



Programa de Doctorado
en Ciencias Sociales y Jurídicas

Tesis Doctoral

El arbitraje: su publicidad a través del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil

**(Arbitration: its publicity through the Land Registry and the
Commercial Registry)**

Director: Prof. Dr. Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ

Autor: Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Córdoba, julio 2021

TITULO: *El arbitraje: su publicidad a través del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil*

AUTOR: *Basilio Javier Aguirre Fernández*

© Edita: UCOPress. 2022
Campus de Rabanales
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A
14071 Córdoba

<https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/>
ucopress@uco.es



TÍTULO DE LA TESIS: EL ARBITRAJE: SU PUBLICIDAD A TRAVÉS DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL REGISTRO MERCANTIL

DOCTORANDO: Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

INFORME RAZONADO DEL DIRECTOR DE LA TESIS

El estudio que presenta el doctorando comprende, de un modo serio, riguroso y profundo, el complejo tema de las relaciones entre el arbitraje y el Registro de la Propiedad y Mercantil.

Se estructura en seis capítulos: 1. El primero de carácter introductorio, nos acerca al concepto, naturaleza y finalidad del arbitraje y su evolución en el Derecho español. 2. El capítulo segundo, aborda los problemas relacionados con la inscripción del convenio y los efectos de su inscripción. 3. El capítulo tercero, estudia el procedimiento arbitral y sus relaciones con los registros de la Propiedad y mercantil. En particular, se ocupa del nombramiento de árbitros, de las medidas cautelares y los medios de prueba 4. El capítulo cuarto trata de la inscripción del Laudo y sus efectos. 5. El último capítulo se ocupa de la revisión del Laudo

La presente tesis utiliza la metodología propia del mundo jurídico. Partiendo de las fuentes legales, de la doctrina científica y de las resoluciones de los tribunales y de la DGSJFP (antigua DGRN) realiza un estudio crítico del "status quo" de la materia objeto de la tesis, identificando los problemas teóricos y prácticos existentes, aportando posibles soluciones y haciendo propuestas "de lege ferenda".

La evolución y desarrollo de la tesis doctoral ha sido la contemplada en el Proyecto y el doctorando ha ido superando, con una magnífica valoración, todas las memorias de seguimiento del Programa de Doctorado.

Como trabajos y publicaciones derivados de la presente tesis señalemos: a) La comunicación "El arbitraje y la publicidad registral", defendida en el V Congreso Científico de Investigadores en Formación de la Universidad de Córdoba, organizado por la Escuela de Doctorado de la Universidad de Córdoba, los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2016; b) la publicación del artículo "Designación de los árbitros: principios y mecanismos que garantizan su imparcialidad. Referencia al ejercicio de funciones arbitrales por registradores de la propiedad y notarios", en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 773, mayo-junio 2019, págs. 1105 a 1182.

Por todo ello, se autoriza la presentación de esta tesis doctoral.

Córdoba, a 7 de julio de 2021

EL DIRECTOR DE LA TESIS

Fdo: Prof. Dr. Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho Civil

DEDICATORIA

A mi director de tesis, por su apoyo, por sus consejos y por su dedicación.

A todos los grandes profesores que a lo largo de mi vida me enseñaron el valor del
esfuerzo y el amor al estudio.

A Fuensanta, con quien comparto todo.

“Hay algo que ni siquiera Dios pudo negar a los hombres: la libertad”

Adolfo Suárez

ÍNDICE

ÍNDICE	9
RESUMEN.....	25
ABSTRAC.....	25
INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	28
ABREVIATURAS	32
CAPÍTULO I. EL ARBITRAJE EN ESPAÑA.....	34
I.- Planteamiento general.....	34
a) El arbitraje : un sistema alternativo de resolución de conflictos.....	34
b) Conexión del arbitraje con los Registros de la Propiedad y Mercantil...	35
II.- Una premisa esencial: el arbitraje en la Constitución Española.....	38
III. Naturaleza jurídica del arbitraje	46
CAPÍTULO II. INSCRIPCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL.....	56
I.- El convenio arbitral. Concepto y naturaleza	56
II.- ¿Cabe la inscripción del convenio arbitral?	60
II.- Requisitos para su inscripción	68
a) Elementos personales	68
1.- Consentimiento expreso de las partes:	68
1.1.- Regla general.....	68
1.2. Arbitraje societario	69
1.3.- Propiedad horizontal	75
1.4.- Arbitraje testamentario.....	82

1.4.1.- Concepto	83
1.4.2.- Diferencia con otras figuras	85
1.4.2.1º.- Albacea y contador-partidor	85
1.4.2.2º.- Arbitrador.....	86
1.4.3.- Carácter excepcional	86
1.4.4.- Personas vinculadas por la cláusula testamentaria que establece el arbitraje	89
1.4.5.- Testamento declarado nulo	92
1.4.6.- Constancia en el Registro.....	92
2.- Capacidad.....	93
2.1.- Personas sometidas a patria potestad	96
2.2.- Personas sometidas a tutela.....	96
2.3.- Los menores emancipados	97
2.4.- Personas con la capacidad modificada judicialmente sometidas a curatela	97
2.5.- Situaciones de concurso de acreedores	98
2.6 Arbitraje testamentario	100
3. Representación	100
4. Posición de determinados terceros	102
b) Elemento objetivo	104
1. Arbitraje societario.....	107
1.1. Un vistazo a la historia	107
1.2. Situación a partir de la Ley de Arbitraje de 2003.....	117

1.3. Reforma de la Ley de Arbitraje de 2003 por la Ley 11/2011, de 20 de mayo	120
1.4. Ámbito del arbitraje estatutario	127
1.4.1. Vinculación de los socios que no han votado a favor del acuerdo de incorporación a los estatutos del convenio arbitral.....	127
1.4.2. Herederos de los socios	129
1.4.3. Terceros titulares de derechos reales sobre las acciones o participaciones sociales	130
1.4.4. ¿Y los administradores?	131
1.4.5. Formación de la voluntad societaria.....	134
1.4.6. Ejecutivos no administradores.....	136
1.4.7. Obligacionistas	138
1.4.8. Fusión y escisión de sociedades	139
1.5. Algunos supuestos concretos de arbitraje societario	141
1.5.1. Impugnación de acuerdos de la Junta General	142
1.5.1.1º. Posible concurrencia de distintos procedimientos de impugnación.....	142
1.5.1.2º. ¿Es imprescindible que se utilice el arbitraje administrado?	144
1.5.1.3º. ¿Puede acudir al arbitraje de equidad?	146
1.5.2. Impugnación de acuerdos del consejo de administración ...	148
1.5.3. Conflictos relativos a la conformación del capital social	148
1.5.4. Separación y exclusión de socios	149
1.5.5. Acción de responsabilidad de los administradores.....	152

1.5.6. Régimen de transmisión de acciones y participaciones sociales	154
1.5.7. Disolución y liquidación de la sociedad.....	156
1.5.8. Conflictos relativos a la declaración de nulidad de la sociedad	158
2.- Arbitraje arrendaticio.	159
3.- Arbitraje en materia de propiedad horizontal.	162
3.1. Casos en los que la Ley expresamente admite el arbitraje	162
3.1.1. Fijación de la cuota de participación de los elementos privativos.....	163
3.1.2. En los casos de determinadas obras y modificaciones previstas en el artículo 10 LPH	164
3.2. El arbitraje como medio para la resolución de cualesquiera conflictos en la propiedad horizontal.....	166
4.- Arbitraje testamentario.....	168
5.- Arbitraje en el que interviene una Administración Pública	171
c) Elemento formal.....	172
III.- Calificación registral	174
a) En relación con los elementos personales	175
1.- Personas casadas en régimen de comunidad.....	176
2.- Comunidad de bienes	176
3.- Propiedad horizontal	176
4.- Entidades públicas.....	177
5. Especial tratamiento de las condiciones generales de contratación ..	178

b) En relación con los aspectos objetivos del convenio arbitral.....	184
1.- ¿Puede el Registrador denegar la inscripción de un convenio arbitral por considerar que la materia que constituye su objeto no es susceptible de arbitraje?.....	184
2.- ¿Es exigible algún requisito específico en cuanto a la redacción de la cláusula arbitral a efectos de su acceso al Registro?.....	188
c) En relación con los elementos formales	189
Capítulo III. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL	190
I. El procedimiento arbitral	190
II. Efectos de la declaración de concurso de las partes de un procedimiento arbitral	191
III. Designación de los árbitros	193
a) Requisitos necesarios para ser árbitro	193
1. Requisitos previstos en la Ley	193
2. Arbitrajes en Derecho.....	196
3. Especial referencia a los registradores de la propiedad como árbitros	199
b) Sistema de designación de los árbitros	201
1. Arbitraje institucional.....	201
2. Arbitraje <i>ad hoc</i>	204
3. Procedimiento de designación judicial de los árbitros	206
3.1. Tribunal competente: competencia territorial y objetiva.....	207
3.2. Presupuestos que han de concurrir para poder solicitar la designación judicial del árbitro	207
3.2.1. Que no se trate de un arbitraje administrado	207

3.2.2. Que exista un convenio arbitral.....	208
3.2.2.1º. Existencia del convenio arbitral	208
3.2.2.2º. Las partes han de estar vinculadas por el convenio. Especial referencia a los casos en los que el convenio arbitral está inscrito en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil.....	210
3.2.2.3º. ¿Puede el juez analizar la validez del convenio arbitral?	213
3.2.3. Que no exista un sistema pactado en el convenio para la designación de los árbitros o que existiendo no resulte posible designarlos a través de dicho procedimiento.....	221
3.2.4. Que las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros conforme al procedimiento previsto en el convenio.	225
3.3. Tipo de procedimiento.....	227
3.4. ¿Cómo se nombran los árbitros?	231
3.4.1. ¿Quién hace el nombramiento?	231
3.4.2. Forma de elegir a los árbitros	232
4. Constancia registral del nombramiento de los árbitros	233
4.1. Efectos de la constancia registral del nombramiento de los árbitros	233
4.2. Premisa necesaria para hacer constar registralmente el nombramiento de los árbitros.....	234
4.3. Título formal necesario para la inscripción	235
4.3.1. Identificación de los árbitros en el convenio arbitral	236
4.3.2. De forma simultánea a la práctica de una anotación preventiva	236

4.3.3. Que el nombramiento se realice después de que ya conste en el Registro la correspondiente anotación preventiva	236
c) El requisito de imparcialidad de los árbitros	237
1. Consideraciones previas	239
2. Regulación de esta cuestión en la LA	241
3. Imparcialidad del árbitro	242
4. Imparcialidad de la institución encargada de administrar el arbitraje	248
5. El instrumento de la recusación.....	253
6. La acción de anulación del laudo	256
IV.- Las medidas cautelares en la Ley de Arbitraje	258
a) Las medidas cautelares pueden ser adoptadas tanto por los jueces como por los árbitros.....	258
b) ¿Qué requisitos deben concurrir para que se acuerde la adopción de una medida cautelar?.....	260
1.- Solicitud	260
2.- Fumus boni iuris.....	260
3.-Periculum in mora	263
4.- Caución	264
4.1.- ¿Es obligatoria la constitución de la caución ?	266
4.2.- ¿Qué circunstancias determinan que se exija o no caución y su cuantía?	267
4.3.- ¿Pueden las partes del proceso arbitral excluir la necesidad de prestar caución ?.....	269
5. Funcionalidad y proporcionalidad.....	270

c) ¿Cabe que las partes renuncien a la posibilidad de que se adopten medidas cautelares?	271
d) Situaciones de concurso de acreedores	273
e) ¿Puede solicitarse la adopción de medidas cautelares antes de que se inicie el procedimiento arbitral?.....	274
1.- Urgencia	276
2.- Inminencia del arbitraje	278
f) Forma que ha de revestir la decisión de los árbitros.....	280
g) ¿Es imprescindible el mandamiento judicial para practicar una anotación preventiva acordada por un árbitro?.....	281
h) Requisitos que derivan de la normativa registral	290
1. Para practicar una anotación preventiva derivada de un procedimiento de arbitraje, ¿debe estar inscrito previamente el convenio arbitral?	291
2. Intervención del titular registral	291
3. ¿Son posibles las medidas cautelares " <i>inaudita parte</i> "?	298
4. ¿Es necesario la firmeza del laudo parcial acordando medidas cautelares?	302
5. ¿Qué tipo de medidas cautelares pueden tener acceso a los Registros?	303
i) Medidas cautelares que persiguen dar publicidad a un proceso	308
1. Anotación de demanda en el Registro de la Propiedad	311
1.1. ¿Qué tipo de demandas son susceptibles de anotación?.....	311
1.2. ¿Qué se entiende por demanda en el procedimiento arbitral?	315
2. Anotaciones en el Registro Mercantil	317

j) Medidas cautelares que tratan de asegurar la efectividad de las resultados económicas del laudo	319
k) Medidas cautelares que pretenden suspender la eficacia de los derechos o situaciones inscritas, o limitar el ejercicio de las facultades de dichos derechos..	321
1 Prohibiciones de disponer	321
2. Suspensión de los acuerdos sociales impugnados	324
l) Modificación y alzamiento de las medidas cautelares	327
1. Efecto de cosa juzgada y modificación de medidas cautelares	327
2. Conflicto competencias juez-arbitro	329
3. ¿Qué puede solicitarse?	331
3.1. Modificación	332
3.2 Que se adopte la medida antes denegada	332
3.3 Alzamiento	332
3.3.1. Medidas cautelares <i>ante causam</i>	332
3.3.2. Alzamiento a petición de la parte que obtuvo a su favor la medida cautelar	335
3.3.3. Alzamiento a petición del perjudicado por la medida cautelar	335
3.3.4. Laudo favorable a quien soporta la medida cautelar	336
3.3.5. Laudo favorable a quien obtuvo la medida o condenatorio	337
3.3.6. Decisión del juez del concurso	338
3.3.7. Requisitos formales para la cancelación de las anotaciones preventivas relativas a medidas cautelares	339
V. Los medios de prueba	341

a) Modalidad de expedición de publicidad formal con finalidad probatoria	341
b) Requisitos generales para obtener una nota simple o una certificación	342
c) Legitimación de los árbitros para solicitar la publicidad formal.....	344
CAPÍTULO IV. INSCRIPCIÓN DEL LAUDO	348
I. El laudo arbitral: concepto y naturaleza.....	348
II. Requisitos del laudo.....	349
a) Ley aplicable al fondo de la controversia.....	349
1. Arbitraje de equidad	350
2. Elección de la legislación aplicable.....	352
b) Principio de colegialidad.....	353
c) Máxima expresión de la autonomía de la voluntad: el laudo homologado	356
1. Requisitos del laudo homologado	357
1.1. Que haya comenzado el procedimiento arbitral	357
1.2. Ámbito objetivo.....	358
1.3. Autorización necesaria en los casos de concurso de acreedores de alguna de las partes	358
1.4. Que los árbitros no se opongan	360
2. Efectos del laudo homologado	361
d) Plazo para dictar el laudo	365
e) Contenido del laudo	367
1. Contenidos sobre los que se pronuncia el laudo.....	367

1.1 Que el laudo no deje sin resolver cuestiones planteadas por las partes	367
1.2. Que el laudo resuelva cuestiones no solicitadas por las partes ..	369
1.3. Que el laudo no resuelva cuestiones que no estén amparadas por el convenio arbitral.....	372
1.4. Que el laudo no extienda sus efectos a terceras personas no vinculadas por el convenio arbitral	374
2. Motivación.....	375
3. Lugar y fecha.....	380
f) Forma.....	381
1. Forma escrita	381
2. Firma de los árbitros.....	382
3. Posibilidad de protocolización	383
g) Notificación del laudo	384
h) Rectificación y aclaración del laudo	385
III. Otras formas de terminación del procedimiento	388
IV. Requisitos para la inscripción del laudo.....	390
a) Título formal	390
1. La exigencia de titulación pública en la legislación hipotecaria y del Registro Mercantil.....	390
2. Naturaleza del laudo como título formal	392
3. ¿Qué función y sentido tiene esta exigencia de titulación pública para acceder al Registro?	392
4. Planteamiento de la cuestión en la LA	394

5. El laudo como título formal inscribible.....	400
b) Alcance de la calificación registral	405
1. Planteamiento general	405
2. Cuestiones que debe calificar el registrador.....	408
2.1. Aspectos formales	408
2.2. Aspectos exigidos por el principio de especialidad.....	409
2.3. Conexión del procedimiento con el titular registral	412
2.4. Trámites del procedimiento	414
2.5. Obstáculos que derivan del Registro	415
2.6. Determinación de las operaciones registrales que hay que practicar	415
2.7. Especial consideración de las situaciones de concurso de acreedores	419
3. Cuestiones que el registrador no puede calificar.....	424
3.1 Convenio arbitral.....	424
3.1.1. Existencia y validez del convenio	424
3.1.2. Extralimitación del laudo respecto del contenido del convenio	425
3.1.3. Vulneración de normas procedimentales previstas en el convenio	426
3.2. Firmeza del laudo	426
3.3. Fondo de la controversia	433
CAPÍTULO V. LA ANULACIÓN Y REVISIÓN DEL LAUDO	438
I. El laudo, aun siendo definitivo, es susceptible de anulación y revisión ...	438

II. Acción de anulación del laudo.....	438
a) Naturaleza.....	438
b) Renuncia a la acción de anulación	442
c) Motivos.....	447
d) Procedimiento	456
e) La acción de anulación y el Registro	458
1. Presentación de la demanda	459
2. Sentencia	460
III. El recurso de revisión	461
a) Naturaleza y alcance.....	461
b) El recurso de revisión y el Registro	464
1. Presentación de la demanda	464
2. Sentencia	468
CONCLUSIONES.....	470
BIBLIOGRAFÍA.....	492
RELACIÓN JURISPRUDENCIAL Y DE RR. DE LA DGRN	516
I. Sentencias del TC.....	516
II. Sentencias del TS, Sala 1ª.....	517
III. Sentencias de la Sala Civil y Penal TT.SS.JJ.	519
IV. Sentencias de AA.PP.....	524
V. Sentencias de JPI	525
V. Resoluciones de la DGRN (Hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública)	525

RESUMEN

El presente estudio trata de analizar todas las conexiones y puntos de contacto que pueden plantearse entre el arbitraje y los Registros de la Propiedad y Mercantil. Después de hacer una breve aproximación al concepto, naturaleza jurídica y encaje constitucional del arbitraje, se aborda todo el proceso arbitral, desde el convenio que firman las partes y por el que deciden someter las futuras controversias a arbitraje, hasta los mecanismos de impugnación del laudo. Así, se estudia la posibilidad y conveniencia de inscribir el convenio en el Registro, los requisitos necesarios para ello y los efectos que dicha inscripción producirá respecto de terceros. Se hace un especial detenimiento en campos en los que la admisibilidad del arbitraje ha sido más discutida, como el societario o el arrendaticio, resaltando las especialidades que podemos encontrar en materias como la sucesoria. Dentro de la fase de desarrollo del procedimiento arbitral, nos detenemos a revisar el proceso de designación de los árbitros, los requisitos que estos deben reunir y la eventual intervención judicial como mecanismo de auxilio en caso de necesidad. También se analiza en esta fase la posibilidad de adoptar medidas cautelares, con especial detenimiento en aquellas que tienen trascendencia registral: las anotaciones preventivas. De igual manera se estudia la finalización del procedimiento arbitral, desgranando de forma pormenorizada los requisitos que ha de cumplir el laudo. A este respecto el trabajo centra su atención en los requisitos de inscripción del laudo. En este apartado se comentan cuestiones que apenas encuentran eco en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina, tales como si es o no necesario que el laudo se eleve a escritura pública para acceder al Registro, o cuál es el alcance de la calificación registral. Finalmente, también se estudian las posibilidades de revisión del laudo, ya sea a través de la acción de anulación, ya mediante el recurso de revisión.

ABSTRAC

This study tries to analyze all the connections and points of contact that may arise between arbitration and the Property and Commercial Registries. After making a

brief approach to the concept, legal nature and constitutional framework of arbitration, the entire arbitration process is addressed, from the agreement signed by the parties and by which they decide to submit future disputes to arbitration, to the mechanisms for challenging the award. Thus, the possibility and convenience of registering the agreement in the Registry, the necessary requirements for this and the effects that said registration will produce with respect to third parties are studied. A special detail is made in fields in which the admissibility of arbitration has been more discussed, such as corporate or tenancy, highlighting the specialties that we can find in matters such as succession. Within the development phase of the arbitration procedure, we stop to review the process of appointment of the arbitrators, the requirements that they must meet and the eventual judicial intervention as a mechanism of assistance in case of need. The possibility of adopting precautionary measures is also analyzed in this phase, with special attention to those that have registry significance: preventive annotations. In the same way, the finalization of the arbitration procedure is studied, detailing in detail the requirements that the award must meet. In this regard, the work focuses its attention on the requirements for the registration of the award. This section discusses issues that barely find an echo in the legislation, jurisprudence and doctrine, such as whether or not it is necessary for the award to be raised to a public deed to access the Registry, or what is the scope of the qualification registry. Finally, the possibilities of reviewing the award are also studied, either through the annulment action or through the appeal for review.

INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

El arbitraje constituye un sistema muy ágil de resolución de conflictos que las partes eligen en ejercicio de su libertad de decisión. Su regulación en nuestro ordenamiento ha sufrido muchos cambios desde mediados del siglo pasado. En las últimas reformas se ha tratado de acercar la legislación española al modelo propuesto por Naciones Unidas, con la finalidad de convertir a España en una atractiva sede para arbitrajes internacionales.

A pesar de estos esfuerzos por actualizar nuestra normativa sobre la materia, hay un aspecto que ha seguido siendo preterido por el legislador. Se trata de la conexión del arbitraje con los Registros jurídicos, particularmente con el Registro de la Propiedad y el Mercantil. Son muy escasas las normas existentes en la legislación arbitral y en la hipotecaria que regulen cómo el procedimiento arbitral puede acceder al Registro y aprovechar de esa forma los extraordinarios efectos de la publicidad registral. Desde el momento en que se suscribe el convenio arbitral, hasta la conclusión del procedimiento mediante el laudo, hay múltiples posibles conexiones con el Registro que carecen de una mínima regulación.

A lo largo de este trabajo se analizan todos los problemas que pueden surgir en esa relación entre arbitraje y Registro. En el Capítulo Primero se realiza una aproximación al concepto, naturaleza y encuadre constitucional del arbitraje, tratando de destacar aquellos aspectos que podrán servir para fundamentar soluciones que se irán proponiendo para salvar las lagunas normativas en todo lo relativo a la conexión con el Registro.

El Capítulo Segundo está dedicado al convenio arbitral. Tras un breve apartado dedicado a su concepto y naturaleza jurídica, se desarrolla *in extenso* todo lo relativo al acceso del convenio al Registro: el hecho en sí de su posible inscripción y los efectos de esta, los requisitos que deben exigirse respecto de los elementos personales, reales y formales para su inscripción, así como el alcance de la calificación registral sobre estos extremos. Se hace un especial estudio de los convenios arbitrales en determinados campos

como el societario, el arrendaticio, la propiedad horizontal o el sucesorio, donde, por diferentes razones, se han de tener en cuenta consideraciones específicas.

El desarrollo del procedimiento arbitral se analiza en el Capítulo Tercero. Se comienza por un estudio del proceso de designación de los árbitros, con especial atención a los casos en los que es preciso el auxilio judicial para esta designación. A continuación, se dedica un extenso apartado a analizar las medidas cautelares en el arbitraje, con especial referencia a las anotaciones preventivas que pueden hacerse constar en los Registros, abordando problemas carentes de una clara solución legal en relación con los requisitos que son exigibles para la práctica de dichas anotaciones. También se incluye un epígrafe sobre los medios de prueba en el proceso arbitral y, particularmente, sobre la aportación de certificaciones registrales al procedimiento.

El Capítulo Cuarto está dedicado a la terminación del procedimiento arbitral. Se analiza con gran detenimiento el laudo, sus requisitos y efectos. Sobre todo, se estudia el acceso del laudo al Registro. Se ponen de manifiesto las grandes dudas que sobre esta cuestión existen, dada la carencia casi absoluta de normativa. Por ello, se tratan de ofrecer soluciones a cuestiones tan controvertidas como el título formal exigible para la inscripción del laudo o la extensión de las facultades de calificación del registrador.

En el Capítulo Quinto que cierra el trabajo se hace un estudio de los medios existentes para la anulación y revisión del laudo arbitral. También en este ámbito se tratan de resolver las lagunas normativas sobre la publicidad registral de estas medidas de reacción frente al laudo.

Finalmente, este trabajo concluye con la exposición de las conclusiones, donde se muestran los resultados obtenidos en el estudio de cada uno de los capítulos mencionados.

El objetivo de este estudio no es otro que el enfrentar dos instituciones, el arbitraje y el Registro, que, teniendo múltiples puntos de contacto, han vivido como grandes desconocidas. Se ha tratado de poner de relieve las enormes lagunas que existen en nuestro ordenamiento a la hora de regular la relación del arbitraje con los Registros de la

Propiedad y Mercantil. A la vista de todos esos vacíos normativos, se ofrecen soluciones basadas en la normativa existente y en los principios generales que gobiernan ambas instituciones. En última instancia, y con absoluta modestia, este trabajo aspira a hacer que el legislador sea consciente de la situación descrita y aborde la solución de estas lagunas en futuras reformas normativas.

Para la realización del presente estudio se ha aplicado la metodología propia del ámbito de las Ciencias Jurídicas:

- Examen de las normas vigentes, estudio y clasificación de la jurisprudencia aplicable y revisión bibliográfica.
- Estudio, análisis crítico y clasificación de toda la información recopilada para la determinación de resultados.
- Exposición de manera clara de todos los estudios realizados, resaltando tanto los beneficios como los inconvenientes, con el fin de obtener respuestas y conclusiones.

ABREVIATURAS

- AP: Audiencia Provincial
- CC: Código Civil
- CCom: Código de Comercio
- CE: Constitución Española de 1978
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado
- DGSJFP: Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
- LA: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje
- LAR: Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos
- LAU: Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos
- LCGC: Ley 7/1998, de 7 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación
- LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- LGT: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
- LH: Ley Hipotecaria
- LJV: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
- LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- LPH: Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal
- LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
- RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
- RH: Reglamento Hipotecario
- RRM: Reglamento del Registro Mercantil
- TC: Tribunal Constitucional
- TRLC: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal
- TRLGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
- TRLS: Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana
- TS: Tribunal Supremo
- TSJ Tribunal Superior de Justicia

CAPÍTULO I. EL ARBITRAJE EN ESPAÑA

I.- Planteamiento general

a) El arbitraje : un sistema alternativo de resolución de conflictos

Las relaciones humanas generan con bastante frecuencia conflictos de todo tipo. A medida que el hombre fue generando estructuras sociales estables y organizadas se hizo patente la necesidad de crear instituciones que permitieran la resolución de esos conflictos de una forma equilibrada, impidiendo el funcionamiento de la “ley del más fuerte”.

La evolución de ese proceso produjo el surgimiento de los tribunales de justicia, órganos del estado encargados de la resolución de los conflictos que surjan entre sus ciudadanos. Modernamente todas las constituciones de los países desarrollados reconocen la existencia de un sistema judicial que, de forma independiente, presta ese servicio.

La libertad humana que, junto a la vida y la búsqueda de la felicidad, fue considerada por la Declaración de Independencia de los Estados Unidos como uno de los derechos inalienables con que los hombres son dotados por su Creador, ha inspirado a las personas a lo largo de los siglos la creación de otros sistemas de resolución de conflictos distintos de la jurisdicción estatal. Entre esos sistemas de resolución alternativa de conflictos tiene una especial relevancia el arbitraje.

El arbitraje existe cuando dos o más personas acuerdan que los conflictos actuales entre ellas, o los que puedan surgir en el futuro, sobre una determinada materia respecto de la que tienen la plena y libre disposición, sean resueltos mediante la decisión de uno o varios terceros independientes de las partes a los que llamamos árbitros.

Son dos las características definatorias del arbitraje. Primero, la existencia de un acuerdo entre las partes. Sin ese convenio no puede hablarse de arbitraje, que nunca puede ser impuesto a alguna de ellas. Esta característica es común a otros medios de resolución alternativa de conflictos, como pueden ser la mediación o la conciliación. Pero el arbitraje tiene una segunda nota que lo identifica. La decisión que pone fin al conflicto no proviene de la transacción o acuerdo de las partes, sino de la resolución dictada por un tercero ajeno a ellas. En este sentido guarda parecido con la jurisdicción estatal, en la que es el juez el que resuelve el conflicto. Pero en el arbitraje el árbitro no es parte del estado, como ocurre con el juez, sino que se trata de un sujeto privado que ha sido elegido por las partes en conflicto.

b) Conexión del arbitraje con los Registros de la Propiedad y Mercantil

Como señala el artículo 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, *«son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho»*. Naturalmente, dentro de ese campo, cuando hablamos de materias de libre disposición estamos esencialmente refiriéndonos a las cuestiones de índole patrimonial. Y si nos movemos en el ámbito de derecho patrimonial, es fácil entender que muchos de los casos resueltos a través de un procedimiento arbitral pueden tener una clara repercusión sobre relaciones jurídicas inscribibles en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil. Sin ánimo de ser exhaustivo, pensemos en campos como el de la propiedad horizontal, los arrendamientos urbanos, las ventas de pisos por grandes promotores, el mercado hipotecario, el campo hereditario, o todas las relaciones jurídicas derivadas del mundo de las sociedades mercantiles. Es fácil imaginar la importancia que puede llegar a alcanzar el arbitraje en todos esos terrenos y, consecuentemente, la trascendencia que tiene el adecuado encaje de la institución arbitral en el ámbito del Registro de la Propiedad y el Mercantil.

A pesar de ello, la Ley de Arbitraje no hace apenas alusiones a esas posibles repercusiones registrales. Por su parte, en la legislación hipotecaria solo existe en el artículo 38 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento

Hipotecario, una genérica referencia a la posibilidad de inscribir laudos arbitrales dados en el extranjero, siempre que hayan sido reconocidos por los Tribunales o Autoridades competentes con arreglo a las leyes y los tratados internacionales. Tampoco es sencillo encontrar estudios que aborden el asunto. Y ni siquiera los tratados publicados sobre el arbitraje se ocupan de estos extremos. ¿A qué se debe esta falta de interés legal y doctrinal?

Quizá la respuesta a esta pregunta haya que buscarla a la evolución histórica de la institución arbitral en España¹. Es cierto que el arbitraje encuentra antecedentes en nuestra legislación medieval (el Fuero Juzgo o las Partidas). También en la época de la codificación el legislador regula el arbitraje. La Constitución de 1812, en sus artículos 280 y 281, hace un reconocimiento explícito del arbitraje². Pero el primer desarrollo legislativo se produjo en el ámbito mercantil. El Código de Comercio de Sainz de Andino de 30 de mayo de 1829 reconoce la institución arbitral, aunque su regulación se realizó en la Ley sobre los Negocios y Causas de Comercio de 24 de julio de 1830. Posteriormente, con la aprobación de la LEC de 5 de octubre 1855, y durante 30 años, coexistieron regulaciones paralelas del arbitraje, una en el campo mercantil y otra en el civil. Sin embargo, esta normativa de claros tintes liberales y de gran flexibilidad recogida especialmente en la Ley de 1830 fue derogada cuando se aprobó la LEC de 1885, que introdujo la regulación del arbitraje en España en un camino de formalismo y rigidez que haría muy difícil su desarrollo³. Como bien señala PRIETO CASTRO⁴, *«en la LEC se regulan dos procedimientos sustitutivos del juicio público o proceso civil, llamados arbitraje y amigable composición o juicio de árbitros y juicio de amigables componedores. El primero se desarrolla ante jueces árbitros, siendo el Tribunal por éstos formado un órgano que sustituye a los Tribunales públicos del Estado; el segundo, se*

¹. Para examinar con más detalle el devenir histórico del arbitraje en España, pueden verse: DE CASTRO Y BRAVO, F., "El arbitraje y la nueva «Lex Mercatoria»", *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 4, 1979, págs. 619-725; MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.A., *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 113 y siguientes.

². Puede verse el trabajo de MERINO MERCHÁN, J.F., "La Constitución de 1812 y el arbitraje", *Revista de las Cortes Generales*, número 85, año 2012, págs. 29-46.

³. Puede verse la crítica que sobre este cambio de rumbo legislativo realiza OLIVENCIA RUIZ, M., "Una contradicción de los revolucionarios de 1868: la regulación del arbitraje", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, separata del número 39, Madrid, año 2009, págs. 155-175.

⁴. PRIETO CASTRO, L., "El arbitraje según la legislación y la jurisprudencia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre de 1943, Instituto Editorial Reus, Madrid, pág. 478-523.

desenvuelve ante jueces amigables componedores, que sustituyen a los Tribunales públicos, y a su juicio, por un juicio predominantemente de equidad».

Siguiendo en esa línea, en el siglo XX, que es cuando en otros países del mundo se desarrolla exponencialmente este sistema de resolución de conflictos, en España se aprueba la Ley de 22 de agosto de 1953, por la que se regulan los Arbitrajes de Derecho Privado, que va a suponer un freno que durante casi cincuenta años impidió el adecuado impulso del arbitraje. Esta Ley, fruto de una España aislada internacionalmente y con graves limitaciones de la libertad individual, constituyó un lastre que pesó sobre el procedimiento arbitral y que casi lo hizo inexistente. Desde luego alejó a nuestro país del tren del arbitraje internacional, que tanto desarrollo iba a experimentar a partir, sobre todo, de la firma del Tratado de Nueva York, de 10 de junio 1958. De hecho, España no se adhiere a este tratado hasta el año 1977.

Tuvo que llegar el sistema democrático y la Constitución de 27 de diciembre 1978 para que se empezase a cambiar la forma de ver y de apreciar la institución del arbitraje. Así, once años después de la adhesión al Tratado de Nueva York, se aprueba la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. Esta Ley supuso un claro avance, en tanto que eliminó buena parte de los inconvenientes de la Ley de 1953, y se inclinó claramente por el principio pro arbitraje. Finalmente, la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ha continuado la misma línea, y ha abierto definitivamente nuestro sistema arbitral al ámbito internacional, dado que se basa directamente en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil⁵, recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985).

Pero, como dije al principio, la Ley se olvida casi por completo del Registro. Es verdad que no es infrecuente que el Registro de la Propiedad sea obviado en la regulación de materias que tienen clara conexión con él. Recordemos que durante décadas no existió

⁵. Conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL.

prácticamente ninguna norma jurídica que regulara la relación entre el urbanismo y el Registro, siendo como es una materia tan ligada a la propiedad inmobiliaria.

Esta ausencia de normas va a complicar enormemente las cosas, dado que el proceso arbitral puede entrar en colisión con la forma en que tradicionalmente se han entendido muchos de los principios y reglas de nuestro sistema registral. El objeto de este trabajo es desmentir esas aparentes incompatibilidades, y despejar el camino para permitir que el procedimiento arbitral tenga las puertas del Registro plenamente abiertas.

II.- Una premisa esencial: el arbitraje en la Constitución Española

Para plantear adecuadamente el posible acceso de los laudos arbitrales o del procedimiento arbitral en su conjunto al Registro de la Propiedad o al Mercantil, es imprescindible situar correctamente al arbitraje en el esquema que nuestra Constitución ha diseñado para la resolución de conflictos entre los ciudadanos. Es cierto que ni la Constitución Española menciona la institución arbitral, ni la vigente Ley de Arbitraje intenta en ningún momento buscar un anclaje directo en los preceptos constitucionales. Pero ello no significa que el arbitraje sea un invento "aconstitucional". Todo lo contrario. Como veremos más adelante, el Tribunal Constitucional ha consolidado una sólida doctrina que encuadra a la perfección el arbitraje en el articulado de nuestra Carta Magna.

La Constitución ha configurado la función jurisdiccional como un auténtico poder (artículo 122). Desde esa perspectiva institucional, ha atribuido a jueces y magistrados la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3). Igualmente ha establecido entre los derechos fundamentales el de que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (artículo 24.1). Pero al mismo tiempo, y no con menor peso o relevancia, ha consagrado como uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico, que ha de ser promovido en un Estado social y democrático de Derecho, el de la libertad de los ciudadanos (artículo 1.1). También ha

ordenado a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad sea real y efectiva, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (artículo 9.2).

Por todo ello el Tribunal Constitucional ha declarado en diversas ocasiones⁶ en relación con el sometimiento de controversias al arbitraje que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio judicial de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso de lo que pudiera resultar aquel ejercicio⁷.

Consecuentemente, las personas pueden decidir en ejercicio de esa libertad que las controversias que surjan entre ellas sobre determinadas relaciones jurídicas sean resueltas al margen del aparato jurisdiccional, por medio de un tercero. Esta idea entronca con la clásica definición que DE CASTRO Y BRAVO⁸ ofrecía de la autonomía privada en sentido amplio: *«aquella poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás»*. Y los poderes públicos, no solo deben respetar esa decisión, sino que también han de disponer

⁶⁶. Por todas puede verse la STC 136/2010, de 2 de diciembre de 2010.

⁷. Señala, por ejemplo, la STC 176/1996, de 11 de noviembre, que «ha de precisarse que el núcleo de la queja del recurrente se basa en que, aun mediando un previo sometimiento del litigio al arbitraje, el órgano jurisdiccional no ha examinado, en el cauce del recurso contra el laudo arbitral, el fondo del asunto debatido ante el árbitro, pese a las causas de nulidad del mismo que fueron alegadas en dicho procedimiento. Lo que entraña, a su juicio, una limitación de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.). Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 C.E.). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan solo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción -pero no su "equivalente jurisdiccional" arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995- legalmente establecido será solo el recurso por nulidad del laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, solo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)».

⁸. DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 12.

de los instrumentos necesarios para que ese mecanismo de resolución de disputas sea efectivo.

Precisamente por ello, la Ley de Arbitraje ha establecido normas que ponen a disposición del procedimiento arbitral la colaboración del aparato jurisdiccional, colaboración indispensable para que el procedimiento pueda desarrollarse adecuadamente y la solución que se acuerde sea de verdad efectiva⁹. No obstante, debe advertirse que esa intervención judicial siempre ha de ser la mínima indispensable para la efectividad del arbitraje. A este respecto recuerda el TC en su Sentencia 46/2020, de 15 de junio: *«Efectivamente, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, configura la institución arbitral como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes»*. En concreto sobre esta cuestión la LA de 2003 establece lo siguiente:

- Prevé la fuerza vinculante del convenio arbitral entre las partes que lo han firmado, impidiendo que los tribunales conozcan del asunto. Así, el artículo 11 comienza señalando: *«El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria»*.
- En el momento inicial del procedimiento, y para evitar su bloqueo por las eventuales discrepancias a la hora de nombrar a los árbitros, el artículo 15 también previene la intervención judicial para dicho nombramiento. E, igualmente, el artículo 19 dispone que se resuelvan judicialmente las diferencias entre las partes a la hora de acordar la remoción de un árbitro que hubiera incurrido en una causa de imposibilidad

⁹. A este respecto puede verse MALLANDRICH MIRET, N. La regulación del auxilio judicial en el arbitraje tras la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, *Diario La Ley*, número 7903, 17 de julio de 2012, págs. 5-25.

de hecho o de derecho, o cuando no ejerza sus funciones dentro de un plazo razonable. A estos efectos el artículo 8.1 determina el Tribunal competente, señalando: «*Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección*».

- También está prevista la posibilidad de la asistencia judicial para la adopción de medidas cautelares, ya sea antes de la iniciación del procedimiento, ya durante su substanciación¹⁰. Por un lado, el artículo 11.3 dispone: «*El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas*». Y además el artículo 23 dispone que sean los propios árbitros los que acuerden la adopción de dichas medidas cautelares, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Ley, serán ejecutadas por el *tribunal competente, el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la LEC*».

- Del mismo modo está prevista la asistencia judicial para la práctica de la prueba. En concreto el artículo 33 establece: «*1. Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros. 2. Si así se le solicitare, el Tribunal practicará la prueba bajo su exclusiva dirección. En otro caso, el Tribunal se limitará a acordar las medidas pertinentes. En ambos supuestos el secretario judicial¹¹ entregará al solicitante testimonio de las actuaciones*. La competencia, según lo

¹⁰. La DGRN, en sendas Resoluciones de 20 de febrero de 2006 y 26 de julio de 2018, con un criterio que, en mi opinión, es bastante criticable, ha considerado imprescindible el auxilio judicial para que, una vez acordada por los árbitros la anotación preventiva como medida cautelar, dicha anotación pueda llevarse a efecto. A ello me referiré con mayor detalle al tratar de las medidas cautelares.

¹¹. A partir de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, han pasado a denominarse letrados de la Administración de Justicia

establecido en el artículo 8.2, corresponderá al «*Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia*».

- Conforme a lo establecido en los artículos 40 a 42, será también la autoridad judicial la que resuelva las acciones que se puedan ejercitar para la anulación del laudo. Pero siempre teniendo en cuenta que la demanda de anulación solo podrá fundarse en los motivos tasados que prevé el artículo 41.1, que no pueden suponer una revisión del fondo del asunto. Para ello será competente, con arreglo al artículo 8.5, «*la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado*».
- Asimismo, se establece en los artículos 44 y 45 la ejecución forzosa del laudo con arreglo a lo previsto en la LEC. Para ello se atribuye la competencia por el artículo 8.4 al «*Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*».
- Y, sobre todo, el artículo 43 dispone: «*El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*».

En definitiva, si el laudo produce efectos de cosa juzgada y es susceptible de ejecución forzosa a través del procedimiento previsto en la LEC, podemos concluir que el laudo es equiparable a una sentencia. Esto es lo que implica que se hable del arbitraje como "equivalente jurisdiccional".

Esta concepción del arbitraje como un sistema de resolución de conflictos alternativo y equiparable a la vía judicial ha encontrado un claro eco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Dice, por ejemplo, la STC 174/1995, de 23 de noviembre: «*Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En este sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera "un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos*

objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)"».

Siguiendo a MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA¹², se puede concluir que a través de diversas sentencias (43/1988, de 16 de marzo, 15/1989, de 26 de enero, 62/1991, de 22 de marzo¹³) el Alto Tribunal ha sentado la doctrina del equivalente jurisdiccional, pero exigiendo para ello que se cumplan una serie de condiciones:

- Que el instituto arbitral esté regulado en una ley formal votada en las Cortes.
- Que la Ley de Arbitraje tenga carácter estatal, al tratarse de una materia sobre la que tiene competencia exclusiva el Estado (artículo 149.1, 6ª y 9ª de la Constitución).
- Que la voluntariedad del convenio arbitral se produzca sin sombra o penumbra alguna sobre la libertad de sumisión al mismo por las partes que pueda hacer resentirse la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución.
- Que concurra el carácter sustitutivo del arbitraje sobre el procedimiento judicial ordinario del juez del Estado. Es decir, que, una vez aceptado voluntariamente el convenio por las partes, el arbitraje desplaza con todas sus consecuencias al proceso y recurso judicial ordinario, a través de la correspondiente declinatoria.
- Que, por el efecto de equivalencia jurisdiccional, las partes asuman, no solo dar un carácter preponderante y relevante a la autonomía de la voluntad sobre el modelo jurisdiccional preestablecido legalmente, sino que aceptan asumir el laudo arbitral firme con efectos idénticos a la cosa juzgada.

Sí que conviene advertir que no pueden quedar dudas de que el arbitraje, a diferencia de la jurisdicción, no es un poder público, y que los árbitros, al contrario que los jueces, no son representantes del Estado. Eso no significa que en el arbitraje las partes queden abandonadas y desprotegidas. Como muy acertadamente señala CARAZO LIÉBANA¹⁴, en el arbitraje *«solamente se está sustituyendo un procedimiento (el*

¹². MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.A., *op. cit.*, pág. 201.

¹³. Con posterioridad existen otras STC que reiteran esta misma conclusión: 146/1996, de 19 de septiembre, 196/1997, de 13 de noviembre y 18/2011, de 3 de marzo.

¹⁴. CARAZO LIÉBANA, M.J., "Reflexiones sobre algunos aspectos constitucionales del arbitraje", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXIX, número 2, San Sebastián, 2017, pág. 179.

judicial) por otro (el arbitral), las garantías constitucionales quedan totalmente indemnes a esta elección. No quedan afectadas más que en la necesaria adaptación de estos derechos constitucionales a la propia idiosincrasia del arbitraje».

Dado que el arbitraje no es un poder público y que los árbitros no son miembros del poder judicial, no será posible interponer recurso de amparo ante el TC frente a un laudo¹⁵. Así lo ha reconocido el propio TC en diferentes fallos¹⁶. Pero entonces, ¿cómo se puede garantizar que el laudo arbitral no ha vulnerado las garantías constitucionales? Parece que el camino ha de ser el de plantear las posibles violaciones de esas garantías constitucionales que se hayan podido producir durante el procedimiento arbitral, al ejercitar la acción de anulación del laudo regulada en el artículo 41 LA. Quizá el motivo más adecuado para ello sea invocar que el laudo es contrario al orden público. En este sentido, conviene traer a colación la STC 43/1986, de 15 de abril, que reconoció explícitamente que el orden público del foro ha adquirido en España, a partir de la aprobación de la Constitución de 1978 un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Carta Magna¹⁷.

¹⁵. Sobre la conexión del proceso arbitral con el control constitucional que ejerce el TC, puede verse a MERINO MERCHÁN, J.F., "Árbitro, juez y Constitución", *Revista de las Cortes Generales*, número 73, Madrid, 2008, págs. 7-29.

¹⁶. En este sentido puede verse la STC 9/2005, de 17 de enero: «Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que "este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo" (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2). "Solo en la medida ... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el art. 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea "imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles" dichas garantías, pero trasladar éstas "con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo ... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción" (STC 13/1997, de 27 de enero, FJ 2)».

¹⁷. Señala así esta Sentencia: «concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza solo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución».

Un ejemplo de aplicación práctica de este criterio lo encontramos en la STSJ de Madrid de 20 de junio de 2013, que define el orden público cuya vulneración permite anular el laudo arbitral conforme lo establecido en el artículo 41 LA, como aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el ordenamiento jurídico español¹⁸.

En definitiva, aunque no existe un reconocimiento expreso del arbitraje en nuestra Constitución, hay que afirmar que esta institución está plenamente anclada en los principios constitucionales, hasta el punto de haber sido calificada como un «equivalente jurisdiccional», al que le son aplicables, con las necesarias adaptaciones, todas las garantías que la Carta Magna establece para los procesos judiciales. Aunque, como apunta el Profesor MERINO MERCHÁN¹⁹, quizá la LA hubiera debido, al menos en su Exposición de Motivos, incluir alguna referencia al reconocimiento del arbitraje como un equivalente jurisdiccional. Hay autores²⁰ que incluso proponen que de *lege ferenda* se incorpore al texto constitucional una referencia explícita al arbitraje y a otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos.

¹⁸. Señala expresamente esta Sentencia: «En cuanto a lo que se debe entender por orden público, primera causa de impugnación de la parte demandante, como ya dijo esta Sala en Sentencia de 23 de Mayo de 2.012, Recurso 12/2011 , "... por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (STC, Sala 2ª, n 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el arto 9.3 de la Constitución , y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión (...)"».

¹⁹. MERINO MERCHÁN, J.F., "Cuestiones de relevancia constitucional, parlamentaria y judicial en la nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)", *Revista de la Asamblea de Madrid*, número 10, 2004, págs. 157-168.

²⁰. IXUSCO ORDEÑANA, G.. "¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, número 3, San Sebastián, 2018, págs. 548-552.

III. Naturaleza jurídica del arbitraje

La cuestión relativa a la naturaleza jurídica del arbitraje ha sido siempre enormemente controvertida. Hasta tal punto es así, que la postura que cada autor adopta al respecto determina el concepto que dicho autor propone del arbitraje. En este sentido, destaca RIVERA²¹ que «*Christophe Seraglini y Jérôme Ortscheidt recuerdan varias definiciones del arbitraje, comenzando por la de Motulsky (1974), para quien es “el juzgamiento de una controversia por particulares elegidos, en principio, por otros particulares por medio de una convención”*. Siguen con Jarroson quien lo define como *la institución por la cual un tercero resuelve el diferendo que opone a dos o más partes, ejerciendo la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por aquellos; y finalmente la de Poudret y Besson (2002) que consideran que a la definición de Jarroson cabe agregar que el tercero actúa a título privado y no ejerciendo una función pública, y hablan así de modo convencional de resolución de litigios por particulares elegidos directa o indirectamente por las partes e investidos del poder de juzgar en lugar de las instituciones estatales por una decisión que tiene efectos análogos a los de una sentencia*».

Aunque pudiera pensarse que la definición que del arbitraje ha hecho el TC como un equivalente jurisdiccional habrá servido para solventar las controversias acerca de su naturaleza jurídica, nada más lejos de la realidad²². Existen numerosas teorías sobre esta cuestión²³. No es objeto de este trabajo hacer un estudio detallado de estas teorías. Se puede resumir diciendo que hay dos posturas clásicas. Por un lado, están aquellos autores que consideran que el arbitraje tiene un claro signo procesal, dado que lo fundamental es la actuación de los árbitros y el procedimiento que se ha de tramitar. Para otros, sin

²¹. RIVERA, J.C., "Enfoques procesalista y contractualista del arbitraje con particular referencia a los Derechos de Argentina y España", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, número 38, Madrid, 2020, págs. 31-56.

