



Anulación de los laudos arbitrales por falta de imparcialidad e independencia del árbitro único¹

Comentario a las sentencias de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 3 de abril de 2018 (La Ley 50149/2018) y de 12 de abril de 2018 (La Ley 50150/2018)

Lucía Montes Saralegui

Asociado Principal

lucia.montes@cuatrecasas.com

Borja Castiella López-Aróstegui

Asociado Principal

borja.castiella@cuatrecasas.com

RESUMEN

Las Sentencias dictadas por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias los días 3 de abril de 2018 (La Ley 50149/2018) y de 12 de abril de 2018 (La Ley 50150/2018), de idéntico contenido, anularon sendos laudos arbitrales por la falta de independencia e imparcialidad del árbitro único. El Tribunal aborda en detalle un supuesto complejo, en el que el árbitro fue recusado desde el inicio de los procedimientos arbitrales por haber prestado asesoramiento legal previo a las partes y a las sociedades de las que las partes eran socias. Las sentencias realizan un pormenorizado análisis del alcance y contenido de la obligación de independencia e imparcialidad de los árbitros, incidiendo en la necesaria superación de los formalismos para garantizar el derecho individual de las partes a un árbitro independiente e imparcial. Ambas sentencias son firmes, ya que contra las mismas no cabe recurso alguno en virtud del artículo 42.2 de la Ley de Arbitraje.

¹ Artículo publicado en "2019 Práctica Contenciosa para Abogados", colección Anuarios La Ley, ed. Wolters Kluwer, junio 2019 (<https://bit.ly/2wF0eTR>).



ABSTRACT

The rulings issued by the Civil and Criminal Courtroom of the Superior Court of Justice of Asturias on April 3, 2018 and April 12, 2018, of identical content, set aside two arbitral awards due to the lack of independence and impartiality of the sole arbitrator. The Court deals in depth with a complex case, where the arbitrator was challenged since the beginning of the arbitration proceedings due to his previous legal advice to both parties and to the companies owned by the parties. The rulings analyze in detail the scope and content of arbitrator duty to remain impartial and independent and they emphasize the need to overcome undue formalisms in order to protect the parties' individual right to an impartial and independent arbitrator. Both rulings are definite, since, according to article 42.2 of the Spanish Arbitration Act, they are not subject to appeal.

1. HECHOS

El 31 de mayo de 2012, los integrantes de la Familia “A” y los integrantes de la Familia “B”, titulares cada una de un tercio del capital social de dos sociedades del sector funerario (las Sociedades), suscribieron sendos acuerdos de sindicación (los Acuerdos de Sindicación) al objeto (i) de regular la enajenación de sus participaciones y (ii) de tratar de vincular el voto en determinadas materias siguiendo un procedimiento al efecto. El tercio restante del capital social de las Sociedades era propiedad en una tercera familia no vinculada por los Acuerdos de Sindicación (la Familia no firmante).

La estipulación quinta de los Acuerdos de Sindicación regulaba el procedimiento para tratar de vincular el voto en determinadas materias. La vinculación del voto se daría si las familias, en reunión convocada al efecto, alcanzaban un acuerdo unánime sobre el sentido del voto con anterioridad a la celebración de una junta general o una reunión del órgano de administración en que fuera a tratarse una de las materias sometidas a los Acuerdos de Sindicación. La estipulación no preveía ningún sistema de desbloqueo en caso de que las familias no alcanzaran un acuerdo unánime sobre el sentido de su voto.

La estipulación sexta de los Acuerdos de Sindicación regulaba las consecuencias de su incumplimiento imponiendo una cláusula penal de nueve millones de euros a la parte incumplidora, y la estipulación undécima acordaba someter a arbitraje ad-hoc y de equidad todas las controversias que pudieran surgir, designando al efecto como árbitro a un abogado en ejercicio y, como sustitutos, a dos abogados de su mismo despacho profesional.

Poco después de la firma de los Acuerdos de Sindicación, se celebró junta general en ambas Sociedades en las que se acordó modificar su órgano de administración, nombrando consejeros a los dos miembros de la Familia “A” y a los dos miembros de la Familia “B”.

