

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

Tratamiento concursal del convenio arbitral

**(Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona
nº 86/2009, de 29 de abril de 2009) ***

Iván HEREDIA CERVANTES

Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: I. Introducción y hechos. II. El “conflicto” arbitraje / concurso: tratamiento concursal del convenio arbitral. III. Aplicación del Reglamento de Insolvencia y de la normativa internacional de la Ley Concursal.

I. Introducción y hechos

Lamentablemente, no siempre un acertado fallo judicial tiene su origen en una correcta argumentación jurídica y el Auto de 29 de abril de 2009 constituye un ejemplo inmejorable de ello. La Audiencia Provincial de Barcelona se enfrenta a una cuestión de indudable actualidad: el tratamiento concursal de un convenio arbitral celebrado antes de la declaración de apertura de un concurso frente a una de las partes que lo concluyeron, y lo cierto es que desperdicia una magnífica oportunidad para aportar algo de luz y desterrar de paso algunas interpretaciones claramente desafortunadas que, sorprendentemente, y el propio Auto que nos disponemos a analizar es un claro ejemplo, todavía hoy gozan de cierto predicamento.

Posiblemente parte de la culpa de la solución a la que llega la Audiencia se deba a la redacción del art. 52.1º Ley Concursal (LC) –un precepto especialmente duro con el convenio arbitral y prácticamente excepcional dentro del entorno comunitario, a salvo del ordenamiento polaco– que, afortunadamente, tiene los días contados si finalmente se hace efectiva la reforma anunciada en el Anteproyecto de Ley de Arbitraje¹. El art. 52.1º LC tiene un inciso final que, al margen de superfluo, puede ser fuente de equívoco al supeditar la suspensión de los efectos del convenio arbitral a lo establecido en “los tratados internacionales”. Como digo, se trata de una referencia innecesaria porque la supremacía de los Tratados internacionales sobre el ordenamiento interno español se consagra en el art. 96.1º CE. Pero además, nos

* *Vid. infra*, pp. 875-881.

¹ *Arbitraje*, vol. III, nº 2, 2010, pp. 502–507.

encontramos ante una remisión con un contenido prácticamente nulo, dado que los textos convencionales en materia de arbitraje no se ocupan, al menos hasta la fecha, de esta materia.

Brevemente resumidos, los hechos fueron los siguientes. El 18 de diciembre de 2001 la sociedad L.P., domiciliada en España, celebra un contrato de licencia con Pirelli, una sociedad domiciliada en Italia. Las partes someten el contrato al ordenamiento italiano y además incluyen un convenio arbitral que fija la sede del arbitraje en París y que somete éste a las reglas de procedimiento de la CCI. En abril de 2007 Pirelli decide rescindir el contrato alegando un supuesto incumplimiento de L.P. Poco después, el 11 de julio de 2007, L.G. es declarada en concurso voluntario mediante auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Barcelona. En noviembre de 2007, Pirelli instó ante el tribunal arbitral el inicio del procedimiento frente a L.P., solicitando la resolución del contrato de licencia y una serie de medidas adicionales. Por su parte, L.P., al margen de impugnar la competencia del tribunal arbitral, competencia que, sin embargo, fue afirmada mediante laudo parcial de 19 de septiembre de 2008, interpuso una demanda frente a Pirelli, en la que, además de alegarse supuestos actos de competencia desleal por parte de ésta y la vulneración del contrato de licencia, se solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios causados. La demanda se interpuso inicialmente ante el juez del concurso en noviembre de 2007, si bien éste la inadmitió por falta de competencia, a la vista de lo cual, L.P. la interpuso de nuevo en enero de 2008 ante el juez de lo mercantil competente en aplicación de las reglas generales, quien apreció la declinatoria de arbitraje opuesta por Pirelli al considerar que las pretensiones planteadas tenían naturaleza contractual y, en consecuencia, estaban incluidas dentro del convenio arbitral previamente celebrado por ambas entidades.

La AP de Barcelona confirmó finalmente la decisión del juzgador de primera instancia pese a las diversas alegaciones en contra de la parte recurrente, entre las que destacaban: la afirmación de que la materia litigiosa no entraba en el ámbito objetivo del convenio arbitral, la supuesta vulneración del art. 152 LC y la inarbitrabilidad de la controversia, dada la situación de concurso en la que se encontraba L.P. antes del inicio del procedimiento arbitral. Como acabo de apuntar, los problemas de mayor enjundia, y también de mayor actualidad, que se plantean en este supuesto, están relacionados con la situación de concurso de una de las partes del convenio arbitral y, más en concreto, con el tratamiento concursal del convenio arbitral concluido por el deudor. Centrémonos en ellas.

II. El “conflicto” arbitraje / concurso: tratamiento concursal del convenio arbitral.

Una conclusión común en la mayoría de los estudios que abordan las relaciones entre concurso y arbitraje es su consideración como dos estructuras procesales antagónicas en su naturaleza y objetivos, cuya coexistencia pre-

senta serias dificultades². Especialmente gráfica se ha mostrado la Corte de Apelación del Segundo Circuito estadounidense cuando ha definido la tensión entre arbitraje e insolvencia como un “conflicto entre polos opuestos”³, desde el momento en que el procedimiento concursal ejerce una presión inexorable hacia la centralización a través del juego de la *vis attractiva concursus*, mientras que la lógica que subyace tras la institución del arbitraje conduce hacia la descentralización de las controversias englobadas en el convenio arbitral.

Ahora bien, limitarse a exponer la existencia de un conflicto entre concurso y arbitraje en poco o en nada ayuda a resolverlo. Por el contrario, cualquier intento de encontrar respuestas a las diferentes cuestiones que se derivan del “choque” entre un procedimiento arbitral y un concurso pasan necesariamente por determinar quién ha de dar respuesta a este enfrentamiento; y la respuesta es muy sencilla: la “regulación concursal”. El advenimiento de la situación de insolvencia supone en todos los ordenamientos, no sólo una adaptación de las relaciones materiales en las que participe el deudor concursal, sino también –y esto es lo que ahora nos interesa– de los cauces procesales de defensa de tales relaciones. Con el objetivo de alcanzar los fines típicos del concurso, las reglas concursales prohíben o, cuando menos, restringen las ejecuciones individuales, limitan y alteran las facultades procesales del deudor concursal y en muchos ordenamientos recurren, con mayor o menor intensidad, a la figura de la *vis attractiva concursus* para imponer que sea la autoridad ante la que se desarrolla el procedimiento concursal la que conozca también de todas aquellas cuestiones cuya resolución pudiera afectar de forma directa o indirecta al patrimonio del deudor concursal. El arbitraje, claro está, se encuentra entre estos cauces procesales de tutela de las relaciones en las que participe el deudor concursal y, por ello, cualquier intento de abordar las relaciones entre concurso y arbitraje ha de ser en realidad un estudio sobre *las consecuencias del concurso sobre el arbitraje* y debe buscar en la regulación concursal, y no en la arbitral, las soluciones a las diversas cuestiones que se puedan suscitar.

En realidad, la relación entre concurso y arbitraje, lejos de ser una relación recíproca, fluye en un sentido único y se caracteriza por lo que con acierto se ha definido como el “imperialismo” del Derecho concursal⁴. Ello no significa, quede esto claro, que en presencia de un concurso cualquier convenio arbitral quede sin efecto o cualquier procedimiento arbitral pendiente deba suspenderse. Por el contrario, lo único que se quiere dar a entender al emplear esta expresión es que, tal y como ha puesto de manifiesto recientemente la *Court of Appeal inglesa*⁵, sólo a la normativa concursal le

² En general, sobre las relaciones entre concurso y arbitraje, *vid.* V. Lazic, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, La Haya, 1988.

³ *Yearb. Comm. Arb'n*, 2000, pp. 1064 y 1138.

⁴ P. Fouchard, “Arbitrage et faillite”, *Rev. arb.*, 1998, 2003, n° 3, pp. 471 ss, p. 473; en términos muy similares, G.C. Giorgini, “Arbitrage et droit européen des faillites”, *R.A.E.-L.E.A.*, 2005, vol. 2, pp. 259–270, *espo.* pp. 262–263.