²². Puede verse un resumen de posiciones críticas con la concepción del arbitraje como *equivalente jurisdiccional* en RUIZ RISUEÑO, F., "Arbitraje y función jurisdiccional", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Volumen XXI, número 1, Madrid, 2019, págs. 109-134.

²³. Sobre las diferentes posiciones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, puede verse la síntesis que ofrece PÉREZ GURREA, R., *La transacción y el arbitraje: contratos para evitar o poner término a conflictos ya iniciados*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 726, Madrid, 2011, págs. 2322 y 2323.

embargo, el aspecto esencial del arbitraje es el acuerdo de las partes para someter la resolución de una controversia a la decisión de un tercero distinto de un juez. Por tanto, el arbitraje será esencialmente un contrato.

Existen igualmente posiciones intermedias, que tratan de conciliar ambos extremos. En esta línea hay que citar en este sentido de una manera especial al Profesor LORCA NAVARRETE²⁴, que entiende que es un error calificar al arbitraje en atención a su relación con la jurisdicción. Por eso no le parece aceptable ni las clásicas tesis jurisdiccionalistas, ni la que propugna el TC del equivalente jurisdiccional. El arbitraje es ajeno a la jurisdicción. Lo cual tampoco lo lleva a encuadrarse en las tradicionales tesis contractualistas. Para este autor la naturaleza jurídica del arbitraje es la de la procedibilidad negocial. Es decir, el arbitraje es procesal en tanto busca la resolución de una controversia. Se desarrolla a través de un procedimiento con todas las garantías, pero un procedimiento claramente anclado en el negocio jurídico que le da origen (convenio arbitral).

También proponen una sugerente posición intermedia MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA²⁵. Estos autores emplean el término *jurisdicción convencional* para calificar la naturaleza jurídica del arbitraje. Consideran que el aspecto convencional está presente, tanto en el contrato de compromiso del que surge el acuerdo de someter la controversia a arbitraje, como en el convenio entre litigantes y árbitro que crea una relación de servicios. Incluso, siguiendo la tesis del Profesor GUASP, hablan de un «*contrato de tracto procedimental, en que cada uno de los elementos que lo componen funciona como requisito de admisión del siguiente*». Al mismo tiempo, es jurisdiccional, «*no tanto por la función que desarrollan los árbitros como por la especial eficacia que el Derecho otorga a los efectos del arbitraje*».

Es verdad que el TC no solo ha recalcado la visión del arbitraje como un equivalente jurisdiccional, sino que también ha puesto de manifiesto que en la base del

²⁴. LORCA NAVARRETE, A., *Jurisprudencia Arbitral Comentada de los TSJ. Estudio de las sentencias y autos de los TSJ en materia de arbitraje*, volumen I/2011, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012, págs. 9 y siguientes.

²⁵. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.A., *op. cit.*, págs. 232-233.

arbitraje siempre ha de estar el acuerdo de las partes que a él se someten. La postura del TC ha sido la de entender que el arbitraje, en tanto supone una renuncia a la tutela judicial efectiva, ha de estar basado en la libre voluntad de las partes que a él se someten. Solo será admisible establecer el arbitraje con carácter obligatorio en aquellos casos en que luego se permita acudir a la vía jurisdiccional para poder revisar el laudo en toda su extensión, tanto formal como de fondo. Lo que ocurre es que, en ese caso, no se podría hablar de arbitraje en sentido estricto, dado que una de sus características básicas es la imposibilidad de que los Tribunales revisen el fondo de la decisión arbitral. En esta línea de garantizar que la sumisión a arbitraje, en tanto que renuncia al derecho a la tutela judicial, esté basada en el acuerdo libre de las partes, conviene citar la reciente STC de

Pleno 1/2018, de 11 de enero²⁶ ²⁷, que ha declarado inconstitucional el artículo 76, e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, que establece: «*El asegurado*

²⁶. Conviene transcribir parte de los fundamentos de Derecho 3º y 4º: «3. *Dados los términos en los que la duda se plantea, es oportuno recordar la doctrina de este Tribunal respecto al arbitraje como medio de solución extrajudicial de conflictos, así como sobre el denominado “arbitraje obligatorio”, en relación con el artículo 24 CE. El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial, consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por jueces y tribunales. Esta actividad prestacional permite al legislador, como se ha declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pues “al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y efectividad están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente” (STC 17/2008, de 31 de enero, FJ 3, por todas). Ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un “equivalente jurisdiccional”, dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada (por todas, SSTC 15/1987, de 6 de febrero, y 62/1991, de 22 de marzo). La exclusividad jurisdiccional a que alude el artículo 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el artículo 24 CE. En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4). Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje (por todas, STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3). Hay que subrayar, como se ha hecho en anteriores ocasiones, que el arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta, en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es “un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). Dicha Sentencia, en su fundamento jurídico 4, resalta la importancia de la nota de voluntariedad en el arbitraje “lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía, ello supone tan solo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción —pero no su ‘equivalente jurisdiccional’ arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995— legalmente establecido será solo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, solo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)”. Ello quiere decir que la falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes litigantes para someterse a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos y su imposición a una de ellas, en principio, no se compadece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales (art. 24.1 CE). La razón estriba en que ha de entenderse que en el mecanismo arbitral, la renuncia al ejercicio del derecho fundamental proviene de la legítima autonomía de la voluntad de las partes, que, libre y voluntariamente, se someten a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia para resolver su conflicto, y ello, correctamente entendido,*

no implica una renuncia general al derecho fundamental del artículo 24 CE, sino a su ejercicio en un determinado momento, no quebrantándose principio constitucional alguno (SSTC 174/1995, 75/1996 y 176/1996). Precisamente por su naturaleza alternativa a la jurisdicción ordinaria, la STC 174/1995 afirmó que el artículo 38.2, párrafo primero, de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, que imponía un arbitraje obligatorio e imperativo, excluyente del acceso a la jurisdicción, resultaba contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. Allí se afirmó además que “[n]o se opone a esta conclusión el posible control final por los órganos judiciales, a que aluden el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal con referencia al recurso de nulidad del laudo previsto en el art. 45 de la Ley de Arbitraje. La objeción tendría consistencia si dicho control judicial no estuviera limitado -como lo está- a su aspecto meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida al arbitraje; pero al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 y Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 C.E.” Por el contrario, como recuerda la STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 5 B), “de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, el arbitraje obligatorio no resulta conforme al derecho a la tutela judicial efectiva cuando el control judicial sobre el laudo previsto en la ley se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto sometido a la decisión arbitral (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3; y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Hemos de entender, en cambio, que el arbitraje obligatorio sí resulta compatible con el derecho reconocido en el art. 24.1 CE cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión”. Decisión que se reitera en la STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 5 c). De este modo un arbitraje obligatorio para una de las partes en la controversia resultaría plenamente compatible con el artículo 24.1 CE si “en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado, ya que no es otro que ‘procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto, que ve aliviada su carga de trabajo’ (STC 217/1991, de 14 de noviembre, FJ 6)”. [SSTC 119/2014, FJ 5 B), y 8/2015, FJ 5 c)]. (...)» «4. (...). Así configurado, el derecho reconocido al asegurado por el artículo 76 e) LCS y la correlativa obligación del asegurador de someterse a dicho arbitraje debe cohererarse con las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tal como ya se señaló en la citada STC 119/2014. Solo en caso de no ser ello posible, la norma cuestionada no sería compatible con los preceptos constitucionales que se invocan por el órgano judicial como vulnerados. La posible vulneración del artículo 24 CE no vendría dada tanto por el hecho de que el contrato de defensa jurídica haya de someterse inicialmente a un procedimiento arbitral, sino, más precisamente, por impedir su posterior acceso a la jurisdicción, ya que la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales (arts. 40 y ss. de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje), con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo. En este sentido, no cabe duda de que una mera revisión formal solo puede ser compatible con las exigencias del artículo 24 CE cuando la decisión arbitral es consecuencia de un verdadero y real convenio arbitral, entendido éste como la manifestación expresa de la voluntad de ambas partes de someterse a él y en consecuencia al laudo que se obtenga. Así se afirmó en la STC 174/1995, FJ 3, y se reiteró en la STC 75/1996, FJ 2, “ese control excluye las cuestiones de fondo, ya que al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 y Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE”. No puede decirse, ciertamente, que la sumisión a arbitraje de las eventuales diferencias entre asegurado y asegurador en los términos del artículo 76 e) LCS, imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva. Responde tanto a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para la solución de conflictos, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, así como, preferentemente, a la de otorgar una especial protección al asegurado en su condición de consumidor, en tanto que el objeto del seguro es la prestación a favor de este, de los servicios de defensa jurídica frente a terceros. Sin embargo, el servicio a un fin

tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada». Considera el Alto Tribunal que es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE que exige que toda renuncia a dicho derecho de acceso a la jurisdicción conste de manera explícita, clara, terminante e inequívoca, determinación que no concurre cuando se ha impuesto al asegurador de manera obligatoria el arbitraje a voluntad del asegurado.

Sobre este último extremo es muy interesante el análisis que realiza el profesor LA CASA GARCÍA²⁸. Después de estudiar la doctrina del TC en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución y con la concepción, naturaleza y fundamento del arbitraje, analiza la constitucionalidad del arbitraje en los siguientes supuestos:

constitucionalmente lícito no justifica en este caso la consecuencia jurídica cuestionada, la restricción al derecho fundamental que el arbitraje obligatorio supone. Dicha restricción deriva de que el sometimiento de la cuestión a arbitraje se impone por la sola voluntad de una de las partes del contrato, de modo que establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial de la otra que es contrario al derecho de todas las personas "a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos" (en similares términos, STC 174/1995, FJ 3). Dos son los efectos que se derivan del precepto: el primero, la obligación de una de las partes, por voluntad de la otra, de someter la cuestión a arbitraje y, por tanto, a estar y pasar por lo decidido en el laudo, y el segundo, el efecto de impedir a los jueces y tribunales conocer del litigio sometido a arbitraje, pues el control judicial del laudo arbitral no comprende el fondo del asunto. Por tanto, la imposición de un arbitraje como el previsto en el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). El precepto ha eliminado para una de las partes del contrato la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, en cuanto fija una vía alternativa excluyente de la jurisdiccional, cuya puesta en marcha depende únicamente de la voluntad de una de las partes. Como recuerda la STC 174/1995, FJ 3, "la primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella". Por ello, resulta contrario a la Constitución que la Ley de contrato de seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, denegándole la posibilidad en algún momento de solicitar la tutela jurisdiccional».

²⁷. Puede verse el comentario crítico de esta Sentencia: CAÑAS MATA, C., "Comentario de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 1/2018 de 11 de enero", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 33, Madrid, 2018, págs. 155-160.

²⁸. LA CASA GARCÍA, R., "Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio", *Revista de Derecho Patrimonial*, número 47, Aranzadi, 2018, págs. 21-28.

- Se considera contrario a la Constitución la imposición legal del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos sin posibilidad alguna de elusión por las partes, esto es, sin admitirse bajo ningún concepto que estas puedan acordar el conocimiento de la controversia en cuestión por los órganos integrantes del poder judicial. Solo sería admisible si se configurase como una mera instancia previa, que no impidiera una revisión judicial posterior que afectara sin límite al fondo del asunto;
- Es igualmente contrario a la Carta Magna el establecimiento de un arbitraje obligatorio, con el correspondiente efecto de excluir la vía judicial, salvo que las partes contratantes hagan explícita su voluntad en contrario. El Tribunal Constitucional no admite ningún tipo de limitación o restricción al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en lo concerniente al acceso a los órganos jurisdiccionales en orden a la resolución de controversias. Si una parte unilateralmente no tiene la opción de acudir a los tribunales, el arbitraje se reputa contrario a la Constitución;
- Es inadmisiblemente constitucionalmente el arbitraje que se configura como un derecho unilateral de una de las partes que puede instar el proceso arbitral sin que sea necesario la voluntad de la otra. Para el Alto Tribunal este caso, aunque el interés que se pretende proteger sea digno de una tutela especialmente reforzada, la imposición unilateral del arbitraje sería claramente inconstitucional;
- Por el contrario, sí se admite la constitucionalidad del caso en que el legislador pueda llegar a atribuir al silencio de las partes el efecto consistente en la aplicabilidad del arbitraje como mecanismo de resolución de sus controversias. Se presume legalmente la voluntad de las partes de someter la controversia a arbitraje, pero con la relevante singularidad de que se puede evitar dicho resultado por cualquiera de las partes mediante una manifestación expresa en tal sentido.

A la luz de esta doctrina del TC creo que se puede concluir que la naturaleza jurídica del arbitraje es compleja o mixta. Por un lado, hay un indiscutible aspecto negocial o contractual, puesto que resulta imprescindible el acuerdo de las partes para la propia existencia del arbitraje. Si no hay pacto entre las partes, no puede haber arbitraje. Este convenio abarca también la asunción de la relación jurídica que surgirá entre las

partes y los árbitros que terminen siendo designados. De igual forma, la voluntad de las partes irá determinando el desarrollo del proceso arbitral, como se deduce de las múltiples ocasiones en las que la LA da preferencia a lo que las partes decidan frente a la imposición de una norma imperativa. Pero, al mismo tiempo, es innegable que el arbitraje implica el desarrollo de un auténtico procedimiento, en el que se aplican principios y reglas típicamente procesales, y cuyo resultado final, el laudo, se ve revestido de unos efectos reconocidos por la Ley que permiten calificar al arbitraje de un verdadero *equivalente jurisdiccional*. Abundando en esta tesis mixta respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje conviene citar este párrafo del voto particular que a esta STC de Pleno 1/2018 formuló el Magistrado XIOL RIUS: «1. *El arbitraje es un medio alternativo de resolución de controversias, pero no un equivalente jurisdiccional. Estoy en desacuerdo con la naturaleza que la sentencia de la que disiento atribuye a la institución de arbitraje. Parece considerar que es simplemente un sucedáneo del ejercicio de la función jurisdiccional, "un equivalente jurisdiccional", como así lo denomina, cuando como medio alternativo de resolución de controversias constituye una institución con contenido propio. Es cierto que inicialmente la doctrina constitucional explicó su naturaleza como "equivalente jurisdiccional" (SSTC 43/1998, 233/1988, 288/1993, 176/1996), pero posteriormente tan desafortunada expresión de ha ido matizando gracias a una jurisprudencia constitucional que ha ido evolucionando hacia una doctrina mixta, en la que, como elemento esencial, se subraya la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes; y, como lógica consecuencia, se admite el carácter jurisdiccional de sus efectos. El fundamento del arbitraje radica, pues, en la voluntad de las partes, si bien para su efectividad requiere de la asistencia judicial, dado que no tendría sentido un mecanismo de resolución de conflictos cuyas decisiones no tuvieran carácter ejecutivo o carecieran del valor de cosa juzgada y no pudieran invocarse con tal carácter ante los poderes públicos y ante los tribunales. [...] en nuestra Constitución el arbitraje no tiene asiento en el art. 24, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, sino en el art. 10 CE que proclama la dignidad y la autonomía de la persona, en relación con otros preceptos en los que se desarrolla este principio (por ejemplo, los arts. 33 y 38 CE). Esta es, por otro lado, la doctrina sentada en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, que haríamos bien en no abandonar. Como ejemplo puede citarse la STC 9/2005, de 17 de enero. En ella se declara que el arbitraje es un*

medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento. Este modo de comprender la naturaleza del arbitraje permite configurar adecuadamente como características esenciales de esta institución la neutralidad, la prevalencia de la autonomía privada y el establecimiento de una intervención judicial limitada y reglada, fundada, a su vez, en el principio de Kompetenz-Kompetenz y en la presunción en favor de la correcta actuación del órgano arbitral en cuanto a los límites y ejercicio de sus facultades decisorias. La sentencia de la que discrepo asume sin mayores explicaciones la teoría de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y con ello empaña, a mi juicio, la aplicación plena de estos principios. Entre otras cosas, no permite explicar bien el abandono de las facultades inherentes al ejercicio de la jurisdicción, ni la sumisión a la autonomía privada de aspectos relativos a su ejercicio, ni la autonomía de los árbitros para decidir sobre el ámbito de su decisión sin otro control que el limitado a posteriori. [...] [la concepción jurisdiccional del arbitraje impide] considerar la posible influencia de otros principios y valores constitucionalmente protegidos. En el arbitraje no debe verse una suplantación de las decisiones judiciales, sino una institución de rango fundamental en un sistema jurídico basado en la libertad, con respecto a la cual la actividad judicial aspira a mantener el minimum de protagonismo, solo el necesario para garantizar la resolución pacífica de aquellas situaciones de conflicto jurídico que el propio arbitraje no puede resolver por sí mismo (bien por ser necesaria una actividad ejecutiva de restricción de los derechos de las partes no consentida por éstas, bien por faltar presupuestos o requisitos básicos para la existencia o validez del arbitraje). [...] [una] configuración del arbitraje como un sistema de resolución de conflictos de naturaleza mixta, es decir, basado en el principio de autonomía de la voluntad (art. 10 CE) que se apoya en su fuerza ejecutiva, en su efecto de cosa juzgada y en la posibilidad de control judicial de las garantías esenciales del procedimiento"».

Finalmente, hay que citar la STC 17/2021, de 15 de febrero, que, al tratar el alcance de la consideración del arbitraje como un equivalente jurisdiccional, aclara, a propósito de la valoración de algunas resoluciones de TSJ que anulan laudos por considerar que su insuficiente motivación supone una vulneración del orden público, que:

«Puede que la confusión que este tribunal viene observando en algunas sentencias, como la que ahora se ha recurrido en amparo, haya sido originada por la utilización en nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo; 288/1993, de 4 de octubre; 174/1995, de 23 de noviembre, y 176/1996, de 11 de noviembre) –y luego reiterada en posteriores– de la expresión «equivalente jurisdiccional» para referirnos al arbitraje. Si esa fuera la causa, es necesario aclarar desde este momento que tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral».

Cualquiera que sea la postura que se adopte acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, lo que resulta incuestionable es la literalidad de los diversos preceptos de la Ley de Arbitraje a que antes he hecho referencia, y la clara voluntad del legislador de otorgar al proceso arbitral las mismas consecuencias que al judicial. Y, a los efectos de la materia que ahora nos ocupa, eso es lo fundamental.

CAPÍTULO II. INSCRIPCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

I.- El convenio arbitral. Concepto y naturaleza

Una aproximación al concepto de convenio arbitral nos la ofrece el artículo 9.1 LA: *«El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual».*

Partiendo del contenido LA de 2003, VERDERA SERVER²⁹ define el convenio arbitral como *«aquél contrato en cuya virtud las partes someten a arbitraje todas o algunas de las controversias surgidas o que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica».*

El convenio en sí mismo considerado tiene una clara naturaleza contractual³⁰. Como nos aclara DÍEZ-PICAZO³¹, hay que partir de que la palabra contrato puede referirse al acto jurídico que los contratantes realizan o al resultado normativo o reglamentario que ese acto genera. Visto así, señala este autor, *«desde el primero de los puntos de vista mencionados, el contrato se nos aparece como un acto jurídico, es decir, como una acción de los interesados a la cual el ordenamiento atribuye unos determinados efectos jurídicos. Desde el segundo de los puntos de vista apuntados, el contrato se nos aparece como un precepto o como una regla de conducta (lex contractus; la regla*

²⁹. VERDERA SERVER, R., *El convenio arbitral*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 34 y 35.

³⁰. En este sentido, es constante la jurisprudencia del TS que confirma que en la interpretación del convenio arbitral han de aplicarse las normas del Código Civil previstas para la interpretación de los contratos (véase, por ejemplo, la STS de 27 de mayo de 2007).

³¹. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, 6ª edición, Civitas, Pamplona, 2007, pág. 145.

contractual). *El contrato es, entonces, una determinada disciplina, que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta*».

Quizá el convenio arbitral sea uno de los ejemplos más claros de la faceta de autorregulación de los intereses de las partes, siguiendo en este sentido el clásico concepto de BETTI³²: *«acto por el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)»*. Pero no debe olvidarse que ese contrato se enmarca en la institución arbitral que tiene una faceta procedimental evidente y que, en su conjunto, según se ha señalado antes, ha sido calificada por nuestro TC como un equivalente jurisdiccional. Como afirma VERDERA SERVER³³, *«se acostumbra a señalar que el arbitraje, como institución, consta de tres elementos esenciales: el convenio arbitral, el contrato de dación y recepción del arbitraje (receptum arbitrii) y el procedimiento arbitral. Puede existir un convenio arbitral sin receptum arbitrii y sin procedimiento arbitral, pero esto no puede calificarse rigurosamente de arbitraje, porque este solo existe cuando se dan los tres componentes. Sin convenio arbitral, no hay, pues, arbitraje»*.

Siguiendo a MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA³⁴, se pueden destacar como principales caracteres del convenio arbitral los siguientes:

1. Consensualidad: se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.
2. Libertad de forma: la exigencia impuesta por el artículo 9.3 LA de que el convenio conste por escrito lo es solo *ad probationem*. Además, se admiten todo tipo de formatos para la constancia del convenio.
3. Puede ser bilateral o multilateral.
4. Tiene finalidad resolutoria de una controversia ya existente o que pueda surgir en el futuro.

³². BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, traducción de MARTÍN PÉREZ, A., Comares, Granada, 2000, pág. 57.

³³. VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, págs. 15 y 16.

³⁴. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.A., *op. cit.*, págs. 256 a 259.

5. Es indivisible de la institución arbitral: no es un fin en sí mismo, sino un presupuesto de la institución arbitral.
6. Independencia del convenio arbitral respecto del contrato en el que se inserta: la nulidad del contrato no afecta al convenio arbitral.
7. Puede constituir un contrato independiente o ser una cláusula de otro contrato.

El efecto esencial del convenio arbitral se expresa en lo establecido en el artículo 11.1 LA: *«El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria»*. Se puede, en realidad, hablar de un doble efecto. Un efecto positivo que, como señala VERDERA SERVER³⁵, implica *«una pluralidad de efectos: la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas»*. Y, por otro lado, un efecto negativo que se expresa en la posibilidad que se reconoce a cualquiera de las partes de hacer uso de la declinatoria para impedir a los tribunales de justicia conocer de las cuestiones que, según el convenio, se han comprometido a resolver mediante arbitraje. No es este el marco adecuado para analizar en profundidad la declinatoria, pero sí conviene destacar que su naturaleza es de carácter procesal y que, como confirma la STS de 24 de noviembre de 2017: *«Pese a que el estudio del problema orgánico procesal (incompetencia de jurisdicción por existencia de sumisión a arbitraje) requiera aplicar normas de interpretación de la cláusula compromisoria como cuestión previa que condiciona y, en su caso, impide la resolución de la cuestión objeto del proceso, la impugnación de la SAP no puede realizarse mediante el recurso de casación, pues dicho examen no se refiere al «objeto del proceso» que menciona el art. 477.1 de la LEC, sino que es un examen anticipado que se realiza a los únicos efectos de decidir si puede resolverse la cuestión procesal. No solo la incompetencia de jurisdicción, sino la cosa juzgada, la litispendencia, el litisconsorcio o la inadecuación del procedimiento, requieren una ponderación y tratamiento de aspectos materiales, lo que no obsta para*

³⁵ . VERDERA SERVER, R., *op. cit.*, págs. 356 y 357.

que deban resolverse con carácter previo a la cuestión litigiosa que constituye el fondo del asunto y que la impugnación de la decisión que sobre tal cuestión haya adoptado la Audiencia Provincial deba realizarse por el cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, no del recurso de casación».

Lo que sí conviene aclarar en relación con la declinatoria es el alcance y profundidad de análisis y revisión del convenio arbitral que deberán hacer los jueces cuando resuelvan respecto de dicha declinatoria. La cuestión ha sido claramente deslindada por la STS de 27 de junio de 2017: *«1.- La cuestión planteada en el recurso hace referencia al alcance del principio kompetenz-kompetenz (competencia para decidir sobre la propia competencia) contenido en el art. 22 de la Ley de Arbitraje en relación con los dos primeros apartados del art. 11 de dicha ley y a los arts. 39 y 63.1 de la LEC, que prevén que, en caso de haberse presentado una demanda ante un órgano judicial, la existencia de convenio arbitral ha de plantearse mediante declinatoria, sin que el juez pueda apreciar de oficio su falta de jurisdicción por tal causa. 2.- Existen dos tesis sobre esta cuestión. La primera sería la llamada “tesis fuerte” del principio kompetenzkompetenz, que es la que sostiene el recurrente, conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia. La segunda sería la llamada “tesis débil”, según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio. 3.- Este tribunal considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio kompetenzkompetenz en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje. (...). 6.- La conclusión*

de lo expuesto es que si se ha iniciado un litigio judicial en el que se ha planteado, por medio de declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio. 7.- Lo expuesto es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del arbitraje, los árbitros, conforme a lo previsto en el art. 22 de la Ley de Arbitraje, son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto solo puede ser revisada mediante la acción de anulación del laudo, con base en los motivos de impugnación previstos en los apartados a, c y e del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje».

II.- ¿Cabe la inscripción del convenio arbitral?

Como se deduce con claridad del artículo 9 LA, el arbitraje nace de un acuerdo de voluntades que se recoge en lo que se denomina "convenio arbitral". Sin dicho acuerdo las partes no están obligadas a resolver la controversia por la vía arbitral, y siguen teniendo expedito el acceso a la jurisdicción. Ello implica que los efectos del convenio no se extienden a terceros que no lo hayan suscrito³⁶, en aplicación del principio de relatividad de los contratos que consagra el párrafo primero del artículo 1257³⁷ del Código Civil, aprobado por RD de 24 de junio de 1889, . Aunque no es este el momento de estudiar en profundidad el convenio arbitral, sí que resulta procedente plantearnos si es conveniente, y si es posible, su inscripción en el Registro.

³⁶. Respecto a la posibilidad de que los efectos puedan hacerse extensivos a terceras personas a través de instrumentos como la representación, el levantamiento del velo societario o la pertenencia al mismo grupo societario que la sociedad firmante del convenio, puede verse MOSCARDÓ MORALES-VARA DEL REY, M., "Incorporación de partes adicionales no firmantes", *Anuario de arbitraje 2016*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 244-260.

³⁷. Señala este artículo: «Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la Ley».

Como afirma AMORÓS GUARDIOLA³⁸, «los efectos de la publicidad y especialmente de la publicidad registral, consisten en la posibilidad de que lo publicado sea conocido por todos. La posibilidad de conocimiento es eso que los autores llaman cognoscibilidad. Posibilidad de conocimiento no significa que lo publicado por el Registro se conozca necesariamente. Lo importante no es el conocimiento efectivo de los datos registrales, cuestión de hecho subjetiva, sino la posibilidad de conocimiento. El Ordenamiento organiza un sistema a través del cual es posible el conocimiento general de ciertas situaciones. Pues bien, como estas situaciones se pueden conocer y como, en tanto en cuanto afecta a los terceros, se deben conocer, dichos terceros no pueden alegar desconocimiento de aquellas». Dice PAU PEDRÓN³⁹ que siempre existe un conflicto de intereses entre el titular del derecho y el tercero, y que «la oponibilidad derivada del contrato resuelve ese conflicto de manera desequilibrada, protegiendo solo a uno de los interesados». Como el propio autor indica, para entender el conflicto hay que citar a EHRENBURG⁴⁰ y a la distinción que hace entre: «La seguridad jurídica (en el estricto sentido de la expresión) consiste en que no puede llevarse a cabo una modificación desfavorable de la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de esta. La seguridad del tráfico consiste en que la previsiblemente favorable modificación de las relaciones patrimoniales de una persona no puede frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas a esa persona».

La primera duda que debemos resolver es la de si por su inscripción en el Registro el convenio adquiere eficacia frente a terceros. Es decir, si hemos dicho que el convenio arbitral obliga a las partes que lo firman a someter sus controversias a arbitraje, una vez que se ha inscrito, ¿también vinculará a los terceros adquirentes con los mismos efectos que a los firmantes? Imaginemos una cláusula arbitral recogida en un contrato de arrendamiento de un piso, o en unos estatutos de un edificio dividido en propiedad

³⁸. AMORÓS GUARDIOLA, M., "Seguridad jurídica y publicidad registral", en *Estudios Jurídicos*, Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, pág. 357.

³⁹. PAU PEDRÓN, A., *La prioridad registral: un nuevo enfoque*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2004, pág. 29.

⁴⁰. EHRENBURG, V., *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, traducción de PAU PEDRÓN, A., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2003, pág. 36.

horizontal o en los estatutos de una sociedad mercantil. Si ese arrendamiento se inscribe, o esos estatutos acceden al Registro incluyendo la referida cláusula, el comprador de alguna de esas fincas o el nuevo socio que adquiera participaciones o acciones de la sociedad ¿se verá también obligado a acudir a un procedimiento arbitral para solventar disputas que caigan dentro del ámbito del convenio arbitral?

Podríamos responder que no. Para ello basta con que aludamos a dos razones. Primero al hecho de que el arbitraje, por esencia, solo existe si hay convenio expreso de las partes⁴¹. Consecuentemente, no puede quedar sometido a arbitraje quien no ha prestado su consentimiento específico al efecto. En segundo lugar, cabría argüir que la cláusula o convenio arbitral tendría un mero carácter obligacional, con lo que no sería posible su acceso al Registro (artículos 1, 2 y 98 de la Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946). Por tanto, el convenio arbitral no sería inscribible, y, si por error accede al Registro, no quedaría amparado por los efectos propios de la publicidad registral, debiendo el registrador proceder a su cancelación en los términos del artículo 98 LH.

En esta línea se mueve SANS TORRES⁴², que sostiene que, mientras en el caso del arbitraje societario no hay dudas de que la inclusión del convenio arbitral en los estatutos sociales implica que los socios que se incorporen a la sociedad con posterioridad por vía de adquisición de acciones o participaciones se verán vinculados por dicho convenio arbitral, en el caso del Registro de la Propiedad no está nada claro que un

⁴¹.- La STC 136/2010, de 2 de diciembre de 2010, que antes ya he citado, dice expresamente: «Este Tribunal ha reiterado, en relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio. A esos efectos, se ha incidido en que dicha renuncia debe ser explícita, clara, terminante e inequívoca y si bien, por la protección que se debe dispensar a la buena fe, se ha declarado que la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (por todas, STC 65/2009, de 9 de marzo, FJ 4). Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje (por todas, STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3)”. En esa misma línea de situar el acuerdo libre de las partes en la base de la institución arbitral, puede verse la STC de Pleno 1/2018, de 11 de enero.

⁴². SANS TORRES, J., "Los efectos registrales del laudo", en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, coordinado por VÁZQUE ALBERT, D. y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 121-144.

convenio arbitral pueda tener acceso a los libros registrales porque carece de trascendencia real, dado que no encaja en ninguno de los supuestos previstos en los artículos 2 de la Ley y 7 del Reglamento Hipotecario, y además no puede considerarse una carga que grave la finca. A lo sumo lo considera más viable en el supuesto de la propiedad horizontal, en tanto que, si se incorpora como cláusula de los estatutos, mediante su inscripción vinculará a los futuros adquirentes de los pisos, guardando cierta semejanza con el caso del arbitraje societario.

Por el contrario, son favorables a la inscripción de los convenios arbitrales otros autores como GRAYBET⁴³, o LÓPEZ MEDEL⁴⁴, señalando este último que no aprecia obstáculos en la legislación vigente para dicha inscripción, si bien la analiza específicamente en el ámbito de la propiedad horizontal. También se muestra favorable a la inscripción CAMPO VILLEGAS⁴⁵, quien defiende la eficacia del convenio arbitral para los socios de una sociedad en cuyos estatutos aparezca o para los adquirentes de pisos o locales en propiedad horizontal cuando la correspondiente cláusula estatutaria así lo prevea, pero siempre en ambos casos, para que se produzca esta sucesión jurídica es necesario que el convenio arbitral figure inscrito en el Registro Mercantil o en el de la Propiedad. Incluso este mismo autor llega a afirmar de forma categórica y sin mayores distinciones que en el arbitraje inmobiliario, «...una vez inscrito el convenio arbitral, su existencia se impondrá con arreglo a la eficacia de los principios hipotecarios de nuestro sistema».⁴⁶

⁴³. GRAYBET, D., "La publicidad del laudo arbitral. Notificación y acceso a los Registros Públicos", *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, año XXXVI, número 77 (2ª época), noviembre de 2001, págs. 3087 a 3090.

⁴⁴. LÓPEZ MEDEL, J., "Acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas, convenios y laudos arbitrales", *RCDI*, año LXXIX, número 679, septiembre-octubre de 2003, Madrid, págs. 2817 a 2840.

⁴⁵. CAMPO VILLEGAS, E., "Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un Notario. Cuestiones en la nueva Ley", *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña*, nº 1, Barcelona, 2007, págs. 553-630.

⁴⁶. CAMPO VILLEGAS, E. "Arbitraje y Registro", *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Tomo II, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 1608.

También conviene citar en esta misma línea a MATEO Y VILLA⁴⁷. Para este autor, «(i) el convenio arbitral puede acceder a los Registros de la Propiedad y Mercantil en los mismos casos en que proceda la de los estatutos de una cierta titularidad registral; (ii) a contrario, solo cuando sea posible el acceso de los estatutos al registro será también posible el del convenio; admitido el acceso de los estatutos regulatorios de una titularidad se admitirá igualmente el del convenio; (iii) el convenio arbitral forma parte de los estatutos, lo que en correspondencia registral supone que aquel no da lugar a un asiento propio sino que forma parte del que se extiende a estos. Y para el caso de que el convenio constituya una modificación de los estatutos preexistentes, el registrador exigirá las mayorías que le resulten de aplicación de acuerdo con las disposiciones generales o especiales que sean de aplicación».

Por mi parte, no creo que en la actualidad sea posible mantener la tesis de que la cláusula arbitral no puede tener acceso al Registro de la Propiedad por carecer de trascendencia real. Desde luego no hay dudas sobre su inscribibilidad en el Registro Mercantil después de la última reforma de la Ley de Arbitraje. Ya comentaba años antes de la reforma respecto de los efectos de la inscripción del pacto de sumisión a arbitraje en los estatutos sociales FERNÁNDEZ DEL POZO⁴⁸: «El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio: el haz complejo de derechos y obligaciones que integra esa posición social y que en las sociedades anónimas puede incorporarse a un valor negociable "porta" esa cláusula de compromiso como algo propio e inherente. Si esto es así, toda novación subjetiva en la persona del socio provoca una subrogación en la posición del anterior (figura enteramente similar a una "cesión de contrato"): tanto en las sociedades personalistas (inscritas) como en las capitalistas la transmisión de la condición de socio entraña para el adquirente la sujeción sobrevenida al compromiso arbitral. No puede pretender el nuevo socio que con la adquisición se adhiere al contrato societario ignorar el pacto compromisorio alegando no haber sido parte originaria.(...) Que la cláusula compromisaria obliga a los socios presentes y futuros no quiere,

⁴⁷. MATEO Y VILLA, I., "Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje". *RCDI*, número 743, mayo-junio 2014, Madrid, págs. 1169-1170.

⁴⁸. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral", *RCDI*, núm. 612, septiembre-octubre de 1992, págs. 2041-2042.

obviamente, decir que les vincule por cualquier causa: si un socio presta o vende una finca a la sociedad, las posibles controversias derivadas del contrato de préstamo o compraventa no están cubiertas por una cláusula compromisoria societaria, sin perjuicio de que el socio y la sociedad, a través de su órgano de administración, pacten la sumisión a árbitros de aquellas. Y es que por su ámbito objetivo las cláusulas vinculan a socios (ámbito subjetivo) en relación a las controversias derivadas del contrato de sociedad».

Y si no existen dudas en el ámbito del Registro Mercantil, tampoco debe haberlas en el de la Propiedad. Es verdad que el convenio arbitral recoge la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Pero esa voluntad o consentimiento debe entenderse prestado cuando se adquiere un derecho real cuyo contenido registral incorpora la cláusula de arbitraje. Y es que la decisión de las partes que constituyen o modifican un derecho real de someter las controversias que puedan surgir en el ejercicio de dicho derecho a arbitraje, tiene una clara incidencia en su configuración. Si, por ejemplo, se constituye un derecho de superficie para la explotación de un aparcamiento subterráneo por plazo de cincuenta años, y se pacta que las controversias que puedan surgir entre los titulares de la finca y los del derecho de superficie a lo largo de la vida de dicho derecho, así como en el momento de su extinción y de la reversión de lo edificado al dueño del suelo, se resolverán por medio de un procedimiento arbitral, es obvio que este pacto delimita y configura el derecho de superficie y el del dueño del suelo. Por tanto, tiene un claro carácter jurídico real y es susceptible de inscripción. Si el titular del suelo vende la finca, el adquirente debe saber que existe un derecho de superficie, y que dicho derecho tiene, entre otras notas definitorias, la particularidad de que las controversias se han de solventar por vía arbitral. Y si el comprador, conociendo a través del Registro tal extremo, compra, es evidente que está en ese momento aceptando el convenio arbitral. Por tanto, la inscripción le da al convenio eficacia frente a terceros.

Es verdad que en ámbitos como el de la propiedad horizontal tiene un encaje que nos resulta más coherente porque ya tenemos muy asumido que la titularidad de quien adquiere un piso es una titularidad modelada por un conjunto de estipulaciones que se han recogido en los estatutos de la propiedad horizontal. Pero no debe existir obstáculo para admitir esa configuración compleja de los derechos reales en supuestos distintos al

de la propiedad horizontal. Aunque no sea exactamente lo mismo, podemos traer a colación el ejemplo de lo que ocurría antes de la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, con las cláusulas de sumisión expresa en los procedimientos de ejecución hipotecaria en los casos del artículo 131 LH. En aquel momento estaban permitidos por la regla 1ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, para el entonces llamado procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, los pactos de sumisión expresa para determinar el juzgado competente. La doctrina y la jurisprudencia de la DGRN⁴⁹ admitían sin reparo la inscripción de los pactos recogidos en las escrituras de constitución de préstamos hipotecarios por los que las partes acordaban cuál sería el juzgado competente a los efectos del procedimiento judicial sumario. Y, por supuesto, a dicho pacto se le reconocía eficacia jurídico real y, por medio de la fuerza del Registro, vinculaba a los terceros que eventualmente accedieran a los libros registrales con posterioridad.

Otro ejemplo significativo de pactos que modulan la forma de ejercicio de un derecho real es el de venta extrajudicial que puede acordarse en la escritura de constitución de hipoteca de acuerdo con lo establecido en el artículo 129 LH como una alternativa al procedimiento judicial de ejecución⁵⁰. Las partes acuerdan que en caso de impago del principal o de los intereses pueda ejecutarse la hipoteca por medio de una actuación extrajudicial que conduce a la enajenación de la finca hipotecada para la satisfacción con el precio obtenido del crédito del acreedor hipotecario. Este pacto es claramente inscribible. Es más, como recuerda la RDGRN 20 de septiembre de 2019, la falta de inscripción de dicho pacto impediría la inscripción de la escritura de venta extrajudicial.

No debemos olvidar que existe un amplio margen de libertad en la creación y configuración de los derechos reales en nuestro ordenamiento, pero han de respetarse las exigencias estructurales en la materia. Así lo confirma la reiterada doctrina de la Dirección General, en RR como la de 26 de abril de 2019 y las que cita: *«con base en el*

⁴⁹. Pueden citarse las RR de 31 de diciembre de 1981 y la de 17 de julio de 1989.

⁵⁰. Para un análisis más detenido de la venta extrajudicial puede verse MICÓ GINER, J., *Hipotecas y venta extrajudicial de inmuebles hipotecados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

criterio de “numerus apertus” que rige en nuestro ordenamiento, se permite no solo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de trascendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. artículos 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia “erga omnes” de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras)». Consecuentemente, si las partes así lo acuerdan no debe haber ningún obstáculo para modular un derecho real introduciendo el pacto de sumisión a arbitraje para resolver las eventuales futuras controversias. Tiene pleno sentido que los dueños del predio dominante y sirviente, al constituir una servidumbre de paso entre ambas fincas, puedan pactar que las disputas que puedan surgir en el futuro en el uso de la servidumbre se resuelvan por medio de arbitraje. Lógicamente, esa cláusula habrá de tener trascendencia real como contenido propio del derecho real y deberá poder acceder al Registro para vincular a terceros adquirentes posteriores.

Por todo ello entiendo que el convenio arbitral, tanto en el arbitraje societario como en el inmobiliario, es susceptible de inscripción. Con dicha inscripción adquiere eficacia frente a los terceros, los cuales se verán obligados a utilizar la vía arbitral en los términos que prevé la Ley de Arbitraje. Por eso pienso que son extensibles al ámbito inmobiliario las conclusiones que ara el arbitraje societario sienta la STS de 9 de julio de 2007: « (...) los Estatutos, como negocio constitutivo que tiene su origen en la voluntad de los fundadores, pueden contener un convenio arbitral para la resolución de controversias de carácter social, el cual, manteniendo el carácter de regla accesoria a

los estatutos o paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, y vincular no sólo a los firmantes, sino, mediante su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad registral, a los socios presentes y futuros, en cuanto constituye uno de los elementos que configuran la posición de socio (...)».

II.- Requisitos para su inscripción

Vista la trascendencia de la inscripción del convenio arbitral, vamos ahora a estudiar los requisitos que serán exigibles para su acceso al Registro:

a) Elementos personales

En cuanto a las partes firmantes del convenio arbitral, dos son las cuestiones que hemos de analizar:

1.- Consentimiento expreso de las partes:

1.1.- Regla general

Del artículo 9 LA resulta con absoluta claridad que solo existe convenio cuando consta la manifestación de voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica. A continuación, el mismo artículo especifica las formas en las que se puede manifestar esa declaración de voluntad. Como señala la STS de 27 de junio de 2017: *«la cláusula de sumisión a arbitraje, para ser tenida por eficaz, es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno*

o más árbitros. 3.- El convenio arbitral es aquel que expresa la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual. Se trata de un negocio jurídico y, como tal, ha de ser objeto de interpretación para poder ser aplicado». Debemos hacer dos matizaciones a este respecto.

En primer lugar, debe señalarse que cuando se trata de un convenio arbitral que pretende acceder al Registro, solo cabe una declaración de voluntad expresa de las partes que lo suscriben. La propia naturaleza y alcance de la calificación registral, así como las exigencias de documentación pública a que luego aludiremos, impiden la admisión de consentimientos tácitos o presuntos.

En segundo término, hay que aludir a algunos casos en los que esta regla general de que el convenio arbitral recoge la voluntad de todas las partes que se someten a arbitraje, se excepciona o matiza considerablemente: el arbitraje societario, en el ámbito de la propiedad horizontal y el testamentario.

1.2. Arbitraje societario

La primera excepción a esta regla general la encontramos en el arbitraje societario. En la resolución de conflictos dentro del marco de las sociedades mercantiles caben dos modalidades de opción por el arbitraje. Por un lado, cabe la inclusión de la cláusula arbitral en los llamados *pactos parasociales*, que se mantienen al margen de los estatutos sociales y que solo resultan vinculantes para las personas que los han suscrito. Obviamente en estos casos se aplican las reglas y principios generales que recoge el artículo 9 de la Ley de Arbitraje. Pero además cabe la posibilidad de que la cláusula de sometimiento a arbitraje se incluya en los estatutos de la sociedad. Así lo establece en la actualidad de forma explícita el artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje, después de la reforma realizada por Ley 11/2011, de 20 de mayo. Naturalmente los estatutos sociales se aprueban por unanimidad en el momento de constituir la sociedad. En ese caso

podemos decir que todos los socios que se ven vinculados por el convenio arbitral han prestado su consentimiento.

Pero ¿qué ocurre si la cláusula se introduce en un momento posterior? Como recuerdan PICÓ I JUNOY y VÁZQUEZ ALBERT⁵¹, parte de nuestra doctrina había defendido la necesidad de que fuera precisa la unanimidad para modificar los estatutos sociales con tal finalidad, dado que los principios esenciales del arbitraje no cuadran con el hecho de que una mayoría obligue a una minoría a someterse a arbitraje. Ha destacado en la defensa de este criterio, con fundamento en la naturaleza jurídica del arbitraje, en la concepción que de la institución ha sostenido el TC y con referencias al derecho comparado, OLIVENCIA RUIZ⁵²: *«Admitir la introducción del arbitraje por acuerdo mayoritario en las sociedades de capital supone imponerlo a la minoría disidente o ausente del acuerdo; privar a los minoritarios del derecho constitucional de acudir a la tutela judicial, porque, por muy “equivalente” que sea –que no lo es el arbitraje– no cabe duda de que se les obliga a ir al “equivalente” y se les veda el acceso a los tribunales para hacer valer sus derechos. No se puede prohibir el modelo de tutela –el judicial– para imponer el equivalente sin la voluntad de todas las partes»*. Incluso el TS, en su Sentencia 776/2007, de 9 de julio de 2007 se manifestó a favor de la unanimidad⁵³. Y esta era también la intención inicialmente recogida en el proyecto de ley.

⁵¹. PICÓ Y JUNOY, J. y VÁZQUEZ ALBERT, D. "La revitalización del arbitraje societario", en *op. cit.*, *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, págs. 92 y 93.

⁵². OLIVENCIA RUIZ, M., "El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003", *Revista Jurídica de Cataluña*, número 4, octubre-diciembre de 2012, Barcelona, págs. 1005-1030.

⁵³. Afirma el Alto Tribunal en el fundamento de derecho tercero: *«La conclusión a que debe llegarse es que la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje para resolución de los conflictos sociales o una ampliación de su ámbito objetivo, en cuanto comporta una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que puede hacerse valer por la vía del amparo, según la jurisprudencia constitucional que acaba de exponerse, exige el requisito de la aceptación de los afectados. En el caso examinado resulta evidente que la cláusula arbitral se adoptó sin el consentimiento de los demandantes, dos de los cuales habían sido excluidos como socios y otro votó en contra, por lo que frente a ellos no puede ser opuesta con buen éxito la excepción correspondiente, pues la cláusula arbitral que habían aceptado es la contenida en los estatutos originarios, la cual expresamente excluía la impugnación de los acuerdos sociales»*

Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria, en aras a la consecución del objetivo fundamental que perseguía la ley, y que no era otro que el de fomentar esta modalidad de arbitraje, se optó definitivamente por un sistema de mayorías reforzadas, siguiendo así la tesis que actualmente defiende la mayoría de la doctrina⁵⁴. En concreto el artículo 11 bis, 2 exige al menos el voto favorable de dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital social. Como recuerda la Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español del Arbitraje, «...una vez obtenida la mayoría cualificada de dos tercios de las acciones o participaciones, exigida por el artículo 11 bis 2 de la Ley de Arbitraje, el acuerdo obligará a todos sus socios, incluso aquellos que no hayan votado a favor ..., los cuales, si en el futuro desearan entablar alguna nueva acción contra la sociedad, los administradores o los otros socios, deberán hacerlo en vía arbitral. Y a la inversa: si ellos resultan demandados, no podrán negar la sujeción a la cláusula arbitral, pues ésta ha sido válidamente aprobada por la sociedad e insertada en los estatutos.»⁵⁵. Con buen criterio el legislador no ha previsto que los socios disidentes tengan el derecho de separación, que solo existirá en caso de que en los estatutos sociales se reconozca expresamente.

Como acabamos de ver el legislador ha optado por el sistema de mayorías reforzadas. En concreto ha tomado como referencia el artículo 199, b) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en el que se fija el régimen de mayoría especial exigida para los

⁵⁴. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral", *op. cit.*, pág. 2045; PERALES VILLACASILLA, P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003, de arbitraje y Derecho Societario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, págs. 213 y siguientes; RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2010, págs. 252 y ss.; CALAZA LÓPEZ, S., "El arbitraje societario", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, número 21, Madrid, 2003, págs. 193-214; CAMPO VILLEGAS, E., "Temas de arbitraje societario vistos por un notario", *La Notaría*, número 47-48, Madrid, 2007, págs. 13-56; GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad", *Revista de Derecho de Sociedades*, número 32, Cizur Menor (Navarra), 2009, págs. 2-51; ILLESCAS ORTIZ, R., "No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, número 1, 2008, págs. 33-42; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", *Anuario de Justicia Alternativa*, número 10, Barcelona, 2010, págs. 11-65; y, PIZARRO MORENO, E., "Reflexiones en torno a la evolución del arbitraje en las sociedades mercantiles. Crónica de un problema resuelto", *Revista de Derecho Patrimonial*, número 25, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 25-45.

⁵⁵. *Informe sobre el arbitraje societario en España*, elaborado por una comisión de expertos promovida por el Club Español del Arbitraje, Madrid, 22 de febrero de 2013, parágrafos 69 y 71.

acuerdos más trascendentes dentro de una sociedad limitada (fusión, transformación o exclusión de un socio, entre otros). Esa mayoría está referida, no al número de votos presentes en la junta general, sino al total de las participaciones en que se divide el capital (en concreto dice el citado artículo 199, b): «*dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social*»).

