

El gobierno de las instituciones arbitrales: mejorando, que es gerundio¹

Manuel Conthe

Se han vertido ríos de tinta, con razón, sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros -y, en especial, de los designados por las partes-, pues es una condición esencial para que puedan desempeñar bien la función que las leyes, los reglamentos y las partes les encomiendan.² Pero se ha prestado mucha menos atención a las reglas de funcionamiento de las instituciones arbitrales o “cortes de arbitraje”, esas instituciones que, sin ejercer funciones propiamente jurisdiccionales (con las excepciones que luego se dirán), “administran” los arbitrajes y, en especial, controlan o determinan el nombramiento de los árbitros que los resolverán.

Ese insuficiente análisis de las exigencias del “buen gobierno” de las instituciones arbitrales está empezando a ser corregido, y hay buenos motivos para que así sea:

- El llamado “arbitraje institucional” tiene grandes ventajas sobre el arbitraje “ad hoc”, pero siempre que las instituciones que los administran reúnan las condiciones idóneas.
- Algunos Tribunales españoles -como el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (TSJM)- han puesto en tela de juicio, con ocasión de procedimientos de anulación de laudos, algunas actuaciones no de los árbitros, sino de las instituciones arbitrales que administraban el arbitraje.
- Resulta conveniente, como se ha hecho con las sociedades cotizadas, codificar las mejores prácticas de “buen gobierno” de las instituciones arbitrales -tarea en la que el Club Español de Arbitraje tomó una iniciativa pionera en 2005- y establecer un mecanismo que permita evaluar objetivamente su observancia práctica por las distintas instituciones, para identificar así a las mejores y empujar a todas a adoptar voluntariamente esas mejores prácticas.

Al análisis de esas tres cuestiones se dedicarán los párrafos que siguen.

Las ventajas del buen arbitraje institucional

Entre las diversas clasificaciones de los arbitrajes, una de las principales es la que distinguen entre el “arbitraje *ad hoc*” y el “arbitraje institucional” o “administrado”.

En el primero, el convenio arbitral que obliga a las Partes a dirimir su controversia mediante arbitraje se limita a afirmar eso y, frecuentemente, a añadir algunas reglas sobre cómo deberá desarrollarse (por ejemplo, el número de árbitros, o el idioma o la sede del arbitraje). En el segundo, la propia cláusula arbitral hace referencia de forma expresa a alguna institución arbitral o “corte de arbitraje” cuyo reglamento resultará de aplicación al procedimiento y cumplirá el mismo papel que la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procedimientos ante la jurisdicción civil.

¹ Publicado como parte del *Liber Amicorum Gonzalo Jiménez-Blanco*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2018.

² Especialmente sobre los árbitros designados por las partes, es obligada referencia el magnífico libro de Alfonso Gómez-Acebo “Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration” (Wolters Kluwer, 2016). Yo mismo abordé esa cuestión en “Paulsson’s Nirvana Fallacy” (*Spain Arbitration Review*, N° 29/2017, Junio 2017).

El arbitraje *ad hoc* puede resultar eficaz cuando las Partes, aunque mantienen una discrepancia sobre una cuestión jurídica, están relativamente bien avenidas y ambas siguen dispuestas a que la disputa se resuelve por uno o más árbitros. Ahora bien, como señala un reciente Informe del Parlamento Europeo sobre práctica del arbitraje en los países de la Unión Europea: ³

“Cuando ocurren ciertos eventos patológicos, el arbitraje no puede iniciarse o continuar sin el apoyo de una autoridad judicial nacional. Por ejemplo, si el convenio arbitral otorga a cada parte el derecho a nombrar un árbitro, pero una de las partes se niega a hacerlo por razones obstruccionistas, es preciso encontrar una forma de designar el árbitro en nombre de la parte no dispuesta a cooperar para así iniciar el procedimiento, lo que puede suscitar dudas sobre la regularidad del posterior procedimiento (...) El arbitraje precisa en ocasiones de apoyo externo: estas funciones de apoyo son normalmente desempeñadas por la autoridad judicial del país de la sede del arbitraje. En francés, el juez nacional que desarrolla estas funciones es denominada *juge d'appui* (“juez de apoyo”).”

El análisis anterior demuestra que el arbitraje necesita, en circunstancias especiales, poder confiar en una red preexistente y permanente de apoyo. En el arbitraje *ad hoc*, las partes no tienen más remedio que buscar el apoyo preciso ante el Tribunal nacional competente; pero el arbitraje *ad hoc* no es la única forma disponible de arbitraje. En la mayor parte de los países, las instituciones arbitrales privadas ofrecen servicios similares de apoyo al procedimiento arbitral. En este contexto, las funciones jurisdiccionales (*adjudicative functions*) se siguen desempeñando por un tribunal arbitral temporal: pero el aspecto administrativo del procedimiento es gestionado por una institución privada preexistente permanente, que puede proporcionar el apoyo necesario”.

Como señala su autor, “todas las instituciones arbitrales publican sus reglamentos de arbitraje, que regulan el desarrollo procedimental del arbitraje. Cuando las partes designan la institución arbitral en su convenio arbitral, no solo se someten a arbitraje, sino que acuerdan también que se apliquen las reglas de la institución elegida. En consecuencia, en este contexto los servicios de apoyo no serán proporcionados por un Tribunal estatal, sino por la propia institución. En este tipo de arbitraje, normalmente llamado “institucional” o “administrado”, el marco contractual subyacente es más complejo: además del contrato con los árbitros, las partes contratan también con la institución, que asume la obligación de apoyar y administrar el procedimiento arbitral”.

La vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA) reconoce la existencia del arbitraje institucional y su Exposición de Motivos reitera la idea ya expuesta:

“El artículo 4 contiene una serie de reglas de interpretación, entre las que tienen especial relevancia las que dotan de contenido a las normas legales dispositivas

³ Tony Cole (*Principal Investigator*), “*Legal Instruments and Practices of Arbitration in the EU*”, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department, European Parliament, 2014, p.38. Disponible en

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU\(2015\)509988_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU(2015)509988_EN.pdf)

de esta ley mediante la remisión, por voluntad de las partes, a la de una institución arbitral o al contenido de un reglamento arbitral. Así, 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 este sentido, la expresión institución arbitral hace referencia a cualquier entidad, centro u organización de las características previstas que tenga un reglamento de arbitraje y, conforme a él, se dedique a la administración de arbitrajes. Pero se precisa que las partes pueden someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución, en cuyo caso el reglamento arbitral también integra la voluntad de las partes”.

En consonancia con ese anuncio de su Exposición de Motivos, el artículo 4 b) LA establece:

“[Cuando una disposición de esta Ley] se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.

Ahora bien, la vigente LA española no se limita a reconocer la existencia del “arbitraje institucional”: la reforma de la que fue objeto en 2011 revela que para el Legislador español esa modalidad de arbitraje ofrece más garantías que el arbitraje “*ad hoc*”, al menos en el ámbito del denominado “arbitraje estatutario”.

En efecto, el nuevo artículo 11 bis de la LA, introducido por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, tras señalar que “las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen” e indicar que “la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social “, dispone en su apartado 3:

“Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral”.⁴

La Exposición de Motivos de la Ley 11/2011 deja constancia de ese favor que quiere dispensar al arbitraje institucional:

⁴ Todos los subrayados en este artículo se han añadido por el autor.