Igualmente, poco después de la firma de los Acuerdos de Sindicación, el abogado designado como árbitro en virtud de la estipulación undécima comenzó a prestar servicios recurrentes a las Sociedades. Por una parte, defendió a las Sociedades en los procedimientos judiciales iniciados



por la Familia no firmante. Por otro, prestó asesoramiento mercantil continuado a las Sociedades, cobrando honorarios mensuales en régimen de iguala de servicios.

Años más tarde, en junta general celebrada en agosto 2016, con los votos favorables de la Familia “B” y la Familia no firmante, se acordó que las Sociedades prescindirían de los servicios del abogado designado como árbitro en virtud de la estipulación undécima.

Posteriormente, el 7 de febrero de 2017, la Familia no firmante requirió a los consejos de administración de las Sociedades la convocatoria de juntas generales con un único punto del orden del día consistente en el cese de los consejos de administración y nombramiento de nuevos órganos de administración. Se convocaron las juntas generales el 14 de marzo de 2017.

Después de conocer que la Familia no firmante propondría nombrar como administrador único al entonces gerente de las Sociedades, siendo ello materia sometida a los Acuerdos de Sindicación, la Familia “A” y la Familia “B” se reunieron el 10 de marzo de 2017 al objeto de tratar de alcanzar un acuerdo unánime sobre el sentido del voto.

Durante la reunión, la Familia “A” manifestó que su voto sería negativo, en contra de la propuesta efectuada por la Familia no firmante, mientras que la Familia “B” manifestó que su voto sería afirmativo. A pesar de que no se alcanzó un acuerdo unánime sobre el sentido del voto a emitir en las juntas generales a celebrar, la Familia “A” sostuvo que ambas familias debían votar en contra del acuerdo sometido a consideración en las juntas generales. La Familia “B” sostuvo que, al no existir acuerdo unánime sobre el sentido del voto, no se había conformado la voluntad del sindicato y cada familia era libre de emitir voto en el sentido expresado en esa reunión.

Llegado el 14 de marzo de 2017, las juntas generales de cada Sociedad se celebraron y el acuerdo de cese del consejo de administración y nombramiento de administrador único en ambas Sociedades fue aprobado, al votar a favor la Familia “B” y la Familia no firmante.

El 30 de marzo de 2017, la Familia “A” promovió el inicio de sendos arbitrajes alegando el incumplimiento de los Acuerdos de Sindicación contra los miembros de la Familia “B”, reclamando la imposición de sendas cláusulas penales contra cada uno de ellos bajo los Acuerdos de Sindicación, que sumaban un total de 72 millones de euros. Requirió al abogado designado como árbitro en la estipulación undécima de los Acuerdos de Sindicación al objeto de que aceptara el cargo. El abogado aceptó el nombramiento como árbitro (el Árbitro), sin realizar ningún tipo de revelación respecto de las circunstancias que podían dar lugar a dudas sobre su independencia e imparcialidad.

Desde el inicio de los arbitrajes, la Familia “B” solicitó aclaraciones al Árbitro, sin obtener respuesta satisfactoria. En consecuencia, dentro del plazo legalmente previsto, formuló recusación contra el Árbitro (i) porque el propio Árbitro y su despacho profesional habían prestado y seguían prestando servicios a las Sociedades; (ii) porque el Árbitro tenía interés directo en el resultado del arbitraje, que iba a ser determinante para la continuidad de su relación profesional con las Sociedades y el consiguiente cobro de honorarios; y (iii) porque además el Árbitro había prestado asesoramiento legal a ambas familias.



De acuerdo con el artículo 18.2 de la Ley de Arbitraje (LA), la recusación debía ser resuelta por el propio Árbitro, al tratarse de un arbitraje ad-hoc ante un árbitro único, en el que las partes no habían acordado otro mecanismo de recusación. El Árbitro rechazó los motivos de recusación y continuó con la tramitación de los arbitrajes. Una vez presentados los escritos de alegaciones y practicada la prueba, la Familia “B” presentó un nuevo escrito manifestando que persistían las causas de falta de independencia e imparcialidad del Árbitro –más manifiestas ahora si caben- e instando al Árbitro a abstenerse de continuar con su actuación como árbitro. Esta solicitud fue nuevamente desatendida.

