



Roj: **STSJ M 14034/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:14034**

Id Cendoj: **28079310012017100171**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/10/2017**

Nº de Recurso: **32/2017**

Nº de Resolución: **60/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2017/0064515

REF: PROCEDIMIENTO ANULACION DE LAUDO ARBITRAL nº32/2017

DEMANDANTE: VIARIO A-31, SA, SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL ESTADO

PROCURADORA: Dña. Lourdes Cano Ochoa

DEMANDADA: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA

PROCURADORA: Dña. Ana Llorens Pardo

SENTENCIA N° 60/2017

Excmo. Sr. Presidente:

Dn. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/:

Dña. Susana Polo García

Dn. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a veintisiete de octubre del dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 17 de abril de 2017 tuvo entrada en este Tribunal la demanda formulada por la Procuradora Dña. Lourdes Cano Ochoa en nombre y representación de **VIARIO A-31, SA, SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL ESTADO, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA** acción de anulación del laudo arbitral de fecha 22 de febrero de 2017, dictado por el Tribunal Arbitral compuesto por los árbitros D. José M^a Villavilla Muñoz, D. Miguel Moscardo Morales-Vara del Rey y D. Anibal .

SEGUNDO .- Tras la subsanación de defectos formales acordada por Diligencia de Ordenación de 19 de abril, por Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de fecha 8 de mayo de 2016 se admitió la demanda presentada, y tras los emplazamientos correspondientes, la demandada presentó escrito de contestación a la demanda el 7 de septiembre.



TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 15 de junio se acordó dar traslado a la demandante de la contestación para incorporar nuevos documentos o petición de pruebas, quien presentó escrito el 4 de julio, dictándose por este Tribunal auto de fecha 24 de junio recibiendo el pleito a prueba.

CUARTO.- Tras ser recibida la prueba acordada, por Diligencia de Ordenación de 13 de septiembre se acordó unir la misma y señalar como inicio de la deliberación el día 19 de octubre de 2017. Diligencia que es recurrida en reposición por la demandante el 20 de septiembre, recurso que es admitido por Diligencia de Ordenación de 21 de septiembre, al que formula contestación la demandada el 4 de octubre. Dictándose Decreto el 6 de octubre de 2017 desestimando el recurso de reposición.

Es Ponente la Ilma. Sra. Dña. Susana Polo García, quien expresa el parecer mayoritario del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por demandante VIARIO A-31, SA, SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL ESTADO se alega que el laudo arbitral dictado de fecha 22 de febrero de 2017, por el Tribunal Arbitral compuesto por los árbitros D. José M^a Villavilla Muñoz, D. Miguel Moscardo Morales-Vara del Rey y D. Anibal , es nulo, invocando como causa de nulidad el artículo 41.1 f) de la Ley de Arbitraje que dispone "que el laudo es contrario al orden público", con base a la falta de independencia e imparcialidad del árbitro Sr. Anibal .

Se alega, en base a la citada causa, que previo al nombramiento como Árbitro del Abogado Sr. Anibal y conforme a la cláusula arbitral que habían pactado las partes se propuso por la demandante a un Árbitro en la persona de Don Miguel Moscardo Morales-Vara de Rey, otro Árbitro debía ser nombrado por BBVA y el tercero con el cargo de Presidente nombrado por la Corte de Arbitraje.

La proposición de Arbitro por BBVA fue hasta dos veces rechazada por la Corte en las personas de Don Artemio y Don Dimas , ambos fueron rechazados por falta de imparcialidad e independencia, y el 11 de Julio de 2016, se informa a las partes, conforme al artículo 13.5 del Reglamento de la Corte que, sería la propia Corte la que designaría al Presidente del Tribunal y al Árbitro que debía proponer BBVA,

Con fecha 19 de julio de 2016, Doña Bibiana , Secretaria responsable de la Administración de la Corte de Arbitraje de Madrid remitió a las partes, conforme al artículo 13.5 del Reglamento, correo electrónico por el cual se designaba como miembros del Tribunal Arbitral a Don Anibal y Don José María Villavilla Muñoz., acompañando las declaraciones de supuesta independencia e imparcialidad de los citados Letrados nombrados como Árbitros.

La demandante apunta que ha podido averiguarse posteriormente que Don Anibal , fue Secretario del Consejo de Administración de la mercantil Carbures, empresa con notables relaciones comerciales, financieras y profesionales con la demandada BBVA. La Corte de Arbitraje nunca remitió a las partes los currículums de los Árbitros nombrados, extremo por el cual la demandante desconocía que el Árbitro designado, Don Anibal era Secretario del Consejo de Administración de Carbures, según el Boletín Oficial del Registro Mercantil de Cádiz, de fecha 18 de diciembre de 2014, se recoge, a la página 55766 del mismo el nombramiento con fecha 10 de diciembre de 2014 de Don Anibal como Secretario del Consejo de Administración de Carbures.

Como tal Secretario firmaba para su publicación ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) diversos hechos relevantes durante su cargo que ya intuían las fuertes relaciones entre Carbures y BBVA dentro del proceso de refinanciación por el que Carbures estaba pasando y que, fruto de sus acuerdos comerciales con BBVA, lograría el reflote de la compañía. De los hechos relevantes destaca los dos últimos, de 1 de junio de 2015 y 13 de agosto de 2015, en los que el Sr. Anibal cierra un acuerdo entre BBVA y Bankia para reestructurar los calendarios de préstamo, para normalizar la situación de deuda bancaria del grupo, y que tras la publicación de la auditoría de cuentas anuales del 2014 el Sr. Anibal afirma que tras la reestructuración de la deuda la Compañía ha ganado de nuevo la confianza de las entidades de crédito (doc.6).

Por otro lado, en cuanto a las relaciones de BBVA y CARBURES, ésta última ha contratado a la primera para asesorarle en su traspaso del Mercado Alternativo Bursátil (MAB), Carbures ha mantenido relaciones comerciales de adquisición de compañías, como la acaecida con la mercantil mexicana Pypsa con BBVA, y ésta última ha rescatado financieramente a Carbures y es accionista y posee, desde mediados de 2014, 30.000 acciones. Siendo ocultado el curriculum del árbitro.

Por todo lo anterior, entiende que el orden público ha sido vulnerado e interesa la anulación del Laudo Arbitral.

