



Roj: **STSJ M 10643/2018** - ECLI: **ES:TSJM:2018:10643**

Id Cendoj: **28079310012018100166**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2018**

Nº de Recurso: **48/2017**

Nº de Resolución: **34/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 10643/2018**,
AATSJ M 363/2018

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

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31001590

NIG: 28.079.00.2-2017/0115438

REF: PROCEDIMIENTO ACCIÓN DE ANULACIÓN DE LAUDO nº48/2017

DEMANDANTE: DELFORCA 2008 SAU

PROCURADORA: Dña. Mercedes Caro Bonilla

DEMANDADO: BANCO DE SANTANDER S.A.

PROCURADOR: D. Eduardo Codes Feijoo

SENTENCIA N° 34/2018

Excmo. Sr. Presidente:

Dn. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as:

Dña. Susana Polo García

Dn. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a veintiséis de julio del dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 3 de julio de 2017 tuvo entrada en este Tribunal la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Mercedes Caro Bonilla en nombre y representación de **DELFORCA 2008 SAU contra BANCO DE SANTANDER S.A.**, acción de anulación de Laudo Parcial de fecha 14 de marzo de 2017 dictado por el Tribunal Arbitral de la Corte Española de **Arbitraje** compuesto por D. Romualdo (Presidente), D. Sabino y D. Secundino .

SEGUNDO.- Por Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de fecha 26 de julio de 2017, se admitió a trámite la demanda, la parte demandante presentó escrito de ampliación de demanda el 4 de septiembre



de 2017 y una vez realizado el emplazamiento de la demandada, ésta presentó contestación a la demanda presentada el 26 de septiembre de 2017.

TERCERO.- Dado traslado, por Diligencia de Ordenación de fecha 11 de octubre de 2017, a los efectos de aportar nuevos documentos, o proponer la práctica de prueba, se presenta por la demandante escrito el 2 de noviembre de 2017. Por Diligencia de Ordenación de 6 de noviembre se acuerda dar traslado a la ponente para que resuelva sobre las pruebas propuestas.

CUARTO.- El día 27 de noviembre de 2017 se dictó Auto por esta Sala recibiendo el pleito a prueba, aclarado por resolución de 14 de diciembre. Tras sendos escritos presentados por las partes valorando la prueba, y aportados nuevos documentos por Delforca, por Diligencia de Ordenación de 30 de enero 2018 se acuerda dar traslado a la ponente.

QUINTO.- La Sala dicta auto sobre la prueba adicional propuesta con fecha 20 de febrero de 2018, y tras sucesivos traslados a las partes en los que formulan alegaciones, se dicta Diligencia de Ordenación el 26 de abril, señalando como día de inicio de deliberación el 12 de junio de 2018.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Causas de nulidad

Con invocación de los apartados a), b), c), d), e) y f) del art. 41.1 de la Ley de **Arbitraje**, se alega en la demanda como causa de nulidad del laudo arbitral, en síntesis, las siguientes:

1ª Apartado a): 1.1.No existe convenio arbitral para dirimir la concreta controversia, ya que de la lectura del convenio arbitral del CMOF se desprende que el mismo solo es de aplicación al Anexo I. 1.2. La institución arbitral (CSC) a la que se sometieron las partes en el CMOF se ha extinguido por efecto de la ley. 1.3. Falta de independencia e imparcialidad de las instituciones arbitrales que han administrado el **arbitraje**.

2ª Apartado b): La demandante ha visto vulnerado sus derechos en el proceso de designación de los árbitros: admisión por Corte presidida por un consejero de BS, propuesto el Sr. Luis Alberto la Corte no atendió sus sucesivas peticiones de información que provocó su dimisión, porque el proceso abocó a un sorteo que tenía que haberse sometido a la previa aceptación de ambas partes y la demandante lo había rechazado, rechazándose peticiones de la parte, incluso la de aclaración.

3ª Apartado c): Los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión: la materia controvertida surge de un vínculo contractual sin cláusula arbitral, además de ser la materia inarbitrable.

4ª Apartado d): Que la designación de árbitros no se ha ajustado al acuerdo entre las partes. 1º Ya que se privó de la información al árbitro inicialmente designado por la aquí demandante, provocando su renuncia, designación por sorteo de un árbitro, cesar de facto a un árbitro sin haber tramitado la recusación formulada frente al mismo, el Sr. Ángel Daniel , primer Presidente designado, presentó su renuncia por carta de 25 de junio de 2012, posteriormente a que los Sres. Sabino y Secundino hubieran designado como Presidente al Sr. Romualdo ; la Corte ha incumplido el pacto entre las partes acordado en resolución de 8 de febrero de 2012, cada parte designa un árbitro y éstos de común acuerdo al presidente. 2º Durante el procedimiento el Consejo Superior como la Cámara de España han vulnerado lo dispuesto en el art. 17.2 LA y 13 del Reglamento de la CEA pues no han revelado a las partes sus relaciones con el banco: que al inicio el presidente de la Corte era consejero del Banco de Santander, que el Banco es socio mercantil del Consejo y que hoy de la Cámara de Comercio de España en la sociedad Camerfirma (NO SE HA DENUNCIADO ANTES ESTA VULNERACIÓN).3º Vulneración del art. 25.2 de la LA en relación con el 8.5 del Reglamento pues la CEA se irrogó indebidamente la facultad de prorrogar un plazo cuando había un tribunal arbitral confirmado por la CEA que era el único competente para prorrogarlo.

5ª Apartado e): Los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de **arbitraje**: Al respecto se afirma que esperar a la resolución final provocaría perjuicios indebidos , ya que para resolver las discrepancias de las partes sobre la liquidación del CMOF hay que partir del análisis de si Banco de Santander alteró o no el valor de las acciones de Colonial en su interés y vulnerando la normativa del Mercado de Valores, afirmando la demandante que sí, y que el TS ha ordenado a la CNMV que investigue sobre las actuaciones realizadas por BS.

6ª Apartado f): Que el Laudo es contrario al orden público. 1º Parcialidad de las instituciones arbitrales que ha administrado el **arbitraje** ya que Banco Santander vicepreside la Cámara de Comercio de España y de su servicio de **arbitraje** la Corte Española de **Arbitraje** estuvo presidida por consejero del Banco Santander



Colombia durante parte del **arbitraje**. 2º Sustitución incontestada de la institución arbitral designada en el convenio arbitral. 3º Indefensión, vulneración del art. 24 CE.

SEGUNDO.- El Laudo Parcial impugnado de fecha 14 de marzo de 2017, acuerda lo siguiente:

"1. Desestimar íntegramente la pretensión deducida por Delforca en esta fase arbitral relativa a la declaración de nulidad y/o ineficacia del convenio arbitral.

*2. Declarar la competencia de este Tribunal Arbitral para conocer y decidir sobre el presente **arbitraje**.*

3. Ordenar la continuación del procedimiento arbitral a cuyo efecto el Tribunal

Arbitral citará a las Partes a una comparecencia.

4. Condenar a Delforca al pago de las costas procesales causadas en esta fase arbitral en los términos dispuestos en el Apartado V de este Laudo Parcial.

5. Desestimar cualesquiera otras pretensiones formuladas por las Partes en esta fase arbitral."

El primer motivo de impugnación del Laudo lo constituye, tal y como hemos indicado, en primer término, que no existe convenio arbitral para dirimir la concreta controversia, ya que de la lectura del convenio arbitral del CMOF se desprende que el mismo solo es de aplicación al Anexo I.

Para la resolución del motivo, debemos partir de que, tal y como se indica en Laudo (F. 40) del Acta de Misión levantada el 6 de septiembre de 2012, en relación a las pretensiones de las partes, en la que se pone de relieve que *"En esta fase procesal, la única pretensión a resolver es la de Delforca SA, en relación con la negada eficacia del Convenio Arbitral y competencia del Tribunal Arbitral, todo ello a los concretos efectos de los arts. 14 y 18 RCEA. Finalizada esta primera parte del procedimiento arbitral, en su caso, se precisarán el resto de pretensiones relativas al fondo de la cuestión controvertida"*.

Y, en relación al punto concreto planteado el Laudo, a juicio de este Tribunal, de forma correcta entiende que *"16...las partes al suscribir el contrato pactaron dos anexos más el II y el III cuya lectura revela que sus determinaciones son igualmente, matizaciones, interpretaciones o rectificaciones respecto del texto matriz o contrato básico. Al texto del documento titulado "contrato Marco" se añadían tres anexos titulados Anexo I, Anexo II y Anexo III. Aparentemente, esos anexos son exponentes de los puntos particulares que los contratantes querían aclarar, modificar o añadir a las estipulaciones del modelo utilizado de contrato marco."* *"17. Sin entrar en la cuestión de fondo, cabe señalar que la estipulación del pacto arbitral se encuentra contenida en el Anexo I, al que se remitía el texto del contrato marco, por lo que a los efectos del presente laudo parcial la pretensión de excluir del **arbitraje** los Anexos II y III parece al menos prematura.*

*18. A mayor abundamiento ha de tenerse presente la novación contractual reseñada en los antecedentes (Nº 4) en donde las partes acordaron el mantenimiento íntegro de las estipulaciones del contrato marco que es ratificado y en todos sus pactos. En principio, y por lo que resulta de esas cláusulas *no hay razón aparente para estimar que una parte del contrato quede sometida a **arbitraje** y otra parte excluida.* Todo ello, dejando a salvo cuantas partes puedan alegar y probar en su momento sobre el fondo de la cuestión una vez que se hayan deducido las pretensiones en el proceso arbitral, lo que es ajeno al presente laudo parcial."*

Por tanto, sin un completo análisis de fondo de la cuestión planteada, *prima facie*, no podemos excluir del **arbitraje** los Anexos II y III. Además, la existencia del convenio ha sido ya analizada por varias de las resoluciones que obran en el expediente judicial, en concreto el auto nº 96 de 8 de febrero de 2012 del Juzgado de Primera Instancia 13 de Madrid -medidas cautelares instadas por Delforca- donde se hace constar que *"Partiendo de lo anterior y de que se encuentra ya iniciado un procedimiento arbitral, y que la acción que se pretende no viene sino a tratar de sortear el convenio arbitral, cuya existencia, nulidad o agotamiento no se discute por la demandante, debe estimarse la falta de jurisdicción de este Juzgado para conocer de la petición principal que insta la demandante y como consecuencia de lo anterior de la medida cautelar solicitada.."*; Auto de 19 de abril de 2016 de la Audiencia Provincial de Barcelona -que revoca el dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona- *"había querido evitar expresamente que ninguna de las partes en un convenio arbitral pudiera servirse artificiosamente de la institución del concurso de acreedores para perjudicar un **arbitraje**. si éste se ha puesto en marcha antes de la declaración de concurso"*; Sentencia de 19 de abril de 2016 de la Audiencia Provincial de Barcelona -revocatoria de la dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona-, que analiza el principio Kompetenz-Kompetenz, sobre el análisis de los árbitros de su competencia, en relación al agotamiento del pacto arbitral por efecto del primer **arbitraje** *"Pues bien, atendidos los motivos que llevaron a la Audiencia Provincial de Madrid a declarar la nulidad del laudo, los efectos de la nulidad se ciñen al propio laudo. No se extienden, por tanto, al convenio arbitral, que no queda privado de eficacia ..."*



En base a lo anterior, y al análisis de a lo que de la primera solicitud de **arbitraje** de 6 de febrero de 2008 que presentó el Banco Santander contra Delforca, en el que ésta última formuló demanda reconvenzional que concluyó con el Laudo de fecha 12 de mayo de 2009 -anulado por la Audiencia Provincial de Madrid Sección 12ª, por estimar procedente la recusación plantada contra el árbitro D. Jon y por infracción derecho a la práctica de prueba propuesta-, se desprende que no consta que se formulara por Delforca alegación alguna con respecto a la inexistencia del convenio arbitral en relación a la cuestión concreta planteada, que afecta según el mismo al Anexo III del Contrato, siendo necesario preservar en este punto los principios de buena fe y de congruencia con actos propios. En este sentido ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en Sentencia de 21 de julio de 2015 (NLA 60/2014), entre otras *"En estas circunstancias, la Sala tiene que recordar, como doctrina jurisprudencial reiteradísima, que, a la hora de ponderar la existencia y efectos de un convenio arbitral, es imprescindible preservar las exigencias de la buena fe y de la congruencia con los propios actos (S 13.2.2013, ROJ STSJ M 8205/2013; mutatis mutandis, S. 22.7.2013, ROJ STSJ M 8247/2013; y, recientemente, STSJ Madrid de 13 de enero de 2015, en recurso de anulación 45/2014 ; o STSJ Madrid 22/2015, de 24 de marzo) , siendo posible apreciar la existencia y validez de un compromiso arbitral, aun de forma tácita, por actos concluyentes, como haber consentido un previo procedimiento arbitral sin protestar la inexistencia o invalidez del convenio... En una situación así, como dijimos en nuestra Sentencia de 6 de noviembre de 2013 (ROJ STSJ M 15975/2013) , la parte "no puede ir ahora contra sus propios actos, que han causado estado, definiendo inalterablemente su situación jurídica... de sometimiento a **arbitraje**, y todo ello en los términos precisos de solemnidad, ... y sin que fueran ambiguos, definiendo inequívocamente la situación de quien los realizaba, de acuerdo con reiterada doctrina y jurisprudencia (SSTS de 10 de Junio de 1.994 , 22 de Enero de 1.997 y 28 de Enero de 2.000 , entre otras)"*.

