribunal Arbitral para que se diese cumplimiento a la prueba acordada, solicitud que fue denegada mediante providencia de 4 de mayo de 2009 en la que se indicaba que el período de prueba había concluido.

Se desprende de lo actuado que mediante escrito presentado el 22 de septiembre de 2008 (documento 50 de la demanda) se solicitó, entre otras cuestiones, se requiriese a la parte contraria para que aportase la posición



del banco en acciones al contado de Inmobiliaria Colonial, SA, desde el 10 de diciembre de 2007 al 4 de enero de 2008, prueba cuya práctica fue acordada mediante providencia de 1 de octubre de 2008 (documento 51); ante tal requerimiento, la hoy demandada presentó con su escrito de 16 de octubre de 2008 (documento 52) un listado de las posiciones del banco en la referida inmobiliaria, si bien dicho listado indicaba mediante nota a pie de página que dichas cifras no incluían las acciones tomadas en préstamo por Banco Santander y sí incluían las cedidas en préstamo a terceros, ya que la titularidad de las acciones, se indicaba, permanecía en el prestamista. El 27 de octubre de 2008 se dictó providencia teniendo por cumplimentado el requerimiento dirigido a la entidad bancaria (documento 53). El 15 de enero se presenta el escrito solicitando al tribunal se requiriese de nuevo a la entidad bancaria para que aportase la información requerida, y en concreto, las acciones dadas y tomadas en préstamo por dicha entidad con indicación de las contrapartes correspondientes desde el 10 de diciembre de 2007 hasta el 4 de enero de 2008 (documento 55, especialmente páginas 5 a 12), el 24 de abril de 2009, se presenta escrito fechado el 23 de ese mes y año, en el que mediante otrosí se reitera el incumplimiento por parte de Banco Santander del requerimiento efectuado para clarificar la posición del banco en acciones de Inmobiliaria Colonial (documento 57, página 32, 33 y 35). El 4 de mayo de 2009 se dictó providencia en la que, en relación con el escrito de fecha 23 de abril de 2009, presentado por la hoy demandante, se declara no haber lugar a requerir a Banco Santander, toda vez que el período de prueba se encontraba precluido, dictándose el 12 de mayo de 2009 el laudo arbitral.

DECIMOSÉPTIMO .- Tal y como ya se indicó, para que el derecho a la prueba se entienda vulnerado es preciso que, tratándose de una prueba admitida, no se haya practicado por causas imputables al Tribunal.

De la reseña de las actuaciones practicadas a este respecto que se realiza en el anterior fundamento de esta sentencia, se desprende que, pese a la solicitud por parte de la demandante al objeto de que se requiriese a la entidad contraria para que cumplimentase en su integridad el requerimiento de que había sido objeto, no consta que sea haya efectuado actuación alguna al respecto, salvo la resolución que no daba lugar a la solicitud por haber concluido el período de prueba.

La parte demandada considera que se dio cumplimiento íntegro al requerimiento de que fue objeto. No obstante, en la propia contestación al requerimiento efectuado se indica que no se incluyen las acciones tomadas a préstamo por Banco Santander, por considerar que el préstamo de acciones no modifica la titularidad de las mismas.

El artículo 312, párrafo segundo, del Código de Comercio establece que "en los préstamos de títulos o valores, pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquellos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario", por lo cual, salvo que las operaciones de préstamo hubiesen pactado la necesidad de conservar las propias acciones prestadas, u otra modalidad de préstamo que implicase la indisponibilidad de las mismas por parte del prestatario, lo cual no se indica en la contestación al requerimiento, debe entenderse que Banco Santander tenía la plena disponibilidad con respecto a las acciones que había recibido en préstamo, por lo que debían incluirse dentro de la relación de títulos recogida en la contestación al requerimiento, ya que, aparte de que al no constar pacto en contra debe entenderse que la titularidad de la acción se transmite al prestamista, no obstante, con independencia de la titularidad, era un dato trascendente a efecto de conocer la posición de Banco Santander con respecto a las acciones de la inmobiliaria, cuestión sobre las que se incidirá posteriormente al analizar la trascendencia de la prueba no cumplimentada. En todo caso, una cuestión es que la parte considere que dicho extremo no debe ser cumplimentado, y otra cuestión diferente es que, puesto de manifiesto por la parte contraria la necesidad de aportar dicho dato no se obtenga respuesta a tal solicitud, salvo la indicación, ante la última de las solicitudes, de que el período de prueba ya había concluido.