⁵ Sentencia de 9 de julio de 2009, en el asunto *Syska c. Vivendi* (EWCA Civ 677).

corresponde establecer las consecuencias que la eventual insolvencia del deudor supondrá sobre los procedimientos arbitrales en los que éste pudiera participar. En otras palabras, serán las reglas concursales las que determinen, por ejemplo, si un convenio arbitral celebrado por el deudor concursal sigue vigente tras la declaración de apertura, si puede continuar la tramitación de un procedimiento arbitral ya iniciado cuando una de las partes sea declarada en concurso, si el deudor puede concluir un convenio arbitral tras la declaración de apertura, etc⁶. No puede por tanto admitirse la postura de algún sector doctrinal que, desde un planteamiento absolutamente desenfocado, pretende determinar el tratamiento concursal del convenio arbitral celebrado antes de la declaración de apertura, no ya a través de la normativa concursal sino mediante las propias normas arbitrales, y que opta por someter esta cuestión a la ley aplicable a la eficacia del convenio arbitral, al asumirse que nos encontramos ante una cuestión relativa a su ámbito personal y eficacia⁷.

Desafortunadamente, el razonamiento de la AP de Barcelona sigue esta línea y recurre al Convenio de Ginebra para resolver la cuestión. La argumentación empleada por la Audiencia es la siguiente: el art. 6.2º del mencionado Convenio, que regula la eficacia del convenio arbitral, somete ésta a la ley elegida por las partes para regular el acuerdo o compromiso arbitral y, en defecto de tal elección, al ordenamiento de la sede del arbitraje; pues bien, dado que las partes no sometieron el convenio arbitral a un determinado ordenamiento el tratamiento concursal del convenio arbitral deberá decidirlo el ordenamiento francés como ley de la sede del arbitraje, ordenamiento para el cual, el convenio sería válido.

El problema de la solución escogida por la AP de Barcelona es la absoluta ignorancia del reparto de tareas entre normativa concursal y extraconcursal. El auto olvida que una cosa es la validez del convenio arbitral concluido por el deudor concursal y otra muy diferente las consecuencias que para ese convenio arbitral válidamente celebrado y plenamente eficaz antes de la declaración de apertura, supondría el hecho de que frente a una de las partes que lo celebraron se abriera un procedimiento concursal. La validez y efectos extraconcursoales del convenio nos la proporcionan las reglas extraconcursoales, es decir, las normas arbitrales y el resto de reglas que pueden incidir en su váli-

⁶ Vid. *in extenso*, I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso internacional*, Madrid, 2009, pp. 13–20; de la misma opinión, M. Virgós Soriano y J.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2007, p. 335; F. Perret, “Faillite et arbitrage international”, *ASA Bull.*, 1/2007, pp. 36 ss, esp. pp. 43–44.

⁷ Vid. G. Kaufmann–Kohler y L. Lévy, “Insolvency and International Arbitration”, en Peter/Jeandin/Kilborn, *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century*, Zürich, 2006, pp. 258 ss, esp. p. 267; L. Lévy, “Insolvency in Arbitration (Swiss Law)”, *Int'l Arb. L. Rev.*, 2005, pp. 23 ss, p. 27; en la doctrina española, *vid.* J. Alonso–Cuevillas, “Comentario al art. 52”, *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios* (A. Sala, F. Mercadal y J. Alonso–Cuevillas, coords.), Barcelona, 2004, p. 297; asimismo, dentro de la jurisprudencia arbitral parece mantenerse una posición similar en el Laudo CCI nº 6192 (citado por F. Mantilla Serrano, “International Arbitration and Insolvency Proceedings”, *Arb. Int'l*, vol. 11, nº 1, 1995, pp. 51–74, esp. p. 64).

da celebración (*v.gr.*, la normativa societaria en relación con la capacidad para concluir el convenio). Por el contrario, y aquí es donde se encuentra el error de la Audiencia, las consecuencias que para ese acuerdo arbitral válido supone la apertura de un procedimiento de ejecución colectiva frente a uno de sus celebrantes, corresponde en exclusiva a la legislación sobre insolvencia.

Del mismo modo que el tratamiento concursal de un contrato pendiente de ejecución celebrado por el deudor concursal, de un procedimiento judicial en el que participe el deudor concursal o de un derecho real que garantice un crédito en contra del deudor concursal no debe buscarse ni en las normas contractuales ni en las procesales generales ni en las jurídico-reales, sino –como no podía ser de otra manera– en las concursales, tampoco se puede buscar en las normas que determinan la validez y eficacia del convenio arbitral el tratamiento concursal de éste. Afirmar que las consecuencias que sobre un convenio arbitral puede suponer el concurso de una de las partes que lo celebraron deben ser determinadas por el Convenio de Ginebra al ser la norma que regula el derecho aplicable a su validez y eficacia, es tan desacertado como señalar, por ejemplo, que, dado que el Reglamento Roma I determina el derecho aplicable a la validez y eficacia del contrato, debe ser esta norma la que determine el tratamiento concursal de un contrato internacional. O, por poner otro ejemplo: de seguir la tesis seguida por la AP de Barcelona, se llegaría a la insostenible conclusión de que debería ser el art. 10.1º Cc, es decir, la norma de conflicto que regula la válida constitución de un derecho real y su eficacia tanto inter–partes como *erga omnes*, la que determinaría el tratamiento concursal de una garantía previamente celebrada por el deudor concursal para asegurar un eventual crédito frente a un acreedor.

La normativa que regula la celebración y eficacia del convenio arbitral, sea de origen interno o convencional, agota su función cuando se inicia el concurso, igual que agotan su función el resto de normas que regulan fuera del concurso la validez y eficacia de cualquier otra relación jurídica. Las normas “extraconcursoales” –incluidas las que determinan la validez y eficacia del convenio arbitral– están diseñadas para regular la válida constitución de los derechos y obligaciones de cada sujeto individualmente considerado pero no para adaptar esa realidad extraconcursoal a la situación de desbalance del deudor. Mientras las reglas concursales operan en un entorno caracterizado por la fuerte presencia de intereses colectivos (defensa de la igualdad de trato a los acreedores, protección de los empleados, defensa de los derechos de los acreedores e inversores, etc.), la función de las reglas arbitrales se limita a dar respuesta a los intereses de los sujetos sobre los que se proyecta el convenio arbitral, manteniéndose al margen de cualquier circunstancia ajena a éstos. Dicho de otro modo, las reglas concursales están obligadas a velar por la maximización del patrimonio concursal en interés de todos los acreedores, en cambio, las normas arbitrales atienden a los intereses de los particulares que han decidido encomendar su controversia a los árbitros. En consecuencia, acudir a las normas arbitrales para determinar el tratamiento concursal del convenio arbitral supone atribuir a este sector normativo un papel que ni les corresponde ni están en disposición de desempeñar. Una cosa es que el

arbitraje tenga una lógica propia y un elevado nivel de autonomía dentro del ordenamiento jurídico; otra muy distinta que esté al margen de él. El legislador español tiene esto tan claro que ha incorporado una norma como el ya mencionado art. 52.1º LC que –al margen de su mayor o menor acierto– regula de forma expresa el tratamiento del convenio arbitral en el marco del concurso. Es evidente que si esta cuestión debiera resolverse desde las normas arbitrales la presencia en nuestro ordenamiento de un precepto como el art. 52.1º LC carecería de todo sentido.

Sorprende además el razonamiento seguido por la Audiencia. El tribunal sopesa si debe aplicar el art. 152.1º LC, es decir, una regla concursal, pero después desiste de esta posibilidad al constatar que se enfrenta a un arbitraje internacional y recurre al Convenio de Ginebra. Es decir, para la Audiencia, en el caso de que se trate de un arbitraje interno serían las normas concursales (en este caso, internas), las que decidirían qué hacer con el convenio arbitral (FJ 6º). En cambio, cuando se trate de un arbitraje internacional, las normas concursales –en este caso, las normas concursales internacionales– deben quedar relegadas en beneficio de las arbitrales. Sinceramente, resulta imposible comprender el motivo de tal diferencia de trato.

III. Aplicación del Reglamento de Insolvencia y de la normativa internacional de la Ley Concursal

En definitiva, y aun a riesgo de pecar de reiterativo, de nuevo debe afirmarse que los efectos que sobre un convenio arbitral supone la declaración de apertura de un concurso frente a una de las partes que lo concluyeron deben buscarse en la normativa concursal, no en la arbitral. En el ámbito interno tal normativa será el art. 52.1º LC –con la redacción que finalmente salga de la inminente reforma legal– mientras que en el ámbito internacional las soluciones deberán buscarse, fundamentalmente, en el Reglamento comunitario de Insolvencia y, en los casos en los que éste no resulte aplicable, en la regulación internacional de la Ley Concursal. Ante la falta de cualquier aclaración en el Reglamento de Insolvencia o en la Ley Concursal sobre aquellos supuestos que merecen ser considerados como internacionales y en los que, en consecuencia se aplicarán las soluciones contenidas en una u otra norma, la opción más razonable pasa por asumir la aplicación de estos textos –dentro, claro está de su ámbito de aplicación– siempre que el arbitraje pueda ser considerado como internacional⁸ (en este sentido:), lo que supone, en el caso del ordenamiento español, que sería el art. 3 LA el que informaría de esta circunstancia. Dada la generosidad con que el citado precepto dota de internacionalidad al arbitraje, en especial, como consecuencia de lo preceptuado en su ap. 1 c), resulta difícilmente imaginable un convenio invocado en el marco de un procedimiento concursal transnacional que no ostentara la condición de internacional.