La diferencia del procedimiento arbitral con respecto de los procesos jurisdiccionales radica en que no hay reposición de actuaciones al cesar los árbitros en sus funciones cuando dictan el laudo definitivo (art. 38.1 LA). Por tanto, la declaración de nulidad del laudo deja a las partes en la misma situación que si no hubiera habido **arbitraje**, de ahí que la jurisprudencia haya podido referirse a la existencia de un *"juicio rescindente"* (SAP Cantabria de 22 de enero de 1993). Si la sentencia declara que el convenio arbitral no existe o no es válido las partes podrán optar por celebrar un nuevo convenio arbitral o por acudir a la vía judicial. En los demás supuestos del art. 41.1 LA, seguirá en vigor el convenio y la obligación de las partes de someter a **arbitraje** la resolución de su controversia.

SEGUNDO. - En segundo lugar, dentro del primer motivo, se alega por la demandante que la institución arbitral (CSC) a la que se sometieron las partes en el CMOF se ha extinguido por efecto de la ley.

Para comenzar el análisis del motivo, debemos partir de determinar una serie de hechos que han quedado acreditados:

1º El Banco y Gaesco (antecesor de Delforca) suscribieron el 30 de marzo de 1998 el CMOF que se acompañaba con sus anexos I, II y III y que también integran el citado contrato marco la estipulación adicional al Anexo II, suscrita el 10 de enero de 2007 y la novación modificativa del CMOF suscrita el 13 de diciembre de 2007.

2º La Estipulación Vigésimotercera del contrato marco dispuso en su apartado 23-1: "Las Partes, si así lo establecen en el Anexo 1 podrán someter los conflictos o controversias que puedan surgir en relación con el Contrato, su interpretación, cumplimiento y ejecución, a **Arbitraje**, en los términos contenidos en dicho Convenio Arbitral".

3º El Anexo I establece en su apartado 15, bajo el epígrafe "Convenio arbitral", lo siguiente: "a) De conformidad con lo dispuesto en la Estipulación 23 1 del Contrato Marco, las Partes, con renuncia expresa a su propio fuero, acuerdan expresamente que toda controversia o conflicto que pueda derivarse de la interpretación, cumplimiento y ejecución del Contrato Marco y de este Anexo I se resolverá definitivamente *mediante **arbitraje de equidad de uno o más árbitros, en el marco de la Corte Española de Arbitraje***, de conformidad con su Reglamento y Estatuto, a la que se encomienda la administración del **arbitraje** y la designación del árbitro o del tribunal arbitral, todo ello de acuerdo con la Ley 36/88, de 5 de diciembre, de **Arbitraje**".

4º Con fecha 6 de febrero de 2008, se presentó escrito de demanda de **arbitraje** de equidad formulado por el Banco contra Delforca. Con fecha 12 de mayo de 2009, se dictó laudo que ponía fin al referido **arbitraje**, estimatorio de las pretensiones ejercitadas por el Banco. Con fecha 14 de julio de 2009, se interpuso por Delforca acción de anulación contra el citado laudo y el 30 de junio de 2011 la Sección 123 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia estimatoria de la acción de anulación, por entender procedente la recusación a D. Jon y por infracción del derecho a la práctica de la prueba propuesta por Delforca y denegada por el primer tribunal arbitral.



5º Nuevamente, Baco Santander formula solicitud de **arbitraje** contra Delforca, que es tenida por formulada por diligencia de 12 de septiembre de 2011. El 10 de octubre Delforca interpone demanda ante los Juzgados de Primer Instancia de Madrid contra el Banco y el Consejo Superior de Cámaras interesando la nulidad del convenio y solicitando la medida cautelar de suspensión del procedimiento arbitral, en el que hace constar que el Presidente de la Corte, Sr. Torcuato es consejero del Banco Santander-Colombia. El 16 de noviembre de 2012 la Corte notifica a Delforca que ese mismo día el Sr. Torcuato ha presentado su dimisión, en la contestación a la demanda presentada el día 17 de noviembre por Delforca, se hace constar que el Consejo explica que el Sr. Torcuato ha dimitido "al adquirir conocimiento de los reproches formulados por Delforca".

6º El 8 de febrero de 2012 el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Madrid dicta Auto en el que se declara incompetente para conocer de la demanda interpuesta por Delforca con el objetivo de anular el convenio arbitral y se desestima la solicitud de medida cautelar.

7º El Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, tras haber solicitado Delforca que la declarara en concurso voluntario dictó Auto 543/2012 -comunicado a la Corte por Delforca el 31 de octubre de 2012, en el que se acordaba la suspensión del procedimiento arbitral, conocido por el Tribunal Arbitral el citado extremo, el mismo el 15 de noviembre de 2012 acordó la suspensión provisional del procedimiento. El día 19 de abril de 2016 la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, que revoca el auto de 30 de enero de 2013, que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra el *Auto de 26 de octubre de 2012*, dejando sin efecto la orden suspensión del procedimiento arbitral. El Tribunal Arbitral acuerda por Resolución de 13 de julio de 2016 continuar el procedimiento arbitral.

8º El 12 de agosto el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona remite dos oficios a la Corte, que se comunican al Tribunal el 30 de agosto, poniendo en su conocimiento que se han dictado los autos nº 190/2016 y 191/2016 de fecha 5 de agosto, dictados en Procedimientos de Medidas Cautelares in audita parte nº 622/2016 y 623/2016, ordenado el cese provisional e inmediato de las actuaciones arbitrales. Evacuado el trámite de alegaciones de las partes, el Tribunal por Resolución de 14 de septiembre de 2016 acuerda suspender provisionalmente el procedimiento arbitral con efectos de 30 de agosto de 2016.

9º El Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona dicta dos Autos de 24 de enero de 2017 dejando sin efecto los anteriores de 5 de agosto, acordando el levantamiento de la suspensión del procedimiento arbitral, solicitando la reanudación del procedimiento el Banco Santander el 27 de enero, y tras las alegaciones de las partes, se dicta Resolución por el Tribunal Arbitral el 9 de febrero de 2017 acordando continuar con el procedimiento, dando por finalizada la fase instrucción, conforme al art. 27.2 del Reglamento de la Corte de **Arbitraje** Española

Tal y como se desprende del Laudo arbitral, la citada cuestión fue planteada por Delforca en el escrito de conclusiones en la alegación cuarta (F. pag 78 y ss) y la misma la analiza el Laudo de forma pormenorizada bajo los epígrafes "D. Sobre la pretendida ineficacia sobrevenida del Colegio Arbitral", "E. Sobre nulidad del Convenio: frustración tras el primer arribaje", "F. Sobre el archivo de las actuaciones por desaparición de la institución arbitral", y "G. Sobre la nulidad del convenio arbitral por falta de Reglamento y Estatutos" (epígrafes 92-142). La demandante hace constar que ha desaparecido la institución arbitral, ya que la denominada "Corte Española de **Arbitraje**" era el servicio de **arbitraje** dependiente de la corporación de derecho público hoy extinta denominada Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España (CSC), corporación que hoy no existe por efecto de la Ley 4/2014, por lo que el sometimiento al **arbitraje** era la CSC, no a la actual Cámara de España, ésta última sometida a fondos privados.

El Estatuto de la Corte de **Arbitraje** de Madrid comienza señalando que la Corte "se constituye como un servicio de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (art. 1º), con las funciones que se determinan en su art. 2º, y que pormenoriza el Reglamento respecto del nombramiento de árbitros y, en general, de la administración del **arbitraje**. No cabe duda, de que, estatutariamente en los **arbitrajes** en que intervenga, esta Corte -como cualquier otra- ha de actuar con total independencia de la Cámara -o de la institución- en que se incardina

En realidad, tal y como afirma el Laudo, lo que se plantea por la aquí demandante no es la inexistencia de convenio por desaparición de la Corte Arbitral, sino la falta de imparcialidad de la Cámara de España, que por disposición legal - Disposición Transitoria Primera de la Ley 4/2014 se subrogó en todos los derechos y obligaciones, de cualquier naturaleza del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, lo que enlaza con la tercera causa, del primer motivo de nulidad invocado, la falta de independencia e imparcialidad de las instituciones arbitrales que han administrado el **arbitraje**, que analizaremos en el siguiente fundamento de derecho.

TERCERO.- En principio, la imparcialidad que se predica en la Ley de **Arbitraje** viene referida a los árbitros, no a la institución administradora del **arbitraje**. Así se señala en la exposición de motivos de esa ley al mencionar (apartado IV, párrafo tercero) "el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el **arbitraje**", refiriéndose posteriormente en su



artículo 17, al regular la abstención y recusación, al deber personal de todo árbitro de ser y permanecer durante el **arbitraje** independiente e imparcial, sin que, en todo caso, pueda mantener con las partes relación personal, profesional o comercial, estando obligada "la persona propuesta para ser árbitro" "todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia", teniendo obligación "el árbitro, a partir de su nombramiento", de revelar a "las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida".

Ahora bien, el citado criterio ha sido matizado por éste Tribunal, en el sentido de que sí bien, este criterio, correcto con carácter general -aun cuando admita matizaciones-, pues responde a la concepción -legal y doctrinalmente aceptada- de que la imparcialidad ha de predicarse de quien tiene que resolver a lo largo del proceso, no obsta a la debida preservación de principios básicos del quehacer jurisdiccional y también del **arbitraje**, en tanto en cuanto éste es un "equivalente jurisdiccional", en locución ya clásica del Tribunal Constitucional: principios básicos tales como el de igualdad a lo largo de todo el procedimiento arbitral, conciliado con la necesaria libertad a la hora de emitir la voluntad de someterse a **arbitraje**. Tal y como afirmábamos en la Sentencia de este Tribunal de fecha 14 de noviembre del dos mil catorce (NLA 120/2013): *"En otras palabras: las decisiones de la institución que administra el arbitraje se integran o, si se quiere, son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral -por delegación de éstas. Y qué duda cabe de que la institución administradora del arbitraje tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades de primer orden, que se traducen en verdaderas decisiones, cuya validez se enraíza y, por ello, se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación.*

De ahí que sea evidente de toda evidencia que la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad -incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra-, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aúna y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad.