“La Ley también aclara, mediante la inclusión de dos nuevos preceptos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital. Con la modificación se reconoce la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas se planteen, y en línea con la seguridad y transparencia que guía la reforma con carácter general, se exige una mayoría legal reforzada para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje. Junto a ello también se establece que el sometimiento a arbitraje, de la impugnación de acuerdos societarios, requiere la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral.

En suma, la reforma legal de 2011 en materia de arbitraje societario muestra que nuestro Legislador considera que el arbitraje institucional ofrece, en líneas generales, más garantías que el arbitraje “*ad hoc*”.

Dentro del arbitraje institucional, la práctica internacional revela que hay varios tipos de instituciones arbitrales o Cortes de arbitraje.⁵

En algunos casos excepcionales, relacionados principalmente con el arbitraje de inversiones (esto es, de disputas entre un inversor extranjero y el Estado anfitrión en el que hizo su inversión), la Corte puede haber sido establecida por un Tratado internacional, como es el caso de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) de La Haya, creada por una Convención internacional de 1899, o del Centro Internacional para el Arreglo de las Disputas sobre Inversiones (CIADI en español, e ICSID en inglés), creado en el seno del Banco Mundial por la Convención de Washington de 1965.

Pero la gran mayoría de las instituciones arbitrales –y, en especial, aquellas que administran arbitrajes “comerciales” (esto es, sobre disputas contractuales) han sido creadas al amparo de las legislaciones nacionales. Dentro de ellas cabe distinguir tres grandes grupos:

- Las Cortes de arbitraje creadas por el Estado, normalmente como instituciones de Derecho público, como ocurre en China con la CIETAC, en Rusia con la MAC o en Dubai con el *Dubai International Arbitration Center* (DIAC).
- Las Cortes de arbitraje con forma privada de asociación, fundación o compañía mercantil, sin vínculo con ninguna otra institución.⁶

Dentro de esa categoría, la más conocida es la *American Arbitration Association* (AAA), constituida como compañía privada en Nueva York en 1926. También adopta esta forma en la actualidad la *London Court of International Arbitration* (LCIA), aunque fuera creada en el siglo XIX por la Cámara de Comercio de Londres. En España, adoptan esa forma la prestigiosa “Corte Civil y Mercantil de Arbitraje” (CIMA) –creada como asociación privada en 1989-, el “Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) –creado por la Asociación Catalana de Arbitraje- y la “Asociación Europea De Arbitraje” (AEADE).

⁵ El análisis que sigue se basa, fundamentalmente, en Rémy Gerbay, “*The Functions of Arbitral Institutions*”, Kluwer Law International, The Netherlands, 2016.

⁶ Aunque con forma jurídica privada, la práctica totalidad de estas instituciones arbitrales carecen de ánimo de lucro. Una de las excepciones es JAMS (originalmente, “*Judicial Arbitration and Mediation Services*”), creada en 1979 en California. Véase Rémy Gerbau, *op.cit.*, pgs.56-57.

- Las Cortes de arbitraje incardinadas como un órgano o servicio independiente en el seno de una institución empresarial o profesional asociativa, ya sea un colegio de abogados –como la Corte de arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid- o, sobre todo, una Cámara de Comercio.

Pues bien, como señala Rémy Gerbay, los ejemplos de instituciones arbitrales independientes son raros y la mayor parte de las instituciones arbitrales están ligadas –especialmente en Europa- a Cámaras de Comercio. Se trata, pues, de lo que podríamos llamar instituciones arbitrales “camerales”. Gerbay escribe:⁷

“Que muchas instituciones arbitrales estén vinculadas a Cámaras de Comercio no es sorprendente, porque se han establecido a menudo gracias a los esfuerzos de una comunidad empresarial (*business community*) que se organiza con frecuencia como una Cámara de Comercio. Ejemplos bien conocidos de instituciones vinculadas a una Cámara de Comercio (ya sea internacional o regional) son la CCI, la Corte de Arbitraje de Estocolmo, la Corte de Milán o la Institución Suiza. El vínculo de una institución arbitral con una Cámara de Comercio presenta tanto ventajas como desventajas. Para las instituciones de nueva creación, les brinda inmediata legitimidad, pues, en esencia, la institución es creada por sus usuarios, para sus usuarios. Un posible inconveniente es que una institución arbitral puede verse presionada para apoyar financieramente las actividades de la Cámara de Comercio que no generan ingresos, lo que puede hacer que no mantenga sus tarifas de arbitraje todo lo bajas que sería posible”.

Gerbay añade:⁸

“La sabiduría convencional enseña que, en la tradición occidental, las instituciones arbitrales suelen ser creadas gracias al esfuerzo de las comunidades empresariales y las autoridades locales. Por ejemplo, la *London Court of International Arbitration* (LCIA) fue creada gracias a los esfuerzos de la *Corporation of the City of London* y la Cámara de Comercio de Londres. La idea puede resumirse así: los hombres de negocios, necesitados de servicios eficientes de resolución de disputas, presionaban para que se desarrollaran centros de arbitraje cuando a los Tribunales de su jurisdicción se mostraban poco eficientes”.

La naturaleza de una Corte de Arbitraje, especialmente cuando se integra en otra organización más amplia –como una Cámara de Comercio- debe tenerse bien presente a la hora de fijar su organización y reglas de funcionamiento, pues es preciso, como señala el jurista suizo Urs Weber-Stecher, que la Corte preserve a toda costa su independencia:⁹

“El riesgo de que la institución arbitral carezca de independencia es menos evidente en el caso de organizaciones independientes (“*stand-alone*”), como la *American Arbitration Association* (una organización independiente sin ánimo de

⁷ Gerbay, *op.cit.*, pg.22.

⁸ Gerbay, *op.cit.*, pg.26.

⁹ Urs Weber-Stecher, “Principles of Good Governance and Organization of Arbitral Institutions”, capítulo 2 del libro “Arbitral Institutions Under Scrutiny”, *ASA Special Series* No.40, 2013, pg. 40.

lucro), la LCIA, una compañía privada sin ánimo de lucro con responsabilidad limitada que es independiente de cualquier otra organización, o el *Hong Kong International Arbitration Center*, que también es una institución independiente.

Desde un punto de vista organizativo, el riesgo potencial de falta de independencia es más significativo en las organizaciones integradas, como la CCI o la *Swiss Chambers' Arbitral Institution*. Estas organizaciones tienen órganos de dirección con una estructura de miembros, en el que la influencia potencial de los grupos industriales, que son también los usuarios del arbitraje, es consustancial. Conscientes de ese potencial riesgo, éstas y otras instituciones arbitrales bien conocidas han incluido en sus reglas directrices sobre cómo hacer frente a esas circunstancias y han adaptado su estructura organizativa. El riesgo potencial derivado de la estructura organizativa se eliminó mediante una regulación adecuada que introdujo la separación de poderes dentro de la organización”.

Weber-Stecher prosigue¹⁰:

“Una institución que fue criticada por falta de suficiente independencia fue la *Court of Arbitration for Sport (CAS)* en Lausana. Se dijo que esta corte de arbitraje no era suficientemente independiente del Comité Olímpico Internacional (COI). Sin embargo, en una decisión de mayo de 2003 (después de que las Reglas del CAS se modificaran), el Tribunal Federal Suizo falló que el CAS era (ya) suficientemente independiente, de forma que –y es el punto crucial- sus laudos sobre asuntos del COI podían considerarse comparables a decisiones de los Tribunales estatales”.