Por la parte demandada se pone de relieve, en primer lugar, que la demandante oculta determinados extremos, como que no es cierto que los árbitros tengan que aportar su CV al aceptar el nombramiento, que ni lo aportó el designado por VIARIO, ni el Presidente del Tribunal Arbitral, que la información aportada en la demanda es de los años 2014 y 2015 y que la actora fue beligerante con los otros árbitros designados por BBVA aportando



datos personales de uno de los propuestos lo que motivó que el Sr. Anibal fuera designado por la Corte, así como que el Sr. Anibal no era Consejero, sino Secretario de una entidad ajena al **arbitraje** y que fue cesado en dicho cargo en octubre de 2015, casi un año antes de la aceptación de su nombramiento; que el Sr. Anibal sí reveló en su declaración de independencia e imparcialidad que había sido Árbitro en otro proceso instado frente a BBVA, que resolvió de forma desfavorable al banco, y que uno de los miembros de su despacho estaba preparando una demanda frente a BBVA, y que el Laudo fue dictado por unanimidad de todos los miembros del Tribunal .

Y, tras analizar cómo fueron los nombramientos y recusaciones de los anteriores árbitros designados por BBVA, se hace especial hincapié en que en la declaración de independencia del Sr. Anibal se hizo constar, tras afirmar la misma así como su imparcialidad, que " *No obstante, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la vigente Ley de Arbitraje y del referido artículo 11 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, vengo a informar que desde el despacho profesional del que soy socio, y bajo la dirección letrada de otro abogado se ha dado inicio a trámites preprocesales a la interposición de una demanda frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. para instar la declaración de nulidad de determinados productos financieros complejos.*

Asimismo, he sido Arbitro único en procedimiento instado contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. tramitado en Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, al número 2419 del año 2013".

También se hace constar que la demandante no recusó al Sr. Anibal en tiempo y forma, ya que tal y como ahora ha hecho, podía haber sacado las noticias de internet en julio de 2016 cuando el Sr. Anibal fue nombrado, tampoco exigió VIARIO ninguna información adicional, ni que fueran exhibidos los CV, produciéndose la designación del árbitro por la Corte con todas las garantías y con información detallada de su trayectoria, experiencia y méritos. Sin que VIARIO ponga de relieve cualquier actuación sospechosa o parcial del árbitro ocurrida después de su nombramiento.

Continúa afirmando que, no existen circunstancias que vinculen al Sr. Anibal con BBVA, ni el mismo tenía atribuciones ejecutivas en CARBURES, no ha sido representante legal ni trabajador dependiente de dicha entidad, solo Secretario sólo 10 meses, no Consejero, y dejó serlo en octubre de 2015, siendo totalmente irrelevantes las relaciones entre BBVA y CARBURES, la primer no formó parte del Consejo de Administración de la segunda, siendo irrelevante el paquete de acciones de BBVA, un 0,13% en el 2015 -ya que en el 2015 CARBURES tenía 96.872.000 acciones-, y además en una refinanciación o en una compraventa de títulos CARBURES sería la contraparte de BBVA.

Concluye que, la demanda es instrumental, ya que el Laudo ha sido aportado en un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria entre BANCO POPULAR y VIARIO -PO 179/2016-, por el citado Banco, intentando con esta demanda restar valor probatorio al citado Laudo.

SEGUNDO.- Como hemos expuesto se alega por la demandante la no revelación por el árbitro de determinados extremos que comprometen su imparcialidad, así como la falta de la misma.

En el procedimiento de designación de árbitros, como en la designación misma, se ha de observar, de un lado, un mandato legal, y, de otro lado, una prohibición: el mandato viene impuesto por el art. 15.2 LA cuando establece que en el procedimiento para la designación de árbitros no se puede vulnerar el principio de igualdad; la interdicción aparece en el art. 17.1 LA cuando, tras afirmar que " *todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial* ", añade: " *En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial* ".

La exigencia del art. 17.1 LA debe entenderse referida, en todo caso, tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia. De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse *pro futuro* , de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si éstas existieran en el momento de la designación podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro.

En total coherencia con esa prohibición la Ley establece una obligación correlativa: la obligación de la persona propuesta como árbitro y también del árbitro, a partir de su nombramiento, de " *revelar todas las circunstancias que puedan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia* " (art. 17.2 LA); más aún: el precepto precisa con mayor detalle el alcance de esa obligación para el caso de que el árbitro ya haya sido



designado: entonces su deber consiste " *en revelar a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida* ". En suma: el árbitro deberá proporcionar la información que pueda suscitar dudas sobre su imparcialidad o independencia con carácter previo a su aceptación, en la medida en que el art. 17.2 LA expresa claramente que esa obligación recae sobre 'la persona propuesta para ser árbitro'. Pero ese deber se mantiene a lo largo de todo el proceso de **arbitraje**, de manera que el árbitro ya nombrado está obligado a revelar "sin demora" las circunstancias sobrevenidas -o anteriores pero no comunicadas- que pudieran afectar a su imparcialidad e independencia.

Sobre el alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros pueden tenerse en cuenta, de un modo puramente indicativo, las causas de abstención previstas en el art. 219 LOPJ para Jueces y Magistrados. No obstante, dada la cláusula abierta del art. 17.3 LA, la Sala deja constancia de las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el **Arbitraje** Internacional, aprobadas el 22 de mayo de 2004 (adaptadas por Acuerdo de 23 de Octubre de 2014), por su precisión en la diferenciación de situaciones, y en la determinación de su incidencia sobre el deber de revelación del árbitro y sobre las consecuencias de la infracción de tal deber, aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias, con carácter vinculante por la Sala, que habrán de ser ponderadas en cada caso.

En este sentido, a título puramente ejemplificativo, la IBA señala distintas situaciones de parcialidad del árbitro, que en todo caso deben ser comunicadas, pero que se califican, unas de irrenunciables y otras que, por el contrario, si comunicadas, pese a su importancia, podrían ser dispensadas por las partes, siendo las primeras las que se denominan "*Listado Rojo Irrenunciable*", y en concreto son, que: 1.1. Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el **arbitraje**. 1.2. El árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el **arbitraje**. 1.3. El árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro. 1.4. El árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a su filial y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos.