Los arbitrajes se tramitaron hasta que el 23 de agosto de 2017 el Árbitro dictó sendos laudos (los Laudos) estimando parcialmente las peticiones de la familia “A”. El Árbitro declaró el incumplimiento de los Acuerdos de Sindicación por la Familia “B” y condenó a cada miembro de la Familia “B” al pago de seis millones de euros a cada miembro de la Familia “A” (una condena total veinticuatro millones de euros entre ambos arbitrajes), con imposición de las costas de arbitraje.

Los miembros de la Familia “A” iniciaron procedimientos de ejecución de los Laudos ante los Juzgados de Primera Instancia de Gijón (lugar donde se tramitaron los arbitrajes), y los miembros de la Familia “B” tuvieron que instar su concurso voluntario .

En noviembre de 2017, los miembros de la familia “B” ejercitaron la acción de nulidad prevista en los artículos 40 a 42 LA contra los Laudos ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (el TSJ de Asturias). Tras los trámites oportunos, que incluyeron la celebración de vista oral a instancias del Tribunal -a pesar de no haber sido admitida la prueba testifical propuesta-, los días 3 y 12 de abril, el TSJ de Asturias dictó las sentencias objeto de este comentario (las Sentencias), en las que estimó íntegramente las demandas declarando los Laudos nulos de pleno derecho y carentes de efectos jurídicos, imponiendo las costas a la parte actora.

II. RESOLUCIÓN JURÍDICA

2.1. Consideraciones introductorias manifestadas por el TSJ de Asturias en las Sentencias

Las Sentencias contienen una detallada y extensa motivación de la decisión adoptada. El TSJ de Asturias comienza realizando una serie de consideraciones a las que se refiere como “generales”, que, por su interés, resumimos a continuación.

En primer lugar, las Sentencias reconocen que la LA vigente, al igual que la Ley Modelo de la CNUDMI en la que se basa, no prevén de forma expresa que la concurrencia de dudas sobre la imparcialidad de los árbitros constituya un motivo tasado de impugnación del laudo. No obstante, considera el TSJ de Asturias que dicho motivo puede incardinarse tanto en las letras d) como f) del artículo 41.1 LA, para lo cual se apoya en relevantes citas doctrinales, en sentencias anteriores dictadas por el mismo Tribunal y en la Exposición de Motivos de la LA.



En segundo lugar, el Tribunal recuerda en sus Sentencias que la acción de anulación del laudo arbitral es una “acción autónoma de carácter garantizador, excepcional y típica que se dirige a atacar la eficacia de cosa juzgada que se otorga a la decisión arbitral”, de modo que “no puede el Poder Judicial entrar en la valoración de los hechos, materia de la controversia, en la interpretación de las normas aplicables o en las conclusiones jurídicas, y ello aunque puedan parecer equivocados, respetándose así la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de los árbitros, con exclusión de la intervención judicial”.

El TSJ de Asturias insiste en que la anulación del laudo es una acción en garantía de un derecho ciudadano esencial: la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, por lo que es ese derecho fundamental, en su modalidad de acceso a la justicia, el que “habrá de determinar el grado de incidencia o incisión en el laudo”. Así, el Tribunal afirma que no debe entrar a analizar el fondo del laudo, ni siquiera para “tratar de descubrir en él argumentos contra la independencia y la imparcialidad del árbitro”.

En tercer lugar, el TSJ de Asturias analiza la evolución de la naturaleza del arbitraje y sus consecuencias sobre las causas de abstención y recusación de los árbitros. El Tribunal destaca el progresivo abandono de la teoría del arbitraje como equivalente jurisdiccional en pos de una más acertada configuración del arbitraje como fórmula de solución de controversias fundada en el principio de autonomía de la voluntad, anclada en el artículo 10 de la Constitución.