La Ley de **Arbitraje** es muy clara al fijar los cometidos básicos de las instituciones arbitrales: "la administración del **arbitraje** y la designación de árbitros..., velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia" (apdos. 1 y 3 del art. 14 LA). Tanto en la designación de árbitros (art. 15.1 LA) como en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 24.1 LA) la institución arbitral ha de respetar el principio de igualdad. Las funciones que desempeñan las Cortes de **arbitraje** al administrarlo -nombramiento de árbitros, comunicaciones entre las partes, fe del procedimiento arbitral...-, han de estar presididas, es incuestionable, por el respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes, con desinterés respecto del thema decidendi, y con independencia, con ausencia de vínculos de sujeción -más allá de los que son propios de o inherentes al **arbitraje** institucional- que puedan poner en entredicho, fundamentalmente, la ecuanimidad de su proceder. En este contexto es en el que ha de entenderse la previsión del art. 21.1 LA, cuando dice:

*"La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los **arbitrajes** encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma..."*

*En el caso concreto, sin ánimo exhaustivo, el Reglamento de la Corte de Madrid le atribuye, en su cometido administrador del **arbitraje**, funciones tales como: a) Interpretar cualquier duda que pudiera surgir en relación con la exégesis del Reglamento (art. 2.5); b) Supervisar y facilitar la comunicación entre las partes y el árbitro (art. 3); c) Modificar, prorrogar, reducir o suspender los plazos previstos en el Reglamento hasta la constitución del tribunal arbitral (art. 4); d) Fe pública, impulso procesal, traslado de escritos y documentos, verificación del cumplimiento de los requisitos de aportación de los mismos y, en su caso, subsanación de los defectos de que adolezcan (arts. 5 y 6); e) Revisar, prima facie, la existencia de convenio arbitral (art. 8); f) Decidir con carácter firme sobre la acumulación de procesos y la intervención de terceros, pudiendo suponer tal decisión la renuncia de las partes al derecho que les corresponde de nombrar árbitro (art. 9); g) Fijar y reclamar el importe de las provisiones de fondos, iniciales y adicionales, a cuya provisión se supedita la prosecución del **arbitraje** (art. 10); h) Designar árbitros en los términos reglamentariamente previstos (arts. 11 a 14), con especial referencia a que la Corte goza de la facultad de confirmar o no al árbitro propuesto por las partes, de modo que en última instancia puede ser designado por la Corte; i) Decidir con carácter firme sobre el nombramiento, confirmación, recusación o sustitución de los árbitros (art. 13.6); j) Ser depositaria de copia original de los laudos que se dicten y, a instancia de los árbitros, notificar a las partes los laudos y cualquier corrección, aclaración o complemento de los mismos (art. 39, apdos. 8 y 10); k) El examen del laudo previo a su emisión, al efecto de realizar modificaciones estrictamente formales, pudiendo también, dentro del respeto a la libertad de decisión de los árbitros, llamar su atención sobre aspectos relacionados con el fondo de la controversia, así como sobre la determinación y*



desglose de las costas; l) Custodiar y conservar los expedientes arbitrales (art. 45); y m) Fijar los honorarios de los árbitros (art. 47).

Asimismo, el Estatuto de la Corte de **Arbitraje** de Madrid comienza señalando que la Corte "se constituye como un servicio de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (art. 1º), con las funciones que se determinan en su art. 2º, y que pormenoriza el Reglamento respecto del nombramiento de árbitros y, en general, de la administración del **arbitraje**".

La demandante pone de relieve, en relación a este extremo, que: 1º En la demanda incidental de 8 de marzo de 2013 interpuesta por Delforca contra el Consejo Superior de Cámaras se dio lugar al incidente concursal 190/2013, el juez apreció parcialidad en el Consejo Superior de Cámaras y 2º En el segundo procedimiento arbitral: a) se inicia por Banco de Santander el 8 de septiembre de 2011, cuyo Presidente en aquel momento era el Sr. Torcuato, a su vez Consejero del Banco de Santander de Colombia b) que ambas entidades eran socios en una mercantil denominada CAMERFRIMA y c) que entre el Consejo Superior de Cámaras y Delforca existían litigios. En base a ello concluye parcialidad del extinto CSC, y de la nueva institución.

El tema que ahora se plantea lo analiza el Laudo, entre otros en el apartado "C. Valoración de la Prueba relativa a la parcialidad de la Corte" (P. 40 a 91).

En cuanto a la referencia a la demanda derivada del incidente concursal 190/2013, como indica la demandante, la Audiencia Provincial revoca el auto dictado por el Juez del concurso, por lo que no pueden ser tenidos en cuenta los argumentos del mismo.

En cuanto a la alegación relativa a que ambas entidades eran socios en una mercantil denominada CAMERFIRMA, debemos apuntar que, tal como ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal, en el **arbitraje** institucional debe concurrir una neutralidad subjetiva y un desinterés objetivo, necesarios en el caso concreto, se predica, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte (art. 9º de los Estatutos), pero también de la Corte misma (art. 3º de los Estatutos) y, por inexcusable conexión o consecuencia, se ha de extender a la corporación, asociación o entidad sin ánimo de lucro que haya creado la Corte y que, directamente, designa sus órganos de gobierno. Esta Sala estima que, en este caso, y en cuanto al motivo y participación que se alega, no es lo suficientemente significativa como para evidenciar el interés, como mínimo indirecto, de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid en el resultado de este **arbitraje**, ya que, como se hace constar en el Laudo "La circunstancia de que el Consejo Superior de Cámaras y una filial de Banco de Santander sean simultáneamente accionistas de una sociedad anónima "CAMERFIRMA, S.A" dedicada a servicios de certificación electrónica, no refleja otra cosa que una relación de inversión de cada una de ellas en otra sociedad de lo que no se puede deducir una influencia directa o indirecta en la gestión procedimental de un **arbitraje**...la participación de la filial en dicha sociedad era del 2,54% y que el referido Banco filial (Banesto) no participaba en el Consejo de Administración de la Sociedad citada."

No obstante lo anterior, mención especial y de mayor transcendencia debe hacerse al extremo alegado, relativo a la Presidencia del Sr. Torcuato. Tal y como hemos indicado, el 16 de noviembre de 2012 la Corte notifica a Delforca que ese mismo día el Sr. Torcuato ha presentado su dimisión, y en la contestación a la demanda presentada el día 17 de noviembre por Delforca, se hace constar que el Consejo explica que el Sr. Torcuato ha dimitido "al adquirir conocimiento de los reproches formulados por Delforca", y el 8 de febrero de 2012 el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Madrid dicta Auto en el que se declara incompetente para conocer de la demanda interpuesta por Delforca con el objetivo de anular el convenio arbitral y se desestima la solicitud de medida cautelar. Siendo las actuaciones procesales llevadas a cabo el traslado a Delforca de la solicitud de **arbitraje** (DO 12-9), oposición de Delforca al **arbitraje** (14-9), escrito del Banco Santander manteniendo la solicitud (20-9), escritos de Delforca de los días 15, 20 y 30 de septiembre reiterando su oposición, Resolución de la Corte de 27 de septiembre acordando la continuación del procedimiento y que dada la complejidad de la causa fuera resuelta por un colegio arbitral, y Resolución de 11 de octubre reclamando la provisión de fondos, iniciándose nuevamente la fase de designación de árbitros. Rechazándose la alegación de Delforca, por el Laudo parcial ahora impugnado, en concreto porque las actuaciones llevadas a cabo bajo la Presidencia del Sr. Torcuato son de mera tramitación, según se hace constar en el mismo.

En base a esta alegación, no se discute la parcialidad de los árbitros que han dictado el Laudo, sino el hecho mismo de que la Corte de **Arbitraje** de Madrid haya administrado este **arbitraje** sin haber puesto en conocimiento de las partes que su Presidente era en aquel momento Consejero del Banco de Santander de Colombia, produciéndose su renuncia por las tachas de parcialidad puestas de relieve por Delforca.

En un supuesto como el analizado, resulta necesario analizar si la emisión del consentimiento al someterse a este **arbitraje** institucional está o no radicalmente viciado, según se haya emitido o no con vulneración de un principio, el de igualdad, que ha de informar tanto la sumisión a **arbitraje** en los términos en que se formule, como la designación de árbitros y la sustanciación misma del entero procedimiento arbitral.



Tal y como ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal, entre otras, en las Sentencias de 14 de noviembre de 2014, y 10 de mayo de 2016, entre otras : " De entrada, resulta innegable la conexión que existe entre la autonomía de la voluntad de los contratantes, que ha de ser ejercida con libertad y en condiciones de igualdad, y la "limitación" que a esa autonomía supone la aceptación de un **arbitraje** institucional, que precisamente por ello ha de ser una aceptación libre y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible aun en el caso de que fuera consciente y deliberada.

De la "limitación" que a la autonomía de la voluntad supone la sumisión a un **arbitraje** institucional da cuenta el art. 4.a) LA al señalar que, cuando una disposición de la LA deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, las está facultando, a su vez, para que, sobre ese asunto -excepto en el caso de lo previsto en el art. 34 LA-, pueda resolver, en lugar de las partes y en virtud de su decisión, una institución arbitral. Y más claro es aún el art. 4.b) LA cuando, expresa y terminantemente, proclama como integradas en el convenio arbitral las disposiciones del Reglamento de **Arbitraje** al que las partes se hayan sometido. La Exposición de Motivos de la LA es del mayor interés a la hora de efectuar una exégesis auténtica de este art. 4... En otras palabras: las decisiones de la institución que administra el **arbitraje** se integran o, si se quiere, son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral -por delegación de éstas. Y qué duda cabe de que la institución administradora del **arbitraje** tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades de primer orden, que se traducen en verdaderas decisiones, cuya validez se enraíza y, por ello, se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación.

De ahí que sea evidente de toda evidencia que la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad -incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra-, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aúna y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad.

La Ley de **Arbitraje** es muy clara al fijar los cometidos básicos de las instituciones arbitrales: "la administración del **arbitraje** y la designación de árbitros..., velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia" (apdos. 1 y 3 del art. 14 LA). Tanto en la designación de árbitros (art. 15.1 LA) como en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 24.1 LA) la institución arbitral ha de respetar el principio de igualdad. Las funciones que desempeñan las Cortes de **arbitraje** al administrarlo -nombramiento de árbitros, comunicaciones entre las partes, fe del procedimiento arbitral...-, han de estar presididas, es incuestionable, por el respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes, con desinterés respecto del *thema decidendi*, y con independencia, con ausencia de vínculos de sujeción -más allá de los que son propios de o inherentes al **arbitraje** institucional- que puedan poner en entredicho, fundamentalmente, la ecuanimidad de su proceder. En este contexto es en el que ha de entenderse la previsión del art. 21.1 LA, cuando dice: "La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los **arbitrajes** encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma...".

Dadas las amplias funciones de la Corte, que hemos indicado, se deben extremar las cautelas en el **arbitraje** institucional, lo que se traduce en el escrupuloso respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes y con pleno desinterés respecto del *thema decidendi*. Esa neutralidad subjetiva y ese desinterés objetivo, necesarios en el caso concreto, se predica, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte (art. 9º de los Estatutos).

También debemos traer a colación, tal y como lo hace la demandante, las recomendaciones del Club Español del **Arbitraje** (CEA) sobre buenas prácticas arbitrales, y en particular la que señala que las instituciones arbitrales actuarán de forma independiente y neutral, especificando -v.gr., deber 6-, sub epígrafe De los conflictos de intereses, cómo dichas instituciones "deberán informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad" (imparcialidad e independencia de las instituciones arbitrales que se reitera en la recomendación VII del CEA sobre independencia e imparcialidad de los árbitros).