⁸ I. Heredia Cervantes, *Arbitraje ...*, op. cit., pp. 99–100; M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 335.

Asumido lo anterior, la cuestión se limita a determinar si la respuesta al tratamiento concursal del convenio arbitral (o el tratamiento concursal del procedimiento arbitral pendiente), debemos buscarla en la regla general de ambas normas, es decir, la aplicación de la *lex fori concursus* o si, por el contrario, nos encontramos ante alguna de las excepciones a la aplicación de la ley del Estado de apertura. Pues bien, para resolver tal cuestión previamente debemos otra: ¿debe el convenio arbitral recibir el mismo trato que, a salvo de determinadas excepciones, dispensa el Reglamento y la regulación internacional de la Ley Concursal a los contratos celebrados por el deudor concursal, esto es, la aplicación de la ley del Estado de apertura? La respuesta debe ser negativa. Los convenios arbitrales, igual que las cláusulas de sumisión a un determinado tribunal estatal, trascienden el mero ámbito obligacional y se convierten en herramientas de diseño del marco procesal que las partes desean utilizar para tutelar sus relaciones jurídicas⁹. Por decirlo de otro modo, tanto en el caso de las cláusulas de sumisión a tribunales estatales como en el de los convenios arbitrales, la dimensión procesal se impone a la sustantiva y clara muestra de ello la encontramos, en el caso de estos últimos, en el reconocimiento casi unánime en todos los ordenamientos del principio “competencia–competencia”, en virtud del cual, pese a que se ponga en duda la validez del convenio arbitral –esto es, la validez del *contrato* de sumisión a arbitraje–, serán los propios árbitros –es decir, la pieza sobre la que gira *el marco procesal* diseñado en la cláusula–, los que en primer lugar deberán decidir sobre esta cuestión. En definitiva, no es posible entender el principio competencia–competencia si no se admite esta “superioridad” de la dimensión procesal del convenio arbitral sobre la contractual.

Pues bien, dado que extraconcursalmente el convenio arbitral posee una naturaleza diferenciada del resto de contratos, ello impide que la legislación concursal le otorgue un tratamiento idéntico al del resto de relaciones contractuales. La mayor parte de ordenamientos respetan este imperativo y una vez más, el ejemplo más cercano nos lo ofrece nuestra propia Ley Concursal al establecer en el art. 152.1º una regulación concursal para el convenio arbitral diferente a la que contempla para el resto de contratos¹⁰. Deben rechazarse, por tanto, aquellas opiniones que apuestan por igualar el tratamiento concursal de los convenios arbitrales al del resto de contratos pendientes y sostienen el sometimiento de esta cuestión a la *lex concursus* en virtud del art. 14 Reglamento de Insolvencia o del art. 200 LC. Una solución de esta naturaleza, no sólo aboca a resultados absurdos, al plantear el riesgo de que el litigio no pueda resolverse ni ante el juez del concurso ni ante árbitros elegidos por las partes¹¹, sino que además, resulta absolutamente contraria a los imperativos que rigen el concurso.

⁹ En términos similares, *vid.* A. Mourre, “Arbitraje y Derecho concursal: Reflexiones sobre el papel del juez y del árbitro”, *RCEA*, 2007, 2008, pp. 228–240, esp. p. 230, nota nº 9.

¹⁰ Con más detalle, I. Heredia Cervantes, *Arbitraje ...*, *op. cit.*, pp. 83–100.

¹¹ *In extenso*, *ibid.*, pp. 92–95.

Por el contrario, a la hora de ubicar el tratamiento del convenio arbitral en el Reglamento de Insolvencia o en la regulación internacional de la Ley Concursal, el tratamiento debe buscarse, en esa dimensión procesal a la que acabo de hacer referencia y en la restricción de la *vis attractiva concursus*, restricción que impide alterar las reglas “ordinarias” o extraconcursoales de competencia en todos aquellos supuestos que no tengan su fundamento jurídico en la regulación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso. En otros términos, para todas aquellas cuestiones que, análogamente a lo que acontece en el supuesto que estamos analizando, deriven de una simple “patología” de las relaciones entre el deudor concursal y sus acreedores y que, pese a tener alguna trascendencia sobre el patrimonio del deudor, se podrían haber suscitado perfectamente con independencia de que se hubiera abierto el procedimiento concursal, tanto el Reglamento de Insolvencia como la Ley Concursal imponen el mantenimiento de las reglas extraconcursoales de competencia y, consecuentemente con ello, la falta de competencia del juez del concurso con independencia de la regulación contenida en las normas concursales internas¹². Pues bien, el imperativo descrito también se extiende al convenio arbitral. Mediante la sumisión a arbitraje las partes seleccionan antes del concurso el marco competencial ante el cual desean ver resueltos sus litigios y nuestras reglas sobre concurso internacional están obligadas a respetar esa elección, al igual que la respetan cuando las partes deciden seleccionar voluntariamente la competencia de un determinado juez estatal mediante una cláusula de sumisión. Ni el Reglamento de Insolvencia ni la normativa internacional de nuestra Ley Concursal alteran el entorno procesal previo al concurso, con independencia de que tal entorno procesal sea de naturaleza judicial o arbitral.

Lo anterior supone que los convenios arbitrales celebrados antes de la declaración de apertura se mantendrán vigentes con independencia de lo que pudiera establecer la ley del Estado de apertura, la ley del lugar de la sede o cualquier otro ordenamiento vinculado con el arbitraje. Ello supone que aquellas normas que, tal y como sucede con el art. 152.1º LC, se opongan por motivos concursales al mantenimiento de la vigencia del convenio, tendría que ser descartada. Y esto es así, incluso cuando la sede del arbitraje se localice en el mismo Estado en el que se abre el procedimiento concursal, siempre que el arbitraje pueda ser calificado como internacional¹³.

A la luz de todo lo apuntado, la conclusión a la que debería haber llegado la AP de Barcelona resulta fácil de ver. Dado que el deudor concursal tiene su centro de intereses principales en España y que el convenio arbitral fijó la sede en un Estado comunitario, el tratamiento concursal de tal convenio ha de ser regulado por el Reglamento de Insolvencia, norma que excluye la *vis attractiva concursus* en las cuestiones suscitadas ante la Audiencia y que, en

¹² Sobre la restricción a la *vis attractiva concursus* en el marco del Reglamento de Insolvencia, *vid.* “Informe Virgós / Schmit”, nº 77; en el caso de la normativa internacional de la Ley Concursal española, la exclusión es todavía más clara a la luz del tenor del art. 11.

¹³ *Vid.* I. Heredia Cervantes, *Arbitraje ... op. cit.*, pp. 100–103.

consecuencia, garantiza la vigencia del convenio, con independencia de lo que establezca la *lex fori concursus*, es decir, el ordenamiento español. Como puede comprobarse, un camino muy diferente al seguido por la Audiencia. Ciertamente es que el resultado final al que llegó el tribunal fue el mismo que el que ahora se defiende, pero ello no deja de formar parte de la casualidad. Por lo pronto, en supuestos en los que el ordenamiento aplicable al convenio sea el de un Estado con una regulación concursal más restrictiva, la solución podría haber sido absolutamente diferente. Pero además, y al contrario de lo que se sostiene en el Auto, el tratamiento concursal en el ordenamiento francés de un convenio arbitral como el celebrado por L.P. y Pirelli suscita serios interrogantes¹⁴. Esperemos, como ya se ha señalado en líneas anteriores, que la esperada reforma del art. 152.1º LC y, en especial, la desdichada referencia a los convenios internacionales que en él se incluyen, garanticen en el futuro un correcto tratamiento del convenio arbitral en el marco del concurso.

