

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.

ordenamiento jurídico (art. 35 LA), anula el laudo afectado. Con ello, el órgano jurisdiccional viene a avalar el voto particular que uno de los árbitros quiso plasmar en el laudo más tarde impugnado. Estamos, con todo, ante un supuesto que nos permite ahondar en dos temas de especial importancia en el arbitraje: la configuración de la voluntad del órgano arbitral colegiado y el voto disidente de uno o más árbitros que integran el órgano arbitral. Lo hacemos en las próximas líneas.

2. Los sujetos que interponen acción de anulación de laudo arbitral ante la audiencia provincial madrileña la motivan apelando al cuarto de los seis motivos que al efecto prevé el legislador español: “que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes...” (art. 41.1º.d LA). Argumentan que el laudo se aprobó por dos de los tres árbitros integrantes del órgano arbitral, cuando la norma que rige ese arbitraje concreto –los estatutos del sindicato de accionistas– exige la unanimidad. Los impugnados, por su parte, en su defensa alegan que los estatutos en cuestión prevén en su apartado 21.8 que en el arbitraje de equidad y sobre cuestiones no expresamente previstas en los mismos se aplicará la LA, conscientes de que la Ley 60/2003 establece como criterio principal –que no prioritario, como veremos– la toma de decisiones por mayoría de los árbitros. Un único fundamento de derecho (el primero) sirve al ponente para desmontar el argumento de la parte impugnada. Lo vamos a desgranar reforzándolo con aportaciones personales que pretenden completar y valorar el régimen jurídico actual de la configuración de la voluntad del órgano colegiado en el arbitraje.

En primer lugar, tenemos que tener claro que estamos ante una técnica extrajurisdiccional heterónoma, por lo que siempre es necesaria la intervención de un tercero que realice funciones de árbitro. Sin árbitro no hay arbitraje. Ahora bien, como explícitamente apunta el art. 12 LA, las partes son libres para configurar el órgano arbitral, pudiendo éste ser unipersonal o colegiado, debiendo, en el segundo caso, ser impar el número de árbitros. El precepto citado añade que “a falta de acuerdo, se designará un solo árbitro”. Obviamente, cuando el órgano arbitral es unipersonal no aparecen problemas en la configuración de la voluntad del árbitro. O, mejor, si aparecen deben ser resueltos por aquél, pues es su voluntad la que única y exclusivamente tiene cabida en el laudo arbitral. En este sentido, conviene recordar que, salvo causa que justifique lo contrario (art. 38 LA), es obligación del árbitro resolver la disputa mediante laudo arbitral (art. 37 LA) y que para ofrecer en éste una solución motivada a la disputa (art. 37.4º LA), utilizará las pruebas practicadas por las partes, en cuanto cauce para obtener su convencimiento. Con el mismo objetivo se reconoce al árbitro la posibilidad, salvo acuerdo en contrario de las partes, de nombrar peritos (art. 32 LA) o de solicitar a un juzgado de primera instancia asistencia para la práctica de pruebas (arts. 8 y 33 LA). Más conflictiva resulta la configuración de la voluntad del órgano arbitral cuando éste es colegiado, siempre integrado por un número impar de árbitros. En este supuesto aparece el problema de la