Por otro lado el Listado Rojo Renunciable, comprende: 2.1 Relación del árbitro con la controversia 2.1.1 El árbitro ha prestado asesoramiento legal, o ha emitido un dictamen, respecto de la controversia para una de las partes o para una entidad afiliada con ésta. 2.1.2. El árbitro ha intervenido en el asunto en el pasado. 2.2 Interés directo o indirecto del árbitro en la controversia 2.2.1 El árbitro tiene acciones, de manera directa o indirecta, de una de las partes o de una afiliada de una de las partes, siendo la parte o la entidad afiliada no cotizada. 2.2.2. Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en el resultado de la controversia. 2.2.3. El árbitro, o un pariente cercano suyo, tiene una relación estrecha con una persona física o jurídica contra quien la parte que resulte perdedora en la disputa pudiera dirigir un recurso. 2.3 Relación del árbitro con las partes o sus abogados 2.3.1. El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a una entidad afiliada de una de las partes. 2.3.2. El árbitro actualmente representa o asesora al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes. 2.3.3. Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados. 2.3.4. El árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o tiene una relación de control similar sobre una afiliada⁷ de una de las partes, si la afiliada está directamente involucrada en las cuestiones que son materia del **arbitraje**. 2.3.5. El bufete de abogados del árbitro intervino en el caso anteriormente, pero ya no, sin la participación personal del árbitro. 2.3.6. El bufete de abogados del árbitro tiene actualmente una relación comercial significativa con una de las partes o con una afiliada de éstas. 2.3.7 El árbitro asesora de manera regular a una de las partes, o a una afiliada de una de las partes, pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtienen ingresos significativos por ello. 2.3.8. El árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes o con un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o con cualesquiera personas con una relación de control sobre una de las partes, o sobre una afiliada de una de las partes, o con el abogado de una de las partes. 2.3.9. Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico o personal significativo.

En la Nota Explicativa de las mismas se hace constar que cualquier duda sobre si determinados hechos o circunstancias deben ser revelados debe resolverse a favor de la revelación. Si una de las partes no recusa explícitamente al árbitro dentro de los treinta días siguientes de recibir de éste la revelación de hechos o circunstancias susceptibles de crearle un conflicto de intereses o dentro de los treinta días siguientes a que la parte tenga, de cualquier otro modo, conocimiento efectivo de los mismos, se entiende que renuncia a hacer valer su derecho a objetar al posible conflicto de intereses resultante de dichos hechos o circunstancias y no podrá objetar al nombramiento del árbitro más adelante sobre la base de los mismos hechos o circunstancias, salvo las circunstancias del listado Rojo Irrenunciable.

Así, por su estrecha relación con lo debatido en el presente caso, cabe mencionar la regla 7^a), sobre los recíprocos deberes de comunicación entre el árbitro y las partes, que proclama:



(a) Cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre cualquier *relación directa o indirecta que hubiere entre ella* (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades) y el árbitro. Las partes informarán motu proprio antes de que comience el procedimiento o tan pronto como tengan conocimiento de la existencia de dicha relación.

(b) En cumplimiento de la Norma General 7(a) las partes presentarán toda la información de que dispongan y realizarán diligentemente todo tipo de averiguaciones de información al que se tenga acceso públicamente.

(c) *Es deber del árbitro de actuar con diligencia para averiguar si existe un posible conflicto de intereses y si hubiere circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia*. La omisión de revelar un posible conflicto de interés no puede ser excusada por la ignorancia de su existencia, cuando el árbitro no haya hecho el esfuerzo, en el ámbito de lo razonable, por averiguar la existencia del posible conflicto de intereses.

De todas estas Directrices se infiere, por tanto, que para considerar que un árbitro no reúne las debidas condiciones de imparcialidad o independencia debe concurrir circunstancias que denoten la pérdida de esa imparcialidad o independencia, no el mayor o menor grado de cumplimiento por los árbitros de poner en conocimiento de las partes datos que pudieran cuestionar su imparcialidad. En definitiva, el supuesto incumplimiento de la obligación de comunicar a las partes de las circunstancias que pudieran dar lugar a dudas sobre su imparcialidad no implica la automática apreciación de pérdida de imparcialidad ni la nulidad del laudo. Lo esencial es que las circunstancias no reveladas a las partes en el procedimiento arbitral denotaran la falta de condiciones de imparcialidad o independencia.

TERCERO .- En cuanto al tema cuestionado, ha quedado acreditado en el presente procedimiento lo siguiente:

1.- El **arbitraje** entre VIARIO y BBVA tenía por objeto el cálculo de costes de cancelación anticipada de un contrato de permuta de tipos de interés -swap- suscrito entre las partes el 13 de agosto de 2008 que fue objeto de una novación modificativa el 21 de diciembre de 2011, se inició mediante solicitud de VIARIO presentada en la Corte el 18 de abril de 2016, y concluyó el 22 de febrero de 2017, cuando el Tribunal Arbitral compuesto por los árbitros D. José M^a Villavilla Muñoz, D. Miguel Moscardo Morales-Vara del Rey y D. Anibal dictó el Laudo arbitral impugnado.

2.- VIARIO designó como árbitro a D. Miguel Moscardo Morales-Vara del Rey, siendo rechazadas las proposiciones de árbitros llevadas a cabo por en las personas de D. Artemio y D. Dimas, por lo que asumió la Corte la designación de los árbitros D. José M^a Villavilla Muñoz y D. Anibal, conforme al Reglamento de la Corte.

3.- A la citada designación se acompañaron las declaraciones de independencia e imparcialidad de los nombrados como árbitros, sin que conste que ninguno de los designados aportara curriculum vitae ni que fuera exigido a los mismos por la Corte o las Partes, haciéndose constar en la del cuestionado Sr. Anibal, lo siguiente: "V.- *Que soy independiente de cada una de las partes y de sus representantes y tengo la intención de seguir siéndolo hasta la finalización del arbitraje. En concreto, no poseo con las partes o con la controversia suscitada ninguna de las relaciones previstas en el artículo 17.1 de la vigente Ley de Arbitraje y en el artículo 11 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid* .

No obstante, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la vigente Ley de Arbitraje y del referido artículo 11 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, vengo a informar que desde el despacho profesional del que soy socio, y bajo la dirección letrada de otro abogado se ha dado inicio a trámites preprocesales a la interposición de una demanda frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. para instar la declaración de nulidad de determinados productos financieros complejos.

Asimismo, he sido Arbitro único en procedimiento instado contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. tramitado en Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, al número 2419 del año 2013". (doc.4 demanda).

4.- Por VIARIO no se llevó a cabo alegación alguna al respecto, ni se solicitó información adicional con respecto al Sr. Anibal, el cual aceptó su cargo en julio de 2016, continuando la tramitación del procedimiento hasta que fue dictado el Laudo impugnado por unanimidad.

5.- D. Anibal fue Secretario de CARBURES, desde el 30 de octubre de 2014 hasta el 16 de septiembre de 2015, siendo sustituido por D. Eugenio, no formando parte del Consejo de Administración, sin que el mismo mantenga relación profesional o de servicios con CARBURES desde el 16 de septiembre de 2015 (contestación al oficio remitido por éste Tribunal a CARBURES).



6.- BBVA, es accionista de CARBURES con 130.000 acciones en el 2015, de un total de 96.872.000 acciones que tiene en circulación ese mismo año, sin que forme parte de su Consejo de Administración (link aportado por la demandada del MAB).

