

EL ARBITRAJE SOCIETARIO HOY

Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

1. Introducción

El arbitraje societario se encuentra envuelto en una vieja polémica en la que se discute, fundamentalmente, la posibilidad de acudir al arbitraje para solucionar los conflictos derivados de la impugnación de acuerdos sociales y, en general, de aquellos que afecten a la vida corporativa de las sociedades mercantiles. Durante décadas, la casi unánime opinión doctrinal y jurisprudencial era partidaria de la negativa a la posibilidad de acudir al arbitraje¹. Por un lado, el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder

¹ Vid. Uría y Garrigues (*Comentario a la Ley de sociedades anónimas*, 3^o edición, tomo I, páginas 256 y 782 y ss). Posteriormente, la principal doctrina mercantil seguirá manteniendo "tampoco parece posible someter a arbitraje la validez de los acuerdos sociales" y añade que "ha de estimarse, por todo ello, que sigue siendo correcta la práctica que era habitual en determinados registros mercantiles, antes de la reforma de la ley, de exigir que en la cláusula arbitral se hiciera expresa salvedad de las acciones de impugnación de acuerdos sociales". (Uría/Menéndez/Olivencia, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 365 y 366). Efectivamente, la Resolución de la DGRyN de 27 de abril de 1989 RJA [1989, 3408] F^o Jco. 4^o señala "en efecto, pretender aplicar esta institución en bloque, vulnera principios básicos del orden público por cuanto no corresponde a la autonomía privada definir el papel de los Jueces y Tribunales ampliando las funciones que constitucional o legalmente les sean encomendadas (artículo 117-4.º de la Constitución Española); la actuación conjunta de los artículos 9, 10, 27-4.º, 28 y 31 de la Ley de Arbitraje invocada, podría dar

Judicial manifestaba que: “en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1°. Con carácter exclusivo [...] en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos; en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español [...]”. Por otro lado, el art. 70.2 de la vieja LSA, de 17 de julio de 1951, indicaba que “será juez competente para conocer del asunto, con exclusión de cualquier otro, el de primera instancia correspondiente al lugar donde se hubiere celebrado la Junta General de Accionistas”. La jurisprudencia y la doctrina entendieron que la mención “con carácter exclusivo”, con exclusión de cualquier otro, en ambos preceptos legales obligaba a cerrar la puerta a la arbitrabilidad de tales conflictos. Asumieron que tenía carácter de indisponible el derecho subjetivo de impugnación, interpretando que el arbitraje no podía ser cauce válido para el ejercicio del mismo.

Entre 1951 y la actualidad hay una larga marcha y una profunda evolución en nuestro ordenamiento jurídico. El espíritu que se respiraba en

lugar a la introducción de los órganos jurisdiccionales en cometidos ajenos a su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como es el de coadyuvar o suplir en actuaciones procesales los mecanismos de actuación de las personas jurídicas. Razonamientos análogos podrían hacerse en relación con la hoy vigente Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988”.

Un notable estudio sobre la posible impugnación de acuerdos sociales mediante el procedimiento arbitral puede encontrarse en Vicent Chuliá, “El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales”, *Revista General del Derecho*, nº 646-647, jul.-ag. 1998, págs. 9355 y ss. Es de destacar que este autor ha sido de los pocos que ha defendido la arbitrabilidad de estas controversias (*Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1986, páginas 359 y ss.). Junto a este autor es necesario mencionar la tímida y limitada apertura de Muñoz Planas que consideró respecto a la impugnación de acuerdos sociales que “aún tratándose de una opinión tan difundida algunos datos de la experiencia real me han hecho dudar, sin embargo, de si ese absolutismo jurisdiccional que se predica el más adecuado, siempre y en todo caso, a las exigencias de la práctica y por lo mismo he llegado a pensar sencillamente, a mi juicio, en el propio carácter genérico de su enfoque y resolución, aplicable indiscriminadamente a toda sociedad anónima, con abstracción de sus singulares características tipológicas”. Sostiene, así, Muñoz Planas que esta postura restrictiva de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales, es plenamente aplicable a las sociedades abiertas –grandes sociedades anónimas– y no así a las sociedades anónimas familiares o a las sociedades cerradas –sociedades de responsabilidad limitada– (“Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles” en *Estudios de Derecho Mercantil*, en homenaje a Rodrigo Uría, Civitas, Madrid, 1978, págs. 453 y ss.). A pesar de esta evolución, la opinión mayoritaria en la doctrina venía avalada por la jurisprudencia del TS –(sirva de ejemplo las conocidas sentencias de 15 de octubre de 1956 [RAJ 11956. 3396]; de 27 de enero de 1968 [1968, 550]; de 21 de mayo de 1970 [1970, 3584] y de 15 de octubre de 1971 [1971, 3956] y de la DGRyN).

Hoy, *vid.* el magnífico libro de Pilar Perales Viscosillas, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, Thomson-Aranzadi, 2005.

1953 al regular en nuestro país el arbitraje de derecho privado, en pleno monopolio jurisdiccional del Estado, congruente con las entonces vigentes Leyes Fundamentales, es radicalmente distinto del Constitucional de la Ley reguladora igualmente del arbitraje en 1988, en el cual acudir al arbitraje es un ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad: quien voluntariamente pacta un convenio acepta de común acuerdo someter sus diferencias a un tercero.

Durante años resultaba chocante que la doctrina del derecho mercantil manifestara sus recelos a la permeabilidad arbitral en materia de sociedades². Parecía olvidado el art. 3.1 del Código Civil cuando indica que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas". No se entendía bien la exclusión del arbitraje en los temas societarios, y muy en concreto en lo que hiciera relación a la constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas o los conflictos derivados de los acuerdos o decisiones de sus órganos³, incluyendo al respecto las correspondientes consecuencias derivadas de la validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro español.

2. El nuevo punto de partida

En 1998, en concreto por resolución del 19 de febrero, la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴ se hace eco del nuevo espíritu constitucional y de la correspondiente implantación del arbitraje en la vida jurídica española. Contra viento y marea en la doctrina española, se establece una doctrina que puede ser considerada como el punto de partida para el análisis en el futuro del arbitraje societario: "un pacto com-

² Incluso derogado el procedimiento especial de impugnación establecida en la antigua LSA la oposición doctrinal al arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales se continúa manifestando: "ciertamente que, al haber suprimido el proceso especial de impugnación que la ley tenía establecido antes de la reforma, desaparece con ello uno de los argumentos en que se apoyaba la improcedencia del arbitraje en esta materia. [...]. Pero, aún así seguimos pensando que esta materia tiene carácter indisponible" Uría/Menéndez/Olivencia, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, pág. 365.

³ Hoy en día y a pesar de los avances que se señalarán más adelante, posturas doctrinales restrictivas, cuando no opuestas, a la arbitrabilidad de impugnaciones de acuerdos sociales (*vid.* entre otros Botana Agra, "Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas", *Derecho de los Negocios*, enero de 1999, págs. 9 y ss.; y Neila, "A vueltas sobre la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales", *La Ley*, 1999-3).

⁴ (4) RJA [1998, 1118].

promisario extrasocial o no inscrito vinculará tan solo a los contratantes y sus herederos, pero, si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación, la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria”.

Dos meses más tarde, por sentencia de 18 de abril de 1998, la Sala Primera del Tribunal Supremo⁵ recoge textualmente la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y da un paso más adelante estableciendo que “esta sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de Accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo, [...] el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos [...]”.

Con una doctrina tan clara, no podía menos que esperarse una reforma procesal de gran calado en la materia. Ésta llega en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁶, que publicara el *Boletín Oficial del Estado*, nº 7, 8 de enero. Se da al traste con la regulación procesal de la impugnación de los acuerdos sociales introducida en 1951, para establecer que “para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil” (art. 118.1 LSA)⁷. En esa línea se derogan los

⁵ RJA [1998; 2984] y *La Ley* [1998, 4466]. Vid. el comentario de García Varela a esta sentencia en sumisión a arbitraje de la Junta de accionistas a impugnación de acuerdos sociales (*La Ley*, 1998-4).