Sobre la acumulación de pretensiones en el procedimiento arbitral. Análisis de los elementos que explican este fenómeno procesal con especial énfasis en la reconvención y la legitimación que requiere

**(Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid
nº 339/2009, de 30 de junio de 2009) ***

Ixusko ORDEÑANA GEZURAGA

Profesor Derecho Procesal
Euskal Herriko Unibertsitatea /Universidad del País Vasco

1. El caso que recoge la sentencia que analizamos no es tan complicado como puede parecer en una primera lectura, si bien la pluralidad de protagonistas y de pretensiones que se presentan al procedimiento arbitral del que trae origen la acción de anulación que resuelve, exigen que comencemos este comentario con una síntesis aclaratoria de los mismos. Nos tenemos que situar en el ámbito de un arbitraje de Derecho dirigido por un único árbitro. Así se configuró en las cláusulas pertinentes recogidas en los negocios jurídicos causa de aquél. Nos referimos a un contrato de compraventa, celebrado el 27 de octubre de 2006, por el que D. Emiliano y otras 11 personas físicas

¹⁴ Sobre la regulación de esta cuestión en el ordenamiento francés, *ibid.*, pp. 38–41, así como la bibliografía y jurisprudencia allí citada.

* *Vid. infra*, pp. 881-886.

vendieron a Vinzeo Digial Products, S.L.U. el cien por cien del capital social de Teabla Comunicaciones S.A.U. (en lo sucesivo, identificaremos a este contrato como contrato primero) y otro por el que, en la misma fecha, Vinzeo Technologies, S.A.U. transmitió a D. Emiliano y otras 11 personas físicas el cien por cien del capital social de Cell Comunicaciones S.A. como parte del precio de la compraventa primera (nos referiremos a éste como contrato segundo). Cabe añadir que el primer contrato recogía que dos fincas pertenecientes a Teabla Comunicaciones S.A.U. debían transmitirse a los vendedores (D. Emiliano y otros), aunque la transmisión se hizo, no a los vendedores directamente, sino a Inmobiliarias Aucel S.L., resultando que las escrituras públicas que recogían la compraventa de estos inmuebles no contenían cláusula de arbitraje. Quedémonos, en todo caso, con que, como apunta el laudo arbitral y recoge posteriormente la sentencia que analizamos, la situación jurídico-material de partida “es la compleja operación ideada para llevar a cabo la transmisión de las acciones de la sociedad Teabla Comunicaciones, S.A.U. a favor de Vinzeo Digital Products S.L.U.” El arbitraje se inicia cuando surge una divergencia en relación al que hemos denominado contrato segundo (la transmisión de acciones de Cell Comunicaciones, S.A.). D. Emiliano y las otras 11 personas físicas acuden a este mecanismo extrajudicial demandando a Vinzeo Technologies, S.A.U. Interponen dos pretensiones; por una parte, que se abone a Cell Comunicaciones una cantidad (el deudor resulta ser, Vitelcom Mobile Technology) (a esta pretensión la llamaremos, pretensión primera) y, por otra, que se les entregue la contabilidad de Cell Comunicaciones, S.A. obrante en el sistema de desarrollo informático SAP (pretensión segunda). El demandado acudió al proceso arbitral y en trámite de contestación a la demanda se opuso a las pretensiones de D. Emiliano y otros. No conocemos sus argumentos. Lo que sí sabemos es que se resistió a las pretensiones interpuestas por los demandantes. Completando este primer escenario, el procedimiento arbitral “se alegra” cuando en el trámite de contestación a la demanda comparecen Vinzeo Digital Products, S.L.U. y Teabla Comunicaciones, S.A.U. formulando una “nueva solicitud de arbitraje” en relación con el contrato primero (la venta por D. Emiliano y otras 11 personas físicas a Vinzeo Digial Products, S.L.U. del cien por cien del capital social de Teabla Comunicaciones S.A.U.). Independientemente de que estemos ante una reconvencción o una mera acumulación de pretensiones, cuestión que analizaremos a posteriori –en este primer apartado queremos limitarnos al relato de los hechos para en los sucesivos incidir en su lectura jurídica– éstos introducen en el procedimiento arbitral tres nuevas pretensiones: una en relación a “comisiones en venta” (la denominaremos, pretensión tercera), otra sobre “uso de vehículos” (pretensión cuarta) y una última sobre “gastos de inmuebles” (pretensión quinta). Curiosamente, y para complicar aún más el caso, mientras en la primera de ellas aparecen como demandantes las dos personas jurídicas mentadas (Vinzeo Digital Products S.L.U. y Teabla Comunicaciones S.A.U.), en las dos últimas pretensiones únicamente aparece como demandante Teabla Comunicaciones, S.A.U. Luego, el procedimiento se desarrolla con 5 pretensiones (dos iniciales y tres introducidos

en el trámite de contestación), que tiene que decidir el árbitro en el laudo. Junto a ellas también tiene que resolver la excepción procesal de inadmisibilidad de reconvencción que interponen los demandantes iniciales (D. Emiliano y otros) en la contestación a la demanda reconvenccional o acumulada presentada por Vinzeo Digital Products S.L.U. y Teabla Comunicaciones, S.A.U. Tras las pertinentes audiencias y pruebas el árbitro dictó laudo arbitral el 1 de octubre de 2008.

El laudo, en su parte dispositiva, recoge 7 pronunciamientos. En primer lugar –y lo más importante para los comentarios posteriores– no admite la excepción procesal de inadmisibilidad de reconvencción interpuesta por D. Emiliano y otros. En términos contrarios, acepta la reconvencción. La motivación es clara: aunque Vinzeo Digital Products S.L.U. y Teabla Comunicaciones, S.A.U. (los que introdujeron 3 nuevas pretensiones en el trámite de contestación a la demanda inicial, configurando una nueva demanda) no fueron inicialmente interpelados en el arbitraje y las 3 pretensiones introducidas por ellos no afectan directamente a D. Emiliano y otros, sino a Inmobiliarias Aucel, S.L. (que no ha sido parte en el proceso arbitral), el árbitro, tras identificar como fuente del arbitraje que le ocupa la “compleja operación ideada para llevar a cabo la transmisión de las acciones de la sociedad Teabla Comunicaciones, S.A.U.”, concluye que todas las personas jurídicas y físicas afectadas pertenecen a dos grupos de empresas tal y como las define el art. 42 Ccom: una, integrada por Teabla Comunicaciones, S.A.U. e Inversiones Inmobiliarias Aucel, S.L. (en este espacio ubica el árbitro a D. Emiliano y D. Ruben, dos de las 12 personas físicas afectadas) y otra, configurada por Vinzeo Digital Products, S.L.U. y Vinzeo Technologies, S.A.U., atribuyendo el árbitro la representación de estos últimos a un tal D. Carlos Alberto. Por lo demás, en la decisión sobre las 5 pretensiones, se combina el éxito y fracaso de los respectivos pretendientes. Así, el árbitro estima la primera pretensión de los demandantes iniciales pero no la segunda, y desestima la primera (a la que hemos denominado tercera pretensión) de los reconvenientes y acepta las dos últimas (cuarta y quinta pretensión, respectivamente, presentadas únicamente por Teabla Comunicaciones S.A.U.).

En un segundo escenario o momento, la acción de anulación ante la Audiencia Provincial madrileña la interponen D. Emiliano y otros contra Vinzeo Technologies, S.A.U., Teabla Comunicaciones, S.A.U. y Vinzeo Digital Products, S.L.U. Esgrimen una razón principal y dos subsidiarias. La principal: la admisión a trámite de la demanda reconvenccional. En su opinión, esta demanda no se puede aceptar por la ausencia en el procedimiento arbitral de una de las partes a la que afectan las pretensiones interpuestas (la tercera, cuarta y quinta) (Inmobiliarias Aucel, S.L.), quedando la misma indefensa y resultando, por ende, el laudo contrario al orden público (art. 41.1º f) LA). Subsidiariamente, solicitan la anulación del laudo en lo que se refiere a las pretensiones presentadas en la demanda reconvenccional y estimadas por el árbitro (la cuarta y la quinta, referentes al “uso de vehículos” y a “los gastos de inmuebles”, respectivamente), argumentando que no son cuestiones sometidas a decisión del órgano arbitral [en relación a la primera se alude al

art. 41.1 c) LA y en relación a la segunda, también al art. 41.1º.a) y f) LA]. Hasta aquí el relato de los hechos y acontecimientos que motivan la acción de anulación. El escenario en el que se produce la actuación. En lo sucesivo, su lectura jurídica y la decisión de la audiencia provincial madrileña al respecto.