Sentado lo anterior, debemos dilucidar, si las circunstancias y hechos acreditados nos permiten o no deducir que en el Árbitro, uno de los autores del laudo impugnado, concurre una apariencia de interés en la resolución del **arbitraje** en un determinado sentido favorable a alguna de las concretas partes del procedimiento arbitral.

En primer lugar, en cuanto a los hechos alegados relativos a que el Árbitro ha sido Secretario de CARBURES, tal y como indica la demandada es obvio que tal extremo podía haber tenido conocimiento la parte demandante con una simple consulta de Internet, tal y como en el momento de presentación de la demanda de nulidad ha llevado a cabo, y plantear su recusación inmediatamente y no esperar al pronunciamiento del laudo, y que no hacerlo podría implicar una renuncia a la subsanación del defecto (art 6 LA), tal y como apunta la demandada.

Ahora bien, lo anterior no es totalmente determinante si la falta de imparcialidad que se alegue por las partes implica una autentica vulneración del orden público, susceptible de protección ex art. 41.1.f) LA, ya que el mismo comprende la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, ya que como viene señalando esta Sala (v.gr., Sentencias de 24 de junio de 2014, recurso de anulación nº 70/2013 ; 6 de noviembre de 2013, recurso nº 5/2013 ; 13 de Febrero de 2.013, recurso nº 31/2012 ; y 23 de Mayo de 2.012, recurso nº 12/2011), "*.. por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, nº 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3 de la Constitución , y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión.."*

Hay que tener en cuenta que la merma de la garantía de la imparcialidad lleva aparejada la infracción del derecho a que el proceso arbitral sea justo o equitativo, en expresión del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siendo un supuesto de quiebra de esa igualdad la infracción de un principio elemental "*que quien juzga no sea una de las partes (nemo iudex in causa propria)*, por lo que no cabe aplicar el art. 6 de la LA, pues las causas de nulidad que afectan al orden público puede ser apreciada de oficio.

En segundo lugar, el hecho de que D. Anibal fuera Secretario de CARBURES, desde el 30 de octubre de 2014 hasta el 16 de septiembre de 2015, no formando parte del Consejo de Administración, y sin que el mismo mantenga relación profesional o de servicios con CARBURES desde el 16 de septiembre de 2015, habiéndose aceptado la designación como árbitro en julio de 2016, así como que no revelara tal extremo, ello por sí solo no puede ser determinante de la falta de objetividad o imparcialidad del árbitro, pues el citado hecho probado no encuadra dentro de los supuestos analizados del listado rojo irrenunciable, ni forma parte del listado renunciante, no se trata de falta de revelación de un hecho importante que es ocultado deliberadamente por el Sr. Anibal . Y, lo que es más importante, no existe prueba alguna del posible conflicto de intereses que quiere hacer ver la demandante ya que el Sr. Anibal en todas sus relaciones con BBVA, actuaba en nombre de CARBURES, y obviamente, como Secretario del Consejo defendiendo los intereses de la misma, no los del Banco.

De lo acreditado, no consta que el árbitro tenga un interés económico directo o indirecto en la controversia, puesto ha quedado probado que su relación con Carbures finalizó en septiembre de 2015, y que desde entonces no ha mantenido relación comercial con la citada entidad, ni con una de las partes intervinientes en el **arbitraje** en concreto con BBVA, que permita cuestionar su imparcialidad objetiva y su apariencia de la misma, es más, en su declaración de independencia se hace constar que desde el despacho profesional del que el Sr. Anibal es socio, y bajo la dirección letrada de otro abogado se ha dado inicio a trámites pre procesales a la interposición de una demanda frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. para instar la declaración de nulidad de determinados productos financieros complejos, así como que había sido árbitro único en procedimiento instado contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. tramitado en Corte de **Arbitraje** de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, al número 2419 del año 2013.

Por tanto, lo alegado por la demandante, y que ha quedado acreditado, no puede encuadrarse dentro de las causas de abstención legalmente previstas, ni se trata de una situación que deba ser calificada según las Directrices del IBA, como irrenunciable, sin que el deber de comunicación de determinadas circunstancias por el árbitro, aunque deseable, suponga siempre una infracción que acarree la falta de imparcialidad del árbitro, conforme a las citadas directrices.



En concreto de las mismas se puede extraer, en resumen, en cuanto a las revelaciones del árbitro, por un lado, que un árbitro que revela ciertos hechos o circunstancias que pudieran generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, se considera a sí mismo imparcial e independiente respecto de las partes, a pesar de haber revelado tales hechos o circunstancias y, por consiguiente, capaz de cumplir con sus deberes de árbitro. De lo contrario, el árbitro no habría aceptado la designación desde un principio o habría renunciado. (Nota explicativa b) a la Norma General 2). Cualesquiera dudas que surjan acerca de si se ha de revelarse algún hecho o circunstancia que pudiera generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, deberá de resolverse a favor de darlo a conocer. Y, al sopesar si existen hechos o circunstancias que hayan de darse a conocer, el árbitro no tendrá en cuenta si el **arbitraje** acaba de comenzar o si se halla en una fase avanzada del procedimiento. (Nota explicativa c) a la Norma General 2).

Por otro lado, las citadas normas consideran que *el principio de obligación de revelación de las circunstancias que puedan afectar a la imparcialidad o independencia del árbitro debe aplicarse con ciertas limitaciones, puesto que, siguiendo una prueba objetiva para la descalificación de un árbitro, existen ciertos hechos y circunstancias que nunca van a llevar a una descalificación, dichas situaciones no necesitan ser reveladas, independientemente del punto de vista de las partes.* (Nota explicativa a) sobre la Norma General 3). También recalcan que las dos pruebas (la prueba objetiva para la descalificación y la prueba subjetiva para la revelación de ciertos hechos y circunstancias) son distintas y están bien diferenciadas entre sí, y que el revelar ciertos hechos o circunstancias no lleva automáticamente a la descalificación. (Nota explicativa a) sobre la Norma General 3). Estima (Nota explicativa a) sobre la Norma General 3) que para determinar qué hechos o circunstancias habrá de revelar, el árbitro deberá tener en cuenta todos los factores que sean de su conocimiento, insistiendo en que revelar ciertos hechos o circunstancias no equivale a admitir que existe un conflicto de intereses: El propósito de revelar algún hecho o circunstancia es para permitir a las partes juzgar por sí mismas si están o no de acuerdo con el criterio del árbitro y, si así lo estiman necesario, para que puedan averiguar más sobre el asunto. (Nota explicativa b) sobre la Norma General 3).