Aplicando los anteriores criterios al supuesto analizado, resulta obvia la falta de imparcialidad de la Corte, cuyo Presidente en el momento de iniciarse el **arbitraje** era Consejero del Banco de Santander de Colombia, extremo que no reveló a las partes, adoptando las decisiones que el propio Laudo arbitral enumera -y que hemos citado-, admitiendo el **arbitraje**, y acordando la continuación del procedimiento y que dada la complejidad de la causa fuera un colegio arbitral, lo que sin duda, entiende este Tribunal, como ya se ha pronunciado en otras ocasiones, implica una clara infracción del principio de igualdad, que en el ámbito del **arbitraje** es la que obliga a respetar un principio muy elemental: que quien juzga o administra el **arbitraje** no sea una de las partes o adolezca de la ecuanimidad necesaria para desempeñar tales cometidos.



Si lo anterior no fuera suficiente, también ha quedado acreditado que entre el Consejo Superior de Cámaras, al que pertenecía la Corte de **Arbitraje** de Madrid, y Delforca existían litigios, y hay que tener en cuenta que esa neutralidad subjetiva y ese desinterés objetivo, necesarios en el caso concreto, ha de predicarse, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte (art. 9º de los Estatutos) y de la Corte misma (art. 3º de los Estatutos), pero también, por inexcusable conexión o consecuencia, se han de extender a la corporación, asociación o entidad sin ánimo de lucro que haya creado la Corte y que, directamente, designa sus órganos de gobierno.

El propio Laudo declara acreditados los siguientes litigios entre Delforca y el Consejo Superior de Cámaras: 1º Una demanda formulada el 8 de marzo de 2010 en reclamación de daños por su negligente actuación en el **arbitraje** precedente, tramitada ante el Juzgado N° 45 de Madrid. 2º Dos acciones de reclamación de perjuicios iniciada con fundamento al laudo anulado en el primer **arbitraje** y dirigido contra el Consejo y, en uno de los casos, también contra el Presidente del Tribunal Arbitral, Sr. Jon , que correspondió al Juzgado N° 21 de Madrid. 3º Una solicitud de medida cautelar instada el 10 de octubre de 2011 contra Banco Santander y contra el Consejo Superior, solicitando la suspensión del presente **arbitraje**, que correspondió al Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Madrid.

Si bien es cierto, como afirma la demandada, que la tramitación de procesos paralelos al **arbitraje** demandando a la institución arbitrador, llevaría a privar de virtualidad y defraudar al compromiso arbitral asumido, por la voluntad unilateral de una sola parte, también lo es, que eso es así cuando ello tiene lugar de forma aislada y cuando se pretende exclusivamente esa la finalidad, sin dato alguno más en que basar una demanda, lo que no tiene lugar en el presente caso -al margen del resultado de los procesos que son citados en el Laudo-, pues, con independencia de lo analizado en el primer Fundamento de Derecho sobre la causa alegada, lo cierto es que el Laudo Arbitral de fecha 12 de mayo de 2009, fue anulado por la Audiencia Provincial de Madrid S. 12ª, por estimar procedente la recusación plantada contra el árbitro D. Jon y por infracción derecho a la práctica de prueba propuesta-, por lo que la denuncias por daños no puede considerarse infundadas, o que persiguiera otras finalidades distintas a la reparación de daños y perjuicios.

Por lo expuesto, estamos ante un supuesto claro de pérdida apariencia de imparcialidad de la Corte, ya que el **arbitraje**, como es sabido es un equivalente jurisdiccional, y el derecho a la imparcialidad judicial constituye una garantía fundamental en un Estado de Derecho, reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE),

Conforme establece el artículo 9 de la vigente Ley de **Arbitraje** del 2003, el convenio arbitral puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, y deberá expresar la voluntad de las partes de someter a **arbitraje** todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

La anterior premisa ha de conectarse con el régimen jurídico del **arbitraje** institucional, y resulta innegable la conexión que existe entre la autonomía de la voluntad de los contratantes, que ha de ser ejercida con libertad y en condiciones de igualdad, y la "limitación" que a esa autonomía supone la aceptación de un **arbitraje** institucional, que precisamente por ello ha de ser una aceptación libre y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible aun en el caso de que fuera consciente y deliberada.

En este caso, el consentimiento o voluntad de las Partes de someterse a la CEA - plasmado en el apartado 15 del Anexo 1 del Contrato Marco de Operaciones Financieras ("CMOF") suscrito entre el Banco Santander y Delforca en fecha 30 de marzo de 1998- no es válido, puesto que si los demandados hubieran tenido conocimiento en el momento de la firma del convenio, de todo lo ocurrido y de que la CEA podría no ser independiente e imparcial, no se habría firmado el convenio, ni se hubiera sometido a esa institución arbitral, pues la sumisión a la misma, como hemos apuntado, debe realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad, lo que resulta incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra.

Tal y como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal la exigencia más clara, más incontestable del principio de igualdad en el ámbito del **arbitraje** es la que obliga a respetar un principio muy elemental: que *quien juzga o administra el arbitraje no sea una de las partes o adolezca de la ecuanimidad necesaria para desempeñar tales cometidos* . Y, con mayor motivo, esta conclusión debe ser sostenida cuando la lesión del principio de igualdad se produce en el origen mismo del **arbitraje**, con la restricción indebida de la libertad negocial.

La nulidad del convenio que se predica de la vulneración del principio de igualdad con respecto a la designación de árbitros ha de ser afirmada, al menos con idéntica razón, del convenio arbitral que encomienda la administración del **arbitraje** - con todas las competencias y facultades que de ella se siguen- a una institución respecto de la que, fundadamente, quepa apreciar que adolece del desinterés objetivo y de la neutralidad subjetiva imprescindibles para el desempeño de su cometido. En tales circunstancias no estaríamos ante un auténtico contrato de **arbitraje**, convenido con el respeto al principio de igualdad que la Ley y la Constitución



demandan, sino ante una posición de predominio y de abuso de una parte sobre otra, incompatible con un consentimiento arbitral válido.

Como consecuencia de todo lo expuesto la Sala entiende que debe ser estimada la primera de las causas invocadas por la demandante -sin necesidad de entrar por tanto en el análisis de las restantes- y por tanto, debe acordarse la nulidad del laudo al amparo del art. 41.1.a) LA (inexistencia o invalidez del convenio arbitral), porque la infracción del principio de igualdad, en este caso no se manifiesta tanto en la sustanciación del procedimiento arbitral, como en la conformación misma del convenio, que defiere el **arbitraje** a una institución a la que encomienda su entera administración.

En conclusión, ni el convenio arbitral ha sido expresión de un consentimiento válido, respetuoso con indeclinables exigencias del principio de igualdad, ni la CEA debió aceptar la encomienda de administrar tal **arbitraje**.

CUARTO.- Estimadas las pretensiones de la demandante, procede conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer a la demandada las costas causadas en este procedimiento.

Vistos los artículos de aplicación

FALLAMOS

ESTIMAMOS la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Mercedes Caro Bonilla en nombre y representación de **DELFORCA 2008 SAU contra BANCO DE SANTANDER S.A.**, acción de anulación de Laudo Parcial de fecha 14 de marzo de 2017 dictado por el Tribunal Arbitral de la Corte Española de **Arbitraje** compuesto por D. Romualdo (Presidente), D. Sabino y D. Secundino ; con expresa imposición a la demandada 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 48/2017

DEMANDANTE: DELFORCA 2008, S.A.U.

DEMANDADO: BANCO SANTANDER, S.A.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE DEL MAGISTRADO

D. Jesús María Santos Vijande

Con absoluto respeto a la opinión expresada en la Sentencia, cuya motivación y fallo comparto, he de dejar constancia, a través de la formulación de este voto particular - ex art. 260 LOPJ-, de que la fundamentación de la Sentencia debió también sustentar el fallo anulatorio, como genuina *ratio decidendi* -que no tiene por qué ser única-, en otra de las razones alegadas por la actora, de hondo calado jurídico y trascendencia práctica, a saber: en la *radical ineficacia sobrevenida del convenio arbitral* suscrito entre DELFORCA y BANCO SANTANDER, con motivo del cambio de régimen legal operado por la *Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Servicios, Industria y Navegación*, que regula la *Cámara de Comercio de España*, en particular cuando instaura nuevos regímenes de financiación y de cooptación de los miembros que integran sus órganos de gobierno -por contraste con el extinto Consejo Superior de Cámaras-. Puestos en conexión tales regímenes de financiación y de cooptación con el tenor del Reglamento y de los Estatutos de la Corte Española de **Arbitraje**, resulta que, *in casu*, por razón de las personas intervinientes en este procedimiento arbitral, dicha Corte adolece, a mi parecer de un modo palmario, de las condiciones de neutralidad y de apariencia de independencia que, con carácter inexcusable, demanda la administración de cualquier **arbitraje**, como "*equivalente jurisdiccional*" que es (STC 1/2018). El convenio arbitral, cierto que por circunstancias sobrevenidas, conculcaría el principio de igualdad de un modo radical e insubsanable.

Paso a exponer los razonamientos en que sustento esta conclusión que acabo de anticipar, cuyo sustrato fáctico no es controvertido: resulta reconocido por el Laudo y se basa en documental obrante en la causa no impugnada, discrepando las partes, eso sí, sobre su significación jurídica.

PRIMERO. Las premisas dogmáticas de que parto, de que ha partido este Tribunal y que invoca el propio Laudo al citar la jurisprudencia de esta Sala, arrancan de nuestra **Sentencia 63/2014, de 13 de noviembre** -roj STSJ M 14692/2014 - y han sido reiteradas desde entonces en no pocas ocasiones (v.gr., sin ánimo exhaustivo **Sentencias 65/2015, de 17 septiembre** (roj STSJ M 10504/2015), **55/2016, de 19 julio** (roj STSJ M 8911/2016), **13/2015, de 28 enero** (roj STSJ M 1286/2015), **70/2016, de 4 de noviembre** (roj STSJ M



11933/2016), **22/2017, de 23 de marzo** (roj STSJ M 3278/2017), **33/2017, de 4 de mayo** (roj STSJ M 4765/2017) y **6/2018, de 6 de febrero** (roj STSJ M 914/2018).

Aunque la propia Sentencia ya lo reseña, me parece oportuno reproducir en su integridad lo que ya dijimos en la S. 63/2014 (FF JJ 3º a 5º):

" **TERCERO.**- (...) No se discute, pues, que la árbitro que dicta el laudo haya sido parcial, o incurrido en causa de abstención, sino el hecho mismo de que CORTE DE **ARBITRAJE** DE MADRID haya administrado este **arbitraje** sin haber puesto en conocimiento de las partes que la institución en que se encuadra es propietaria del 30,72% de la demandada en el **arbitraje**, con la consiguiente colusión de intereses.

El estudio y la determinación de la trascendencia jurídica de este hecho probado exige, amén de un primera precisión conceptual, dejar constancia del régimen de las instituciones arbitrales en la LA, de sus funciones y responsabilidades, y, en particular -por exigirlo así las circunstancias del caso-, de cuál sea ese régimen en relación con la Corte de **Arbitraje** de Madrid, tal y como viene configurado, además, por su Estatuto y por su Reglamento.

La precisión conceptual a que aludíamos -que es a la vez premisa de nuestro análisis- tiene que ver con la circunstancia, cierta, de que, en algunas ocasiones, la jurisprudencia -también la de esta Sala (v.gr., por todas, S. 24/9/2013, ROJ STSJ M 15966/2013- ha sostenido que la imparcialidad propiamente dicha concierne al árbitro, más que a la institución arbitral, en la medida en que es aquél quien resuelve, siendo el único que puede ser recusado. Ahora bien, este criterio, correcto con carácter general -aun cuando admita matizaciones-, pues responde a la concepción -legal y doctrinalmente aceptada- de que la imparcialidad ha de predicarse de quien tiene que resolver a lo largo del proceso, no obsta - no puede obstar- a la debida preservación de principios básicos del quehacer jurisdiccional y también del **arbitraje**, en tanto en cuanto éste es un "equivalente jurisdiccional", en locución ya clásica del Tribunal Constitucional: principios básicos tales como el de igualdad a lo largo de todo el procedimiento arbitral, conciliado con la necesaria libertad a la hora de emitir la voluntad de someterse a **arbitraje**...