deliberación previa y la votación posterior para unificar un único laudo en cuanto solución a la disputa. En este sentido, gráficamente un proverbio vasco dice que “tantas personas, tantas opiniones”. Luego, el *quid* está en, ¿Cómo aunar criterios y opiniones? Estamos ante una cuestión a la que el legislador le ha dedicado especialmente su atención. En este sentido, el art. 35 LA recoge tres criterios muy claros: uno prioritario, otro general y un último residual. Generalmente, y si las partes no han pactado nada, el legislador dispone que “toda decisión se adoptará por mayoría”. Aunque el legislador no matiza cuál es la mayoría requerida, por aplicación analógica del art. 201 LEC, debemos entender que se exige mayoría absoluta. A esta regla aluden los demandados ante la audiencia provincial murciana para postular la legalidad del laudo impugnado, apuntando, al mismo tiempo, que en el proceso arbitral se han respetado los principios de audiencia, contradicción e igualdad, imperativos en el proceso arbitral (art. 24 LA). Sin embargo, por encima o delante de esta regla y prioritariamente, como perfectamente apunta el magistrado ponente, está la voluntad de las partes – “salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa” dice el art. 35 LA–. Consecuentemente, el legislador reconoce la posibilidad de las partes del arbitraje –auténticos dueños de este mecanismo jurisdiccional, en cuanto éste se basa en el ejercicio de su libertad (arts. 2 y 9 LA)–, de reforzar esa mayoría exigiendo la unanimidad de los árbitros a la hora de consensuar una solución a la disputa. Acertadamente argumenta en esta dirección el juez que redacta la sentencia que nos ocupa que “la ley deja a la voluntad de las partes la posibilidad de corregir el régimen de mayoría, reforzando mediante la exigencia de unanimidad del órgano arbitral la voluntad de las partes de alcanzar un laudo válido y eficaz”. Asimismo, recuerda el magistrado que ya el legislador en la Exposición de Motivos de la LA anuncia que en esta materia rige el criterio de la mayoría “sin perjuicio de las reglas que directa o indirectamente puedan fijar las partes” (apartado VII). No olvidemos que la mayoría de las normas que integran la LA son dispositivas, primando la voluntad de las partes en casi todos los elementos o aspectos del arbitraje: actos de comunicación (art. 5 LA), número de árbitros (art. 12 LA), nombramiento de los árbitros (art. 15 LA), determinación del procedimiento de recusación (art. 18 LA), la provisión de fondos (art. 21 LA),... Como última pauta o criterio residual, el legislador dispone en el art. 35 LA que, si en las deliberaciones no se obtuviera la mayoría de los miembros integrantes del órgano arbitral, la decisión será tomada por el presidente. Con ello se asegura la eficacia del arbitraje, asegurando un laudo final. Consideramos importante matizar que el legislador no atribuye en ningún caso el voto de calidad al presidente, es decir, la posibilidad de elegir entre las distintas opiniones o posturas mantenidas por los árbitros integrantes del órgano arbitral, sino la facultad última de dilucidar la cuestión debatida (bien el laudo final, bien alguna cuestión material o procesal previa). En el supuesto que nos ocupa, como es indubitado que las partes exigen la unanimidad de los miembros del órgano arbitral para adoptar una decisión en el art. 21.6º de los estatutos del sindicato (“sin que su claridad permita interpretaciones distintas a la literal” afirma tajante el ma-

gistrado ponente), y al no aplicarse, por tanto, el régimen general de la mayoría, tampoco se puede aplicar el criterio residual, “algo libremente descartado por los síndicos en la confección de sus estatutos”.

Hasta aquí una primera valoración del precepto citado, mostrando lo acertado de la decisión de la audiencia provincial murciana. Sin embargo, cabe añadir muchos elementos. Al respecto, tenemos que remarcar que aunque en el supuesto que nos ocupa se discute en torno a la configuración de la decisión del laudo final de un órgano arbitral –“comisión arbitral” le denomina el magistrado ponente– integrado por 3 personas, el régimen jurídico que establece el art. 35 LA se aplica a todas las decisiones que adopta el órgano colegiado (“... *toda* decisión se adoptará...” dice significativamente). Y es que no se puede obviar que, aunque la decisión más importante del arbitraje –actúe como árbitro un órgano colegiado o no– es la que se recoge en el laudo arbitral, a lo largo del proceso se han de adoptar muchas otras decisiones. Algunas meramente procesales, para ordenar el proceso arbitral, y otras sobre la cuestión de fondo. Quede claro que el régimen del art. 35 LA se aplica a todas.

En segundo lugar, tenemos que apuntar el cambio en la ordenación del arbitraje que conlleva el régimen expuesto en relación a la Ley de Arbitraje de 1988. Esta última no preveía la voluntad de las partes como criterio prioritario, limitándose a regular que los órganos colegiados decidirían por mayoría de votos, dirimiendo los empates el presidente. Añadía que si no hubiera acuerdo mayoritario, el laudo sería dictado por el presidente (art. 34 LA/1988). Luego, queda claro que la evolución legislativa en esta materia ha llevado a primar la autonomía de la voluntad. Posteriormente, valoraremos esta evolución y las ventajas e inconvenientes de la primacía de la autonomía de la voluntad a la hora de determinar el régimen de decisión del órgano arbitral pluripersonal. Antes, conviene apuntar que la regulación anterior no diferenciaba el régimen jurídico de decisiones sobre el fondo o sobre cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento. La actual lo hace. Así el segundo punto del vigente art. 35 LA dispone que, salvo acuerdo de las partes o de los árbitros en contrario –luego, *prima* otra vez la autonomía de la voluntad de las partes–, “el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento”. Con todo, es innegable la influencia de la LMU de 1985 en el actual régimen de adopción de decisiones colegiadas en materia arbitral en nuestro ordenamiento jurídico. El art. 35 LA es casi un calco del art. 29 LMU, que dispone que “En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de la partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal”. Luego, la LMU formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional, ya estableció en 1985 los tres criterios apuntados (general, prioritario y residual) y diferenció, en el mismo sentido, entre la decisión de cuestiones sobre el fondo y cuestiones de ordenación,

tramitación e impulso del procedimiento. Sin embargo, en este punto, y entrando ya de pleno en la valoración del régimen jurídico actual en nuestro ordenamiento jurídico para la adopción de decisiones colegiadas en el arbitraje, conviene recordar que el legislador español se inspiró en la LMU para redactar la LA con el propósito de convertir España en foro de arbitrajes comerciales internacionales. De ahí que en nuestro ordenamiento jurídico se haya optado por una concepción monista del arbitraje, aplicando la misma regulación al arbitraje interno e internacional (art. 1 LA). Y lo que en el ámbito internacional puede ser una medida para promocionar el arbitraje y dotarlo de garantías –nos referimos a la posibilidad de que las partes exijan la unanimidad para la adopción de decisiones en el órgano colegiado–, en el arbitraje nacional puede hacer que este mecanismo extrajurisdiccional devenga ineficaz, al impedir que en muchas ocasiones los árbitros culminen su labor. En este punto divisamos el mayor inconveniente del régimen jurídico actual en la materia. El supuesto que comentamos es un buen ejemplo al respecto: de seguir el dictado de las partes –la exigencia de unanimidad de las 3 personas que integran la “comisión arbitral”–, éste no podría haber dictado un laudo, pues claramente uno de los árbitros no se avenía con la opinión de los restantes.

Además, no podemos olvidar que en el Derecho español la LA es norma supletoria común de todos los arbitrajes, salvo el laboral (art. 1.3º y 4º LA), y que en los distintos arbitrajes sectoriales (testamentario, consumo,...) aparecen características particulares que en muchos casos no casan perfectamente con la primacía de la autonomía de la voluntad al establecer los criterios para la adopción de decisiones en los órganos arbitrales colegiados. Conscientes de estos inconvenientes, divisamos que en la tramitación parlamentaria de la LA el Grupo Parlamentario Socialista presentó una enmienda –concretamente, la nº 109– proponiendo la eliminación del criterio prioritario recogido en la parte del art. 35 LA, solicitando, más concretamente, que se suprimiera la parte de este precepto que dice “salvo que las partes hubiesen dispuesto otra cosa”. No lo consiguieron. Sin embargo, en el otro lado de la balanza, es innegable que, aunque tenga un precio en ocasiones serio –el obstáculo a la toma de decisiones del órgano arbitral y especialmente del laudo final–, este criterio prioritario que permite que las partes exijan la unanimidad de los integrantes del órgano arbitral es reflejo de su voluntad y libertad, eje del arbitraje. Además, resulta indubitado que una decisión adoptada por unanimidad de los miembros del órgano arbitral es más consistente que una adoptada por mayoría. Podríamos resumir que es una apuesta por el todo o la nada; se obtiene una solución contundente o el arbitraje deviene ineficaz.

3. Un dato que demuestra que la audiencia provincial murciana ha actuado correctamente al fallar la acción de anulación, anulando el laudo arbitral dictado el 18 de febrero de 2008, es el voto disidente que aporta al laudo arbitral uno de los tres árbitros que integran la “comisión arbitral”. Recordemos que éste ya apuntaba en aquél la imposibilidad de dictar laudo ante la

ausencia de la unanimidad pactada con carácter de ley entre las partes. No olvidemos que el convenio arbitral es el fundamento, causa y hoja de ruta del arbitraje en general y del proceso arbitral en particular. Es su alfa y omega. Y en el supuesto que nos ocupa, el estatuto del sindicato de accionistas exige claramente la unanimidad para la adopción de decisiones en el órgano arbitral pluripersonal. Sin duda, el laudo arbitral dictado sin esa unanimidad deviene nulo porque “el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes” (art. 41.1º.d LA). Por tanto, en el caso que nos ocupa, la existencia de un voto disidente, independientemente de su sentido, convierte el laudo en anulable en aplicación del art. 41.1º.d LA. Sin embargo, este voto disidente que aparece en el supuesto que comentamos nos permite ahondar un en el régimen jurídico del mismo en nuestro ordenamiento jurídico. Estamos ante una posibilidad abiertamente reconocida por el legislador español, quien en el art. 37.3º LA apunta que “todo laudo deberá constar por escrito y se firmado por los árbitros, *quienes podrán expresar su parecer discrepante*”. No se puede negar que en este punto también el arbitraje se nutre de una clara inspiración jurisdiccional, pues el denominado “parecer discrepante” no es más que el voto particular que pueden presentar los jueces cuando actúan en un órgano colegiado, audiencia o tribunal (arts. 260 LOPJ y 205 LEC). Igualmente, obviamente, en el arbitraje únicamente nos encontramos con la posibilidad de formular este “parecer discrepante” cuando el tercero heterónimo encargado de este mecanismo es un órgano colegiado o pluripersonal. No ordena la LA cómo y cuando se puede presentar voto particular. En el mismo sentido, así como la LEC y la LOPJ reconocen la posibilidad de emitir votos particulares en decisiones colegiadas distintas a la sentencia, más exactamente, en autos y providencias, la ordenación del arbitraje no apunta nada al respecto. Es más, podría parecer que sólo prevé este “parecer disidente” para los laudos finales, pues a éste se refiere únicamente al regular el laudo final. Sin embargo, nosotros, conforme al espíritu que guía el arbitraje, primando la libertad de las partes y la flexibilidad del mecanismo, mantenemos la posibilidad de los integrantes del órgano arbitral de presentar voto particular en cualquier decisión que hayan de adoptar, interlocutoria o final. Se presentará en el momento de la deliberación y/o votación de la decisión y tendrá su reflejo en el soporte físico o material en el que se recoja aquélla. Del mismo modo, integrando el régimen jurídico del “parecer discrepante” con la ordenación del voto particular judicial, postulamos la necesidad del árbitro o árbitros discrepantes de suscribir la decisión que no comparten, no en vano, el disidente es miembro del único órgano pluripersonal del que sale la decisión, aunque sea por mayoría. Ello no quita, para que, en caso de que el árbitro o árbitros discrepantes opten por presentar su parecer distinto en torno a la cuestión, también deban suscribir éste. En todo caso, el voto particular debe cumplir todos los requisitos que debe cumplir la decisión en concreto. Tratándose del laudo final, debe presentarse por escrito y motivadamente junto a aquél, en el plazo previsto al efecto (art. 37.2º LA). Asimismo, se notificará a las partes el voto particular en la misma forma en la que se les notifica el laudo, tal y como prevén las leyes procesales

para los votos particulares judiciales (arts. 260 LOPJ y 205.2º LEC). Una última cuestión: ¿no es más cierto, que la previsión del “parecer discrepante” o voto particular acerca el arbitraje muchísimo a la jurisdicción? Sí lo hace, pero tampoco se puede negar que hace aún más libres a los árbitros, en el seno de una institución caracterizada por la libertad de las partes. Luego, es una fortaleza del arbitraje.

* * *

SAP Huelva 12 Nov. 2008

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva
(Sección Tercera) nº 143/2008,
de 12 de noviembre de 2008**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Germán Ponton Praxedes.

Fuente: JUR 2009\162745.

Preceptos aplicados: Arts. 9 y 22 LA/2003.

Arbitraje societario.– Impugnación de acuerdos sociales.– Designación judicial de los árbitros.– Ámbito de actuación del órgano jurisdiccional.– Consideración de si la materia es susceptible de arbitraje.– Consideración de la existencia de la voluntad de las partes en someterse a arbitraje.– Competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia.

En la LA se prevé y se otorga a los árbitros, ex art. 22, capacidad para decidir sobre su competencia, decisión ésta que evidentemente descansa sobre la premisa de que previamente hayan sido designados ¿significa ello, que el Juzgador de Instancia, de lo Mercantil, debe limitarse, como se pretende por los recurrentes, a la mera designación, sin poder analizar otras cuestiones?, estimamos que la respuesta es claramente negativa, por cuanto que de la solicitud de designación de árbitros no puede colegirse sin más que el órgano jurisdiccional proceda a esa designación.

En este contexto se establece todo un procedimiento en donde se dirime esa designación y en donde el Juzgador puede y debe analizar si la materia es susceptible de arbitraje, si consta la expresa voluntad de las partes a someterse a arbitraje, el Juez no se limita, es de insistir a una mera designación, pues ello equivaldría a eliminar propiamente su función jurisdiccional y ningún sentido tendría la previsión de este procedimiento.