⁶ Previamente a la Ley 1/2000, la Ley 27/1999, de 16 de Julio, de Cooperativas (BOE nº 170 de 17 de Julio) ya establecía en su Disposición Adicional Décima lo siguiente: “1. Las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las cooperativas, entre el Consejo Rector o los apoderados, el Comité de Recursos y los socios, incluso en el período de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje de derecho regulado por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre; no obstante, si la disputa afectase principalmente a los principios cooperativos podrá acudir al arbitraje de equidad. 2. Dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; pero el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes”. Y todo ello con independencia de remitir el art. 31.5 de la Ley de Cooperativas a los arts. 118 a 121 de la LSA en cuenta a impugnación judicial de acuerdos sociales.

⁷ En su redacción dada por la Disposición Final Tercera de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

arts. 119, 120, 121 y 122, párrafo 1º, de la vigente LSA⁸. En su momento, la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina mercantil olvidó la permeabilidad arbitral en nuestras instituciones como consecuencia del nuevo espíritu constitucional de nuestro ordenamiento jurídico en democracia. Hoy, sin embargo, el estado del cambio es manifiesto⁹.

3. El refuerzo del arbitraje en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

La polémica doctrinal sobre la arbitrabilidad o no de la impugnación de los acuerdos sociales pertenece ya, por fortuna, a la historia del derecho español¹⁰. Sin embargo, la lectura de los diferentes manuales¹¹ y trabajos sobre la materia permiten entender la difícil y larga trayectoria del arbitraje en España. Se puede hablar de una oposición, a veces radical, de grandes maestros del Derecho a los cambios que supone el paso del monopolio jurisdiccional del Estado a la actividad de la sociedad civil en materia de solución de conflictos por vía arbitral. Así, se comprenden también las dificultades que tuvo el proyecto de Ley de Arbitraje de 1988, primero en la Comisión General de Codificación, después en el propio Ministerio de Justicia y a lo largo del trámite parlamentario hasta su aparición final en el *Boletín Oficial del Estado*.

El texto regulador del arbitraje de 1988 fue un verdadero revulsivo en el ordenamiento jurídico español¹². Sin embargo, no faltan voces que lamentan el hecho de que no haya tenido en la práctica la trascendencia que los impulsores del arbitraje deseaban en su momento.

A la Ley de Arbitraje se le impusieron condiciones y resortes muy alejados de la agilidad que exigía. En concreto, existían dos temas procesales que impedían la seguridad jurídica al pactar el convenio de arbitraje y dificultaba el eficaz funcionamiento práctico del procedimiento arbitral. La excepción de arbitraje prevista en el art. 11 de la Ley de 1988 se convirtió

⁸ En virtud de la Disposición Derogatoria Única, apartado 2, número 2º, de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

⁹ Vid. Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho Mercantil*, 13º edición, Valencia, 2000, págs. 147 y ss. y 302 y ss.

¹⁰ Cfr. Nota 3 *supra*.

¹¹ Uría, incluso en recientes ediciones de su *Derecho Mercantil* (Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 323) continúa citando, sin mayor precisión, las sentencias del TS opuestas a la arbitrabilidad de estas controversias. Sánchez Calero en sus *Instituciones de Derecho Mercantil*, (15ª ed., Edersa, Madrid, 1991) no hacía referencia a la cuestión, limitándose en recientes ediciones (23ª ed., McGrawhill, Madrid, 2000, pág. 278) a mencionar la STS de 19 de Abril de 1998 y la resolución de la DGRyN de 19 de febrero.

¹² Vid. Cremades, B., "España estrena nueva Ley de Arbitraje", *La Ley*, 1989-1, 1103.

en una verdadera ruleta procesal al encardinarse en el complejo funcionamiento de las excepciones dilatorias y perentorias en el llamado proceso de menor cuantía que había introducido la reforma de 1984¹³. Por otro lado, el legislador de 1988 suprimió de forma expresa y con una finalidad clara de política legislativa los artículos que en el proyecto inicial de Ley regulaban las medidas cautelares conexas con el procedimiento arbitral.

El buen funcionamiento de la excepción declinatoria de arbitraje es el verdadero talón de Aquiles en la práctica del arbitraje. El convenio de arbitraje tiene una eficacia positiva que permite solucionar los litigios por vía arbitral, y también una eficacia negativa para evitar que los conflictos sometidos a arbitraje sean conocidos por un juez distinto del querido por las partes en el convenio arbitral. Sólo cuando queda clara la relación entre árbitros y jueces, sólo entonces puede hablarse de seguridad jurídica. Ya en 1988, el art. 11.1 de la Ley de Arbitraje afrontaba de forma clara el tema diciendo que “el convenio arbitral obliga a las partes a pasar por lo estipulado e impedirá a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese invoque inmediately la oportuna excepción”. En su párrafo 2º, el art.11 regulaba la posible renuncia al convenio arbitral por aceptación tácita de la jurisdicción: se entenderá que las partes renuncian al arbitraje pactado, quedando expedida la vía judicial cuando “[...] interpuesta la demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción”.

La Ley 34/1984, de 6 de agosto, reformó la Ley de Enjuiciamiento Civil, dando especial protagonismo al llamado juicio de menor cuantía en cuya regulación el art. 687 establecía de forma clara que “el demandado propondrá en la contestación todas las excepciones que tenga a su favor, así dilatorias como perentorias y, si se mantienen, el juez resolverá sobre todas en la sentencia, absteniéndose de hacerlo en cuanto al fondo del pleito, si estimase procedente alguna de las dilatorias que lo impidan”. De esta forma, el que fuera demandado deberá contestar *ad cautelam* interponiendo todas las excepciones que tenga a su favor, sin correr el riesgo de manifestar exclusivamente la excepción de arbitraje en su condición de dilatoria¹⁴. La práctica convirtió el convenio de arbitraje en una ver-

¹³ Vid. García Varela, *op. cit. supra* y STS de 27 de octubre de 1998 *infra*.

¹⁴ Sin embargo, y a título de ejemplo, la STS de 27 de octubre de 1998 (1998, 8160) establece: “como en el proceso a que este recurso se refiere, el demandado señor S.O., después de personado en el juicio, no se limitó a proponer en forma la oportuna excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (8ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sino que, al contestar a la demanda, adujo también la excepción de inadecuación de procedimiento y, sobre todo, se opuso a la demanda en cuanto al

dadera ruleta procesal, dando lugar a múltiples y variadas decisiones judiciales en torno a la excepción de arbitraje. Gran parte de la desconfianza frente al arbitraje radicaba en esta situación de inseguridad jurídica.

Con acierto, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil indica de forma clara en su art. 39 "apreciación de la falta de competencia internacional o de jurisdicción a instancia de parte. El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje la controversia". Y para dejarlo bien claro, su Disposición Final Octava da nueva redacción al art. 11 de la vigente Ley de Arbitraje, indicando que el convenio arbitral impide a los tribunales conocer las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, "[...] siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria". Los demandados no podrán realizar, insiste, sin perjuicio de renunciar al convenio arbitral "[...] después de personados en juicio, cualquier gestión procesal que no sea proponer en forma la declinatoria".

El legislador de 1988 quiso expresamente privar al procedimiento de arbitraje de la cooperación judicial en materia de medidas cautelares. La política legislativa parecía indicar que quien se sometía voluntariamente a arbitraje quedaba privado de las medidas cautelares propias de todo procedimiento, sea judicial o arbitral. Algún día habrá que contar las incidencias del largo camino de obstáculos que tuvo el proyecto de Ley de Arbitraje. Lo cierto es que sólo por una labor interpretativa de los jueces españoles se consiguió en la práctica medidas cautelares para proteger el propio procedimiento arbitral o la eventual eficacia del laudo que se dictara en su momento oportuno¹⁵. De esta forma, los que firmaban en

fondo de la misma, haciendo todas las alegaciones que tuvo por conveniente, ha de entenderse forzosamente, por precepto imperativo del transcrito artículo 11.2 de la citada Ley arbitral, que ambas partes renunciaron al arbitraje: la entidad actora al interponer la demanda, y el demandado al no limitarse, después de personado en el juicio, a proponer en forma la oportuna excepción, sino realizar las demás actividades procesales que anteriormente han sido dichas, por lo que, al no haberlo entendido así, la sentencia recurrida, es evidente que ha infringido el citado artículo 11.2 de la Ley de Arbitraje, lo que ha de comportar, como al principio se dijo, la estimación de este motivo primero, con lo que deviene innecesario al examen del segundo".