Igualmente consideran las citadas Directrices que una recusación posterior presentada sobre la base de que el árbitro no reveló ciertos hechos o circunstancias, no deberá llevar automáticamente a la no designación del árbitro, ni a la descalificación posterior o nulidad del laudo, pues *por el solo hecho que el árbitro no haya revelado ciertos aspectos o circunstancias, no debe inferirse que éste sea parcial o una carente de independencia; sólo los hechos o circunstancias no revelados demostrarán si en realidad esto fuere así* (Apartado 6 de la aplicación práctica de las Reglas Generales).

De todas estas Directrices se infiere, por tanto, que para considerar que un árbitro no reúne las debidas condiciones de imparcialidad o independencia debe concurrir circunstancias que denoten la pérdida de esa imparcialidad o independencia, no el mayor o menor grado de cumplimiento por los árbitros de poner en conocimiento de las partes datos que pudieran cuestionar su imparcialidad. En definitiva, el supuesto incumplimiento de la obligación de comunicar a las partes de las circunstancias que pudieran dar lugar a dudas sobre su imparcialidad no implica la automática apreciación de pérdida de imparcialidad ni la nulidad del laudo. Lo esencial es que las circunstancias no reveladas a las partes en el procedimiento arbitral denotaran la falta de condiciones de imparcialidad o independencia.

Como esta Sala ya ha señalado, por todas, en su Sentencia nº 56/2013, de 9 de julio (ROJ S TSJ M 8245/2013), *"la verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse "in casu", tal y como enseña, entre otras, la STC 236/97, comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean éstos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza"*.

Como consecuencia de lo anterior, aunque hubiera sido recomendable que el Sr. Anibal hubiera comunicado a las partes que fue Secretario de CARBURES, - desde el 30 de octubre de 2014 hasta el 16 de septiembre de 2015- y que como tal intervino en las relaciones existentes entre Carbures y BBVA dentro del proceso de refinanciación por el que Carbures estaba pasando para reflotar la compañía, lo cierto es que como hemos dicho, el principio de obligación de revelación de las circunstancias que puedan afectar a la imparcialidad o independencia del árbitro debe aplicarse con ciertas limitaciones, puesto que los hechos y circunstancias no reveladas por el árbitro, como hemos visto, no pueden llevar a una descalificación - en el momento de su aceptación hacía casi un año que ya no era Secretario del Consejo de Carbures-, sin que conste que el árbitro haya prestado asesoramiento o emitidos dictámenes sobre la presente controversia, ni que tenga interés



directo o indirecto en la misma o que en el momento de su intervención como árbitro asesorara a una de las partes, en concreto al BBVA, o entidad afiliada de las mismas, por lo tanto no necesitan ser reveladas.

Por todo lo expuesto, procede desestimar la demanda.

QUINTO .- Destimadas las pretensiones de la demandante es obligado de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , imponer a la demandante las costas causadas en este procedimiento

Vistos los artículos de aplicación, la Sala de lo Civil y Penal de la Comunidad Autónoma de Madrid.

FALLAMOS

DESESTIMAR la demanda interpuesta por la representación procesal de **VIARIO A-31, SA, SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL ESTADO**, contra **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA** acción de anulación del laudo arbitral de fecha 22 de febrero de 2017, dictado por el Tribunal Arbitral compuesto por los árbitros D. José M^a Villavilla Muñoz, D. Miguel Moscardo Morales-Vara del Rey y D. Anibal , en Procedimiento Arbitral 2731, con expresa imposición a la demandante de las costas causadas en este procedimiento.

Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2 Ley de Arbitraje).

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres/as. Magistrados/as que figuran al margen.

REF: PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL

32/2017

DEMANDANTE: VIARIO A-31, S.A., SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL ESTADO

DEMANDADO: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO

D. Jesús María Santos Vijande

Con total y absoluto respeto a la opinión mayoritaria, debo, no obstante, dejar constancia de mi discrepancia con parte de la fundamentación y con el fallo de la Sentencia, a través de la formulación de este voto particular, ex art. 260 LOPJ , que sustento en las siguientes razones:

PRIMERO .- Aquel aspecto de la controversia que, a mi juicio, debió dar lugar a la anulación del Laudo impugnado tiene que ver con la infracción del deber de revelación que la actora atribuye al árbitro D. Anibal -art. 17.2 LA-, y que, demostrada en las circunstancias del caso, sí entiendo que ha comprometido de forma insubsanable tanto la apariencia de imparcialidad del árbitro a posteriori cuestionado como el derecho a que el procedimiento arbitral se sustentase con las debidas garantías de ecuanimidad, con aquéllas cautelas que la Ley de Arbitraje instaura en defensa de las partes y de que éstas puedan hacer valer los derechos que legal y constitucionalmente les asisten.

Ante todo se impone dejar constancia de qué hechos relevantes, acreditados por documental aportada a la causa -no impugnada de contrario y no negados por el BBVA fueron silenciados o, si se quiere, no fueron revelados por el Árbitro en el momento de aceptar su designación por la Corte de Arbitraje de Madrid y de emitir su declaración de independencia e imparcialidad. Tales hechos son los siguientes:

El Sr. Anibal fue Secretario del Consejo de Administración de CARBURES EUROPE, S.A., desde el 30 de octubre de 2014 hasta el 16 de septiembre de 2015. Dicha sociedad es una sociedad cotizada, primero en el MAB y después en el MCB.

Ostentó ese cargo, no siendo Consejero ni -que conste- accionista de dicha mercantil, en su calidad de Letrado.

Durante ese periodo CARBURES negoció con éxito y reestructuró la amortización de su deuda bancaria con sus dos principales entidades financieras, BANKIA y BBVA -por 3 y 4 millones de euros, respectivamente-, a resultas de lo cual " *la Compañía ha ganado de nuevo la confianza de las entidades de crédito y está trabajando en la renovación o concesión de líneas para la financiación del capital circulante necesaria para continuar su crecimiento* ". Así se sigue de los "Hechos relevantes" comunicados a la CNMV por Carbures, firmados por el Sr. Anibal en su calidad de Secretario no Consejero del Consejo de Administración de Carbures -que se acompañan como doc. nº 6 de la demanda- de fechas 1 de junio y 13 de agosto de 2015.

Los anteriores hechos no fueron revelados durante el procedimiento arbitral por el Sr. Anibal . En su declaración de independencia e imparcialidad -como señala BBVA en su contestación a la demanda (v.gr., § 13) y recoge puntualmente la Sentencia- el Sr. Anibal sí manifestaba haber laudado en una ocasión anterior contra el



BBVA, y ponía en conocimiento de las partes que uno de los Abogados de su despacho había interpuesto una demanda contra el Banco en relación con un producto similar al que era objeto de **arbitraje**.