La adopción de esta regla con carácter general para todo tipo de sociedades a la hora de introducir en estatutos la cláusula arbitral, supone en la práctica hacer inviable tal supuesto en las sociedades anónimas. Pensemos que en una sociedad anónima mediana o grande (o todavía peor, en el caso de una sociedad cotizada) es imposible la concurrencia a una junta de un volumen tan elevado de votos. Lo correcto hubiera sido dar a esta modificación de estatutos el tratamiento que la LSC otorga a las modificaciones ordinarias de estatutos⁵⁶. Pero sin duda han pesado aquí una vez más los prejuicios anti arbitrales que tan frecuentemente salen a relucir en España, y que hemos visto plasmados en parte de la doctrina y en alguna STS. Conviene recordar otra vez que el arbitraje no implica ninguna restricción de derechos de los socios. No son aceptables las afirmaciones recogidas en la STS de 9 de julio de 2007, cuando dice que el arbitraje «*comporta una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial*». Nada más lejos de la realidad. Una atenta lectura de la jurisprudencia del TC (incluida la sentencia 9/2005, de 17 de enero, que es invocada por el Tribunal Supremo en la sentencia que ahora estoy criticando) nos debe dejar claro que quienes recurren al arbitraje no están renunciando a las garantías propias de la tutela judicial efectiva. Simplemente están optando por una especial forma de resolución de un conflicto, como manifestación del valor supremo, también garantizado por la CE, de la libertad individual. Su derecho a la tutela judicial efectiva se materializa en la intervención judicial en el arbitraje, singularmente en la designación de los árbitros y en la acción de nulidad del laudo. Si al producirse esta intervención judicial se vulnera el artículo 24 de la CE, tienen obviamente abierta la

⁵⁶. Para las limitadas la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (artículo 199, a), y respecto de las anónimas, que en una junta constituida en primera convocatoria con la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto, se adopte el acuerdo por la mayoría ordinaria de los votos de los accionistas presentes o representados, o con el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de voto sin alcanzar el cincuenta por ciento (artículos 194.1 y 201).

puerta del recurso de amparo. Por tanto, dejémonos ya de resistencias numantinas y favorezcamos entre todos el avance de una institución, el arbitraje, que no hace otra cosa que llevar a la práctica la libre decisión de sujetos privados sobre materias disponibles.

También, a propósito del arbitraje societario, se ha planteado si los administradores, que, cuando no son socios, no han participado en la aprobación de los estatutos sociales, se van a ver vinculados por la cláusula arbitral incluida en los mismos. Pero esta cuestión la analizaré con más extensión al tratar el ámbito objetivo del arbitraje.

Igualmente, creo necesario analizar una compleja cuestión en el caso de las sociedades cotizadas: ¿puede incluirse la cláusula de sumisión a arbitraje en el reglamento de la junta general o en el del consejo de administración? Y, en caso afirmativo, ¿frente a quién surtiría efectos? El artículo 512 de la LSC dispone: «*Carácter obligatorio del reglamento de la junta general. La junta general de accionistas de la sociedad anónima con acciones admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores, constituida con el quórum del artículo 193 o con el superior previsto a este propósito en los estatutos, aprobará un reglamento específico para la junta general. En este reglamento podrán contemplarse todas aquellas materias que atañen a la junta general, respetando lo establecido en la ley y los estatutos*». Y el artículo 528 de la misma Ley: «*Carácter obligatorio del reglamento del consejo de administración. En las sociedades anónimas cotizadas el consejo de administración, con informe a la junta general, aprobará un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del propio consejo, de acuerdo con la ley y los estatutos, que contendrá las medidas concretas tendentes a garantizar la mejor administración de la sociedad*». De acuerdo con los artículos 513 y 529 de la LSC, dichos reglamentos, después de dar la preceptiva comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se inscribirán en el Registro Mercantil con arreglo a las normas generales y, una vez inscrito, se publicará por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Como señalaba antes, la primera cuestión a resolver es la de si es posible recoger en estos reglamentos que se inscriben en el Registro Mercantil, una cláusula de

sometimiento a arbitraje. Señala OLAIZOLA MARTÍNEZ⁵⁷ que, con respecto al reglamento de la junta general *«Lo que ante todo hay que cuestionar es que semejante cláusula sea incluíble en el mismo, puesto que no parece que la impugnación de sus acuerdos sea una materia que atañe a la Junta general. Una vez adoptado el acuerdo por la misma, la cuestión de su impugnación ya no le “atañe” en un sentido estricto (como tampoco, por ejemplo, la de su formalización y ejecución). Además, y en cuanto a la impugnación de acuerdos sociales por los socios, estamos ante uno de los derechos mínimos del socio, como establece el artículo 48, apartado segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas, y no cabe entender que sea materia propia del reglamento de la Junta el determinar el modo de ejercicio de este derecho»*. Por el contrario, sí considera este autor posible incluir la cláusula arbitral en el reglamento del consejo, en la medida en que el contenido de este reglamento puede ser mucho más amplio que el de la junta. Por tanto, podría pactarse en dicho reglamento que la impugnación de los acuerdos del consejo deba resolverse por un procedimiento arbitral, *«siempre, claro está, que quien pretenda tal impugnación sea alguno de los consejeros, ya que estamos hablando de una regulación de la que se dota a sí mismo el propio órgano de administración, y que por tanto no vinculará a la Junta o a los socios individualmente considerados»*.

En mi opinión, la cláusula arbitral no podrá incluirse en el reglamento de la junta general. Aunque el artículo 512 de la LSC es bastante impreciso a la hora de concretar el posible contenido de este reglamento (*«En este reglamento podrán contemplarse todas aquellas materias que atañen a la junta general, respetando lo establecido en la ley y los estatutos»*), coincido con GARCÍA DE ENTERRÍA⁵⁸ en que *«como principio general parece obligado considerar que solo los estatutos podrán incluir las regulaciones internas que de cualquier manera afecten al núcleo o «contenido esencial» -por emplear los términos del artículo 53.1 de la Constitución- de los derechos de socio, debiendo reconducirse a ese mínimo indisponible aquellas facultades integrantes de un derecho*

⁵⁷. OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización. La cuestión de la arbitrabilidad de la materia societaria y la vinculación subjetiva de la cláusula arbitral a la luz de la nueva legislación. La previsión del arbitraje en los estatutos y reglamentos de órganos colegiados de sociedades mercantiles y en pactos parasociales, protocolos familiares y contratos de colaboración y concentración empresarial", *Revista jurídica del Notariado*, núm. 56, octubre-diciembre de 2005, págs. 125 a 129.

⁵⁸. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. "Los órganos de gobierno. La junta general. El reglamento de la junta general", en *Régimen jurídico español de la sociedad cotizada*, Editorial Comares, Albolote (Granada), año 2006, pág. 115.

que puedan considerarse imprescindibles para que este sea reconocible como tal y para que pueda satisfacer debidamente al bien o interés jurídico que justifica su reconocimiento legal". Por ello, entiendo que no puede recogerse en este reglamento ninguna disposición concerniente a la forma de impugnación de los acuerdos sociales, y mucho menos la obligación de someter dicha impugnación a arbitraje. Además, para aprobar el reglamento de la junta basta con el quorum reducido que prevé el artículo 193 de la Ley. Sin embargo, el artículo 11. bis LA solo prevé que la cláusula arbitral pueda incluirse en los estatutos (no en el reglamento de la junta) y con el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.

Respecto del reglamento del consejo de administración, parece evidente por el propio ámbito y sentido de dicho reglamento, y por la literalidad del citado artículo 11. bis LA, que no cabe incluir una cláusula arbitral que pretenda afectar a los socios. Sin embargo, no parece tan descabellado que se introduzca dicha cláusula, pero con el fin de vincular exclusivamente a los administradores presentes o futuros respecto a la impugnación de los acuerdos del consejo.

Distinto de todo lo expuesto es la genérica posibilidad de que una sociedad mercantil sea parte en un convenio arbitral suscrito con un tercero. No existe aquí ninguna especialidad. Lógicamente, dicha sociedad habrá de estar representada de forma adecuada en la celebración del contrato, ya sea a través de sus propios administradores, ya a través de un apoderado. El convenio arbitral así suscrito vinculará a la sociedad como persona jurídica, obligándole a someter a arbitraje aquellas controversias que sean objeto de dicho convenio.

1.3.- Propiedad horizontal

No se produce sin embargo ninguna especialidad a estos efectos en el funcionamiento del arbitraje en estructuras complejas como la propiedad horizontal. En el campo de la propiedad horizontal ha ocurrido como en el caso de al arbitraje societario.

Durante bastante tiempo se ha puesto en duda la arbitrabilidad de esta materia, aludiendo esencialmente a la gran abundancia de normas imperativas que se recogen en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal. A este respecto, me parece muy atinado el análisis que hace PÉREZ MIRALLES⁵⁹, que desmonta el mito de que el carácter imperativo de las normas que regulan una determinada materia sea un obstáculo para su arbitrabilidad. Refiriéndose concretamente al ámbito de la propiedad horizontal, distingue dos tipos de imperatividad⁶⁰: a) *Aquellas normas en donde la imperatividad viene referida al contenido mismo del eventual acuerdo o actuar comunitario: por ejemplo, cuando el artículo 3 de la Ley señala la inseparabilidad de la propiedad exclusiva y un elemento común (...). En ellos la imperatividad impide cualquier acuerdo en contra; y, b) Aquellos en donde la norma imperativa no se refiere al contenido del acuerdo sino al régimen de su adopción, exigiendo un determinado quórum al que deberá someterse necesariamente el acuerdo comunitario adoptado en Junta (de mayorías o unanimidades), y estableciendo unas normas para su cómputo. (...). Así, a esta segunda modalidad pertenecen, las que impiden modificar el título constitutivo o los estatutos, o los elementos comunes, por ejemplo [sic] la estructura del edificio, si no es con un acuerdo unánime en Junta». A partir de estas premisas, concluye que la existencia de abundantes normas imperativas en el campo de la propiedad horizontal no impide la arbitrabilidad de la materia, puesto que las normas de ius cogens de este régimen especial de propiedad «encuentran su origen o razón de ser en el interés privativo y en el colectivo o comunitario de sus miembros, sin trascendencia al exterior, y sin capacidad de conculcar el interés general o público».*

Es hoy ya indiscutible la posibilidad de incluir cláusulas arbitrales en el título constitutivo o en los estatutos de la propiedad horizontal (véase en este sentido la STS de 27 de septiembre de 2006⁶¹). Evidentemente, como para la aprobación o modificación del

⁵⁹. PÉREZ MIRALLES, J.A., *Arbitraje y mediación inmobiliaria. Especial referencia a la propiedad horizontal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 247 y ss.

⁶⁰. PÉREZ MIRALLES, J.A., *op. cit.* págs. 269-272.

⁶¹. Señala el primer fundamento de derecho de esta sentencia: «La normativa especial que rige el régimen de la propiedad horizontal no se limita a establecer reglas orientadas a regular la utilización de los elementos comunes y el conjunto de derechos y deberes de los propietarios con relación a los mismos, sino que trasciende ese limitado ámbito para alcanzar al complejo conjunto de relaciones que surgen de la coexistencia de elementos privativos y comunes, estableciendo un régimen de derechos y obligaciones, y

título constitutivo o de los estatutos se necesita la unanimidad de todos los propietarios de los diferentes departamentos del edificio (artículos 5 y 17.6 de la LPH), está garantizado que se presta la oportuna declaración de voluntad por todas las partes, tal y como exige el artículo 9 de la Ley de Arbitraje.

Este convenio arbitral podrá tener acceso al Registro como parte integrante del título constitutivo o de los estatutos, vinculando a partir de entonces, no solo a los propietarios que han constituido el régimen de propiedad horizontal o modificado sus estatutos, sino también a los adquirentes futuros de cualquiera de los pisos o locales que lo integran (artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y 5, párrafo tercero de la LPH). En concreto, el párrafo tercero del artículo 5 de la LPH establece: *«El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad»*. Respecto al concepto de «tercero» al que se refiere este artículo, y sin que sea este el lugar de un análisis de las diferentes teorías que se han elaborado sobre el tercero hipotecario, sí que creo que procede inclinarse por una visión amplia que incluya a todos los que adquieran algún derecho sobre cualquiera de los departamentos privativos que integran la propiedad horizontal. En definitiva, estamos ante el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que no necesita reunir todos los requisitos que para la protección de la fe pública registral establece el artículo 34 de la misma Ley. En este sentido, incluso el arrendatario de un piso o local entraría dentro de este concepto de tercero. De esa misma opinión es PÉREZ MIRALLES⁶²: *«Como conclusión, fuera del supuesto del tercero extraño a la comunidad de propietarios, quienes se integran en ella, ya sea por adquirir la propiedad a título oneroso o gratuito, ya un derecho real de goce distinto al dominical, o incluso un derecho personal,*

también, por tanto, de responsabilidad, que recae no solo sobre los elementos comunes, sino también sobre los privativos, en lo que constituyen verdaderas limitaciones del derecho de propiedad, justificadas por la necesidad de ordenar ya no la mera coexistencia de intereses económicos, sino una auténtica comunidad de vida. Si ese es el ámbito objetivo sobre el que se proyecta la regulación especial de la propiedad horizontal, se explica por qué los estatutos de la comunidad pueden válidamente contener una cláusula de sumisión a arbitraje del tenor de la contemplada en el caso de autos».

⁶². PÉREZ MIRALLES, J.A., *op. cit.*, págs. 322-323.

quedarán vinculados por ley a la cláusula arbitral estatutaria inscrita en el Registro de la Propiedad en tanto que, en definitiva, dichas cláusulas arbitrales están orientadas a resolver los conflictos derivados del complejo conjunto de relaciones que surgen de la coexistencia o uso de elementos privativos y comunes como cuestiones que son susceptibles de ser objeto de regulación en los Estatutos.»⁶³.

En caso de que la cláusula arbitral recogida en los estatutos no se encuentre inscrita en el Registro, ¿qué ocurrirá con los terceros adquirentes de derechos sobre los departamentos privativos? Obviamente este tercero no estaría vinculado por dicha cláusula arbitral. El artículo 9 LA impide extender los efectos de un convenio arbitral a quien no ha prestado su consentimiento a dicho acuerdo. Por tanto, sería necesario demostrar la existencia de una manifestación de voluntad al efecto. Sí que es cierto que la inoponibilidad de los estatutos no inscritos frente al referido tercero, en los términos del artículo 5 de la LPH y 32 LH, requiere su buena fe. Por eso, creo que, si se demuestra que el tercero había tenido conocimiento del contenido de los estatutos y en particular de la cláusula arbitral antes de su adquisición, no podrá ampararse en la inoponibilidad de lo no inscrito para no verse vinculado a someter las controversias al procedimiento arbitral. Si dicho conocimiento no ha tenido lugar antes de la adquisición, habrá de estarse a lo establecido en el artículo 9 LA, exigiendo un acto de manifestación de voluntad de aceptación de la cláusula arbitral, sin que el mero conocimiento posterior de su existencia sea suficiente para su vinculación al arbitraje.

Cuestión distinta es que, mediante un acuerdo de Junta de Propietarios, adoptado por la mayoría de los dueños de los pisos o locales en los términos previstos en el artículo 17.7 de la LPH, se decida someter a arbitraje determinadas controversias. Es obvio que dicho acuerdo no habrá modificado el título constitutivo ni los estatutos, pero no por ello carecerá de validez. La cuestión entonces será, ¿obliga dicho acuerdo a todos los propietarios como señala el artículo 17.9 de la misma Ley? No existe unanimidad al respecto. El problema se plantea en aquellos casos en los que se adopta un acuerdo en una

⁶³. Ya en esta misma línea se había manifestado DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Propiedad horizontal y Registro de la Propiedad: Título constitutivo y responsabilidad patrimonial*, McGraw-Hill/Interamericana de España, SA, 1996, págs. 62 y siguientes.

junta de propietarios en cuya virtud se decide someter a arbitraje una determinada controversia surgida entre la comunidad de propietarios y uno o algunos de los dueños de los pisos o locales. Tal acuerdo, al no implicar la modificación del título constitutivo ni de los estatutos, podrá ser adoptado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17.7 de la LPH: *«Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes»*. Y no será infrecuente que entre los propietarios que no voten a favor del arbitraje como forma de solución del conflicto, o que incluso no asistan a la reunión, se encuentren aquéllos que están enfrentados a la comunidad en la controversia que se ha decidido someter a arbitraje.

Para LORCA NAVARRETE⁶⁴ la cuestión debe analizarse, no tanto desde la perspectiva de una interpretación puramente literal del artículo 9 LA, sino más bien desde la consideración de que el convenio arbitral se ha fraguado en el ámbito de la propiedad horizontal. Así, señala este autor que en ese ámbito⁶⁵ *«(...) existen resortes propios y específicos para que cada comunero o copropietario exprese su voluntad frente a los acuerdos que se adopten en Junta por la Comunidad de Propietarios»*. Consecuentemente, adoptado el acuerdo con los requisitos previstos en el artículo 17 de la LPH, y no impugnado por el propietario ausente, ha de considerarse plenamente válido el convenio arbitral resultante de tal acuerdo. En apoyo de su tesis, este autor trae a colación el AAP de Madrid de 10 de octubre de 2011 que en efecto señala: *«el acuerdo de someter a arbitraje de derecho, entre otras, las controversias que pudieran existir entre la comunidad con sus miembros o de éstos entre sí, con excepción de las "reclamaciones de cantidad (cuotas o derramas) inferiores a 500,00 euros" , que se someten al Juzgado de Primera Instancia del lugar de la situación de la Comunidad de Propietarios; dicho acuerdo vincula, desde luego, al ejecutado en tanto en cuanto,*

⁶⁴. LORCA NAVARRETE, A.M., "Validez del convenio arbitral adoptado en junta de propietarios respecto del copropietario que no asiste a la junta de propietarios que lo adoptó y que tampoco lo impugna", *Revista Doctrinal*, nº 3, julio de 2012, págs. 235 a 245.

⁶⁵. LORCA NAVARRETE, A.M., "Validez del convenio arbitral adoptado en junta de propietarios respecto del copropietario que no asiste a la junta de propietarios que lo adoptó y que tampoco lo impugna", *op. cit.*, pág. 243.

aunque no asistiera a la Junta, tampoco consta que impugnara el acuerdo conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la LPH; en este sentido se ha pronunciado la Sección 25ª de esta Audiencia Provincial, en auto de fecha 29 de octubre de 2010». Consecuentemente, según este criterio, adoptado un acuerdo con los requisitos previstos en la LPH vinculará a todos los propietarios del edificio, hayan estado o no presentes, aunque estos pueden impugnarlo si consideran que se han vulnerado normas imperativas de dicha Ley.

Frente a esta línea interpretativa creo que ha de prevalecer un criterio más acorde con la exigencia derivada de lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje, que impide que pueda verse sometido a arbitraje quien no ha prestado directamente su consentimiento al convenio arbitral, salvo que una disposición legal establezca otra cosa. En el eventual convenio arbitral que pueda llevarse a cabo entre una comunidad de propietarios y el titular de alguno de los pisos o locales deben concurrir dos consentimientos o voluntades distintas. Por un lado, la de la propia comunidad que, a través de la junta, debe adoptar el acuerdo correspondiente con sujeción a lo dispuesto en el artículo 17 de la LPH. Pero, por otro lado, está la voluntad individual del propietario que se enfrenta en la controversia a la comunidad. Y esa voluntad solo cabe expresarla en los términos del artículo 9 LA . Esa es la tesis sostenida por la SAP de Guipúzcoa de 28 de junio de 2004, criticada con dureza por LORCA NAVARRETE⁶⁶. De hecho, la propia AP de Madrid, en otras Secciones, cambia claramente el criterio que antes hemos visto que había sostenido la Sección 8ª en el Auto antes citado de 10 de octubre de 2011. Así, el AAP de su Sección 11ª de 1 de octubre de 2012⁶⁷ señala que se pueden distinguir la

⁶⁶ . LORCA NAVARRETE, A.M., "Validez del convenio arbitral adoptado en junta de propietarios respecto del copropietario que no asiste a la junta de propietarios que lo adoptó y que tampoco lo impugna", *op. cit.*, págs. 241 a 243.

⁶⁷. Dice así el referido Auto: *«en el convenio discutido dos partes claramente diferenciadas: la Comunidad de Propietarios (regida como es lógico por el interés general de la propiedad común) y el conjunto de los propietarios miembros de la Comunidad (guiados, en principio, por el interés particular). Dos partes que, aunque identificadas subjetivamente, pueden tener conflictos entre sí como el mismo acuerdo reconoce. Sin embargo, aunque no existe dificultad alguna en reconocer que la Comunidad -como institución- estaba representada en la Junta de Propietarios, no se ve con claridad que la otra parte (los propietarios) sea realmente la otra parte, ya que al no estar integrada de hecho ese día por todo el conjunto de los propietarios, hay que entender que el pacto entre la Comunidad (orgánicamente considerada) con los propietarios (nominativamente designados en virtud de su asistencia o representación) es un pacto entre la Comunidad y algunos -no todos- los propietarios integrados en aquella. Distinción que es lógicamente*

distinta posición e intereses de la Comunidad de Propietarios por un lado, y de los propietarios individualmente considerados por otro, siendo imprescindible, por exigencia del artículo 9 LA, que el arbitraje sea acordado por todas las partes que a él se han de someter. En el mismo sentido el AAP de Madrid de 15 de enero de 2013, de su Sección 21^a.

No obstante, pienso que este convenio arbitral entre la Comunidad y los propietarios que votaron a favor, surte plenos efectos como convenio particular entre ellos y puede ser inscrito en el folio correspondiente a los pisos y locales cuyos titulares se han adherido al acuerdo. Se trataría de una modalización del régimen jurídico que liga a ese concreto piso o local con la comunidad, y dicha modalización puede alcanzar la trascendencia frente a terceros a través de la publicidad registral.

Finalmente, parece oportuno mencionar la duda que puede plantearse respecto de la válida celebración de un convenio arbitral suscrito por una Comunidad de Propietarios. Como señala la STC 115/1999, de 14 de junio, se debe partir de *«la opción de nuestro ordenamiento jurídico de no reconocer personalidad jurídica a las comunidades de propietarios de una propiedad horizontal»* (en la misma línea se manifiesta la doctrina de la DGRN en numerosas RR, citándose entre las más recientes la de 3 de abril de 2018⁶⁸). Si la Comunidad carece de personalidad jurídica, ¿cómo puede suscribir el

realizable, como cuando la Comunidad (orgánicamente considerada) tiene un conflicto frente a uno solo de los propietarios, y puede o bien dirigirse a la jurisdicción o bien someter a arbitraje la controversia o bien llegar a un acuerdo extrajudicial». Por ello, continúa señalando este Auto «la propia naturaleza del convenio arbitral requería la expresión de la voluntad de "todos" los copropietarios para que cada uno de ellos quedase obligado por la sumisión al arbitraje. Dicho de otro modo, se exige la unanimidad no por aplicación de la LPH sino por la naturaleza del convenio arbitral, que impide que quien no es parte en el convenio arbitral pueda verse obligado a someterse al arbitraje».

⁶⁸. Señala el cuarto Fundamento de Derecho de esta Resolución: *«La falta de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal ha sido sostenida por este Centro Directivo (15 de junio de 1973, 1 de septiembre de 1981, 16 de octubre de 1992, 16 de febrero de 2000, 23 de junio de 2001, 25 de mayo de 2005, 3 de marzo de 2008, 3 de julio de 2013 y 12 de febrero de 2016), extrayendo de ello su corolario registral en el sentido de no admitir la posibilidad de que a favor de estas comunidades como tales, pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad el dominio de bienes inmuebles. No por ello puede entenderse que actúa como una comunidad ordinaria de bienes sino que, como ya afirmó la Resolución de 12 de febrero de 2016, se la debe considerar como un ente de proyección jurídica propia que actúa a través de su representante. Es por eso que la jurisprudencia admite ciertas actuaciones de la comunidad de propietarios en el ámbito procesal, arrendaticio y otros, sobre todo dándole capacidad para litigar, y además en algunos asientos como la anotación preventiva, son materias en las que la comunidad*

convenio arbitral? Los autores tratan de dar diferentes soluciones. Así, PÉREZ MIRALLES⁶⁹ parte de la base de que la LA de 2003, a diferencia de sus antecesoras, «ya no se refiere a "las personas naturales o jurídicas" en relación a quiénes pueden convenir y someterse a arbitraje, sino que alude en todo momento a "las partes", lo que va a obviar en el marco de la propiedad horizontal el posible debate de si una comunidad de propietarios, y por su falta de personalidad, está, o no, incluida, como eventual parte de un convenio arbitral». Señala este mismo autor, con cita de VERDERA SERVER⁷⁰, que «aun siendo el convenio un contrato que acostumbra a situar los problemas subjetivos desde una perspectiva puramente civil o sustantiva, puede realizarse una aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la capacidad jurídica, o para ser parte, de las comunidades de propietarios».

Creo que para resolver esta cuestión es necesario recordar lo que comenté respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, es decir, que en esta institución se mezcla un aspecto negocial o contractual, en tanto no puede haber arbitraje sin el convenio entre las partes que a él se someten, pero también procedimental, porque es indudable que el arbitraje se desarrolla a través de un procedimiento en el que existen una serie de trámites y han de respetarse las garantías básicas que derivan de la Constitución y de la Ley. Si partimos de esta premisa, es fácil entender que los aspectos contractuales se verán matizados por los procedimentales, y a la inversa. Nuestra legislación y jurisprudencia han reconocido a la comunidad de propietarios capacidad de celebrar contratos de suministros, laborales y legitimación para actuar procesalmente (cfr. artículos 13.3 de la LPH, 7 de la LOPJ y 6.1.5º y 544 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), por tanto, ningún obstáculo ha de existir para que pueda suscribir un convenio arbitral, que es el requisito previo para acceder al procedimiento arbitral.

1.4.- Arbitraje testamentario

tiene esa reconocida capacidad procesal. Pero esto no significa que tal comunidad pueda ser titular registral, ni es posible que sin tal personalidad pueda ser propietaria de un bien y, por ende, ser titular registral del asiento de inscripción correspondiente».

⁶⁹. PÉREZ MIRALLES, J.A., *op. cit.*, pág. 310.

⁷⁰. VERDERA SERVER, R., *El convenio arbitral, op. cit.*, pág. 44.

Sí se suele considerar desde este punto de vista excepcional el arbitraje testamentario, que viene regulado en el artículo 10 de la Ley: *«También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia».*

1.4.1.- Concepto

En primer lugar, siguiendo a DE PRADA GUAITA⁷¹, conviene distinguir dos conceptos de arbitraje testamentario: *«el estricto o legal, que fija el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, y un concepto amplio de arbitraje, que podríamos denominar como arbitraje hereditario o sucesorio, considerando como tal, no solo al ordenado por el testador en su testamento al amparo y con los límites establecidos por el artículo 10 de la Ley de Arbitraje, sino a todo aquel arbitraje que tenga como objeto solucionar diferencias relativas a una herencia».* Respecto de esta concepción amplia del arbitraje sucesorio, que incluiría el acordado por los herederos, VERDERA SERVER⁷² distingue tres posibilidades:

- El convenio arbitral pre-sucesorio: es el que conciertan los herederos antes de la apertura de la sucesión, en vida del causante. En opinión de este autor, tal tipo de convenio arbitral choca con la prohibición del artículo 1271, párrafo segundo del Código Civil (*«Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056»*). Nos dice al respecto O'CALLAGHAN MUÑOZ⁷³ que es admisible que

⁷¹. DE PRADA GUAITA, C. "El arbitraje testamentario", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, número 54, 2013-2014, Madrid, pág. 436.

⁷². VERDERA SERVER, R., *Partición de la herencia y arbitraje*, Bosch, 2017, Barcelona, págs. 159-169.

⁷³. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "El arbitraje en derecho sucesorio", *La Notaría*, número 47-48, noviembre-diciembre 2007, Madrid, pág. 59. Señala así: *«No se trata de arbitraje testamentario contemplado en el artículo 10 de la Ley. Este se ordena por el testador en vida del mismo, evidentemente,*

quienes se creen con una expectativa a suceder a una persona puedan concertar un convenio arbitral para solventar las futuras controversias que puedan surgir tras el fallecimiento del causante. Naturalmente, este convenio no vinculará a futuros sucesores distintos de aquellos que lo han suscrito. Yo creo que la interpretación estricta que el artículo 1271 del CC demanda debe conducirnos a aceptar esta modalidad de convenio arbitral, lógicamente sujeta a la condición de que cuando se abra la sucesión, no haya algún otro heredero o legatario distinto de los firmantes del convenio implicado en el conflicto y dejando siempre a salvo el derecho de los legitimarios ex artículo 816 CC.

- El convenio arbitral firmado tras la delación y antes de la adquisición de la herencia: abierta ya la herencia por el fallecimiento del causante, y antes de que se haya producido la aceptación por parte de los herederos, es perfectamente posible que los llamados a dicha herencia acuerden que las posibles controversias que puedan surgir entre ellos al hacer la partición se deban resolver mediante arbitraje. Coincido con VERDERA SERVER en que este convenio supondrá de hecho la aceptación tácita de la herencia ex artículo 999 del CC.

pero despliega su eficacia en el momento de la delación de la sucesión entre los que concretamente han sido designados herederos y legatarios, sin alcanzar los posibles problemas que surjan respecto a la legítima. Por tanto, antes de la apertura de la sucesión, el único acto de arbitraje que puede hacer el causante es ordenar el testamentario. Lo cual es evidente porque tan solo los interesados, los que pueden tener controversia, son los que pueden celebrar el contrato de compromiso, que la ley llama convenio arbitral. Y tan sólo el arbitraje testamentario permite que una persona —el testador— ordene el arbitraje respecto de las controversias que tengan otras personas —los herederos o legatarios— por lo que este arbitraje se ha calificado numerosas veces de excepcional (como en la Ley de arbitraje de 1988). En definitiva, los posibles interesados, que se crean con la expectativa jurídica de suceder mortis causa, particular o universalmente, con o sin derecho a la legítima, pueden celebrar contrato de compromiso (convenio arbitral) para someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto a una determinada relación jurídica, que es la derivada de la sucesión mortis causa. Lo cual, el arbitraje sobre una posible controversia futura, lo contempla expresamente el artículo 9.1 de la Ley. Se pueden prever concretas controversias (sobre la partición o puntos determinados de la misma, como ejemplo más frecuente) o incluir todas las que puedan surgir. La legítima y los problemas que puedan darse, pueden ser objeto de este arbitraje, ya que cuando se constituye éste, ya se habrá producido la apertura y la delación y la legítima —no ya futura, sino presente— habrá entrado en la disponibilidad del legitimario, por lo que el árbitropodrá resolver problemas que se planteen. También los sujetos pueden no ser los mismos que celebraron el contrato de compromiso: determinadas personas que se creen con la expectativa jurídica de suceder mortis causa pueden resultar carentes de todo derecho (imaginemos al padre que ha desheredado a uno de los hijos o al causante que no nombra a un sobrino que se lo esperaba). Si esto ocurre con todos los que celebraron el contrato de compromiso, éste no producirá ningún efecto. Si sólo alcanza a alguno o algunos de los contratantes, el arbitraje se constituirá respecto a las controversias que surjan entre los restantes».

- El convenio arbitral tras la adquisición de la herencia: una vez aceptada la sucesión, los herederos y legatarios tienen plena libertad para, conforme al artículo 9 LA, acordar la sumisión a arbitraje.

1.4.2.- Diferencia con otras figuras

Cuando hablamos de arbitraje testamentario nos estamos refiriendo a un verdadero arbitraje, es decir, un procedimiento de resolución de las controversias que puedan surgir entre los herederos y legatarios en la administración y partición de la herencia que implica que sea un tercero (el árbitro) el que, después de tramitarse un procedimiento, resuelva dicha disputa por medio de un laudo. Por ello, parece conveniente distinguirlo de otras figuras parecidas o aparentemente afines:

1.4.2.1°.- Albacea y contador-partidor

El albacea es también un cargo designado por el testador, pero su función no es la de resolver vía laudo los conflictos entre los herederos y legatarios, sino la de ejecutar la voluntad del testador (Arts. 892 y ss. CC). Otro tanto cabe decir del contador-partidor, ya sea designado por el testador (art. 1057.1 CC), ya se trate de contador-partidor dativo (art. 1057. 2 CC), cuya función es realizar las operaciones particionales, y no la de árbitro.

Hay algunos autores que creen que es posible que el albacea o el contador-partidor puedan ser designados árbitros testamentarios⁷⁴. No obstante, no debe olvidarse, como se analizará en el apartado correspondiente, que la imparcialidad del árbitro es esencial para el cumplimiento del principio de igualdad entre las partes, que por exigencia de los principios constitucionales ha de respetarse en el arbitraje. En este sentido destaca la opinión de GOMÁ LANZÓN⁷⁵, que considera «*que el albacea o el contador partidor,*

⁷⁴. Así, VERDERA SERVER, R., *Partición de la herencia y arbitraje*, op. cit., pág. 45, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., op. cit., pág. 45, y MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., op. cit., pág. 426.

⁷⁵. GOMÁ LANZÓN, I., "El arbitraje en derecho sucesorio. El arbitraje testamentario", *El Notario del Siglo XXI*, julio-agosto 2013, Madrid, pág. 10.

que han estado operando sobre una herencia, cumpliendo la voluntad del testador y entrando en contacto previo con los herederos están en principio “contaminados” en su imparcialidad. Por otro lado, la necesidad de que el árbitro no tenga relación personal o profesional con las partes podría entenderse infringida aquí, pues esas actividades previas suponen una cierta relación personal que quizá favorece que el árbitro se haga una opinión del asunto y de las personas implicadas».

Por mi parte entiendo que no hay ningún obstáculo que impida al testador designar como árbitro al albacea o al contador-partidor. Naturalmente, también podrán los herederos de común acuerdo, para aquellos casos en que el testador no haya hecho designación específica del árbitro, nombrar como tal a la persona que desempeña cualquiera de dichas funciones. Se trata simplemente de aplicar los mecanismos que la LA ha previsto y la doctrina de los Tribunales ha ido perfilando para asegurar la imparcialidad del árbitro⁷⁶.

1.4.2.2º.- Arbitrador

Se puede considerar arbitrador a la persona elegida por los herederos para que realice la partición. Viene reconocida en el artículo 402 del Código Civil, cuando prevé que la división de la cosa común pueda hacerse por *árbitros o amigables componedores*. Naturalmente, la expresión *árbitros* se usa aquí de forma impropia, dado que esta figura está referida más bien a una especie de contador-partidor elegido por las partes implicadas en la partición. Su tarea consistirá en hacer la partición, y la hará sin sujetarse a un procedimiento arbitral propiamente dicho. Y, por supuesto, dicha partición no gozará de los efectos de cosa juzgada y de ejecutividad de los que goza el laudo arbitral en sentido estricto.

1.4.3.- Carácter excepcional

⁷⁶. Esta cuestión se estudia con más detalle en apartados posteriores.

Señalan MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA⁷⁷ que esta modalidad de arbitraje, en tanto establecida por el causante en su testamento, se caracteriza por ser unilateral. Es el testador el que dispone, a través de un acto unilateral, personalísimo, no recepticio, formal y revocable, que las eventuales controversias entre sus herederos o legatarios se resuelvan por vía arbitral. Los herederos que aceptan la herencia aceptan también su sometimiento a esta forma de resolución de conflictos. Por tanto, no son las partes en conflicto, sino el testador, el que decide que será el arbitraje la vía de solución de sus controversias⁷⁸.

Para VERDERA SERVER⁷⁹ cabe hablar de la excepcionalidad del arbitraje testamentario desde una triple perspectiva: a) Respecto del origen convencional del arbitraje, ya que el testamentario nace de la voluntad unilateral del testador; b) Respecto de la forma: cuando el convenio arbitral debía recogerse en escritura pública, sí que se apreciaba esta excepcionalidad, dado que el testamento puede ser ológrafo. En la actualidad, en tanto el artículo 9 LA solo exige que conste por escrito, solo habría posible especialidad en alguna de las modalidades verbales de testamento; c) Respecto de la actualidad de la controversia: bajo el régimen de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953 cabía considerar al arbitraje testamentario como excepcional porque la regla era que la existencia de una controversia pendiente entre las partes constituía requisito de validez del negocio de compromiso. En la actualidad, quizá la posible excepcionalidad o particularidad del arbitraje testamentario es que siempre está referido a controversias futuras, sin que exista el arbitraje testamentario *ex post*, si por tal entendemos el establecido por el testador, no si lo entendemos en sentido amplio basado en el acuerdo de los llamados a la herencia.

⁷⁷. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *op. cit.*, págs. 423 a 427.

⁷⁸. En esta misma línea CALATAYUD SIERRA, A., "El arbitraje testamentario desde el Derecho Aragonés", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, número XVIII, 2012, Zaragoza, págs. 166 y 167, que considera que, dentro del arbitraje sucesorio, existen dos clases: uno, que él denomina normal, que es que el nace del convenio arbitral suscrito por los llamados a una herencia futura o ya abierta; y otro, de carácter especial, que nace de la disposición recogida unilateralmente en el testamento. También califica como excepcional al arbitraje testamentario ROGE VIDE, C., "El convenio arbitral y el arbitraje testamentario", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 3, 2006, Madrid, pág. 483.

⁷⁹. VERDERA SERVER, R., Partición de la herencia y arbitraje, *op. cit.*, págs. 121 a 127.

Para DE PRADA GUAITA⁸⁰ debe rechazarse este supuesto carácter excepcional, «*dado que los herederos y legatarios son libres de aceptar o no la herencia o el legado, al aceptarlos están aceptando y, por lo tanto, consintiendo el arbitraje ordenado por el testador, por lo que sí que existe un consentimiento de los sujetos sometidos al arbitraje*». En la misma línea, GOMÁ LANZÓN⁸¹.

Aunque es cierto que esta supuesta excepcionalidad no pasa de ser una anécdota que no va a tener ninguna incidencia sobre el eventual procedimiento arbitral entre los herederos, en mi opinión, no es correcto considerar al arbitraje testamentario como un caso excepcional por el hecho de que no nazca desde un principio de la concorde voluntad de las partes afectadas por la controversia. La esencia del convenio arbitral, según se depende de la letra del artículo 9 LA, es que se exprese la «*voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica*». La particularidad del arbitraje testamentario radica en que la iniciativa para que se resuelvan las eventuales controversias por vía arbitral nace de un tercero que es ajeno al conflicto: el testador. Pero no se puede decir que los herederos o legatarios que finalmente se ven sometidos al arbitraje no hayan prestado su consentimiento a dicha vía de resolución de controversias. Sí que lo han hecho desde el mismo instante en que han aceptado su llamamiento testamentario. Cuando una persona es llamada a una herencia por vía testamentaria, se le ofrece la posibilidad de suceder al causante en una serie de relaciones jurídicas de las que este era titular. Pero dicho ofrecimiento se le hace bajo una serie de condiciones, entre las cuales puede estar el de que los conflictos que puedan surgir entre todos los llamados se resuelvan por medio de arbitraje. Consecuentemente, cada uno de los llamados que acepta, está prestando su consentimiento para suceder al causante en los términos en que dicha sucesión ha sido configurada en el testamento.

Se podría afirmar que, mediante la aceptación de la herencia, cada uno de los llamados se adhiere a la oferta que le ha hecho el testador. Si esa oferta incluye la cláusula arbitral, es evidente que también está prestando su consentimiento a la cláusula que prevé

⁸⁰. DE PRADA GUAITA, C, *op. cit.*, pág. 434.

⁸¹. GOMÁ LANZÓN, I., *op. cit.*, pág. 8.

que todos los herederos o legatarios aceptantes se someterán a arbitraje en caso de conflicto. Quedará así expresada la «*voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica*». Lo esencial es que quien termina sometido a un procedimiento arbitral lo haga basado en su previo consentimiento, con independencia de que la iniciativa para acudir a la vía arbitral nazca directamente de las partes inmersas en la controversia, o venga planteada como un elemento ya prefigurado en la relación jurídica en la que los litigantes se han subrogado. Si se piensa bien, no hay diferencia entre el heredero que acepta un llamamiento testamentario que incluye la cláusula arbitral y la persona que adquiere una participación o una acción de una sociedad en cuyos estatutos figura dicha cláusula.

1.4.4.- Personas vinculadas por la cláusula testamentaria que establece el arbitraje

Respecto a las personas que se van a ver vinculadas por esta cláusula arbitral, parece claro que afecta a legatarios y herederos no legitimarios. En relación con los herederos forzosos la mayoría de la doctrina considera que, a la luz de la letra del artículo 10, no pueden verse vinculados por el arbitraje instituido por el testador. En este punto es sumamente interesante la opinión sostenida por O'CALLAGHAN MUÑOZ⁸². Parte este autor de la consideración objetiva del concepto «libre disposición». Así nos dice: «*Si este arbitraje se califica de excepcional es por la razón de que no lo constituyen los interesados, sino un tercero para solventar las diferencias entre éstos, siendo la materia de libre disponibilidad. Disponibilidad, ¿de quién? Es preferible darle un sentido objetivo: disponibilidad del derecho, como cualidad externa del mismo; el derecho de los legitimarios, abierta la sucesión, es disponible: sobre ella se puede renunciar, transferir o arbitrar. Y si cabe arbitraje, cabe arbitraje testamentario*». Ello le lleva a realizar dos muy atinadas observaciones: «*primera, nadie discute la indisponibilidad por parte del testador, pero en vida de éste, en que tampoco es disponible por nadie, pero nadie puede*

⁸². O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *op. cit.*, pág. 64.

discutir la disponibilidad tras su muerte; segunda, si estimamos plenamente esta limitación, prácticamente hemos bloqueado el arbitraje testamentario, pues raramente se puede plantear un conflicto hereditario que no alcance a las legítimas». De ahí que en su opinión «...la legítima no debe estar excluida del arbitraje testamentario, sino que, una vez deferida la herencia o legado o incluso la donación que la haya atribuido, pertenece a la libre disposición, no ya del testador que ha muerto, sino de los legitimarios. Ciertamente, el testador en vida no tiene disponibilidad sobre la legítima, pero no la está quebrantando al instituir el arbitraje, sino que está evitando litigios, en caso de que se presenten controversias sobre la herencia, que alcanzarán a la legítima o controversias sobre ésta, que alcanzarán a la herencia». En todo caso parece que lo lógico es excluir el arbitraje en relación con los herederos forzosos solo en lo que se refiere a la legítima, no a la parte de libre distribución⁸³.

Hay que reconocer que la letra del artículo 10 LA no es en absoluto clara. Eso ha dado pie a múltiples posiciones doctrinales sobre el alcance del arbitraje testamentario con respecto a los legitimarios. En mi opinión, el legislador, por derivación del principio de intangibilidad de la legítima, ha querido prohibir que se pueda obligar a los legitimarios (sea cual fuere el título por el que se les atribuya la legítima) a someterse a arbitraje para dilucidar cualquier cuestión que afecte a la determinación de la condición de legionario, al importe, distribución y pago de la legítima, o a la posible imposición de cargas o limitaciones que afecten a dicha intangibilidad. Es decir, si lo que se trata de dilucidar es la impugnación de la validez de un testamento porque vulnera los derechos de los legitimarios, o una partición realizada por el contador partidor por el mismo motivo, es obvio que el legionario no se verá vinculado por la cláusula testamentaria que prevé el arbitraje. Sin embargo, si, por ejemplo, se impugna una partición por entender que se ha realizado incumpliendo las normas imperativas que nuestro Código Civil prevé para las

⁸³. Así lo entiende BERROCAL LANZAROT, A.I., "Comentario al artículo 10", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, dirigida por L. PRATS ALBENTOSA, La Ley, 2013, pág. 273. Por el contrario, HIDALGO GARCÍA, S., en "Comentario al artículo 10", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, dirigida por V. GUILARTE GUTIÉRREZ, y coordinada por J.B. MATEO SANZ, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 209 y 210, partiendo más de una dimensión subjetiva, señala que «no debe olvidarse que los tercios no son compartimentos estancos y, sin entrar en las clásicas consideraciones acerca de la naturaleza de la legítima y de la mejora, existen reglas que hacen que las controversias que puedan surgir entre unos y otros o entre los propios herederos forzosos respecto del tercio de libre disposición, afecten a la legítima o al tercio de mejora, excluyendo, por tanto, la posibilidad de arbitraje».

operaciones particionales, o se ejerce la acción de rescisión de dicha partición, ningún obstáculo ha de haber para que el arbitraje testamentario sea eficaz frente a todos los afectados, incluso entre los legitimarios.

Por otro lado, no debemos olvidar que el proceso sucesorio es complejo, y en él intervienen otros sujetos al margen de los herederos y legatarios. Estoy pensando en primer término, en los albaceas y contadores partidores, con los que también pueden surgir conflictos. O, por ejemplo, los beneficiarios de una disposición modal. Considero con BERROCAL LANZAROT⁸⁴ que todos ellos deben considerarse comprendidos dentro del ámbito subjetivo de la estipulación arbitral establecida por el testador. No obstante, GOMÁ LANZÓN⁸⁵ estima más dudosa la afectación de los beneficiarios de una disposición modal, porque *«el modo no es una obligación, sino una carga y el beneficiario no es titular de un derecho subjetivo que le permita exigirla, por lo que difícilmente puede acudir al arbitraje con este objeto»*.

Siguiendo a DE PRADA GUAITA⁸⁵, hay que destacar que no están afectados por la cláusula arbitral del testamento los reservatarios en cuanto a su condición de tales, dado que no son propiamente herederos testamentarios. Tampoco los acreedores del causante o de los herederos, aunque unos y otros han de pasar por lo que resulte del laudo dictado en el procedimiento seguido entre los coherederos. De igual forma, quedan fuera del ámbito del arbitraje testamentario el cónyuge viudo respecto de la liquidación del régimen económico matrimonial y los donatarios de donaciones eventualmente inoficiosas. Sí que se vería afectado por el arbitraje el cesionario de una cuota hereditaria, en cuanto se coloca en el lugar del cedente en el proceso particional.

Entiendo⁸⁶ que los herederos por unanimidad pueden prescindir del arbitraje impuesto en el testamento. De hecho, pueden conseguir ese efecto, como las partes de cualquier convenio arbitral, simplemente no haciendo uso de la declinatoria del artículo 11 LA cuando alguno de los herederos acuda a la vía judicial. Con respecto a los casos en

⁸⁴. BERROCAL LANZAROT, A.I., *op. cit.*, pág. 274.

⁸⁵. DE PRADA GUAITA, C, *op. cit.*, págs. 456 a 458.

⁸⁶. En el mismo sentido VEREDRA SERVER, R., *Partición de la herencia y arbitraje*, *op. cit.*, págs. 151-153.

los que existe nombrado un albacea, creo que si los herederos pueden acordar prescindir de su intervención⁸⁷, también parece lógico que puedan convenir que el albacea no podrá acudir a la vía arbitral prevista en el testamento.

1.4.5.- Testamento declarado nulo

Hay que referirse también a la duda que se puede generar en los casos en los que el testamento sea declarado nulo: ¿se ha de considerar nula la cláusula testamentaria que establece el arbitraje, o, por aplicación de lo establecido en el artículo 22.1 LA, la nulidad del testamento no entrañará por sí sola la de dicha estipulación? Como señala VEREDRA SERVER⁸⁸, aunque existe alguna opinión aislada⁸⁹ que sostiene la subsistencia de la cláusula arbitral del testamento declarado nulo, la mayoría de la doctrina entiende que no puede subsistir dicha estipulación en caso de nulidad del testamento. Yo también lo estimo así, porque, entre otras razones, cuando se ha declarado la nulidad de un testamento, lo normal es que cambien los llamados a la herencia, ya sea por otro testamento anterior que recobra vigencia, ya por el llamamiento intestado, con lo que difícilmente pueden extenderse los efectos del arbitraje testamentario a herederos que no fueron tenidos en cuenta por el testador al prever dicho arbitraje.

1.4.6.- Constancia en el Registro

Desde el punto de vista registral, y respecto de los aspectos que estoy ahora analizando, la duda radica en si la estipulación testamentaria debe o no recogerse en el cuerpo de la inscripción de partición de herencia, y, en caso afirmativo, el alcance que su plasmación registral tendrá frente a terceros. En mi opinión, si el testamento contiene una cláusula arbitral, el registrador debe transcribirla al hacer la inscripción de los bienes que

⁸⁷. Con arreglo al criterio sentado por la SSTS 20 de octubre de 1992 y 22 de febrero de 1997 y la RDGRN de 5 de octubre de 2018.

⁸⁸. VEREDRA SERVER, R., Partición de la herencia y arbitraje, op. cit., pág. 153.

⁸⁹. CORRAL GARCÍA, E. y GAVIDIA SÁNCHEZ, J., "Comentario al artículo 10", en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coordinada por A. DE MARTÍN y S. HIERO, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2006, págs. 170-176.

se adjudiquen los herederos. Las razones son las mismas que antes expuse con carácter general. Yo entiendo que con la inscripción se otorga trascendencia frente a los ulteriores terceros. Cualquier adquirente de una finca inscrita a nombre de uno de los herederos conoce a través del Registro la existencia de la cláusula arbitral. Si en un futuro se plantease, por ejemplo, una acción de rescisión por lesión de la partición, en los términos del artículo 1074 del CC, el tercer adquirente tendrá que acudir al proceso arbitral entablado al efecto, a fin de defender su titularidad, en tanto la misma puede verse amenazada por el laudo que se dicte, y que le será claramente oponible.