¹⁵ Incluso durante la vigencia de la Ley de Arbitraje de 1953 se había planteado, en algunos casos con "fortuna", la adopción de medidas cautelares por los tribunales españoles en apoyo de procedimientos arbitrales (vid. Cremades, B., "Evolución reciente du Droit español en matière d'arbitrage", *Revue de l'Arbitrage*, 1988, págs. 235-236). Más recientemente podíamos encontrar decisiones en este sentido en el Auto del Juzgado de Primera Instancia del Puerto de Santamaría (Cádiz) y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de junio de 1991 (vid. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1991, págs. 276 y ss) y el Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 69 de Madrid, de 28 de junio de 1999 (*Foster Wheeler Trading Company AG y Foster Wheeler Trading Company AG S.A. contra National Company for Fishing and Marketing*).

España convenios de arbitraje sabían que su seguridad jurídica en materia de medidas cautelares estaba muy en entredicho. Y todos somos conscientes en la práctica de la importancia jurídica y sobre todo psicológica que la adopción de medidas cautelares tiene para las partes en conflicto.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece una regulación clara sobre la materia en el art. 722: "medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros. Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte en un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el art. 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud de encargo a la institución correspondiente según su Reglamento. Con arreglo a los tratados y convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles".

Entendemos que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil supuso en la vida práctica del arbitraje mayor claridad y seguridad jurídica. Tras su entrada en vigor, desaparecen las dudas en cuanto a la excepción declinatoria de arbitraje y las partes que hubieran pactado un convenio arbitral sabrán que no van a ser discriminadas en un futuro a la hora de solicitar judicialmente la adopción de medidas cautelares.

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, recoge estos avances legislativos y en materia de medidas cautelares da un paso adelante. Faculta a los árbitros para adoptarlas, según se desprende en el artículo 23:

"1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto de litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos."

La Ley de Arbitraje del 2003 nada dice del arbitraje societario. Su silencio está siendo interpretado y suplido por una muy creativa labor jurisprudencial de nuestros jueces y tribunales.

4. Medidas cautelares en el arbitraje societario

La práctica se encarga de enseñarnos la dificultad que posee el intento de esquematizar las posibles medidas cautelares que puedan ser necesarias en un proceso arbitral, cualquiera que sea la materia objeto del litigio.

La doctrina mercantilista alababa la regulación de la LSA en materia de impugnación de acuerdos sociales porque permitía la solicitud de suspensión del acuerdo impugnado (art. 120 de la LSA hoy derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil) y la anotación preventiva de la demanda en la hoja que la sociedad tiene abierta en el Registro Mercantil (art. 121 LSA hoy también derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil)¹⁶.

Sin duda, tales objetivos se pueden hoy conseguir por vía cautelar, de acuerdo con la nueva regulación establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje.

Además, los propios árbitros podrán adoptar medidas cautelares en sus decisiones procesales y laudos arbitrales, que sucesivamente puedan ir dictando a lo largo del procedimiento de arbitraje hasta la decisión en el laudo final. Es bien sabido que los árbitros están legitimados para adoptar tales medidas cautelares, pero no puede tampoco olvidarse el que la legitimación de la actividad arbitral radica única y exclusivamente en la voluntad de las partes¹⁷. A diferencia de lo que subyace en toda decisión de un juez estatal, el árbitro carece del *imperium* judicial para imponer sus decisiones. Por ello, la parte que desee solicitar medidas cautelares deberá tomar una decisión: la de acudir a la cooperación judicial o la de solicitar su adopción ante los propios árbitros, de acuerdo con sus intereses y teniendo en cuenta los puntos fuertes y débiles de las actuaciones judiciales o arbitrales en su caso.

En materia de impugnación de acuerdos sociales es lógico que nos cuestionemos cuál haya de ser el título formal típico que permita su entrada en el Registro Mercantil. Sin duda, el mandamiento judicial podrá ordenar la anotación de demanda arbitral o suspensión de ejecución de

¹⁶ Vid. *supra* nota 8.

¹⁷ Las partes pueden acordar otorgar este poder al tribunal arbitral, ya sea en la cláusula arbitral contenida en un contrato, en un acuerdo arbitral separado, ya sea por referencia a las normas y reglamentos de la institución a la que se encomienda la administración del arbitraje. Así, en el art. 9 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Española de Arbitraje establece "carácter Ejecutivo del Laudo. El Tribunal Arbitral aplicará el presente reglamento y dictará las ordenanzas o resoluciones necesarias para que el laudo que se dicte, sea susceptible de ejecución legal". En el ámbito internacional es bien conocida la norma del Reglamento CCI que otorga esta facultad a los árbitros, salvo acuerdo de las partes en contrario (art. 23 del vigente Reglamento de Arbitraje CCI). Hoy, el mencionado art. 23 de la Ley de Arbitraje es claro al respecto.

acuerdo o cuantas medidas cautelares considere oportuno; el juez fijará, además, las necesarias fianzas o cauciones. Por el contrario, quien solicite del tribunal de arbitraje medidas cautelares tendrá que tener muy en cuenta el hecho de que la decisión arbitral en materia cautelar deba superar la calificación formal del Registrador Mercantil y por lo tanto pedirá al tribunal arbitral que la decisión adopte la forma de laudo y tenga en cuenta las exigencias del derecho registral español, es decir la de un laudo registrable.

5. Algunas cuestiones relativas al convenio arbitral

Es de prever que una buena parte de las sociedades mercantiles españolas procedan gradualmente a incluir en sus estatutos convenios de arbitraje. En un primer momento, será muy conveniente la cooperación de cuantos operadores intervienen en el tráfico mercantil para elaborar cláusulas estatutarias lo más adecuadas posible a las exigencias de la vida societaria. Las Cámaras de Comercio y organizaciones empresariales deberían emprender de inmediato una labor conjunta con los profesionales del Derecho y muy especialmente con los Notarios y Registradores mercantiles para divulgar contenidos posibles a tener en cuenta por los redactores de los estatutos sociales en la idea de que, surgido el conflicto, las partes deberán estar y pasar por lo redactado en materia arbitral en los estatutos sociales. En cualquier caso, se pueden adelantar ya algunas cuestiones que, con carácter específico, puedan plantearse en el convenio de arbitraje societario.

La vieja doctrina mercantil puede reaparecer, a la hora de modificar los estatutos vigentes, para introducir una cláusula arbitral. ¿Basta la mayoría o se exige la unanimidad de los socios? A mi juicio, la doctrina clara del Tribunal Supremo no deja lugar a dudas respecto a la no-necesidad de unanimidad. Acudir al arbitraje no supone renuncia a tutela jurisdiccional, ni hay merma de derechos o renuncia a los que ya se tenían. Implica única y exclusivamente una opción, de entre las previstas en el Ordenamiento jurídico, para solucionar los litigios societarios. A mi juicio, es una pura y simple modificación de estatutos, que habrá que realizar en el caso de la sociedad anónima conforme a lo establecido en los arts. 103 y 144 de la vigente LSA, al igual que el art.158 del Reglamento del Registro Mercantil. Si se ha de olvidar la condición de indisponible del llamado derecho subjetivo de impugnación, que justificara en su día la prohibición del arbitraje societario, difícil, por no decir imposible, resulta justificar la merma de derechos o renunciaciones a los que ya se tenían por el hecho de pactar el arbitraje en lugar de la solución jurisdiccional.