2. Hemos necesitado muchísimas líneas para poder plantear las cuestiones jurídicas debatidas en el supuesto que nos ocupa. El complejo negocio jurídico base del caso y la pluralidad de protagonistas y pretensiones que aparecen en el entramado lo exigen. Sin embargo, la cuestión, haciendo a un lado los elementos de derecho sustantivo que no presentan problemas, se limita a valorar si la acumulación de pretensiones admitida por el árbitro en el procedimiento arbitral vía reconvencción es correcta o no. La Audiencia Provincial, con total acierto, en nuestra opinión, considera que no, anulando el laudo arbitral en la parte que estima las dos pretensiones insertadas en el procedimiento arbitral vía reconvencción (aquéllas que hemos enumerado como cuarta y quinta). Se trata, por tanto, de argumentar esta decisión. El caso es curioso porque introducen las pretensiones personas jurídicas inicialmente no demandadas y porque comparten una pretensión (la tercera), interponiendo las dos restantes (cuarta y quinta) sólo una de los demandantes reconvenccionales (Teabla Comunicaciones, S.A.U.). Enriquece el supuesto el hecho de que los demandantes iniciales (D. Emiliano y otros) también interpongan más de una pretensión (dos, concretamente). Ello nos ofrece la posibilidad de analizar el fenómeno de la acumulación de pretensiones en general en el procedimiento arbitral.

3. Para entender el fenómeno de la acumulación de pretensiones en el procedimiento arbitral tenemos que empezar por lo más básico, aclarando qué entendemos por proceso arbitral, procedimiento arbitral y pretensión. Dedicamos a esta tarea este apartado, combinando la concepción teórica de estos elementos con su reflejo en la práctica en general, y en el supuesto que nos ocupa en particular. La concepción de los tres elementos mentados está directamente relacionada con la naturaleza jurídica que se arroga al arbitraje. Sucintamente, tenemos que recordar, en este sentido, que desde antaño la doctrina se ha mostrado dividida, principalmente, en dos facciones; una primera, integrada por los autores que defienden la naturaleza privada o contractual del arbitraje, postulando que éste es una manifestación más de la soberanía o poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas y, una segunda, que proclama el carácter público de esta técnica extrajurisdiccional, apoyándose en las similitudes entre la función que desarrollan árbitros y jueces. A medio camino, la postura que predomina en la actualidad, la denominada teoría ecléctica, que, con apoyo jurisprudencial, califica el arbitraje como “equivalente jurisdiccional”, “parajurisdiccional” o “cuasi-jurisdiccional” (STC 43/1988, de 16 de marzo, STC 15/1989, de 26 de enero, STC 62/1991, de 22 de marzo, STC 288/1993, de 4 de octubre y STC 174/1995, de 23 de noviembre). Nosotros, en este abanico de teorías, nos situamos a caballo entre la teoría pública y la ecléctica, si bien reivindicamos

que esta institución es parte y objeto de estudio del Derecho Jurisdiccional. Lo argumentamos. Denominamos Derecho jurisdiccional a la rama del ordenamiento jurídico tradicionalmente denominado Derecho procesal. Tres son sus ejes, la jurisdicción (el conjunto de órganos que se encarga de juzgar en España y las personas que los integran), la acción (el conjunto de derechos reconocidos a los ciudadanos ante los Tribunales de justicia) y el proceso (instrumento necesario para que los jueces realicen su labor y los ciudadanos satisfagan su derecho de acción), resultando el primero el elemento eje de la materia (de ahí su denominación). En este ámbito ubicamos el arbitraje, no porque los árbitros detentan potestad jurisdiccional (que no la tienen, pues únicamente detentan la autoridad reconocida por las partes para el caso concreto) (arts. 9 y 11 LA), sino porque como jurisdiccionales, similares a los que producen las decisiones de los jueces, son los efectos del laudo arbitral (cosa juzgada y ejecutividad) (arts. 43 y 44 LA), jurisdiccional debe ser esta institución en su desarrollo. De ahí que hablemos de un proceso arbitral. Antes de exponer cómo entendemos éste, conviene remarcar que también aplicamos al arbitraje el segundo de los ejes del Derecho jurisdiccional, la acción. Consideramos que, si para que el Estado reconozca al laudo arbitral la eficacia de cosa juzgada y la ejecutividad es necesario seguir un proceso, es esencial a éste el reconocimiento a las partes en el mismo de unos derechos y garantías.

Pues bien, en este contexto, retomando el tema del proceso arbitral, entendemos por éste el conjunto de actividades sucesivas a realizar por las partes y el órgano arbitral para alcanzar un laudo arbitral que resuelva la disputa; más concretamente, el proceso arbitral es el vínculo y la esencia de las distintas actividades sucesivas de las partes y del órgano arbitral. A efectos de entender el fenómeno de la acumulación de pretensiones es vital distinguir el proceso arbitral del procedimiento arbitral. El procedimiento arbitral es la forma externa de la sucesión de actos que deben realizar las partes y el órgano arbitral para llegar a un laudo arbitral (dónde, cómo –escrito, oral,...–,...). Por tanto, mientras el proceso es el contenido de esa sucesión de actos, el procedimiento es el continente de los mismos. Lo vemos más claro aplicando ambos conceptos al caso que analizamos. Proceso es el conjunto de actos de las partes, D. Emiliano y los otros y Vinzeo Technologies, S.A.U. (presentación de la demanda, contestación, pruebas,...) y del órgano arbitral (organización de las fases o vistas, la preparación del laudo arbitral,...), entendiendo su realización conforme a una serie de principios (oportunidad, dispositivo, dualidad de posiciones, contradicción, audiencia e igualdad) y en un marco en el que se reconocen determinadas facultades a las partes y al órgano arbitral. En este último sentido, como sabemos, la mayoría de las normas que rigen el arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico son dispositivas, modificables conforme a la voluntad de las partes. El procedimiento, por su parte, hace referencia o es regido por otra serie de principios: oralidad o escritura (la mayoría de los actos del proceso arbitral son orales), inmediatez (en cuanto las partes tienen contacto directo con el órgano arbitral, presente en todo momento en el proceso arbitral), concentración (los actos se

hacen unos seguidos de otros y sin dilación), privacidad del proceso... Para profundizar en la relación entre proceso y procedimiento tenemos que traer a la palestra la pretensión. ¿Qué es la pretensión? La pretensión es el eje del proceso arbitral, elemento imprescindible para su existencia; es la petición fundada que una persona (o más) dirige a un órgano arbitral, frente a otra persona (o más) sobre un bien de la vida. Nos explicamos. En primer lugar la pretensión es una petición. Es más acertado decir que es una doble petición, una genérica y otra específica. Siendo intereses privados y disponibles los que se ventilan en el arbitraje (art. 2 LA), es necesario para poner en marcha un proceso arbitral que alguien excite la actividad del órgano arbitral, solicitando su intervención en el caso concreto. Es la que denominamos petición genérica. Junto a ella el solicitante debe presentar otra petición más concreta en relación a la disputa que se presenta; debe señalar al árbitro la prestación específica, siempre vinculada con un bien de la vida, que satisface su interés en el caso concreto. Puede ser un dar o hacer, un no dar o no hacer. En definitiva, esta petición específica es la forma en la que, a juicio del solicitante, el conflicto queda reparado. Es lo que en el Derecho jurisdiccional denominamos el *petitum* de la pretensión.

Volviendo al caso que nos ocupa, cuando D. Emiliano y las otras 11 personas físicas acuden al órgano arbitral solicitan a éste, en primer lugar, que solvete una disputa concreta. Tomando en cuenta la que hemos denominado pretensión primera, concretamente, le solicitan que solvete la controversia derivada del contrato de transmisión de acciones de Cell Comunicaciones, S.A. por parte de Vinzeo Technologies, S.A.U. a favor de D. Emiliano y otros. Tomando otra pretensión determinada, por ejemplo, la que hemos denominado pretensión tercera, aquella introducida en el procedimiento arbitral en el trámite de contestación a la demanda por Vinzeo Digital Products, S.L.U. y Teabla Comunicaciones, S.A.U. contra D. Emiliano y otros, los primeros solicitan al órgano arbitral que solvete la disputa en torno a las "comisiones en venta" derivadas del contrato de compraventa de acciones de Teabla Comunicaciones, S.A.U. celebrado entre D. Emiliano y otras 11 personas físicas y Vinzeo Digital Products, S.L.U. Son dos ejemplos de petición genérica que divisamos en el caso que nos ocupa. Podríamos identificar tantas como pretensiones se presentan en este procedimiento arbitral. Miremos ahora las peticiones específicas vinculadas con estas peticiones genéricas. En el primer caso, en la pretensión primera, en el marco de la disputa descrita, D. Emiliano y otros piden al órgano arbitral que obligue a Vinzeo Technologies, S.A.U. a subrogarse en el saldo de la sociedad Vitelcom Mobile Technology, S.A. a favor de Cell Comunicaciones S.A. por importe de 178.053 €. Luego, lo que a juicio de los demandantes satisface su interés y solventa la disputa es una prestación consistente en un hacer o dar de los demandados. Por su parte, en la prestación tercera, en el contexto del conflicto descrito, lo que satisface el interés de los sujetos activos de la pretensión (demandantes) (Vinzeo Digital Products, S.L.U. y Teabla Comunicaciones, S.A.U) es que el órgano arbitral ordene a D. Emiliano y otros (sujetos pasivos de la pretensión) el abono de las comisiones en venta. En todo caso, ambas peticiones,