Y es que el enfoque que la Sala juzga correcto en un caso como el presente -a la vista del concreto hecho que sustenta la demanda de anulación-, es el que atiende a la necesidad de analizar si la emisión del consentimiento al someterse a este **arbitraje** institucional está o no radicalmente viciado, según se haya emitido o no con vulneración de un principio, el de igualdad, que ha de informar tanto la sumisión a **arbitraje** en los términos en que se formule, como la designación de árbitros y la sustanciación misma del entero procedimiento arbitral.

CUARTO.- Tal y como hemos anticipado, la anterior premisa de análisis ha de conectarse con el régimen jurídico del **arbitraje** institucional.

De entrada, resulta innegable la conexión que existe entre la *autonomía de la voluntad de los contratantes, que ha de ser ejercida con libertad y en condiciones de igualdad* , y la " *limitación*" que a esa autonomía supone la aceptación de un **arbitraje** institucional, que precisamente por ello ha de ser una aceptación libre y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible aun en el caso de que fuera consciente y deliberada.

De la " *limitación*" que a la autonomía de la voluntad supone la sumisión a un **arbitraje** institucional da cuenta el art. 4.a) LA al señalar que, cuando una disposición de la LA deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, las está facultando, a su vez, para que, sobre ese asunto -excepto en el caso de lo previsto en el art. 34 LA-, pueda resolver, en lugar de las partes y en virtud de su decisión, una institución arbitral. Y más claro es aún el art. 4.b) LA cuando, expresa y terminantemente, proclama como integradas en el convenio arbitral las disposiciones del Reglamento de **Arbitraje** al que las partes se hayan sometido. La Exposición de Motivos de la LA es del mayor interés a la hora de efectuar una exégesis auténtica de este art. 4. Destacamos las siguientes afirmaciones:

"Esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas **esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del Reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido** . Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de **arbitraje** o convenio arbitral que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de **arbitraje** se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el **arbitraje** sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral".

En otras palabras: las decisiones de la institución que administra el **arbitraje** se integran o, si se quiere, son expresión misma de la voluntad de *todas las partes* que suscriben el convenio arbitral -por delegación de

éstas. Y qué duda cabe de que la institución administradora del **arbitraje** tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades de primer orden, que se traducen en verdaderas decisiones, cuya validez se enraíza y, por ello, se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación.

De ahí que sea evidente de toda evidencia que la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad -incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra-, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aúna y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad.

La Ley de **Arbitraje** es muy clara al fijar los cometidos básicos de las instituciones arbitrales: "*la administración del arbitraje y la designación de árbitros..., velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia*" (apdos. 1 y 3 del art. 14 LA). *Tanto en la designación de árbitros (art. 15.1 LA) como en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 24.1 LA) la institución arbitral ha de respetar el principio de igualdad.* Las funciones que desempeñan las Cortes de **arbitraje** al administrarlo -nombramiento de árbitros, comunicaciones entre las partes, fe del procedimiento arbitral...-, han de estar presididas, es incuestionable, por el respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes, con desinterés respecto del *thema decidendi*, y con independencia, con ausencia de vínculos de sujeción -más allá de los que son propios de o inherentes al **arbitraje** institucional- que puedan poner en entredicho, fundadamente, la ecuanimidad de su proceder. En este contexto es en el que ha de entenderse la previsión del art. 21.1 LA, cuando dice:

"La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma..."

En el caso concreto, sin ánimo exhaustivo, el Reglamento de la Corte de Madrid le atribuye, en su cometido administrador del **arbitraje**, funciones tales como: **a)** Interpretar cualquier duda que pudiera surgir en relación con la exégesis del Reglamento (art. 2.5); **b)** Supervisar y facilitar la comunicación entre las partes y el árbitro (art. 3); **c)** Modificar, prorrogar, reducir o suspender los plazos previstos en el Reglamento hasta la constitución del tribunal arbitral (art. 4); **d)** Fe pública, impulso procesal, traslado de escritos y documentos, verificación del cumplimiento de los requisitos de aportación de los mismos y, en su caso, subsanación de los defectos de que adolezcan (arts. 5 y 6); **e)** Revisar, *prima facie*, la existencia de convenio arbitral (art. 8); **f)** Decidir con carácter firme sobre la acumulación de procesos y la intervención de terceros, pudiendo suponer tal decisión la renuncia de las partes al derecho que les corresponde de nombrar árbitro (art. 9); **g)** Fijar y reclamar el importe de las provisiones de fondos, iniciales y adicionales, a cuya provisión se supedita la prosecución del **arbitraje** (art. 10); **h)** Designar árbitros en los términos reglamentariamente previstos (arts. 11 a 14), con especial referencia a que la Corte goza de la facultad de confirmar o no al árbitro propuesto por las partes, de modo que en última instancia puede ser designado por la Corte; **i)** Decidir con carácter firme sobre el nombramiento, confirmación, recusación o sustitución de los árbitros (art. 13.6); **j)** Ser depositaria de copia original de los laudos que se dicten y, a instancia de los árbitros, notificar a las partes los laudos y cualquier corrección, aclaración o complemento de los mismos (art. 39, apdos. 8 y 10); **k)** El examen del laudo previo a su emisión, al efecto de realizar modificaciones estrictamente formales, pudiendo también, dentro del respeto a la libertad de decisión de los árbitros, llamar su atención sobre aspectos relacionados con el fondo de la controversia, así como sobre la determinación y desglose de las costas; **l)** Custodiar y conservar los expedientes arbitrales (art. 45); y **m)** Fijar los honorarios de los árbitros (art. 47).

Asimismo, el Estatuto de la Corte de **Arbitraje** de Madrid comienza señalando que la Corte "se constituye como un servicio de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (art. 1º), con las funciones que se determinan en su art. 2º, y que pormenoriza el Reglamento respecto del nombramiento de árbitros y, en general, de la administración del **arbitraje**.

Frontispicio del Estatuto es también la declaración, enfatizada por la parte aquí demandada, de que "*en la administración de los procedimientos arbitrales la Corte actuará con total independencia de los restantes órganos de la Cámara*".

No se duda, pues, de que, estatutariamente -y, como veremos, también legal y constitucionalmente-, en los **arbitrajes** en que intervenga, esta Corte -como cualquier otra- ha de actuar con total independencia de la Cámara -o de la institución- en que se incardina: y ese actuar con independencia, obviamente, presupone la neutralidad respecto de las partes y la ausencia de interés directo o indirecto de la Cámara en el *thema decidendi* del **arbitraje**, puesto que, por definición, **no se puede concebir aquí la independencia al modo en que**



es habitual en el plano judicial (arts. 12 a 14 LOPJ), esto es, como ausencia de vínculos de sujeción, dado que la Corte, como institución, es y depende en su ser mismo de la Cámara que la auspicia .

En efecto, es ejemplo señero de esa intrínseca y lógica dependencia lo que dispone el art. 5º de los Estatutos CAM:

1. El Pleno de la Corte (el "Pleno") contará con un máximo de 13 miembros. Formarán parte, como miembros natos, el Presidente de la Corte, que actuará como Presidente del Pleno, y el Presidente, el Director Gerente y el Secretario General de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. El resto de los miembros serán designados por el Pleno de la Cámara por periodos renovables de 4 años entre personalidades del mundo empresarial y jurídico, asegurándose en todo caso que los representantes del mundo empresarial junto con los miembros natos del Pleno sean mayoría . Los representantes del mundo jurídico serán designados atendiendo a su prestigio, conocimiento y experiencia en materia de **arbitraje comercial. En tanto en cuanto no se produzca la renovación, los miembros designados por el Pleno de la Cámara continuarán en el ejercicio de su cargo.**

2. El Presidente de la Corte será nombrado por el Pleno de la Cámara por períodos de cuatro años, pudiendo ser reelegido.

3. El cargo de Secretario General de la Corte será desempeñado por el Secretario General de la Cámara.

Y lo mismo cabe decir -como ejemplo de esa dependencia- del tenor del artículo 11º.2 de los Estatutos:

"La designación de árbitros se efectuará por la Corte a través de la Comisión de Designación de Árbitros (la "Comisión de Designación"), cuyos miembros serán nombrados por el Pleno, siendo su presidente el Presidente de la Corte".

De ahí, pues, la inequívoca necesidad, ya señalada, de extremar las cautelas en el **arbitraje institucional, lo que se traduce en el escrupuloso respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes y con pleno desinterés respecto del *thema decidendi*.**

Esa neutralidad subjetiva y ese desinterés objetivo, necesarios en el caso concreto, se predica, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte (art. 9º de los Estatutos), pero también de la Corte misma (art. 3º de los Estatutos) y, por inexcusable conexión o consecuencia, se ha de extender a la corporación, asociación o entidad sin ánimo de lucro que haya creado la Corte y que, directamente, designa sus órganos de gobierno .

Esta es una necesidad sentida, fuera y dentro de España, por los operadores del **arbitraje**. No ignora la Sala, dicho sea a modo de ejemplo, las recomendaciones del Club Español del **Arbitraje** (CEA) sobre buenas prácticas arbitrales, y en particular -porque hace al caso- aquella que señala que las instituciones arbitrales actuarán de forma independiente y neutral, especificando -v.gr., deber 6-, sub epígrafe *De los conflictos de intereses, cómo dichas instituciones " deberán informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad"* (imparcialidad e independencia de las instituciones arbitrales que se reitera en la recomendación VII del CEA sobre independencia e imparcialidad de los árbitros).

Ahora bien, nuestras siguientes reflexiones se dirigen a abundar en lo ya dicho para justificar que lo que en un ámbito determinado no puede ser sino concebido como una recomendación o admonición, en el propio de esta jurisdicción puede y debe ser calificado jurídicamente, en según qué casos, como verdadera exigencia con entraña en la misma Constitución Española.

QUINTO.- Ya hemos apuntado, entre otras, en nuestra Sentencia 47/2014, de 16 de julio, que existen algunos criterios de orden público indeclinables para las partes, pues su ignorancia convertiría el **arbitraje** en una institución ajena a los más elementales postulados de justicia: esas reglas de orden público, como enseguida se verá, expresan mandatos y prohibiciones cuya inobservancia desvirtuaría la institución del **arbitraje** como cauce alternativo válido a la vía jurisdiccional incluso desde un punto de vista constitucional: en efecto, el monopolio en la impartición de justicia que consagra el art. 117.3 de la Constitución sólo puede ser exceptuado si la vía alternativa reúne, más allá de lo que sea o deje de ser la voluntad de las partes, unas condiciones mínimas de independencia e imparcialidad en quien haya sido llamado a sustituir al órgano jurisdiccional que habría de resolver el conflicto de intereses de que se trate.

Decíamos entonces -y hemos de reiterarlo ahora- que resulta imprescindible preservar el principio de igualdad en el **arbitraje** -tanto en la emisión del convenio, como en la entera sustanciación del procedimiento arbitral- no ya sólo por tratarse de una exigencia legal -v.gr., arts. 1256 y concordantes del Código Civil, y arts. 15.2 y 24.1 LA-, sino por imperativo constitucional: no sería admisible una dispensa del monopolio constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional que no respetara exigencias indeclinables, según la propia Constitución, del desempeño lícito de la función jurisdiccional por el Poder Judicial: tal es el caso, señaladamente, del principio de igualdad, que evita el desequilibrio a favor o en perjuicio de una de las partes. Y es que, aunque en el **arbitraje** no se desarrolle una potestad estatal, como en el caso de la jurisdicción, ciertos principios y garantías



del ejercicio de la función jurisdiccional han de ser respetados en el proceso arbitral, y máxime cuando se repara en la circunstancia de que los laudos, una vez firmes, tienen eficacia de cosa juzgada material y constituyen un título ejecutivo (art. 43 LA y 517.2.2º LEC). En este punto es inconcusa la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza del **arbitraje** y sobre las garantías que ha de reunir el procedimiento arbitral: la **STC 174/1995** expresamente proclama que " ... el **arbitraje** se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)".