En casos como el presente, cuando se trata de dispar apreciación jurídica sobre la entidad de un hecho -amén de las observaciones de índole dogmática que habré de efectuar-, es importante describir, al menos en lo esencial, el contexto en que se desenvuelve la no revelación de que vamos a tratar. Y me parece de la mayor trascendencia destacar -como destaca la Sentencia- que, en el caso, ya la Corte de **Arbitraje** de Madrid, como entidad administradora del **arbitraje**, había aceptado las objeciones formuladas por VIARIO a sucesivas propuestas de nombramiento de árbitros efectuadas por BBVA: en dos ocasiones, con cumplida argumentación, la Corte fue encomiablemente cuidadosa en la preservación de la imparcialidad en el procedimiento arbitral, desechando los nombramientos sugeridos por BBVA. Ante tal situación, la Corte, aplicando el art. 13.5 de su Reglamento, comunicó a las partes que procedía a nombrar el segundo árbitro -aquel cuya inicial designación correspondía a BBVA- y al árbitro que habría de actuar como Presidente -doc. 3 de la demanda. Ambos fueron aceptados sin objeción alguna hasta la incoación de la presente demanda de anulación por los hechos que la actora afirma haber conocido con posterioridad al dictado del Laudo.

En este contexto, conforme a la razón prudente, al buen juicio que también demandan las Directrices de la IBA -*que como tantas veces hemos dicho y ellas mismas reconocen (§ 6) ni son normas, ni son exhaustivas, ni tienen un alcance más allá del puramente orientativo*- hemos de analizar en el orden fáctico el nombramiento del Sr. Anibal como Secretario del Consejo de Administración de Carbures, su real alcance desde la perspectiva, acreditada, de su no revelación y de si esa omisión, ex art. 17.2 LA, puede dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

Quiero destacar, en este orden de precisión de hechos y de valoración de su entidad, que no comparto la apreciación efectuada por la financiera demandada -y de la que creo que se ha dejado llevar la Sala- sobre el carácter inane del Secretario de un Consejo de Administración que no es ni Consejero, ni accionista, ni tiene, por tanto, capacidad de decisión en el seno del Consejo. Dicho sea con el máximo respeto: es ése un entendimiento de la labor del Secretario de un Consejo de Administración que incurre en una suerte de ingenuidad conceptual -de " *buenismo* " -, como bien sabe la demandada, pues en absoluto suele corresponderse con la realidad, y más en un Consejo de Administración como el de CARBURES, integrado por un número reducido de personas (cfr. § 82 de la contestación a la demanda), dado que estamos ante una pequeña o mediana empresa, si bien altamente revalorizada en el Mercado Continuo a raíz, precisamente, de la fructífera renegociación de su deuda.

En este sentido, no cabe olvidar que está acreditado, por lo que las partes ponen de relieve en las actuaciones, *nemine discrepante*, que *el Sr. Anibal accede a ese cargo no como Consejero, no como accionista, sino en la única calidad que realmente ostenta: la de Letrado en ejercicio*; es razonable pensar, conforme a comunes máximas de la experiencia y conforme a lo que expresamente dispone el art. 529.2 octies LSC, que el Sr. Anibal no se ha limitado a dar fe de los acuerdos del Consejo, sino que ha supervisado su legalidad y ha asesorado antes y durante su proceso de elaboración. Esta apreciación perfectamente puede corresponderse con la realidad y permite fundadamente pensar que el Sr. Anibal pudo mantener relaciones con BBVA que afectaban a la renegociación y reestructuración de la deuda de la empresa en que trabajaba -por valor de varios millones de euros-, y que, si lo hizo, lo hizo desde luego como asesor jurídico en calidad de Secretario del Consejo de Administración de CARBURES y en un momento de dificultades financieras para su empresa: lisa y llanamente, en las circunstancias del caso y conforme a razón prudente, cabe presumir con el debido fundamento, salvo prueba en contrario que no se ha practicado en el **arbitraje** por la no revelación imputable al Sr. Anibal, que éste mantuvo relaciones profesionales con BBVA durante el lapso en que fue Secretario del Consejo de CARBURES, y que tales relaciones pudieron ser significativas dada la importancia del tema a tratar: nada menos que la reestructuración de una deuda por varios millones de euros, pudiendo estar en juego la viabilidad misma de la propia empresa para la que trabajaba.

Creo, pues, incontestable -y no lo niega la Sentencia de la que respetuosamente discrepo- que el Sr. Anibal debió revelar que fue Secretario del Consejo de Administración de Carbures durante el lapso en que ésta renegoció su deuda con BBVA; y máxime cuando no podía desconocer que, por aquellas fechas, dicha entidad financiera había adquirido acciones de CARBURES -130.000 acciones-, asesorado a CARBURES en su paso del Mercado Alternativo Bursátil al Mercado Continuo y vendido a CARBURES, a través de MISAPRE -compañía mejicana de BBVA- una de sus empresas tecnológicas: la mexicana PYPESA.

A partir de aquí proceden una serie de consideraciones jurídicas sobre el sentido y alcance que hemos venido atribuyendo al art. 17.2 LA, y sobre el significado que, sin contradicción con lo dicho hasta la fecha, deberíamos haber atribuido a dicho precepto en el caso presente y con virtualidad *pro futuro*.

SEGUNDO .- Ante todo quiero destacar el pleno acierto de la Sentencia al no convertir el *deber de revelación* en un *deber de investigación*. Sin prejuzgar la mayor o menor bondad de una eventual reforma legislativa en tal



sentido, lo cierto es que en el estado actual de nuestro Ordenamiento -a diferencia, por ejemplo, del Derecho Suizo- es el árbitro el que tiene el deber de revelar: no asiste a la parte la carga de investigar sobre aquello que el árbitro tiene la obligación de descubrir. En tal sentido la Norma General 7.d) de las Directrices IBA señala que " *es deber del árbitro realizar averiguaciones de manera razonable para identificar la existencia de posibles conflictos de intereses y de hechos o circunstancias que razonablemente puedan crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia. La omisión de revelar un posible conflicto de intereses no puede ser excusada por desconocimiento de su existencia, cuando el árbitro no haya realizado las averiguaciones correspondientes de manera razonable*".

Tampoco cabe olvidar -lo destaca con igual acierto la Sentencia- que existe general anuencia -de la que son expresión las propias Directrices IBA- en que el Árbitro propuesto y, con mayor razón, si es nombrado, debe desplegar una máxima diligencia en la ponderación e investigación de los extremos que debe revelar, habiendo de resolverse cualquier duda que surja acerca de si un árbitro ha de desvelar algún hecho o circunstancia a favor de su revelación -Norma General 3.d) IBA.