El jurista suizo cita un instructivo ejemplo patológico constatado en Estados Unidos, que guarda cierta similitud con otro acaecido en España, al que se hará referencia más adelante:¹¹

“Un ejemplo ilustrativo de lo que debe evitarse ocurrió en Estados Unidos hace unos años (en 2008). Hubo intensas discusiones públicas entre expertos en arbitraje sobre una organización arbitral denominada “*National Arbitration Forum*” (NAF), que era en realidad un tercer tipo de institución arbitral, vinculada a un grupo económico. NAF se estableció como una organización con ánimo de lucro que se especializaba en reclamaciones contra bancos y compañías de tarjetas de crédito. En la letra pequeña de sus solicitudes de tarjetas de crédito –a menudo sin saberlo-, los clientes aceptaban el arbitraje llevado a cabo por árbitros del NAF. En una ocasión, se acusó a NAF de que favorecía a los bancos y compañías de tarjetas de crédito, que eran denominadas “Partes Famosas” (*Famous Parties*). Entre otras cosas, NAF pedía a los árbitros que cambiaran las decisiones que eran contrarias a las Partes Famosas. Además, los árbitros que habían dictado laudos en contra de Partes Famosas no volvían a ser nombrados, mientras que los árbitros que seguían las instrucciones no escritas del NAF era nombrados una y otra vez en muchos casos”.

¹⁰ Weber-Stecher, *op.cit.* pg.41.

¹¹ Weber-Stecher, *op.cit.*, pg. 41.

Por la razón expuesta, los Estatutos de las Cortes de arbitraje “camerales” ponen siempre buen cuidado en señalar que, aunque la Corte forme parte de los servicios ofrecidos por “su” Cámara de Comercio, la Corte administra los arbitrajes con total autonomía e independencia respecto a dicha Cámara.

Así, por citar el ejemplo más emblemático de Corte cameral, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el artículo 1.2 de sus Estatutos dispone sobre su función como Corte de Arbitraje:

“Como órgano autónomo, la Corte ejerce estas funciones con total independencia de la CCI y sus otros órganos”.

Esa previsión es prácticamente idéntica a la contenida en los Estatutos de muchas otras Cortes camerales. Así, por ejemplo, en el caso de la Corte Española de Arbitraje, el apartado 2 del capítulo “Reglas de administración. Independencia de la Corte” señala:

“En la administración de los procedimientos arbitrales la Corte actuará con total independencia de los restantes órganos del Consejo Superior de Cámaras [hoy, Cámara de Comercio de España]”.

Conviene destacar que esa plena autonomía de las Cortes en el desempeño de su función de administración de los arbitrajes no está necesariamente reñida con que sean los órganos de gobierno competentes de las Cámaras quienes efectúen el nombramiento de los miembros de los órganos de dirección de la Corte de Arbitraje (Presidente, Secretario General...).

Tengamos presente que algo parecido ocurre en otras muchas instituciones cuya independencia es paradigmática.

Así, por no abandonar todavía el mundo del arbitraje, conviene destacar el caso del ya citado Centro Internacional para la Administración de Disputas sobre Inversiones (CIADI en español, o ICSID en sus siglas en inglés), creado en 1965 por el Tratado de Washington, como parte del grupo de instituciones del Banco Mundial. Se trata de una de las instituciones arbitrales más prestigiosas y conocidas para la administración de arbitrajes de inversiones -esto es, disputas que enfrentan a un inversor extranjero privado con el Estado anfitrión en el que ha llevado a cabo su inversión-. Pues bien, no es óbice a la independencia del CIADI que:¹²

- El presidente del “Consejo Administrativo” del Centro, su órgano máximo de decisión, sea, según dispone el artículo 5 de la Convención, el propio presidente del Banco Mundial.
- Los representantes nacionales en el citado Consejo Administrativo sean sus mismos “Gobernadores” en el Banco Mundial (es decir, normalmente sus ministros de Economía o Hacienda).
- Desde la creación del CIADI hasta 2009, el Director de los Servicios Jurídicos del Banco Mundial (*Legal Counsel*) fuera quien desempeñó el puesto de Secretario General del CIADI. Solo a finales de 2008, esto es, más de 40 años

¹² Una detallada historia del CIADI y su evolución puede verse en Antonio R. Parra, “*The History of ICSID*”, Oxford University Press, Second Edition, London, 2017.

después de su fundación, el entonces presidente del Banco Mundial y del Consejo Administrativo del CIADI, Robert Zoellick, a la vista de la dedicación creciente que exigía la Secretaría General del Centro, decidió que el *Legal Counsel* del Banco dejara de actuar simultáneamente como Secretario General del CIADI, “para que al CIADI se le pueda dedicar la atención que merece”, y propuso el nombramiento de su actual Secretaria General, la canadiense Meg Kinnear.¹³

Pues bien, esos vínculos institucionales en la designación de cargos, e incluso simultaneidad en el desempeño de funciones, entre el Banco Mundial y el CIADI, respaldados por un Tratado internacional del que España es parte, no han sido nunca óbice para que el Centro desempeñara sus funciones de administración de arbitrajes con plena autonomía respecto al Banco Mundial y sus Estados miembros.

El CIADI no es, desde luego, una Corte de arbitraje cameral, y el Tratado de Washington le otorgó personalidad jurídica propia, pero el caso resulta relevante, porque el Banco Mundial juega respecto al CIADI un papel similar al de una Cámara de Comercio respecto a su Corte de arbitraje cameral, de suerte que el carácter de miembros y colaboradores del Banco Mundial que tienen muchos Estados miembros no es óbice para que nadie cuestione la independencia del CIADI y sus Tribunales arbitrales en los arbitrajes de inversiones que tienen a tales Estados por demandados.

Ya en el terreno de instituciones no arbitrales que blasonan su independencia, recordemos el caso de los Bancos Centrales o de otras Autoridades Administrativas Independientes (como, por ejemplo, las Comisiones Nacionales del Mercado de Valores o de los Mercados y la Competencia). En todas ellas, la designación de sus presidentes y miembros del órgano de gobierno se efectúa por los Gobiernos, sin perjuicio de que tanto los designados como las instituciones deban actuar con plena independencia y autonomía respecto a quienes les designaron.

Así, por citar el caso de la institución independiente por antonomasia, el Banco Central Europeo (BCE) –cuyo régimen se inspiró directamente en el del Banco Central alemán (*Bundesbank*)– el vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone en su artículo 283.2:

“El presidente, el vicepresidente y los demás miembros del Comité Ejecutivo serán nombrados por el Consejo Europeo, que se pronunciará por mayoría cualificada, sobre la base de una recomendación del Consejo y previa consulta al Parlamento Europeo y al Consejo de Gobierno, de entre personalidades de reconocido prestigio y experiencia profesional en asuntos monetarios o bancarios”.