Como consecuencia de esta evolución, el Tribunal afirma que “las diferencias entre lo arbitral y lo judicial se destacan en lo relativo a la abstención y recusación”, ya que (i) para los arbitrajes es central el concepto de “duda razonable”, (ii) la decisión sobre la recusación de jueces se confía a un tercero, mientras que en el arbitraje puede ocurrir, como en el presente caso, que sea el mismo árbitro el que decide su recusación, lo cual habría de llevar a extremar las cautelas por los árbitros, y (iii) el derecho al juez predeterminado por la ley, que tanta importancia y matices tiene en las causas de abstención y recusación de los jueces, no opera en lo arbitral. En conclusión, destaca en las Sentencias que “en materia de abstenciones y recusaciones arbitrales, bástenos, pues, con “dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia”, que es mucho rebajar respecto de las causas aplicables a jueces y magistrados”.

Por último, las Sentencias hacen hincapié en la relevancia que para la resolución del caso tiene el hecho de que la designación del árbitro se produjera en el convenio arbitral, muchos años antes de que surgiera la disputa. El TSJ de Asturias destaca que “estamos antes una cláusula arbitral latente o dormida durante un largo periodo de tiempo, durante todo el cual, y no obstante ello, el árbitro debe ser y parecer independiente e imparcial” de manera que “las necesidades legales impuestas a los árbitros, incluidas las de revelar circunstancias que han de conocer las partes, naturalmente, no se relativizan [o] modulan por la larga duración del periodo arbitral, ni tan siquiera “vale” que el árbitro declare desconocer la cláusula arbitral”.



2.2. Alcance del artículo 6 LA y de la exigencia de identidad entre las causas de recusación del árbitro y de anulación del laudo

La parte demandada en la acción de anulación, la familia “A”, alegó que, en virtud del artículo 6 LA, el TSJ de Asturias no podía entrar a conocer de la acción de anulación ejercitada por la familia “B” frente a los Laudos, puesto que no existía una identidad entre los motivos de falta de independencia e imparcialidad denunciados en la recusación y los expuestos en la demanda de anulación. Esa falta de identidad, en opinión de la familia “B”, determinaba la existencia de una renuncia tácita a las facultades de impugnación.

El TSJ de Asturias rechazó esta objeción afirmando que las exigencias del artículo 6 LA no pueden ser tan extensivas que impidan la acción judicial garantizadora de un derecho fundamental. En opinión del Tribunal, no es exigible una equivalencia de identidad “cuasi sacramental” entre el escrito de recusación del árbitro y la demanda de anulación, por dos motivos. En primer lugar, porque los destinatarios de estos escritos son diferentes: el árbitro, que “conoce como nadie y de primera mano en profundidad el conflicto”, y, de otro lado, la Sala, que se enfrenta por primera vez a los hechos. En segundo lugar, por la diferente duración de los plazos para la elaboración de estos escritos: quincenal en el artículo 18.2 LA para la recusación y bimensual en el artículo 41.4 LA para la acción de anulación.

Más allá de los formalismos, el TSJ de Asturias concluye que las causas invocadas en ambos trámites –recusación y anulación- son en esencia las mismas; y que el árbitro pudo saber con claridad “el qué y por qué se denuncia”, sin que quedara en ningún caso en una posición de indefensión en la que no pudiera alegar o responder a las causas de falta de independencia e imparcialidad invocadas por la familia “B”.

2.3. Contenido del artículo 17 LA y concepto de “dudas justificadas”

El TSJ de Asturias realiza un análisis detallado del contenido del artículo 17 LA, para así definir el alcance de la obligación de independencia e imparcialidad de los árbitros.

Las Sentencias afirman que el artículo 17.1 LA configura un auténtico deber de independencia e imparcialidad de los árbitros y un correlativo derecho subjetivo, de carácter público, de los ciudadanos (no una mera facultad) para exigir el cumplimiento de ese deber, con cita a la STC 9/2005, de 17 de enero.

Las “dudas justificadas” a las que hace referencia el artículo 17.2 LA son, en palabras del TSJ de Asturias, con cita la STSJ de Cataluña 57/2014, de 29 de julio, “sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos”. Por tanto, destaca el Tribunal, no son “meras sospechas”, pero están lejos de ser “certezas”.