El convenio arbitral vincula a las partes que han suscrito y, por lo tanto, plantea el problema del posible sometimiento de terceros al arbitraje pac-

tado para litigios que pudiéramos denominar intracorporativos. El convenio de arbitraje es un contrato¹⁸ y como todo contrato debe tener un objeto. Los terceros sólo estarán vinculados a la sumisión arbitral si la controversia, que es el objeto del contrato arbitral es una controversia de naturaleza societaria. Por ejemplo, el conflicto que pudiera surgir entre usufructuario y nudo propietario con relación a las acciones de la sociedad en cuyos estatutos se hubiera adoptado un convenio arbitral. Habrá que estar a cada caso y analizar en concreto qué tipo de controversia para poder determinar si entra o no bajo la cobertura causal del convenio arbitral.

El art. 2 de la Ley vigente de Arbitraje indica que "son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme al derecho". Qué materias son de libre disposición dejan un amplio campo a la jurisprudencia de nuestros tribunales que magistralmente ha recogido en su libro Pilar Perales (*Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, págs. 127 y ss). Frente a "los fantasmas del interés social, orden público, afectación de terceros e inoperatividad de las normas" (pág. 189), no quedan temas intocables a la libre disposición en conflictos societarios: transmisión de acciones o participaciones sociales, situación jurídica de los administradores sociales, materias relacionadas con el derecho de voto o el reparto de dividendos u otros beneficios de los socios o valoración de acción o participación. De la misma forma que el Tribunal Supremo admite la impugnación de acuerdos sociales como materia susceptible de arbitraje, también lo puede ser la nulidad de la sociedad o su disolución al igual que los problemas que puedan surgir sobre aportaciones sociales o desembolsos de derechos pasivos.

No han faltado en la doctrina quienes han equiparado el arbitraje con la sociedad familiar o, en general, con la pequeña o mediana sociedad mercantil, excluyendo en consecuencia del arbitraje a la gran sociedad

¹⁸ Ya apuntaba Guasp que "indudablemente, puesto que se trata de un concierto de voluntades que produce efectos jurídicos, el concepto del contrato, siempre que se le dé un significado amplio, aquel clásico *duorum vel plurium in idem consensus* es, desde luego, el termino propio donde el arbitraje se puede asentar. No hay inconveniente en hablar del arbitraje como un pacto o como un contrato. Su sede propia será, pues, la regulación de los contratos dentro del Código Civil" (*vid. El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1956, págs. 23 y 24).

La concepción contractualista del arbitraje fue acogida por el Tribunal Supremo ya desde la antigua sentencia de 11 de abril de 1932 RJA [1932-33, 1004] y ha sido reiterada posteriormente (*vid. respecto a la jurisprudencia del TS y del TC a Cerdón Moreno, El Arbitraje en el Derecho español: interno a internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 32 a 34, y en general respecto a las teorías procesalistas y contractualistas).

Hoy, véase la perspectiva histórica analizada magníficamente por Pilar Perales, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, págs. 35 y ss.

anónima y sobre todo a la que cotiza en Bolsa¹⁹. Difícilmente resulta mantenible esta opinión a la luz de la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo antes analizada de 18 de abril de 1998²⁰, que en este punto recoge la Resolución de 19 de febrero del mismo año de la Dirección General de los Registros y del Notariado²¹. Si un convenio arbitral se incluye como pacto estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición. De forma que cualquier novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior. Estoy convencido de que en este punto la práctica caminará en la línea de expansión de la arbitrabilidad que han señalado otros ordenamientos jurídicos para la solución intracorporativa de los conflictos. La figura del arbitraje administrado por instituciones serias, como son las Cámaras de Comercio, puede ser verdadera protección de los minoritarios en la gran sociedad anónima. Un método ágil de solución de litigios es su mejor garantía frente a la lentitud y costosidad de los procedimientos judiciales.

¹⁹ Vid. Muñoz Planas, *supra* nota 1.

²⁰ Cfr. La Ley alemana de Sociedades Anónimas (*Aktiengesellschaft Gesetz*, de 6 de septiembre de 1905-BGBl. I S. 10891) que establece en su § 23.5: "los estatutos (*Die Satzung*) sólo podrán apartarse de las disposiciones de la presente ley, cuando así se permita expresamente. Se admitirán disposiciones complementarias de los estatutos, salvo que la presente ley contenga una regulación cerrada". *Die Satzungen* de las sociedades anónimas alemanas tienen una doble función: de un lado contiene los acuerdos de los fundadores respecto a la fundación de la sociedad anónima (escritura de constitución), y de otro lado contiene la norma fundamental de la sociedad (*Verfassung der AG*) que regula el aspecto organizativo, así como el conjunto de obligaciones y derechos de los socios (*vid. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, tomo 4, CH Beck, Munich, 1988, pág. 33). El contenido de los estatutos aparece taxativamente fijado en §23.1 a 4 por lo que de acuerdo con la norma transcrita y dado el contenido cerrado de los estatutos no cabe la cláusula de sumisión a arbitraje, sí cabrá, sin embargo, el acuerdo extraestatutario. El compromiso arbitral no podrá, sin embargo, comprender la impugnación de acuerdos sociales pues el §246.3 AktG establece que "*zuständig für die Klage ist ausschliesslich das Landgericht in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren sitz hat*". Siendo una norma idéntica al art. 118.1 LSA –vigente hasta el 8 de enero (1937)– entiende que no cabe el recurso al arbitraje (*vid. también Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, tomo 4, CH Beck, Munich, 1988, págs. 461-462).

Sin embargo, en las sociedades de responsabilidad limitada la cláusula estatutaria es perfectamente válida y aplicable a supuestos de impugnación de acuerdos sociales (*vid. Reaschke-Kessler en "Arbitrability and Company Law-the German, Swiss and Austrian Perspective"* – conferencia impartida por el autor en el seno Grupo sobre Arbitraje y ADR de la IBA que se celebró en Amsterdam el pasado septiembre, siendo el título de la ponencia marco Arbitraje y Derecho Societario. La información sobre ésta y las demás conferencias de la ponencia marco se pueden encontrar en la página web: <http://www.ibanet.org>). Cfr. BGH WM 1966, 1132/1133 (*für GMBH*) citada en *Münchener Handbuch, op.cit.*, pág. 462, nota 45.

²¹ Vid. *supra* nota 4.

Las economías modernas en las sociedades democráticas de hoy en día están asistiendo a una expansión gradual y progresiva del dominio objetivo de lo arbitrable. En algunos casos, como en la práctica judicial norteamericana se lleva el tema hasta situaciones límites al permitir la arbitrabilidad de los llamados derivados sobre la base del convenio de arbitraje estatutariamente establecido²². Incluso, se llega a admitir la práctica en los Estados Unidos de la llamada *class arbitration*²³ por analogía de la llamada *class litigation*, ciertamente alejada de la tradicional formación del jurista español. A mi juicio, la inclusión en pacto estatutario inscrito evita las dudas sobre *la voluntad inequívoca* de las partes de someterse a arbitraje que formalmente exigía la derogada Ley de Arbitraje; en este caso, la voluntad inequívoca hay que buscarla en el pacto estatutario más que en la voluntad del socio, en la noción subjetiva que provoca, de acuerdo con la nueva doctrina, una subrogación en la posición del socio anterior.

Con dificultad podríamos omitir hablar del arbitraje en el caso de grupo de empresas cuando hacemos referencia al convenio en el arbitraje societario. Bien es verdad que el tema no ha aparecido con fuerza todavía en lo que pudiéramos llamar arbitraje doméstico en España. Donde se presenta cada vez con mayor frecuencia es en el arbitraje internacional²⁴. La idea de grupo de empresas no hace sino trasladar al derecho la innegable realidad de una entidad económica única, aunque estratégicamente actúe a través de sociedades mercantiles. Con frecuencia tribunales de arbitraje internacionales analizan el problema, tanto desde la óptica de la legitimación activa para demandar en arbitraje como desde la legitimación pasiva de ser demandado: diferentes construcciones se utilizan para adaptar la formalidad de la contratación a la realidad económica societaria. No han faltado quienes con la debida cautela cuestionan la conveniencia en determinados casos de levantar el velo de las sociedades para responsabilizar a quien efectivamente ha tenido un protagonismo contractual. Al final, los diferentes tribunales de arbitraje que han tenido que enfocar

²² En los países de Common Law System una *derivative action* es una acción excepcional que se inicia por un grupo minoritario de accionistas, actuando estos en su propio nombre, pero solicitando la tutela judicial o arbitral para la sociedad de la que son accionistas. Es de sobra conocido el caso Salomon, en el que la New York District Court estableció que la reclamación ejercitada mediante un acción derivativa caía dentro del ámbito de la cláusula de arbitraje [*In Re Salomon Inc Shareholder's Derivative Litigation*, Fed. Sec. L. rep. (CCH) P98, 454 (S.D.N.Y. sept. 30, 1994)].