Como cautela, no obstante, el artículo 130 establece:

“En el ejercicio de las facultades y en el desempeño de las funciones y obligaciones que les asignan los Tratados y los Estatutos del SEBC y del BCE, ni el Banco Central Europeo, ni los bancos centrales nacionales, ni ninguno de

¹³ Como curiosidad histórica, la española D^a Ana Palacio fue la última *General Counsel* del Banco Mundial que desempeñó también las funciones de Secretaria General del CIADI. Véase Parra, *op.cit.*, pg. 217.

los miembros de sus órganos rectores podrán solicitar o aceptar instrucciones de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, ni de los Gobiernos de los Estados miembros, ni de ningún otro órgano. Las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como los Gobiernos de los Estados miembros, se comprometen a respetar este principio y a no tratar de influir en los miembros de los órganos rectores del Banco Central Europeo y de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones”.

En suma, que un órgano –el Consejo Europeo, integrado por los Jefes de Gobierno o Presidentes de los Estados miembros- nombre a los miembros del órgano de gobierno de otra institución –el BCE- no priva a ésta de independencia frente a la primera, siempre que el marco normativo contemple las cortapisas y salvaguardias precisas de esa independencia efectiva, y que la entidad independiente los haga valer y no acepte intromisión o injerencia alguna del órgano que designó a sus miembros en cómo estos, una vez designados, desempeñan sus funciones.

Lo expuesto, a modo de ejemplo, respecto al Banco Central Europeo podría decirse, *mutatis mutandis*, de cualquier otra institución pública que tenga la consideración de “Autoridad Administrativa Independiente”. Obsérvese que, si no se aceptara el principio de que la designación por A de los órganos de gobierno de B no priva a estos necesariamente de independencia, sería inevitable que para que una institución pudiera ser tenida por “independiente” la designación de los miembros de sus órganos de gobierno tendría que efectuarse:

- Aplicando el principio hereditario, como en las Monarquías parlamentarias.
- Mediante un mecanismo de azar, como ocurre todavía en Occidente en la selección de los jurados populares y era regla general en la elección de muchas magistraturas en la antigua Grecia¹⁴.
- Por elección directa de los ciudadanos, como ocurre con la Jefatura del Estado en las Repúblicas o con los Fiscales en los Estados Unidos.
- Por cooptación, de forma que los propios miembros del órgano eligen a quienes deban cubrir las vacantes que se producen, como ocurre en los consejos de administración de las sociedades con las vacantes imprevistas, con sujeción a la posterior ratificación de los nombramientos por la Junta.

Pues bien, en las Cortes de Arbitraje camerales pasa algo parecido a lo que ocurre en el CIADI, en el BCE o en las Autoridades Administrativas Independientes: la designación de los órganos de gobierno de “su” Corte (como su presidente o secretario general) es competencia de los órganos de la Cámara –al igual que los Gobiernos designan a los miembros de los órganos de gobierno de las Autoridades independientes-; pero eso no obsta para que la Corte de arbitraje pueda ser considerada como plenamente

¹⁴ Como señala Bernard Manin en el capítulo 1 de su ya clásica obra “The Principles of Representative Government” (1997), en Grecia los consejos de magistrados que impartían justicia (*dikasteria*) y los miembros del “Consejo de los 500” que redactaba las leyes se elegían por sorteo, mediante el dispositivo conocido como *kleroterion*.

independiente de la Cámara en el desempeño de sus funciones, siempre que sus Estatutos así lo establezcan y salvaguarden esa independencia.

De esa radical independencia o autonomía de las Cortes de arbitraje camerales respecto a su Cámara se derivan dos corolarios:

- Los órganos de gobierno de la Cámara deben abstenerse de intervenir en cualquier decisión relativa a la administración de cualquier arbitraje por la Corte, pues esa intervención quebraría el principio de independencia de la Corte en la administración de los procedimientos arbitrales.
- Las relaciones que existan entre la Cámara de Comercio y sus empresas miembros, o la participación de representantes de éstas en los órganos de gobierno de aquella, no tienen, en principio, relevancia a la hora de enjuiciar la necesaria independencia de la Corte de arbitraje y de sus órganos de gobierno respecto a las partes en los arbitrajes que administre.

Cualquier que sea su naturaleza y forma organizativa, una Corte de arbitraje debe ser y mantenerse independiente e imparcial respecto a las partes de los arbitrajes que administra. La razón obvia es que la llamada “administración” de un arbitraje no se limita a la prestación de servicios puramente logísticos, como el registro de documentos o la prestación de salas de audiencias, sino que puede entrañar genuinas “decisiones” con influencia sobre el desarrollo del procedimiento arbitral y, eventualmente, sobre el Laudo, como, en ausencia de acuerdo entre las Partes, pueden ser las siguientes:¹⁵

- Designación de la sede o idioma del arbitraje
- Prórroga de plazos
- Decisiones *prima facie* sobre la validez o invalidez del convenio arbitral
- Consolidación en uno de procedimientos distintos
- Decisión sobre número de árbitros y designación o confirmación de los árbitros

Esas intervenciones, siempre potencialmente trascendentes, pueden serlo especialmente en el caso de aquellas Cortes de Arbitraje –cuyo ejemplo típico es la CCI– cuyos Reglamentos prevén un control muy riguroso del procedimiento arbitral por la Corte (aprobación del Acta de Misión, escrutinio previo del proyecto de Laudo...), lo que hace que tales arbitrajes, más que “administrados”, pueden legítimamente llamarse “supervisados”.

Pronunciamientos del TSJM sobre instituciones arbitrales

Como ya se indicó, la adopción por las instituciones arbitrales de las mejores prácticas y la defensa a ultranza de su independencia e imparcialidad en la administración de arbitrajes no solo es precisa para merecer la confianza de los usuarios del arbitraje y hacer honor al especial reconocimiento que el Legislador otorga al arbitraje

¹⁵ Gerbay, *op.cit*, pgs. 59-84.

institucional, sino también para asegurar la validez de los laudos frente a eventuales procedimientos de anulación.

En efecto, en varias de las sentencias que ha dictado en procedimientos de anulación de laudos, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) se ha pronunciado no solo sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros, sino también de la institución arbitral y ha recordado que el Código de Buenas Prácticas del Club Español de Arbitraje (CEA) -al que se hará referencia más adelante- demuestra que la independencia e imparcialidad no debe exigirse solo a los árbitros, sino también a las instituciones arbitrales que los administran.

A continuación se analizarán algunas de las sentencias más relevantes en esta materia.

La sentencia STSJM 70/2016, relativa a un arbitraje de Caixabank administrado por el TAB

Esta sentencia, dictada el 4 de noviembre de 2016, anuló un laudo parcial dictado en un arbitraje entre Caixabank y una empresa eólica, seguido ante el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), en el que el árbitro único designado por el TAB fue un notario de Madrid.

La sentencia anula el laudo por dos motivos distintos:

- Por la falta de garantías objetivas de imparcialidad e independencia del árbitro, por su condición de notario, decisión que el TSJM adopta por unanimidad.
- Por la falta de imparcialidad del TAB como entidad administradora del arbitraje, decisión mayoritaria de la que discrepó en voto particular el presidente de la sala, D. Francisco Javier Viera.