Estas sospechas objetivamente justificadas son determinantes para que un árbitro deba



abstenerse o ser recusado y para que un árbitro, con la debida diligencia, deba revelar a las partes los hechos determinantes de la sospecha, en los términos previstos en el artículo 17.2 LA. Por tanto, el concepto no se circunscribe únicamente al alcance del deber de revelación, sino que está en el núcleo del deber de independencia e imparcialidad. El TSJ de Asturias culmina su razonamiento afirmando que la existencia de una relación personal, profesional o económica del árbitro con las partes, en los términos del artículo 17.1 LA, es una relación prohibida, que dará causa, en todo caso, a una duda justificada.

El Tribunal concluye que los hechos enumerados en las Sentencias, con especial énfasis en los diversos correos electrónicos del Árbitro en los años 2012 y 2013, los acuerdos de junta general y consejo, así como las facturas de honorarios del Árbitro y el procedimiento de cese del mismo como abogado de las Sociedades, “serían más que suficientes para, per se, acreditar unas suficientes “dudas justificadas” y declarar, en consecuencia, (...) la nulidad del laudo”.

2.4. Levantamiento del velo societario en el análisis de la falta de independencia e imparcialidad del árbitro

En los apartados introductorios de las Sentencias, el TSJ de Asturias recuerda la importancia de la doctrina del levantamiento del velo de las sociedades mercantiles como instrumento necesario para dejar a la vista dependencias y parcialidades de decisiones arbitrales. Haciendo referencia a las más destacadas obras doctrinales que analizan los casos de abuso de la personalidad jurídica en fraude de ley o de incumplimiento de obligaciones, el Tribunal anuncia que le corresponde examinar si un abuso de la personalidad jurídica de las Sociedades en el planteamiento de la familia “A”, y del propio Árbitro en la resolución de su recusación, oculta en realidad una indebida parcialidad y dependencia del árbitro.

Las Sentencias concluyen que, sin necesidad de entrar a analizar el posible levantamiento del velo de las Sociedades, ya concurren circunstancias “más que suficientes” para apreciar la falta de independencia e imparcialidad del Árbitro.

No obstante, el TSJ de Asturias finaliza su razonamiento entrando a analizar si, en efecto, procede tal levantamiento. De este modo, el Tribunal afirma que aceptar la separación formalista entre las Sociedades y las familias “A” y “B”, como propugnan el Árbitro y la familia “A”, “sería inadmisibles y arcaico, siendo el deber de los tribunales penetrar, por razones de justicia, en el sustrato real de ambas sociedades”. A continuación, especifica que “no se trata de cuestiones de Derecho privado (mercantil) al uso” ya que, en este caso, “la excepcionalidad, mucho más que un fraude o un abuso entre privados, viene exigida por el Derecho Constitucional.”

Al penetrar en ese sustrato real de las Sociedades, el Tribunal comprueba que las familias “A” y “B”, partes en los Arbitrajes, controlaron las Sociedades entre 2012 y 2016, adoptando las decisiones relevantes en el seno de las mismas, incluida la contratación de los servicios legales **del Árbitro**. Por lo tanto, concluye el TSJ de Asturias, “si descorremos el llamado velo o pantalla de las Sociedades”, más que ante dudas justificadas de falta de independencia e imparcialidad del Árbitro



“entonces casi nos encontramos ante certezas”, llegando incluso a concluir que nos encontramos ante un supuesto del llamado “listado rojo irrenunciable” de las Directrices de la IBA sobre Conflicto de Intereses en Arbitraje Internacional. El Tribunal recuerda que este texto carece de valor normativo y no puede prevalecer sobre el Derecho nacional aplicable, pero lo considera de interés para la resolución del caso.

III. COMENTARIO

Las Sentencias objeto de este comentario son, en opinión de los firmantes, un buen ejemplo de la función de control que nuestros Tribunales tienen encomendada bajo la vigente LA, función que, ejercitada con el debido carácter restrictivo, viene a fortalecer la institución arbitral en nuestro ordenamiento jurídico.