2.- Capacidad

Como señala GOMÁ SALCEDO⁹⁰, toda persona necesita para realizar actos jurídicos, además de la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, la capacidad de obrar, es decir, la aptitud para que *«ese sujeto pueda por sí mismo ejercitar los derechos que le pertenecen, cumplir sus obligaciones y tomar decisiones en el ámbito de la autonomía de la voluntad»*.

No obstante, la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha supuesto un cambio profundo en estos conceptos. De hecho, se puede afirmar que se ha eliminado esa distinción entre capacidad jurídica y de obrar. La nueva Ley parte de la premisa de que la capacidad jurídica abarca, no solo la aptitud para ser titular de un derecho, sino también para ejercitarlo. Por eso opta por un sistema de apoyos a la persona con discapacidad en función de sus necesidades. Así se reconoce en la Exposición de Motivos: *«La nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su*

⁹⁰. GOMÁ SALCEDO, J.E., *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Volumen 1, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 197.

capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Al respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos».

Debemos comenzar aclarando dos cuestiones previas. En primer término, nos cuestionamos si debe exigirse la misma capacidad para concertar el convenio arbitral y para actuar en el procedimiento arbitral propiamente dicho y pasar por las consecuencias del laudo. Con carácter general la respuesta es afirmativa. Como señala HERNÁNDEZ GIL ⁹¹ *«la capacidad para concluir negocios jurídicos no viene establecida por la ley pensando solo en el negocio jurídico en sí, sino que tiene en cuenta también sus consecuencias, entre las cuales figura, en materia de obligaciones, su cumplimiento».* Sin embargo, no es descartable que una persona que sea plenamente capaz al tiempo de celebrar el contrato en el que se inserta la cláusula arbitral, haya sido sometida a medidas de apoyo por su situación de discapacidad cuando se inicie el proceso de arbitraje. Obviamente en estos casos el registrador exigirá diferentes requisitos al inscribir el convenio y el laudo. Ya trataremos el problema de capacidad en el laudo cuando analicemos su inscripción. A este respecto, MATEO Y VILLA ⁹² parece sostener que no es exigible al tiempo de inscribir el convenio arbitral la misma capacidad que sería necesaria para asumir las consecuencias del laudo: *«¿cómo podría exigirse al tiempo del convenio la capacidad no solo propia de este sino, también, la del laudo, cuando aún se desconocen los negocios concretos que se ordenarán en él?».*

La segunda aclaración que debemos realizar es la relativa al hecho de que, como el convenio arbitral generalmente es una cláusula inserta en un contrato más amplio, se suele sostener ⁹³ que la misma capacidad exigida para el contrato general, será requerida para la cláusula arbitral. No obstante, creo que esta afirmación merece alguna matización. En mi opinión, la cláusula arbitral, en tanto que, referida normalmente a la resolución de

⁹¹. HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Editorial del Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, pág. 312.

⁹². MATEO Y VILLA, I., *op. cit.*, pág. 1171.

⁹³. Puede verse en este sentido lo dicho por MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *op. cit.*, pág. 260.

controversias futuras, puede en ocasiones modular la capacidad que en principio se exige para la celebración del contrato general. Veamos un par de ejemplos. Pensemos en una compraventa en la que un padre compra una finca adquiriendo la mitad indivisa para sí mismo y la otra mitad para su hijo menor de edad al que representa en ejercicio de la patria potestad (art. 162 CC). En principio su actuación sería impecable, dado que no existe conflicto de intereses al hallarse en la misma posición jurídica y económica que su representado. Pero si decide incluir una cláusula por la que se prevea que las eventuales controversias que pudieran surgir al tiempo de la disolución y liquidación de la comunidad se solventarán por vía arbitral, es evidente que estaría decidiendo sobre una materia en la que tiene un claro conflicto de intereses con su hijo, por lo que sería preciso el nombramiento de un defensor judicial. O, por ejemplo, el supuesto en el que un padre compra, en representación de su hijo menor, un solar para edificar, pactando que, si no se realiza determinada edificación en el plazo de un año, se resolverá la venta retornando el dominio al vendedor. En tanto se trata de un acto adquisitivo no será precisa autorización judicial, ya que no la exige el artículo 166 del CC. Sin embargo, si se incluye una estipulación en el contrato por la que se decide someter a arbitraje las disputas que pudieran plantearse con ocasión de la ejecución de la condición resolutoria pactada, ya no estaría tan claro que no se estuviera afectando a un acto futuro que podría implicar la realización de un acto de disposición (el ejercicio de la condición resolutoria lleva consigo la pérdida de la propiedad de la finca por parte del menor) incluido en el ámbito del citado artículo 166 del CC.

Tradicionalmente, cuando se habla de capacidad se ha distinguido entre actos de administración o de disposición. Como apuntan PAU PEDRÓN y DE FUENTES CORRIPIO⁹⁴, aun reconociendo que esta categorización no siempre se presenta con suficiente claridad, cabe entender los actos de administración como aquellos que tienen por finalidad la conservación y la explotación -obtención de rendimientos- del inmueble, y como actos de disposición los que exceden de esta finalidad, pudiendo implicar un efecto traslativo o constitutivo, de manera que otra persona adquiere un derecho del titular anterior, o efecto de modificación físico-jurídica, o, simplemente jurídica.

⁹⁴. PAU PEDRÓN, A., y DE FUENTES CORRIPIO, J., *La capacidad en los negocios sobre inmuebles*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2011, págs. 16 y 17.

Hechas estas aclaraciones, sí que cabe sostener con carácter general que para prestar consentimiento en un convenio arbitral es necesario gozar de plena capacidad. Así, señala MARTÍN BERNAL⁹⁵: «posee capacidad para suscribir un convenio arbitral el mayor de edad no incapacitado (art. 322 CC), que a su vez deberá poseer el poder de disposición sobre los derechos a que se refiere el convenio arbitral». Veamos diferentes supuestos⁹⁶:

2.1.- Personas sometidas a patria potestad

Quienes están sometidos a patria potestad deberán actuar representados por sus padres conforme a las reglas generales de la patria potestad recogidas en el Código Civil. En principio no se requiere autorización judicial, a menos que el pacto arbitral afecte directamente a alguno de los casos recogidos en el artículo 166 del Código.

2.2.- Personas sometidas a tutela

De acuerdo con el art. 199 del CC, según la nueva redacción dada por la citada Ley 8/2021, están sometidos a tutela los menores no emancipados en situación de desamparo o que no estén sujetos a patria potestad. Estas personas actuarán siempre representados por el tutor (art. 225 CC). El tutor debe contar con la preceptiva autorización judicial, según lo establecido por el artículo 287.4º del CC (aplicable a la

⁹⁵. MARTÍN BERNAL, J.M., "El poder de disposición en el arbitraje según la LEC", en el *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Universidad de Murcia, 2004, Madrid, pág. 3095.

⁹⁶. Sobre todas las cuestiones de capacidad debe tenerse en cuenta las novedades que se han introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. En particular, la Ley da nueva redacción a los preceptos del CC que regulan la tutela y la curatela, previendo en el art. 287 del CC (aplicable a tutores y curadores por indicación del nuevo art. 224 CC) que tutores y curadores necesitarán autorización judicial para someter a arbitraje cuestiones relativas a intereses de la persona sometida a tutela o curatela, salvo que sean de escasa relevancia económica o que se trate de arbitraje de consumo.

tutela por disposición de lo previsto en el art. 224 del mismo Código), salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia económica o en el caso del arbitraje de consumo. Tanto en el caso de tutela como en el de patria potestad, si existiera conflicto de intereses entre el representados y sus padres o el tutor, deberá nombrarse un defensor judicial (artículos 163 y 295 del Código Civil y 27 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria).

2.3.- Los menores emancipados

Con carácter general pueden concertar el convenio arbitral por sí solos, aunque si se afecta a los actos señalados en el artículo 247 del Código será preciso el consentimiento complementario de sus padres, de su cónyuge o del curador, según los casos⁹⁷. Hay que advertir, no obstante, que existen autores como NÚÑEZ BOLUDA⁹⁸ que entienden que el menor emancipado puede celebrar el convenio arbitral libremente en todo caso, porque el arbitraje no figura entre los actos que precisa el complemento de capacidad, según los artículos 323 y 324 del CC.

2.4.- Personas con la capacidad modificada judicialmente sometidas a curatela

Pueden actuar por sí mismos, si bien necesitarán la intervención del curador cuando así lo disponga la sentencia que establezca las medidas de apoyo. En caso de que la sentencia disponga el nombramiento de un curador con facultades representativas, será

⁹⁷. Establece el CC: artículo 247: «La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad»; artículo 248: «Para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta, si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; si también es menor, se necesitará además el de los progenitores o defensor judicial de uno y otro».

⁹⁸. NÚÑEZ BOLUDA, M.D., "Capacidad de las personas físicas para formalizar un convenio arbitral", en el *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pág. 208

el curador el que intervenga como representante de la persona con discapacidad, pero necesitará autorización judicial, salvo que se trate de arbitrajes de escasa relevancia económica o de arbitrajes de consumo (art. 287 CC).

2.5.- Situaciones de concurso de acreedores

La incidencia que pueda tener la declaración de concurso sobre la eficacia de un convenio arbitral previo, o sobre la tramitación de un procedimiento arbitral la estudiaré con detalle en apartados posteriores. En lo que ahora nos interesa, podemos decir que la celebración de un convenio arbitral por un concursado se somete a las reglas generales recogidas en el RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal sobre la actuación de las personas que se encuentran en esta situación jurídica. Así, una vez declarado el concurso, habrá que distinguir según se trate de un concursado sometido a intervención o a suspensión de sus facultades de administración patrimonial. En el primer caso podrá celebrar un convenio arbitral, pero necesitará la intervención de los administradores concursales. Si se trata de suspensión, el concursado carece de facultades de actuación, y deberá ser sustituido por los administradores concursales para concertar el pacto arbitral. Así se desprende de lo previsto en los artículos 106 y 128. 1 y 3 TRLC⁹⁹. Como muy acertadamente apunta

⁹⁹. **Artículo 106:** *«Efectos sobre las facultades patrimoniales del concursado. 1. En caso de concurso voluntario, el concursado conservará las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, pero el ejercicio de estas facultades estará sometido a la intervención de la administración concursal, que podrá autorizar o denegar la autorización según tenga por conveniente. 2. En caso de concurso necesario, el concursado tendrá suspendido el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa. La administración concursal sustituirá al deudor en el ejercicio de esas facultades. 3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener»*; **artículo 128:** *«Representación de la persona jurídica concursada frente a terceros. 1. En caso de intervención, la representación de la persona jurídica concursada en el ejercicio de las facultades de administración y de*

MARTIN MORAL¹⁰⁰, en el caso del arbitraje sucesorio, «*Parece no haber obstáculo para que el deudor concursado, que conforme al segundo párrafo del artículo 40.6 de la Ley Concursal conserva la facultad de testar, incluya en su testamento una cláusula de arbitraje sucesorio.*» La razón última que fundamenta esta tesis se halla en la idea de que «*...el testador concursado no es más que el creador de un convenio arbitral del que nunca será parte.*»¹⁰¹.

Tras la reforma del artículo 52 de la Ley Concursal operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, los convenios arbitrales de los que sea por una persona declarada en concurso, tanto los suscritos antes de la declaración concursal, mantendrán su plena eficacia y validez¹⁰², aunque, cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, siempre que, naturalmente, no haya comenzado el procedimiento arbitral, porque, en este caso, este deberá continuar hasta que se dicte el laudo (artículo 51.2 LC). Todo ello sin perjuicio de la facultad que el artículo 53.2 de la LC reconoce a los administradores concursales para impugnar convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude.

disposición sobre los bienes y derechos que integren la masa activa corresponderán a los administradores o liquidadores, pero el ejercicio de esas facultades estará sometido a la autorización de la administración concursal, que podrá conceder o denegar esa autorización según tenga por conveniente. (...). 3. En caso de suspensión, la representación de la persona jurídica concursada en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integren la masa activa corresponderá a la administración concursal.

¹⁰⁰. MARTIN MORAL, M.F., *El concurso de acreedores y el arbitraje*, La Ley, 2014, pág. 122.

¹⁰¹. Cita en apoyo de esta tesis a PERALES VISCASILLAS, P, que en su trabajo "Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2003", *Diario La Ley*, número 6035, año 2004, afirma que «*el causante ciertamente crea la cláusula, pero no es parte del convenio, puesto que los participantes en el conflicto que pueda surgir serán precisamente aquellos a los que el testador ha impuesto su voluntad.*»

¹⁰². En este sentido puede verse NOGUERA DE ERQUIAGA, J.C. y ABADÍA JORDANA, R., "La compatibilidad del arbitraje y el concurso de acreedores", en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 288.

El nuevo TRLC mantiene idéntica solución¹⁰³. Su art. 140 dispone en sus apartados 1, 3 y 4 los siguiente: «1. *La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el deudor.* 3. *El juez del concurso, de oficio o a solicitud del concursado, en caso de intervención, o de la administración concursal, en caso de suspensión, podrá acordar, antes de que comience el procedimiento de mediación o de que se inicie el procedimiento arbitral, la suspensión de los efectos de esos pactos o de esos convenios, si entendiera que pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. Queda a salvo lo establecido en los tratados internacionales.* 4. *En caso de fraude, la administración concursal podrá impugnar ante el juez del concurso los pactos de mediación y los convenios y procedimientos arbitrales».*

2.6 Arbitraje testamentario

Hay un caso que se separa de estas reglas. Es el del arbitraje testamentario. En este caso es obvio que la capacidad exigible es la capacidad para testar, de acuerdo con las normas previstas en el Código Civil. En concreto, el artículo 663 considera incapacitados para testar a los menores de catorce años y a los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio, aunque el art. 688 CC exige para otorgar testamento ológrafo ser mayor de edad.

3. Representación

La adhesión a un convenio arbitral puede hacerse, como la mayor parte de los actos y negocios jurídicos, también a través de un representante o apoderado. Como ya señalaba DÍEZ-PICAZO¹⁰⁴, ha de distinguirse entre apoderamiento y poder o poder de

¹⁰³. Sobre el alcance del nuevo TRLC puede verse HEREDIA CERVANTES, I., "Arbitraje y mediación en el Texto Refundido de la Ley Concursal", *La Ley Digital*, La Ley 14621/2020, 18 de febrero de 2021, Madrid, págs. 1 a 8.

¹⁰⁴. DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, pág. 125.

representación: «con la expresión “apoderamiento” se designa el acto de concesión de un poder de representación y, eventualmente, el documento a través del cual se plasma o se hace constar. Para nosotros, la expresión “poder” designa estrictamente la situación jurídica de que es investido o en que es colocado el representante y que le permite o le faculta para actuar en la esfera jurídica ajena». A este respecto, teniendo en cuenta que, aunque no deben desconocerse las diferencia entre mandato y poder, no existe en nuestro CC una regulación general del apoderamiento, hay que acudir a lo dispuesto en el artículo 1713 del CC para determinar el alcance de ese poder que se atribuye al apoderado: «El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso. La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores».

Entiende VERDERA SERVER¹⁰⁵ que de la letra de este artículo se deducen dos consecuencias: a) El mandato que se exige para concertar un convenio arbitral ha de ser expreso, es decir, no basta el concedido en términos generales; b) Ese carácter expreso implica que el simple mandato para transigir no comprende el mandato para celebrar convenio arbitral.

En este sentido, cabe recordar que no debe confundirse la forma del mandato o apoderamiento con el alcance de las facultades conferidas al apoderado. Es esta una doctrina muy consolidada en la jurisprudencia de nuestro TS, como pone de relieve la STS de 19 de septiembre de 2013¹⁰⁶. Lo que sí ha de quedar claro es que para suscribir

¹⁰⁵. VERDERA SERVER, R., *El convenio arbitral*, op. cit., págs. 69 a 73.

¹⁰⁶. Señala el tercer fundamento de derecho de esta Sentencia: «Es doctrina reiterada de esta Sala que el mandato expreso aludido en el párrafo segundo del artículo 1713 del Código Civil (LEG 1889, 27) es perfectamente conciliable con las dos formas de exteriorización de tal negocio jurídico previstas en el artículo 1710 del propio Código y que el artículo 1713 al hablar en su segundo párrafo de mandato expreso se refiere más bien al mandato especial y, por tanto, no excluye la posibilidad de que aun dentro de la esfera de actos de riguroso dominio pueda ser suplida la falta de apoderamiento previo por la ratificación, sancionando la sentencia de 2 de junio de 1981 (RJ 1981, 2491) que el mandato tácito ha de derivar de actos que impliquen necesariamente de un modo evidente y palmario la intención de obligarse, debiendo acreditarse en debida forma las facultades conferidas al mandatario, lo que es cuestión de hecho reservada a la apreciación del Tribunal sentenciador en la instancia, apreciación que solo es dable desvirtuar acusando error en la valoración de la prueba, resaltando, por último, la sentencia de 5 de abril de 1950, en interpretación de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1727 del Código Civil, que la

un convenio arbitral el poderdante debe haber expresado de forma inequívoca la atribución de dicha facultad al apoderado, sin que baste la general para la celebración del contrato en el que la cláusula arbitral esté contenida, y aunque ese contrato constituya un acto de disposición o de riguroso dominio explícitamente autorizado por el poderdante. VERDERA SERVER¹⁰⁷ cita la SAP de Barcelona de 21 de noviembre de 2002 como ejemplo de una postura distinta, al afirmar: *«lo verdaderamente importante es que existe una voluntad clara de las partes de esta contienda judicial de someterse a arbitraje al estar de acuerdo con la renuncia a la jurisdicción ordinaria como medio ordinario de solución de los posibles conflictos o divergencias, sin que sea obstáculo para ello el que el Presidente de la Comunidad carezca de mandato expreso de los copropietarios para someter la cuestión a árbitros (art. 1713 CC), pues: -la suscripción del contrato de ejecución de obras debe considerarse en su totalidad, en el sentido de que todas las cláusulas vinculan a ambas partes y no solamente algunas, -el Presidente de la Comunidad no es exactamente un mandatario del resto de copropietarios sino el órgano que ostenta la representación de la Comunidad»*. Aunque, en mi opinión, esta sentencia lo que manifiesta es la no aplicabilidad del artículo 1713 del Código, puesto que se trata del presidente de una comunidad de propietarios, que no se mueve propiamente en el campo de la representación voluntaria.

4. Posición de determinados terceros

Aunque la regla general que deriva del artículo 9 LA y del 1257 CC implica que no quedan sujetos a los efectos del convenio arbitral quienes no hayan sido partes firmantes de dicho convenio, hay que plantear algunas situaciones en las que puede ser dudoso si determinados terceros se verán afectados por el arbitraje.

ratificación tácita tiene lugar cuando el mandante sin hacer uso de la acción de nulidad por él ejercitable, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo con ello de manifiesto su consentimiento concordante con el del tercero (SSTS 27 de diciembre de 1966; 10 de octubre de 1963; 10 de mayo de 1984; 3 de julio 1987 (RJ 1987, 5048); 18 de diciembre 2006 (RJ 2007, 681); 10 de mayo 2007 (RJ 2007, 4000)».

¹⁰⁷. VERDERA SERVER, R., *El convenio arbitral*, op. cit., pág. 70.

El caso más habitual puede ser el de quienes prestan garantía a obligaciones derivadas de un contrato en el que se ha incluido la cláusula arbitral. Si dicha garantía se ha integrado en el contrato principal y el garante interviene en referido contrato, parece incontestable la extensión de los efectos del convenio arbitral a todos los que han firmado el contrato, cualquiera que sea el concepto en el que hayan intervenido. Por el contrario, si la garantía se constituye en documento independiente, se pueden plantear dudas en dos perspectivas:

- Cuando el garante paga la obligación no satisfecha por el asegurado y se subroga en la posición del acreedor principal (artículo 1839 CC). La jurisprudencia elaborada por el TS en el ámbito del seguro marítimo¹⁰⁸ ha entendido que el subrogado se ve afectado por la cláusula arbitral, dado que los efectos de la subrogación son los que marca el 1212 del CC. En el ámbito registral, los efectos de la inscripción refuerzan de manera incontestable la idea de que quien se subroga en la posición de alguna de las partes de la relación jurídica inscrita, lo hace respecto de todas las cláusulas que aparecen en la inscripción.
- Ante eventuales reclamaciones directas del acreedor frente al garante del deudor principal, se plantea si dicho garante está vinculado por la cláusula arbitral. Como recuerda la STSJ de Madrid de 24 de abril de 2018 (con cita de la Sentencia del TS de 26 de mayo de 2005), existen diferentes teorías que permiten extender los efectos del convenio arbitral a terceros que no lo han suscrito: *«1ª La del levantamiento del velo, cuya base no es el consentimiento de las partes, sino la extensión subjetiva, basada en el principio de buena fe; una parte que controla una entidad, no se puede refugiar bajo la forma jurídica de dicha entidad separada cuando en realidad utiliza dicha forma de manera abusiva, para eludir o limitar la responsabilidad. 2ª La teoría de los actos propios, que implica que una parte que no ha firmado un contrato que contiene una cláusula arbitral, pero que ejercita derechos con base en el mismo, no puede luego pretender que no está sujeta la cláusula arbitral contenida en dicho contrato. Por otro lado, la cláusula arbitral se puede extender a terceros en base al consentimiento, por referencia, o*

¹⁰⁸. Pueden verse Sentencias como la de 13 de octubre de 1993.

mediante un consentimiento implícito, basado en la apariencia creada. (STJCV 13/2015, de 5 de mayo (RJ 2015, 4994), SSAPM de 17 noviembre de 2005 y 15 de octubre de 2010)”. Por el contrario, VERDERA SERVER ¹⁰⁹ considera que no cabe extender esta solución de forma generalizada, dado que, según su criterio, todo depende de que el garante tenga un conocimiento exhaustivo de la cláusula arbitral, sin que baste un simple conocimiento general de las obligaciones básicas aseguradas. Como ya señalé antes, la publicidad registral será determinante en este sentido.

b) Elemento objetivo

La determinación de la materia arbitrable ha sido uno de los principales caballos de batalla de los defensores del arbitraje. Sin duda se ha ido evolucionando en un proceso de flexibilización en la legislación española que nos permite afirmar con los Profesores MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA¹¹⁰ que *«hoy el ordenamiento arbitral español se afilia a la tendencia de máxima amplitud o liberalidad en cuanto a la disponibilidad objetiva de las materias susceptibles de arbitraje»*. Con la Ley 60/2003 se ha eliminado la regla según la cual cuando una materia disponible aparezca indisolublemente unida a otra que no lo es, ninguna de las dos será susceptible de arbitraje. Y con la extensión del arbitraje a materias tales como el Derecho societario o los arrendamientos urbanos, se ha desterrado también el mito de que cuando una materia está regida por numerosas normas de derecho imperativo el arbitraje queda excluido. En este sentido son muy clarificadoras las palabras recogidas en el *Informe sobre el arbitraje societario en España* de 22 de febrero de 2013¹¹¹, cuando se afirma que *«en el derecho de sociedades, cuyo objeto son intereses económicos, no existen materias que no puedan ser libremente dispuestas por los socios y los administradores. Cuestión diferente es que puedan existir normas imperativas o incluso de orden público, que constituyan barreras*

¹⁰⁹. VERDERA SERVER, R., *El convenio arbitral*, op. cit., pág. 79.

¹¹⁰. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., op. cit., págs. 274 y 275.

¹¹¹. *Informe sobre el arbitraje societario en España*, op. cit., párrafo 78.

infranqueables para la libre disposición de las partes. En el caso de que este tipo de normas sean relevantes, los árbitros estarán obligados a aplicarlas. Y su actuación será controlada por el Juez en sede de anulación del laudo. Pero la existencia del derecho necesario no representa un impedimento para que todas las controversias societarias se puedan resolver en vía arbitral».

La Ley de 2003 se limita a señalar en su artículo 2.1: *«Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».* Por tanto, desde esta perspectiva de flexibilidad máxima podemos sostener que podrá inscribirse todo convenio arbitral que no tenga por objeto propiamente una materia claramente indisponible, analizando cada materia por separado. Así, por ejemplo, si en unas capitulaciones matrimoniales o en unos acuerdos prenupciales se pacta el sometimiento a arbitraje de las eventuales controversias que en el futuro puedan surgir sobre la liquidación del régimen económico matrimonial, ese pacto sería admisible, aunque muchas de las cuestiones que rodean la separación o el divorcio sean indisponibles y no susceptibles de arbitraje.

Consideramos muy acertada la interpretación que hace del citado artículo 2.1 LA, la AAP de Madrid, Sección 28ª, de 4 de mayo de 2012: *«es perfectamente posible que un derecho subjetivo sea disponible y susceptible de renuncia o transacción y que, sin embargo, todas o alguna de las normas jurídicas que deban aplicarse por parte del órgano decisor del litigio generado en torno a ese derecho subjetivo sean normas cuya inadecuada aplicación resulte capaz de comprometer o vulnerar principios de orden público. Buena prueba de que ello es así la encontramos en la propia Ley de Arbitraje. En efecto, al disciplinar los motivos tasados en base a los cuales resulta legalmente posible entablar un proceso judicial de anulación del laudo dictado por los árbitros, el Art. 41-1 de dicha ley contempla, junto a la falta de "arbitrabilidad" de la cuestión sometida a arbitraje (apartado e), la circunstancia consistente en que el laudo sea, en atención a su contenido, contrario al orden público (apartado f). Por lo tanto, si el árbitro ha podido conculcar el orden público al dictar su laudo, ello solamente puede obedecer a que su competencia no se ve mermada por la necesidad de aplicar normas jurídicas integrantes de ese mismo concepto de orden público, ya que, caso de haber aplicado*

correctamente estas normas, el laudo no sería anulable, o no lo sería, al menos, por esta causa. O dicho de otro modo: la aplicabilidad al caso litigioso de normas de orden público no puede constituir una circunstancia que prive de arbitrabilidad a la cuestión debatida porque, si así fuera, la norma contenida en el apartado f) del Art. 41-1 carecería por completo de sentido y de contenido desde el momento en que la hipótesis que define se encontraría ya comprendida en el apartado precedente, es decir, en el apartado e) referente al supuesto en que los árbitros hayan resuelto "sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje"».

Igualmente clarificadora es la STSJ de Madrid de 29 de julio de 2013, cuando afirma: *«La libre disponibilidad a la que se refiere el artículo 2 de la Ley de Arbitraje viene referida a los derechos subjetivos que pueden ser objeto de controversia, de tal modo que la resolución de ésta tendrá que realizarse siempre y en todo caso, aun en contra de la voluntad de los enfrentados en ella, a través de los Tribunales de Justicia. En tales casos, la autonomía de la voluntad de las partes interesadas en la controversia no basta para someter a arbitraje su resolución, sino que necesariamente deberá acudir a la vía jurisdiccional, como cuando se trata de juicios de incapacitación o sobre el estado civil de las personas, en los que no cabe acudir al arbitraje, sino que las únicas resoluciones susceptibles de producir eficacia son las judiciales. Por tanto, aunque fueran de aplicación los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su derecho derivado, la atribución a los Juzgados de lo mercantil de los procedimientos de aplicación de esos preceptos no determina la exclusión del arbitraje para la resolución de las controversias en las que se invoquen tales artículos, como no está vedado el arbitraje en otras materias cuya resolución también se atribuye a los juzgados de lo mercantil, como las relativas a transportes, Derecho Marítimo, propiedad industrial, etc. (art. 86 ter.2 LOPJ). Como pone de manifiesto el Auto de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 77/2012, de 4 mayo, "la disponibilidad es una cualidad que se predica de los derechos subjetivos en conflicto pero que en modo alguno constituye una característica de las normas eventualmente llamadas a dirimir el propio conflicto que entre aquellos derechos puedan suscitarse. En efecto, el Art. 2-1 de la Ley de Arbitraje define la arbitrabilidad diciendo que "Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme*

a derecho", poniendo así de manifiesto que lo que ha de ser disponible son las materias, esto es, los derechos subjetivos en contienda. Ahora bien, es perfectamente posible que un derecho subjetivo sea disponible y susceptible de renuncia o transacción y que, sin embargo, todas o alguna de las normas jurídicas que deban aplicarse por parte del órgano decisor del litigio generado en torno a ese derecho subjetivo sean normas cuya inadecuada aplicación resulte capaz de comprometer o vulnerar principios de orden público"».

No obstante la claridad de esta interpretación, creo que resulta conveniente estudiar algunos casos concretos que generan o han generado dudas respecto a su posible sometimiento a arbitraje.

1. Arbitraje societario.

1.1. Un vistazo a la historia

Como recuerdan PICÓ I JUNOI y VÁZQUEZ ALBERT¹¹², durante el siglo XIX, tanto «*las Ordenanzas de Bilbao de 1837, como el CCom. De 1829 establecieron un sistema de de arbitraje societario forzoso, al exigir que las sociedades mercantiles incluyeran en sus estatutos una cláusula de sumisión al arbitraje. En contraste, el CCom de 1885 silenció esta exigencia, sin que dicho silencio significara la prohibición del arbitraje societario, sino simplemente su caracterización como facultativo. Esta circunstancia hizo posible que en la práctica la inmensa mayoría de las compañías siguieran incorporando aquella cláusula al amparo del principio de libertad de pactos. En este contexto, no es de extrañar que a principios de este siglo el TS se pronunciara en favor de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociale*». El artículo 323 del Código de Comercio de Sainz de Andino, de 30 de mayo de 1829, estableció en su artículo 323: «*Toda diferencia entre los socios se decidirá por jueces árbitros, háyase o no*

¹¹². PICÓ I JUNOI, J. y VÁZQUEZ ALBERT, D., "El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas", *Revista de Derecho de Sociedades*, año VII, número 11, 1999, pág. 189.

estipulado así en el contrato de sociedad". Y la Ley de 24 de julio de 1830, de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, señalaba en su artículo 252: «Toda contienda sobre negocios mercantiles puede ser comprometida al juicio de árbitros de comercio, haya o no pleito comenzado sobre ella y en cualquiera estado que éste tenga hasta su conclusión». Es cierto, sin embargo, que el CCom de 1885 no recogió ninguna alusión al arbitraje en materia societaria.

Como afirma RODRÍGUEZ ROBLERO¹¹³, «antes de la Ley de 17 de julio de 1951, de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, en la que se estableció un procedimiento especial para la impugnación de acuerdos sociales, no había oposición al arbitraje como medio alternativo a la jurisdicción para resolver las impugnaciones de los acuerdos de la junta general, sino más bien era un método muy utilizado en la práctica mercantil. Pero, tras estos cambios legislativos surgió una nueva orientación en la jurisprudencia y en la doctrina con respecto al arbitraje. Este cambio de postura tuvo también su fundamento en la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, que abrió el debate sobre la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales sobre la base del procedimiento especial que se imponía, convirtiéndose en el inicio de una etapa "anti-arbitralista", apoyada doctrinariamente por grandes juristas. Esta parte de la doctrina sostenía que al tener la resolución de la contienda efectos para todos los accionistas, no era posible dejar en manos de los litigantes los derechos ajenos, además de defender que no cabían acuerdos puramente privados con base a concesiones recíprocas sobre cuestiones relativas a si un acuerdo se adecuaba o no a la Ley o a los estatutos, o si vulnera los intereses sociales. Esta línea la siguió también el Tribunal Supremo, cambiando su criterio y pasando a rechazar la arbitrabilidad de las controversias relativas a los acuerdos sociales, sentando una clara jurisprudencia en contra, al considerar que el arbitraje no brindaba las garantías procesales necesarias para resolver este tipo de conflictos. En contra del arbitraje societario hubo quienes alegaron también que la regulación de la impugnación de acuerdos sociales implicaba

¹¹³. RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., "El arbitraje societario en la nueva Ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado", *Revista de Derecho de Sociedades*, año XIX, número 37, julio-diciembre de 2011, págs. 105 y 106.

normas imperativas que hacían que no fuera posible disponer de esta materia, por lo que se estaría ante materia inarbitrable; lo que hizo que por mucho tiempo en las cláusulas arbitrales estatutarias se excluyera de forma expresa la impugnación de acuerdos sociales».

Fue a partir de la aprobación de la Ley de Arbitraje de 1988 y de la reforma societaria de 1989 cuando se dieron las condiciones adecuadas para que el arbitraje societario se fuera abriendo paso. Y en este camino fue capital la postura de la DGRN, que en su R de 19 de febrero de 1998 abordó la negativa del registrador mercantil a inscribir una cláusula estatutaria del siguiente tenor: *«Todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la sociedad y sus Administradores o socios, o entre aquéllos y éstos, o estos últimos entre sí, se someten al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Terrassa, de l'Associació per l'Arbitratge de Terrassa, encomendando al mismo la designación de árbitros y administración del arbitraje, de acuerdo con su Reglamento, cuya decisión arbitral será de obligado cumplimiento. Se exceptúan de esta sumisión aquellas cuestiones que no sean de libre disposición».* Dicha negativa se sustentaba en los siguientes argumentos: *«Los socios fundadores no pueden establecer, en los Estatutos, la sumisión a arbitraje con tanta amplitud, por cuanto: 1.º Una norma estatutaria no puede configurarse como convenio arbitral a los efectos legales (arts. 5 y 6 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre). No puede admitirse su inclusión en los Estatutos sociales, queriendo vincular a los futuros socios de la sociedad (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de agosto de 1993). 2.º En los términos en que se formula, supone una renuncia anticipada a la jurisdicción, contraria por tanto, al Orden Público (arts. 1255 del Código Civil y 10 de la Ley de Sociedades Anónimas). 3.º No cabe vincular con esta cláusula a quienes no ostenten la cualidad de socios, concretamente a los administradores (art. 1257 del Código Civil en relación con los arts. 5 y 6 citados). 4.º En tales términos, abarca incluso controversias entre socios, ajenas a su condición de tales, o motivadas por causas ajenas a tal condición, o a la existencia de la sociedad. En definitiva, produce indeterminación de las relaciones jurídicas sobre que ha de recaer el arbitraje (art. 5 de la Ley 36/88)».* Frente a este planteamiento del registrador, el Centro Directivo decidió admitir la cláusula de sumisión arbitral en estos términos: *«El último de los defectos de la nota deniega la inscripción de*

la norma en que se sujeta a arbitraje la solución de determinados conflictos sociales. El primer argumento, base de la negativa a su inscripción total, es la falta de idoneidad de una norma de tal naturaleza como fuente de un convenio arbitral, en cuanto no puede vincular a terceros que no hayan sido parte en el contrato. Sin necesidad de entrar en la vieja polémica sobre la distinción entre contrato o negocio constitutivo de la sociedad y estatutos, o sobre la naturaleza jurídica del primero, ha de aceptarse que los Estatutos, en cuanto conjunto de reglas llamadas a regir la organización y el funcionamiento de la sociedad, tienen su origen en la voluntad unilateral o plurilateral de los fundadores que son los llamados a integrar su contenido en la propia escritura de constitución [art. 12.1 c) de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada]. Ese negocio constitutivo puede contener un convenio arbitral accesorio para la resolución de controversias derivadas de los pactos de carácter estrictamente contractual, al que tan solo quedarán sujetos los propios contratantes y frente al que el futuro socio sería ajeno. Pero puede el convenio arbitral integrarse en los propios Estatutos para la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que puede calificarse como regla paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, como lo puedan ser las restricciones a la transmisión de participaciones sociales, la obligación de realizar prestaciones accesorias, el régimen de separación y tantas otras que en la medida en que son objeto de publicidad registral vinculan y sujetan a quienes en cada momento lo estén al conjunto normativo constituido por los propios Estatutos. Un pacto compromisario extrasocial o no inscrito vinculará tan solo a los contratantes y sus herederos, pero si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria. No puede, por último, desconocerse que en un supuesto con evidentes analogías, el de los conflictos entre las Cooperativas y sus miembros, la sumisión estatutaria a arbitraje aparece expresamente prevista por el legislador [art. 163.1 b) de la Ley de Cooperativas de 2 de abril de 1987]. Con carácter subsidiario se rechaza la inscripción de la misma regla por indeterminación de su objeto, lo que pudiera implicar la sumisión a arbitraje de materias que no son de libre disposición. Una concreción como la pretendida por el Registrador

se torna excesiva, pues el determinar qué concretas controversias se han de entender sujetas y cuáles excluidas del arbitraje supondría tener que llevar a cabo un recorrido por todo el derecho de sociedades para ir casuísticamente incluyendo y excluyendo unos u otros supuestos, con el evidente riesgo de no agotarlas. Por otra parte, no parece que todas las cuestiones que el Registrador considera de necesaria exclusión tengan necesariamente que serlo: los administradores aunque no ostenten la condición de socios, no por ello son terceros desvinculados del régimen estatutario en su relación orgánica con la sociedad, pues si así fuera tampoco podrían invocar en su favor los derechos que, como puede ser la retribución, les reconocieran; la acción para exigirles responsabilidad es en gran medida renunciabile (art. 69 LSRL en relación con el 134 de la LSA) y la irrenunciabilidad a la responsabilidad derivada del dolo (art. 1102 del Código Civil) no es lo mismo que la renuncia a un procedimiento para su exigencia; finalmente, la exclusividad de la vía judicial para la impugnación de los acuerdos sociales, si bien goza de un reiterado respaldo jurisprudencial (cfr. SSTs de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1968, 15 de octubre de 1971, 21 de mayo de 1970) está pendiente de confirmación tras las últimas reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, y hoy día es doctrinalmente cuestionada en base a diversos argumentos. Por ello, una regla como la que se examina, similar a otras que constituyen hoy en día cláusulas de estilo en la mayoría de los Estatutos sociales, que necesariamente ha de interpretarse siguiendo su tenor que se limita a sujetar a arbitraje las controversias «societarias», y que excluye todas aquellas «cuestiones que no sean de libre disposición» no es rechazable a efectos de su inscripción».

Siguiendo la estela de esta resolución, la STS de 18 de abril de 1998 abre definitivamente las puertas al arbitraje estatutario. Comienza declarando el Alto tribunal que la cláusula que establece el convenio arbitral en los Estatutos de la sociedad anónima «tiene una antigua raigambre y una constante y extendidísima práctica, con fórmulas muy semejantes entre sí, que llegan a ser verdaderas cláusulas de estilo. La sociedad es un contrato que no se agota con un cumplimiento de prestaciones en forma instantánea, como ocurre en los contratos de tracto único, sino que nace una relación jurídica contractual duradera, como ocurre con otros contratos de tracto sucesivo. La posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los Estatutos de una sociedad mercantil,

los cuales quedan integrados en el contrato, es indudable pese a que en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido. La validez de la cláusula estatutaria que contiene el convenio arbitral que mantiene claramente esta Sala, también ha sido compartida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 19 de febrero de 1998, que emplea una argumentación que se acepta plenamente por esta Sala: *...si se configura como estatutario (el convenio arbitral) y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria*". Aclarado este extremo, la sentencia se centra en la admisibilidad del arbitraje en materia societaria, aunque muchos de los aspectos se encuentren regulados por normas de carácter imperativo: *«El problema específico y, que como tal es esencial en la sentencia de instancia, es la aplicabilidad del arbitraje y por ende, del convenio arbitral a la impugnación de acuerdos sociales de una sociedad. El artículo 1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje dispone que el objeto del arbitraje deben ser materias de libre disposición, lo que ratifica el artículo 2.1.b). La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia estima que la impugnación de acuerdos sociales no es materia más allá del poder de disposición de los sujetos; dice literalmente: no puede llegar a dejar fuera del ámbito del arbitraje las cuestiones relativas a nulidad de Junta de Accionistas e impugnación de acuerdos sociales adoptados por sociedades puramente capitalistas como las anónimas y en las que no se ventilan, en el fondo, más que los intereses exclusivamente patrimoniales, todo ello respetable y merecedor de la mayor protección pero que, por otra parte, no se ve desamparado o menospreciado por el hecho de permitir que sea resuelto mediante un procedimiento arbitral con todas las garantías. La sentencia de la Audiencia, por el contrario, mantiene que es materia que no es objeto de arbitraje; literalmente la nulidad de Juntas Generales e impugnación de acuerdos sociales, está sustraída a la posibilidad del Convenio de que hablan los artículos 1, 5 y 11 de la normativa citada, ya que los preceptos que regulan el procedimiento para la celebración de las Juntas, en las Sociedades Anónimas están dictados en garantía de los socios accionistas y minorías frente a posibles abusos e irregularidades de los Administradores, y desde luego no pueden considerarse "asuntos sociales" de los que*

habla el artículo 16 de los Estatutos, y rigiéndose por normas de "ius cogens" constituye materia indisponible, según el espíritu que preside el artículo 1 y 2 letra b) de la Ley 36/88, pues el desarrollo futuro de las Juntas Generales, con sus normas, sobre convocatoria, constitución, "quorum" o celebración de acuerdos, así como sobre representación y obtención de mayorías, son materias regidas por estrictas formalidades legales, tanto de la Ley 17 de junio 1951, como de la nueva Ley de 25 de julio de 1989, sobre sociedades anónimas. La posibilidad de someter a arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907; la sentencia de 15 de octubre de 1956 cambió el criterio y negó aquella posibilidad, que fue reiterado por las sentencias de 27 de enero de 1968, 21 de mayo de 1970, 15 de octubre de 1971; actualmente, tras las reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse confirmando la última doctrina o volviendo a la más antigua. Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de ius cogens pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje».

La STS de 30 de noviembre de 2001, volvió a reiterar *obiter dicta* esta misma doctrina¹¹⁴. También lo hizo la RDGRN de 4 de mayo de 2005: «*La posibilidad de que*

¹¹⁴. Señala el primer párrafo de su segundo fundamento de derecho: «*La cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje había sido discutida y rechazada doctrinal y jurisprudencialmente, no en forma unánime. Apuntó*

los estatutos sociales recojan un convenio arbitral se ha ido abriendo paso en la práctica amparada en la postura favorable de la doctrina y avalada por la resolución de este Centro Directivo de 19 de febrero de 1998 y la STS de 18 de abril del mismo año. El principal obstáculo con el que normalmente ha chocado la admisión de tal convenio, la determinación de las cuestiones que se sujetan a decisión arbitral y la prohibición legal de extenderlo a las controversias sobre materias que no sean de libre disposición conforme a derecho (art. 2.1 de la Ley de Arbitraje) se han solventado en sede societaria a través de fórmulas generales que lo refieran de forma específica o a través de los criterios normales de interpretación a las controversias «societarias», sistema de concreción que ha de entenderse que cumple las exigencias del artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje, y, a la vez, excluya las cuestiones que no sean de «libre disposición», fórmulas éstas que vienen siendo usual en la práctica y ha obtenido el respaldo de este Centro en la resolución antes citada».

Por su parte, el TC, partiendo de que su función no es la de revisar los criterios interpretativos de las leyes, sino tan solo verificar que no se vulneran preceptos constitucionales susceptibles de ser invocados en vía de recurso de amparo, sí que parece que no considera contrario al derecho a la tutela judicial efectiva la aplicación del arbitraje al ámbito societario. En concreto, es necesario citar la STC 9/2005, de 17 de enero. Comienza el Tribunal Constitucional aclarando el alcance del control por vía de recurso de amparo respecto del procedimiento arbitral: *«El arbitraje es un "medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4); y "aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiende al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1) a través de un recurso de amparo en el que se invoquen las garantías del art. 24 CE, cuyas exigencias se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal (véanse, también, los AATC 701/1988,*

la validez la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 19 de febrero de 1998 y la declaró clara y rotundamente la sentencia de esta Sala de 18 de abril de 1998. Ahora se reitera esta doctrina, pese a que no es cuestión sometida a casación, pero de ella es preciso partir».

de 6 de junio, FJ 1; y 179/1991, de 17 de junio, FJ 2) y que, con respecto al arbitraje, solo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje (en esta fase se situó el conflicto que dio lugar, por ejemplo, a la STC 233/1988, de 2 de diciembre), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo». Y, aclarado este extremo, resuelve sobre el caso planteado: «en primer término, que no corresponde a este Tribunal resolver la cuestión sobre la que se pronuncia la Sentencia impugnada -derecho de separación del socio de una sociedad anónima en los casos en que los estatutos sociales hayan previsto un arbitraje de equidad para resolver las cuestiones que se susciten entre los socios y la sociedad-, confirmando o corrigiendo la interpretación de la legalidad ordinaria realizada por el órgano judicial. Determinar la correcta respuesta en Derecho a la mencionada cuestión, que se desenvuelve en el ámbito de la legalidad infraconstitucional, queda claramente fuera de la jurisdicción de este Tribunal y la circunstancia de que la demanda de amparo ponga el acento en demostrar que está en juego el *ius cogens societario* no concede, por sí misma, relevancia constitucional a lo resuelto. En último lugar, vistos los razonamientos ya expuestos de la Sentencia impugnada, de ninguna manera puede afirmarse que la respuesta judicial obtenida por la recurrente en amparo incumpla las exigencias que impone el art. 24.1 CE, por lo que -como este Tribunal ha declarado en otro caso de arbitraje sobre el que se pronunció por la vía del recurso de amparo- "no siendo [la] argumentación [de la Sentencia recurrida] irrazonable, arbitraria o patentemente errónea, supera el canon de control a que nos hemos referido. Este Tribunal no puede entrar a valorar la corrección jurídica de la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por el órgano judicial, cuestión en la que se extiende la demanda y que trata de cobijar en la aducida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues tal función corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3 CE" (STC 32/2002, de 11 de febrero, FJ 4)».

A pesar de que el TS y la DGRN habían sentado un criterio claro, en los años siguientes hubo diferentes resoluciones judiciales que trataron de poner freno a esta

corriente favorable al arbitraje societario¹¹⁵. El primer ejemplo lo encontramos en la SAP de Barcelona de 17 de febrero de 1999. Aun siendo consciente de lo dicho por el TS, se introduce el importante matiz de que el arbitraje societario nunca podrá afectar a los aspectos estructurales de la sociedad, sí a los contractuales. Dice su primer fundamento de derecho: *«Esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la eficacia de la cláusula arbitral incorporada a los estatutos de sociedades capitalistas, en el sentido de entender que la declaración de nulidad de unos acuerdos, no solo afecta a la materia regulada por los mismos -pues su disponibilidad deriva de que precisamente sobre ella se adoptan decisiones que pueden dejarse sin efecto o sustituirse por otras (art. 115 LSA)-, sino también a la determinación de los límites que el ordenamiento impone al propio poder que se actúa (en este sentido, nuestra S 13 Mar. 1998). No cabe, sin embargo, desconocer la corriente contraria de la que constituye destacado exponente la sentencia del TS de 18 Abr. 1998, que sin diferenciar entre la posibilidad de autorregulación de la materia de quienes son parte en un negocio jurídico dentro de ciertos límites y la autorregulación de los propios límites de disposición, admite la posibilidad de impugnación de los acuerdos sociales, lo que hace conveniente que analicemos el supuesto controvertido desde dicha perspectiva, habida cuenta del singular respeto que merecen las sentencias del alto Tribunal, incluso cuando no constituyen jurisprudencia. La expresada sentencia admite ciertos límites que no indica, al reconocer la posibilidad de que determinados extremos de la impugnación de acuerdos sociales queden fuera del poder de disposición de las partes. Entre ellos debemos entender aquellos acuerdos que afectan a los perfiles estructurales de la sociedad -en el planteamiento de la sentencia con cita expresa de la resolución de la DGRN de 19 Feb. 1998, priman los aspectos contractualistas de la sociedad-, entre los que se hallan los relativos al capital y a las modificaciones vinculadas al mismo. Ello, sin perjuicio de que el art. 20.1 CCom., reproducido en el 7 RRM dispone que “el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud*

¹¹⁵. A este respecto, me he basado en la selección de sentencias realizada por LORCA NAVARRETE, A., *Jurisprudencia Arbitral Comentada de los TSJ. Estudio de las sentencias y autos de los TSJ en materia de arbitraje*, volumen II/2012, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2013, págs.192 y siguientes.

o nulidad”, lo que, tratándose de un registro de personas, exige un control de legalidad que no permite ni la decisión de equidad, ni la aplicación pari pasu del art. 38 del RH».

El segundo ejemplo lo representa el Auto del Juzgado de lo Mercantil número uno de Bilbao, de 2 de noviembre de 2005. Partiendo del carácter indisponible del derecho de información del socio, concluye que *«cuando se denuncia el incumplimiento de una norma legal, como es el caso, y aquella no es disponible para las partes, lo que sucede con el derecho de información de un socio, no es posible que la cláusula arbitral surta efecto, porque no puede disponerse de un derecho de naturaleza pública, que unánimemente se considera ius cogens, y que por lo tanto no puede someterse a transacción o pacto de clase alguna, ni modularse o matizarse por los estatutos sociales. La naturaleza del derecho a información obliga a estar lo dispuesto en el art. 30 de los Estatutos in fine. Es posible, en consecuencia, la sumisión de la cuestión litigiosa derivada de la impugnación de un acuerdo social a arbitraje, como han previsto los socios fundadores de la sociedad demandada. No es posible, sin embargo, someter a arbitraje la eventual vulneración de un derecho de esas características, que por lo tanto es indisponible para los socios y que no puede ser objeto de transacción o disposición por su naturaleza pública e imperativa».*

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ¹¹⁶ también cita otros casos que acreditan las dudas que seguían anidando en los tribunales españoles acerca del arbitraje societario. En concreto, menciona el Auto de 16 de marzo de 2005 y la Sentencia de 30 de junio de 2008 de la AP de Barcelona, que se plantean la imposibilidad de someter a arbitraje, por ser indisponibles, la impugnación de los acuerdos sociales nulos por ser contrarios al orden público, en tanto en estos casos la acción no está sujeta a ningún plazo de caducidad ni existe ninguna restricción a la legitimación activa.