En lo que atañe al primer motivo, la sentencia, tras constatar que los servicios prestados por un notario constituyen un “arrendamiento de servicios”, señala a renglón seguido que “los servicios notariales se prestan en régimen de competencia y que las entidades bancarias pueden contratar o dejar de contratar con el Árbitro o con cualquier otro notario de Madrid, y que en dicha decisión puede influir la evolución y el resultado de un arbitraje como el que se sustancia”. Añade que “en el año 2016 –pendiente el arbitraje- se han incrementado muy significativamente los instrumentos públicos en que ha sido para CAIXABANK y que han sido protocolizados por el Árbitro en su actuación como notario”.

Esas consideraciones llevan al TSJ a estimar, por unanimidad, la solicitud de anulación del laudo por falta de imparcialidad del árbitro, que fundamenta así en los dos párrafos finales de su Fundamento Jurídico Quinto:

“Ni es trivial ni inocua, cara a fundar las dudas razonables sobre la parcialidad del árbitro, su relación profesional con notario con un banco –y *a fortiori* lo decimos, con uno de los principales del país- que es parte en el procedimiento arbitral. Más aún: por su naturaleza y por la de las actividades que desempeña en una actividad financiera es un ‘posible cliente recurrente o preferente’ del notario, y lo es en un ámbito, el ejercicio de la función notarial, regido por el principio de libre elección de notario (art.126 RN [Reglamento Notarial]), en el

que es el cliente quien elige y retribuye al notario –y máxime en una demarcación territorial como el Distrito de Madrid (art.117 RN). Resulta entonces fundado y cabal que BAJEZ ponga en entredicho la apariencia de imparcialidad de un árbitro cuyo quehacer profesional estable es indisociable de la cotidiana actividad mercantil de una de las partes intervinientes en el arbitraje.

En suma: vistas las circunstancias del caso, la Sala entiende como razonables y objetivamente fundadas las dudas de BAJEZ EÓLICA sobre la imparcialidad del árbitro, Sr. Bonardell, que debió abstenerse y, en su caso, ser removido por el TAB. Los Laudos impugnados infringen, pues, el orden público al haber sido dictados por un árbitro no imparcial”.

En lo que atañe al segundo motivo -la imparcialidad del TAB-, el Fundamento Jurídico Sexto de la sentencia, aprobado por mayoría, subraya “la necesidad de predicar la imparcialidad e independencia no solo del árbitro, sino de la institución llamada a administrar el arbitraje (por todas, SS. 63/2014, 65/2015, 55/2016”).

La sentencia recuerda que, a tenor del artículo 4 de la LA, el Reglamento de la institución arbitral elegida en el convenio arbitral pasa a integrar el contenido de éste, de suerte que el contrato de arbitraje pasa a ser un “contrato normativo”. Más adelante añade:

“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 y a la ecuanimidad o neutralidad con que tales decisiones hayan sido adoptadas. 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 (...). Las funciones que desempeñan las Corte 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 (...) De lo que resulta la inequívoca necesidad de extremar las cautelas en el arbitraje institucional, 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*”.

La sentencia señala, no obstante, 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”. Y al análisis de tales circunstancias concretas dedica la sentencia el apartado 3 (“Decisión de la Sala: efectos”) de ese Fundamento Jurídico Sexto.

Al analizar esa cuestión, la sentencia menciona dos circunstancias distintas: la importancia de los arbitrajes de Caixabank en los ingresos del TAB; y la decisión del TAB de nombrar y mantener como árbitro único al notario, a pesar de las protestas de BAJOZ.

En lo que atañe a la primera circunstancia, la sentencia recuerda que Caixabank ha intervenido, entre 2011 y 2015, en 79 arbitrajes administrados por el TAB, que han generado el 11,62% de los ingresos del TAB por gestión de arbitrajes. Tras esa constatación, la sentencia añade:

“Al respecto ha de quedar claramente establecido que el solo hecho de que una persona física o jurídica sea ‘cliente asiduo’ de una Corte de Arbitraje no puede sustentar una sospecha fundada de parcialidad en la administración de tales arbitrajes –con todo lo que ésta comporta- por dicha institución. No cabe, empero, ignorar que la reiterada encomienda a una misma entidad de la administración de arbitrajes lleva aparejados unos ingresos más que significativos en su beneficio: puede que, por sí solos, tales ingresos no basten para cuestionar cabalmente la ecuanimidad de la Corte, pero esa realidad sí exige, en contrapartida, que el Tribunal arbitral sea en extremo cuidadoso al gestionar los arbitrajes en que intervenga un cliente habitual, debiendo evitar todo comportamiento que pueda suscitar en la contraparte dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia; dudas que han de ser ponderadas desde la perspectiva de una ‘tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias del asunto’ –en locución, especialmente afortunada, de las Directrices de la *International Bar Association* (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, adoptadas por Acuerdo del Consejo de la IBA de 23 de octubre de 2014”.

En lo que atañe a la desatendida recusación del árbitro único, la sentencia considera que “la apariencia de imparcialidad de la Corte resulta objetivamente comprometida por el comportamiento de la misma y por las razones que esgrime en defensa de la imparcialidad del árbitro”. Y añade:

“Se ha de recordar cuán llamativo resulta que, en un arbitraje al que BAJOZ se venía oponiendo desde su misma solicitud, habiendo rechazado de plano, entre otros, la propuesta del Sr. Bonardell formulada por el TAB en una cuaterna por sus posibles relaciones con Caixabank, la Corte, más de catorce meses después –lapso en que el arbitraje permaneció paralizado- y sin responder a esos alegatos, haya efectuado la designación de ese árbitro como árbitro único y sin dar respuesta ni explícita ni implícita a las quejas formuladas por BAJOZ: cierto que las alegaciones de las partes, en abstracto consideradas, no son vinculantes para el TAB (art. 8.1 de su Reglamento), pero eso no obsta para que la Corte haya de dar respuesta a razones que, *prima facie*, son serias y plausibles desde un punto de vista objetivo, y que luego se han revelado como totalmente ajustadas a la realidad. A lo anterior hemos de añadir que cuando posteriormente BAJOZ

recusa al árbitro tras haberle solicitado aclaraciones –a las que, como queda dicho, aquél responde de un modo genérico, reconociendo haber autorizado documentos otorgados por Caixabank, pero sin una relevancia preponderante en su protocolo, ni cuantitativa ni cualitativamente-, la Corte desestima la recusación asumiendo como *ratio decidendi* aquella razón dada por el árbitro, que tiene que ver con la escasa relevancia de su relación con Caixabank. *Argumento que, referido a vinculaciones existentes en el momento del nombramiento del árbitro y subsistentes durante la pendencia del arbitraje, son, como hemos visto, paladinamente contrarias al art. 17 LA”.*

Tras ese análisis, la sentencia añade, según el criterio mayoritario:

“Lo acaecido en el contexto en que tiene lugar fuerza a concluir que el TAB no ha preservado con la debida diligencia su apariencia de imparcialidad respecto de Caixabank.