genérica y específica, deben estar fundamentadas. El fundamento de la petición genérica es la afirmación por parte del demandante de la existencia de lo que podemos considerar el alfa y omega del arbitraje, la existencia del un convenio arbitral (art. 9 LA). Ciertamente, el ciudadano que solicita a un órgano arbitral que solvete una disputa debe justificar su decisión, en cuanto el arbitraje se basa en la voluntad y libertad de las partes (art. 2 y 9 LA). Así, cuando, siguiendo con los mismos dos ejemplos, en el supuesto que analizamos, D. Emiliano y otros (pretensión primera) y Vinzeo Digital Products, S.L.U. y Teabla Comunicaciones, S.A.U (pretensión tercera) acuden al árbitro, le solicitan auxilio para la resolución de sendos conflictos apelando, genéricamente, a los dos contratos firmados entre aquéllos el 27 de octubre de 2006 y, específicamente, a la cláusula de arbitraje que contienen. Por su parte, la petición específica se justifica con hechos (art. 29 LA). El solicitante debe mostrar al árbitro cuál es la causa de pedir (*causa petendi*), causa que debe estar configurada por acontecimientos de la vida, a los que el árbitro aplicará la equidad o el Derecho, según estemos ante un arbitraje de Derecho o de equidad, para aceptar o no la pretensión. En este sentido, decimos que la pretensión es el objeto del proceso arbitral, aquello que el árbitro debe decidir en el laudo arbitral (estimar o no la pretensión) y que diferencia los distintos procesos arbitrales. Siguiendo con los dos ejemplos mentados, en la primera pretensión, D. Emiliano y otros justificaran su *petitio* o petición específica relatando hechos relativos al primer contrato que muestran lo que, a su juicio, es el incumplimiento de aquél por parte de Vinzeo Technologies, S.A.U. Estos hechos configuran la *causa petendi* o razón de pedir. En la que hemos llamado pretensión tercera, Vinzeo Digital Products, S.L.U. y Teabla Comunicaciones S.A.U. solicitan al órgano arbitral que haga pagar a D. Emiliano y otros una comisiones en venta derivadas del contrato primero. Relataran, al respecto, cómo han acontecido los hechos y en qué ha consistido el incumplimiento por parte de las 12 personas físicas.

Es muy importante remarcar, y lo vamos a ver en el caso que nos ocupa, que la pretensión configura subjetivamente el proceso arbitral. La pretensión identifica al demandante y al demandado. El demandante o actor es el sujeto activo de la pretensión, aquella persona que solicita la iniciación del arbitraje y que se le reconozca en el laudo arbitral una determinada prestación en cuanto forma de solventar la disputa. El demandado, por su parte, es el sujeto pasivo de la pretensión, aquella persona frente a la que se pide y a la que, en su caso, el árbitro puede condenar a realizar la prestación solicitada por el demandante. Ambas figuras integran el principio de dualidad de posiciones que caracteriza el proceso arbitral. No puede existir proceso arbitral sin ambos. Así, por ejemplo, en la que hemos llamado pretensión primera, D. Emiliano y otros se convierten en demandantes, convirtiéndose en demandado a Vinzeo Technologies, S.A.U. Es fundamental vincular las partes de la pretensión con la legitimación. La legitimación es el concepto jurisdiccional que determina quién puede en el proceso arbitral concreto actuar como demandante y quién como demandado. En otros términos, señala quién puede interponer la pretensión y contra quién la puede interponer. Estamos ante un

concepto que surgió en el Derecho jurisdiccional cuando se distinguieron el derecho subjetivo material –el derecho privado ejercitable frente a un particular– y la acción, derecho público ejercitable frente al Estado; o en otras palabras, cuando se distinguió entre partes materiales y partes procesales. En este marco, la legitimación es el elemento que vincula ambas. Así, normalmente la legitimación se basa en la mera afirmación que hace el que interpone la pretensión atribuyéndose la titularidad de un derecho subjetivo (lo que le convierte en legitimado activo) e imputando a otro sujeto (legitimado pasivo) la titularidad de la respectiva obligación. Es gráfica, en este sentido, la letra del art. 10.I LEC que afirma que “serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica y objeto litigioso”. Es lo que denominamos –y así se aplica en la sentencia que comentamos– la legitimación *ad causam*. Así, volviendo al caso que nos ocupa, e independientemente de que la legitimación sea tema especialmente controvertido en el mismo, por lo que lo analizaremos a posteriori específicamente, cuando, en el marco de la pretensión primera, D. Emiliano y otros acuden a arbitraje contra Vinzeo Technologies, S.A.U. apelan al contrato que suscribieron ambos el 27 de octubre de 2006; manifiestan que ambos fueron partes materiales de ese negocio de derecho sustantivo en el que pactaron una cláusula de arbitraje, arbitraje que quieren poner en marcha una vez la relación jurídico–material ha conocido conflicto. Esta mera afirmación de las 12 personas físicas les convierte en partes del proceso a arbitral, reconociéndoles –o mejor, arrogándose ellas mismas– legitimación activa al respecto. Correlativamente, la misma afirmación convierte en parte (legitimada pasiva) a quién imputan el incumplimiento de una obligación (Vinzeo Technologies, S.A.U). Quede claro que la legitimación única y el proceso arbitral, pues será el árbitro el que, al final, en el laudo arbitral, determine la verdadera legitimación, o mejor, auténtica titularidad de las relaciones materiales o sustantivas. Luego, siguiendo con la pretensión primera, será el árbitro el que en el laudo determine si realmente D. Emiliano y otros y Vinzeo Technologies, S.A.U. estuvieron vinculados en una relación jurídico–material y, si en su caso, hubo incumplimiento por parte del segundo. Es posible que el árbitro determine que, efectivamente, si hubo relación jurídico material pero no incumplimiento, o, como, ciertamente, ocurre en el caso que analizamos, que, además de reconocer la relación jurídico material, también declare un incumplimiento en el seno de la misma.

Para finalizar el marco necesario para profundizar en la acumulación de pretensiones, sólo resta hacer referencia a dos elementos: el momento de presentación de la pretensión y el concepto de la resistencia. Lo hacemos a continuación. En la demanda arbitral obligatoriamente se ha de interponer una pretensión, dando ésta inicio al proceso arbitral; sin pretensión y la petición genérica y específica que ésta conlleva, no puede darse inicio a un proceso arbitral. Es posible, como ocurre en el supuesto que estamos analizando, que se interponga en la demanda inicial más de una pretensión. Asimismo, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, el demandante puede