Como destacamos en el apartado 2.1, el TSJ de Asturias comienza su razonamiento manifestando la naturaleza excepcional de la acción de anulación. El Tribunal es consistente con esta manifestación: un recuento pormenorizado de las sentencias dictadas en la materia por el TSJ de Asturias desde que la reforma de la LA operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, le atribuyera la competencia para conocer de las acciones de anulación frente a laudos arbitrales, muestra que no ha entrado a valorar el contenido del laudo arbitral en ninguno de los escasos supuestos en los que ha estimado acciones de anulación contra laudos. Adicionalmente, en las Sentencias comentadas el Tribunal se abstiene de analizar en el contenido de los Laudos objeto de la anulación, ni siquiera para valorar si en su contenido pudiera haber indicios adicionales de falta de independencia e imparcialidad del Árbitro, y así lo manifiesta expresamente.

Las Sentencias analizan, con inusual grado de detalle, el contenido de la obligación de independencia e imparcialidad de los árbitros, afirmando su muy distinto alcance respecto de las causas de abstención y recusación de los jueces. Esa y otras menciones, como las relativas al concepto de “dudas justificadas” o el innecesario formalismo en la identidad entre causas de recusación y causas de anulación, convierten a las Sentencias en un precedente relevante para futuros casos de recusación de árbitros y anulación de laudos bajo la vigente LA.

Especial consideración merece, en nuestra opinión, las manifestaciones respecto del necesario levantamiento del velo societario en materia de independencia e imparcialidad de árbitros. Las Sentencias no solo afirman la necesidad de levantar el velo societario en sede de anulación del laudo, sino que inciden en que el propio Árbitro debió haberlo hecho en sus revelaciones y en la resolución de su recusación. De esta forma, las Sentencias vienen a acoger la más amplia definición de “parte” que ya propugnaban las Recomendaciones del Club Español del Arbitraje relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros aprobadas en 2008, incluyendo en el concepto de “parte”, si ésta es empresa, a las sociedades o personas sobre los que ostente una participación mayoritaria o de control, así como las sociedades o personas que en ella ostentes una participación mayoritaria o de control.

Por último, destaca el reforzado estándar que las Sentencias consideran debió aplicar el árbitro al resolver su propia recusación. Por un lado, nótese que, en la práctica, es poco habitual un supuesto como el que nos ocupa, puesto que solo cuando las partes pactan un arbitraje ad-hoc (no



administrado) con árbitro único se produce la paradoja de que el árbitro eventualmente recusado sea quien deba resolver en solitario su recusación. Cuando concurren estas circunstancias, el TSJ de Asturias recuerda que el árbitro debe reforzar su deber de revelación y aplicar un estándar especialmente elevado respecto de la concurrencia de dudas justificadas.

Por otro lado, las Sentencias confirman que el árbitro designado en un convenio arbitral, cuya designación solo se hace efectiva años más tarde, tras el surgimiento de una disputa, no matiza en nada el deber de independencia e imparcialidad, que se extiende durante todo el periodo temporal, desde la designación en el convenio arbitral hasta la finalización del arbitraje. Una vez más, nos encontramos ante dificultades prácticas que desaconsejan la designación del árbitro en el convenio arbitral, cuando la disputa no ha surgido todavía entre las partes. La posición garantista que acoge el TSJ de Asturias en relación con esta cuestión es, en nuestra opinión, claramente acertada.

IV. CONCLUSIÓN

Las peculiaridades del caso resuelto por el TSJ de Asturias en las sentencias objeto de este comentario las convierten en un precedente relevante para la resolución de futuros casos de recusación de árbitros y anulación de laudos arbitrales en supuestos de falta de independencia e imparcialidad del árbitro. El Tribunal traza una clara línea entre la defensa y garantía del derecho individual de las partes a un árbitro imparcial y la prohibición de revisión del fondo de la decisión del árbitro. De este modo, las Sentencias son estrictas y coherentes con la imposibilidad de revisar dicha decisión, pero al mismo tipo superan los formalismos planteados por la parte demandada en relación con las causas de falta de independencia e imparcialidad del árbitro, convirtiéndose así, como decíamos, en un ejemplo paradigmático de la función de control del arbitraje que nuestra vigente LA asigna a las Salas de los Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.