De esto ni mucho menos se sigue, claro está, que cuando un árbitro actúe sin la debida imparcialidad –y así se declare por el Tribunal competente- se haya de concluir como consecuencia ineluctable la falta de neutralidad de la Corte que lo ha designado. Si, como aquí sucede, la Corte no hace sino ratificar el parecer del árbitro sobre la inexistencia de causa de abstención, pese a su evidencia, resultará entonces inescindible la declaración de parcialidad de ambos. Sin embargo, fácilmente se percibe que en muchos casos tal postulado no será defendible: sin ánimo exhaustivo, en las frecuentes ocasiones en que la constancia de la parcialidad no resulta manifiesta; entonces la mera discrepancia de criterio entre la Corte y el Tribunal de anulación no pasa de ser una dispar *opinio iuris*; de nuevo, a modo de ejemplo, tampoco cabe extender la parcialidad del árbitro a la institución que lo designa cuando la causa de abstención resulte desconocida por ser sobrevenida o por mediar incumplimiento del deber de revelación”.

Como colofón, afirma:

“Si la Corte llamada a administrar el arbitraje se muestra parcial en una concreta sustanciación del arbitraje, y así se declara, dicha parcialidad puede tener consecuencias *pro futuro* y afectar a la ulterior eficacia del Convenio: en unas circunstancias como las concurrentes en el presente caso, en que la parcialidad atañe al nombramiento de un concreto árbitro, podrá sostenerse la subsistencia del Convenio, pero, como mínimo, la Sala entiende que la parte afectada por la parcialidad de la Corte tendrá a su alcance invocar –o no- en un eventual arbitraje ulterior esa parcialidad sobrevenida a la ratificación del propio Convenio, privándolo de eficacia *in casu y para el futuro*, dado su carácter normativo”.

Como ya se indicó, la sentencia contiene un voto discrepante del presidente de la Sala, D. Francisco Javier Viera, en lo que atañe a la declaración de falta de imparcialidad del TAB. En él, comienza señalado que “no se puede trasladar a la institución administradora del arbitraje los criterios propios de la recusación del árbitro”; que “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”; y que “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 –que puede ser reacción, aunque sea injustificable, a la actitud obstruccionista de una de las partes- supone un radical cambio de criterio de esta Sala que abre desmesuradamente el campo impugnatorio de los laudos, pudiendo provocar incluso la indefensión de las instituciones a las que afecta la anulación y que no han tenido oportunidad de ser oídas en el presente proceso”.

El voto del Sr. Viera concluye que “se están valorando, por tanto, para cuestionar la imparcialidad de la institución administradora del arbitraje datos [los relativos al número de otorgamiento de escrituras por el notario en las que había intervenido Caixabank] que no consta conociera en el momento de dictar la resolución tachada de parcial”; y tras añadir que “quien decidió en nombre de la Corte debería haber extremado su diligencia y requerir más información al árbitro sobre tales relaciones, pero eso [no]¹⁶ es suficiente para dudar de la imparcialidad de la Corte, concluye así:

“Esta actuación de la Corte no revela inequívocamente la parcialidad de la institución en favor de una de las partes, sino a lo sumo en beneficio del árbitro designado, y no constituyen unos datos objetivos indicativos de parcialidad de toda la Corte arbitral. (...) Debe por tanto desestimarse este motivo de nulidad referido a la imparcialidad de la Institución Arbitral”.

La sentencia STSJM 63/2014, de 13 de noviembre (“caso IFEMA”)

En esta sentencia, bastante polémica, el TSJM anuló un laudo arbitral sobre una disputa entre la compañía E. Life Europe S.L. y la Institución Ferial de Madrid (IFEMA), en un arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid.

La anulación se basó en que “la entidad administradora del arbitraje [es decir, la Corte de arbitraje] está encuadrada en una corporación de derecho público [la Cámara de Comercio de Madrid] propietaria del 30.72% de la mercantil demandada”. El Tribunal consideró que no constaba que E. LIFE tuviera conocimiento de esa participación a la hora de someterse a un arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid y de la “colusión de intereses entre la entidad administradora del arbitraje y una de las partes en él intervinientes”.

El Tribunal señala al respecto:

“Esa participación 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 (...). Los estrechos y lógicos vínculos de dependencia, personal y orgánica, entre CAM [Corte de Arbitraje de Madrid] y la institución en que se encuadra, por lo que es exigible extremar el respeto del 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,

¹⁶ En el texto del voto particular no figura este “no”, pero del sentido de la frase se desprende inequívocamente que se trata de un error tipográfico.

necesarios en el caso concreto, ha de predicarse, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte y de la Corte misma, 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”.

A la vista de tales circunstancias, el Tribunal declaró en este caso la nulidad del convenio arbitral, por vicio esencial en el consentimiento de E. Life Europe al suscribirlo.

La sentencia STSJM 65/2015, de 17 de septiembre, relativo a un arbitraje de EADE

En este caso, el Tribunal anuló un laudo dictado en un arbitraje entre Frío Montrans, S.L. (Demandada) y Telecomunicaciones Palomo, S.L. (Demandante), administrado por la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE).

En la sentencia se señala que AEADE había elaborado el contrato modelo de suministros de terminales de telefonía móvil a empresas utilizado por Telecomunicaciones Palomo, S.L. y que su Secretario General tenía vinculaciones con el abogado de dicha compañía. Además, AEADE, además de proporcionar a la demandante el documento de demanda modelo, había designado directamente al árbitro, sin consulta alguna a las Partes.

Como consecuencia de tales circunstancias, el Tribunal también en este caso consideró viciado el consentimiento de una de las Partes y declaró la nulidad del convenio arbitral.¹⁷

La sentencia TSJM 13/2015, de 28 de enero (“caso Repos i Repas”)

En esta ocasión el Tribunal anuló un laudo en un arbitraje relativo a un *swap* entre BBVA y la empresa REPOS i REPAS, administrado por la Corte de Arbitraje de Madrid.¹⁸ Pero el interés de la sentencia reside, a los efectos de este artículo, en que en esta ocasión desestimó como motivo de anulación que BBVA mantuviera con la Cámara de Comercio de Madrid un acuerdo-marco de colaboración financiera.

El Tribunal explica así en su Fundamento Tercero la razón por la que desestima ese motivo de anulación del laudo:

“Cámara de Comercio, en el ejercicio de las funciones que le son propias como corporación de Derecho Público según el art.2 de su Ley reguladora, contacta con entidades financieras y empresariales para facilitar el crédito de las empresas

¹⁷ En el caso de esta sentencia se produjo el voto discrepante del presidente de la Sala, D. Francisco José Viera, pero en esta ocasión porque las Partes habían alcanzado un acuerdo extrajudicial y solicitado que terminara el proceso de anulación del laudo, lo que llevó al magistrado discrepante a entender que el Tribunal debiera haber atendido su petición.

¹⁸ De esta sentencia, la primera en una larga lista de sentencias del TSJ de Madrid que anularon laudos sobre *swaps* concertados por pymes con bancos españoles, yo mismo hice un análisis muy crítico, pero por razones ajenas a las que aquí se mencionan. Véase, Manuel Conthe, “*Swaps* de Intereses: la Sentencia del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2015”, Revista La Ley, abril de 2015, disponible en <http://manuelconthe.com/es/articles-on-arbitration/>.

radicadas en su ámbito de actuación...; sostener que este actuar, totalmente legal y congruente con su cometido –del que no se acredita que se siga beneficio alguno para la Cámara-, compromete la ecuanimidad de la Corte de Arbitraje que se integra en Cámara de Comercio de Madrid es, a falta de otros datos, totalmente inane para los fines que se pretende demostrar, a saber: que la Corte tiene interés directo o indirecto en beneficiar a las entidades financieras con las que se relacionada la institución en que se incardina... Es tal la debilidad, la amplitud del juicio de inferencia que conduce al hecho presunto que no resulta sostenible, y máxime cuando –ya lo hemos dicho- la Corte ha actuado en estricto cumplimiento de su Reglamento y nombrando árbitros cuya imparcialidad no aparece comprometida, a juicio de este Tribunal, por ningún hecho mínimamente significativo”.