En cuanto a la conclusión del período de prueba, en el acta de misión se establece que la práctica de la prueba se extendería hasta el día 10 de febrero (folio 250 de las actuaciones arbitrales), por lo cual la solicitud de requerir a la hoy demandada para que aportasen los datos relativos a las acciones prestadas se formuló dentro del plazo inicialmente fijado para la práctica de la prueba, por tanto, la solicitud de cumplimentar la prueba se produjo dentro del plazo probatorio. Es más, el 17 de febrero de 2009 se practicó la ratificación informe pericial de los señores Jose Antonio y Carlos José (folios 378 a 380 de las actuaciones arbitrales), de lo cual se desprende que, cuando menos, hasta ese momento, el período de práctica de prueba se encontraba abierto.

Cierto es que la Providencia de 27 de Octubre de 2008 no consta fuese recurrida por la hoy demandante en lo relativo a ese extremo, no obstante, en dicha providencia se indica que se tiene por "atendido el requerimiento" (documento 53 de la demanda), lo cual puede ser entendido en el sentido de que se ha dado respuesta al requerimiento, lo que no implica que se dé por plena y correctamente cumplimentado, y no existiendo una clara indicación de que a través de tal resolución se tuviese por correcta e íntegramente cumplimentada la prueba, la ausencia de recurso contra la misma no puede entenderse obstáculo para solicitar la debida cumplimentación de ésta. Por otro lado, abunda en lo dicho, el hecho de que es en dicha providencia



en la que se deniega la prueba 3 más documental, cuya inadmisión definitiva no se produce hasta el 17 de diciembre de 2008, y cuya admisión hubiera suplido la no cumplimentación de la prueba que analizamos, dado que se desprende de lo actuado que la prueba 3 más documental tenía una mayor amplitud a este respecto y englobaba, por así decirlo, la prueba que se analiza, de tal manera que el recurso ante la denegación de tal prueba implicaba la expectativa de la práctica de una prueba que hiciese superfluo solicitar el íntegro cumplimiento de la prueba admitida.

Por su parte, la providencia de 4 de mayo de 2009 que denegaba la solicitud de la hoy demandante de cumplimentar la prueba, consta con fecha de entrada en la Corte de 12 de Mayo de 2009 (folio 472 de las actuaciones arbitrales), constando igualmente que ese día se acuerda la notificación a las partes (folio 467 de las actuaciones arbitrales), siendo dictado el laudo el mismo día 12 de Mayo de 2009 (documento 24), por lo cual no existió posibilidad de formular recurso contra la referida providencia.

Por todo lo indicado, debe entenderse que la prueba no se cumplimentó al no haberse resuelto sobre a la solicitud de su pleno cumplimiento cuando se solicitó estando abierto el periodo de práctica de prueba.

DECIMOCTAVO.- En cuanto a la relevancia de la prueba, es preciso que la prueba no practicada sea relevante, es decir, que exista una correlación entre el hecho que se pretende demostrar y la prueba que no se practicó, y que tales hechos sean de tal índole que, de haberse practicado, quepa considerar que el resultado del proceso podría ser diferente (STC 16 de abril de 2007 y 4 de octubre de 2004 , entre otras).

A este respecto, se desprende de lo actuado que la hoy demandante planteó en el arbitraje, entre otras cuestiones, que la conducta de la hoy demandada propició la caída del precio de las acciones de Inmobiliaria Colonial mediante la venta de acciones de ésta, provocando con ello una liquidación superior frente a la hoy actora. Así resulta del propio acta de misión (folio 244 de las actuaciones arbitrales) y de la contestación a la demanda de arbitraje, tal y como ya se expuso.

En concreto, en lo que se refiere a la contestación a la demanda de arbitraje, la hoy demandada argumentaba que el préstamo de acciones favorecía las tendencias especuladoras a la baja, dado que los prestatarios proceden a la venta de sus acciones, provocando la caída del título y, aprovechando la tendencia bajista, vuelven a comprarlos para cumplir con su obligación de restituirlos al prestamista (documento 2, página 55). Por su parte el Sr. Carlos Alberto , en su informe pericial emitido, obviamente, sin conocer el dato relativo a las acciones tomadas a préstamo, alude igualmente a la influencia del préstamo de acciones en el valor de las mismas, manifestando en similares términos a los que se contienen en la contestación a la demanda arbitral, la incidencia que el préstamo de acciones puede tener en la cotización a la baja de los títulos (documento 35, páginas 9 a 11), y si bien el mismo señala que el simple hecho del préstamo de acciones, y pese a la insuficiencia de la prueba aportada por Banco Santander (documento 35, página 10) suponía un incumplimiento de sus obligaciones por parte de Banco Santander, con independencia del volumen del préstamo, pero obviamente, conocer el volumen al que habían ascendido dichos préstamos es una cuestión trascendente, toda vez que dependiendo de la magnitud de éstos, se podrá determinar con precisión la influencia que ello haya podido tener en el precio de cotización de la acción de Inmobiliaria Colonial, y de hecho el propio perito señala que realiza tales afirmaciones a pesar de la insuficiencia de la información facilitada este respecto por Banco Santander.