La exigencia más clara, más incontestable del principio de igualdad en el ámbito del **arbitraje** es la que obliga a respetar un principio muy elemental: que **quien juzga o administra el arbitraje no sea una de las partes o adolezca de la ecuanimidad necesaria para desempeñar tales cometidos** . Esta hipótesis es radicalmente inadmisibles: ningún acuerdo de las partes en que concurriera un consentimiento libérrimo y perfecto en tal sentido, nombrando como árbitro o como administradora del **arbitraje** a una de ellas -o a alguien que dependa de una de ellas-, puede prevalecer sobre el carácter imperativo, *de ius cogens*, del principio de igualdad. Ni que decir tiene que semejante conclusión debe ser sostenida, *a fortiori*, cuando la lesión del principio de igualdad se produce en el origen mismo del **arbitraje**, con la restricción indebida de la libertad negocial -v.gr., por ocultación de datos relevantes-.

En el bien entendido de que lo determinante es la infracción objetiva del principio de igualdad en virtud de una posición de privilegio, que es reprobable incluso aunque no haya sido deliberada o maliciosamente buscada: ...no es necesario - para que se infrinja el principio de igualdad- que la parte más fuerte haya actuado consciente de su prepotencia para situarse en una posición de privilegio, sino que **basta con que la otra parte se encuentre limitada en su posibilidad de actuación y/o de decisión, ya sea a la hora de emitir su voluntad de sumisión a arbitraje, ya en el momento de designar árbitros** .

Hemos de insistir: ciertos principios y garantías constitucionales del ejercicio de la función jurisdiccional han de ser respetados en el proceso arbitral, y, entre ellos, señaladamente, *el principio de igualdad en la conformación y sustanciación del arbitraje* , dada su naturaleza de " *equivalente jurisdiccional*".

En este punto, cumple recordar que el art. 9.3 LA de 1988 literalmente decía: " *Será nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros*". Precepto que, a su vez, vino a recoger lo que la jurisprudencia venía manifestando desde varias décadas antes - STS, 1ª, de 6 diciembre de 1941 (cdo. 2º) (R.A.J. 1.930); asimismo, , argumentando además sobre la aplicación del art. 1256 Cód. Civil, la STS, 1ª, de 18 de abril de 1940 (cdo. 2º) (R.A.J. 293)-. Pues bien, es incontestable que la *ratio* de la vigente LA es la misma que la de su inmediato precedente por exigencia constitucional: *limitar las cláusulas leoninas o abusivas en beneficio de una de las partes, como concreción en el ámbito del arbitraje de lo que no es sino un límite general de la autonomía de la voluntad contractual expresamente regulado en el art. 1256 del Código Civil* .

Por lo demás, si bien se mira, esa previsión legislativa de nulidad no era en absoluto descabellada; respondía a una idea muy clara: quien pretende y logra una posición de supremacía tal -mediando dolo o no-, o quien simplemente la consiente, está evidenciando un vicio de su voluntad que la convierte en radicalmente contraria a la esencia del **arbitraje**, a saber: la voluntad válida de someterse a **arbitraje** es aquella que parte de la base de que acepta someterse a la decisión de un tercero imparcial: ¿cómo puede presumirse una voluntad semejante en quien provoca, logra o simplemente consiente tener una posición de privilegio en la designación de la institución que ha de administrar el **arbitraje** o en la designación del árbitro, capaz potencialmente de condicionar su decisión? Y ello por no hablar, claro está, de aquellos casos en que se induzca a error -v.gr., por la ocultación de datos esenciales- que invalide el consentimiento de alguna de las partes ex art. 1266 CC.

Ni que decir tiene, a la luz de lo ya expuesto, que la nulidad del convenio que se predica de la vulneración del principio de igualdad con respecto a la designación de árbitros ha de ser afirmada, al menos con idéntica razón, del convenio arbitral que encomienda la administración del **arbitraje** -con todas las competencias y facultades que de ella se siguen- a una institución respecto de la que, fundadamente, quepa apreciar que adolece del desinterés objetivo y de la neutralidad subjetiva imprescindibles para el desempeño de su cometido.

En tales circunstancias no estaríamos ante un auténtico contrato de **arbitraje**, convenido con el respeto al principio de igualdad que la Ley y la Constitución demandan, sino ante una posición de predominio y de abuso de una parte sobre otra, incompatible con un consentimiento arbitral válido: y es que no se puede llevar la flexibilidad de la autonomía de la voluntad inherente al **arbitraje** a un extremo tal que resulte inconciliable con límites esenciales de esa autonomía de la voluntad, con límites que la definen, para llegar a admitir como convenio válido el que somete la administración del **arbitraje** a una institución integrada en una corporación propietaria, en porcentaje muy significativo, de la mercantil demandada en el procedimiento arbitral....".



Y hemos añadido en otras Sentencias ulteriores -v.gr. FJ 9º S. 65/2015, de 17 de septiembre-, literalmente lo siguiente:

"Esta premisa es plenamente aceptada por la Sala: la obligación de independencia e imparcialidad, con **los consiguientes motivos de abstención, y los deberes de revelación y de información que asisten a los árbitros, mutatis mutandis, son exigibles a las instituciones llamadas a administrar el arbitraje**. Extremo ratificado por la Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el **Arbitraje** Internacional, que, en su primera consideración para la aplicación práctica de las normas generales -entre las cuales se hallan dos reglas relativas a los deberes de revelación e información, reglas 3ª y 7ª-, señala que " las Directrices han de guiar a los árbitros, a las partes, **a las instituciones arbitrales**, (e incluso) a los tribunales estatales **sobre el tipo de circunstancias que crean o no un conflicto de intereses y sobre aquellas que, de un modo o de otro, haya que revelar a las partes** ".

La observancia del principio de igualdad en el procedimiento de designación de árbitros y, más en general, durante todo el procedimiento arbitral tiene, como una de sus plasmaciones legales, lo dispuesto en la interdicción que establece 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 ".

Sobre este enunciado legal - **aplicable a las instituciones arbitrales** - esta Sala ya ha señalado en repetidas sentencias (v.gr., S. 24/9/2014 en el procedimiento de anulación 15/2014, y S. 13/2015, de 28 de enero, en autos de anulación 20/2014) que la exigencia indeclinable 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 -una o todas- 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 -en determinados casos incluso antes- 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 - **y de las instituciones arbitrales** - 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 -rectius, el 23.10.2014-, 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 por la Sala, que habrán ser ponderadas en cada caso".

Ahora bien, dicho lo que antecede, es igualmente claro -también lo hemos señalado, v.gr., en las SS. 13/2015, de 28 de enero (FJ 3)- y 70/2016, de 4 de noviembre (FJ 6º.2), que el cuestionamiento de la neutralidad de una Corte de **Arbitraje** tiene que sustentarse en razones objetivas, en motivos que, considerados con idéntica objetividad, más allá de las conjeturas o de las meras sospechas, sean aptos para comprometer la debida ecuanimidad de la Corte, atendidas las circunstancias del caso concreto.



SEGUNDO.- A partir de aquí he de consignar hechos plenamente acreditados, en orden a verificar la quiebra de la apariencia de neutralidad e independencia de la Corte Española de Arbitraje en la administración del arbitraje entre DELFORCA y BANCO SANTANDER, que da pie a este proceso de anulación.

- Ante todo he de remitirme al *factum* que reseña la Sentencia como sustento de su decisión, pero cumple recordar, como premisa básica, que el arbitraje iniciado en 2011 permaneció suspendido durante varios años -entre 2012 y 2016- en virtud de mandamientos del Juzgado de lo Mercantil que tramitaba el concurso de DELFORCA.

- La dicción literal del convenio arbitral, contenido en el apartado 15 del Anexo 1 del Contrato Marco de Operaciones Financieras ("CMOF") fue suscrito entre el Banco y Delforca en fecha 30 de marzo de 1998, encomendando a la Corte Española de Arbitraje (CEA), de conformidad con su Reglamento y Estatuto, la administración del arbitraje y la designación del árbitro o del tribunal arbitral...

- En ese momento la CEA se integraba, como órgano sin personalidad jurídica, en el Consejo Superior de Cámaras (así, el § 58 del Laudo), corporación de Derecho público, que, en buena parte, se financiaba mediante una exacción parafiscal de carácter obligatorio denominada "recurso cameral permanente", a la que estaban sujetos los profesionales y las empresas, obligados "ex lege" a formar parte de las cámaras de comercio en virtud de la denominada "adscripción obligatoria" a dichas cámaras.

- Suprimido -con alguna excepción- el "recurso cameral permanente" como "fuente de financiación principal de las Cámaras" por Real Decreto-Ley 13/2010 -la locución entrecomillada es de su Exposición de Motivos-, la nueva Ley 4/2014 expresamente proclama (art. 7.1) que "de la adscripción obligatoria a las Cámaras no se desprende obligación económica alguna ni ningún tipo de carga administrativa" (art. 7.1 L 4 /2014) -cfr. también DT 3ª de la Ley).

- El art. 31 L.4/2014 dispone que la Cámara de Comercio de España para la financiación de sus actividades dispondrá, entre otros, de los ingresos ordinarios y extraordinarios por la prestación de los servicios previstos en el art. 21 de esta Ley -uno de los cuales es el desempeño de funciones de mediación y arbitraje mercantil-, y "las aportaciones voluntarias de empresas y entidades", entre las cuales se hallan, muy significativamente, las denominadas por la Ley "grandes empresas de mayor contribución", cuyos representantes integran la Cámara de Comercio de España, junto con los de "las Cámaras de Comercio de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, las organizaciones empresariales y de autónomos, los Ministerios por razón de la competencia y las Federaciones de las Cámaras Oficiales españolas en el extranjero" (art. 20.3 L. 4/2014). Según la Exposición de Motivos de la Ley, con mención expresa del art. 25.2.b) al que de inmediato aludiremos, esas grandes empresas son "las de mayor facturación de ámbito nacional".

- Los órganos de gobierno y administración de la Cámara de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España son: el pleno, el comité ejecutivo y el presidente (art. 24.1).

- El Pleno está compuesto -art. 25.2-, por representantes de las Cámaras de las Comunidades Autónomas y de Ceuta y Melilla; por 9 vocales elegidos a propuesta de las organizaciones empresariales intersectoriales y territoriales más representativas en el ámbito nacional; diez vocales en representación de distintos Ministerios; dos vocales más en representación de las Federaciones de las Cámaras Españolas Oficiales de Comercio en el extranjero designados por el Ministerio de Economía y Competitividad; otros dos en representación de las organizaciones de autónomos representativas en el ámbito nacional a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social; el secretario general y el director gerente, si lo hubiere; y, en lo que ahora importa, por "veintiocho vocales a propuesta del Ministerio de Economía y Competitividad entre las grandes empresas de mayor contribución a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España en el territorio nacional". La propuesta del Ministerio de Economía y Competitividad se realizará de forma que se asegure el adecuado reflejo de la representación económica española teniendo en cuenta la contribución de las grandes empresas ponderada por la participación de los distintos sectores y subsectores económicos en el Valor Añadido Bruto" -art. 25.2.b).

- El pleno elige de entre sus miembros, por mayoría de los presentes, un presidente, tres vicepresidentes y un tesorero, que lo serán también del comité ejecutivo así como a los demás miembros de este comité ejecutivo (art. 25.3), y entre ellos, a su secretario general (art. 28.2).