²³ Sobre este tema *vid.* la conferencia impartida por Pierre Bienvenu en el seno Grupo Arbitraje y ADR de la IBA. La información sobre esta conferencia se pueden encontrar en: <http://www.ibanet.org>.

²⁴ *Vid.* Fouchard/Gaillard/Goldman "Traité de l'arbitrage commercial international", Litec, Paris, 1966, págs. 299 a 305 y *Association Suisse de l'Arbitrage, Bulletin Special*, series n° 8, 1994.

el tema toman su decisión no tanto por argumentos doctrinales, sino que es el resultado de una valoración de diferentes hechos. Cuando con la mayor cautela se hace saltar la limitación societaria de los firmantes del convenio arbitral, se ha hecho siempre por comprobar una intervención real y práctica de la sociedad no firmante del convenio arbitral en la negociación del mismo, en la firma y sobre todo en la ejecución de los acuerdos contractuales.

No se puede hoy en día hablar de arbitraje y grupos de empresas sin hacer referencia a la enorme importancia que han cobrado en la práctica arbitral internacional los arbitrajes basados en tratados de derecho internacional público para la protección de las inversiones, tanto de carácter bilateral como multilateral²⁵. Los tribunales de arbitraje están entendiendo que tales tratados y, muy especialmente, los bilaterales hoy tan frecuentes en las relaciones entre Estados hasta el punto de que el Banco Mundial reseña la existencia de más de 2.200 tratados bilaterales en la materia²⁶. Son base más que suficiente para iniciar un procedimiento de arbitraje de derecho internacional privado²⁷. Los Estados que suscriben tales tratados, junto a determinadas garantías y protecciones del inversor, formulan una oferta pública de someterse a arbitraje respecto de los litigios que pueda tener el inversor del otro país contratante. De forma que, en la práctica, el hecho de presentar una demanda de arbitraje implica en sí aceptación individualizada de la oferta pública realizada por el estado receptor de la inversión²⁸. De esta forma se están llevando a cabo arbitrajes de derecho internacional privado sobre convenios de arbitraje –cuya base se encuentra en los tratados internacionales y en la oferta pública realizada en los mismos, siendo las partes demandantes o demandadas, en su caso, Estados soberanos. Su participación en estos arbitrajes se debe en la mayoría de los casos al hecho de ser titulares de las empresas o de las sociedades holding estatales; es decir, de los grupos de empresa de propiedad pública.

²⁵ Existen diversos tratados multilaterales relativos a la promoción y protección de las inversiones, por ejemplo, la *World Trade Organization* (el antiguo GATT, surgido de la Ronda de Uruguay, 1993-1994), la iniciativa de la OCDE para establecer un Tratado Multilateral sobre Inversiones (MAI) o tratados de ámbito regional o sectorial como el NAFTA, el Pacto Andino y MERCOSUR de un lado y el GATS (*General Agreement on Trade in Services*) y el Tratado de la Carta de la Energía del otro.

²⁶ Una lista actualizada de los Tratados Bilaterales celebrados hasta 1996 puede encontrarse en: <http://www.worldbank.org/icsid/treaties/treaties.htm>.

²⁷ Vid. Cremades B., "Promoting and protecting international investments", en *International Arbitration Law Review*, vol. 3, Issue 3, jul., 2000.

²⁸ Vid. Cremades B., "Arbitration in investment treaties: public offer of arbitration in Investment Protection Treaties" en *Liber Amicorum Karl Heinz Böckstiegel*, Colonia, 2000, y la bibliografía allí citada.

El art. 119, párrafo 2 de la LSA, hoy derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, establecía que todas las impugnaciones basadas en causas de anulabilidad que tengan por objeto un mismo acuerdo se sustanciarán y decidirán en un solo proceso; las impugnaciones basadas en causas de nulidad que se ejercitaren dentro del plazo de caducidad de las impugnaciones de acuerdos anulables se acumularán a estas. Es decir, el legislador quería un laudable sistema de acumulación de impugnaciones de los acuerdos sociales. El artículo 222.3 de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil establece que “las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieran litigado”. Pactado el convenio arbitral, la acumulación tiene su base en el propio convenio de arbitraje. De ahí la importancia de que la redacción de los correspondientes pactos estatutarios se realice de forma clara regulando el funcionamiento del procedimiento arbitral²⁹. Quizá, también añadir la conveniencia en este punto de dar preferencia al arbitraje institucional sobre el llamado arbitraje *ad hoc* para así permitir que la institución administradora del arbitraje pueda tener muy en cuenta la exigencia de acumulación de procedimientos de arbitraje. Este es un tema muy importante para el futuro del arbitraje societario en España y por ello conviene insistir una y mil veces en la redacción del convenio arbitral, que sea el producto de la experiencia y no el de la genialidad de los asesores jurídicos que intervengan.

En el caso de que el pacto estatutario silenciara el tema de la acumulación de impugnaciones o lo estableciera en forma que pudiéramos

²⁹ A continuación se transcribe el texto de una posible cláusula estatutaria de arbitraje:

“1.- Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria, y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente mediante arbitraje de derecho por uno o más árbitros, en el marco de la Corte Española de Arbitraje del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 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.

2.- Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad, se sustanciarán y decidirán en un mismo procedimiento arbitral.

3.- La Corte Española de Arbitraje no nombrará árbitros, en su caso, en los procedimientos arbitrales de impugnación de acuerdos o de decisiones hasta transcurridos cuarenta días desde la fecha de adopción del acuerdo o decisión impugnada y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”.

4.- En los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales la propia Corte Española de Arbitraje fijará el número de árbitros y designará y nombrará a todos ellos.

5.- Los socios, por sí y para la sociedad que constituyen, hacen constar futuras partes su compromiso de cumplir el laudo que se dicte”.

denominar patológica, corresponderá a los tribunales decidir dicha acumulación. Bien es verdad que la Ley de Arbitraje no se manifiesta al respecto. La propia Ley de Enjuiciamiento Civil analiza en el art. 74 y ss. la llamada acumulación de procesos. Lo hace, como es lógico, sin distinguir entre proceso judicial o proceso arbitral lo cual puede permitir la vía a la creatividad jurisprudencial para en el futuro proceder a la acumulación de tales procesos arbitrales. En cualquier caso, siempre queda la posibilidad de solicitar medidas cautelares, con arreglo a los arts. 721 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, requiriendo la cooperación judicial para la acumulación de impugnaciones de acuerdos sociales. En materia de arbitraje, la jurisprudencia de nuestros jueces y tribunales ha abierto camino al andar y en los temas decisivos han provocado regulaciones legislativas. Estoy convencido de que también en este punto la jurisprudencia española consolidará una eficaz cooperación judicial en ayuda de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje cuando la redacción del convenio no fuera específica o clara para los supuestos que exijan la acumulación de procedimientos arbitrales.

Esta es quizás una de las más graves lagunas de la nueva Ley de Arbitraje. La no-regulación de la consolidación judicial de procedimientos arbitrales ha dificultado el arbitraje en temas complejos, como puede ser en ciertos casos el arbitraje societario

6. Aspectos concretos de carácter procedimental en el arbitraje societario

Edita: ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El arbitraje societario tiene aspectos relevantes respecto del procedimiento normal en el que se desarrollan los arbitrajes. En unos casos, como consecuencia de las nuevas tecnologías, que afectan tanto al arbitraje en sí como al mundo de las sociedades. En otros, la presencia misma del Registrador Mercantil puede determinar especificidades dignas de algún comentario breve.