Tales consideraciones con respecto a la influencia que puede tener el préstamo de acciones en la cotización de las acciones resulta, a juicio de esta Sala, verosímil. Como anteriormente se indicaba, el préstamo de acciones implica que el prestatario debe restituir al prestamista, no la misma acción recibida, sino otras tantas de la misma especie (artículo 312, párrafo Segundo, del Código de Comercio). Por tanto, el prestamista, salvo pacto en contra, tiene plena disponibilidad con respecto a las acciones prestadas, pudiendo enajenarlas, ya que ha de devolver acciones equivalentes, pero no las mismas acciones que recibe. Si el prestatario debe devolver el mismo número y clase de acciones que recibe, resulta claro que su interés radica en desprenderse de las acciones a un precio superior al precio que tenga que abonar para adquirir las acciones que restituye al prestamista. Por tanto, el interés final del prestatario es que, una vez enajenadas las acciones prestadas, éstas bajen de precio, con el fin de poder adquirir a menor coste las acciones que debe restituir al prestamista. Por otro lado, si el prestatario tiene a su disposición un número significativo de acciones, puede además lograr, o cuando menos propiciar o influir, en el descenso del precio de la cotización mediante la venta de las acciones prestadas. Otra consideración a tener en cuenta es que el préstamo permite obtener al prestatario disponibilidad sobre acciones obviamente a un precio inferior al de la compra de esos títulos, ya que el prestamista deberá percibir otro tanto equivalente al de las acciones que prestó, por lo que la contraprestación por el préstamo, en buena lógica (artículo 386 LEC), ha de ser inferior al precio de venta definitiva de las acciones, de tal manera que el préstamo supone una forma adecuada para obtener, con menor coste que mediante la compra, acciones con las que poder operar influyendo en el precio de su cotización, por lo que igualmente, un volumen significativo de acciones recibidas en préstamo podría ser indicativo de una actuación



tendente a lograr disponibilidad sobre acciones con bajo coste, a fin de poder influir en la cotización a la baja mediante su venta. Por tanto, el dato relativo a las acciones que Banco Santander había recibido en préstamo es relevante, en el sentido de que, de haber sido sometido a la consideración del Tribunal Arbitral, podría haber motivado un resultado diferente.

Por lo indicado, existe base suficiente, a juicio de esta Sala, para entender que la prueba analizada era relevante, en el sentido de que de a través de ella se hubiesen concretado determinados hechos que hubieran podido motivar un laudo de sentido distinto al que se dictó, por lo cual es procedente acoger el recurso en este aspecto. Cabe señalar en este sentido, que el laudo recurrido indica que, en principio, existía la obligación de Banco Santander de no alterar el precio de las acciones, si bien contrarresta tal consideración sobre la doble base de que la hoy demandante ya había incurrido en incumplimiento, por lo que entendía admisible cualquier actuación defensiva que el ordenamiento permitiese, y por otro lado, porque entendió que no existían malas prácticas por parte de Banco Santander (documento 25, páginas 143, 144 y 145), de tal manera que, para determinar si existían malas prácticas, y si, por otro lado, la reacción de Banco Santander era o no acorde al ordenamiento, el dato omitido con respecto al préstamo de acciones, por todo lo ya indicado, podía ser relevante en el sentido de incidir en el resultado del litigio.

Obviamente, con lo indicado no se pretende señalar que, efectivamente, la práctica de la prueba en debida forma haya de llevar necesariamente a otro resultado, sino simplemente que se trata de un dato relevante que puede y debe ser sometido a la consideración del Tribunal Arbitral, al objeto de que resuelva tomando en consideración una prueba declarada pertinente y que puede tener incidencia en el resultado del litigio.