Nada más lógico: como veremos enseguida y con detalle, el nudo gordiano de la cuestión radica en percatarse de la verdadera naturaleza del art. 17.2 LA. Este precepto solo mediatamente trata de preservar la imparcialidad o la independencia del árbitro; su finalidad directa es otra y más amplia: a modo de "garantía institucional" - en el sentido técnico de la expresión-, busca preservar el riesgo de que el procedimiento arbitral se desarrolle sin las debidas garantías y/o o con menoscabo del derecho de las partes a elegir con verdadera libertad a los árbitros: la norma, trasunto casi literal del art. 12.1 de la Ley Modelo Uncitral , se ordena a la salvaguarda de la transparencia en el procedimiento arbitral y a que, a resultas de ella, impere la libertad de las partes, de forma que sea posible tanto recusar con el debido fundamento como rechazar recusaciones infundadas, como que las partes acepten y den por buenas ciertas causas que pudieran propiciar recusaciones siempre que no resulte comprometido el principio de igualdad en la designación de árbitros, y todo ello sobre la base de la adecuada información aportada por el árbitro, de las explicaciones que las partes puedan recabar -art. 17.2, 2º inciso LA- y de la prueba que se pudiera proponer y practicar al respecto en el seno del propio procedimiento arbitral.

Las consideraciones que acabo de hacer aparecen muy acertadamente reflejadas en la Introducción a las Directrices de 2014 de la IBA, que identifica a la perfección la *ratio iuris* del art. 17.2 LA, equivalente al art. 12.1 Ley Modelo UNCITRAL , cuando dice: "Hay una tensión, por una parte, entre el derecho que tienen las partes a conocer hechos o circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia de un árbitro *con el fin de proteger su derecho a un proceso con las garantías debidas* , y, por otra, la necesidad de evitar recusaciones innecesarias contra árbitros *con el fin de proteger el derecho de las partes a elegir árbitro libremente* " -los subrayados son míos.

Esta perspectiva de análisis permite enfocar adecuadamente las consecuencias de la infracción del deber de revelación: por supuesto que lo no revelado ha debido ser manifestado y, por esa razón, ha de tener una cierta entidad: la suficiente como para suscitar dudas justificadas sobre la imparcialidad y/o la independencia del árbitro; pero hoy no cabe cuestionar -es conteste y reiteradísima la jurisprudencia nacional e internacional sobre la apariencia de imparcialidad- que las dudas no son certezas, y menos certezas que puedan ser apreciadas a posteriori y sin que se haya practicado prueba alguna al respecto.

Ya he dicho que, *in casu* , creo incontestable que ha habido una omisión del deber de revelación cuando cabe sospechar, *ope legis* y según la común experiencia, que el Árbitro unos meses antes de serlo pudo mantener relaciones profesionales sobre un tema de importancia directamente con una de las partes intervinientes en el **arbitraje**. Nunca sabremos ya si esa omisión del deber de revelación respondía de verdad o no a un proceder parcial: no ha habido ocasión de pedir explicaciones al Árbitro, ni de que éste pudiese informar sobre el alcance real de su intervención con el BBVA en la refinanciación de CARBURES, al efecto incluso de que VIARIO pudiese darse por satisfecha y despejar las cuitas que ahora manifiesta, o con la finalidad de que, recusado el Árbitro, la Corte de **Arbitraje** de Madrid pudiese pronunciarse, con la solicitud y diligencia con que lo había venido haciendo, sobre la pertinencia o no de la recusación...

Pero lo que sí es cierto, en las circunstancias del caso, es que la omisión del Árbitro ha dado lugar a que el procedimiento arbitral se sustanciase sin las debidas garantías para VIARIO, que no ha podido hacer valer sus derechos -a pedir explicaciones sobre lo que debió ser revelado, a probar el alcance real de la relación del Árbitro con BBVA y, en su caso, a recusar al Árbitro-, sobre aspectos que, potencialmente, pudieran incidir en la infracción del orden público -si se hubiese demostrado la parcialidad y pese a ello hubiese laudado-, pero que, *in casu*, con lo demostradamente acaecido, sí entraña a mi juicio una real infracción del art. 41.1.b) LA, que debió llevar a la Sala a la anulación del Laudo. La constatación del riesgo de parcialidad y la realidad de que se ha privado a la parte de toda posibilidad de verificar dicha parcialidad debieron abocar a la anulación del Laudo.

Abonan esta conclusión algunas consideraciones añadidas sobre el art. 17.2 LA.



En primer lugar, no está de más traer a colación que el art. 17.2 LA insta un deber de revelación más amplio que el de su precedente, el art. 17.3 LA de 1988, que circunscribía ese deber a aquello que pudiera concernir a los motivos de recusación de los árbitros, que, en sustancia, eran las causas de abstención previstas en el art. 219 LOPJ para los Jueces y Magistrados (art. 17.1 LA de 1988). Es comúnmente admitido que la nueva norma prevé un deber más estricto: *el árbitro ha de revelar todo cuanto pueda dar lugar a dudas justificadas ...* El deber de revelación existe aun cuando el árbitro sea y se sienta imparcial e independiente, y existe porque no se trata solo de preservar esas dos garantías esenciales a todo **arbitraje**, a toda decisión jurisdiccional o a ella equivalente; se trata también de salvaguardar la verdadera libertad de las partes en la designación de árbitros, como expresión de la mayor flexibilidad del **arbitraje**, también en este punto, respecto de la Jurisdicción.

Ahora bien, esa mayor libertad discurre en un doble sentido: por un lado, permite a las partes aceptar, en determinados casos, que un Árbitro laude cuando un Juez no podría hacerlo; pero también ha de permitir que la parte interese el apartamiento de un Árbitro -su tacha, tal y como autorizan no pocos Reglamentos, o incluso su recusación- y que se practiquen cuantas pruebas sean necesarias para aceptar o rechazar, con el debido fundamento, la solicitud de apartamiento del Árbitro.

Coincido, pues, plenamente con aquel criterio doctrinal -que no he visto, s.e.u.o, contradicho- que afirma que " *el Árbitro debe considerar su deber de revelación desde la perspectiva, más estricta, de las partes* " (ALONSO PUIG, J.Mª).

Esta aseveración tiene un hondo calado jurídico y viene muy a cuento en el presente caso.