Las nuevas tecnologías afectan al arbitraje societario de forma directa y muy específicamente en lo que hace relación a los dominios en Internet y al arbitraje *on line* asunto este último en el que las Cámaras de Comercio españolas están embarcadas en proyectos de alta importancia.

Es bien sabido que la atribución de los nombres de dominio de segundo nivel bajo los genéricos de primer nivel *.com*, *.net* y *.org*, fue inicialmente gestionada por la compañía norteamericana *Network Solutions Inc.*³⁰ Su política fue la de otorgar los nombres de dominio al primero que solicitara.

Solicitude de subscripción a EDITORIAL GALILEIA.

³⁰ Con el patrocinio del organismo federal norteamericano National Science Foundation, se creó INTERNIC (Internet Network Information Center), entidad encargada de asignar estos dominios, y gestionada por *Network Solutions Inc.* La coordinación

los solicitase. El resto de los dominios genéricos de primer nivel³¹ eran –y siguen siendo– gestionados por determinadas entidades³² mientras que los nacionales eran –y son– gestionados por entidades nacionales³³. Esto provocó que se iniciara una carrera para apoderarse de los nombres de dominio con sufijos *.com*³⁴ más atractivos y con ello se iniciaron los primeros litigios que fueron de dos tipos: por infracción de marca³⁵ o por el fenómeno de la ciberocupación en virtud del cual personas adquieren dominios libres correspondientes a importantes marcas y a continuación ofrecen su venta al titular de la marca en cuestión por una suma elevada³⁶. En 1998, el Gobierno Norteamericano acordó la creación de una entidad independiente, sin ánimo de lucro, encargada de gestionar los nombres de los dominios, y a finales de ese mismo año se constituyó, conforme al Derecho del Estado de California la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN). La ICANN tenía un doble objetivo: poner fin en lo posible a las disputas surgidas, creando un sistema que permitiera resolver los conflictos con mayor facilidad, y ampliar el número de nombres de dominio de nivel superior para reducir el número de disputas, y solventar el problema de la escasez de nombres de dominio *.com*, *.net* y *.org* libres³⁷.

global de todas las direcciones de Internet correspondía a la *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA), ahora sustituida por ICANN (*vid. infra*).

³¹ *.mil*, *.gov*, *.int* y *.edu*.

³² Todas ellas, organismos federales norteamericanos, salvo el dominio *.int*, gestionado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

³³ En España se trata de ES-NIC, en un principio dependiente del CSIC, y desde el mes de febrero de 2000, del ente público Red Técnica Española de Televisión. La atribución de los dominios *.es* ha sido regulada por la Orden Ministerial de 21 de marzo de 2000.

³⁴ Al tratarse del dominio más popular, por su significado de “organizaciones comerciales”. En menor medida, la carrera se ha extendido a los dominios *.org* y *.net*, al irse agotando los dominios *.com* disponibles.

³⁵ El caso más popular se dió ante los tribunales de Londres, y es el Prince PCL v. Prince Sports Group Inc. High Court decision. July 30, 1997 CTLR, v. 3, 1997. Véase también Pitman Training Ltd, v. Nominet U.K. Ltd. And Pearson Publishing High Court decision, May 22, 1997 CTLR, v. 3, 1997. En España, véase la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Bilbao, de 28 de septiembre de 1999 (caso *ozú.com*).

³⁶ Véase, entre otros, los casos British Telecommunications PLC v. One In A Million Ltd. High Court decision, November 28, 1997. Court of Appeal decision. Jul. 23, 1998 (en el Reino Unido); o Panavisión Int'l, L.P. v. Toepen. 945 F. Supp. 1296 (C.D. Cal. 1996). En apelación, 9th Cir. Ct. App. 1998 (en Estados Unidos). En España, véase el Auto de Adopción de Medidas Cautelares del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Oviedo, de 2 de junio de 1999 (caso *nocilla.com*).

³⁷ Tras un largo proceso de negociaciones, ICANN finalmente alcanzó el pasado 16 de noviembre de 2000 el acuerdo de admitir, de forma experimental, siete nuevos nombres de dominio genéricos de primer nivel; *aero*, *biz*, *coop*, *info*, *museum*, *name*

Al objeto de resolver las disputas de la segunda clase de las expuestas (ciberocupación), la ICANN ha creado un procedimiento administrativo de resolución de controversias abierto a cualquier persona que considere que un determinado dominio infringe sus derechos de marcas debidamente registradas. Las normas sustantivas en cuya base se resuelven las controversias se encuentran en la Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy (UDRP)³⁸. El solicitante de un dominio debe afirmar que los hechos manifestados en su solicitud de dominio son ciertos, que el registro del dominio no viola o infringe los derechos de un tercero, que el dominio no se está registrando con objeto de cometer una acción ilegal y que no se pretende usar el dominio conscientemente en violación de ninguna ley o regulación aplicable³⁹. El solicitante se somete expresamente al procedimiento administrativo de resolución de disputas, si un tercero plantea una reclamación afirmando que el dominio en cuestión es idéntico o similar, de modo que causa confusión con una marca en la que el tercero ostente derechos legítimos; y el titular del dominio no ostenta derechos o intereses legítimos sobre el dominio; y que el dominio ha sido registrado y esta siendo usado de mala fe⁴⁰.

El procedimiento administrativo de resolución de disputas se regula en las llamadas *Rules for Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy* (RUDRP)⁴¹. El procedimiento administrativo se sustanciará a través de proveedores de servicios de resolución de disputas aprobados por ICANN⁴². Dichos proveedores tendrán un listado de panelistas procedentes de diferentes países, con prestigio reconocido y conocimiento de la materia. Con tales listas se podrán configurar los respectivos tribunales formados por una o tres personas⁴³. Los panelistas podrán ser seleccionados de las listas de cualesquiera de los proveedores, independientemente del proveedor ante el que se sustancie la disputa⁴⁴. A su vez, el proveedor de los servicios de resolución de disputas puede dictar sus propias normas procesales dentro de las pautas marcadas por la UDRP y las R-UDRP⁴⁵.

y pro. Su puesta en marcha se llevará a cabo el 31 de diciembre de 2000, aunque no está previsto que comiencen a registrarse nuevos nombres de dominio hasta junio de 2001. ICANN ha reconocido que estos siete nombres supondrán una prueba para estudiar la viabilidad de aprobar nuevos dominios genéricos de primer nivel.

³⁸ La versión actual fue aprobada por la ICANN el 24 de octubre de 1999.

³⁹ UDRP § 2.

⁴⁰ UDRP § 4. (a).

⁴¹ La versión actual fue aprobada por la ICANN el 24 de octubre de 1999.

⁴² UDRP § 4.1. y R-UDRP 1.

⁴³ R-UDRP § 3. (b). (iv). Y § 5. (b). (iv).

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ R-UDRP § 1.

Es importante destacar que la resolución que se dicte en el procedimiento administrativo tiene un contenido muy limitado, tratándose únicamente de una orden dirigida al Registro del nombre de dominio para que este sea cancelado o transferido al solicitante, sin tomar decisión alguna respecto al derecho sobre los nombres implicados. Se prevé por ello la posibilidad de acudir en cualquier momento a los tribunales de justicia⁴⁶ 47.

Entre los cuatro proveedores de servicios de resolución de disputas, aprobados por la ICANN hasta la fecha, destaca hoy la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). Los últimos datos aparecidos sobre solicitudes presentadas ante la OMPI son muy significativos: hasta el mes de octubre del año 2000 se habían recibido 1.489 solicitudes de inicio de procedimiento administrativo. En concreto, España es el tercer país contra el que más solicitudes se han iniciado; de las 1.489 solicitudes, 84 se dirigen contra residentes en España, estando por delante Estados Unidos con 775 y el Reino Unido con 124. España es, además, el cuarto país en número de solicitantes: 74⁴⁸ frente a los 735 de Estados Unidos, 141 del Reino Unido y 87 de Francia⁴⁹.