- El comité ejecutivo, que es el órgano de gestión, administración y propuesta de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, está compuesto... por el presidente, tres vicepresidentes, el tesorero, ocho representantes de las Cámaras de Comercio de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla...; **atorce representantes de las empresas de mayor contribución en el territorio nacional**; dos representantes de las organizaciones empresariales representadas en el pleno, un representante de las organizaciones de autónomos representadas en el pleno, un representante del Ministerio de Economía



y Competitividad y un representante del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Asimismo, el secretario general y el director gerente, si lo hubiera, asistirán, con voz pero sin voto, a las reuniones del comité ejecutivo (art. 26).

La financiación de la Cámara de Comercio de España (CCE) y la composición legal y actual de sus órganos directivos -en particular, del Pleno y del Comité Ejecutivo-, resultan muy relevantes en las circunstancias del presente caso por una razón bien simple: los Estatutos de la Corte Española de **Arbitraje** -ECEA, obrantes en autos- revelan la absoluta dependencia orgánica de la CEA respecto de la CCE, cuando no la confusión en la ostentación de cargos entre algunos de sus miembros más importantes.

La Corte, que carece de personalidad jurídica, es un órgano más de la CCE. Ciertamente que el art. 3.2 ECEA prevé, al igual que sucedía en el caso resuelto en nuestra Sentencia 63/2014, que " *en la administración de los procedimientos arbitrales la Corte actuará con total independencia de los restantes órganos del Consejo Superior de Cámaras*" -léase Cámara de Comercio de España-. Pero, más allá de esta inobjetable declaración de intenciones, es incuestionable la trascendencia del art. 4º de dichos Estatutos, cuando, sub-epígrafe " *Composición de la Corte*", dice:

1. *La Corte se compone de los miembros designados por el Consejo Superior de Cámaras, en razón de su prestigio, conocimientos y experiencia en arbitraje comercial.*

2. *Todos los miembros de la Corte serán nombrados y cesados libremente por el Consejo Superior de Cámaras.*

Es decir, que el Consejo Superior de Cámaras (CSC) -hoy, Cámara de Comercio de España (CCE)- designa y remueve libremente al Presidente de la Corte Española de **Arbitraje** (CEA), a su Secretario General, a los integrantes de la Comisión de Designación de Árbitros, de las Comisiones de Estudios y del Comité Permanente -tales son los órganos de la CEA, según el art. 5º de sus Estatutos.

A su vez, el Comité Permanente de la CEA, que " *velará por el buen funcionamiento global de la Corte, adoptando aquellas propuestas y recomendaciones de carácter general que contribuyan a la mejor consecución de los fines de la misma*" (art. 7.2 ECEA), está integrado por "el *Presidente, el Director General del Consejo Superior de Cámaras, los Vicepresidentes, los miembros del Comité de Designación de Árbitros, los Vocales, en su caso, y el Secretario General*" (art. 7.1 ECEA).

Y la muy importante Comisión de Designación de Árbitros -art. 10 ECEA-, sobre cuya trascendencia a efectos de apariencia de neutralidad y de preservación del principio de igualdad no cabe dudar y no duda el propio Laudo impugnado (cfr. § 58), la componen el Director General del Consejo Superior de Cámaras -léase, cargo análogo de la CCE-, o persona en quien delegue, *que la presidirá -con voto dirimente en caso de empate-, dos Vocales y el Secretario General*" (art. 10.2 ECEA).

Por lo demás, ni el Estatuto de la Corte ni el Reglamento de Régimen Interior de la *Cámara de Comercio de España, en adelante, RCCE-Orden ECC/953/2015, de 14 de mayo, aportado como doc. 108 de los de la demanda-*, determinan expresamente qué órganos de la CCE serán los competentes para la libre designación de cargos en la CEA, si el Pleno o si el Comité Ejecutivo..., o en su caso el Presidente, el Secretario General o el Director Gerente, de existir este último. Con la excepción del nombramiento del Secretario General de la CCE, que lo es de la CEA, quien resulta designado por el Pleno de la CCE (art. 28.2 L. 4/2015).

En suma: he de convenir con la demandante, sin la menor duda, en que los Estatutos de la Corte no evidencian ningún mecanismo de aseguramiento de su independencia de la Cámara de Comercio de España ni desde el punto de vista orgánico, ni administrativo, ni financiero. Mecanismos que, a mi juicio, son insoslayablemente exigibles cuando es parte en el **arbitraje** quien, *ex lege*, integra la CCE -art. 20.3 L. 4/2014 y art. 1 RCCE- en calidad de " *gran empresa de mayor contribución*", entre las cuales se halla el Banco Santander, S.A., con la consiguiente asignación de puestos en los órganos de dirección del CCE - arts. 25.2.b), 26.2 y DT 2ª.3 de la Ley 4/2014-, pudiendo influir decisivamente en el nombramiento de quienes a su vez componen los órganos de la CEA, cuando no formar directamente parte de los mismos - *como es el caso del Comité Permanente de la CEA* .

En este sentido, sobre la base de la doctrina supra transcrita -que expresamente afirma la singularidad de la independencia de las Cortes de **Arbitraje** y su no exacta asimilación a la independencia judicial por razones obvias-, se ha de ponderar el hecho plenamente acreditado de que, desde su constitución, el Grupo Santander, S.A. ha estado presente en el Pleno y en el Comité Ejecutivo de la CCE del modo siguiente -docs. 92 y 93 de la demanda:

a) La Presidenta del Grupo Santander, Dª. Julieta, ha sido la Vicepresidenta del Pleno de la Cámara de Comercio de España y de su Comité Ejecutivo desde su fundación. Siendo en un primer momento vocal del Banco en dicho Pleno su Director de Relaciones Institucionales.



b) En la actualidad, es el Presidente de Santander España (D. Jaime) quien ocupa la Vicepresidencia primera del Pleno de la Cámara de Comercio de España y la de su Comité Ejecutivo, pasando la Presidenta de Grupo Santander, Sra. Julieta , a ocupar un puesto como representante del Banco en el Comité Ejecutivo.

Y, a modo de ejemplo, se ha de recordar que, según el art. 7 de los Estatutos obrantes en autos de la CEA, los Vice-Presidentes del Consejo Superior de Cámaras -hoy Cámara de Comercio de España- son miembros natos, por así decir, del Comité Permanente de la Corte Española de **Arbitraje**.

TERCERO.- A la luz de lo expuesto, creo que la Sentencia debió examinar si la presencia de BANCO SANTANDER, S.A., en los órganos de gobierno de la CCE y, en su caso, en la CEA, tenían, como creo, un efecto determinante de la plena ineficacia del convenio, si bien por razones sobrevenidas: en concreto, por quiebra de la apariencia de neutralidad y de la debida independencia, rectamente concebidas, que han de presidir la actuación de toda Corte llamada a administrar un **arbitraje**.

Sobre este extremo son precisas unas breves reflexiones finales.

Nada hay que objetar, obvio es decirlo, a que la CCE dependa económicamente de un modo significativo de una "gran empresa de mayor contribución", en el caso del BANCO SANTANDER, S.A. Ahora bien; no cabe decir lo mismo, insisto, a la vista de los Estatutos de la Corte Española de **Arbitraje**, de las consecuencias que ese subvenir a la financiación de la CCE tienen, por disposición legal, en cuanto a la presencia de BANCO SANTANDER en los órganos de gobierno de la CCE y, en consecuencia inexorable -por disposición estatutaria de la CEA-, de su capacidad de decisión e influencia en la cooptación y/o remoción de quienes han de integrar los órganos de gobierno de tal Institución arbitral; dándose incluso el caso de que altos directivos de BANCO SANTANDER formen parte de la propia estructura orgánica de la CEA, y que tal suceda por su pertenencia al Comité Ejecutivo de la CCE.

En segundo término, no puedo compartir la argumentación del Laudo, dirigida a desvirtuar, lenificándola, la trascendencia de la administración del **arbitraje**, por el hecho de que el cambio normativo haya tenido lugar con posterioridad a la aceptación por la Corte de la administración del mismo -*aceptación que ya reprobamos en el texto de la Sentencia por ser el Sr. Torcuato Presidente de la CEA, a la vez que miembro del Consejo de Administración de BS Colombia*- , y en un momento, se dice, en que su cometido era puramente de impulso procesal... Nada más lejos de la realidad: en la Sentencia 63/2014, refiriéndonos al Reglamento entonces en vigor de la Corte de **Arbitraje** de Madrid, dependiente de la Cámara de Comercio de esta capital, hacíamos una reseña de las importantes funciones de esa Corte en el devenir de los **arbitrajes** que administra; reseña que no solo es trasladable a la Corte Española de **Arbitraje**, sino que, visto el tenor de su Reglamento vigente desde el 15 de marzo de 2011, también aportado a la causa, resulta hasta insuficiente, dada la mayor amplitud de atribuciones que ostenta la CEA como administradora de procedimientos arbitrales (*cfr., los artículos RCEA 2.1, 3, 5.2, 8.4, 8.5, 9, 11.2, 12, 13, 15.4, 17.2, 17.4, 18, 19.1, 28.5, 30, 36, 37.3, 39.1ª, 39.8ª y 40*).

Pero lo que es aún más importante: desde la instauración del nuevo sistema de financiación de la Cámara de Comercio de España y de la cooptación de sus órganos de gobierno, puestos en conexión con el *no modificado Estatuto de la CEA* , tengo que concluir que en DELFORCA pudieron razonablemente surgir, amén de las cuitas que ya venía expresando desde 2011, dudas fundadas, del todo ajustadas a razón, sobre el desinterés objetivo de la entidad administradora del **arbitraje**, sobre su neutralidad y sobre la ausencia de vínculos de dependencia con los máximos dirigentes, a nivel nacional e internacional, de la financiera BANCO SANTANDER, S.A., contraparte de DELFORCA en un **arbitraje** de nada irrelevante cuantía económica -por encima de los trescientos millones de euros, considerando la demanda y la reconvencción.

En otros términos: del mismo modo que una norma puede llegar a ser inconstitucional por razones sobrevenidas -postulado dogmático singularmente evidente tras la STEDH en el caso Airey c. IRLANDA; de igual forma que un Juez puede devenir parcial o dependiente una vez iniciado un proceso; es perfectamente posible -aquí sucede-, no ya que un árbitro deje de permanecer independiente e imparcial en el transcurso del **arbitraje** -art. 17.1 LA-, sino que la Institución a la que las partes encomiendan la administración del **arbitraje** en el propio convenio -como rasgo esencial y definitorio de éste-, pueda llegar a evidenciar, por hechos posteriores al pacto de sumisión, vinculaciones tales con una de las partes que permitan poner en entredicho su ecuanimidad e independencia; de forma que mantener la eficacia y subsistencia misma del convenio, pese a ello, entrañe sin duda una quiebra inadmisibles del principio de igualdad ante la razonable verificación de que, de haber acaecido ab initio las circunstancias luego sobrevenidas, no sería admisible la declaración de voluntad sometiendo al **arbitraje** institucional. Insisto: no se trata solo, como dice DELFORCA, de que nunca se habría sometido en 1998 a **arbitraje** administrado por la CEA contra BANCO SANTANDER, S.A., si por aquel entonces éste hubiese ostentado la posición que ostenta en el seno de la CCE y, por directa conexión o consecuencia, la capacidad de influencia que de ello se sigue sobre la CEA (§ 172 de la demanda de anulación); se trata, más radicalmente aún, de que, en circunstancias semejantes -como señalábamos en la Sentencia supra transcrita-



tal posible emisión de voluntad no sería aceptable, por quiebra objetiva de la apariencia de independencia y de neutralidad, que son a su vez garantías inexcusables del principio de igualdad. Principio éste que rige, por imperativo constitucional, la conformación y la sustanciación del **arbitraje**, sea éste *ad hoc* o institucional, dada su condición de "equivalente jurisdiccional", según reiterada y conteste doctrina constitucional, de la que es expresión señera la reciente STC 1/2018.