Acabo decir que el deber de revelación es independiente de cómo sea y se sienta el árbitro: la imparcialidad y la independencia no son "estados del ánimo": son neutralidad objetiva respecto del *thema decidendi*, neutralidad subjetiva respecto de las partes y ausencia de vínculos de dependencia... Creo que es admisible, en recta razón, con arreglo a la lógica y al principio de normalidad en la valoración probatoria, lo que afirma la Directriz IBA 3.C) de sus "Normas Generales": " *se infiere que un Árbitro que revela ciertos hechos o circunstancias que pudieran generar dudas acerca de su imparcialidad e independencia, se considera a sí mismo independiente e imparcial respecto de las partes, a pesar de haber revelado tales hechos o circunstancias y, por consiguiente, capaz de cumplir con sus deberes de árbitro. De lo contrario el árbitro no habría aceptado la designación desde un principio o habría renunciado*".

Ahora bien; al explicar esta "directriz" de nuevo la IBA atiende a la naturaleza jurídica del deber de revelación: " *La revelación de hechos no implica la existencia de un conflicto de intereses ... El propósito de revelar algún hecho o circunstancia es permitir a las partes juzgar por sí mismas si están o no de acuerdo con el criterio del árbitro y, si así lo estiman necesario, averiguar más sobre el asunto ...*".

No se trata solo de que el árbitro no revelador pueda por ese hecho ser recusable; se trata también, e incluso antes, de que el procedimiento arbitral ha de preservar la libertad de las partes en la designación de árbitros y su real posibilidad de acreditar la verdadera significación de un hecho que pueda suscitar dudas fundadas sobre el árbitro a la vista de sus relaciones con una de las partes.

Hilando con lo que antecede -y aun faltando a la sistemática: valga que el árbitro que revela se presuma imparcial; ¿cómo ha de presumir la parte -desde su propia perspectiva, que es la que el Árbitro ha de considerar para decidir qué ha de revelar o no- el hecho de que el Árbitro no haya desvelado datos como los que aquí hemos examinado? ¿Puede inducir a sospecha a posteriori -único momento posible de análisis cuando de no revelación se trata- el hecho de que en su Declaración de Imparcialidad e Independencia el Árbitro manifestase haber laudado una vez contra BBVA y que un Abogado de su despacho preparaba una demanda contra el BBVA en materia análoga a la del **arbitraje**, y que, en cambio, nada haya dicho sobre su actuación como Secretario del Consejo de una Empresa que, unos meses antes del inicio del **arbitraje**, había negociado la reestructuración de su deuda con BBVA?

TERCERO .- Las precedentes reflexiones, emitidas con la mayor consideración hacia el parecer de la mayoría, tratan de explicar mi discrepancia con algunos de los postulados de la Sentencia, así como mi creencia de que lo que este voto sostiene no es *inconsecuente* con sino *complementario* de precedentes decisiones de esta Sala, amén de coherente con los hechos analizados.

Empezando por este último aspecto: ha habido ocasiones -v.gr., SS. 54/2014 y 13/2015- en que la infracción del deber de revelación era totalmente inane al no constar acreditado, ni siquiera indiciariamente, relación alguna del árbitro con las partes intervinientes en el **arbitraje**, o ser ésta tan lateral e inconsistente que no permitía, en recta razón, cuestionar la apariencia de imparcialidad o de independencia del árbitro. En rigor, en casos semejantes no hay quiebra del deber de revelación porque nada hay que revelar. En otras ocasiones hemos manifestado que el Árbitro, de haber concurrido los hechos aducidos por el solicitante de anulación, debería



haberlos revelado, pero que, *in casu*, la prueba practicada no permitía entender acreditados tales hechos -v.gr., en nuestra Sentencia 46/2016 .

En este contexto es en el que, a mi parecer, hemos dicho que no toda infracción del deber de revelación puede llevar a la nulidad del Laudo por quiebra de la debida imparcialidad; en este contexto es en el que hemos señalado que el incumplimiento de la obligación de comunicar a las partes las circunstancias que pudieran dar lugar a dudas sobre su imparcialidad no implica la automática apreciación de pérdida de imparcialidad ni la nulidad del laudo.

Sin embargo, por lo expuesto supra no puedo compartir la afirmación mayoritaria de que " *lo esencial es que las circunstancias no reveladas a las partes en el procedimiento arbitral denotaran la falta de condiciones de imparcialidad o independencia* " (FJ 2º). Lo relevante no puede ser denotar, indicar o significar objetivamente (RAE) la falta de imparcialidad o independencia, y no, como dice el precepto, " *las dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia* ": basta la duda justificada sobre la imparcialidad -lo que, por cierto, es incluso más laxo que la "apariencia fundada de parcialidad"- para que el deber de revelación sea tal, y su infracción tenga las consecuencias anulatorias a que he hecho referencia supra, ya sea en aplicación del art. 41.1.f) LA, ya, en su caso -como aquí acontece-, por el cauce del art. 41.1.b) LA.

Si no hemos de reducir a la inoperancia -casi a supuestos de laboratorio- un precepto tan importante como es el art. 17.2 LA - art. 12.1 Ley Modelo UNCITRAL - no debemos, creo, sentar la premisa de que su infracción solo es relevante a efectos anulatorios si, en un juicio de probabilidad efectuado a posteriori y sin práctica de prueba que permita precisar el alcance de lo no revelado -teniendo lo callado entidad indiciariamente demostrativa de que han podido existir relaciones profesionales del Árbitro con una de las partes en tema nada intrascendente-, llegamos a la conclusión de que lo no revelado compromete la imparcialidad o la independencia del Árbitro. Entiendo, sencillamente, que si lo no desvelado por el Árbitro, dolosa o negligentemente, tiene entidad suficiente para suscitar dudas razonables sobre su ecuanimidad y/o independencia -que no se traduce solo en los eventuales intereses económicos del árbitro-, el procedimiento arbitral no se ha desarrollado con las debidas garantías y el Laudo, así dictado, debe ser anulado, salvo que resulte acreditada la mala fe de la parte recurrente, extremo que aquí no es de apreciar.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria que se plasma en la Sentencia, ésta debió haber tenido, por tanto, la siguiente parte dispositiva:

LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID HA DECIDIDO: Estimar la demanda de anulación del Laudo de 22 de febrero de 2017, dictado por el Tribunal Arbitral compuesto por los árbitros D. José M^a Villavilla Muñoz, D. Miguel Moscardo Morales-Vara del Rey y D. Anibal , formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Lourdes Cano Ochoa, en representación de VIARIO A-31, S.A., SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL ESTADO, contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., y, en su virtud, anular el precitado Laudo; con imposición a la demandada de las costas causadas en este procedimiento.

Madrid, a 31 de octubre de 2017.

Fdo. Jesús María Santos Vijande.