completar y terminar de configurar estas pretensiones a lo largo del proceso arbitral (art. 29.2º LA). Ello sin perjuicio, de que, como veremos en el próximo apartado, sea posible acumular a la pretensión o pretensiones presentadas en la demanda inicial otras, en distintos momentos, en el mismo procedimiento arbitral. Como sabemos, en el caso que nos ocupa, en el trámite de contestación a la demanda se presentan tres nuevas pretensiones. Por otra parte, y junto a la noción de la pretensión, correlativamente siempre aparece la idea de la resistencia, configurando ambas el principio de dualidad de posiciones que rige en el proceso arbitral, sin que se pueda entender una sin la otra. Concretamente, la resistencia es la petición concreta que el sujeto pasivo de la pretensión (el demandado) realiza al órgano arbitral como reacción frente a aquélla, solicitando que no se acepte la petición concreta que formula el sujeto activo de la pretensión (demandante) al órgano arbitral. De ahí, que también se le denomine “oposición a la pretensión”. Así cuando D. Emiliano y otros interponen en la demanda arbitral la pretensión primera Vinzeo Technologies, S.A.U. no la acepta. Más concretamente, se resiste u opone a la misma. Si Vinzeo Technologies, S.A.U (sujeto pasivo de la pretensión, y por tanto, demandado en el proceso arbitral) aceptara la pretensión, ya no existiría proceso arbitral. Habría un allanamiento que pondría punto final al mismo. A diferencia de la pretensión, la resistencia no exige fundamentación o motivación –independientemente de que el demandado también puede hacerlo, siempre, también, con hechos–, por lo que la mera negación de la petición del demandante por parte del demandado es suficiente para convertir sus hechos en controvertidos y necesitados de prueba. De esta forma, cuando Technologies, S.A.U. se opone a la petición de D. Emiliano y otros, obliga a aquéllos a acreditar los hechos alegados y en base a ello la licitud de su petición. Sin embargo, repetimos, ello no quita para que Technologies S.A.U. presente alegaciones (fundamentos) en contra de esa petición. Esas alegaciones consisten en hechos y configuran lo que en el Derecho jurisdiccional denominamos excepciones. Estas excepciones pueden ser materiales, si hacen referencia al fondo del asunto, es decir, si el demandado presenta unos hechos diferentes o los mismos hechos del demandante pero con versión distinta, o procesales, cuando el demandado alega defectos del proceso arbitral que el demandante ha puesto en marcha. Obviamente, primero se presentan las excepciones procesales, para evitar que el árbitro entre a conocer el fondo del asunto. En el caso que nos ocupa una excepción procesal adquiere especial relevancia. Nos referimos a la excepción procesal de inadmisibilidad de reconvenición. Cuando en el trámite de contestación a la demanda inicial, Vinzeo Digital Products, S.L.U. y Teabla Comunicaciones, S.A.U. presentan tres nuevas pretensiones, D. Emiliano y otros interponen la excepción mentada, alegando que las mismas no pueden ser objeto del procedimiento arbitral en marcha. Como sabemos, el árbitro –es el contenido del primer pronunciamiento del laudo– no acepta esta excepción y estima dos de las tres pretensiones presentadas en el segundo momento (pronunciamientos cuarto, quinto y sexto, respectivamente). Como ya anunciábamos y tendremos ocasión de razonar, consideramos errónea la

estimación de esta excepción. Sea como fuere, siguiendo con la formulación de la resistencia, en la coyuntura recién descrita, D. Emiliano y otros, además de la mentada excepción procesal, interpondrían excepciones materiales, para, frustrado su intento de que el árbitro no entrara a conocer del fondo del asunto, intentar convencer a éste de que las *petitio* del demandante no tienen fundamento. Así, y según podemos deducir de los argumentos presentados en la acción de anulación, en relación a la pretensión cuarta (“uso de vehículos”), por ejemplo, los inicialmente demandantes convertidos en demandados, D. Emiliano y otros, manifestarían, a modo de excepción material, que la compensación por “uso de vehículos” no derivaba de ninguna estipulación de los contratos de 27 de octubre de 2006.

4. Con todos los elementos citados, y ahondando ya en la acumulación de pretensiones, quede claro que cada pretensión que se interpone da lugar a un proceso arbitral y a un procedimiento arbitral. Por tanto, cuando D. Emiliano y otros interponen la que hemos enumerado como pretensión primera, surge un proceso arbitral y su respectivo procedimiento arbitral. Estamos ante una petición al órgano arbitral (genérica y específica) que pone en marcha un conjunto de actuaciones de las partes y del órgano arbitral, actuaciones que podemos advertir desde su perspectiva interna o externa, desde su contenido o continente, denominándoles proceso o procedimiento, respectivamente. En este marco, es posible que, atendiendo a la conexión entre distintas pretensiones y con el objetivo de obtener economía procesal y evitar laudos contradictorios, un mismo procedimiento, una misma forma externa, se convierta en el contenedor o continente de más de una pretensión, y por tanto, de tantos procesos como aquéllos. Así, cuando D. Emiliano y otros interponen una demanda arbitral que contiene dos pretensiones (aquéllas que hemos llamado pretensión primera y segunda), aunque formalmente están interponiendo una única demanda arbitral (procedimiento), materialmente están poniendo dos demandas arbitrales, una para/por cada pretensión (luego, dando inicio a dos procesos arbitrales). Y esta configuración o esquema (un mismo procedimiento, tantos procesos como pretensiones) seguirá (vistas, pruebas,...) hasta que la disputa sea resuelta mediante el laudo arbitral. Así, incluso en este último, aunque formalmente estemos ante un único laudo arbitral, en cuanto éste solventa las dos pretensiones inicialmente interpuestas por los demandantes, materialmente estaremos ante dos laudos arbitrales. Luego, y mirando al laudo arbitral contra el que se ha interpuesto la acción de anulación que examinamos, nos percatamos de que, en cuanto en su parte dispositiva resuelve 5 pretensiones, un mismo procedimiento ha sido el cauce para ventilar hasta 5 pretensiones. Es más, lo mejor es que este laudo resuelve dos tipos de acumulaciones de pretensiones: una acumulación inicial y una acumulación producida pendiente o en marcha ya el proceso arbitral. Analizamos ambas modalidades.

Estamos ante una acumulación de pretensiones inicial cuando el demandante interpone en la demanda arbitral más de una pretensión. Lo hace porque estas pretensiones están relacionadas; concretamente, en el caso que nos

ocupa, ambas surgen a partir o se fundamentan en unos mismos hechos (los relativos al desarrollo del contrato primero, que contiene una cláusula de arbitraje). Además, comparten sujetos (legitimados) activos y pasivos. Ello justifica que los demandantes (D. Emiliano y otros), para reducir gastos (economía procesal) y evitar que dos órganos arbitrales diferentes decidan de manera divergente en torno a unos mismos hechos, opten por presentar ambas pretensiones en una misma demanda, dando lugar a un único procedimiento arbitral.

También es posible que, una vez el procedimiento ya esté en marcha, tras interponer el demandante o demandantes una pretensión o más (en el segundo caso estaremos también ante una acumulación inicial de pretensiones), se inserten al mismo una o más pretensiones. Es el fenómeno conocido como acumulación de pretensiones pendiente el proceso arbitral y su origen puede ser triple: (1) la ampliación de la demanda inicial, (2) la reconvencción del demandado y (3) la presentación de una pretensión o más por alguien que hasta entonces ha sido un tercero. Miremos a los tres supuestos. Estamos ante una ampliación de demanda cuando el demandante, una vez en marcha el procedimiento arbitral, añade una pretensión nueva o más a las ya presentadas inicialmente en la demanda, para que todas ellas se resuelvan en un mismo laudo. Conforme a la flexibilidad que caracteriza el proceso arbitral, es posible que durante el desarrollo del procedimiento arbitral el demandante añada una o más pretensiones contra los ya demandados. Obviamente, las pretensiones añadidas deben tener un vínculo con las ya interpuestas (mismos sujetos afectados y/o mismos hechos), ser compatibles con las mismas, y su presentación en el procedimiento arbitral tiene que estar avalada por la existencia de un convenio arbitral en torno a las mismas que reconoce la competencia del órgano arbitral que está examinando el asunto. Esta posibilidad se encuentra también con el límite de la evitación de la indefensión de la parte demandada: el órgano arbitral nunca aceptará la ampliación de la demanda si ésta, por razones dispares (momento en que se presenta, forma,...), merma las posibilidades de defensa del demandado. En el caso que analizamos no divisamos este fenómeno. No han presentado D. Emiliano y otros pretensiones diferentes a las recogidas en la demanda inicial. Sin embargo, sí se han insertado en el procedimiento arbitral tres nuevas pretensiones en el trámite de contestación a la demanda. Atendiendo a que estas pretensiones las han interpuesto personas jurídicas que hasta entonces no han sido parte del procedimiento arbitral (Vinzeo Digital Products, S.L.U y Teabla Comunicaciones, S.A.U), podríamos entender que estamos ante el tercer caso o fuente de la acumulación pendiente el proceso arbitral: terceros que introducen nuevas pretensiones en el procedimiento arbitral en marcha o ante “una nueva solicitud de arbitraje”, como se lee en el fundamento jurídico segundo de la sentencia.