Valoración de la doctrina del TSJM

De la doctrina sentada por el TSJ de Madrid en las sentencias citadas pueden sacarse varias conclusiones prácticas.

En primer lugar, la eventual reclamación de falta de imparcialidad de una Corte de arbitraje o nulidad del convenio arbitral por un supuesto conflicto de interés de la Corte puede –y debe- ventilarse como parte de la acción de anulación del laudo prevista en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje.

En segundo lugar, la eventual constatación por el TSJM de la falta de imparcialidad de la institución arbitral debe realizarse *in casu*, a la vista de alguna actuación o circunstancia objetiva que pueda considerarse contraria al principio de igualdad entre las partes, o haga que la institución arbitral tenga interés en el *thema decidendi*.

Según la doctrina del TSJM, ese interés de la Corte de arbitraje en el *thema decidendi* puede inferirse cuando:

- La institución arbitral presta asesoramiento o servicios a una de las partes, como en el caso de la sentencia relativa a AEADE.
- La Cámara de Comercio o entidad que alberga la Corte de arbitraje tiene una participación accionarial significativa en una de las partes en el arbitraje, como en el caso de la sentencia relativa a IFEMA.

Cualquiera que fuera el acierto de la sentencia del “caso IFEMA”, el TSJM entendió que la independencia de la Corte de arbitraje respecto a la Cámara de Comercio no era suficiente para que el interés de la Cámara en el arbitraje no “contaminara” a la propia Corte de arbitraje, incluso aunque el TSJM no reprochaba ni a la Corte ni al árbitro ninguna conducta parcial a favor de IFEMA. El rigor del TSJM en este caso puede juzgarse tal vez excesivo, pero hay que reconocer que en el mundo del arbitraje hay bastantes supuestos en los que se presume que la independencia del juzgador no es perfecta, por muy acrisolada que pueda ser en el mundo real. Así, por ejemplo:

- En las Recomendaciones de la IBA sobre Conflictos de Intereses se identifican con frecuencia los intereses de un árbitro con los del despacho en el que ejerce sus funciones, con independencia de su estatuto laboral.

- En arbitrajes internacionales, se evita con frecuencia –y, en ocasiones, se prohíbe- que los árbitros –o, al menos, el árbitro único o presidente- tenga la misma nacionalidad que alguna de las partes, porque se presume que, por muy independiente e imparcial que sea, un árbitro no podrá dar una imagen de imparcialidad plena cuando una de las partes procede de su mismo país.
- En defensa del arbitraje de inversiones se argumenta generalmente -a mi juicio, con fundamento- que los Tribunales de Justicia nacionales del Estado anfitrión, por muy independientes que sean sus magistrados, corren el riesgo de ser “caseros” y favorecer al Estado demandado.

Pues bien, cuando el TSJM constata un interés, directo o indirecto, de la institución arbitral en el arbitraje, la consecuencia es la nulidad del convenio arbitral. Por el contrario, como declaró en su sentencia 13/2015, el Tribunal no considera que una Cámara y su correspondiente Corte tengan interés, directo o indirecto, en un arbitraje por el mero hecho de que en él sea parte un banco o empresa que colabore con la Cámara en el desempeño por ésta de las funciones que tiene legalmente atribuidas.

Finalmente, a tenor de la sentencia 70/2016, el Tribunal puede anular un laudo concreto (pero no necesariamente declarar nulo el convenio arbitral) cuando constate una actuación de la Corte de arbitraje que no considere imparcial (como, por ejemplo, el rechazo infundado de la recusación de un árbitro).

La lectura de la sentencia 70/2016 no permite deducir con claridad si el hecho de que los arbitrajes de Caixabank durante el período 2011-2016 supusieran el 11,62% de los ingresos del TAB fue parte de la *ratio decidendi* que llevó a una mayoría de los magistrados a considerar parcial la actuación del TAB, o si dicha *ratio* consistió exclusivamente en la parcialidad atribuida al TAB al abrazar íntegramente, sin un análisis crítico, de las razones para rechazar la recusación del Sr. Bonardell que éste adujo.

En mi opinión, aunque el peso otorgado por la sentencia a ese factor no está claro, la mayoría acierta al sugerir que la dependencia económica de una institución arbitral de los ingresos procedentes de los arbitrajes de un “cliente asiduo” –como Caixabank, en el caso del TAB- puede arrojar dudas sobre la absoluta imparcialidad de dicha institución cuando administra arbitrajes en los que es parte. En el fondo, el Tribunal, sin decirlo de forma paladina, parece sugerir que al TAB le pasaba algo parecido a lo que le ocurría al notario: cuando una Corte de arbitraje tiene una gran dependencia económica de los ingresos procedentes de un cliente, cabe racionalmente presumir que tienda a “tratarlo bien” y que eso pueda poner en ocasional tela de juicio su plena imparcialidad.

Al hacer ese razonamiento, la mayoría del Tribunal está aplicando no solo una razonable “máxima de experiencia”, sino aplicando a las Cortes arbitrales –en la medida en que compiten entre sí por atraer arbitrajes- una regla que tiene su reflejo en nuestro Derecho Positivo cuando regula la actividad de otros profesionales –los auditores de cuentas- que ejercen en régimen de libre competencia una función de interés público cuyo ejercicio puede en ocasiones contrariar los deseos del “cliente” que les ha contratado. Así, el artículo 25.2 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría señala:

“También será exigible la obligación de abstenerse de realizar la auditoría correspondiente en el ejercicio siguiente cuando los honorarios devengados derivados de la prestación de servicios de auditoría y distintos del de auditoría en los tres últimos ejercicios consecutivos a la entidad auditada y a sus entidades vinculadas, por parte del auditor de cuenta o de la sociedad de auditoría y de quienes forman parte de la red, representen más del 30% del total de los ingresos anuales del auditor de cuentas o sociedad de auditoría y de la citada red”.

En suma, aunque en la sentencia del TSJM 70/2016 no queda claro si el peso de los arbitrajes de Caixabank en los ingresos del TAB fue parte esencial de la *ratio decidendi* de la mayoría de la Sala para anular el laudo, cabe razonablemente presumir que podría ser en el futuro un criterio que el TSJM tenga en cuenta a la hora de calibrar *in casu* si una Corte de arbitraje pudo mostrar cierta parcialidad a favor de un “cliente asiduo”.

A la luz de la doctrina del TSJM, esa imparcialidad o apariencia de tal quedará en entredicho:

- Cuando la Corte de arbitraje, o alguno de sus miembros (Presidente, Secretario General, miembros del Comité de Designación de árbitros...), tengan un vínculo profesional o personal relevante con alguna de las partes, especialmente si no lo revela a la Partes y el interesado no se inhibe.
- Cuando una de las partes en el arbitraje sea empresa participada por la Cámara o institución fundadora de la Corte de arbitraje, porque en presencia de esa relación la independencia de la Corte no resultará bastante, según el TSJ de Madrid, para preservar la apariencia de independencia e imparcialidad.
- Cuando una de las partes en el arbitraje sea “cliente asiduo” de una Corte y sus arbitrajes le generen a ésta un flujo significativo de ingresos que, a juicio del TSJ, pueda generar dependencia económica de la Corte respecto a esa parte y, en consecuencia, poner en entredicho su imagen de imparcialidad de la Corte.