Pese al buen funcionamiento administrativo de los proveedores de servicios de resolución de disputas, y muy especialmente de la OMPI, no faltan voces que reclaman la conveniencia de que en determinados sectores geográficos culturales se autoricen nuevos proveedores de servicios que tengan en cuenta la propia idiosincrasia. Al respecto, no sería de extrañar que pronto el mundo de habla español solicitara y obtuviera de la ICANN la aprobación de nuevos proveedores de servicios de resolución de disputas.

Internet plantea aspectos novedosos en materia de arbitraje y, en concreto, en lo que al arbitraje societario se refiere. El llamado arbitraje *on*

⁴⁶ UDRP § 4. (k). Es interesante destacar que la UDRP y las R-UDRP establecen un criterio propio de fuera aplicable en el pleito en cuestión, para evitar así pleitos en fueros exorbitantes.

⁴⁷ Basándose en estos argumentos, la Sentencia de 3 de mayo de 2000 del Tribunal de Distrito del Distrito Norte del Estado de Illinois, dictada en el caso *Weber-Stephen Products Co. V. Armitage Hardware and Building Suplí, Inc.* (n.º. 00 C 1738), llega a la conclusión de que las decisiones dictadas en los procedimientos administrativos al amparo de la ICANN no son vinculantes para los tribunales de justicia, aunque se abstiene de manifestar qué criterios de revisión podrían ser utilizados, y qué grado de cortesía o deferencia debe concedérseles.

⁴⁸ Importantes empresas españolas han conseguido la titularidad de nombres de dominio en manos de ciberocupas, gracias al procedimiento administrativo de resolución de disputas. Entre otros, *banesto.org* y *banesto.net*, *cortefiel.com* y *cortefiel.org*, *urality.com* o *hipercor.com*.

⁴⁹ *El Mundo*, 6 de noviembre de 2000.

line es una realidad cuya implantación se encuentra cada vez mas acreditada. Tanto en su aspecto de aplicación de la tecnología de Internet para la resolución de disputas en general, como el uso del arbitraje como forma específica de resolver las disputas en el comercio electrónico.

La aplicación de la tecnología de Internet en la resolución de las disputas puede realizarse en cualquier área de actividad, esté o no relacionada con el comercio electrónico. Establece determinadas ventajas al permitir reunir *on line* a personas de distintas partes del mundo sin que tengan que desplazarse, resolver controversias "en serie" cuando se trate del mismo tipo de disputas y de la misma naturaleza jurídica, reduce costes, logrando enjuiciar reclamaciones de pequeñas sumas que de otro modo no serían rentables reclamar y acelera los trámites.

El comercio electrónico tiene lugar en un escenario dado a multitud de controversias, al coincidir potencialmente multitud de elementos conflictivos: las transacciones pueden producirse a distancia, en el ámbito internacional, entre partes que no se conocen, y que, además, pueden ocultar su identidad; en muchos casos se trata de transacciones de baja cuantía sobre bienes intangibles y en las que el pago se realiza por medios electrónicos en redes abiertas. Estas circunstancias pueden crear un nivel de conflictividad e insatisfacción importante, siendo los consumidores y las pequeñas y medianas empresas más perjudicados. Sin embargo, los tribunales de justicia aparecen como poco adecuados, ya que ni los consumidores quieren litigación transfronteriza, ni los vendedores desean verse sujetos a todas las jurisdicciones del mundo donde tienen potenciales clientes. En muchas ocasiones se requieren soluciones rápidas que los tribunales no pueden dar y en otros casos se puede decir que tales tribunales estatales no están preparados técnicamente para resolver controversias sobre comercio electrónico.

La implantación de un atractivo sistema para la solución de litigios *on line* por las cámaras de comercio españolas, conectadas a la actividad de las demás cámaras en el ámbito europeo, implica una concreta labor de captación y mantenimiento de la clientela. Su estrategia comercial debe tener un doble objetivo: la solución de los litigios en las relaciones B2C pasa por una captación de adhesiones empresariales al sistema y unos buenos servicios que en la práctica satisfagan las necesidades de los consumidores; por el contrario, en el ámbito nacional y unificado, habría que establecer un sistema específico para las relaciones B2B que pudieran interponerse eficazmente en las relaciones entre grupos empresariales. En cualquier caso se trata de un proyecto enormemente interesante, en el ámbito europeo, con fuerte implantación geográfica española y con la gran proyección internacional que las Cámaras de Comercio españolas pueden aportar, muy especialmente teniendo en cuenta la proyección latinoamericana del empresariado español.

13

21

47

67

81

109

163

183

211

REGAP

240

Las instituciones de administración de arbitraje deben, además de adaptarse tecnológicamente a las necesidades del momento, introducir campos de especialización en su actividad de administración de arbitraje. El arbitraje societario se va a constituir, sin lugar a dudas, en un campo fértil para el arbitraje en España y en concreto para la actividad de administración de dichos arbitrajes con carácter institucional. Especialmente, cuando el arbitraje societario tenga lugar en sociedades mercantiles de un cierto tamaño e importancia. Sería muy conveniente, en consecuencia, la colaboración eficaz y permanente de las instituciones arbitrales con los colegios profesionales y principalmente entre los abogados, fedatarios públicos y registradores.

Hablando de arbitraje societario surge la pregunta sobre la función de los llamados expertos independientes que, conforme a los arts. 38 LSA y 100 LSRL, son designados por el Registrador Mercantil. A mi juicio, no son verdaderos árbitros, son mandatarios para rellenar ciertas lagunas contractuales y cuya regulación camina en cierta forma por el sendero del arbitramento previsto en el art. 1447 CC. Su decisión forma parte del contenido contractual y, por lo tanto, revisable ulteriormente en vía jurisdiccional o arbitral.

Resulta lógico que cuando en un procedimiento arbitral se discutan acuerdos societarios los árbitros puedan plantearse ciertas cuestiones registrales que permitan en su día la plena efectividad del laudo que tengan a bien dictar. Es muy posible que acudan las partes y, en su caso, los propios árbitros al informe del Registrador sobre el alcance de los asientos registrales posibles consecuencias registrales de los acuerdos sometidos a su decisión. A mi juicio, el informe del Registrador carece de carácter vinculante y su aparición eventual en el procedimiento arbitral, personalmente o por escrito, no tiene otra condición que la de un experto en temas registrales. Su opinión será muy tenida en cuenta por los árbitros, pero insistimos sin que tenga carácter vinculante.

7. Sobre el laudo registrable

El destino lógico de un laudo en materia de impugnación de acuerdos sociales es la inscripción registral para su correspondiente publicidad. Con arreglo al art. 7.1 RRM y al art. 20.1 Ccom, la inscripción presume que el acuerdo es "exacto y válido". Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales Jurisdiccionales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración de su inexactitud o nulidad.

Quiebra así, en cierta forma, el valor entendido que tradicionalmente ha rodeado al arbitraje comercial. Se ha mantenido que el arbitraje, frente a la solución jurisdiccional, es un procedimiento para la solución de litigios eminentemente confidencial. Los árbitros y las instituciones de arbi-

traje están sometidos en su actuación al secreto profesional. E incluso las partes pueden incurrir en responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la publicación de las diferencias sometidas a arbitraje. Como es lógico, el arbitraje societario exige las matizaciones propias de un procedimiento arbitral encaminado a la publicidad que supone la inscripción registral del resultado de la contienda.

Desde la óptica registral, cabe preguntarse por el título formal que permita su inscripción. Es bien sabido que con la nueva Ley de Arbitraje no se exige ya la protocolización notarial del laudo arbitral: "todo laudo deberá constar por escrito" (art. 37.3), aunque "podrá ser protocolizado notarialmente" (art. 37.8). En materia societaria creo que es altamente recomendable su protocolización notarial a efectos de mantener ciertas apariencias en su presentación registral. Sin embargo, no es una exigencia legislativa.

En principio, pues, el laudo que simplemente conste por escrito si afecta a materias societarias es susceptible de inscripción registral. Esto puede chocar a la conciencia jurídica tradicional pues resulta título inscribible sin protocolización notarial y sin ejecución judicial.

Los laudos que sean consecuencia de un arbitraje internacional deben, en principio, ser sometidos al procedimiento judicial de *exequátur* para que surtan efectos en España. La decisión judicial *exequaturizando* dicho laudo es sin duda título formal que permita su inscripción registral.