No obstante, atendiendo a que esta tercera fuente de este tipo de acumulación, reconocida en otros ordenamientos jurídicos, no está muy desarrollada en nuestro ordenamiento jurídico en relación al proceso civil, y al contenido de la sentencia que estamos analizando, mantenemos que lo que se produce

en el caso que nos ocupa es la segunda clase de acumulación pendiente el proceso: la reconvención. ¿Qué es la reconvención? Es el fenómeno procesal consistente en que el demandado o demandados en un procedimiento aprovechan la contestación a la demanda para interponer una nueva (o más) pretensión contra el demandante, dando siempre lugar a una acumulación de pretensiones, pues a la pretensión inicialmente interpuesta por el demandante –si ha sido sólo una (en el caso que nos ocupa han sido dos)– se le acumula, como mínimo, otra (en el caso que nos ocupa han sido tres). Con ello, aprovechan un mismo procedimiento para solventar todas las pretensiones y los procesos correlativos. En cualquier caso, antes de ahondar en este fenómeno –frecuente en la práctica– quede claro que, en puridad, la reconvención no conlleva la resistencia u oposición a la pretensión o pretensiones planteadas por el demandante en la demanda. La reconvención conlleva una pretensión nueva o más (en el caso que examinamos son tres), introduciendo en el procedimiento un nuevo objeto procesal (tantos, como pretensiones), es decir, un nuevo tema a decidir por el órgano arbitral, debiendo éste estimar o no la pretensión o pretensiones introducidas mediante la reconvención. De ahí, que, normalmente –no es lo que ocurre en el caso que analizamos debido a la coyuntura de personas que aparece–, el demandado, en el trámite de contestación a la demanda, además de interponer reconvención, presenta excepciones procesales y materiales contra la pretensión presentada por el demandante en la demanda. En este sentido, en relación al proceso civil, la LEC prohíbe la reconvención implícita, exigiendo que en el escrito del demandado se diferencie claramente lo que es propiamente contestación a la demanda (excepciones procesales y materiales a la pretensión del demandante) de la demanda reconvencional, que es la parte de la contestación a la demanda en la que se recoge la nueva pretensión que interpone en este acto el demandado (art. 406.3º).

A nuestro juicio, aunque la LA no recoja norma alguna en este sentido, el principio de eficacia que rige el arbitraje exige que también en la contestación a la demanda arbitral se distingan claramente lo que es propiamente contestación a la pretensión inicial y la introducción en el procedimiento arbitral de nuevos objetos procesales. Pero, ¿cuándo se admite la reconvención? O, en otros términos, ¿qué vínculo deben presentar las pretensiones inicialmente interpuestas por el demandante en la demanda y las insertadas en el procedimiento puesto en marcha por aquél en el trámite de contestación por el demandado vía demanda reconvencional? No es necesario que las distintas pretensiones se basen en los mismos hechos; lo único imprescindible es que los sujetos afectados por los mismos (activos y pasivos) sean los mismos y que el órgano arbitral que está conociendo de las pretensiones presentadas en la demanda inicial lo sea también para conocer de las pretensiones recogidas en la demanda reconvencional, por reconocerlo así el respectivo convenio arbitral. Por tanto, y en cuanto a las personas, es necesario que los sujetos activos de la pretensión recogida en la demanda inicial sean los sujetos pasivos de la pretensión recogida en la demanda reconvencional y viceversa. Y en este punto, nos encontramos con que en el supuesto que nos

ocupa, el demandado inicial (Vinzeo Technologies, S.A.U.) no es el que interpone la demanda reconvenicional, sino dos personas jurídicas que inicialmente no están llamados al procedimiento arbitral (Vinzeo Digital Products, S.L.U. y Teabla Comunicaciones, S.A.U.). ¿Pueden estas últimas interponer demanda reconvenicional?

El árbitro se apoya en el origen complejo de este arbitraje para reconocerles legitimación activa al efecto, aun asintiendo que los reconvenientes no estaban inicialmente interpelados en el procedimiento arbitral y que las pretensiones que presentan (la tercera, cuarta y quinta) afectan a Inversiones Inmobiliarias Aucel, S.L., no convocada ni presente en el proceso arbitral. Más exactamente, para justificar su decisión, el árbitro, conocedor de que la legitimación en el proceso arbitral sólo se puede apoyar en la previa existencia de una relación jurídico-material, “construye” la justificación de la legitimación de las dos sociedades reconvenientes apelando a que, detrás del negocio jurídico de partida, hay dos grupos empresariales (art. 42 Ccom), ubicando a las sociedades reconvenientes en el mismo grupo que la sociedad demandada inicialmente, legitimando así la reconvenición de aquéllas. Sin embargo, la magistrada ponente de la audiencia madrileña que resuelve la acción de anulación desmonta perfectamente la teoría del árbitro. No hay grupos de sociedades en el supuesto que se analiza, debiendo primar el principio de separación de patrimonios entre las personas jurídicas y físicas afectadas (Inversiones Inmobiliarias Aucel, S.L. y D. Emiliano y otros especialmente). Tampoco se puede en el supuesto concreto aplicar la doctrina del levantamiento del velo ni la responsabilidad de los administradores sociales, lo que haría que personas físicas respondieran por personas jurídicas. Luego, falta la legitimación pasiva *ad causam* de D. Emiliano y otros para padecer las pretensiones interpuestas vía reconvenición. Esta legitimación pasiva corresponde a Inversiones Inmobiliarias Aucel, S.L., tal y como reconoció una de las reconvenientes (Teabla Comunicaciones, S.A.U.) Y es que, si la legitimación, como decíamos, es una mera afirmación por la que una persona se arroga la titularidad material o sustantiva en una relación jurídica imputando a otra una obligación respectiva, cuando Teabla Comunicaciones, S.A.U. reconoció la titularidad de la obligación a Inversiones Inmobiliarias Aucel, S.L. respecto a la materia que luego se convertiría en sendas pretensiones en la demanda reconvenicional (cuarta y quinta, respectivamente) —así lo hizo cuando emitió facturas en concepto de “uso de vehículos” y “gastos de inmuebles” a cargo de Inversiones Inmobiliarias Aucel, S.L.—, apuntó, al mismo tiempo, quien debía ser legitimado pasivo en el proceso arbitral. Por ello, y en cuanto la legitimación es un elemento jurisdiccional de orden público a respetar de oficio en el proceso arbitral (SSTS 30 de junio 1999, 4 julio 2001, 15 octubre 2002, 23 diciembre 2005), en cuanto el árbitro no lo hizo, consideramos adecuadamente anulado el laudo arbitral por la audiencia provincial en la parte relativa a las pretensiones estimadas presentadas vía reconvenición. Así lo exige el art. 41.1º.f) LA que requiere la anulación del laudo arbitral contrario al orden público.

Sólo resta una cuestión para poner fin a este comentario: el hecho de que las tres pretensiones interpuestas vía reconvencción no compartan sujeto activo. Como sabemos, al tiempo que las tres pretensiones se dirigen contra D. Emiliano y otros, en la tercera aparecen como sujeto activo las dos sociedades citadas (Vinzeo Digital Products S.L.U. y Teabla Comunicaciones, S.A.U), mientras que en las dos restantes aparece una única (Teabla Comunicaciones, S.A.U.). Es algo que, en cuanto se admite en el proceso civil, también se puede admitir en el proceso arbitral, más aún, cuando en este último prevalece la libertad y voluntad de las partes.

***La configuración de la voluntad decisoria en el
órgano arbitral colegiado y posibilidad de emitir un
“parecer discrepante”***

**(Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia
nº 448/2009, de 8 de octubre de 2009) ***

Ixusko ORDEÑANA GEZURAGA

Profesor Derecho procesal
Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco

1. Los hechos que motivan la sentencia que analizamos están directamente vinculados con los estatutos de un sindicato de accionistas constituido mediante escritura pública el 4 de octubre de 2004. Luego, el marco fáctico en el que debemos ubicar el caso que nos ocupa es una asociación de accionistas de una sociedad para la defensa de sus intereses frente a otros accionistas o terceros. Los mentados estatutos prevén la utilización del arbitraje para solventar cuestiones relacionadas con el posible incumplimiento de algún miembro del sindicato respecto de las obligaciones asumidas por todos sus componentes. Más concretamente, y desconociendo la configuración completa del arbitraje que se dibuja, es indubitado que el apartado 21.6 de los estatutos dispone que “el laudo arbitral deberá dictarse por unanimidad de todos los árbitros”. Surgida controversia, el proceso arbitral consiguiente finaliza con un laudo acordado por la mayoría de los árbitros y con un voto disidente de uno de éstos que destaca la imposibilidad de dictar laudo ante la ausencia en la configuración de la voluntad del órgano arbitral de la unanimidad pactada por las partes. Presentada la cuestión a la Audiencia Provincial murciana vía acción de anulación, este tribunal, apelando a la regulación de la configuración de la voluntad decisoria en el órgano arbitral en nuestro

* Vid. *infra*, pp. 895-897.