Esas circunstancias, cuando sean graves, pueden provocar la nulidad del convenio arbitral; pero incluso aunque no lo sean, si coinciden con actuaciones concretas de la Corte en la administración del procedimiento cuya absoluta imparcialidad pueda resultar cuestionable, el TSJ de Madrid podría declarar la nulidad del laudo concreto por entenderlo contrario al orden público.

Principios de Buen Gobierno de las Instituciones Arbitrales

A los profesionales del arbitraje en España no les pasó desapercibida la importancia de que las instituciones arbitrales -y no solo los árbitros- se organicen y actúen con arreglo a los más exigentes principios éticos, y mantengan la más escrupulosa independencia e imparcialidad en los arbitrajes que administren.

Por eso, el Club Español de Arbitraje (CEA), con espíritu pionero, aprobó en diciembre de 2005 un “Código de Buenas Prácticas Arbitrales”, elaborado por un grupo de grandes profesionales del arbitraje que, presidido por Jesús Remón, estuvo también integrado también por José Antonio Caínzos, Luis Felipe Castresana, Mercedes Fernández, Vicente Sierra y Miguel Virgós.

El Código formuló sus recomendaciones como “deberes” de las instituciones arbitrales y prestó especial atención a su independencia, a la que dedica su Capítulo II, basado en el principio de que “las instituciones arbitrales actuarán de forma independiente y neutral en la administración de los arbitrajes”.

Como concreción de ese principio, el Código enunció cuadro deberes específicos:

- Deber 4: Del asesoramiento
“Las instituciones arbitrales no deberán ofrecer, bajo ninguna forma o modalidad, asesoría jurídica sobre asuntos que sean o puedan ser objeto de arbitraje administrado por dicha institución. De igual forma no podrán bajo ninguna circunstancias emitir recomendación alguna sobre la prestación de servicios jurídicos de abogados o despachos determinados”.
- Deber 5: Del auto-nombramiento
“Las instituciones arbitrales evitarán designar como árbitros a personas que desempeñen cargos de administración, dirección o gestión o sean miembros de sus órganos de gobierno, salvo que las partes de mutuo acuerdo las nombren o el Reglamento lo permita. En estos casos, las designaciones se limitarán al puesto de árbitro único o presidente del tribunal. El mismo deber se aplica a su personal empleado”.
- Deber 6: De los conflictos de intereses
“Las instituciones arbitrales deberán informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad”.
- Deber 7: De las fuentes de remuneración
“Es responsabilidad de las instituciones arbitrales asegurar que ningún miembro de su personal reciba de las partes en asuntos bajo su administración retribución ni compensación de ningún tipo. Este deber incluye la prohibición de trabajar para los miembros del tribunal arbitral por compensaciones adicionales, salvo que las partes expresamente lo consientan (Se incluye la prohibición expresa de aceptar regalos, gratificaciones o bonos, sin importar su naturaleza y/o valor económico, de parte de abogados, árbitros, o cualquier persona relacionada con la tramitación de un asunto)”.

Pero el Código abordó también otros muchos aspectos y, así, en materia de selección y nombramiento de árbitros, enunció el siguiente principio:

“Las instituciones arbitrales utilizarán criterios objetivos en la selección y nombramiento de árbitros, y respetarán las preferencias de las Partes en la formación del tribunal arbitral, con el límite de las condiciones de cualificación profesional y aptitud personal que la IA requiera en sus nombramientos”.

En materia de transparencia y confidencialidad, el Código las conjugó así:

“Las instituciones arbitrales proporcionarán información completa y transparente sobre la institución, los servicios que ofrece y los procedimientos internos que sigue en la administración de los arbitrajes”.

“Sin perjuicio de las reglas de transparencia institucional, las instituciones arbitrales protegerán la privacidad y confidencialidad de los asuntos que administren”.

Preocupado por la eficiencia y calidad en la prestación del servicio, el Código señaló:

“Las instituciones arbitrales prestarán sus servicios de manera profesional, eficaz y responsable, consentirán la adaptación de sus procedimientos a la voluntad común de las partes, y asegurarán, en particular, la celeridad de los procedimientos que administren”.

El Código de 2005 del CEA constituyó, pues, un temprano y elogiado intento de definir y promover las mejoras prácticas entre las instituciones arbitrales españolas.

A pesar de su gran mérito, el Código, en mi opinión, tiene dos limitaciones, íntimamente relacionadas:

- Enunció los principios y deberes aplicables a las instituciones arbitrales en términos muy generales, sin descender a reglas concretas para acreditar su respeto (por ejemplo, sobre la composición y forma de nombramiento de los órganos de las instituciones arbitrales, los procedimientos de designación de árbitros, o las materias o informaciones concretas que debían ser objeto de difusión pública).
- Previó que fueran las propias instituciones arbitrales las que se auto-evaluaran, sin que esa evaluación debiera efectuarse por una institución externa, y mucho menos con intención de publicar el resultado de su evaluación.

La gran novedad en 2017 ha sido que, bajo el impulso de su nuevo presidente, Juan Fernández-Armesto, el CEA ha creado un subcomité o grupo de trabajo que, bajo la presidencia de José Ricardo Feris, antiguo secretario general de la prestigiosa Corte de arbitraje de la CCI, deberá actualizar el Código.

Su cometido será no solo revisar y poner al día las recomendaciones o deberes del Código de 2005, sino, sobre todo, desarrollarlo en detalle, mediante reglas más precisas cuyo seguimiento o no por la institución arbitral pueda ser objetivamente evaluado por un tercero.

Por eso, en paralelo a la aprobación de un nuevo Código, el CEA impulsará la creación de un Observatorio que, con el apoyo de un grupo de académicos de prestigio y una metodología contrastada, analice periódicamente la situación del arbitraje en España y el funcionamiento de las distintas instituciones arbitrales.

La nueva iniciativa del CEA se inspira directamente en lo ocurrido en las últimas décadas en el ámbito del buen gobierno de las sociedades cotizadas, lo que tiene poco de casual, pues en España el primer código de esa naturaleza lo elaboró la Comisión Olivencia en 1997, poco después de que Juan Fernández-Armesto fuera designado presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

Se da además la circunstancia de que en diciembre de 2017 tres de las más prestigiosas instituciones arbitrales españolas -la Corte Civil y Mercantil (CIMA), la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid y la Corte Española de Arbitraje, dependiente de la Cámara de Comercio de España- acordaron integrar en una institución común la administración de los nuevos arbitrajes internacionales, lo que exigirá que a lo largo de 2018 las instituciones signatarias aprueben la organización y normas de funcionamiento de esa nueva institución común.

En suma, 2018 se anuncia como un año decisivo y prometedor en la consolidación del arbitraje en España y la adopción por las instituciones arbitrales españolas de las mejoras prácticas de buen gobierno.

O, si Gonzalo me permite el plagio, “mejorando, que es gerundio”.