1.2. Situación a partir de la Ley de Arbitraje de 2003

¹¹⁶. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.A., "El arbitraje societario", en *Anuario de arbitraje 2016*, coordinada por G. JIMÉNEZ-BLANCO, Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 356 y 357.

Con estos antecedentes se aprueba la vigente Ley de Arbitraje en 2003. Aunque sin incluir una referencia específica, está claro que, el hecho de inspirar sus principios en los de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, dio un impulso definitivo a la admisibilidad del arbitraje societario. Pero el silencio de la Ley hizo que se mantuvieran las vacilaciones en la doctrina y en la jurisprudencia.

Quizá una de las sentencias que más dudas sembró en la materia y que, en gran medida, ha sido considerada como detonante de la decisión del legislador de elaborar lo que luego concluyó como la reforma de 2011¹¹⁷, fue la de la STS, Sala Primera, de 9 de julio de 2007. Merece la pena reproducir su fundamento de derecho tercero: *«A) Durante una larga etapa, la opinión mayoritaria de la doctrina mercantil, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1988, 21 de mayo de 1970 y 15 de octubre de 1971) entendió que el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de los acuerdos sociales impide someter a arbitraje su validez y sólo eran admitidas las cláusulas arbitrales contenidas en los estatutos sociales en las que se hacía una salvedad respecto de las acciones de impugnación de acuerdos sociales (RDGRN de 27 de abril de 1989). La STS de 18 de abril de 1998, siguiendo el precedente sentado por la RDGRN de 19 febrero de 1998, reflejó un importante cambio doctrinal al declarar que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral, la nulidad de la junta de accionistas y la impugnación de los acuerdos sociales; sin perjuicio de que, si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre él, so pena de ver anulado total o parcialmente el laudo, pues el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de los acuerdos sociales no empece su carácter negocial y, por tanto, dispositivo. De esta doctrina se desprende que los Estatutos, como negocio constitutivo que tiene su origen en la voluntad de los fundadores, pueden contener un convenio arbitral para la resolución de controversias de carácter social, el cual, manteniendo el carácter de regla accesoria a los estatutos o paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, y vincular no sólo a los firmantes, sino, mediante su inscripción en el Registro Mercantil,*

¹¹⁷. Al menos así se considera en *Informe sobre el arbitraje societario en España* de 22 de febrero de 2013, *op. cit.*, párrafo 13.

en virtud del principio de publicidad registral, a los socios presentes y futuros, en cuanto constituye uno de los elementos que configuran la posición de socio, de forma análoga a como admitía el artículo 163.1.b de la Ley de Cooperativas [LC] de 2 de abril de 1987, en precepto incorporado a la disposición adicional décima, apartado 2, de la LC vigente.

B) En virtud del principio Kompetenz-Kompetenz, recogido expresamente en la vigente LA -no aplicable al caso controvertido por razones temporales-, la nulidad del contrato o instrumento, en este caso los Estatutos sociales, en los que se contenga el convenio arbitral, no comporta por sí misma la nulidad de éste, que debe operar, para salvaguardar la competencia de los árbitros, como un convenio independiente, cuya validez debe enjuiciarse con sumisión a los requisitos específicos que le son exigibles, con independencia del juicio que merezca la solicitud de declaración de nulidad de aquel acto o instrumento en que se contiene, pues anticipar un juicio de nulidad sobre el negocio jurídico en su conjunto y extenderlo a la cláusula arbitral comportaría, como dice la parte recurrente, incurrir en una petición de principio. Configurando los requisitos del convenio arbitral, el artículo 5 LA 1988, aplicable por razones temporales al supuesto enjuiciado, exige que el convenio arbitral exprese “la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión”. Este precepto debe interpretarse en estrecha relación con el principio de autonomía de la voluntad en que se funda la institución del arbitraje según la jurisprudencia constitucional. La doctrina científica y en la jurisprudencia, frente a posiciones iniciales que defendían el carácter del arbitraje de manera indiferenciada como equivalente jurisdiccional, han ido evolucionando hacia teorías mixtas que destacan la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes y subrayan el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal. En la jurisprudencia constitucional se distingue con nitidez, por una parte, la actividad arbitral como relacionada con el principio de autonomía de la voluntad, pero regulada por la legalidad ordinaria al margen de la protección reforzada mediante el amparo del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución [CE]; y, por otra, la intervención judicial excepcional prevista en la LA, que constituye la única actividad jurisdiccional estatal

propriadamente dicha disciplinada por la regulación del expresado derecho a la tutela judicial, que tiene rango constitucional y formas reforzadas de protección mediante los recursos ante los tribunales ordinarios y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La STC núm. 9/2005, declara, en efecto, que el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del Ordenamiento. La CE, según el Tribunal, sólo proyecta sus garantías sobre aquellas fases del procedimiento arbitral y aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado; entre las más relevantes, la intervención en la designación de los árbitros, la acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo. Debe concluirse, en consecuencia, que el arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales en cuanto la misma no sea absolutamente indispensable (siempre que la parte interesada invoque oportunamente la cláusula arbitral), y de ahí la formulación por la LA del principio de exclusión de la intervención judicial, cuyos inconvenientes se compensan con los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser de la institución. La conclusión a que debe llegarse es que la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje para resolución de los conflictos sociales o una ampliación de su ámbito objetivo, en cuanto comporta una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que puede hacerse valer por la vía del amparo, según la jurisprudencia constitucional que acaba de exponerse, exige el requisito de la aceptación de los afectados. En el caso examinado resulta evidente que la cláusula arbitral se adoptó sin el consentimiento de los demandantes, dos de los cuales habían sido excluidos como socios y otro votó en contra, por lo que frente a ellos no puede ser opuesta con buen éxito la excepción correspondiente, pues la cláusula arbitral que habían aceptado es la contenida en los estatutos originarios, la cual expresamente excluía la impugnación de los acuerdos sociales».

1.3. Reforma de la Ley de Arbitraje de 2003 por la Ley 11/2011, de 20 de mayo

Aunque como hemos visto, la LA no recogió en su redacción inicial referencia alguna al arbitraje estatutario, sí que podemos encontrar alusiones en otras disposiciones normativas anteriores y posteriores a la misma. Hay que mencionar en primer lugar la Disposición Adicional Décima de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que dispone: «*Arbitraje. 1. Las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las cooperativas, entre el Consejo Rector o los apoderados, el Comité de Recursos y los socios, incluso en el período de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje de derecho regulado por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre; no obstante, si la disputa afectase principalmente a los principios cooperativos podrá acudirse al arbitraje de equidad. 2. Dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; pero el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes*». Más adelante nos encontramos con el RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, que introdujo modificaciones en el Reglamento del Registro Mercantil, dando nueva redacción, en lo que ahora nos interesa, a los artículos 114.2,c y 175.2,c, que admiten como posible pacto a incluir en la inscripción de la constitución de una sociedad anónima o limitada «*El pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos*». Y también hay que citar el artículo 18 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, que establece: «*Cláusula de arbitraje. El contrato social podrá establecer que las controversias derivadas del mismo que surjan entre los socios, entre socios y administradores, y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, sean sometidas a arbitraje, de acuerdo con las normas reguladoras de la institución*».

A pesar de todas estas referencias normativas, el legislador era consciente de las resistencias y tópicos anti-arbitrales que durante décadas habían existido en España, y de las dificultades a las que aún se enfrentaba en la práctica el arbitraje societario. Por ello, a través de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado,

introduce en la LA un nuevo artículo, el 11 bis, que regula por primera vez este tipo de arbitraje. En su punto primero proclama de manera clara: «*Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen*». Como señala el Informe sobre el arbitraje societario en España del Club Español de Arbitraje de 2013¹¹⁸, «*El principio general es breve y enormemente claro: las sociedades de capital pueden someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. La voluntad del legislador no ofrece duda: establece por fin, y de forma clara e indubitada, la arbitrabilidad de todos los conflictos que surjan en el seno de una sociedad de capital, mencionando expresamente la impugnación de acuerdos sociales*». No obstante, también hay autores que critican la redacción de este inciso inicial de este artículo. MIROSA MARTÍNEZ¹¹⁹ considera superflua la afirmación inicial del artículo 11.1 LA, dado que «*no dice nada que no resulte patente ya de la propia naturaleza de las cosas. (...) Cuando se hace referencia a un marco de producción de conflictos no se está diciendo nada en relación con la arbitrabilidad: ni el matrimonio, ni el delito, ni el seguro de vida, ni las sociedades de capital, entendidos como marcos delimitadores de controversias, establecen parcelas de arbitrabilidad o inarbitrabilidad. Es ante cada controversia concreta, surja en el marco en que surja, que habrá que decidir acerca de si recae o no sobre objeto disponible y, por tanto, arbitrable. Lo que es arbitrable no es el marco jurídico-social en que surge el conflicto, sino aquello que es objeto de la concreta controversia*».

Cabría, no obstante, hacer una primera observación crítica a la redacción de este artículo. Se hace una referencia expresa a las «*sociedades de capital*», lo cual puede llevarnos a pensar que las sociedades mercantiles personalistas no pueden acogerse al arbitraje estatutario. Señala OLIVENCIA RUIZ¹²⁰: «*Al referirse, expresa y solamente, a las sociedades de capital, cabe cuestionarse la posibilidad de que también puedan hacerlo las sociedades de personas, por tratar únicamente de las mercantiles. La regla “inclusio unius, exclusio alterius” no siempre es una guía hermenéutica fiable, pero en este caso dejaría fuera de la posibilidad de incluir cláusula de arbitraje en sus estatutos*

¹¹⁸. Informe sobre el arbitraje societario en España de 22 de febrero de 2013, parágrafo 16.

¹¹⁹. MIROSA MARTÍNEZ, P., "Arbitrabilidad de la materia societaria: la soportable levedad de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje", *Diario La Ley*, número 7927, sección Tribuna, 20 de septiembre de 2012.

¹²⁰. OLIVENCIA RUIZ, M., "El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003", *op.cit.*, págs 1005 y siguientes.

a las sociedades no de capital, resultado que choca con la más elemental lógica jurídica. El propio Preámbulo da la clave interpretativa cuando afirma que se trata de aclarar “las dudas existentes en relación con el arbitraje estatuario en las sociedades de capital”. O sea, que allí donde no existía duda, en las personalistas, ha venido a plantearla el desafortunado texto del art. 11 bis.1».

Parece evidente que no debemos entender la mención explícita de las sociedades capitalistas como una exclusión de las personalistas. Si ya antes de la reforma de 2011 la jurisprudencia había admitido con carácter general el arbitraje estatuario, no resulta razonable considerar que una ley cuyo objetivo era fomentar este tipo de arbitraje, en la práctica acabe restringiéndolo para un concreto tipo de sociedades. Es interesante a este respecto la solución interpretativa que propone TARRÍO BERJANO¹²¹: *«El hecho de que en el precepto no se mencionen los demás tipos sociales (sociedad colectiva, comanditaria, profesionales, cooperativas, civiles) y demás entes jurídicos privados de base corporativa o asociativa y fundaciones, no quiere decir que todas ellas no puedan someter los conflictos que surjan en su seno a arbitraje, siempre que cumplan la regla esencial de su arbitrabilidad por ser materia de libre disposición con arreglo a Derecho. La norma comentada no las comprende y por lo tanto no les resultará de aplicación su contenido (no regirá la mayoría cualificada para la aprobación de la cláusula arbitral, no se les impondrá la administración y nombramiento de los árbitros por institución arbitral, etc) pero podrán dirimir los conflictos surgidos con arreglo a un procedimiento sujeto al régimen general de la Ley de Arbitraje».* En parecido sentido se pronuncian DE ÁNGEL YÁGÜEZ¹²² y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ¹²³, así como el Informe del Club Español del Arbitraje¹²⁴.

Otra duda que siempre ha sobrevolado el ámbito subjetivo del arbitraje societario es la relativa a su aplicabilidad a las sociedades abiertas, especialmente las sociedades

¹²¹. TARRÍO BERJANO, M.G., "Comentario del artículo 11,bis", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por C. GONZÁLEZ-BUENO, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, págs. 296 y 297.

¹²². DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. "Comentario del artículo 11,bis", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por L. PRATS ALBENTOSA, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, págs. 342 a 346.

¹²³. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.A., *op.cit.*, pág. 361.

¹²⁴. Informe sobre el arbitraje societario en España de 22 de febrero de 2013, *op. cit.*, párrafos 24 y 25.

cotizadas. Nos recuerda OLAIZOLA MARTÍNEZ ¹²⁵ cuál ha sido la postura tradicional respecto al arbitraje en las sociedades abiertas: *«Así, en las sociedades abiertas, de base institucional, confluyen intereses múltiples que por su relevancia trascienden al orden público económico y que por ello reclaman una disciplina legal marcadamente imperativa (téngase en cuenta el gran margen de protagonismo que se concede hoy en la normativa del Mercado de Valores a la autoridad reguladora: el art. 60 de la Ley del Mercado de Valores legitima a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para impugnar los acuerdos nulos adoptados con el voto del que haya adquirido una participación significativa en el capital social sin la preceptiva oferta pública de adquisición; la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el 16 de mayo de 2002- formulada por Sánchez Calero, Bercovitz y Rojo- va más allá y legitima a la Comisión con carácter general para impugnar acuerdos de las Juntas de accionistas de las sociedades cotizadas). Todo ello hace, según este autor¹²⁶, que en relación a estas sociedades el ámbito del arbitraje como medio de solventar conflictos intracorporativos tenga que ser con carácter general muy reducido»*. Sin embargo, no existen razones para excluir a este tipo de sociedades del ámbito del arbitraje estatutario.

Sin duda, la aprobación de la reforma de 2011 ha contribuido decisivamente a disipar las reticencias que antes hemos visto que algunos TSJ estaban poniendo al arbitraje estatutario. Pronto se empezó a ver un cambio de tendencia en la postura de los Tribunales. Podemos citar como primer ejemplo de esta línea claramente favorable al arbitraje societario la STSJ de Andalucía de 9 de marzo de 2012, cuyo primer fundamento de derecho afirma: *«Por la mercantil demandada se opone en primer lugar una excepción de falta de competencia objetiva, por entender que este tribunal carece de competencia "para resolver mediante arbitraje" las cuestiones controvertidas anunciadas en el escrito de demanda, al entender que por afectar a, o requerir la aplicación de normas de ius cogens, estaría vedado el arbitraje, que sólo puede versar sobre materias respecto de las*

¹²⁵. OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", *op. cit.*, págs. 88 y 89.

¹²⁶. El autor al que cita es MUÑOZ PLANAS, J.M., "Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978.

que quepa la transacción. Lo que en realidad está planteando la demanda no es una objeción sobre la competencia objetiva para nombrar un árbitro, sino la nulidad del convenio arbitral o al menos su ineficacia respecto de la cuestión controvertida, de la que derivaría la inviabilidad del nombramiento de árbitro. Siendo sin duda esta Sala la que tiene competencia objetiva para dilucidar tal extremo. Pero sobre la cuestión de la susceptibilidad de sometimiento a arbitraje de materias reguladas por normas imperativas de la legislación societarias la demandada confunde el concepto de indisponibilidad de la materia (que es el que determina el ámbito objetivo del arbitraje) con el de imperatividad de la norma aplicable, contra el criterio tan claramente expuesto por la STS 18 abril de 1998 que distinguía ambos conceptos y declaraba que el convenio arbitral no afecta al carácter de ius cogens de las normas aplicables, sino al cauce procesal en que han de aplicarse, sin perjuicio de que el contenido del laudo, por no respetarlas, pueda resultar impugnabile, en su caso, por la cláusula general de orden público. Dicho de otro modo: si una norma societaria es de carácter imperativo, ello impedirá que su contenido pueda alterarse por la inclusión de cláusulas contrarias a la misma en los Estatutos, que serían nulas (art. 6 Código Civil), pero no impedirá que las controversias que surjan en su aplicación puedan dirimirse mediante arbitraje, como también podrían dirimirse, sin duda, por vía de transacción. En este mismo sentido, la STS 18 abril 2008 ha aclarado que "el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo, de los mismos". En consecuencia, no puede dudarse de que un convenio arbitral incluido por unanimidad en los estatutos de la sociedad puede ir referido a los conflictos societarios típicos de la nulidad de convocatorias y a la impugnación de los acuerdos adoptados, por lo que ninguna duda tiene la Sala sobre la arbitrabilidad de la controversia expuesta en el escrito de demanda». Incluso llega también a aclarar que no ha de existir ningún obstáculo para que el arbitraje societario sea un arbitraje de equidad, dado que «el árbitro de equidad, al dictar el laudo, deberá resolver con absoluta libertad de criterio cuando se trate de materias no regidas por normas imperativas, si bien, en la medida en que haya intereses de terceros o quede comprometido el interés general o el orden público, los laudos han de ser respetuosos con las exigencias más rígidas del ordenamiento jurídico».

También debe hacerse alusión en este sentido a la STSJ de Galicia, de 10 de mayo de 2013, que en su cuarto fundamento de derecho dice: *«Quienes se oponían a que la impugnación de acuerdos sociales pudiera ser objeto de arbitraje argumentaban precisamente que esta materia viene regulada por normas de "ius cogens" de manera que les sería de aplicación lo establecido, ahora, en el artículo 2.1 de la citada norma, pero el artículo 11-bis.3 de la L.A., en cuanto permite el arbitraje estatutario para la impugnación de acuerdos sociales, viene a poner fin a la disputa acerca de su legalidad sobre la base del innegable carácter negocial de los mismos, tal y como ya nos enseñaba la STS de 18 de abril de 1998: "la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de ius cogens, pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ... ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje»*. Apoya igualmente esta orientación la STSJ de Navarra de 30 de octubre de 2013.

Por su parte la DGRN ha confirmado en recientes RR la admisibilidad sin ambages del arbitraje societario. Así, hemos de resaltar la Resolución de 25 de junio de 2013, en la que se reitera: *«este Centro Directivo ha entendido que no puede rechazarse la inscripción de la cláusula genérica de sumisión porque no cabe presumir que cualquier conflicto entre los administradores sea ajeno al conocimiento jurisdiccional y por consiguiente susceptible de arbitraje. Así se afirmó en las resoluciones de 10 de noviembre de 1993 y 4 de mayo de 2005 y es que, como puso de relieve la de 19 de febrero de 1998, una cláusula genérica de sumisión a arbitraje remite a un momento posterior la decisión de si el conflicto es susceptible de ser solventado por esta vía o no. Esta doctrina, por un lado, refleja más adecuadamente la incontrovertida posibilidad de incluir en los estatutos una cláusula de arbitraje en general (posibilidad aceptada tras algunas vacilaciones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 18 de abril de 1998, ratificada por las de 30 de noviembre de 2001 y 15 de septiembre de 2004) y por otro el propio funcionamiento tanto de los Tribunales como de la institución arbitral. Al igual que el juez debe rechazar de oficio o a instancia de parte su actuación cuando carezca de jurisdicción (artículos 37 y 39 de la LEC), el árbitro*

designado debe proceder de forma semejante. Como pusieron de relieve las Resoluciones citadas anteriormente será en el momento en que la controversia concreta y específica se someta al conocimiento del árbitro cuando este deberá apreciar si la misma cae o no dentro del ámbito de su actuación (artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje). Y ello sin perjuicio de que la apreciación de incompetencia se haga valer por la parte (artículo 22.2) o por la vía de la impugnación del laudo tal y como expresamente prevé su Ley reguladora al contemplar como causa de nulidad «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje» (artículo 41.1.e, de la Ley). Como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, de 20 de mayo por la que se llevó a cabo la reforma de la Ley de Arbitraje, “se reconoce la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas (las sociedades de capital) se planteen”. La previsión legal de que se incluya en los estatutos una cláusula de arbitraje en general (artículo 11.1 bis de la Ley) lo es sin perjuicio de que el ámbito concreto de la arbitrabilidad venga determinado tanto por la materia (artículo 1 y 2 de la Ley) como por el específico convenio de sumisión (artículo 9)». En esos mismos términos se expresa la Resolución de 29 de octubre de 2015.

1.4. Ámbito del arbitraje estatutario

Como hemos podido ver, aunque tanto jurisprudencialmente como en el texto de la Ley se ha reconocido la admisibilidad del arbitraje societario, se siguen planteando dudas sobre el alcance objetivo del mismo. Lo lógico sería aplicar la regla general que establece el artículo 2.1 LA, y considerar que el arbitraje societario puede extenderse a todas las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Sin embargo, dadas las reticencias tradicionales sobre este ámbito del arbitraje, conviene aclarar algunos extremos que en la práctica generan dudas interpretativas.

1.4.1. Vinculación de los socios que no han votado a favor del acuerdo de incorporación a los estatutos del convenio arbitral

Son tres los casos en los que pueden existir socios que no han votado a favor de la inclusión en los estatutos sociales del pacto de sumisión a arbitraje. En primer lugar,

cuando se trata de socios que han adquirido la condición de tales con posterioridad a la inclusión de dicho pacto en los estatutos. Ya hemos aludido a esta cuestión al tratar la inscribibilidad del convenio arbitral. Si hay un caso en el que ha quedado meridianamente claro que la eficacia de la publicidad registral hace que, una vez incorporado a los estatutos de la sociedad el pacto de sometimiento a arbitraje e inscritos dichos estatutos en el Registro Mercantil, todos los que en lo sucesivo adquieran la condición de socios por cualquier procedimiento se verán plenamente vinculados a esta previsión estatutaria, es el del arbitraje societario. A este respecto hay que citar la RDGRN de 29 de octubre de 2015 a la que ya antes he aludido. Nos dice el Centro Directivo: *«siendo una consecuencia peculiar del arbitraje estatutario, como también lo es que no solo obliga a las partes y sus herederos, sino a cuantos adquieran la condición de socios derivativamente, por actos «inter vivos» o «mortis causa» (causahabientes, herederos y legatarios) o de forma originaria (en ampliación de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones). La obligación de someterse a arbitraje forma parte de esa condición y, por la publicidad registral, es oponible al adquirente».*

En segundo lugar, está el caso de aquellos socios que, cuando se celebra la junta general en la que se acuerda incluir en los estatutos el pacto de arbitraje estatutario, no votan a favor. Como señala MERINO MERCHÁN¹²⁷, *«A pesar de que se trata de una cuestión polémica, es claro que con la redacción dada al art. 11 bis 2 de Ley de Arbitraje, si el convenio de sumisión a arbitraje ha sido aprobado con el voto favorable de al menos dos tercios de las acciones o de las participaciones, estos quedan obligados al convenio arbitral intraestatutario».* En el mismo sentido el Informe sobre arbitraje societario del Club Español de Arbitraje¹²⁸: *«Una vez obtenida la mayoría cualificada de dos tercios de las acciones o participaciones, exigida por el art. 11 bis 2 LA, el acuerdo obligará a todos sus socios, incluso aquellos que no hayan votado a favor (por estar ausentes, por haberse abstenido o por haber votado en contra de la propuesta). Estos socios disidentes quedarán afectados por el acuerdo, a pesar de que no han prestado su consentimiento».* Por tanto, parece claro que los socios disidentes o ausentes quedan plenamente afectados

¹²⁷. MERINO MERCHÁN, J.F., "Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011", *Revista Jurídica de Castilla León*, número 29, 2013, pág. 24.

¹²⁸. Informe sobre el arbitraje societario en España de 22 de febrero de 2013, op. cit., párrafo 16.

por el pacto de sumisión a arbitraje. Y, a menos que los propios estatutos introduzcan esta causa o motivo específico de separación de la sociedad conforme al artículo 347.1 de la LSC, tales socios seguirán ligados a la misma mientras no transmitan sus acciones o participaciones sociales.

Por último, hay que citar el caso de los socios que no han podido votar en la junta que acordó el establecimiento del pacto arbitral por ser titulares de acciones o participaciones sin derecho a voto, en los términos previstos en los artículos 98 y siguientes de la LSC. Aunque se ha planteado la posibilidad de aplicar como solución más equitativa lo establecido en el artículo 103 de la citada LSC: *«Toda modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de las participaciones sociales o de acciones sin voto exigirá el acuerdo de la mayoría de las participaciones sociales o de las acciones sin voto afectadas»*, entendemos que no hay razones de peso para que este tipo de socios queden excluidos de los efectos del pacto arbitral ni para aplicar esta previsión especial del citado artículo.

1.4.2. Herederos de los socios

Se han planteado dudas acerca de la vinculación a la cláusula estatutaria de arbitraje de los herederos de los socios que no terminan adquiriendo la condición de socios propiamente dichos. Yo creo que es indudable que dicha cláusula les vincula. Pensemos que, conforme al artículo 1257 del CC, los contratos surten efectos entre los contratantes y sus herederos. Conviene citar en este punto a OLIOZOLA MARTÍNEZ¹²⁹: *«No ha sido tampoco pacífica la vinculación a la cláusula arbitral de los herederos de los socios cuando no asuman esa condición, esto es, cuando no sucedan al causante en la posición jurídico-social (al heredar o recibir por legado la condición de socio). Hay que entender que en todo caso podrán reclamar, por ejemplo, dividendos devengados y no satisfechos, o la liquidación de la participación social cuando la parte del difunto se amortiza. En relación a las controversias que de todo ello puedan derivarse, la cláusula*

¹²⁹. OLIOZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de globalización", *op. cit.*, pág. 111.

arbitral afecta a dichos herederos y ello porque, asuman o no la condición de socios, continúan la personalidad del causante y siguen ostentando un legítimo interés jurídico societario». Distinto es el caso de los legatarios que, al no ser sucesores a título universal, tendrán la misma consideración que cualquier otro adquirente de una acción o participación social.

1.4.3. Terceros titulares de derechos reales sobre las acciones o participaciones sociales

Los titulares de derechos reales sobre acciones o participaciones sociales, tales como el usufructo o la prenda, tienen, salvo disposición contraria de los estatutos, una serie de derechos legalmente reconocidos en los artículos 127 a 132 de la LSC. En cuanto terceros que ostentan un evidente interés legítimo, están, por ejemplo, legitimados para la impugnación de acuerdos sociales (artículo 206.1 de la LSC).

Entiendo que, de la misma manera que el que adquiere la propiedad de una acción o una participación social se ve vinculado por el pacto estatutario de sumisión a arbitraje, gracias a la fuerza de la publicidad registral, los adquirentes de otros derechos reales estarán en la misma situación, y han de entenderse afectados por dicho pacto. Lógicamente este pacto de sumisión a arbitraje no afecta a las relaciones internas entre el titular de las acciones o participaciones y el que lo sea de los derechos reales limitados que, como es natural, se regirán por sus respectivos títulos de constitución. Ni, a la inversa, el eventual pacto de sumisión a arbitraje establecido en dicho título de constitución no será extensible a las relaciones jurídicas con la sociedad. No obstante, pueden darse algunos casos límite en los que se podría producir una excepción a esta regla. En concreto, OLIOZOLA MARTÍNEZ¹³⁰, con referencia a un supuesto recogido en la RDGRN de 26 de octubre de 1989, sostiene: *«Así, supongamos que el usufructuario de la totalidad de las acciones o participaciones en que se divide el capital social, y al que estatutaria y contractualmente corresponde el derecho de voto, lo ejercita adoptando*

¹³⁰. OLIOZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de globalización", *op. cit.*, pág. 112.

un acuerdo social que vulnera lo convenido con los nudo propietarios; por ejemplo, decidiendo repartir dividendos de determinada forma o en determinado momento. Si en dicho acuerdo interno se contempla la sumisión a arbitraje, pero en los estatutos sociales no, entendemos que la controversia societaria consistente en la impugnación de tal acuerdo podrá ser reconducida al cauce arbitral, con base en lo pactado al constituir el usufructo, precisamente por la apuntada falta de alteridad de la relación interna».

1.4.4. ¿Y los administradores?

Si bien en la actualidad, después de las reformas introducidas a partir de 2011 en la LA y con la postura que mantiene el TS y la DGRN, nadie suele cuestionar la eficacia del arbitraje estatutario respecto a los conflictos que surjan entre la sociedad y los socios, sí que siguen existiendo algunas dudas en relación con la eficacia vinculante del convenio arbitral recogido en los estatutos respecto a los administradores de la sociedad, cuando no sean socios de la sociedad. En principio no se requiere ser socio de la sociedad para ser administrador, salvo que los estatutos digan lo contrario (art. 212 LSC).

Se ha planteado si los administradores, que cuando no son socios no han participado en la aprobación de los estatutos sociales, se van a ver vinculados por la cláusula arbitral incluida en los mismos. La doctrina mayoritaria¹³¹ sostiene que, sin lugar a duda, los administradores, aunque no sean socios, se encuentran vinculados por el pacto de arbitraje estatutario. No podemos olvidar que toda la actuación de los administradores está regulada por los estatutos sociales y por la ley. De la misma forma que no pueden ignorar que su régimen de gestión y representación de la sociedad, o su remuneración, está determinada por el contenido de los estatutos, tampoco pueden pretender que la cláusula arbitral no les sea oponible. Como recuerda la RDGRN de 19 de febrero de 1998, *«los administradores aunque no ostenten la condición de socios, no por ello son terceros desvinculados del régimen estatutario en su relación orgánica con la sociedad, pues si*

¹³¹. Por todos pueden citarse a CAMPO VILLEGAS, E, "Arbitraje y Registro", *op. cit.* pág. 1608; y a FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral", *op. cit.*, pág. 2044.

así fuera tampoco podrían invocar en su favor los derechos que, como puede ser la retribución, les reconocieran».

No obstante, afinando aún más, se ha cuestionado si esta regla es también aplicable a los administradores que lo sean desde antes de que la sociedad adopte el acuerdo de modificación de estatutos que introduce la cláusula arbitral. En mi opinión no existe ninguna razón que justifique la duda. Los administradores son los representantes orgánicos de la sociedad. Es decir, forman parte de la sociedad como ente creado por el contrato social. Y cualquier acuerdo de la junta general que modifique los estatutos implica una modificación de la sociedad como tal. Y si en cualquier otra materia nadie duda de que los cambios estatutarios afectan plenamente a los administradores que lo sean en ese momento, tampoco deben generarse dudas en este caso. Y, además, ante la previsión de que la sociedad pueda aprobar una modificación de estatutos en este sentido, el administrador que no quiera verse afectado en el futuro por un eventual procedimiento arbitral, siempre tiene la posibilidad de presentar su renuncia antes de que la modificación se lleve a efecto. De nuevo la DGRN en la R de 29 de octubre de 2015 clarifica la cuestión : *«De este modo, al contener este pacto una regla de funcionamiento de la sociedad, resulta que no solo obliga a las partes en el contrato fundacional, sino a la sociedad que de él nace, que no es parte sino efecto de ese contrato, y a sus órganos y a cuantos sean miembros de éstos».*

Lo cierto es que, ante la existencia de dudas sobre esta cuestión, el Informe elaborado por la comisión de expertos del Club Español del Arbitraje de 2013¹³² hace la siguiente recomendación : *«Los conflictos por responsabilidad de los administradores pueden dar lugar a problemas de jurisdicción ratióne temporis, si fueron nombrados con anterioridad a la adopción del pacto arbitral estatutario; para clarificar la cuestión, el Convenio Arbitral Tipo contiene una disposición transitoria, que sujeta a arbitraje a los administradores que lo sean en el momento en el que la modificación estatutaria se anote en el Registro Mercantil. Adicionalmente, la Comisión recomienda que se incluya en el*

¹³². Informe sobre el arbitraje societario en España de 22 de febrero de 2013, parágrafo 77.

documento de aceptación del cargo de administrador una sumisión expresa al convenio arbitral».

Lo dicho para los administradores es perfectamente trasladable a los liquidadores. Téngase en cuenta lo establecido en el artículo 375.2 de la LSC: *«Serán de aplicación a los liquidadores las normas establecidas para los administradores que no se opongan a lo dispuesto en este capítulo»*. En esta misma línea MERINO MERCHÁN¹³³. Quizá sea especialmente recomendable en este caso que el convenio arbitral especifique que su ámbito de aplicación se extiende también a la fase de liquidación para evitar dudas interpretativas.

Conviene citar dos casos que aborda OLAIZOLA MARTÍNEZ¹³⁴. En primer lugar, las relaciones jurídicas y las controversias que puedan surgir con los administradores que a la vez sean altos ejecutivos con un contrato de alta dirección con la sociedad. En opinión de este autor (con la que me identifico plenamente): *«El Tribunal Supremo reiteradamente ha entendido, en materia de retribución, que, cuando el alto directivo es también administrador, la relación orgánica absorbe a la laboral, por lo que la retribución que por todos los conceptos haya de percibir debe constar en los estatutos sociales para ser lícitas. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2002, frente al argumento del registrador calificador de que ésta es una cuestión ajena a los estatutos, sigue el referido criterio del Tribunal Supremo, señalando que “la absorción de las funciones directivas por la relación societaria determinará que su retribución haya de sujetarse a las exigencias de ésta”(…). En la medida en que un contrato de alta dirección (o de arrendamiento de servicios, o de gestión o administración) que tenga por objeto la dirección de las incumbencias sociales se otorgue causalmente conectado con la relación orgánica societaria, precisamente para regular con carácter complementario determinadas condiciones o aspectos de la misma, se dará esa indicada “absorción de las funciones directivas por la relación societaria”, siendo necesario que el contrato de dirección se supedite y no contradiga lo*

¹³³. MERINO MERCHÁN, J.F., "Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011", *op. cit.*, pág. 25.

¹³⁴. OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de globalización", *op. cit.*, págs. 117 y 118.

establecido en los estatutos sociales; por ello, en relación a las controversias que se planteen (piénsese, por ejemplo, en las relativas a la indemnización que en dichos contratos se establece para el caso de cese, incluida la controversia relativa a la propia validez de tal estipulación), cabrá invocar la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje».

El segundo caso al que se refiere el citado autor es al conocido como administrador de hecho, mencionado en el artículo 236.3 de la LSC: *«La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad».* A este respecto OLAIZOLA MARTÍNEZ¹³⁵ sostiene con acierto que: *«precisamente por esa equiparación legal el administrador de hecho siempre podrá pretender que, conforme a la correspondiente cláusula estatutaria, la controversia relativa a su responsabilidad como tal se sustancie por la vía arbitral. No cabrá, sin embargo, someter a arbitraje la controversia conceptualmente previa relativa a si concurre o no en determinada persona la condición de administrador de hecho, por la que se decide precisamente la atribución o no de esa condición».*

1.4.5. Formación de la voluntad societaria

Uno de los argumentos que en ocasiones se han utilizado para negar el alcance de la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje respecto a los conflictos surgidos entre los administradores es el de que no puede constituir el arbitraje un mecanismo alternativo para la formación de la voluntad social. Imaginemos que, en un caso de desacuerdo entre los dos administradores mancomunados de una sociedad, se acudiera a un árbitro para

¹³⁵. OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de globalización", *op. cit.*, pág. 118.

que deshiciera el empate. Ciertamente el árbitro se convertiría en una especie de tercer administrador que rompería ese empate.

Obviamente no es función de los árbitros (y tampoco de los jueces) sustituir a los administradores en el ejercicio de su función. Si no hay acuerdo en el seno del órgano de administración y se bloquea la actividad societaria, lo procedente será que la junta general acuerde el cese de los administradores causantes de ese bloqueo (artículo 223 de la LSC), y que, en su caso, se ejerciten las acciones de responsabilidad correspondientes (artículos 236 y siguientes de la LSC). Por ello coincido con el Profesor HERNANDO CEBRIÁ¹³⁶ cuando afirma: «Mantiene por lo tanto toda su vigencia la invocada RDGRN de 27 de abril de 1989 que niega la sumisión a arbitraje como fórmula para solucionar las situaciones de empate en el consejo de administración, cuya función no es decidir acerca de la formación de la voluntad del órgano así configurado, pues en puridad la situación de empate de votos no constituye un conflicto entre administradores. Más bien al contrario, el efecto será la falta de mayoría necesaria para la adopción del acuerdo, según previene el artículo 248 LSC para la sociedad anónima, o según se desprenda de la exigida por los estatutos sociales para la sociedad limitada, según el artículo 245 del mismo cuerpo legal».

Es realmente muy clarificadora la mencionada RDGRN de 27 de abril de 1989, cuyo tercer fundamento de derecho señala: «Ha de tenerse en cuenta que los empates que se pretenden dirimir por vía arbitral se desenvuelven en el seno del proceso de formación de la voluntad social; los Consejeros al votar lo hacen en su calidad de miembros del órgano social; no actúan, al menos directamente, sus propios derechos e intereses, ni tratan de conciliar pretensiones jurídicas enfrentadas sino que con sus posiciones contribuyen a definir una voluntad jurídicamente ajena; no hay en los empates, todavía, contienda o conflicto litigioso ni pretensiones merecedoras de tutela judicial y no

¹³⁶. HERNANDO CEBRIÁ, L, "Cláusulas estatutarias de sumisión de los conflictos societarios a mediación y a arbitraje. La inclusión de los conflictos entre los administradores y la utilización de los estatutos tipo en la fundación de sociedades limitadas. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2013". *Revista Jurídica del Notariado*, número 88-89, octubre 2013-marzo 2014, Madrid, pág. 871.

procede, por tanto, la intervención de la jurisdicción ni, tampoco, la aplicación de la institución del arbitraje, tal como aparece regulada en la Ley de 22 de diciembre de 1953, que está ideada para sustituir, en los conflictos litigiosos, la actuación de los Tribunales».

Desde una perspectiva semejante, nos recuerda OLAIZOLA MARTÍNEZ¹³⁷ :«*Tampoco parece que quepa encomendar a los árbitros la adaptación y modificación de los estatutos sociales a circunstancias sobrevenidas (aunque en la contratación internacional sí que se admite que a los árbitros se les atribuya una función de adaptación del contrato mercantil ante un cambio de los presupuestos tácticos contemplados por las partes)*».

1.4.6. Ejecutivos no administradores

Existen en la estructura de las sociedades determinados profesionales que asumen funciones de altos ejecutivos en la empresa, a veces con facultades de representación atribuidas por medio de apoderamiento, e incluso, en ocasiones, con más incidencia en la vida social que los propios administradores. Sin embargo, no parece que se les pueda extender la vinculación al pacto estatutario de sumisión a arbitraje. Y ello por la razón fundamental de que se relación con la sociedad está basada en un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios profesionales que es independiente de las previsiones de los estatutos sociales.

Lo mismo cabe decir de los auditores. A pesar de que su nombramiento es obligatorio, salvo en los casos que señala el artículo 263.2 de la LSC, y de que se les puede exigir responsabilidad en los mismos términos que a los administradores (artículo 271 de la misma Ley), no por ello dejan de ser profesionales externos que prestan sus

¹³⁷. OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de globalización", *op.cit.*, pág. 106.

servicios mediante un contrato. Así lo entiende MERINO MERCHÁN¹³⁸: «Por lo que se refiere a los auditores, aunque también tienen que aceptar el encargo, ello no significa que queden vinculados a los estatutos sociales, pues guardan con esta una relación profesional o de servicios sociales, y por tanto, están excluidos del convenio arbitral intrasocietario». No obstante, hay algunos autores ¹³⁹ que sostienen que, dado que hay determinados aspectos relativos al ejercicio de la función de auditor que pueden pactarse en estatutos (duración del ejercicio del cargo, auditoría obligatoria, etc), podría admitirse una cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje que vincule a los auditores en relación con las controversias de índole societaria.

Yo, sin embargo, coincido con OLAIZOLA MARTÍNEZ¹⁴⁰ en la idea de que los auditores no están sometidos a la cláusula estatutaria de arbitraje: «(...) en el caso de los auditores , y aun tratándose de auditores designados por la Junta general de una sociedad obligada a verificación contable, el acuerdo de la Junta no es sino el presupuesto del contrato que celebrarán el designado y los administradores de la sociedad, que de ese modo ejecutan tal acuerdo de nombramiento; y la aceptación de los auditores se confunde con el consentimiento contractual que para la perfección del mismo prestan. Tampoco el contenido de la relación jurídica entre el auditor y la sociedad resulta sin más de las disposiciones legales y de lo previsto en la escritura social y los estatutos, sino que debe determinarse en ese contrato que insoslayablemente debe celebrar el auditor con el órgano de administración de la sociedad (sin perjuicio de que el núcleo mínimo de atribuciones y el régimen de responsabilidad del auditor estén previstos por la Ley). Así ocurre en un aspecto tan relevante como es el de su retribución, que se fija caso por caso (y no necesariamente por la Junta), previa negociación con el auditor designado o propuesto, “antes de que comiencen el desempeño de sus funciones y para todo el período en que deban desempeñarlas”, conforme al artículo 207 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 24.1 de la Ley 22/2015, de 20 de julio , de Auditoría de Cuentas)».

¹³⁸. MERINO MERCHÁN, J.F., "Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011", *op. cit.*, pág. 25.

¹³⁹. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos", *Revista de derecho de sociedades*, número 24/2005, 2005, pág. 251.

¹⁴⁰. OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de globalización", *op.cit.*, págs. 118 y 119.

1.4.7. Obligacionistas

La emisión de obligaciones está regulada en el Título XI de la LSC. Parece evidente que la suscripción de obligaciones solo atribuye al suscriptor un derecho de crédito frente a la sociedad emisora. Consecuentemente no puede pretenderse que se vea afectado por las previsiones estatutarias. No obstante, si se trata de obligaciones convertibles en acciones está claro que, una vez que el obligacionista ejerza su derecho a la conversión de su título en acciones de la sociedad, en tanto adquiere la cualidad de socio, quedará plenamente vinculado por el pacto estatutario de sometimiento a arbitraje.

No obstante, OLAIZOLA MARTÍNEZ¹⁴¹ sostiene que ya desde el mismo momento de la suscripción de las obligaciones convertibles quedan los obligacionistas afectados por la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje: *«Entendemos que las controversias que de todo ello puedan seguirse quedarán sujetas a la cláusula arbitral recogida en los estatutos sociales, y ello porque la suscripción de estas obligaciones convertibles supone no solo la ratificación de la correspondiente escritura de emisión, sino que también, en la medida en que su titularidad está llamada a convertirse en la titularidad de acciones, e implica de modo inmediato y sin esperar a la correspondiente conversión la atribución de determinados derechos sociales, o interfiere o se imbrica con cuestiones estrictamente societarias para preservar su posición como futuros socios, debe suponer la aceptación de los estatutos sociales en cuanto afecten o se relacionen con todo ello».*

No obstante, y como muy bien apunta MERINO MERCHÁN¹⁴², es posible (en mi opinión, recomendable) que al regular la organización y funcionamiento del sindicato de

¹⁴¹. OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de globalización", *op.cit.*, pág. 115.

¹⁴². MERINO MERCHÁN, J.F., "Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011", *op. cit.*, pág. 25.

obligacionistas, se incluya el convenio arbitral para solventar las controversias entre éstos últimos.

1.4.8. Fusión y escisión de sociedades

De conformidad con lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, en virtud de una fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan. Dicha fusión puede hacerse de dos formas: a) fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas; b) fusión que resulta de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, en cuyo caso ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda. Es obvio que se puede plantear la duda de si, existiendo cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje en los estatutos de una de las sociedades que se fusionan y no en la otra, o si pactándose dicha cláusula en los estatutos de la nueva sociedad surgida de la fusión, o introducida en los de la sociedad absorbente con ocasión de la fusión, podrá considerarse que las controversias que puedan surgir sobre todo este proceso de reestructuración societaria, incluso la propia validez de la fusión, han de someterse a arbitraje.

En mi opinión, en aquellos casos en los que se pacta la cláusula arbitral en los estatutos de la sociedad resultante de la fusión o en la modificación que se lleva a cabo en los de la sociedad absorbente (o, incluso en los casos en los que los estatutos de la absorbente ya contuvieran este pacto con anterioridad), ha de entenderse que todos los socios de las sociedades afectadas por la fusión se ven vinculados por dicha cláusula. De

esta misma opinión es OLAIZOLA MARTÍNEZ¹⁴³. He de reconocer, no obstante, que se pueden plantear reticencias al respecto. El artículo 11 bis.2 LA establece que: «*La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social*». Sin embargo, si bien en el caso de las sociedades limitadas el artículo 199, b) de la LSC exige esta misma mayoría para la modificación de estatutos, en el caso de las anónimas el artículo 201.2 de la LSC prevé que si el capital presente o representado en primera convocatoria supera el cincuenta por ciento bastará con que el acuerdo se adopte por mayoría absoluta. Parece que lo más adecuado, si se quiere introducir en la nueva sociedad o en la absorbente el pacto estatutario de sometimiento a arbitraje, es que en todo caso se respete la mayoría reforzada prevista en la LA, a fin de no dejar flancos abiertos a posibles impugnaciones que hagan peligrar su viabilidad.

Por su parte, de acuerdo con los artículos 68 a 72 de la misma Ley, la escisión, en sus diferentes modalidades (total, parcial, segregación y constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio), hace que la totalidad o una parte del patrimonio de una sociedad se transmita en bloque a una o varias sociedades distintas, adquiriendo los socios de la sociedad escindida o la propia sociedad acciones o participaciones de las beneficiarias. Si la sociedad escindida incluía en sus estatutos una cláusula arbitral, las sociedades beneficiarias, en la medida en que solo adquieren un patrimonio en bloque, pero no la condición de socios de dichas sociedades escindidas, no se verán afectadas por la referida cláusula. Sin embargo, los socios de la escindida, o ella misma en el caso de la segregación que regula el artículo 71, sí que se convierten en socios de las sociedades beneficiarias, con lo que quedarán sujetas a todo el contenido estatutario que aparezca inscrito en el Registro Mercantil, incluyendo, en su caso, las eventuales cláusulas de sometimiento a arbitraje.

¹⁴³. OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", *op.cit.*, págs. 119 y 120.

1.5. Algunos supuestos concretos de arbitraje societario

La primera consideración que debe hacerse respecto del ámbito objetivo del arbitraje es la referente a la redacción de la cláusula de sumisión a arbitraje. Como señala con acierto FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁴⁴, es preferible huir «*de la técnica de redacción, en otro tiempo habitual, consistente en la enumeración más o menos extensa de las controversias susceptibles de composición arbitral. Como es notorio, ninguna lista, por completa que sea, puede colmar la descripción del dominio de lo arbitrable*». Por tanto, lo adecuado es hacer una redacción abierta que permita abarcar los diferentes conflictos que se pueden plantear en la vida societaria.

En cualquier caso, el ámbito objetivo del arbitraje estatutario ha de ceñirse a las cuestiones directamente relacionadas con el contrato de sociedad y con las relaciones jurídicas propiamente societarias. Han de excluirse las controversias surgidas entre la sociedad y los socios nacidas de relaciones jurídicas ajenas (por ejemplo, la venta que la sociedad haga a uno de sus socios de una finca). Y tampoco las disputas que puedan surgir entre alguno de los socios con terceros, aunque tengan que ver con su condición de tales socios. Piénsese, por ejemplo, en una disputa surgida entre un socio y un tercero acerca de la titularidad de unas acciones o participaciones sociales.

Puede haber casos más dudosos. En concreto, el supuesto de las acciones de regreso que puedan ejercitarse entre los socios que tengan responsabilidad solidaria frente a terceros, cuando uno de ellos ha satisfecho la deuda y se dirige frente a los demás. Al caso se refiere OLAIZOLA MARTÍNEZ¹⁴⁵: «*Cabe sostener que tales controversias quedan sujetas a la cláusula arbitral, en cuanto que, aun tratándose la vía de regreso entre deudores solidarios de una relación interna u horizontal entre socios, tiene un claro vértice u origen en el vínculo social: la reclamación de unos contra otros tiene lugar precisamente en cuanto socios*».

¹⁴⁴. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos", *op. cit.*, pág. 248.

¹⁴⁵. OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", *op. cit.*, págs. 113 a 114.

No obstante este planteamiento, parece oportuno analizar más detalladamente algunos de los casos que con más frecuencia pueden ser objeto de resolución por medio del arbitraje.

1.5.1. Impugnación de acuerdos de la Junta General

La posibilidad de que la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General de la sociedad se lleve a cabo por medio de un procedimiento arbitral es hoy una realidad indiscutible, en tanto lo reconoce expresamente el artículo 11.3 LA : *«Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral»*. Analizado ya en anteriores apartados el camino que se ha seguido en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación españolas hasta llegar a este reconocimiento legal, conviene ahora resaltar algunos problemas que, considerando la redacción de este precepto y su coordinación con otras normas de nuestro ordenamiento, se ponen de manifiesto en la práctica.