Esta conclusión es coherente con algo que ya ha afirmado esta Sala con total claridad, v.gr., en su Sentencia -supra citada- 70/2016, de 4 de noviembre (FJ 6º), a saber: que la parcialidad de la Corte Arbitral a quien se encomienda la administración del **arbitraje** " *puede ser sobrevenida a la ratificación del propio convenio, privándolo de eficacia, dado su carácter normativo*".

En suma: compartiendo la argumentación que plasma la Sentencia, ésta debió también haber sustentado su decisión anulatoria en las razones que, con el máximo respeto, expreso en este voto concurrente, pues tienen indudable virtualidad - mientras permanezcan las vinculaciones expresadas entre la CCE y la CEA, y la falta de autonomía estatutaria de ésta respecto de aquella-, para postular, con el debido fundamento, la invalidez sobrevenida del convenio arbitral en su día suscrito entre DELFORCA y BANCO SANTANDER.

Madrid, a 30 de Julio de 2018

Fdo. Jesús María Santos Vijande.

REF: PROCEDIMIENTO DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL 48/2017

DEMANDANTE: DELFORCA 2008, S.A.U.

DEMANDADO: BANCO SANTANDER, S.A.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL, Francisco Javier Vieira Morante

Con total respeto a la decisión mayoritaria de la Sala, debo discrepar de varios de los fundamentos contenidos en la sentencia mayoritaria. Estoy conforme con lo expuesto en los fundamentos primero y segundo. No comparto, sin embargo, la estimación del motivo basado en la falta de imparcialidad de la Corte de **Arbitraje** de Madrid que se argumenta en el resto de los fundamentos de la decisión de los otros dos Magistrados de la Sala por los siguientes motivos:

PRIMERO.- El motivo de nulidad que se estima en la resolución mayoritaria se basa en la falta de imparcialidad de la Corte de **Arbitraje** de Madrid, derivada de dos circunstancias: que el Presidente de la Corte de **Arbitraje** de Madrid, el Sr. Torcuato , era a su vez Consejero del Banco de Santander de Colombia cuando se inició el **arbitraje** en el que se dictó el laudo que es objeto de la acción de anulación, hasta que se produjo su renuncia por las tachas de parcialidad puestas de relieve por DELFORCA; y que existían litigios entre el Consejo Superior de Cámaras, al que pertenecía esa Corte de **Arbitraje**, y DELFORCA.

SEGUNDO.- En relación a la primera de las circunstancias, efectivamente, consta en las actuaciones que D. Torcuato era Presidente de la Corte de **Arbitraje** y miembro del Consejo de Administración del Banco de Santander Colombia; persona que presentó carta de dimisión irrevocable el 16 de noviembre de 2011 al adquirir conocimiento de los reproches formulados por DELFORCA.

Como se recoge en el laudo (página 62), la solicitud de **arbitraje** se formuló el 8 de septiembre de 2011, fecha desde la que únicamente se dictaron, hasta la citada renuncia, por la Corte una resolución el 27 de septiembre acordando la continuación del procedimiento y la aplicación de un colegio arbitral compuesto por tres árbitros (nombrados uno por cada parte y el tercero por acuerdo de los árbitros nombrados), y otra resolución de 11 de octubre de 2011 reclamando la provisión de fondos a Delforca. E igualmente señala el laudo, con referencia al antecedente 21 del mismo, que la renuncia del Sr. Jesus Miguel a ser árbitro llevó a la Corte a iniciar de nuevo la fase de designación de miembros del tribunal con posterioridad a la renuncia del Sr. Torcuato , que se llevó a cabo en el proceloso trámite que se detalla en los antecedentes 21 a 29 del laudo.

Es decir, las actuaciones de este procedimiento arbitral en las que pudo participar el Sr. Torcuato antes de su renuncia se limitaron realmente a admisión a trámite de la solicitud de **arbitraje**, la decisión de que el **arbitraje** se realizada por un tribunal arbitral colegiado en cuya designación intervinieran las partes y a la reclamación de provisión de fondos a Delforca, sin participar posteriormente en la decisión de las numerosas controversias que surgieron en torno a la designación de los árbitros.

La breve intervención que pudo tener en este **arbitraje** del Sr. Torcuato y la ausencia de relevancia material de las decisiones que se adoptaron en ese intervalo no permiten cuestionar la imparcialidad de la Corte de **arbitraje**.



Como tuve ocasión de decir en el voto particular formulado a la sentencia dictada en el procedimiento de anulación de laudo arbitral nº 79/2015 (Roj: STSJ M 11933/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:11933): *Esta Sala ha dicho con reiteración que la imparcialidad e independencia se predica sustancialmente en la Ley de Arbitraje sobre el árbitro designado, respecto del que se prevé su recusación para poder ser apartado de la resolución del arbitraje* (entre otras, sentencias de 24 de septiembre de 2013, ROJ STSJ M 15966/2013 y 19 de julio de 2016, ROJ: STSJ M 8911/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:8911).

Por ello, aunque haya aspectos en torno a la imparcialidad e independencia que también debe cumplir la institución arbitral (por ejemplo, su falta de vinculación con una de las partes del arbitraje, como se recogió en la sentencia de 13 de noviembre de 2014 (ROJ: STSJ M 14692/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:14692), que pueden ser relevantes, no se puede trasladar a la institución administradora del arbitraje los criterios propios de la recusación del árbitro, que dejarían además sin cauce alguno para la resolución en el seno del procedimiento arbitral de esta "recusación" de la corte arbitral.

Por eso, el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje que se citan en la sentencia mayoritaria hace referencia, en cuanto a la independencia institucional, a varios aspectos que atañen a la actuación colectiva de la institución arbitral, como ofrecer asesoramiento a alguna de las partes (deber 4), o la designación de árbitros de personas que formen parte de sus órganos directivos (deber 5), o la existencia de conflictos de intereses con la propia institución arbitral (deber 6), o recibir remuneración de alguna de las partes (deber 7), o sus fuentes de financiación (deber 8), o de otros deberes de transparencia (deberes 9 a 13).

Por otro lado, si es criterio común en toda recusación que debe basarse en datos objetivos y no en meras sospechas, tal exigencia debe ser aún más estricta cuando se trata de valorar la actuación de la Corte.

Asimismo, las supuestas parcialidad y dependencia de la Institución administradora del arbitraje debe medirse en función circunstancias que afecten al colectivo de la institución. Si se pretende cuestionar, en conjunto, la aptitud de la Corte arbitral para administrar con objetividad e independencia un arbitraje, deben concurrir circunstancias que, más allá de la actuación de un individuo vinculado a ella, denoten la pérdida de independencia o imparcialidad de la Corte en su conjunto, fuera cual fuere la persona que hubiera actuado erróneamente en el caso concreto.

Considerar que actuaciones concretas de personas vinculadas a la Corte determinan que se cuestione la imparcialidad de toda la institución administradora del arbitraje trastoca inmotivadamente el criterio que venimos manteniendo de referir la imparcialidad e independencia al árbitro y no a la institución arbitral en su conjunto.

Anular un laudo arbitral, declarando la parcialidad de toda la Corte, con posibles efectos tanto en este arbitraje como en otros, por la actuación desacertada de una persona vinculada a la institución arbitral... abre el campo impugnatorio de los laudos desmesuradamente, pudiendo provocar incluso la indefensión de instituciones a las que afecta la anulación y que no han tenido oportunidad de ser oídas en el presente proceso.

Esos argumentos son perfectamente trasladables a este caso. La vinculación del Presidente de la Corte de Arbitraje con una de las partes de este procedimiento no tuvo relevancia alguna en el arbitraje. La inicial falta de comunicación a las partes de esa vinculación fue rápidamente compensada con la fulminante renuncia irrevocable de esa persona a la Presidencia de la Corte de Arbitraje. Y la actuación supuestamente descuidada de esa persona al no realizar antes esa comunicación a las partes o la renuncia (caso de que hubiera sido consciente de la iniciación del arbitraje por el Banco de Santander), no afecta colectivamente a la institución de la Corte de Arbitraje, cuya imparcialidad en el curso del procedimiento arbitral no resultó mermada en los momentos decisivos cuando ya se había desvinculado de ella la citada persona.

TERCERO.- Los litigios entre el Consejo Superior de Cámaras, al que pertenecía esa Corte de Arbitraje, y DELFORCA, que constituye la segunda de las circunstancias por las que la decisión mayoritaria de esta Sala cuestiona la imparcialidad de la Corte se detallan en las páginas 54 y 55 del laudo:

Una demanda formulada el 8 de marzo de 2010 en reclamación de daños por su negligente actuación en el arbitraje precedente, tramitada ante el Juzgado N° 45 de Madrid, y aparentemente retirada una vez el laudo dictado en el primer arbitraje fue anulado por la Audiencia Provincial de Madrid.

Dos acciones de reclamación de perjuicios iniciada con fundamento al laudo anulado en el precedente arbitraje y dirigido contra el Consejo y, en uno de los casos, también contra el Presidente del Tribunal Arbitral, Sr. Jon , que correspondió al Juzgado N° 21 de Madrid; demanda desestimada en primera y segunda instancia (Sentencia de la Sección 21 Audiencia Provincial de Madrid, núm. 409/2014 de 23 septiembre, y Sentencia de la Sección 13 de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 159/2015 de 8 mayo.



Una solicitud de medida cautelar instada el 10 de octubre de 2011 contra Banco Santander y contra el Consejo Superior, solicitando la suspensión del presente **arbitraje**.

Esta última actuación de Delforca, directamente dirigida a evitar la resolución del **arbitraje**, es evidente que no puede constituir un motivo para dudar de la imparcialidad de la Corte, lo que sería tanto como dejar en manos de una de las partes del **arbitraje** la facultad de elegir unilateralmente la forma de resolución del conflicto dejando sin virtualidad el convenio arbitral.

Respecto a las otras dos, el ejercicio contra el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio Industria y Navegación de España -improcedente, como expresaron las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid- de acciones para reclamar indemnización por los daños causados por la Corte Española de **Arbitraje** como institución arbitral en el desarrollo de un procedimiento arbitral seguido entre Banco Santander S.A. y Delforca, constituiría igualmente, si se estima que permite cuestionar por sí sola la imparcialidad de la Corte, un medio para dejar en manos de una sola de las partes la eficacia del convenio arbitral.

Es significativo que en este caso, las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid, siguiendo una doctrina consolidada del Tribunal Supremo, declaren que el artículo 21 de la Ley de **Arbitraje** no establece responsabilidad de la institución arbitral por cualquier error o descuido en que haya incurrido en el desarrollo del procedimiento, requiriendo expresamente la concurrencia de mala fe, temeridad o dolo, sin que se pueda apreciar *una grave negligencia en la institución arbitral, y mucho menos una actuación dolosa o de mala fe en la misma que diera lugar a su responsabilidad civil*.

Por otro lado, resueltos definitivamente esos procedimientos casi tres años antes de dictarse el laudo aquí impugnado -después de estar suspendido el procedimiento arbitral entre los años 2012 y 2016- no se explica en qué medida pudieron condicionar alguna de las actuaciones de la Corte en beneficio de una de las partes en conflicto. Y debemos tener en cuenta que no pueden aplicarse miméticamente las causas de recusación de jueces y magistrados previstas en el artículo 219 de la LOPJ al **arbitraje**, y menos aún en relación a la institución arbitral, en la que necesariamente debe aplicarse un criterio restrictivo en la traslación de los criterios sobre imparcialidad para evitar que se desvirtúe el **arbitraje**.

CUARTO. Considero, por tanto, que debe desestimarse este motivo de nulidad referido a la imparcialidad de la Institución Arbitral.

Madrid, a tres de septiembre de 2018.

El Presidente de la Sala Civil y Penal.

Fdo: Francisco Javier Vieira Morante