Por todo lo indicado procede estimar tal motivo de nulidad con arreglo al artículo 41.1 d) y f) de la Ley de Arbitraje , ya que la tramitación del arbitraje en este aspecto no se ha ajustado al artículo 24.1 de Ley Arbitral ni al Derecho a la Prueba reconocido en el artículo 24.2 de la CE , vulnerando con ello el orden público procesal.

DECIMONOVENO.- Con respecto a los documentos que pretendió aportar la demandante de nulidad como documentos 133 a 139, tales documentos se presentan, indica la demandante, mediante escrito de 8 de noviembre de 2008, motivando la Providencia de 19 de noviembre de ese año en la cual se rechazaban dado que había concluido el período de práctica de prueba (documento 59).

Dado que según el acta de misión, el período de proposición de prueba concluía el día 16 de octubre de 2008 (documento 8, página 19), por lo cual tales documentos se presentaron fuera de tal período de proposición, y por más que la tramitación del arbitraje no haya de ser tan rigurosa en materia de plazos y aportación de prueba como la que rige en los procesos judiciales, ha de existir un mínimo de orden procesal, ya que de no observarse plazo preclusivo alguno, por dotar al arbitraje de mayor flexibilidad, se vulnerarían los derechos de audiencia, contradicción y defensa (Artículo 24 de la Ley de Arbitraje) si se admitiese la proposición de prueba el momento extemporáneo, impidiendo con ello a la parte contraria alegar y proponer por su parte las pruebas de que intentase valerse, por lo cual la decisión del Tribunal Arbitral en este aspecto no puede considerarse arbitraria, infundada o incongruente.

VIGÉSIMO.- Dado que se declara la nulidad del laudo arbitral y queda por ello éste sin efecto, no procede analizar si el mismo vulnera o no el orden público con arreglo a las alegaciones realizadas a tal efecto por la hoy demandante, así como la solicitud de nulidad parcial del laudo en cuanto al importe de las costas, formulada mediante ampliación de 24 de Julio de 2009, ya que la nulidad del laudo hace igualmente innecesario pronunciarse al respecto.

VIGÉSIMOPRIMERO.- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y si bien se estiman las pretensiones de la demandante de nulidad, concurren en el presente supuesto dudas de hecho y de derecho que motivan la no imposición de las costas causadas en este recurso de nulidad, dada la complejidad de las cuestiones planteadas, complejidad que queda de manifiesto a través de la lectura de la presente resolución, y que obviamente hubo de generar a las partes dudas sobre el resultado del litigio, que fuesen más allá de las propias de toda controversia jurisdiccional. Cabiendo reseñar específicamente las dudas de hecho y de derecho que, a efectos de aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , entraña la cuestión relativa a la recusación del Sr. Árbitro, ya que si bien, como queda indicado, existen motivos suficientes para entender que procede la recusación, no obstante, el determinar si las circunstancias en él concurrentes eran o no causa apta para su recusación, precisan determinar si, apreciadas en su conjunto, las circunstancias que concurrían en el árbitro tienen encaje en la genérica norma (artículo 17.3 de la Ley de Arbitraje), relativa a su independencia e imparcialidad, lo cual es una cuestión que depende en gran medida del criterio que al respecto se adopte por el tribunal juzgador, y que incide en las dudas que sobre el resultado del litigio hubieran de asaltar a las partes, lo cual, entiende esta Sala, implica la existencia de las ya referidas dudas de hecho y de derecho.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación



FALLAMOS

Que ESTIMANDO la demanda de nulidad formulada por **DELFORCA** 2008, SOCIEDAD DE VALORES S.A. contra el laudo arbitral de 12 de mayo de 2009 dictado en procedimiento arbitral seguido ante la Corte Española de Arbitraje, procedimiento de nulidad en el que ha sido demandada BANCO SANTANDER, S.A., por entender procedente la recusación del Sr. Árbitro recusado y por infracción del derecho a la prueba con arreglo a lo indicado, respectivamente, en los fundamentos 8º a 11º, ambos incluidos y 16º a 18º, ambos incluidos, de esta sentencia y que se dan por reproducidos, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS la nulidad del referido laudo arbitral, no haciendo imposición de las costas causadas en este procedimiento de nulidad.

Contra la presente resolución no cabe recurso, sin perjuicio, si se interpusiese, de dar al mismo la tramitación procesal oportuna, incluido, en su caso, el correspondiente recurso de queja.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala y se notificará a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 208.4 de la L.E.C . 1/2000, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaria certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJLAS