

atender a la tutela jurisdiccional instada, sino también a que todos los titulares de la relación jurídica hayan suscrito el correspondiente convenio arbitral.

3. En cuanto a lo que hace, propiamente, al tratamiento de la falta de litisconsorcio necesario, la jurisprudencia también deja entrever cómo, *de facto*, tal tratamiento coincide con el previsto en la LEC (arts. 416.1 3ª y 420). Así, en efecto, la defectuosa constitución de la litis en el procedimiento arbitral puede ser apreciada bien a instancia de la parte “demandada” —que podrá invocar el defecto en su escrito de contestación como excepción, toda vez que su existencia impide entrar en el fondo del asunto—, bien “de oficio” por el árbitro o árbitros.

Y otro tanto sucede con en tratamiento procesal del litisconsorcio pasivo necesario en el proceso mismo de anulación del laudo arbitral. En este sentido conviene hacer notar que, según constante y reiterada jurisprudencia —y la Sentencia de la AP de Barcelona comentada constituye un buen ejemplo—, la falta de litisconsorcio pasivo necesario comporta la nulidad del laudo arbitral por su incompatibilidad con el orden público (art. 41.1º.f) LA), con lo que a la postre se viene a admitir que, en esta sede, el defecto puede ser apreciado a instancia de parte o incluso de oficio por la propia AP (art. 41.2º.LA). Siendo abundante la literatura jurídica escrita entorno a este motivo, nada diremos aquí sobre él ni sobre la polémica que le rodea. Sí quisieramos llamar, en cambio, la atención sobre un aspecto relacionado con su tratamiento procesal. Nos referimos, concretamente, a los supuestos en que la parte no denuncia la falta de litisconsorcio durante el procedimiento arbitral y se reserva tal alegación para el proceso de anulación del laudo. En tales casos, podría pensarse que el juego de los arts. 6 y 22 LA impide estimar aquella falta; de hecho, así parece sostenerlo la AP de Madrid en la Sentencia comentada. A nuestro juicio, sin embargo, dados los valores que se intentan proteger a través del “orden público” y la aludida facultad judicial de apreciar *ex officio* su vulneración, tal conclusión resulta cuando menos cuestionable.

Régimen de recursos frente a las resoluciones sobre la eficacia excluyente de un convenio arbitral

(Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008)*

Fernando GASCÓN INCHAUSTI
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

La presente resolución ofrece respuesta —y contundente— a una cuestión de enorme trascendencia práctica, pero que no está clara en la legislación vigente, pues ofrece elementos para sostener dos posiciones diversas: me refiero al

* *Vid. infra*, pp. 276–277.

régimen de recursos frente a las resoluciones que resuelven acerca de la eficacia excluyente de un convenio arbitral y, más en concreto, a la posibilidad de que accedan a un tercer grado de enjuiciamiento (sea la casación, sea el recurso extraordinario por infracción procesal).

A efectos de su tratamiento procesal, tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil como la Ley de Arbitraje equiparan la cuestión de la sumisión a arbitraje y las cuestiones de jurisdicción y competencia: ésta es la razón de que se haya previsto la declinatoria como el cauce procesal para que el demandado ponga de manifiesto la eficacia excluyente del convenio arbitral (art. 63.1º LEC y art. 11.1º LA), al igual que sucede con la impugnación de la competencia internacional, la jurisdicción por razón de la materia, la competencia objetiva y la competencia territorial del tribunal elegido por el actor para interponer su demanda. Se trata de una equiparación lógica, pues la válida sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje da origen a un óbice procesal que tiene la misma eficacia que la ausencia en el tribunal de alguno de los restantes presupuestos procesales que condicionan su jurisdicción y su competencia.

En caso de que el actor, en infracción de lo dispuesto en un convenio arbitral eficaz, interponga su demanda ante un tribunal, el demandado tendrá la carga de formular declinatoria si quiere que la controversia sea resuelta en vía arbitral. La proposición de la declinatoria, como es bien sabido, da origen a un incidente que concluye por medio de auto (art. 65 LEC); y es el régimen de recursos frente a esta resolución el que suscita interrogantes, mayores o menores en función de su contenido:

1º. Si el tribunal dicta un *auto desestimando la declinatoria de arbitraje*, su resolución únicamente será recurrible en reposición, ante el mismo juez que resolvió. Si el recurso de reposición se desestima –y suele ser lo habitual–, el proceso seguirá su curso, sin que quepa en ese momento la interposición de ningún otro recurso. Ahora bien, una vez dictada sentencia en cuanto al fondo, el demandado podrá –si le conviene– recurrirla en apelación, alegando como motivo la válida sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje y, por ende, que el tribunal de la primera instancia nunca debió haber enjuiciado el asunto. La apelación contra la sentencia definitiva abre, pues, la vía para un enjuiciamiento en segunda instancia –de segundo grado, si se prefiere– acerca de la validez y eficacia excluyente del convenio arbitral: se trata de algo que se deduce con total claridad del art. 66.2º.II LEC y que no ofrece margen de duda.

Ha de quedar claro, no obstante, que se trata de un recurso de apelación frente a la sentencia definitiva, esto es, frente a la sentencia dictada por el juzgador de la primera instancia sobre el fondo del litigio. Por eso, la resolución que dicte la AP para decidir sobre la apelación será una sentencia o un auto –según su contenido– que pondrá fin a la segunda instancia (arts. 468 y 477.2º LEC), gracias a lo cual puede ser, a su vez, susceptible de un ulterior recurso: de casación o extraordinario por infracción procesal, en función del motivo en que se sustente la impugnación.

En caso de que pretenda combatirse el pronunciamiento de la Audiencia acerca de la eficacia excluyente del convenio arbitral, habrá de interponerse en

principio un recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.1º LEC: es cierto que el tenor literal de dicho precepto se refiere únicamente a la “infracción de las normas sobre jurisdicción”, pero parece razonable entender que se incluyen dentro de esta noción también las normas relativas a la eficacia excluyente de un convenio arbitral, pues ésta determina justamente que resulte imposible la asunción de jurisdicción por un tribunal estatal. Se trata, además, de una equiparación que ya fue admitida pacíficamente por la jurisprudencia del TS durante la vigencia de la LEC/1881, cuyo art. 1692.1º preveía como motivo de casación el “abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción”, inciso éste que sirvió de base para un gran número de pronunciamientos en relación con la excepción de arbitraje y su tratamiento procesal.

Debe notarse, no obstante, que el esquema descrito se ve parcialmente alterado por la vigencia de la disp. final 16ª LEC, que regula el régimen “transitorio” en materia de recursos extraordinarios, en tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia funcional para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal: y es que la admisibilidad de este recurso estará supeditada a que la resolución en cuestión también resulte recurrible en casación, con arreglo a lo dispuesto en el art. 477.2º LEC. Serán, pues, mayores los requisitos para que pueda abrirse este recurso y para impugnar a través de él los pronunciamientos previos en relación con la eficacia excluyente de un convenio arbitral. Ahora bien, no puede negarse que la admisibilidad de un recurso extraordinario por infracción procesal –aunque sea más difícil o restringida– da cabida a un tercer grado de enjuiciamiento en materia de sumisión a arbitraje y, con ello, abre la puerta a la existencia de jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia o del TS respecto de esta cuestión.

2º. Las cosas son bastante distintas, en cambio, cuando el tribunal de instancia dicta un auto por el que estima la declinatoria de arbitraje. En tal caso, el art. 66.1º LEC señala con claridad que podrá interponerse directamente un recurso de apelación, pues la estimación de la declinatoria comporta el sobreseimiento del proceso [y lo mismo debe valer, aunque la LEC no lo diga expresamente, en caso de eventual estimación del recurso de reposición frente al auto desestimatorio de la declinatoria de arbitraje, pues conduce a idéntico desenlace]. Es claro, pues, que habrá un segundo nivel de enjuiciamiento. Lo que no es claro, por el contrario, es si cabrá en estos casos un ulterior recurso – y, con él, un tercer grado de enjuiciamiento–: y es ésta la cuestión de la que se ocupa el presente auto del TS.

En efecto, sólo son recurribles en casación “las sentencias dictadas en segunda instancia” (art. 477.2º LEC) y sólo son susceptibles de un recurso extraordinario por infracción procesal las “sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia” (art. 468 LEC). A día de hoy, además, debe insistirse en el dato de que la procedencia del recurso extraordinario por infracción procesal está supeditada a que la resolución sea recurrible en casación.

Pues bien, el problema que se suscita en los casos que nos ocupan es precisamente el de determinar si la resolución que dicta la AP resolviendo el recurso de apelación frente al previo auto de un Juzgado de Primera Instancia o de lo Mercantil estimando una declinatoria de arbitraje es una “sentencia dictada en segunda instancia” o una sentencia “que ponga fin a la segunda instancia”. Y ésta es la cuestión que integra el núcleo del auto anotado.

El TS, como cabía esperar, se ha decantado por una interpretación restrictiva, que le conduce a rechazar la admisibilidad de cualquier recurso (ni el de casación, ni el extraordinario por infracción procesal): en efecto, sólo puede hablarse en rigor de segunda instancia cuando se ha tramitado previamente una primera instancia, esto es, cuando ya se ha dictado una sentencia que se haya pronunciado sobre el fondo del litigio (el auto que nos ocupa se refiere a ello exigiendo que la resolución del juzgador de la primera instancia haya puesto “fin a la tramitación ordinaria del proceso”). Y si se ha dictado un auto estimatorio de la declinatoria, no puede decirse que haya tenido lugar una primera instancia, pues el fondo del litigio se encuentra aún imprejuizado, situación que se mantiene también durante la tramitación del recurso de apelación. Una interpretación literal y estricta de los términos “resolución en segunda instancia” avala, pues, la conclusión de que es irrecurrible la sentencia dictada por una AP resolviendo un recurso de apelación frente a un auto estimatorio de una declinatoria de arbitraje.

Ahora bien, de la lectura del auto también se deduce que al TS lo mueve un cierto afán por reducir el ámbito de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, sin analizar realmente la viabilidad de otras opciones interpretativas. En este sentido, resulta preocupante comprobar cómo, para justificar la exclusión de la casación frente a este tipo de resoluciones, el TS se empeña en aclarar que no puede haber en puridad una segunda instancia respecto de todas aquellas cuestiones que tienen carácter incidental y llega a ofrecer otros ejemplos de supuestos en los que, a mi entender, el acceso a la casación debería estar en todo caso garantizado (*v.gr.*, respecto de las tercerías de dominio).

El resultado a que conduce la doctrina sentada por el TS en el presente auto resulta paradójico: la misma cuestión –en lo que ahora nos interesa, si un convenio arbitral posee o no eficacia excluyente– puede ser objeto o no de un tercer grado de enjuiciamiento en función de cuál haya sido el desenlace de la declinatoria. Siendo la cuestión la misma, no se alcanza a comprender cuál puede ser la justificación para que el tratamiento sea tan dispar.

Pienso, más bien, que el TS ha optado por interpretar los presupuestos del recurso extraordinario por infracción procesal con arreglo a los mismos parámetros que han de regir la admisión de la casación, aunque no parece lo más adecuado. En efecto, es lógico exigir que haya habido un genuino enjuiciamiento sobre el fondo del litigio durante las instancias anteriores para que pueda abrirse una casación, dado que este recurso tiene por objeto controlar la correcta aplicación del Derecho sustantivo (y el Derecho sustantivo sólo se aplica en las resoluciones sobre el fondo del litigio). En cambio, carece de sentido exigir en todo caso la existencia de un previo enjuiciamiento sobre el fon-

do para que proceda el recurso extraordinario por infracción procesal: y es que muchas de las cuestiones procesales susceptibles de control por esta vía suelen impedir justamente ese enjuiciamiento; por ello, semejante exigencia dejaría fuera del ámbito del recurso a una buena parte de las normas procesales o, peor aún, sólo permitiría el control de alguna de éstas *secundum eventum litis*.

La impugnación de los acuerdos sociales por vía arbitral

(Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoctava, nº 142/2008, de 24 de abril de 2008)*

Carlos MARTÍN BRAÑAS

Profesor Contratado Doctor
Universidad Complutense de Madrid

Existe un consenso generalizado al entender que los acuerdos sociales no son más que la unión de diferentes declaraciones de voluntad de naturaleza individual, pero que al expresarse éstas por medio de la emisión del voto, si coinciden, se funden entre sí y conforman la voluntad colectiva de la propia sociedad¹. Si esto es así, parece razonable pensar que desde el momento en que el legislador otorga al socio la posibilidad de participar de la voluntad social a través del ejercicio del derecho al voto, también le confiera el derecho a impugnar los diferentes acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad (art. 115 LSA).

Ante esta posibilidad otorgada por el Legislador, el socio puede ejercitar, cuando lo estime oportuno, la acción de impugnación contra un acuerdo social, lo cual supone dar paso a una etapa de marcada inseguridad jurídica en la propia sociedad. Precisamente, pensando en esa inseguridad puede ser muy conveniente que dicha impugnación sea ejercitada a través de la vía arbitral, evitándose con ello la complejidad y lentitud del proceso judicial. Por ello, es importante determinar la validez y eficacia de las previsiones estatutarias que configuren un convenio arbitral para resolver las controversias y, en concreto, para impugnar por vía arbitral los acuerdos sociales viciados.

* *Vid. infra*, pp. 280-281. El contenido de este auto y, en consecuencia, el sentido del comentario, es plenamente aplicable a la SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, 4 de febrero de 2008 (RA 174484), donde el juzgador utiliza argumentos idénticos (*vid. infra*, pp. 266-269)

¹ Entre otros, *vid.* V. Gimeno Sendra, *El proceso de impugnación de acuerdos de las Sociedades Anónimas y Cooperativas*, Edit. Civitas, Madrid, 1985, pp. 13 y 14; M.J. Carazo Liébana, *El arbitraje societario*, Barcelona, M. Pons, 2005, p. 123.