La duda surge respecto de los laudos arbitrajes dictados en procedimientos internacionales en los que las partes optaron por una sede arbitral en España o así se hubiera determinado por la institución administradora del arbitraje. A mi juicio, en aplicación del Convenio de Nueva York bastaría la certificación de la Cámara de Comercio Internacional, si fuera la institución administradora del arbitraje, para que pudiera inscribirse directamente en el registro Mercantil.

No sería acertado concluir el análisis del laudo registrable sin hacer una mención aunque sea breve sobre la calificación del Registrador. Con acierto ha dicho Luís Fernández del Pozo que el Registrador "no es una instancia revisora del laudo o de la función arbitral". Sin embargo, no veo clara la opinión también de Luís Fernández del Pozo cuando dice que el Registrador "[...] pronuncia un juicio de conformidad o disconformidad al Ordenamiento jurídico y, por ende, sobre la aptitud o no para la inscripción del laudo dictado⁵⁰". A los efectos registrales: el laudo no tiene menos valor que la sentencia judicial. Por ello, debe ser acatado por el Registrador. El art. 122, en su párrafo 2º LSA mantenido en vigor por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, manifiesta que "la sentencia firme que

⁵⁰ Fernández del Pozo, "Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 612, sep-oct. 1992, pág. 2051.

declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil” en la idea bien clara de que cuando habla de sentencia firme se está refiriendo tanto a la sentencia judicial como al laudo arbitral. En el caso del arbitraje internacional ello no supone otra cosa que la aplicación estricta del art. 3 del Convenio de Nueva York: “[...] reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada [...]”.

8. Unificación jurisprudencial

En la regulación del proceso específico que contenía la legislación de sociedades para la impugnación de los acuerdos sociales, legislación derogada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, latía una evidente preocupación por la unidad jurisprudencial. El viejo art. 119.1, párrafo 2º de la LSA establece de forma clara que “contra las Sentencias que dicten las Audiencias Provinciales procederá, en todo caso, el recurso de casación”.

El art. 477 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dice que sólo se podrá recurrir en casación cuando: (i) las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, con excepción del art. 24 CE; (ii) cuando la cuantía del asunto excediere de 25 millones de Pesetas; y (iii) cuando la resolución del recurso presente interés casacional. Se considerará que un recurso presenta interés casacional “[...]cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales”.

La Ley de Arbitraje tiene al respecto una conclusión distinta, por partir también de una muy diferente filosofía legislativa. Las partes que se someten a la decisión arbitral de un tercero, desean que sea ese tercero y no un órgano jurisdiccional revisor el que decida la contienda. Por eso se dice que frente al laudo firme “sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes” (art. 43). En su caso, podrá ejercitarse contra un laudo definitivo la acción de anulación en los términos previstos por los artículos 40 y ss. de la Ley de Arbitraje.

Por supuesto, la decisión de la Audiencia Provincial en materia de anulación de laudos arbitrales no puede dar lugar al recurso de casación por “interés casacional” previsto en el art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues se está hablando exclusivamente de la recurribilidad en casación de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales que claramente no es el supuesto de recurso de anulación del laudo arbitral. Y tan es así, que el Tribunal Constitucional Español ha

dejado bien claro que cuando el Tribunal Supremo anulaba un laudo arbitral sobre la base de la Ley de 1953 no podía constituirse en Sala y dictar una sentencia en grado de apelación⁵¹. Ello supondría, a juicio del Tribunal Constitucional, una atribución de facultades jurisdiccionales por parte del Tribunal Supremo no deseada por las partes cuando suscriben un convenio arbitral, violando por lo tanto la tutela efectiva de los derechos garantizada por el art. 24 de nuestra Constitución: implícita en la "extralimitación jurisdiccional desde la perspectiva de la indebida atribución arbitral de fondo y de la exclusión del juez predeterminado por la Ley y el convenio de las partes".

Es lógico que la doctrina se preocupe por los problemas que pueda plantear en el futuro la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en materia de anulación del laudo. Eventualmente, la reforma "de lege ferenda" no debe caminar por el establecimiento de casación sin más contra los laudos arbitrales sino que probablemente lo más apropiado, respetando el espíritu arbitral, sea el recurso en interés de la Ley. Es decir, el recurso ante el Tribunal Supremo por violación de la Audiencia Provincial de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o cuando resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. El recurso en interés de la Ley, como es bien sabido, se interpone a efectos exclusivamente jurisprudenciales sin que quede afectada la ejecutoria. Sería bueno introducir el recurso en interés de la Ley, con una amplia legitimación para su interposición, a efectos de unificar la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, pero sin que el laudo arbitral quede afectado por dicha actividad doctrinal unificadora. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil habla del recurso en interés de la Ley en sus arts. 490 y ss. pero sólo respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de Ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales. El tiempo nos dirá si la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en materia de anulación del laudo arbitral no será solucionada por vía de posible recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por la eventual discriminación que pudiera considerarse en las decisiones de las Audiencias Provinciales anulando laudos arbitrales respecto de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales susceptibles de recurso de casación por interés casacional.

⁵¹ STC de 16 de marzo de 1988 (Sala 2ª) RAJ (1998, 43). Este mismo criterio ha sido seguido y aplicado por las Audiencias Provinciales al conocer del recurso de nulidad establecido en los arts. 45 y ss. de la Ley de Arbitraje (*vid.* SAP de Madrid de 24 de septiembre de 1998 (Sección 20ª), RAJ (1998, 1805).

9. El arbitraje societario, verdadero debate de filosofía constitucional

Creo muy equivocado el planteamiento de quienes quieren favorecer el uso del arbitraje y otras formas alternativas de solución de litigios en España centrando su atención en la congestión de los juzgados y tribunales de nuestro país. Ese es un planteamiento erróneo, pues la congestión y el más ágil funcionamiento de nuestros juzgados y tribunales requieren soluciones para la maquinaria judicial. La solución judicial y la arbitral son garantía tan eficaz, una y otra, de la tutela de los derechos de los ciudadanos. El arbitraje ya no es hoy en España una jurisdicción de segunda clase. Es el camino deseado por los ciudadanos, en uso constitucional de su autonomía contractual. Frente a la organización jurisdiccional del anterior régimen, el monopolio jurisdiccional del Estado ha dejado de ser el elemento básico en una sociedad democrática y moderna⁵². Nuestro Tribunal Constitucional ha acuñado con acierto la expresión equivalente jurisdiccional, refiriéndose al arbitraje. La base constitucional del arbitraje no es tanto el art. 24 como el mismo art. 1.1 de nuestra Carta Magna: la libertad.

En la polémica sobre legitimación o prohibición del arbitraje societario se discute también el modelo de sociedad mercantil: la Dirección General de los Registros y del Notariado, primero, y después el Tribunal Supremo en 1998 han fijado las pautas a seguir en el futuro. En concreto, han establecido unos límites amplios a la arbitrabilidad, sin que se pueda decir ya que el derecho de impugnación de los acuerdos sociales y, en general, las controversias que surjan en el derecho societario sea o no susceptible de sometimiento a arbitraje. Basten recordar, a modo de ejemplo, las palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998: "el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empuja el carácter negociado y, por tanto, dispositivo de los mismos [...] Todo ello, confirmado por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 17 de enero de 2005 que ratifica la arbitrabilidad del arbitraje societario, denegando el amparo frente a quien lo solicita en la idea de que un arbitraje de equidad sería anticonstitucional en temas societarios y más en conflicto para dilucidar las controversias en torno al derecho de separación del accionista. El Tribunal Constitucional admite la solución arbitral en temas societarios dentro de la legalidad infrainstitucional." (primeras lecciones de economía).

Lo primero que conoció fue una economía de autoabastecimiento, en un país donde la castaña más que fruto era alimento, donde el cereal

⁵² Vid. Fernández del Pozo, "Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales", en *Revista General del Derecho*, junio 1995, nº 609, pág. 6.946 y ss., el que dejó de pertenecer al mismo por enfermedad.