1.5.1.1º. Posible concurrencia de distintos procedimientos de impugnación

Quizá sea éste el mayor inconveniente práctico que puede plantearse. En efecto, con arreglo a lo establecido en el artículo 206 de la LSC, están legitimados para impugnar los acuerdos sociales, no solo los administradores y los socios, sino también los terceros que acrediten un interés legítimo en ello, o, cuando se trate de acuerdos contrarios al orden público, cualquier tercero. Ello implica que sea perfectamente posible que, hallándose pendiente un procedimiento arbitral de impugnación de acuerdos sociales instado por un administrador o por los socios, un tercero inicie un procedimiento judicial con el mismo objeto. Como es obvio, frente a ese tercero no será posible oponer la correspondiente declinatoria, dado que los terceros no están sometidos a los efectos del pacto de sumisión a arbitraje recogido en los estatutos.

La solución a este dilema no es nada sencilla. La imposibilidad de utilizar la declinatoria, así como las dificultades de interpretación y alcance del concepto de cosa juzgada, parecen abocarnos inevitablemente a un escenario en el que han de convivir dos resoluciones diferentes (una judicial y otra arbitral), que pueden ser contradictorias, sobre un mismo conflicto.

Quizá por este grado de dificultad algún autor ha optado por una postura extrema con la que yo no coincido. Según OLIVENCIA RUIZ¹⁴⁶ :«*En este punto, como en otras ocasiones, la LRLA ha venido a sembrar la duda de si se refiere a toda impugnación de acuerdos sociales, incluidos los nulos por contrarios a ley o al orden público (art. 204 LSC). A mi juicio, estos acuerdos, para cuya impugnación están legitimados los terceros interesados, no vinculados por la cláusula arbitral, no pueden someterse a arbitraje por no versar sobre materia “disponible” (art. 6.2 C.c.)*»¹⁴⁷.

En mi opinión, y hasta tanto no se prevea legalmente una solución expresa, quizá la opción más sensata sea la de dar prevalencia a la resolución que se dicte antes en el tiempo. En esta línea se manifiestan PICÓ I JUNOI y VÁZQUEZ ALBERT¹⁴⁸. Señalan estos autores para el caso de que convivan dos procedimientos paralelos sobre la impugnación de acuerdos sociales: «*Aun reconociendo que la solución a este conflicto es compleja debido a la oscuridad que todavía envuelve el concepto y alcance de la cosa juzgada, entendemos que deberá prevalecer la primera resolución dictada en el tiempo, ya que si el derecho ha sido declarado irrevocablemente en ella, no puede ser alterado por una nueva resolución posterior*». Y para el caso de que un tercero inste un procedimiento judicial una vez firme un laudo, proponen que: «*si bien la sociedad no podrá alegar la excepción de cosa juzgada como mecanismo para evitar un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto, el laudo determinará el contenido de dicho pronunciamiento*».

¹⁴⁶. OLIVENCIA RUIZ, M., "El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003", *op. cit.*, págs., 1005 y siguientes.

¹⁴⁷. Ya vimos antes cómo este mismo criterio lo habían sostenido algunas resoluciones judiciales, como el AAP de Barcelona de 16 de marzo de 2005 y la SAP de Barcelona de 30 de junio de 2008.

¹⁴⁸. PICÓ I JUNOI, J. y VÁZQUEZ ALBERT, D., "El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas", *op. cit.*, pág. 199 y 200.

1.5.1.2º. ¿Es imprescindible que se utilice el arbitraje administrado?

En el ámbito arbitral se habla de dos tipos de arbitraje diferente. El arbitraje administrado o institucional, que es aquel que se encomienda a una entidad denominada corte arbitral, que se encarga de pilotar y desarrollar todo el procedimiento (art. 14 LA). Y el arbitraje *ad hoc*, que se encomienda a uno o varios árbitros elegidos directamente por las partes que desarrollarán el proceso arbitral sin enmarcarse en una corte y sin someterse a su reglamento.

El artículo 11, bis. 3 parece establecer que el arbitraje relativo a la impugnación de acuerdos sociales ha de ser necesariamente encomendado a una institución arbitral. No obstante, hay autores que entienden que ha de superarse una interpretación superficial del precepto. Así, VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO¹⁴⁹ sostiene que *«el vocablo podrán (“los estatutos sociales podrán establecer...”), se aplica, como un conjunto, a la posibilidad de someterse en los estatutos al arbitraje, lo que es el arbitraje estatutario, para el tipo particular de conflictos... pero no se obliga a hacerlo de esta manera ni se excluye otra forma de establecer el arbitraje u otro tipo de arbitraje. Lo que la Ley pretende, a nuestro entender, es favorecer el arbitraje institucional al señalar su posibilidad expresamente, pero no por eso obliga al mismo ni veta otro tipo de arbitraje. Se limita a señalar un camino. Pero permite otros. Es importante esta conclusión, pues la inmensa mayoría de los conflictos societarios se producen como consecuencia de la impugnación de acuerdos sociales por los socios o por los administradores. Si sustraemos estos conflictos al arbitraje independiente o ad hoc, en la práctica los estamos excluyendo del arbitraje societario»*. También es de esta opinión MERINO MERCHÁN¹⁵⁰: *«por nuestra parte participamos del criterio de que el art. 11 bis.3 no es obstativo para que pueda aplicarse el arbitraje ad hoc a los conflictos derivados de la*

¹⁴⁹. VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M., "La reforma de la Ley de Arbitraje: aspectos notariales y registrales", *El notario del siglo XXI*, número 38, julio-agosto de 2011, pág. 21.

¹⁵⁰. MERINO MERCHÁN, J.F., "Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011" *op. cit.*, pág. 33.

impugnación de los acuerdos sociales. La crítica a este precepto estriba en que debió expresarse sobre este aspecto en términos más claros y nítidos sobre esta cuestión».

Sin embargo, se pueden citar otros autores que interpretan este artículo en el sentido de que el arbitraje institucional es obligatorio cuando se trata de la impugnación de acuerdos sociales. Así, cabe citar a RODRÍGUEZ ROBLEDO¹⁵¹, que no solo considera que la ley ha querido establecer el arbitraje institucional, sino que además estima que es la solución más adecuada: *«Considero que el arbitraje institucional es la vía óptima para el arbitraje societario. Se le dan papel muy importante a las instituciones arbitrales, las cuales deberán velar, aunque no existan órgano de control establecido, por adoptar buenas prácticas y establecer un procedimiento lo más transparente posible con el fin de brindar un servicio de calidad y con garantías».*

El Informe del Club Español del Arbitraje de 2013 sobre el arbitraje societario se inclina con claridad por esta tesis¹⁵²: *«El texto del art. 11 bis 3 y la Exposición de Motivos de la Ley de reforma dejan poco margen a la duda: en los arbitrajes que conlleven impugnaciones de acuerdos societarios, la voluntad del legislador es admitir el arbitraje, tanto en la modalidad de árbitro único como en la de colegio arbitral; pero el legislador impone que el arbitraje sea institucional (proscribiendo pues el arbitraje ad hoc) y exige que el o los árbitros sean designados por la institución arbitral».*

En mi opinión no queda más remedio que sostener que de *lege data* la impugnación de los acuerdos sociales por vía arbitral ha de hacerse a través de una institución arbitral. No solo entiendo que así resulta de la redacción del artículo 11, bis. 3, sino que lo deja meridianamente claro la exposición de motivos de la Ley 11/2011: *«Con la modificación se reconoce la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas se planteen, y en línea con la seguridad y transparencia que guía la reforma con carácter general, se exige una mayoría legal reforzada para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje. Junto a ello también se establece que el*

¹⁵¹. RODRÍGUEZ ROBLEDO, M.I., "El arbitraje societario en la nueva Ley 11/2001, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado", *op. cit.*, página 114.

¹⁵². Informe sobre el arbitraje societario en España de 22 de febrero de 2013, parágrafo 33.

sometimiento a arbitraje, de la impugnación de acuerdos societarios, requiere la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral». Otra cosa distinta es que de *lege ferenda* resultase conveniente la eliminación de esta restricción, que sin duda es un claro residuo de la tradicional reticencia que en España ha existido frente al arbitraje societario. No es entendible que una sociedad no pueda optar por un arbitraje *ad hoc* para resolver la impugnación de acuerdos sociales.

También exige el artículo 11, bis. 3 que sea una institución de arbitraje la que designe los árbitros. Supone esta norma otra excepción a la regla general prevista en el artículo 15.2 LA : *«Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad»*. Apunta el Informe del Club Español del Arbitraje de 2013¹⁵³ que *«la razón que podría justificar la imperatividad puede buscarse en la diferente posición jurídica entre socio (que actúa como demandante) y sociedad (que lo hace como demandada): la sociedad define las características de la cláusula arbitral y la inserta en sus estatutos mediante un acuerdo adoptado por una mayoría (eso sí, muy reforzada) de socios, mientras que el socio queda vinculado, por el mero hecho de devenir titular de las acciones o participaciones. El art. 11 bis 3 podría explicarse por la preocupación que el legislador parece tener en relación con esa desigualdad, por lo que ha decidido reforzar las garantías, imponiendo el arbitraje institucional y el nombramiento de los árbitros por la institución»*. A ello habría que añadir, como de costumbre, que en esta prevención también aflora la resistencia histórica al arbitraje societario a que antes he aludido. Lo que sí parece evidente es que esta norma no impide que las partes, una vez surgida la controversia e iniciado el proceso arbitral, puedan acordar un sistema alternativo de designación de los árbitros.

1.5.1.3°. ¿Puede acudir al arbitraje de equidad?

Es cierto que el arbitraje societario (sobre todo cuando se trata de la impugnación de acuerdos sociales por supuesto incumplimiento de la ley) tiene un fuerte contenido

¹⁵³. Informe sobre el arbitraje societario en España, de 22 de febrero de 2013, párrafo 42.

jurídico. Señalan PICÓ I JUNOI y VÁZQUEZ ALBERT¹⁵⁴ : «*La opción del arbitraje de derecho no plantea problema alguno, ya que con ella se garantiza plenamente la aplicación del ordenamiento jurídico por parte del árbitro. Mayores complejidades suscita el arbitraje en equidad, que por otra parte es la modalidad utilizada de forma mayoritaria en los estatutos sociales y la aplicada subsidiariamente cuando las partes no manifiestan su voluntad en favor del arbitraje de derecho (art. 4.2 LA). El problema surge cuando el litigio versa sobre acuerdos nulos, esto es, aquellos que hayan infringido la ley, ya que el árbitro no tiene porqué aplicarla para enjuiciar el conflicto y puede resolverlo “según su saber y entender” (art. 4.1 LA). Si bien podría entenderse que el arbitraje en equidad sería posible siempre que el árbitro aplicase el derecho, esta opción la debemos descartar por cuanto no existe un control judicial posterior sobre la aplicación del ordenamiento jurídico. En consecuencia, entendemos que la impugnación de los acuerdos nulos tendrá que someterse siempre a un arbitraje de derecho*».

En mi opinión, no hay obstáculo legal alguno para que se pueda pactar que el arbitraje estatutario haya de ser resuelto en equidad. Sin embargo, hay que reconocer que resulta complicado abstraerse de la perspectiva estrictamente jurídica en la mayoría de los conflictos relativos a la impugnación de acuerdos sociales. Quizá sea por ello por lo que el Informe del Club Español del Arbitraje de 2013 haga esta advertencia¹⁵⁵: «*La Comisión, sin embargo, desaconseja que las partes pacten un arbitraje societario en equidad. Las sociedades de capital son creaciones de la ley, y sus controversias tienen una naturaleza eminentemente jurídica – por lo que resulta más aconsejable que la controversia se resuelva mediante un arbitraje de Derecho*». También considera desaconsejable el arbitraje de equidad, por considerarlo poco adecuado en una materia regida por normas imperativas, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ¹⁵⁶. Por su parte FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁵⁷, desdiciéndose de su anterior postura contraria al arbitraje de equidad en materia societaria, estima que, siempre con estricto respeto al derecho imperativo, este

¹⁵⁴. PICÓ I JUNOI, J. y VÁZQUEZ ALBERT, D., "El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas", *op. cit.*, pág. 198..

¹⁵⁵. Informe sobre el arbitraje societario en España de 22 de febrero de 2013, parágrafo 58.

¹⁵⁶. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.A., *op. cit.*, pág. 369.

¹⁵⁷. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por «justa causa» en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005", *Revista de derecho de sociedades*, número 26, 2006, págs. 298-299.

tipo de arbitraje puede resultar beneficioso desde el punto de vista práctico: «*La ponderación en equidad de las situaciones conflictivas por los árbitros puede permitirles aliviar las reglas jurídicas materiales y procedimentales aplicables al caso*».

1.5.2. Impugnación de acuerdos del consejo de administración

Con el mismo fundamento expuesto respecto a la impugnación de los acuerdos de la junta, también los del consejo de administración podrán ser impugnados a través de un procedimiento arbitral si así lo establecen los estatutos. Es más, como ya expuse en apartados anteriores, si el reglamento del consejo así lo prevé, los administradores (no los socios) se verán sometidos a la vía arbitral para realizar dicha impugnación.

1.5.3. Conflictos relativos a la conformación del capital social

En todo el proceso de integración del capital social pueden surgir numerosos conflictos que también pueden ser susceptibles de resolución a través del arbitraje. Piénsese en el régimen de las aportaciones dinerarias y no dinerarias, el pago de los desembolsos pendientes (los antes denominados dividendos pasivos), o las prestaciones accesorias. Entiendo que se tratará de conflictos que se planteen entre la sociedad y los socios, así como la determinación de la responsabilidad en que puedan incurrir los diferentes sujetos intervinientes.

No creo, sin embargo, que corresponda a los árbitros asumir la función que la ley encomienda, por ejemplo, a los expertos independientes que valoran las aportaciones no dinerarias¹⁵⁸. Solo hay arbitraje cuando existe una controversia entre dos partes. Diferente es la opinión de OLIOZOLA MARTÍNEZ¹⁵⁹, que sostiene la posibilidad de que en determinados casos en los que la legislación societaria prevé que se acuda al registrador

¹⁵⁸. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Tópicos anti-arbitrales ", y un modelo de convenio arbitral en estatutos", *op.cit.*, págs. 249 y 250.

¹⁵⁹. OLIOZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", *op.cit.*, pág. 108 y 109.

mercantil (hoy, tras la LJV, también a los letrados de la Administración de Justicia), pueda haberse pactado que se acuda a la decisión de un árbitro.

Creo que hay que hacer algunas matizaciones. Desde luego los árbitros no podrán sustituir a los expertos. Pero creo que no hay inconveniente en que se pacte que en los casos en los que legalmente proceda, por ejemplo, la convocatoria de la junta general, si los administradores no lo hacen, puedan someterse a arbitraje la procedencia o no de tal convocatoria. Si se admite que el arbitraje es un mecanismo adecuado para resolver una controversia que, normalmente, se resolvería por vía judicial, cómo no se va a admitir que también sea adecuado para sustituir un procedimiento ante en registrador mercantil o el letrado de la Administración de Justicia para designación de un experto, un auditor o para la convocatoria de una junta general. Estamos pensando siempre en casos en los que existe un conflicto entre partes que puede resolverse por medio del arbitraje.

1.5.4. Separación y exclusión de socios

Quizá uno de los conflictos más frecuentes que se suelen plantear en la vida societaria es el resultante del choque entre los intereses de los socios mayoritarios o de control, y el de los minoritarios. Explica con mucho detalle FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁶⁰ cómo se pueden desenvolver estos conflictos y qué respuesta ofrece nuestro ordenamiento. A veces surgirán conflictos ocasionales que pueden encauzarse a través de la impugnación de determinado acuerdo social, o por el ejercicio de acciones de responsabilidad de los administradores. Sin embargo, en ocasiones, el conflicto se enquistaba y termina bloqueando la vida societaria o, cuando menos, provocando costes y dificultades de actuación, tanto a los socios mayoritarios como a los minoritarios. Se trata de supuestos en los que las respuestas previstas en la Ley resultan claramente insuficientes. De nada le servirá al socio minoritario impugnar los acuerdos sociales que vaya promoviendo el capital mayoritario, dado que normalmente esos acuerdos no serán fácilmente anulables, y, en cualquier caso, implica afrontar procesos largos y costosos de

¹⁶⁰. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por «justa causa» en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005", *op. cit.*, págs. 270-282.

manera permanente. Para los socios mayoritarios también pueden resultar enormemente perjudiciales los conflictos continuados con alguno de esos socios minoritarios, dado que éstos pueden usar las múltiples armas que les ofrece la legislación societaria para entorpecer el funcionamiento de la sociedad y para obstruir la realización de los planes que la mayoría del capital social legítimamente ha previsto para el futuro de la sociedad.

El régimen que se establece en la LSC (Título IX) para la separación y exclusión de los socios es claramente insuficiente para abarcar todas las hipótesis que en la práctica se pueden dar. Como muy bien señala FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁶¹, a diferencia de lo admitido en otros ordenamientos, y de lo que en España se prevé para las sociedades personalistas, en el ámbito de las anónimas y limitadas no se recoge legalmente un derecho de separación del socio por una genérica “justa causa”¹⁶². Nos dice este autor: *«Con independencia del juicio que esta decisión de política legislativa pueda merecer al intérprete, no le es lícito inventarse una supuesta laguna legal para luego pretender colmarla mediante el recurso a la analogía o a la interpretación «integradora», «correctora» etc. No parece susceptible de importación en nuestro suelo la doctrina y jurisprudencia germana que postulan la implícita existencia de un derecho corporativo de separación por justa causa no obstante el silencio del legislador y en base al régimen común de sociedades que acabamos de exponer. La generalidad de nuestra doctrina mercantil sostiene la posibilidad de una libre configuración estatutaria del derecho de separación en limitadas e, incluso, en anónimas, en ejercicio de la autonomía de la voluntad prevista en los arts. 10 LSA y 12.3 LSRL., y siempre con respeto a los famosos*

¹⁶¹. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por «justa causa» en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005", *op. cit.*, págs. 281 y 282.

¹⁶². Nuestro legislador no ha querido llegar tan lejos. Se ha limitado a introducir una posibilidad para el caso de la falta de distribución de dividendos. En concreto, el artículo 348 bis, 1 de la LSC, introducido por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, que en su actual redacción, fruto de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, prevé que: *«Salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder».*

«principios configuradores». En lo que ahora interesa, eso significa la posibilidad de añadir al régimen legal de anónimas o de limitadas otras causas (estatutarias) de separación e incluso, para la mejor doctrina, la lícita configuración estatutaria de un derecho de separación por justa causa o criterio «genérico» similar».

Es más, nuestro TS ha admitido la introducción en los estatutos sociales de un derecho de separación *ad nutum*. Pueden citarse al respecto las SSTs de 3 de mayo de 2002, 15 de noviembre de 2011 y 14 de marzo de 2013. Entiende el Alto Tribunal que, en las sociedades limitadas, dado su carácter híbrido, es admisible al amparo del principio de autonomía de la voluntad, el pacto estatutario por el que se reconoce a los socios el derecho de separación según su voluntad. Considera que, partiendo de la base de la duración indefinida del vínculo social, atribuir al socio el referido derecho no contraviene el artículo 1256 del CC.

Naturalmente, si ya el juego de las causas legales de separación puede generar conflictos en la práctica, imaginemos la litigiosidad que puede originar un pacto que permita al socio la separación por justa causa o a voluntad. Es evidente que en este ámbito de controversias puede ser muy útil el arbitraje. Ninguna duda debe ofrecer la arbitrabilidad de esta materia. A este respecto, puede traerse a colación la STC de 17 de enero de 2005¹⁶³, que no encuentra razones para discutir la constitucionalidad de la SAP de Madrid de 24 de septiembre de 2002, la cual sí que hace un pronunciamiento claramente favorable a dicha arbitrabilidad.

Siguiendo a FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁶⁴ hay que insistir en que resulta muy adecuado desde todos los puntos de vista (reducción de los plazos de resolución, minimización de costes...) la previsión estatutaria de que la determinación de si concurre o no la justa causa que permite la separación del socio, en caso de discrepancia, se lleve a cabo mediante un laudo arbitral: *«Por lo demás, tan importante como la dificultad en*

¹⁶³. Comentada por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por «justa causa» en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005", *op. cit.*, págs. 284 a 290.

¹⁶⁴. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por «justa causa» en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005", *op. cit.*, págs. 295 y 296.

anticipar la solución judicial al problema del reconocimiento discutido es el de la previsible dilación judicial en resolver la situación, lo que genera en muchos casos una insoportable situación de inseguridad jurídica francamente perturbadora para la marcha ordinaria de la sociedad. Imagínese la "situación interina" tan difícil de administrar, pendiente el pleito, cuando se trata de aplicar resultados, aumentar el capital, modificar los estatutos en esa fase intermedia: ¿reconocerá la sociedad que discute la separación el derecho de voto de quien renunció a ser socio? De aquí el interés de la solución arbitral como mecanismo acreditativo de la causa estatutaria de separación. (...) El laudo funciona como "equivalente jurisdiccional" de la sentencia (cfr. STC 62/1991, de 22 de marzo) que pondría término a la controversia sobre el reconocimiento de los hechos que legitiman el ejercicio del derecho de separación por justa causa».

Téngase en cuenta que el artículo 347.1 de la LSC dispone que: *«Los estatutos podrán establecer otras causas de separación distintas a las previstas en presente Ley. En este caso determinarán el modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo de su ejercicio».* La obligación de diseñar un sistema específico de reconocimiento y ejercicio del derecho de separación por causas distintas de las legales ofrece una clara oportunidad para prever el recurso al arbitraje en estos casos.

En el caso de la exclusión pueden aplicarse todas las conclusiones que he expuesto respecto a la separación.

Sí que es conveniente aclarar que, conforme a la actual LSC, el arbitraje solo podrá extenderse a las cuestiones referentes a la concurrencia o no de la causa de separación o exclusión, pero no al proceso de valoración de las participaciones o acciones. A este extremo ha de aplicarse el procedimiento que establecen los artículos 353 a 357 de la LSC. Dichas normas tienen carácter imperativo y no parece que puedan ser sustituidas por un laudo arbitral.

1.5.5. Acción de responsabilidad de los administradores

Parece evidente que queda excluido del ámbito del arbitraje la responsabilidad penal de los administradores, dado el carácter indisponible de la acción penal.

Distinto es el caso de la responsabilidad civil. Las acciones de responsabilidad que pueden ejercitarse frente a los administradores se regulan en los artículos 236 a 241, bis de la LSC. Existen dos tipos bien diferenciados:

- Acción social: la regulan los artículos 238 y 239 y la ejerce directamente la sociedad, previo acuerdo de la junta general, o los socios que posean individual o conjuntamente una participación de capital que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, cuando se den los casos previstos en el mencionado artículo 239. También, según señala el artículo 240, los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. En resumen, como señala la STS del Pleno de 13 de julio de 2016, *«cuando la actuación ilícita del administrador social ha perjudicado directamente a la sociedad, produciendo un quebranto en su patrimonio social o incluso su desaparición de hecho, la acción que puede ejercitarse es la acción social del art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, dirigida a la reconstitución del patrimonio social, en los términos previstos en tal precepto legal en cuanto a legitimación activa, esto es, legitimación directa de la sociedad y subsidiaria, cumpliéndose ciertos requisitos, de la minoría social o de los acreedores»*.
- Acción individual: la regula el artículo 241: *«Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos»*. Su naturaleza es diferente, y, tal como aclara la mencionada STS de 13 de julio de 2016, *«doctrina y jurisprudencia han excluido que mediante la acción individual pueda el socio exigir al administrador social responsabilidad por los daños que se produzcan de modo reflejo en*

su patrimonio como consecuencia del daño causado directamente a la sociedad. Para que pueda aplicarse el art. 135 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas se requiere la existencia de un daño directo a los socios o a terceros. Si el daño al socio es reflejo del daño al patrimonio social solo puede ejercitarse la acción social de responsabilidad. En tal caso, la indemnización que se obtenga reparará el patrimonio social y, de reflejo, el individual de socios o terceros».

De acuerdo con los principios generales que se han expuesto reiteradamente, parece claro que, tanto la acción social como la individual, podrán ejercitarse a través del procedimiento arbitral si así se ha previsto en los estatutos sociales. Quedarán vinculados por esta cláusula arbitral solo la sociedad y los socios, pero no los acreedores u otros terceros que, naturalmente son ajenos al entramado social y a la eficacia jurídica de los estatutos. Como apunta SÁNCHEZ SOLÉ¹⁶⁵, no *«parece que la simple inclusión de la cláusula arbitral en los estatutos sociales (y su consiguiente publicidad, mediante la inscripción de la cláusula en el Registro Mercantil), permita imponer a dicho tercero la utilización de la vía arbitral».*

1.5.6. Régimen de transmisión de acciones y participaciones sociales

En el caso de las participaciones de las sociedades limitadas el artículo 108 de la LSC pone de manifiesto que es imprescindible que exista algún tipo de restricción a su libre transmisión (*«Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos»*). Y respecto de las acciones en las anónimas, el artículo 123 de la LSC prevé la admisibilidad de los pactos estatutarios que limiten su libre transmisibilidad, siempre que se trate de acciones nominativas, añadiendo que *«Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan*

¹⁶⁵. SÁNCHEZ SOLÉ, S., El arbitraje estatutario, publicado en la web Economist & Jurist, último acceso el 16 de julio de 2019, <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-arbitraje-estatutario/>

prácticamente intransmisible la acción». Las limitaciones a esa libre transmisibilidad podrán consistir en la configuración de derechos de adquisición preferente o en la imposición del requisito de la previa autorización.

Sea cual fuere el sistema de restricción establecido, parece que este es un campo propicio para que surjan conflictos entre la sociedad y el socio que pretende transmitir sus acciones o participaciones. Por eso entiendo que no debe existir ningún obstáculo para que se prevea estatutariamente que las controversias que se susciten en este ámbito se resuelvan a través de arbitraje.

Más dudosa es la cuestión de si cabe encomendar a un procedimiento arbitral la concesión o no de la autorización establecida en estatutos para que puedan enajenarse las acciones o participaciones sociales. La LSC no contiene ninguna norma que se refiera a la cuestión. Sin embargo, respecto a las acciones de las sociedades anónimas y comanditarias por acciones, el artículo 123.2 del Reglamento del Registro Mercantil sí que señala: *«Los estatutos no podrán atribuir a un tercero la facultad de consentir o autorizar la transmisión»*.

Para OLAIZOLA MARTÍNEZ¹⁶⁶ no existe un obstáculo dogmático que impida que la autorización para transmitir se encomiende a un árbitro. Yo creo que debe hacerse alguna matización a este respecto. En primer lugar, no podemos olvidar la prohibición expresa recogida en el citado artículo 123.2 del RRM. Y, en cualquier caso, en mi opinión la función del arbitraje es la de resolver controversias, no la de constituirse como sustituto de los órganos sociales. Los estatutos pueden prever un sistema de autorización por parte de la sociedad para que el socio pueda transmitir sus acciones nominativas o sus participaciones, fijando las causas que justificarían la no concesión de la autorización (de hecho, en el caso de las anónimas esto es obligatorio, según el artículo 123.3 de la LSC), o estableciendo el procedimiento a seguir para un eventual derecho de adquisición preferente a favor de los demás socios, de un tercero o de la propia sociedad. Todos los conflictos que puedan surgir en esos procedimientos de autorización, o de ejercicio del

¹⁶⁶. OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", *op.cit.*, pág. 107.

derecho de adquisición preferente sí que será posible pactar que se han de resolver mediante un procedimiento arbitral.

1.5.7. Disolución y liquidación de la sociedad

Aunque algún autor ha señalado que quizá sea este uno de los ámbitos en los que tradicionalmente ha existido menos dudas por parte de la doctrina con respecto a la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que puedan generarse en el proceso de disolución y liquidación de una sociedad¹⁶⁷, señala FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁶⁸ que sí ha habido una parte de la doctrina mercantil que ha mantenido la imposibilidad de someter a arbitraje la cuestión relativa a la concurrencia o no de una causa de disolución forzosa de la sociedad. El argumento era que *«la cuestión no solo estaba regida por normas imperativas, sino que afectaba o concernía al orden público y que hasta podía afectar a los intereses de terceros no firmantes del convenio arbitral: la sociedad como tercero (un ente distinto de los socios) y los acreedores sociales supuestamente “perjudicados” por la desaparición provocada de la persona jurídica»*.

La nueva LJV incluye a la disolución judicial de las sociedades entre los *“expedientes de jurisdicción voluntaria en materia mercantil”* y regula la materia en el Capítulo V del Título VIII, en los artículos 125 a 128. Según el artículo 126, será competente para resolver sobre la disolución de una sociedad el Juzgado de lo Mercantil de su domicilio social. A la vista de esta atribución de competencia a los Juzgados de lo Mercantil, cabe cuestionarse si ello supone cerrar la vía a una posible resolución de las controversias que se puedan plantear por medio del arbitraje.

¹⁶⁷. Así lo reconoce OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", *op.cit.*, pág. 109.

¹⁶⁸. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La arbitrabilidad de las situaciones de paralización de los órganos sociales", *Revista de Derecho de Sociedades*, número 51, año 2017, pág. 83.

FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁶⁹, aunque reconoce que la agilidad del expediente de jurisdicción voluntaria puede hacer perder atractivo al recurso al arbitraje, considera que: *«El laudo arbitral es, no lo olvidemos, el equivalente jurisdiccional de una sentencia. Aunque raramente se ha planteado en la jurisprudencia –o en la doctrina científica, a decir verdad- la posibilidad de sustituir el papel del juez por el del árbitro en asuntos susceptibles de ser ventilados en expedientes de jurisdicción voluntaria (vid. no obstante la STS de 6 de abril de 1915 en que se da por supuesta la posible convocatoria arbitral de junta de accionistas), no debe haber inconveniente a ello en principio»*.

En idéntico sentido se manifiesta CABANAS TREJO¹⁷⁰, quien considera que la existencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria no es óbice para que *«se someta a arbitraje la constatación de la causa legal/estatutaria de disolución y, consiguientemente, la automática constitución de la sociedad en estado de liquidación»*. En lo que sí insiste este autor es en que, aunque quizá sea suficiente con una cláusula de sometimiento genérico a arbitraje de todas las controversias por causa societaria que puedan surgir entre los socios, no estaría de más incluir alguna referencia expresa a la disolución.

Yo también considero que esta cuestión es susceptible de arbitraje. Es materia disponible y, conforme al artículo 2 LA, ningún obstáculo cabe oponer a su arbitrabilidad, sin perjuicio de observar estrictamente aquellas normas que tengan carácter imperativo. Lo que parece indudable a la luz del artículo 128.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (*«En el supuesto de que el juez declare disuelta la sociedad, el auto incluirá la designación de las personas que vayan a desempeñar el cargo de liquidadores, y un testimonio del mismo se remitirá al Registro Mercantil que corresponda para su inscripción»*), es que el laudo por el que se resuelva la disolución de la sociedad también habrá de recoger la designación de los liquidadores.

¹⁶⁹. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La arbitrabilidad de las situaciones de paralización de los órganos sociales", *op. cit.*, pág. 93.

¹⁷⁰. CABANAS TREJO, R., Conflictos entre socios en la disolución y liquidación de sociedades, Aferre, Barcelona, 2020, págs. 237-238.

Conviene advertir que, con carácter general, los árbitros que han decidido la disolución de la sociedad, no pueden sustituir a los liquidadores (de la misma forma que no pueden suplir a los administradores). Eso sí, como ya he comentado en apartados anteriores, es perfectamente admisible que se prevea en estatutos la sumisión a arbitraje (en los mismos términos que los administradores) de las controversias que surjan con la actuación de los liquidadores y su responsabilidad. No obstante lo anterior, coincido plenamente con el análisis que hace FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁷¹ respecto a la posibilidad de atribuir a un árbitro la resolución del desacuerdo existente entre los socios a la hora de liquidar el patrimonio social. Es decir, el proceso de liquidación de la sociedad, en la medida en que no hay acuerdo entre los socios, puede resolverse mediante laudo, que podrá requerir o no actuaciones posteriores que, en cualquier caso, han de respetar dicho laudo. Es más, incluso el acuerdo de la junta general aprobatorio del balance de liquidación a que se refiere el artículo 390 de la LSC, habrá de entenderse, en caso de impugnación, sometido a arbitraje.

1.5.8. Conflictos relativos a la declaración de nulidad de la sociedad

La eventual declaración de nulidad de la sociedad, una vez está inscrita en el Registro Mercantil, regulada en los artículos 56 y 57 de la LSC, puede llevarse a cabo a través de un laudo arbitral. Ningún obstáculo puede oponerse a este respecto. Como señala OLAIZOLA MARTÍNEZ¹⁷²: *«Téngase en cuenta el principio de separabilidad de la cláusula arbitral y el contrato en que se inserta, que recoge hoy el artículo 22 de la Ley 60/2003: los árbitros pueden declarar la nulidad del contrato sin que ello entrañe por sí la nulidad de la cláusula arbitral en virtud de la cual actúan. Tradicionalmente se rechazó la arbitrabilidad de las controversias relativas a la nulidad de la sociedad, con las consabidas invocaciones al orden público, al interés social y a la seguridad del tráfico, razones por las cuales se venía considerando que el conocimiento de tal cuestión debía entenderse atribuido imperativamente a los tribunales. Al ordenamiento, se*

¹⁷¹. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La arbitrabilidad de las situaciones de paralización de los órganos sociales", *op. cit.*, págs. 100 y siguientes

¹⁷². OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", *op.cit.*, pág. 110.

argumentaba, no le es indiferente la existencia y subsistencia de estos sujetos de derecho, que crean un entramado de relaciones que hay que preservar. Pero obsérvese que todas esas objeciones son predicables también del supuesto de disolución de la sociedad, cuestión cuya arbitrabilidad ha venido siendo admitida sin mayores problemas. Los terceros no quedan afectados por la nulidad en mayor medida que por la disolución de la sociedad, es más, la ley busca precisamente su protección aplicando a aquélla el procedimiento previsto para ésta (art. 35 de la Ley de Sociedades Anónimas¹⁷³)».

2.- Arbitraje arrendaticio.

La posibilidad de aplicar el arbitraje a la resolución de los conflictos que puedan surgir en el ámbito arrendaticio parece ya indiscutida, pero no ha sido así históricamente. Tradicionalmente se habían opuesto dos objeciones fundamentales al arbitraje en el campo de los arrendamientos. Por un lado, aquellos casos en los que la controversia planteada pudiera llevar consigo el desahucio del arrendatario, chocaban con lo establecido en el artículo 1561 de la LEC de 1881: *«El conocimiento de las demandas de desahucio corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria. Esta competencia alcanza a ejecutar la sentencia que recayere, sin necesidad de pedir ninguna clase de auxilio»*. Por otro, dado que la legislación especial de arrendamientos está plagada de normas imperativas, se cuestionaba si una materia tan imperativamente regulada era susceptible de arbitraje.

A pesar de estas objeciones, como señala BEATRIZ MORENO¹⁷⁴, la jurisprudencia (SSTS de 24 de enero de 1960, 1 de abril de 1987 y 14 de julio de 1989) fue abriendo la posibilidad de una resolución extrajudicial de conflictos arrendaticios. Ya la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 39.5, previó que: *«Las partes podrán pactar el sometimiento de los litigios a los tribunales arbitrales, de conformidad con lo establecido en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre»*. Y,

¹⁷³. Actualmente, artículo 57.1 de la LSC.

¹⁷⁴. MORENO, B., "El arbitraje arrendaticio con especial referencia al arbitraje del Consejo Arbitral para el Alquiler de la Comunidad de Madrid", en *Arbitraje y Mediación en el ámbito arrendaticio*, coordinada por M. PÉREZ-UGENA, Dickinson, Madrid, 2017, pág. 157.

en la actualidad, el vigente artículo 4.5 LA U, en la redacción dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas urgentes de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, establece: *«Las partes podrán pactar la sumisión a mediación o arbitraje de aquéllas controversias que por su naturaleza puedan resolverse a través de estas formas de resolución de conflictos, de conformidad con lo establecido en la legislación reguladora de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y del arbitraje»*. También la LAR, Ley 49/2003, de 26 de noviembre, prevé en su artículo 34: *«Las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, podrán someterse libremente al arbitraje en los términos previstos en la legislación aplicable en la materi»*. MÚZQUIZ VICENTE ARCHE¹⁷⁵ entiende que, salvo escasas excepciones en las que la Ley remite la resolución de un determinado conflicto a la vía judicial de forma imperativa (artículo 18.2 LAR), la mayor parte de los eventuales conflictos que pueden surgir en la relación arrendaticia son susceptibles de ser encauzados por medio del arbitraje.

Consecuentemente, hoy no existen dudas de que en el campo arrendaticio (tanto urbano como rústico) cabe pactar la cláusula de sumisión a arbitraje. En la medida en que el arrendamiento, aunque sea un derecho personal, es susceptible de inscripción en el Registro, el convenio arbitral inscrito gozará de la eficacia frente a terceros y vinculará a futuros adquirentes de la finca arrendada que se subroguen en la relación arrendaticia, así como a quienes en el futuro se subroguen en la posición del arrendatario. Si, por el contrario, no se inscribe el arrendamiento en el Registro, habrá que distinguir según se trate de arrendamientos rústicos o urbanos:

- Arrendamientos rústicos: el artículo 22.1 LA R prevé en caso de enajenación de la finca arrendada la subrogación forzosa del adquirente de la finca, distinguiendo según sea o no tercero protegido por el artículo 34 LH: *«El adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, y deberá respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato prevista en el artículo 12 o*

¹⁷⁵. MÚZQUIZ VICENTE ARCHE, J.I., "El arbitraje en los arrendamientos rústicos", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año XX, número 42, enero-abril 2004, pags. 132-134.

la de la prórroga tácita que esté en curso si se trata del tercero hipotecario, mientras que en los demás casos deberá respetar la duración total pactada».

- Arrendamientos urbanos: después de la reforma operada en la LAU por el R.D. Ley 7/2019, de 1 de marzo, el artículo 14 regula el régimen de la transmisión de la finca arrendada: *«El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Si la duración pactada fuera superior a cinco años, o superior a siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, o siete años en caso de persona jurídica, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, reste por cumplir. Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica».*

Tanto en un caso como en el otro la ley obliga al adquirente de la finca arrendada a subrogarse en la posición del arrendador (*«los derechos y obligaciones del arrendador»*), bien sea por todo el tiempo que resta de duración, si el adquirente no es tercero hipotecario, bien por el plazo legal obligatorio, en caso de que sí esté amparado por la fe pública registral. La duda que se plantea en estos casos es si el nuevo propietario que se subroga en el contrato de arrendamiento está o no sujeto a los efectos de la cláusula arbitral incluida en dicho contrato.

Ya analicé en apartados anteriores la posición de ciertos terceros en relación con la cláusula arbitral. Confirmando lo que allí señalé, creo que a pesar de los términos rotundos en los que se afirma en la legislación arrendaticia especial que el adquirente de la finca arrendada se subroga en todos «los derechos y obligaciones del arrendador», la especial trascendencia que tiene la cláusula de sumisión a arbitraje, en tanto supone la renuncia a la vía judicial, y la letra del artículo 9 LA nos obligan a considerar que ese efecto subrogatorio no alcanza a la cláusula arbitral, a menos que se demuestre que el tercer adquirente de la finca tenía conocimiento de su existencia antes de la compra de la finca. Esta conclusión pone de manifiesto la importancia que tiene la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad. Si el contrato está inscrito, el tercer adquirente se subrogará en el arriendo en toda su extensión. Es decir, tendrá que soportarlo durante toda la duración pactada, en tanto este adquirente nunca podrá reunir los requisitos del artículo 34 LH, y se verá vinculado por el convenio arbitral que dicho contrato de arrendamiento incorporaba.

3.- Arbitraje en materia de propiedad horizontal.

Admitido ya por la doctrina y la jurisprudencia el arbitraje en materia de propiedad horizontal, conviene hacer ahora un repaso por el alcance y extensión que pueda tener esta institución en este ámbito.

3.1. Casos en los que la Ley expresamente admite el arbitraje

Hay tres casos en los que la Ley prevé expresamente el recurso al arbitraje para solucionar situaciones de conflicto en la propiedad horizontal. No está del todo clara la razón por la cual se realizan estas referencias explícitas al arbitraje, pero lo que sí es evidente es que la mención a estos casos concretos no puede ser interpretada como la exclusión del arbitraje en cualesquiera otras cuestiones relativas a la propiedad horizontal.

3.1.1. Fijación de la cuota de participación de los elementos privativos

El artículo 5 de la LPH dispone en sus dos primeros párrafos: *«El título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquéllos al que se asignará número correlativo. La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo. La de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano. En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes».*

Esta mención relativa al arbitraje como posible sistema de determinación de la cuota de los elementos privativos está ya en la redacción originaria de la LPH de 1960. Sorprende que, en una época en la que abundaban en España los prejuicios antiarbitrales, el legislador se remita al arbitraje para este menester. PÉREZ MIRALLES¹⁷⁶, ante la pregunta de por qué el legislador ha tomado esta opción, señala que *«la contestación pasa necesariamente por entender la importante función que desempeña la cuota de participación que constituye elemento esencial de esta copropiedad especial, sobre el que se vertebran todos los derechos y obligaciones que de ella emanan».*

A ello debe añadirse que cuando se aprobó la LPH se previó en su Disposición Transitoria Primera la necesidad de que *«En el plazo de dos años, a contar desde la publicación de esta ley en el “Boletín Oficial del Estado”, las comunidades de propietarios deberán adaptar sus estatutos a lo dispuesto en ella en lo que estuvieren en contradicción con sus preceptos».* El legislador era consciente de que este proceso de

¹⁷⁶. PÉREZ MIRALLES, J.A., *op. cit.*, pág. 200.

adaptación podía generar abundantes conflictos, especialmente en una materia tan sensible y con tantas consecuencias como la de la fijación de la cuota. Por eso pensó que quizá el arbitraje sería un buen instrumento para la resolución de esa conflictividad.

En cualquier caso, si se acude al arbitraje para fijar la cuota de los distintos elementos privativos de la propiedad horizontal, los árbitros deberán respetar al dictar el laudo las reglas que con carácter imperativo establece el citado artículo 5 de la LPH: *«Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes»*. Este precepto demuestra como pocos que la existencia de normas imperativas en una determinada materia no significa que dicha materia se convierta en indisponible y, por tanto, no susceptible de ser sometida a arbitraje.

3.1.2. En los casos de determinadas obras y modificaciones previstas en el artículo 10 LPH

El último inciso del artículo 10 de la LPH, refiriéndose a una serie de obras y modificaciones que, afectando o no al título constitutivo, tienen una especial trascendencia, señala: *«La fijación de las nuevas cuotas de participación, así como la determinación de la naturaleza de las obras que se vayan a realizar, en caso de discrepancia sobre las mismas, requerirá la adopción del oportuno acuerdo de la Junta de Propietarios, por idéntica mayoría. A este respecto también podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la Ley»*.

La primera redacción del precepto que alude al arbitraje se introdujo con la reforma que efectuó la Ley 8/1999, de 6 de abril, que redactó el punto tercero del artículo 10 en los siguientes términos: *«En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras a realizar resolverá lo procedente la Junta de propietarios. También podrán los interesados solicitar arbitraje o dictamen técnico en los términos establecidos en la ley»*. Con posterioridad, la Ley 8/2013, de 26 de junio, fue la que dio la redacción actualmente vigente. La principal diferencia que se observa entre las dos redacciones que ha tenido el

referido apartado es la de que, en un primer momento, solo se preveía el recurso al arbitraje en caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras, mientras que, tras la reforma de 2013, también se amplía al supuesto de falta de acuerdo sobre la fijación de las nuevas cuotas de participación.

En relación con la intervención de un árbitro para fijar las nuevas cuotas de participación de los elementos privativos en los casos comprendidos en el ámbito del artículo 10, es perfectamente coherente con la previsión que a este respecto recoge, según se ha analizado en el punto anterior, el artículo 5 de la LPH.

La otra cuestión para la que está prevista la posibilidad de acudir al arbitraje es la existencia de discrepancias sobre la naturaleza de las obras. Quizá la razón que ha llevado al legislador a prever el sometimiento a arbitraje de esta cuestión sea la importancia que a lo largo de los últimos años se ha ido dando a la adecuada rehabilitación y mantenimiento de los edificios.

Conviene hacer dos importantes advertencias o matizaciones. En primer lugar, no debe confundirse la posibilidad de que un grupo de propietarios discrepantes sobre estas cuestiones resuelva su controversia a través de un procedimiento arbitral, con el supuesto en el que se pretenda solucionar dicho conflicto simplemente encomendando su resolución a la decisión experto ajeno a la comunidad. Este segundo caso encaja mejor en el concepto de dictamen técnico, al que también alude el precepto, que no implica la existencia de un procedimiento con las garantías propias del proceso arbitral, y que no produce más que un informe que servirá de base al posterior acuerdo de la junta de propietarios, que sí será ya el que produzca los efectos jurídicos correspondientes. El técnico no toma una decisión, solo da su opinión como experto para que sea la junta la que decida. El árbitro resuelve mediante un laudo que pone fin a la controversia y que constituye título ejecutivo y tiene efectos de cosa juzgada (artículos 43 y 44 LA).

La segunda cuestión que ha de resaltarse es que, aun cuando la redacción legal es bastante mejorable («podrán los interesados solicitar arbitraje»), no basta con que algunos propietarios soliciten el arbitraje. Será necesario que todos los propietarios

discrepantes -y que en conjunto han de sumar la mayoría precisa para adoptar el acuerdo- decidan unánimemente que la solución de la controversia se consiga a través de un procedimiento arbitral. Salvo, naturalmente, que en los estatutos de la comunidad figure la cláusula de sometimiento a arbitraje en unos términos que abarquen este tipo de conflictos. Y es que, como señala LA CASA GARCÍA¹⁷⁷, considerando la doctrina elaborada por el TC y que ha culminado en la STC 1/2018, de 11 de enero, «*El arbitraje obligatorio, entendiendo por tal aquel que no descansa en un acto de autonomía privada de todas las partes en conflicto sino en una determinada imposición normativa, resulta inconstitucional por suponer, según el criterio mantenido de forma constante por nuestro Tribunal Constitucional, una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a menos que se reconozca la posibilidad de plantear nuevamente el fondo del asunto en la vía judicial*».

3.2. El arbitraje como medio para la resolución de cualesquiera conflictos en la propiedad horizontal

Como ya he señalado en varias ocasiones, ya no se discute la admisibilidad del arbitraje como sistema de resolución de conflictos en la propiedad horizontal. También puse de manifiesto al tratar los elementos subjetivos del convenio arbitral, que en la propiedad horizontal caben dos situaciones diferentes: que la cláusula de sometimiento a arbitraje esté recogida en los estatutos, con lo que vincula a todos los propietarios de los departamentos privativos, o que sea fruto de un convenio *ad hoc*, en cuyo caso solo afecta a los que se adhieran a él.

También creo necesario distinguir dos tipos de controversias que son susceptibles de resolverse a través del arbitraje. En primer lugar, están las controversias intracomunitarias. Son aquellas que se generan entre la comunidad y alguno de los propietarios o entre los propietarios entre sí. Es evidente que la cláusula arbitral incluida en los estatutos alcanza a los conflictos que se generen entre la comunidad y los propietarios individuales. Dependiendo de la redacción de dicha cláusula arbitral, todas

¹⁷⁷. LA CASA GARCÍA, R., *op. cit.*, pág. 24.

aquellas controversias que surjan entre un propietario concreto y la comunidad de propietarios habrán de someterse a arbitraje. Aunque se ha planteado la duda de si en la cláusula arbitral estatutaria se pueden incluir cuestiones o materias distintas de las aludidas en el artículo 5 de la LPH, parece que ha de imponerse una postura amplia, sobre todo a partir de la STS de 27 de septiembre de 2006. La mencionada Sentencia, parte de que el régimen de propiedad horizontal y su normativa especial alcanza al complejo conjunto de relaciones que surgen de la coexistencia de elementos privativos y comunes, estableciendo un régimen de derechos y obligaciones, y también, por tanto, de responsabilidad, que recae no solo sobre los elementos comunes, sino también sobre los privativos, en lo que constituyen verdaderas limitaciones del derecho de propiedad, justificadas por la necesidad de ordenar ya no la mera coexistencia de intereses económicos, sino una auténtica comunidad de vida. A partir de ahí admite con amplitud una cláusula arbitral estatutaria que obligaba a todos los propietarios a someter a arbitraje *las contiendas que se susciten entre ellos con ocasión del inmueble*, considerando que, en cumplimiento de esta cláusula, es correcto dilucidar por vía arbitral *la reclamación de la indemnización por los daños sufridos por la actora, propietaria de uno de los pisos del edificio, al caer en la escalera del inmueble, siendo la causa eficiente de la caída la existencia de agua en el rellano de escalera procedente de filtraciones de las conducciones comunes*. Por tanto, cualquier conflicto que se plantee entre los propietarios y la comunidad puede ser sometido a arbitraje en virtud de una cláusula incluida en los estatutos de la propiedad horizontal. Igualmente se podrán incluir en este ámbito las controversias que surjan entre dos propietarios de pisos o locales entre sí, siempre que dichas controversias guarden relación con la forma especial de organización que implica la propiedad horizontal. En cualquier caso, como afirma PÉREZ MIRALLES¹⁷⁸, «*es siempre aconsejable la mayor claridad en la formulación o redacción de la cláusula arbitral, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo*».

En segundo término, están los conflictos con terceros. Como ya analicé con detalle al tratar los elementos subjetivos, las terceras personas extrañas a la comunidad no pueden verse afectadas por el convenio arbitral estatutario. Por tanto, solo será posible que estas

¹⁷⁸. PÉREZ MIRALLES, J.A., *op. cit.*, pág. 316.

controversias se diluciden por un procedimiento arbitral si, previamente, se ha suscrito un convenio al efecto entre el tercero afectado y la comunidad de propietarios. En este caso no existirá ninguna especialidad desde el punto de vista objetivo, aplicándose las reglas generales derivadas de lo establecido en los artículos 2 y 9 LA.

4.- Arbitraje testamentario

Merece la pena hacer una referencia específica al arbitraje testamentario en relación con su alcance objetivo. El artículo 10 LA dice: «*También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*». El último inciso del precepto, al concretar el arbitraje testamentario a las *cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*, ha provocado una gran discusión doctrinal sobre el ámbito de las controversias que pueden ser susceptibles de someterse a esta modalidad de arbitraje. O'CALLAGHAN MUÑOZ¹⁷⁹ expone las tres posiciones que se han mantenido al respecto:

- La posición más estricta y, al tiempo, más aferrada al texto literal de la ley, es la que considera que el arbitraje testamentario solo puede tener por objeto la solución de toda diferencia o controversia sobre cualquier extremo relativo a la administración, es decir, sobre la gestión y conservación del patrimonio hereditario, y, asimismo, la de cualquier controversia que surja sobre la partición de la herencia.
- Una segunda posición amplía un poco más el ámbito, dado que sostiene que no sólo se incluye toda controversia sobre administración y disposición, sino toda la que tenga relación con una y otra, como sería el caso de discusión sobre la actuación del albacea o la decisión del contador-partidor.
- La tercera posición es sin duda la más racional. Así la describe O'CALLAGHAN: «*Es un paso más allá y un paso definitivo. Cuando el texto legal concreta el objeto del arbitraje testamentario a la administración y distribución de la herencia, está diciendo*

¹⁷⁹. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *op. cit.*, págs. 62 y 63.

que abarca a todo el derecho sucesorio del testador, ¿acaso existe un punto, un solo extremo, que no se refiera a la administración y distribución de la herencia? Desde la misma validez e interpretación del testamento, hasta el inventario, la valoración y adjudicación de bienes del patrimonio hereditario, ¿acaso no se están refiriendo a la administración y, claramente, a la distribución de la herencia? Quizá la administración es más concreta y menos importante, pero la distribución es algo que alcanza a toda cuestión sucesoria. Si un heredero o legatario discute un testamento o su interpretación, está afectando —sin duda alguna— a la distribución que se vaya a hacer del patrimonio hereditario. Se puede pensar que el legislador no quiso decir esto, pero el intérprete de la ley no debe indagar la mens legislatoris, sino la mens legis; ésta tiene una sustantividad que se escapa del autor de la ley (¿realmente existe tal autor, o es un conglomerado de opiniones y posiciones?) y ésta dice lo que dice, no lo que alguien quiso decir; si habla de administración y distribución de la herencia, está incluyendo todo el proceso sucesorio, ya que todo él (lo quiera o no la legislación) gira alrededor de éstas. Es la posición más amplia y también la más lógica».

Solo interpretando de esta manera el artículo 10 LA podemos hacer viable el arbitraje testamentario, porque es inimaginable, por ejemplo, una controversia sobre el proceso partición al que no se ancle de una u otra forma en una determinada interpretación del testamento. Quizá, como afirma BERROCAL LANZAROT¹⁸⁰, siguiendo a VERDERA SERVER¹⁸¹, «hubiera sido más lógico y coherente, el haber suprimido simplemente la parte final del artículo 10 de la Ley de Arbitraje, esto es, la frase "por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia»; pues resulta suficiente la referencia a herederos no forzosos y legatarios para expresar la conexión del ámbito del arbitraje testamentario con su fundamentación -la libertad de disposición mortis causa del testador- y, en consecuencia, con el sometimiento del arbitraje a los mismos límites que se somete la libertad del testador».

¹⁸⁰. BERROCAL LANZAROT, A.I., *op. cit.*, pág. 277.

¹⁸¹. VERDERA SERVER, R, "Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por BARONA VILAR, S., 2ª edición, Civitas Thomson Reuter, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 543.

DE PRADA GUAITA¹⁸² enumera a título de ejemplo alguna de las cuestiones que podrían ser susceptibles de arbitraje: disputas relativas a la partición de la herencia, controversias sobre la formación y valoración del inventario de bienes y deudas, cuestiones referentes al cumplimiento de condiciones, modos o término, apreciación de la capacidad para suceder, conflictos sobre los actos de administración de la herencia o controversias relativas a la interpretación del testamento.

Resulta dudoso si es posible que se resuelva a través del arbitraje testamentario la posible nulidad del testamento. A priori cabría pensar que no es posible que se someta a un arbitraje impuesto por el testador la cuestión relativa a la validez del testamento por el que se ha previsto dicho arbitraje. Y ello porque, como ya apunté en apartados anteriores, si declara nulo el testamento no podrá subsistir la cláusula arbitral. No obstante, sí conviene matizar siguiendo a GOMÁ LANZÓN¹⁸³, se pueden plantear casos de nulidad parcial del testamento que solo afecte a disposiciones concretas y que permitan la subsistencia del resto de cláusulas, entre ellas la de arbitraje.

En cualquier caso, lo que sí ha de quedar claro es que la función del arbitraje testamentario no es la de hacer la partición. El árbitro no parte, sino que resuelve controversias sobre la partición. Plantea GOMÁ LANZÓN¹⁸⁴ la posibilidad de que se tramite a través del arbitraje testamentario el proceso de división de herencia que regulan los artículos 782 y siguientes de la LEC. Yo no comparto este criterio, ya que considero que dicho procedimiento no es sino una forma de partición de herencia. De hecho, la sentencia que apruebe dicha partición en caso de oposición de alguna de las partes carece de efectos de cosa juzgada (artículo 787.5 LEC), por lo que queda expedita la vía del juicio declarativo o, en su caso del arbitraje testamentario, para solventar las controversias de las partes.

¹⁸². DE PRADA GUAITA, C, *op. cit.*, pág. 442 y 443.

¹⁸³. GOMÁ LANZÓN, I, *op. cit.*, págs. 16 y 17.

¹⁸⁴. GOMÁ LANZÓN, I, *op. cit.*, págs. 18 a 22.

5.- Arbitraje en el que interviene una Administración Pública

También conviene hacer alguna referencia a la posibilidad de convenios arbitrales en actos inscribibles en los que sea parte una Administración Pública. No es ni mucho menos mi intención abordar el más que espinoso tema del arbitraje en el ámbito del Derecho Público¹⁸⁵. Quiero centrarme en los *contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles*, que conforme al artículo 9 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, están excluidos de la aplicación de dicha Ley, sometiéndose a la legislación de patrimonio de las entidades públicas y a las normas civiles y mercantiles correspondientes.

La Administración es un ente complejo en su funcionamiento. Por un lado, su evidente carácter público y su necesaria vinculación al cumplimiento de los intereses generales (proclama solemnemente el artículo 103.1 de la CE que «*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*»), le obligan a aplicar mecanismos de contratación que garanticen la imparcialidad, la eficacia y la mejor satisfacción de los citados intereses generales. Pero, al mismo tiempo y precisamente para atender a los intereses generales, tiene necesidad de contratar con otras Administraciones y con los particulares. Y en esas contrataciones ha de regirse por las normas generales que regulen cada modalidad, ya sean normas de derecho público o de derecho privado. Estas ideas vienen a resumir lo que en la doctrina administrativa clásica se denomina el acto separable. Recojo a este respecto la exposición que hacen GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ¹⁸⁶: «*la Administración Pública es una organización compleja situada ante el Derecho en una especial posición, de forma que solo puede actuar cuando la ley la habilita para ello y en los términos precisos de esa habilitación.*

¹⁸⁵. Para una aproximación a este asunto véase MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *op. cit.*, págs. 287 y siguientes.

¹⁸⁶. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 11ª edición, Civitas, Madrid, 2002, págs. 700 a 702.

En cuanto tal organización colectiva el proceso de formación de su voluntad es jurídicamente relevante en todo caso y debe surgir a través, precisamente, de los cauces que prevé la Ley... La competencia y el procedimiento tienen por ello una regulación unitaria y común en todos los procesos contractuales, con independencia de la regulación, pública o privada, del fondo del contrato, respecto del cual son cuestiones separables». Señalan igualmente los citados autores que esta comunidad de reglas tiene como consecuencias «en primer lugar, que la validez o invalidez de los actos administrativos preparatorios de todo contrato y del acto o actos de adjudicación se decide en todo caso con arreglo al Derecho Administrativo (se trata de normas de orden público no derogables por la voluntad de los contratantes: Dictamen del Consejo de Estado de 3 de abril de 1970), aunque la regulación del contrato se remita al Derecho Privado.... y ...en segundo lugar, que los actos que se dicten en relación con la competencia y el procedimiento, es decir, los actos preparatorios del contrato y el acto de adjudicación, se consideran separables del contrato mismo... y podrán ser impugnados separadamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa». Esta construcción doctrinal y jurisprudencial (son especialmente importantes el ATS de 17 de octubre de 1961 y la STS de 4 de febrero de 1965, ambos de la Sala Tercera) se ha plasmado plenamente en el Derecho positivo español¹⁸⁷.

Pues bien, cuando la Administración celebra un contrato privado con un tercero, SU preparación y adjudicación se someten a las normas administrativas correspondientes, pero el contrato en sí se rige a las normas civiles o mercantiles que le resulten de aplicación, dado que la Administración no actúa en ese momento revestida de su *imperium*. Es por ello por lo que no hay ningún obstáculo para que estos contratos incluyan convenios arbitrales plenamente vinculantes para ambas partes.

c) Elemento formal

¹⁸⁷. Podemos citar en este sentido el artículo 20.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y el artículo 2, b) de la Ley 29/1998, de 1 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En cuanto a los requisitos exigibles desde el punto de vista formal para que el convenio arbitral pueda acceder al Registro se deben aplicar las reglas generales recogidas en nuestra legislación hipotecaria y del Registro Mercantil. Por tanto, es imprescindible que dicho convenio conste en documento público (arts. 3 LH y 5 del RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil). Lo normal, dado que se trata de un acuerdo de voluntades entre las partes de un contrato, es que se trate de una escritura notarial. No obstante, no es descartable que pudiera estar contenido en otro tipo de documento público. Pensemos, por ejemplo, en un convenio regulador de la separación o divorcio en el que se pacta que, respecto de los bienes que se hayan adjudicado en proindiviso los excónyuges al liquidar el régimen económico matrimonial, la resolución de las controversias que en el futuro puedan plantearse sobre la utilización del bien o sobre la eventual liquidación del citado proindiviso se resuelvan por vía arbitral. Dicho convenio accedería al Registro con el testimonio de la sentencia judicial que lo apruebe al dictar el divorcio, la nulidad o la separación de los cónyuges.

III.- Calificación registral

La principal función que está encomendada al registrador es la de calificar los documentos que se presentan a inscripción. Constituye el pilar fundamental del principio de legalidad en el ámbito registral. Señala AMORÓS GUARDIOLA¹⁸⁸ que *«calificar es tanto como nominar o designar la naturaleza de un fenómeno jurídico (calificar algo como un contrato, delito, derecho real o arrendamiento, por ejemplo), pero es también enjuiciar su eficacia jurídica, determinar si es válido, nulo o inoponible; de manera que la idea de la calificación en términos jurídicos apunta tanto a un juicio de existencia o de naturaleza como a un juicio de eficacia. A ambos significados se refiere la calificación registral, aunque tiene más importancia este segundo significado que proyecta la calificación sobre la eficacia del acto».*

El registrador tiene encomendada una función de control de legalidad de todos los documentos que pretenden acceder al Registro. Como señala la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2017: *«Nuestro ordenamiento jurídico no ha concebido el Registro de la Propiedad como un mero instrumento para la publicidad de relaciones jurídicas inmobiliarias plenamente conformadas en el ámbito civil. Muy al contrario, a la inscripción de los derechos reales en el Registro se le han ligado toda una serie de efectos tan intensos que transforman cualitativamente el derecho que se inscribe. Aun manteniendo como norma general el carácter voluntario y declarativo de la inscripción, nuestra legislación ha previsto que el reconocimiento que el Estado hace a través de la inscripción respecto de un derecho real, implica que, con independencia de lo que ocurra en el ámbito extrarregistral, dicho derecho inscrito goza de prioridad frente a otros derechos reales que en el futuro pretendan el acceso al Registro (artículo 17 de la Ley Hipotecaria); que, mientras no se declare lo contrario por los Tribunales, se presumirá que el derecho real inscrito existe y pertenece a su titular en la forma establecida por el*

¹⁸⁸. AMORÓS GUARDIOLA, M., "Significado de la calificación registral", en *La calificación registral: (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)*, coordinada por F.J. GÓMEZ GÁLLIGO, Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, pág. 664.

propio asiento (artículos 1.3º y 38 de la Ley Hipotecaria); que ningún otro título no inscrito será oponible a la titularidad registral (artículo 32 de la Ley Hipotecaria); o que aquel que adquiriera a título oneroso y de buena fe confiando en los pronunciamientos del Registro, sea mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho de su otorgante por causas que no constasen en el Registro (artículo 34 de la Ley Hipotecaria). Dada la trascendencia que se reconoce a la inscripción, nuestro legislador, ya desde la primera Ley Hipotecaria de 1861, se preocupó especialmente por garantizar el control de legalidad de los títulos que accedían al Registro. Para ello dispuso dos filtros. Por un lado, encomendó a los registradores de la propiedad la realización de un exhaustivo análisis de la legalidad del documento que se presentaba a inscripción. Y, por otro, estableció la necesidad de que, con carácter general, solo pudieran ingresar en el Registro documentos públicos».

En la calificación que realiza el Registrador antes de inscribir un convenio o cláusula arbitral no hay reglas especiales diferentes de las que se aplican al resto del negocio en el que dicha cláusula esté inserta. No se plantean aquí las dudas que suscita la calificación del laudo arbitral, como en su momento tendré ocasión de analizar. Ello no obstante, creo necesario realizar algunas aclaraciones sobre ciertos aspectos que pudieran provocar confusión:

a) En relación con los elementos personales

El Registrador debe comprobar que los otorgantes del convenio reúnen los requisitos de capacidad que en cada caso sean precisos, teniendo en cuenta lo que antes he señalado. Pero además debe cerciorarse de que, con arreglo a los principios de legitimación registral y tracto sucesivo (artículos 1.3, 20, 38 y 40 LH), prestan su consentimiento en el convenio arbitral todos los titulares registrales de los derechos reales que eventualmente se pueden ver afectados por las consecuencias del futuro laudo, y que tales titulares tienen el poder de disposición necesario para suscribir el citado convenio. Citemos algunos casos especiales dignos de comentario:

1.- Personas casadas en régimen de comunidad

Según el régimen económico matrimonial del titular registral y la naturaleza de los bienes y derechos comprometidos por el convenio arbitral, será suficiente el consentimiento del cónyuge que aparezca como titular en el Registro, o se necesitará además el de su consorte. Tratándose de bienes gananciales será preciso que presten su consentimiento ambos cónyuges (artículos 1375 y siguientes del CC y 93 y 94 del RH), a menos que el arbitraje tenga por objeto algunos de los actos enumerados en el artículo 94.2 del RH y se trate de bienes inscritos a nombre de uno de los esposos para su sociedad de gananciales o con carácter presuntivamente ganancial, en cuyo caso bastará el consentimiento del cónyuge titular registral. Si se trata de bienes privativos será suficiente con el consentimiento del titular, salvo que el arbitraje pueda afectar a la titularidad de una vivienda, en cuyo caso también debe consentir el otro esposo, o manifestar el titular que dicha vivienda no reúne el carácter de vivienda habitual de la familia (artículos 1320 del CC y 91 del RH).

2.- Comunidad de bienes

Cada uno de los comuneros podrá concertar por sí solo convenios arbitrales que afecten exclusivamente a su cuota en la cotitularidad (ex art. 399 CC), pero si se viera vinculada la totalidad de la finca o derecho será preciso el consentimiento de todos los condueños que aparezcan como tales en el Registro (ex art. 397 CC).

3.- Propiedad horizontal

Como ya tuve ocasión de comentar con anterioridad, existen dos posibilidades de funcionamiento del arbitraje en este ámbito. En primer lugar, como pacto recogido en los estatutos, que vincula a todos los propietarios y que ha de ser aprobado por unanimidad. En segundo término, como un acuerdo extraestatutario adoptado por la junta de propietarios por mayoría, y que vinculará exclusivamente a los propietarios que hubieran votado a favor. Tanto en uno como en otro supuesto se plantea la duda de sí, a efectos de

la inscripción en el Registro, será suficiente con que el presidente de la comunidad eleve a público el acuerdo de la junta de propietarios, o, por el contrario, es necesario que todos los propietarios, o los que en su caso han votado a favor y se van a ver afectados por el arbitraje, otorguen la escritura pública correspondiente. A este respecto debe traerse a colación la doctrina que ha elaborado la DGRN¹⁸⁹ consistente en la siguiente idea: en materia de Propiedad Horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tiene el carácter de actos colectivos, los cuales no se imputan a cada propietario singularmente, sino a la Junta como órgano y aquellos otros actos que por afectar al contenido esencial del derecho de dominio requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público. Aunque no es fácil encuadrar cada caso concreto en una de estas dos categorías, yo me inclino por considerar que la introducción de un convenio arbitral en los estatutos o en las relaciones concretas de unos determinados propietarios con la comunidad debe catalogarse como un acto colectivo. El supuesto más habitual es que el convenio se incluya en los estatutos de la comunidad. En este caso, si todavía no se ha inscrito la propiedad horizontal, será necesario el otorgamiento de la escritura pública por todos los titulares del edificio que va a ser objeto de división. Pero cuando se introduzca el pacto con ocasión de una modificación a posteriori de dichos estatutos, creo que bastará con que el presidente eleve a público el acuerdo unánime que se haya adoptado en junta. En este sentido parece también pronunciarse el Centro Directivo en su Resolución de 5 de julio de 2005 al señalar que *«la modificación estatutaria es un acto de la Junta como órgano colectivo de la comunidad, que ha de adoptarse por unanimidad de los propietarios en los términos previstos en la norma primera del artículo 17 de la LPH, y por ello el defecto no puede ser mantenido, toda vez que la calificación, en este tipo de acuerdos, no puede extenderse a los requisitos que derivarían del principio de tracto sucesivo, los cuales no son exigibles al no tratarse de un acto individual de cada uno de los propietarios»*.

4.- Entidades públicas

¹⁸⁹. Pueden citarse, entre otras, las siguientes RR de la DGRN: 23 de mayo de 2001; 12 de diciembre de 2002; 27 de diciembre de 2010; 30 de julio de 2011; y 24 de abril de 2014.

Ya señalé con anterioridad que es perfectamente posible que la Administración concierte convenios arbitrales con terceros con ocasión de la celebración de contratos que se someten al derecho privado. Como también expliqué en su momento, en estos casos existen dos partes diferenciadas: la preparación y adjudicación del contrato, sometidas al Derecho Administrativo, y el contrato propiamente dicho, regido por el Derecho privado. Es lo que se conoce como doctrina de los actos separables. Pues esta doctrina también tiene sus consecuencias en el ámbito de la calificación registral, como muy bien recuerda la DGRN en RR como la de 27 de marzo de 1999, al afirmar que *«trasladada esa distinción al ámbito de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad puede sostenerse que el segundo de los aspectos, el netamente contractual, queda sujeto a la regla general sobre calificación del art. 18 LH, sin ninguna distinción en cuanto a aquellos en que sean parte tan solo los particulares; en tanto que el primero, el aspecto administrativo del contrato, tan solo puede ser calificado dentro de los más rigurosos límites que impone el art. 99 RH, lógica consecuencia de la presunción de legalidad, ejecutividad y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos (cfr. arts. 56 y 57 L 30/1992, de 26 Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)»*. En consecuencia, el registrador ha de verificar, dentro de los límites que le marca el artículo 99 del RH, que el Ente Público que ha concertado el convenio arbitral ha cumplido con las normas procedimentales correspondientes a la hora de preparar y adjudicar el contrato en el que se halla inserta la cláusula arbitral. Sin embargo, el contenido del contrato, incluido el pacto de sometimiento a arbitraje, será objeto de calificación plena, en los términos del artículo 18 LH.

5. Especial tratamiento de las condiciones generales de contratación

El artículo 9.2 LA señala: *«Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a este tipo de contrato»*. Parece que en estos casos hay que remitirse a lo establecido en la Ley 7/1998, de 7 de abril, de Condiciones Generales de Contratación. El art. 1 de la LCGC nos define qué son las condiciones generales de la

contratación en los siguientes términos: *«1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión».*

Los adherentes se encuentran protegidos en los contratos celebrados con condiciones generales mediante diversos mecanismos: 1) Control de incorporación; 2) En caso de contratos con consumidores y usuarios: a) Control de transparencia material de los elementos esenciales, y, b) Control de abusividad.

Como señala RODRÍGUEZ PRIETO¹⁹⁰, *«por la aplicación de estas normas especiales reguladoras es necesario que las condiciones generales que contengan la cláusula arbitral se acepten por el adherente y que sean firmadas por todos los contratantes. También que sean comprensibles y no ambiguas. Que se haya informado de su existencia expresamente al adherente y que se le haya facilitado un ejemplar de dichas condiciones, y si alguna de estas condiciones generales, como podría ser la que contuviera la cláusula arbitral, es contradicha por las condiciones particulares, prevalecerán estas».*

El empleo de condiciones generales puede realizarse tanto en contratos con consumidores y usuarios, como contratos que no merecen la consideración de relaciones de consumo. Teniendo en cuenta la más moderna doctrina jurisprudencial recogida, por ejemplo, en la STS de 20 de enero de 2020, en el análisis de las condiciones generales de contratación han de distinguirse dos tipos de controles. Por un lado, el llamado control de incorporación: *«El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por*

¹⁹⁰. RODRÍGUEZ PRIETO, F., "Comentario del artículo 9 LA ", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pág. 178.

parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato. La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5 para establecer los requisitos de incorporación; y en el art. 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato. (...). 3.- En la práctica, como ya señalaron las sentencias de esta Sala 314/2018, de 28 de mayo y 57/2019, de 25 de enero, se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC; y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo (a la que sigue, entre otras, la sentencia 314/2018, de 28 de mayo) consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión. El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula. En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato». Por otro lado, está el control de transparencia material: «Como ha afirmado reiteradamente esta sala, el control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei; y de 23 de

abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove), no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas y jurídicas».

De estos dos tipos de control, el de transparencia material solo es aplicable a los supuestos en los que el adherente sea un consumidor y usuario ¹⁹¹. Así lo confirma la Sentencia citada: *«En efecto, el ya referido control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores. Este Tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 8/2018, de 10 de enero; 314/2018, de 28 de mayo, y otras posteriores, en las que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores».*

En el caso de que intervenga un consumidor o usuario y se incluya entre las condiciones generales una cláusula arbitral, el régimen jurídico aplicable es el determinado en el artículo 90.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que declara abusivas las cláusulas que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico. A este respecto, señala PRATS ALBENTOSA¹⁹² que *«la validez material del convenio arbitral dependerá de que en él se acuerde la sumisión a un arbitraje de consumo o a los arbitrajes institucionales establecidos legalmente para la solución de conflictos de un sector de producción o*

¹⁹¹. De esta cuestión se ocupó SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Comentario a la STS, Sala 1ª (pleno), de 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 371)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 105, septiembre-diciembre de 2017, págs. 167 a 193.

¹⁹². PRATS ALBENTOSA, L., "Comentario del artículo 9 LA ", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por L. PRATS ALBENTOSA, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, pág. 254.

*servicios o una relación jurídica o conflicto determinado». También es importante destacar la doctrina del TS respecto al carácter abusivo de las cláusulas recogidas en el ámbito de los contratos de adhesión que prevean la sumisión a arbitraje, salvo el arbitraje de consumo u otros establecidos *ad hoc* por la Ley, que recoge la STS de 27 de junio de 2017 afirma que: «la cláusula de sumisión a arbitraje, para ser tenida por eficaz, es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros. 3.- El convenio arbitral es aquel que expresa la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual. Se trata de un negocio jurídico y, como tal, ha de ser objeto de interpretación para poder ser aplicado. Dada su naturaleza negocial y la trascendencia que tiene la voluntad de las partes de renunciar a la solución jurisdiccional de los litigios que puedan producirse respecto de determinadas cuestiones, que entronca con su justificación constitucional, tiene especial relevancia que el convenio arbitral sea el resultado de la negociación de las partes o se encuentre contenido en un contrato de adhesión, que ha sido predispuesto por una de las partes, que es la que ha escogido la solución arbitral como la más conveniente a sus intereses, y que la otra parte haya prestado su consentimiento por la adhesión a tal contrato. Se exceptiona el caso de las cláusulas no negociadas contenidas en contratos concertados con consumidores que establezcan la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico (art. 90.1 en relación con el 57.4, ambos TRLCU), que son nulas de pleno derecho, por ser abusivas».*

Respecto de la capacidad del registrador para calificar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para garantizar el control de incorporación y, en su caso, de transparencia, hemos de señalar que ya desde hace años la doctrina¹⁹³ abogó por el necesario control en la calificación registral sobre estos extremos. En la actualidad, el

¹⁹³. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "El Registro de la Propiedad como mecanismo de protección de los consumidores", *Anales de la Cátedra Bienvenido Oliver de Derecho Registral de la Universidad de Córdoba*, Tomo I, Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, año 2010, págs. 253-310.

artículo 258.2 LH señala: «El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por STS con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». Por su parte, la DGRN en numerosas RR, como la de 30 de noviembre de 2018, confirma: «según han declarado entre otras las Resoluciones de esta Dirección General de 22 de julio de 2015 y 19 de julio de 2018, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, existen dos tipos de cláusulas abusivas a efectos de calificación registral: a) por un lado, aquellas estipulaciones respecto de las cuales la apreciación de la abusividad solo es posible considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, lo que exige la disponibilidad de unos medios probatorios de los que el registrador carece, y de una valoración de esas circunstancias concurrentes que, en consecuencia, el registrador no se encuentra en condiciones de efectuar, por lo que solo pueden ser declaradas abusivas y nulas por los tribunales de justicia; y b) por otro lado, aquellas cláusulas que sean subsumibles en la llamada “lista negra” de los artículos 85 a 90 de la Ley de Defensa de los Consumidores, que al ser abusivas en todo caso podrán ser objeto de calificación registral con base en la nulidad “ope legis” de las mismas declarada por la STS de 13 de septiembre de 2013; así como aquellas cláusulas que vulneren normas específicas sobre la materia, como, por ejemplo, el artículo 114.3.o de la Ley Hipotecaria sobre intereses moratorios o el artículo 6 de la Ley 1/2013, sobre las cláusulas suelo. Además, el rechazo registral de estas cláusulas solo podrá tener lugar si su subsunción en los conceptos jurídicos legales puede hacerse de forma objetiva y debidamente fundamentada, es decir, siempre que no sea necesaria una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso para comprobar su inclusión (lo que nos llevaría al apartado anterior); y teniendo en cuenta que siempre que el registrador rechace una cláusula ha de fundamentar adecuadamente su decisión. Adicionalmente, el registrador también podrá rechazar por abusivas aquellas cláusulas del préstamo hipotecario que hayan sido declaradas nulas por STS con valor de jurisprudencia o por sentencias de tribunales inferiores que fueren firmes, siempre que estuvieran inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación».

Consecuentemente, el registrador que califique un convenio arbitral incluido en el ámbito de un clausulado general habrá de comprobar que en la escritura se aclare oportunamente que el adherente ha tenido suficiente conocimiento de la cláusula arbitral y que esta está redactada con la necesaria claridad para superar el control de incorporación. Y, en el caso de que se trate de un contrato en el que el adherente tenga la consideración de consumidor o usuario, además debe cerciorarse de que el arbitraje pactado es el previsto en el antes citado artículo 90.1 del TRLGDCU.

b) En relación con los aspectos objetivos del convenio arbitral

La calificación de los aspectos objetivos puede generar algunas dudas, en la medida en que se considere que la decisión sobre esta cuestión corresponde exclusivamente a los árbitros. En efecto, el artículo 22 LA, siguiendo la Ley Modelo de UNCITRAL, ha acogido de forma clara el principio del *Kompetenz Kompetenz*, es decir, el reconocimiento a los árbitros del poder para decidir sobre su propia competencia. Ni siquiera los Jueces pueden impedir la tramitación de un procedimiento arbitral en el que el árbitro se ha considerado competente y ha entendido correcto el convenio arbitral. Como sabemos el artículo 11 LA establece como efecto esencial del convenio la interdicción de la intervención judicial para decidir sobre la materia sometida a arbitraje, a través del mecanismo de la declinatoria. La única posibilidad de control judicial es el ejercicio de la acción de nulidad frente al laudo. Partiendo de esta premisa, nos surgen dos interrogantes:

1.- ¿Puede el Registrador denegar la inscripción de un convenio arbitral por considerar que la materia que constituye su objeto no es susceptible de arbitraje?

Si analizamos esta cuestión exclusivamente desde el punto de vista LA, la respuesta ha de ser necesariamente no. Ya hemos visto que cuando dos partes han suscrito un convenio arbitral, éste produce unos efectos de vinculación para ambas, de forma que ninguna de ellas puede negarse a someter a arbitraje las materias recogidas en el convenio. También ha quedado claro que son los propios árbitros, y no los jueces, los que deben

decidir sobre su competencia¹⁹⁴. El control judicial normalmente se lleva a cabo en el caso de que se ejercite la acción de nulidad. Como mucho, cabe un control externo antes de que se dicte el laudo. Nos referimos al control que lleva a cabo el TSJ de la Comunidad Autónoma correspondiente en caso de que las partes acudan al procedimiento para la designación judicial de árbitros. Entonces señala el artículo 15.5 LA que: *«El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral»*. Parece claro que no cabe, al amparo de este precepto, analizar la validez intrínseca del convenio arbitral, sino solo su existencia. Existen algunas resoluciones judiciales que caen en la tentación de ir más allá. Así, por ejemplo, podemos citar la STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2012, que afirma que el artículo 15.5 de LA, dispone que el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral, *«...aunque hemos de añadir, igualmente, que también podrá ser rechazada cuando la cuestión no sea materia susceptible de arbitraje conforme a lo dispuesto en el artículo 2º de la propia Ley de Arbitraje»*. Mucho más ortodoxa y ajustada a la letra LA es el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de junio de 2012, cuando dice: *«conviene no olvidar que la propia naturaleza de la institución arbitral - como vía heterocompositora de resolución de conflictos a cargo de uno o varios árbitros y fundada en el principio de autonomía de la voluntad- conduce a una limitada actuación de los tribunales: positivamente se reduce a labores de asistencia y cooperación sin que el apoyo o control que puedan suponer signifique atribución de competencia alguna para el enjuiciamiento de aquellas disputas, máxime cuando se limitan al nombramiento de árbitro que solo puede ser denegado sobre la base de la inexistencia del convenio arbitral»*. Sin embargo, como ponen de manifiesto LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO y MENÉNDEZ DE LA CUESTA LAMAS¹⁹⁵, la práctica suele no ser tan correcta, y *«los órganos jurisdiccionales españoles, cuando se acude a ellos para el nombramiento*

¹⁹⁴. La STSJ de Extremadura de 28 de junio de 2012, interpretando el artículo 22 de la Ley, aclara que *«bajo el término genérico de competencia han de entenderse incluidas no solo las cuestiones que estrictamente son tales, sino cualesquiera cuestiones que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia»*.

¹⁹⁵. LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A. y MENÉNDEZ DE LA CUESTA LAMAS, K., *La intervención judicial en el arbitraje: análisis de jurisprudencia española reciente*, Abogados de Uría-Menéndez, disponible en la web <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2568/documento/103ala.pdf?id=2598> (Última consulta el 14 de noviembre de 2020).

judicial de árbitros, no se constriñen a examinar prima facie la validez del convenio arbitral, según el mandato de la exposición de motivos LA, sino que entran a fondo en la determinación de la validez del convenio arbitral o de la arbitrabilidad de la controversia».

Ahora bien, lo que queremos decidir es si el convenio puede o no acceder al Registro de la Propiedad o al Mercantil. Ya vimos antes la especial trascendencia que tenía la inscripción de un convenio arbitral. Nada más y nada menos que vincular a los futuros terceros adquirentes de derechos sobre la finca, de forma que, aunque ellos personalmente no prestaron su consentimiento firmando el convenio, la eficacia de los principios registrales hace que queden sometidos al arbitraje en los mismos términos que las partes firmantes. Precisamente por esta eficacia tan radical que genera el Registro de la Propiedad, es por lo que el legislador ha querido establecer un especial control de legalidad en relación con los actos inscribibles. No debemos olvidar que los asientos en un Registro de derechos no reflejan o publican procesos de constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales consumados extra-registralmente, sino que forman parte del proceso adquisitivo, pues incorporan una resolución del Estado asignando la titularidad de los derechos reales inmobiliarios, así como estableciendo su delimitación conforme a las reglas dispuestas por el propio Estado. Esta titularidad asignada por el Estado será inatacable respecto a incidencias o circunstancias que no resultaran del contenido del propio Registro. La inscripción se convierte así en un título de propiedad de eficacia universal, siempre que se cumplan dos requisitos: a) Uno *ex ante*, cual es haber adquirido negocialmente de un titular con poder de disposición reconocido como tal por el Estado a través de la inscripción correspondiente, y b) otro *ex post*, cual es obtener el reconocimiento por el Estado del derecho negocialmente adquirido del anterior titular reconocido por el Estado, mediante la obtención, a su vez, de la correspondiente inscripción. Ello se consigue mediante la atribución a la inscripción del efecto de la fe pública registral o de incorporación del derecho al asiento, en cuya virtud, en las relaciones *inter tertios*, el derecho existe en los términos en los que aparece reconocido y descrito por los asientos registrales, es decir, por el Estado, sin que puedan afectar al adquirente a título oneroso y de buena fe circunstancias relativas a la titularidad y extensión del derecho inscrito, distintas de las que consten en la misma inscripción,

salvo las excepciones que puedan establecerse expresa y claramente en una norma con rango de ley. Por ello, con independencia de que se reconozca o no que la inscripción sea constitutiva *inter partes*, es evidente que la titularidad reconocida por el Estado a través de la inscripción, es distinta de la puramente negocial^{196 197}.

Por todo ello debemos entender que el registrador tiene que calificar conforme al artículo 18 LH la validez externa e interna de los actos y negocios que se pretenden inscribir. En el caso de un convenio arbitral, comprobará que el mismo cumple todos los requisitos que la ley establece respecto de los elementos personales, objetivos y formales. Consecuentemente rechazará su inscripción si ha sido suscrito por quién no tiene la capacidad o el poder de disposición adecuados, o no aparece como titular registral de la finca o derecho afectado (artículo 20 de la LH), o si no está recogido en un documento público con los requisitos formales que sean necesarios. Pero también se opondrá a su acceso al Registro si entiende que la materia que constituya su objeto no es susceptible de arbitraje, o si se conculcan normas imperativas recogidas en la propia LA. Esto no supone vulnerar lo previsto en el artículo 22 LA. Las partes siguen pudiendo acudir al proceso arbitral para dirimir sus controversias, y en dicho proceso serán los árbitros los encargados de decidir sobre su competencia, en los términos que antes expuse, pero el convenio no se podrá inscribir y no obtendrá con ello el respaldo del Estado que permite hacerlo eficaz frente a terceros adquirentes que no lo han firmado personalmente. Si alguna de las partes firmantes de un convenio arbitral considera que dicho convenio afecta a materias no arbitrables, podrá oponer dicha excepción en la fase inicial del proceso arbitral (según el artículo 22.2 LA, a más tardar en el momento de presentar la contestación), o podrá ejercitar la correspondiente acción de anulación del laudo fundada en la falta de validez del convenio (artículo 41.1, a, LA). Sin embargo, es función del registrador de la propiedad o mercantil evitar que un convenio arbitral contrario a la ley pueda vincular a terceros a través de la eficacia que provoca la inscripción.

¹⁹⁶. Para entender mejor esta concepción del Registro de derechos véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

¹⁹⁷. Puede verse el análisis que hice de esta cuestión en AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J., "Novedades introducidas por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en materia urbanística: silencio administrativo, declaraciones de obra nueva, complejos inmobiliarios, disciplina urbanística y protección de los terceros en caso de demolición", *RCDI*, número 736, marzo-abril 2013, pág. 938-940.

2.- ¿Es exigible algún requisito específico en cuanto a la redacción de la cláusula arbitral a efectos de su acceso al Registro?

Ya he señalado que la inscripción del convenio arbitral en el Registro de la Propiedad hace que queden sometidos a sus efectos los terceros que con posterioridad adquieren derechos sobre la finca. Y ello es así porque la titularidad de un derecho real, una vez que accede al Registro, queda transformada y se convierte en una titularidad diferente de la surgida del proceso negocial. Es por eso por lo que, el hecho de que una titularidad no cumpla los requisitos para su inscripción no significa necesariamente que carezca de validez civil o extrarregistral. Así, un convenio que entre las partes puede ser suficientemente claro para sustentar el ulterior desarrollo del procedimiento arbitral, puede sin embargo no reunir la suficiente concreción para que el Estado le permita su acceso al Registro y su consecuente oponibilidad frente a terceros.

Es conveniente traer a colación en este punto el conocido como *principio de especialidad hipotecaria*¹⁹⁸. Como muy bien apunta GÓMEZ GÁLLIGO¹⁹⁹, en el aspecto material o sustantivo, la especialidad exige, en relación con el derecho que se inscribe, que quede perfilado nítidamente su extensión y las facultades que atribuye. En el mismo sentido señala GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA²⁰⁰ que para cumplir con este principio hipotecario es necesario especificar la extensión del derecho que se inscribe, expresando sus condiciones, limitaciones, cargas, régimen jurídico, modo de ejercicio y circunstancias. Parece evidente que el pacto arbitral se encuadra en lo concerniente al régimen jurídico, modo de ejercicio y circunstancias. Desde el punto de vista del Derecho positivo debemos citar el artículo 51. Regla 6ª del RH: «*Las inscripciones extensas a que se refiere el artículo 9.º de la Ley contendrán los requisitos esenciales que para cada una*

¹⁹⁸. Para un mejor entendimiento de la importancia y alcance del mismo recomiendo la lectura de GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo III, Civitas, 2002, págs. 1471 y siguientes.

¹⁹⁹. GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., "Principio de especialidad registral", *RCDI*, número 625, noviembre-diciembre de 1994, págs. 2389 y siguientes.

²⁰⁰. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., "El principio de especialidad registral", *Cuadernos de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 2005, pág. 54.

de ellas determina este Reglamento, y se practicarán con sujeción a las reglas siguientes: 6ª. Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél».

Pues bien, si se pretende la inscripción de un convenio arbitral, éste deberá recoger con suficiente claridad la voluntad expresa de las partes de someterse a arbitraje. Y, además, deberá determinar con precisión las controversias que en su caso se resolverían por medio del proceso arbitral. Como afirma SANS TORRES²⁰¹, «...la relación jurídica objeto de arbitraje debe estar concretada y definida de modo indubitado si bien el alcance es diferente en el Registro de la Propiedad que en el Registro Mercantil, puesto que mientras que en el primero, al tratarse de un registro de bienes deberá exigirse una mayor precisión y claridad y que coincidirá con las controversias que surjan con respecto a una relación jurídica que ha motivado una o varias inscripciones, en el segundo, al tratarse de un registro de personas podrá abarcar todas aquellas cuestiones que se susciten entre sociedad, socios y administradores».

c) En relación con los elementos formales

Como ya señalé con anterioridad, no existen reglas especiales para la inscripción de un convenio arbitral. En consecuencia, se aplica lo establecido en los artículos 3 de la LH, 18 del CCom, y 93 del RRM. Se exigirá por tanto que el convenio aparezca plasmado en documento público.

²⁰¹. SANS TORRES, J., "Los efectos registrales del laudo", *op. cit.*, pág. 128.

CAPÍTULO III. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

I. El procedimiento arbitral

He analizado hasta ahora la relación del arbitraje con el Registro de la Propiedad y con el Mercantil en todo lo concerniente a la inscripción del convenio arbitral. Toca ya estudiar cómo puede conectarse la vida registral con el procedimiento de arbitraje una vez que ha surgido la controversia y una de las partes decide acudir a los árbitros. De la misma forma que en el caso del derecho real de hipoteca se habla de una fase de seguridad (la hipoteca se ha inscrito, pero aún no se ha iniciado el proceso ejecutivo) y una de ejecución (el deudor ha incumplido y el acreedor decide hacer efectivo el derecho de realización de valor que la hipoteca le atribuye), en el caso del arbitraje también cabe distinguir dos etapas claramente diferenciadas. Una primera etapa que va desde que se firma el convenio y se inscribe en el Registro, hasta que surge la controversia y las partes comienzan el procedimiento propiamente dicho. Y una segunda etapa, que comprende todo el tiempo que dura el procedimiento arbitral hasta que se dicta el laudo²⁰².

Los puntos de contacto del procedimiento arbitral con el Registro pueden ser muy numerosos. Naturalmente, la primera actuación en el procedimiento ha de ser el nombramiento del o de los árbitros que van a resolver la controversia. Luego se irán sucediendo diferentes actuaciones, muchas de las cuales podrán tener reflejo registral. Comenzaré analizando todo el proceso de designación de los árbitros y los requisitos que estos deben reunir. Posteriormente analizaré las medidas cautelares y su plasmación en el Registro. Pero antes es preciso hacer un breve análisis de cómo puede afectar la declaración del concurso de cualquiera de las partes a la tramitación del procedimiento arbitral.

²⁰². Cuando analice la incidencia que la declaración de concurso tiene sobre el procedimiento arbitral, ya veremos cómo no es del todo sencillo y pacífico determinar el momento en que se considera iniciado el citado procedimiento arbitral.

II. Efectos de la declaración de concurso de las partes de un procedimiento arbitral

Las partes que intervienen en el procedimiento arbitral han de reunir la plena capacidad de obrar y tener la libre disposición de los bienes que se puedan ver afectados por dicho procedimiento. En términos generales nos podemos remitir a lo ya analizado cuando estudiamos los requisitos de capacidad para la celebración del convenio arbitral. Pero sí que merece una referencia más detallada los efectos de la declaración de concurso de alguna de las partes en el procedimiento arbitral.

El artículo 140.2 de la TRLC (antiguo art. 52.2 LC) trata de aclarar los efectos del concurso sobre los procedimientos arbitrales: *«Los procedimientos de mediación y los procedimientos arbitrales en tramitación a la fecha de la declaración de concurso continuarán hasta la terminación de la mediación o hasta la firmeza del laudo arbitral. La representación y defensa del concursado en estos procedimientos se regirá por lo establecido para los juicios declarativos en el capítulo I de este título»*. MARTÍN MORAL²⁰³ considera preciso realizar dos matizaciones: *«en primer lugar, la alusión a la «firmeza» del laudo que realiza el art. 52.2 de la Ley Concursal resulta del todo superflua, en tanto en cuanto, el laudo es firme desde el momento en que se dicta²⁰⁴; y, en segundo lugar, la Ley Concursal cita al laudo como si se tratara de la única forma en la que puede acabar un procedimiento arbitral, olvidándose del resto de formas de terminación del procedimiento²⁰⁵»*.

La remisión a lo establecido para los juicios declarativos en el capítulo I de este título (ver especialmente lo establecido en los arts. 119 y 120 TRLC) permite dar solución a la legitimación y representación del concursado en el procedimiento arbitral. En los casos de suspensión de las facultades de administración, serán los administradores

²⁰³. MARTÍN MORAL, M.F., *op. cit.*, pág. 189.

²⁰⁴. El problema de la firmeza del laudo lo trataré detenidamente al estudiar los requisitos para la inscripción del laudo arbitral.

²⁰⁵. Las diferentes formas de terminación del procedimiento las analizaré en el capítulo dedicado a la inscripción del laudo.

concursoales los que sustituyan al concursado en dicho procedimiento arbitral. Los administradores concursales necesitarán la autorización del juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir. Si, por el contrario, el concursado conservará la capacidad para actuar en el procedimiento, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir en el arbitraje cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio. Es curioso que en el primer caso se exija autorización judicial y en el segundo baste la de la administración concursal. En este sentido, GONZÁLEZ MONTES²⁰⁶ afirma: *«En este punto se observa, a modo de contradicción respecto de la capacidad de la administración concursal quien otorga dicha autorización, cuando lo lógico es que esté capacitada en ambos casos o, si se quiere, que no lo esté en ninguno y haya de ser el juez quien la conceda»*.

Conviene citar a HEREDIA CERVANTES²⁰⁷, que pone de manifiesto que la redacción del art. 140, al tomar como elemento determinante el que el procedimiento arbitral se encuentre “en tramitación” puede generar dudas interpretativas. En su opinión, *«salvo pacto en contrario de las partes, el arbitraje debería considerarse “en tramitación” solo desde que el demandado recibiese el requerimiento de someter la controversia a arbitraje. (...) No obstante, lo que resulta indiscutible es que la redacción del art. 140.2 no se refiere a procedimientos arbitrales “pendientes” o “iniciados”, sino a los procedimientos arbitrales “en tramitación”. Y ello podría dar a entender que el precepto no exige que el arbitraje esté iniciado, en el sentido del art. 27 LA, sino únicamente que se haya realizado el primer trámite necesario para que el procedimiento arbitral pueda iniciarse y que, en consecuencia, permita considerar “activado” el convenio arbitral (por ejemplo, el registro de la entrada del arbitraje en la institución arbitral)»*.

En todo caso, coincido con MARTÍN MORAL²⁰⁸ en que a los *«procedimientos arbitrales que se inician una vez tramitado el concurso, les serán de aplicación las*

²⁰⁶. GONZÁLEZ MONTES, J.L., “Arbitraje y concurso de acreedores”, en *Estudios sobre el arbitraje*, dirigida por J.L., GONZÁLEZ MONTES, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008, págs. 388 y 389

²⁰⁷. HEREDIA CERVANTES, I., “Arbitraje y mediación en el Texto Refundido de la Ley Concursal”, *op. cit.*, pág. 5.

²⁰⁸. MARTÍN MORAL, M.F., *op. cit.*, pág. 99.

mismas normas que a aquellos que se inicien con anterioridad a la declaración de concurso».

III. Designación de los árbitros

a) Requisitos necesarios para ser árbitro

1. Requisitos previstos en la Ley

Con carácter general el artículo 13 LA dispone: *«Capacidad para ser árbitro. Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro».*

Parece, por tanto, que solo pueden ser árbitros las personas que sean mayores de edad y que no tengan limitado el ejercicio de sus derechos civiles. El legislador no quiere árbitros que tengan algún tipo de limitación. La importancia de la labor que han de desarrollar y la responsabilidad que para ellos puede derivar²⁰⁹, hacen que se exija esta capacidad plena. Cuatro son las situaciones que pueden resultar dudosas, a saber: los emancipados, las personas a las que se les haya establecido medidas de apoyo a su discapacidad, los concursados y, por último, los penados.

Por lo que respecta a los menores emancipados, dado que, conforme a lo establecido en los artículos 247 y 248 del Código Civil necesitan complementar su

²⁰⁹. Sobre la responsabilidad de los árbitros puede verse RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros", en el *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por J. M., GONZÁLEZ PORRAS y F. P., MÉNDEZ GONZÁLEZ, Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Universidad de Murcia, Madrid, 2004, págs. 4219-4250.

capacidad para determinados actos, no pueden considerarse que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no pudiendo, en consecuencia, actuar como árbitros.

Lo mismo cabe decir con relación respecto a las personas a las que por sentencia se les haya establecido medidas de apoyo a la discapacidad. Por suaves que sean estas medidas, ya no se puede hablar de personas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles que la LA exige para ejercer funciones arbitrales.

Más dudoso puede ser el caso de las personas declaradas en concurso. No obstante, entiendo que tampoco puede desempeñar la función de árbitro una persona física declarada en concurso, dado que, en el más leve de los supuestos, el artículo 106.1 del TRLC prevé que el concursado conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero queda sometido en el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. Consecuentemente, tampoco parece que se trate de una persona en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. No obstante, he de reconocer que hay autores que defienden la posibilidad de que un concursado pueda ser árbitro si no ha sido declarado culpable en el concurso conforme al artículo 455 del TRLC²¹⁰.

Por la misma razón que en el caso de los concursados, entiendo que no podrán ser árbitro las personas que hayan sido condenadas a alguna de las penas de privación de derechos que establece el artículo 39 del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). Naturalmente, mientras la pena se esté cumpliendo, ya que no supone causa de incapacidad la mera existencia de antecedentes penales²¹¹.

²¹⁰. Así lo entiende REMÓN PEÑALVER, J., "Comentario del artículo 13", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por GONZÁLEZ BUENO, C., Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pág. 318. En la misma línea MARTÍNEZ FLOREZ, A., "La declaración de concurso y la incapacidad de obrar del deudor", *Anuario de Derecho Concursal*, número 4, 2005, págs. 315-344.

²¹¹. En este sentido lo aclara la SAP de Gran Canaria de 23 de marzo de 2009: «En efecto el Sr. Grisolia ya tenía extinguidas sus responsabilidades penales y no estaba inhabilitado para ejercer su profesión de abogado por lo que podía ser árbitro, tenía capacidad legal para ello, y sus antecedentes penales no constituyen per se motivo de abstención o recusación afectante a su independencia e imparcialidad respecto de las partes en conflicto entre quienes dirimía la controversia. Las expresadas circunstancias permitirían quizás cuestionar su idoneidad pero la inidoneidad del árbitro no es causa de anulación del laudo arbitral, podría serlo del convenio arbitral, por error en la persona nominada en el mismo cuando la calidad de la persona hubiera sido la causa que motivó el convenio arbitral».

El segundo elemento determinante para reconocer la aptitud para ser árbitro es el de que la legislación a la que pueda estar sometido por el ejercicio de su profesión no se lo impida. Es decir, que no esté afectado por un régimen de incompatibilidades. Quizá el ejemplo más claro a este respecto lo encontramos en el caso de los jueces y magistrados, a los que el artículo 389 de la LOPJ les declara incompatibles con el ejercicio de cualquier cargo o profesión retribuida, salvo la docencia e investigación, y con el asesoramiento jurídico, sea o no retribuido. Otro tanto cabe decir de los fiscales (art. 57 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

Finalmente debe advertirse cómo la nacionalidad del árbitro no será obstáculo alguno para el desempeño de su función, salvo acuerdo contrario de las partes.

Vistos los requisitos legales exigidos para que una persona se considere con capacidad y aptitud legal para ser árbitro, ha de concluirse este apartado estudiando el momento en que ha de exigirse la concurrencia de dichos requisitos. La actual LA de 2003 no determina cuándo ha de reunir el árbitro el requisito de la plena capacidad. La Ley de 1988, en su artículo 12, sí que señalaba como fecha determinante la de la aceptación del cargo. Esto ha provocado dudas en la doctrina acerca de si el árbitro ha de ser plenamente capaz desde su designación²¹², o si basta que tenga dicha capacidad al tiempo de la aceptación²¹³. Por su parte señala REMÓN PEÑALVER²¹⁴ que el mayor valor del principio de seguridad jurídica exige que los requisitos de capacidad se reúnan

²¹². Así lo entiende GONZÁLEZ MALABIA, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por BARONA VILLAR, S., 2ª edición, Madrid, Civitas, 2011, pág. 723.

²¹³. En esta línea se mueven autores como GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, E., "Comentario del artículo 13", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por PRATS ALBENTOSA, L., Madrid, La Ley, 2013, págs. 387 y 388; y, MERINO MERCHÁN, J.F., *Estatuto y responsabilidad del árbitro*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pág. 44.

²¹⁴. REMÓN PEÑALVER, J. "Comentario del artículo 13", op. cit., pág. 319: «*si bien esta segunda tesis pudiera parecer que favorece el juego de la autonomía de la voluntad en el arbitraje, que debe ser la guía constante para la interpretación de la Ley, ni las instituciones arbitrales ni las partes deberían proponer candidatos que, en el momento en que se hace la propuesta, no reúnan las condiciones legamente exigidas. En caso contrario, se estaría generando una apariencia en la que podría razonablemente descansar la confianza de las partes o de una de las partes cuya regularidad estaría sometida a una condición inicialmente desconocida. En mi opinión, el valor supremo de la seguridad exige que las condiciones de capacidad deban concurrir desde el momento inicial de la propuesta.*».

ya desde la designación. En mi opinión, habrá que analizar caso a caso. Dado que la Ley no impone un criterio cierto, no debe descartarse que en algunos supuestos pueda nombrarse a una persona como árbitro, condicionando dicho nombramiento a la circunstancia de que dicha persona goce de plena capacidad o no esté sujeta a incompatibilidad legal al tiempo de iniciarse el procedimiento arbitral.

2. Arbitrajes en Derecho

Vistas las exigencias generales que la Ley establece para poder ser árbitro, hay que referirse ahora al caso particular de los árbitros que han de intervenir en los arbitrajes de derecho. Si se trata de arbitrajes de equidad, se aplican las normas generales antes expuestas, pero en los casos de arbitrajes a resolver en derecho, establece el artículo 15.1 LA: *«Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista».*

Por tanto, el árbitro en estos casos, siempre que las partes no hayan dispuesto otra cosa, ha de reunir la condición de jurista. Como señala ARMAS OMEDES²¹⁵, según el Diccionario de la RAE, el término jurista tiene dos significados: *«persona que ejerce una profesión jurídica»*, y *«persona dedicada al estudio, interpretación y aplicación del Derecho»*. Si combinamos lo establecido en este artículo con lo previsto con carácter general en el artículo 13, hemos de concluir que podrán ser árbitros en Derecho todos los profesionales del derecho en un sentido amplio. El Profesor DE CASTRO Y BRAVO²¹⁶ señaló que las tareas que corresponden a los juristas son: *«1. Técnica legislativa: ser consejeros del legislador, facilitándole las fórmulas precisas para que, con la menor*

²¹⁵. ARMAS OMEDES, F., "La condición de jurista del árbitro en Derecho", *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, dirigida por D. VÁZQUEZ ALBERT y F. TUSQUETS TRIAS DE BES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 171-172.

²¹⁶. DE CASTRO Y BRAVO, F., "La función de los juristas en el Estado", *Revista de Estudios Políticos*, año 1942, págs. 193-242.

dificultad, puedan conseguirse los fines propuestos. 2. Defensa de la organización jurídica: a) Como funcionarios de la Administración; para hacer actuar con la mayor eficacia los organismos administrativos, conforme a los fines señalados por el Estado (funcionarios juristas en general; fiscales, abogados del Estado, oficiales letrados, registradores); b) Como jueces; para decidir conflictos, dándoles la solución más adecuada conforme a los fines del Ordenamiento jurídico. 3. Colaboración a la actividad jurídica de los particulares; colaborar a la ordenación jurídica de las relaciones privadas, encauzando los intereses privados dentro de los cauces del Derecho (abogados, asesores de empresas, gran parte de la actividad notarial). 4. Elaboración científica; proporcionando el conocimiento y fundamentación teórica necesaria para la práctica».

Partiendo de esta referencia, entiende ARMAS OMEDES²¹⁷ que deben distinguirse dos tipos de juristas:

- Los que ejercen una profesión jurídica, que deben demostrar que ostentan un título académico que acredite un conocimiento suficiente del Derecho, y la pertenencia a la corporación o colegio profesional que corresponda a dicha profesión. En mi opinión, este segundo requisito no es imprescindible, puesto que pueden existir juristas que no estén sujetos a colegiación obligatoria (por ejemplo, funcionarios públicos cuyo régimen de incompatibilidades les permita ser árbitros).
- Los que se dedican al estudio e investigación jurídica, entre los que se encuentran los profesores universitarios y los autores dedicados a la literatura jurídica.

Hay que alabar el criterio que recoge la LA de 2003 de permitir la actuación como árbitro de todo tipo de juristas. En este sentido, a diferencia de lo que se preveía antes de la reforma de 2011, ya no es imprescindible que se trate de abogados en ejercicio o que, para que no sea así, las partes lo hayan autorizado expresamente. Esto permite abrir el abanico de profesionales que pueden ejercer la función arbitral²¹⁸.

²¹⁷. ARMAS OMEDES, F., op. cit., págs. 172-173.

²¹⁸. Así, por ejemplo, señala la STSJ de Andalucía de 20 de noviembre de 2012: «En orden a la designación por esta Sala, ha de estarse a los criterios establecidos por las partes en el convenio arbitral. Conforme a

Sin embargo, esta amplitud entraña ciertos riesgos. Salvando el caso en el que las partes designen de mutuo acuerdo a los árbitros, en los demás supuestos siempre quedará la duda de si no queda la puerta abierta para que alguna de ellas impugne la validez del laudo al amparo de lo previsto en la letra d) del artículo 41.1 LA («*Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley*»), por considerar que el elegido no reúne realmente la condición de jurista.

Es por todo ello que las instituciones arbitrales tienen una gran responsabilidad a este respecto, y han de garantizar que seleccionan árbitros que indubitadamente son juristas. Para ello habrán de cerciorarse de que las personas elegidas ostentan la titulación académica necesaria y que tienen al menos una mínima experiencia en la aplicación práctica o en la investigación teórica del Derecho. Aunque es cierto que la Ley no parece exigir una experiencia mínima para ostentar la condición de jurista, lo normal será que las instituciones que administran los arbitrajes establezcan este requisito de la experiencia en el desarrollo de la correspondiente profesión jurídica para admitir a los candidatos a árbitro en sus listas ²¹⁹.

Como se ha señalado antes, si se tratase de un arbitraje de equidad no es imprescindible que el árbitro reúna la condición de jurista. No obstante, ningún inconveniente hay en que para un arbitraje de equidad se designe a un profesional del

esos criterios, a falta de designación conjunta por las partes, el árbitro habría de ser un profesor de Derecho de la Universidad de Málaga " especialista por razón de la materia ", y sólo en su defecto, un abogado de Málaga. Las partes, pues, han expresado una preferencia por la condición de profesor especialista que ha de ser respetada, habida cuenta de que la vigente redacción del artículo 7.1 de la Ley de Arbitraje no requiere para el arbitraje de derecho que el árbitro tenga la condición de abogado, sino únicamente que tenga "la condición de jurista". En definitiva, ha de darse la razón en este punto a la demandada, y desestimarse la pretensión explícita del suplico de la demanda de que el árbitro designado tenga la condición de Abogado en ejercicio».

²¹⁹. Si se consultan los reglamentos de las principales cortes arbitrales españolas, como los de la Corte Española de Arbitraje, Corte Arbitral de Madrid, Tribunal Arbitral de Barcelona, CIMA..., podrá comprobarse cómo en todos ellos se establece el requisito de la experiencia en el desarrollo de la tarea de jurista como imprescindible para poder actuar como árbitro de las mismas.

Derecho. Podemos citar en este sentido el ATSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2011²²⁰, que defiende que, aunque la Ley solo exige la intervención de un jurista en los arbitrajes de derecho, las partes pueden designar también a este tipo de profesionales en los de equidad. Incluso en ocasiones, aunque se trate de un arbitraje en equidad, puede resultar conveniente nombrar árbitro a un jurista, puesto que muchos de los aspectos de la controversia objeto de resolución en el proceso arbitral podrán entenderse mejor con una adecuada formación jurídica, aunque luego el laudo deba fundarse en criterios de equidad²²¹.

3. Especial referencia a los registradores de la propiedad como árbitros

Dentro del grupo de las profesiones jurídicas en España se encuentra la de registradores de la propiedad. Se trata de un Cuerpo de funcionarios del Estado que ejercen su función en un régimen de una organización profesional y actuando bajo una responsabilidad personal directa, sin que el Estado tenga que hacer frente a los eventuales daños y perjuicios que ocasionen en el desempeño de su actividad. Como apunta ESTRUCH ESTRUCH²²², *«la figura del registrador reúne la doble condición de*

²²⁰. Dice así este Auto: *«El hecho de que se trate de un arbitraje de equidad, como dispone la citada cláusula arbitral, no impide el nombramiento de un jurista. La disposición del apartado 1 del citado artículo 15 - salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal - sólo implica la obligatoria designación de un jurista en arbitrajes que no sean de equidad, pero no restringe la intervención de árbitros con esa cualificación en los arbitrajes de equidad. Lo determinante es la selección del árbitro apropiado para resolver del modo más adecuado a la entidad y naturaleza de la controversia, con la mayor eficacia, también en los arbitrajes de equidad, las cuestiones debatidas entre las partes firmantes del convenio arbitral. Y todo ello teniendo en cuenta el Tribunal, con absoluto respeto de la autonomía de la voluntad de las partes, los requisitos establecidos por éstas para ser árbitro, y tomando las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad, como señala el apartado 6 del mismo art. 15».*

²²¹. Así lo reconoce la STSJ de Castilla la Mancha de 16 de enero de 2012, al señalar que el árbitro es adecuado que sea *«jurista de profesión pues, aunque en equidad, debe resolver sobre las dudas, discrepancias o disconformidades que se produzcan en la ejecución de un contrato de resolución de un anterior de aparecería y ya anuncia el demandado la posible nulidad del contrato por falta de capacidad del demandante. En cualquier caso, en relación con la solicitud deducida en la vista por la demandante, que uno de los árbitros fuera ingeniero agrónomo, el árbitro tiene la facultad conforme con el art.32 para nombrar perito que auxilie con sus conocimientos técnicos en los extremos que resulten necesarios. Y entre los juristas, parece más adecuado acudir a los abogados en ejercicio -por su experiencia en la resolución de conflictos-».*

²²². ESTRUCH ESTRUCH, J., *La responsabilidad civil del registrador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2014, pág. 25.

funcionario público y profesional del Derecho. Las leyes establecen de manera categórica su condición de funcionario público, pero, al mismo tiempo, determinados aspectos de su actuación (organización y mantenimiento de sus oficinas como cualquier profesional, pago a sus propios trabajadores y abono de los gastos de funcionamiento e inversión necesarios, cobro de sus honorarios directamente de las personas que solicitan sus servicios, etc) les alejan de esta condición».

Esta profesión está reservada a titulados en Derecho que superen una rigurosa oposición de contenido estrictamente jurídico. Por tanto, es indiscutible que se trata de personas que ejercen una profesión jurídica, es decir, de juristas. Pero no siempre se les ha permitido ejercer funciones arbitrales.

En nuestra reciente historia estos funcionarios han tenido vedada la posibilidad de ejercer como árbitros por disposición de la Ley. Durante el largo periodo de vigencia de la Ley de 1953, el principal obstáculo venía representado por la exigencia de que en los arbitrajes en Derecho tuviera que designarse como árbitro a un letrado en ejercicio (artículo 20). Posteriormente, la Ley de 5 de diciembre de 1988, en su artículo 12.4, prohibía expresamente la posibilidad de ser árbitro a «quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel». Más tarde, la LA de 2003 eliminó esta prohibición expresa, pero volvió a establecer la exigencia de que los árbitros que resuelven en derecho deban ser abogados en ejercicio, salvo acuerdo expreso de las partes, con lo que, de facto, seguía impidiendo a los registradores el desempeño de este tipo de funciones, a falta de acuerdo de las partes al respecto. Ha habido que esperar hasta la reforma de la Ley de Arbitraje, operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, para que se les abra definitivamente la puerta del arbitraje como juristas que son.

Consecuentemente, hoy ya no es discutible la aptitud legal de estos funcionarios públicos para actuar como árbitros. Veremos en apartados posteriores la incidencia que la actuación como registrador puede tener en su imparcialidad como árbitro, así como las peculiaridades que la intervención de un registrador en funciones arbitrales puede provocar a la hora de inscribir el laudo resultante.

b) Sistema de designación de los árbitros

En esta materia, como en la mayoría de las que regula la LA, prima el principio de libre decisión de las partes. No obstante, es necesario distinguir dos vías distintas que implican diferentes soluciones al procedimiento de designación de los árbitros.

1. Arbitraje institucional

Si el arbitraje se encomienda a una institución, las partes se someten al reglamento que dicha institución arbitral tenga previsto para todo el desarrollo del proceso. Así lo establece el artículo 14.2 LA : «*Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos*». A partir de ese instante habrá que estar a lo establecido en el correspondiente reglamento respecto al número de árbitros y al sistema de designación.

La encomienda a una corte arbitral no significa que quede anulada totalmente la autonomía de la voluntad de las partes. Muy al contrario, la mayoría de los reglamentos de las principales instituciones arbitrales de España reservan a los contendientes la facultad de decidir el número y la identidad de los árbitros. Será en defecto de dicho acuerdo cuando entren a funcionar las reglas de designación previstas en el reglamento, que, generalmente, implican el nombramiento de un solo árbitro (salvo que la complejidad del asunto requiera que se designe un tribunal arbitral colegiado). Normalmente, en estos casos el árbitro lo designará directamente la corte, aunque a veces se ofrece a las partes cierto margen de intervención en el proceso²²³.

185. A modo de ejemplo conviene traer a colación algunas de las normas que sobre este particular se recogen a las instituciones arbitrales más relevantes de España: A) *Corte de Arbitraje de Madrid* de 25 de julio de 2014: El artículo 12 de su Reglamento regula el número de árbitros y el procedimiento de designación: «1. Si las partes no hubieran acordado el número de árbitros, la Corte decidirá si procede nombrar un árbitro único o un tribunal arbitral de tres miembros, atendidas todas las circunstancias. 2. Como regla general, la Corte decidirá que procede nombrar un árbitro único, a menos que la complejidad del caso o la cuantía de la controversia justifiquen el nombramiento de tres árbitros. 3. Cuando las partes lo hubieran acordado o, en su defecto, la Corte decidiera que procede nombrar un árbitro único, se dará a las partes un plazo conjunto de quince días para que designen el árbitro de común acuerdo, salvo que

en el escrito de solicitud de arbitraje o en el de respuesta a la solicitud de arbitraje cualquiera de las partes haya manifestado su deseo de que el nombramiento se realice directamente por la Corte, en cuyo caso se realizará sin más trámites. Pasado, en su caso, el plazo de quince días sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el árbitro único será nombrado por la Corte. 4. Cuando las partes hubieran acordado antes del comienzo del arbitraje el nombramiento de tres árbitros, cada una de ellas, en sus respectivos escritos de solicitud de arbitraje y de respuesta a la solicitud de arbitraje, deberá proponer un árbitro. El tercer árbitro, que actuará como presidente del tribunal arbitral, será propuesto por los otros dos árbitros, a los que se les dará un plazo de quince días para que designen el árbitro de común acuerdo. Pasado este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el tercer árbitro será nombrado por la Corte. Si alguna de las partes no propusiera el árbitro que le corresponde en los mencionados escritos, lo designará la Corte en su lugar, así como también y sin más demora al tercer árbitro. 5. Si, en defecto de acuerdo de las partes, la Corte decidiera que procede el nombramiento de un tribunal de tres miembros, se concederá a las partes un plazo sucesivo de diez días, primero a la parte demandante y luego a la parte demandada, para que designe el árbitro que le corresponda. El tercer árbitro, que actuará como presidente del tribunal arbitral, será propuesto por los otros dos árbitros, a los que se les dará un plazo de diez días para que designen el árbitro de común acuerdo. Pasado este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el tercer árbitro será nombrado por la Corte. Si alguna de las partes no propusiera el árbitro que le corresponde en el mencionado plazo, lo designará la Corte en su lugar, así como también y sin más demora al tercer árbitro. 6. Los árbitros deberán aceptar su nombramiento dentro de los diez días siguientes a la recepción de la comunicación de la Corte notificándolos».

B) Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) de 30 de octubre de 2020: La cuestión viene regulada en el artículo 16 de su Reglamento: «1. En ausencia de acuerdo de las partes sobre el número de árbitros, la Corte acordará la designación de un tribunal arbitral unipersonal, salvo que las circunstancias concurrentes en la controversia aconsejen la constitución de un tribunal arbitral colegiado. 2. En el supuesto de que las partes hayan convenido someterse a un tribunal arbitral unipersonal y no hayan alcanzado un acuerdo sobre el candidato, el árbitro único será nombrado por la Corte, de conformidad con el Reglamento y con los Estatutos, atendiendo a las circunstancias concurrentes y según el siguiente sistema: a. La Corte comunicará a cada una de las partes una lista idéntica con ocho (8) posibles candidatos; b. En los cinco (5) días siguientes a la recepción de la lista, cada una de las partes manifestará a la Corte su posición sobre los candidatos propuestos, enumerando cinco (5) nombres por su orden de preferencia; y c. En los cinco (5) días siguientes a la recepción de cada una de las listas indicadas anteriormente, la Corte nombrará el tribunal arbitral unipersonal de entre las personas aprobadas en las listas devueltas, considerando –en todo caso– la mejor preferencia establecida por las partes. Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento del árbitro según este procedimiento, la Corte ejercerá su discreción para nombrar al tribunal arbitral unipersonal. 3. En el supuesto de que las partes opten por un tribunal arbitral colegiado, el número de sus integrantes será tres. Cada una de las partes – en la solicitud de arbitraje y en la respuesta a la solicitud de arbitraje– podrá designar un árbitro de entre los componentes de la lista de árbitros de la Corte. Una vez confirmados por la Corte, los dos árbitros vocales elegirán el tercer árbitro, que ejercerá las funciones de presidente del tribunal arbitral colegiado. Si, dentro de los diez (10) días siguientes al nombramiento del segundo árbitro vocal, los dos árbitros vocales no llegaran a un acuerdo sobre la elección del árbitro presidente, la Corte procederá a su nombramiento, de conformidad con el sistema previsto en el número 2 del presente Artículo y con lo establecido en el Artículo 18 de los Estatutos. 4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los supuestos en que (i) exista pluralidad de demandantes o de demandados y (ii) el tribunal arbitral deba ser colegiado, las diversas partes actuarán conjuntamente, en su condición de demandantes o de demandados, para el nombramiento de su respectivo árbitro vocal (cf. Reglamento, Artículo 12). En ese supuesto, la Corte invitará a las partes para constituir el tribunal arbitral colegiado por un plazo improrrogable de diez (10) días, de conformidad con el sistema previsto en el número 3 del presente Artículo. En el supuesto de que, transcurrido el plazo previsto en el párrafo precedente, las partes no consiguiesen constituir el tribunal arbitral colegiado conforme al Reglamento y a los Estatutos, la Corte constituirá el tribunal arbitral colegiado, nombrando a todos sus componentes –incluida la designación de quien deba ejercer las funciones de presidente– y revocando todo nombramiento ya realizado hasta ese momento. En este caso,

la Corte quedará en libertad para escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro, aplicando las disposiciones del Reglamento y de sus Estatutos. 5. Los terceros autorizados a incorporarse como parte adicional al procedimiento arbitral podrán designar un árbitro vocal, conjuntamente con los integrantes de la parte procedimental a la que se hayan adherido y de conformidad con las disposiciones del Reglamento y de los Estatutos (cf. Reglamento, Artículo 13). 6. A petición de todas las partes y para supuestos concretos especiales, la Corte podrá autorizar la designación de árbitros ajenos a su lista, atendiendo a criterios de excelencia profesional en la materia y a la complejidad, trascendencia e importancia de la cuestión debatida».

C) Corte Española de Arbitraje de 1 de septiembre de 2019: Se regula esta cuestión en el artículo 12 del Reglamento: «Artículo 12. Número de árbitros y procedimiento para su designación. 1. Las partes podrán acordar el número y la identidad de todos los árbitros y de quien desempeñe funciones de Presidente, siempre que sea impar. Durante el plazo para contestar a la solicitud, la Corte puede facilitar a las partes una lista de árbitros especializados en la materia objeto de controversia por si desean de mutuo acuerdo designar a uno de ellos. A falta de acuerdo sobre número e identidad de todos los árbitros, la Corte acordará la designación de un único árbitro, salvo cuando estime que la naturaleza, complejidad y demás circunstancias de la controversia sometida a arbitraje requiera el nombramiento de un colegio arbitral, en cuyo caso éste estará integrado por tres miembros, que serán, a falta de acuerdo durante el plazo para contestar a la solicitud de arbitraje, designados en su totalidad por la Corte, salvo que esta, durante el plazo para contestar a la solicitud de arbitraje, de oficio o a petición conjunta de todas las partes, estime procedente la designación por cada una de las partes de un árbitro, designando estos de común acuerdo al Presidente. Si en los cinco días siguientes a su designación los coárbitros no hubieren designado al Presidente, este lo será conforme a lo previsto en el párrafo siguiente. Si procede la designación de árbitros por la Corte, la Comisión de designación de árbitros confeccionará una lista con varios nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Dentro de los 5 días siguientes a la recepción de la lista, cada una de las partes tachará de la lista completa los nombres que le merecen objeción numerando los restantes de la lista por su orden de preferencia. La Corte podrá limitar el número de tachas a formular. El no pronunciamiento transcurrido tal plazo significará que todos los árbitros se consideraran igualmente aceptables para tal parte sin preferencia alguna entre ellos. La Corte elegirá a aquel candidato o candidatos que, no habiendo sido tachados, hayan sido preferidos por las partes hasta completar el número de árbitros que deben ser nombrados. Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento según este procedimiento o existiere un empate, el árbitro será nombrado libremente por la Corte, según su propio criterio. Al confeccionar dicha lista, la Corte tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro. 2. En el caso de pluralidad de partes, si existiere acuerdo entre todas sobre número e identidad de los árbitros, se procederá a su designación. Si no existiere acuerdo, se estará a lo expuesto en el párrafo tercero del Apartado Primero. Si existiere acuerdo sobre que cada una de las posiciones procesales designe a su respectivo árbitro y estos al Presidente, se nombrará a los así designados. Si no existiere acuerdo sobre el Presidente, se procederá conforme a lo expuesto en el Apartado Primero, párrafo tercero. En caso de que existiere acuerdo sobre la designación de su respectivo árbitro, pero no se nombrara en el plazo de 5 días, la Corte procederá a su designación conforme a lo expuesto en el Apartado Primero, párrafo tercero, pronunciándose las partes a quien correspondía la designación pero no hubieren alcanzado un acuerdo o no hubieren ejercitado su derecho en tal plazo. Si la Corte apreciare cualquier tipo de fraude procesal en la designación de árbitros como consecuencia de la pluralidad de partes procederá a nombrarlos conforme a su libre criterio».

D) Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) de 26 de julio de 2004: El Reglamento del TAB quizá sea el que menos amplitud concede a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de elegir a los árbitros. Así se dispone en su artículo 11: «Nombramiento de árbitros por el TAB. 1.- En su caso, el TAB elegirá los árbitros con total libertad de criterio atendiendo a su independencia y libertad, a la naturaleza de la cuestión planteada, al idioma del arbitraje, al domicilio de las partes y al lugar de celebración del arbitraje, sin otras limitaciones que las que imponga la Ley. 2.- Solo a título indicativo pero no vinculante, las partes podrán señalar alguna característica de aquellos árbitros cuya designación corresponda al TAB. 3.- En arbitrajes internacionales, a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa propia, el TAB podrá nombrar árbitros nacionales de un país distinto a los de las partes. 4.- Los árbitros designados o nombrados por las partes requerirán la confirmación del TAB, quedando aquellos sujetos al presente Reglamento y a los honorarios acordados por el TAB dentro del marco de su tarifa».

Lo que parece claro es que, cuando se ha convenido que el arbitraje sea tramitado ante una corte arbitral determinada, las partes ya no podrán acudir al procedimiento judicial regulado en el artículo 15 LA, al que luego haré alusión. En este sentido, la STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2013 señaló que cuando se ha designado a una corte arbitral no es competente la Sala del TSJ para su nombramiento²²⁴.

Distinto es el caso en el que las partes han pactado el arbitraje administrado, pero sin determinar la institución encargada, o cuando la entidad designada en el convenio no existe al tiempo en que se va a iniciar el arbitraje, o si, tratándose de un arbitraje societario, que, conforme al artículo 11 bis. 3 LA, ha de ser un arbitraje administrado, no se ha previsto en los estatutos sociales qué institución ha de ser la encargada de entender del procedimiento arbitral. En estos supuestos sí que parece posible acudir al auxilio judicial para seleccionar la institución que ha de administrar el arbitraje²²⁵.

2. Arbitraje *ad hoc*

Para los casos en los que las partes no han querido someterse a un arbitraje administrado por una corte arbitral, la Ley parte de la atribución a los litigantes de plena libertad de decisión. Así, el primer inciso del artículo 12 señala: «*Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros (...)*». Y el artículo 15.2, primer párrafo afirma: «*Las*

²²⁴. Señala así esta Sentencia: «*Como consecuencia de lo anterior y dado que las partes se han sometido a un arbitraje de Derecho a tenor de las normas establecidas en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Gran Canaria, habrá de ser ésta la que se encargue de designar arbitro a tenor de sus Estatutos, no resultando competente esta Sala para la designación del mismo. No corresponde, por tanto, a esta Sala de lo Civil la designación del arbitro según las normas que a tal fin se encuentran recogidas en la Ley de Arbitraje, concretamente en el art. 15 de la misma, puesto que existe el acuerdo entre las partes acerca del sometimiento expreso a la Corte de Arbitraje de la mencionada Cámara*».

²²⁵. Así lo reconoce la STSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 2013: «*El artículo 15.3 de la Ley de Arbitraje de constante alusión, relativo al nombramiento de los árbitros, dispone que, si no resultare posible designar árbitros (o bien, institución arbitral) mediante el procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar el nombramiento de árbitros (institución arbitral) o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello, sustanciándose las pretensiones por el cauce del juicio verbal -Art. 15.4 LA-. Téngase presente que serán las partes directamente las que con total libertad pueden acordar el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad -Art. 15. 2 LA- y solo para aquellos supuestos, como el presente, en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes se podrá solicitar al tribunal competente la designación de los árbitros -o de la institución arbitral-, para evitar su paralización e impulsar el arbitraje*».

partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros (...)». A veces la terminología usada por las partes en el convenio puede no ser especialmente clara. A este respecto, hay que citar la STSJ de Madrid de 23 de octubre de 2020²²⁶, que concluye que la expresión “tribunal arbitral” es compatible tanto con un solo árbitro como con un tribunal colegiado y que, en defecto de acuerdo de las partes, debe designarse un árbitro único, conforme al artículo 12 LA.

No obstante este reconocimiento general de libertad de decisión, la Ley impone dos limitaciones básicas que deben respetarse en todo caso. En primer término, conforme al artículo 12, se exige que el número de árbitros sea impar, previendo que, en caso de desacuerdo, se designará un solo árbitro. La exigencia de que el número sea impar responde a la lógica necesidad de evitar los empates, y la opción por un solo árbitro en casos de desacuerdo busca la rapidez, la sencillez en el procedimiento y el ahorro de costes.

En segundo lugar, el artículo 15.2 de la Ley exige que el procedimiento de designación de los árbitros que las partes escojan ha de respetar en cualquier caso el principio de igualdad. La referencia al principio de igualdad parece que está pensada en relación con la igualdad de las partes en el proceso. No obstante, tampoco cabría pactar un sistema de designación que atentase contra el principio constitucional de igualdad ante la Ley recogido en el artículo 14 de la Carta Magna: no sería posible, por ejemplo, convenir que del proceso de selección de los árbitros sean excluidos las personas de una determinada creencia religiosa, raza o sexo.

Es muy significativa la STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2014 cuando aborda la importancia del respeto al principio de igualdad en el sistema elegido para la designación de los árbitros. Parte de la premisa del carácter imperativo del artículo 15.2. A partir de ahí considera inadmisibles que se designe árbitro a una de las partes (*nemo iudex in causa propria*), lo que, añadamos, está también en contra del principio de

²²⁶. Puede verse el comentario de esta Sentencia en ORBIS, B., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 23/2020, de 23 de octubre. Interpretación de los términos “Árbitro” y “Tribunal Arbitral”, a falta de acuerdo, en la designación judicial de árbitros”, *Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje*, número 40, 2021, págs. 179 a 184.

imparcialidad que debe presidir todo arbitraje. Pero también estima contraria al principio de igualdad cualquier otra actuación que implique una posición de privilegio para cualquiera de las partes implicadas, aunque no haya sido buscada de forma deliberada²²⁷.

3. Procedimiento de designación judicial de los árbitros

Aunque el arbitraje por definición implica una opción por resolver el conflicto al margen de la autoridad judicial, como ya señalé al comienzo de estas notas, en ocasiones es necesario acudir al auxilio judicial para que el procedimiento arbitral pueda llegar a término y cumplir con la finalidad que la Ley le ha encomendado. Uno de esos momentos en que resulta preciso acudir al juez en busca de ayuda para superar un obstáculo que impide que comience el procedimiento arbitral es el de la designación de los árbitros.

Cuando el convenio arbitral no ha previsto el procedimiento para la elección de los árbitros, o cuando, habiéndolo previsto, alguna de las partes no se allana a su

²²⁷. Dice en su sexto Fundamento de Derecho: «La exigencia más clara, más incontestable del principio de igualdad en la designación de árbitros es la que obliga a respetar un principio muy elemental: que quien juzga no sea una de las partes (*nemo iudex in causa propria*). Esta hipótesis es radicalmente inadmisibile: ningún acuerdo de las partes en que concurriera un consentimiento libérrimo y perfecto en tal sentido, nombrando como árbitro a una de ellas, puede prevalecer sobre el carácter imperativo, de *ius cogens*, del art. 15.2 LA. Ni que decir tiene que semejante conclusión debe ser sostenida, a *fortiori*, si una designación tal hubiese tenido lugar sin conocimiento real del perjudicado. En el bien entendido de que lo determinante es la infracción objetiva del principio de igualdad en virtud de una posición de privilegio, que es reprobable incluso aunque no haya sido deliberada o maliciosamente buscada: ...no es necesario -para que se infrinja el principio de igualdad- que la parte más fuerte haya actuado consciente de su prepotencia para situarse en una posición de privilegio, sino que basta con que la otra parte se encuentre limitada en su posibilidad de actuación. Otros supuestos comúnmente admitidos de quiebra del principio de igualdad en la designación de árbitros son los siguientes: que el convenio arbitral disponga que la designación de un árbitro o de la mayoría de los árbitros se realice por una sola de las partes; y que las partes acuerden designar al árbitro o árbitros de entre los que figuren en una lista elaborada por un tercero cuando esa lista de árbitros entrañe un desequilibrio a favor de uno de los contratantes: así sucede, por ejemplo, si en la lista sólo figuran miembros de una determinada asociación a la que pertenezca sólo una de las partes; o también, en según qué casos, cuando la designación del árbitro se produjera sin libertad real de una de las partes, porque se impusiera como cláusula de adhesión de un contrato-tipo o como una condición general de contratación: la preponderancia del predisponente en la designación del árbitro o en la participación en el procedimiento de su designación habrá de ser analizada en las circunstancias de cada caso, pues, de concurrir, entrañaría una insubsanable quiebra del principio de igualdad (art. 15.2 LA), apreciable de oficio -art. 41.1.f) en conexión con el art. 42, ambos LA -, en tanto que infracción del orden público inherente al procedimiento arbitral. Hemos de insistir, según lo ya expuesto, en que ciertos y principios y garantías constitucionales del ejercicio de la función jurisdiccional han de ser respetados en el proceso arbitral, y, entre ellos, señaladamente, el principio de igualdad en la conformación y sustanciación del arbitraje, dada su naturaleza de "equivalente jurisdiccional"».

cumplimiento, la única manera de continuar es pedir el auxilio judicial. A ello se refieren los artículos 8.1 y 15, puntos 2 a 7 LA. Conviene destacar las siguientes cuestiones:

3.1. Tribunal competente: competencia territorial y objetiva

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1 LA : *«Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección».*

3.2. Presupuestos que han de concurrir para poder solicitar la designación judicial del árbitro

3.2.1. Que no se trate de un arbitraje administrado

Como ya comenté antes, si se ha pactado que el arbitraje se desarrollará ante una corte arbitral determinada, serán las normas recogidas en sus estatutos o reglamentos las que resuelvan el procedimiento de designación de los árbitros. Si las partes han pactado el arbitraje administrado, pero sin determinar la institución encargada, o cuando la entidad designada en el convenio no existe al tiempo de iniciar el arbitraje, o si, tratándose de un arbitraje societario, que, conforme al artículo 11 bis. 3 LA, ha de ser un arbitraje administrado, no se ha previsto en los estatutos sociales qué institución ha de ser la encargada de entender del procedimiento arbitral, en estos supuestos sí que parece posible, como también aclaré anteriormente, acudir al auxilio judicial para seleccionar la institución que ha de administrar el arbitraje.

3.2.2. Que exista un convenio arbitral

El punto cinco del artículo 15 establece: «*El Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral*».

Este precepto, además de establecer como requisito para la designación judicial del árbitro la existencia del convenio, a *sensu contrario*, está también fijando los límites que constriñen al Tribunal a la hora de tomar la decisión. Es decir, solo se está dilucidando el nombramiento de los árbitros, para lo cual hay que comprobar que existe el convenio arbitral. Pero, en ningún caso, puede abordarse cualquier otro aspecto afectante al fondo de la controversia, ya que tal misión está reservada al procedimiento arbitral. Veamos estas diferentes perspectivas:

3.2.2.1º. Existencia del convenio arbitral

Parece evidente que para que un juez acceda al nombramiento de un árbitro debe comprobar que existe la premisa esencial del arbitraje: el acuerdo de las partes de someter a arbitraje la resolución de sus controversias, es decir, el convenio arbitral. En este sentido, el apartado IV de la Exposición de Motivos LA dice: «*el juez solo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio*». Como señala REMÓN PEÑALVER²²⁸, «*la idea del “equivalente jurisdiccional” se centra, pues, en los efectos del laudo, pero es compatible con el dato de que el arbitraje es una institución con contenido propio que se funda en la autonomía de la voluntad y nace, precisamente, de una renuncia transitoria al ejercicio de acciones en la vía judicial*».

²²⁸. REMÓN PEÑALVER, J., "El arbitraje en España: la perspectiva constitucional", *Anuario de arbitraje 2018*, coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 474.

Consecuentemente, la función del juez es verificar que hay un acuerdo de las partes para someterse al arbitraje. Pero solo debe comprobar que tal convenio existe, en cualquiera de las formas que admite el artículo 9 LA. De hecho, en ocasiones la existencia del convenio arbitral puede resultar confirmada por el reconocimiento que las partes hacen en el mismo procedimiento de designación judicial de árbitros. Así puede verse, por ejemplo, en la STSJ de Andalucía de 15 de enero de 2015: *«La demandante no ha acreditado documentalmente la existencia del convenio arbitral (hace referencia al mismo, y lo señala como documento nº 3, pero dicho documento, como otros se señalan, no se ha aportado junto con la demanda). No puede, sin embargo, ponerse en duda su existencia, pues ha sido expresamente admitida por las demandadas, por lo que procede la designación de un árbitro por esta Sala»*²²⁹.

Respecto a la apreciación de cuándo existe o no convenio arbitral, es bastante interesante citar la STS de 27 de junio de 2017, que analizaré detenidamente en el siguiente apartado. Dicha Sentencia parte del criterio sentado por el TC en el sentido de que la autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y fundamento del arbitraje. Por ello, considera este fallo, que es admisible una interpretación amplia del convenio arbitral, salvo que se trate de una cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión²³⁰.

²²⁹. En el mismo sentido la STSJ del País Vasco de 11 de noviembre de 2015: *«En la vista, la parte demandante se afirmó y ratificó en su solicitud, reconociendo la parte demandada la existencia del convenio arbitral y proponiendo la renuncia al arbitraje y el sometimiento de las partes a la jurisdicción, lo que rechazó la parte demandante reiterando su solicitud»*.

²³⁰. Señala esta STS: *«la STC 75/1996, de 30 de abril, afirmó que la autonomía de la voluntad de las partes, de todas las partes, constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. El Tribunal Constitucional declaró que, salvo que el litigante lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, pues de otra manera se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva. La STC 136/2010, de 2 de diciembre, ha precisado que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser “explícita, clara, terminante e inequívoca”». A partir de ahí concluye que «Por eso, la interpretación “elástica” del convenio arbitral a que ha hecho referencia alguna sentencia de esta sala (sentencia 605/2005, de 12 de julio), que permita que el convenio arbitral tenga un efecto expansivo y abarque todas las cuestiones relacionadas con el objeto del arbitraje (sentencia 741/2007, de 2 de julio), puede ser aplicable a aquellos convenios arbitrales concertados por negociación, pero no a los contenidos en contratos de adhesión, puesto que tal interpretación no se compadecería con el fundamento de la institución del arbitraje, que es la voluntad «explícita, clara, terminante e inequívoca» de las partes, pero de ambas partes, de renunciar a la posibilidad de someter las controversias a la jurisdicción»*.

En esta línea de garantizar que la sumisión a arbitraje, en tanto que renuncia al derecho a la tutela judicial, esté basada en el acuerdo libre de las partes, conviene citar la reciente STC, Pleno, 1/2018, de 11 de enero²³¹, que ha declarado inconstitucional el artículo 76, e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, que establece: «El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada». Considera el Alto Tribunal que es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución que exige que toda renuncia a dicho derecho de acceso a la jurisdicción conste de manera explícita, clara, terminante e inequívoca, determinación que no concurre cuando se ha impuesto de manera obligatoria el arbitraje por una de las partes a la otra sobre la base de una norma legal.

3.2.2.2º. Las partes han de estar vinculadas por el convenio. Especial referencia a los casos en los que el convenio arbitral está inscrito en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil

El juez debe cerciorarse de que el demandado en este procedimiento es parte o se encuentra vinculado por el convenio arbitral²³². Como he señalado antes, el arbitraje está basado en la autonomía de la voluntad de las partes y la decisión libre que adoptan, acordando no someterse a la vía jurisdiccional para la resolución de las controversias que

²³¹. Puede verse el comentario crítico de esta Sentencia: CAÑAS MATA, C., "Comentario de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 1/2018 de 11 de enero", *op. cit.*, págs. 155-160.

²³². Puede citarse en este sentido la STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2017: «No siendo, pues, SINAPTICAL integrante de la sociedad mercantil en cuyos estatutos se incluyó el convenio arbitral que motiva el nombramiento de árbitro interesado, carece de legitimación en este procedimiento. El alcance del convenio arbitral no puede extenderse a quien no está obligado por los estatutos de la sociedad donde se incluyó el convenio arbitral y está vinculado con la sociedad, por el contrario, en virtud de otra relación jurídica diferente, en la que se pactó expresamente la sumisión a la jurisdicción ordinaria. Con independencia de la participación que se acredite del Sr. Mauricio en SINAPTICAL, de las obligaciones del mismo en relación con la sociedad, cualquiera que hubiera sido la forma de su actuación, y de la eventual extensión de su responsabilidad a las sociedades que instrumentalmente pudiera haber utilizado, cuestiones que en todo caso correspondería decidir en el procedimiento arbitral, no puede aceptarse la vinculación directa de SINAPTICAL por un convenio arbitral incluido en los Estatutos de la Sociedad que administró en virtud de un contrato específico».

puedan surgir entre ellas. Es decir, hay una base contractual en el origen del arbitraje. Y, como señala el artículo 1257 del CC, los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (principio de relatividad del contrato).

No son pocas las ocasiones en que el convenio arbitral está incluido en una relación jurídica que afecta a derechos reales inmobiliarios o que forma parte de los estatutos de una sociedad mercantil. En estos casos se plantea la posibilidad de inscribir dicho convenio en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil.

Ya he analizado en profundidad la admisibilidad de esta inscripción y sus efectos respecto a terceros. Reitero que, en mi opinión, el convenio arbitral, tanto en el arbitraje societario como en el inmobiliario, es susceptible de inscripción. Con dicha inscripción adquiere eficacia frente a los terceros, los cuales se verán obligados a utilizar la vía arbitral en los términos que prevé la Ley de Arbitraje. Por eso pienso que son extensibles al ámbito inmobiliario las conclusiones que para el arbitraje societario sienta la STS de 9 de julio de 2007: *«los Estatutos, como negocio constitutivo que tiene su origen en la voluntad de los fundadores, pueden contener un convenio arbitral para la resolución de controversias de carácter social, el cual, manteniendo el carácter de regla accesoria a los estatutos o paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, y vincular no sólo a los firmantes, sino, mediante su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad registral, a los socios presentes y futuros, en cuanto constituye uno de los elementos que configuran la posición de socio»*.

En lo que ahora interesa, conviene destacar que uno de los contenidos del convenio que se reflejará en la inscripción puede ser, y es conveniente que así sea, el relativo al modo de designación de los árbitros. A este respecto, señala MATEO y VILLA²³³ que caben distintas posibilidades en cuanto al contenido del convenio en estos extremos, según se trate de arbitraje administrado o arbitraje *ad hoc*.

155. MATEO Y VILLA, I., op. cit., págs. 1171-1172: *«i) Para el caso de designación mediata de los árbitros, identificación de la corte arbitral que haya de designarlos o señalamiento de las reglas que deban*

Es cierto que tanto la LA como la jurisprudencia adoptan una posición favorable a la conservación del convenio arbitral, de suerte que no se considera contenido esencial de este la previsión del sistema o procedimiento para la designación de los árbitros. En este sentido, la Sentencia de 11 de marzo de 2014 del TSJ de Valencia²³⁴, recalca la pervivencia del convenio, aunque no contenga las normas de designación de los árbitros. En este caso, se entenderá que el arbitraje será de un solo árbitro (art. 12 LA), que será designado, a falta de acuerdo de las partes, por el juez a petición de cualquiera de ellas (art. 15. 2, a). Consecuentemente, ningún problema ha de plantearse para inscribir el convenio arbitral en el Registro, aunque este no recoja referencia alguna al sistema de designación de los árbitros. Ahora bien, si se prevén en el convenio cláusulas o reglas específicas para la designación de los árbitros, el registrador habrá de analizarlas con detalle para garantizar que cumplen con los requisitos que con carácter imperativo impone la Ley, prestando especial atención al necesario respeto del principio de igualdad. También deberá exigir que dichas cláusulas sean claras y precisas, por exigencias del principio de especialidad (arts. 9 de la LH y 51 de su Reglamento)²³⁵.

Inscrito en el Registro un convenio arbitral que recoja normas y reglas para la designación de los árbitros, dichas reglas serán aplicables, no solo a las personas que hayan suscrito el citado convenio, sino a todos aquellos terceros que con posterioridad

regir su nombramiento. Este extremo se hará constar en el asiento. ii) Para el caso de nombramiento inmediato, identificación en la forma expuesta para las partes. Este extremo se hará constar en el asiento. iii) No se admitirá la inclusión de personas que de conformidad con la Ley de Arbitraje no puedan ejercer esta función, ni se incluirán reglas de nombramiento que rompan con las previsiones de la norma últimamente citada, en especial las de igualdad y paridad, pleno ejercicio de derechos civiles, que, además, carezcan de impedimento legal para ejercer esta función, y, por último, y si fuera preciso, que tengan la condición de jurista. No es preciso que en el convenio se haga mención a estas normas pero para el caso de hacerse constar, deberán ajustarse a la precitada norma. iv) Cuando no pueda venirse en conocimiento de cuáles sean los árbitros designados por las partes, ni siquiera aplicando las normas contenidas en la Ley de Arbitraje, se denegará la toma de razón solicitada».

²³⁴. Señala esta sentencia: «El artículo 15.5 LA establece: "El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de un convenio arbitral", y en el artículo 9 se regulan los elementos esenciales del convenio arbitral al disponer que "...deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual", entre los cuales no se encuentra la forma concreta de designar a los árbitros, prevaleciendo en su interpretación el principio de conservación del acuerdo de arbitraje».

²³⁵. Sobre la calificación registral del convenio arbitral puede verse MATEO Y VILLA, I., *op. cit.*, págs. 1171-1174

hayan inscrito su titularidad en el Registro o hayan adquirido acciones o participaciones sociales, en la medida en que el contenido del Registro les será oponible. Y así habrá de tenerlo en cuenta el juez en el caso de que se acuda al procedimiento de designación judicial de los árbitros previsto en el art. 15 LA.

3.2.2.3º. ¿Puede el juez analizar la validez del convenio arbitral?

La respuesta a este interrogante no es pacífica. Es verdad que la letra del artículo 15.5 y el texto de la Exposición de Motivos de la LA de 2003 parecen abocarnos a una respuesta negativa a esta pregunta. Dice, en efecto, esta última: *«debe destacarse que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia»*.

Sin embargo, en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia observamos diferentes posturas. Para algunas resoluciones el juez puede rechazar el nombramiento de los árbitros, no solo cuando aprecie la inexistencia del convenio, sino también cuando entienda que la materia de fondo no es susceptible de arbitraje. En otros casos entran a analizar la validez del convenio. Así, algunas sentencias consideran que debe analizarse si la materia objeto de la controversia es susceptible de arbitraje²³⁶. También encontramos fallos que estiman necesario que el juez analice la capacidad de las

²³⁶. En este sentido podemos citar: la STSJ de Cataluña de 12 de enero 2012: *«El art. 15.5 LA dispone que el Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de convenio arbitral, aunque hemos de añadir, igualmente, que también podrá ser rechazada cuando la cuestión no sea materia susceptible de arbitraje conforme lo dispuesto en el art. 2 LA.»*; y la STSJ de Navarra de 22 de junio de 2012: *«A tenor de lo prevenido en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que derogó la Ley 36/1988 a que se remitía el convenio arbitral, compete a esta Sala, en virtud de la reforma operada por la Ley 11/2011 y la Ley Orgánica 5/2011, ambas de 20 de mayo, la intervención que se solicita y que únicamente sería rechazable si de los documentos aportados no resultare la existencia de un convenio arbitral art. 15.5 Ley 60/2003); si la materia a dilucidar por el procedimiento arbitral no fuera susceptible de arbitraje (art. 2 Ley 60/2003)»*.

partes que han celebrado el convenio arbitral que justifica la solicitud de auxilio judicial para la designación de los árbitros²³⁷.

Por otro lado, existen pronunciamientos judiciales que van en una línea más restrictiva y que tratan de ajustarse a la letra del artículo 15.5 LA. Consideran estas resoluciones judiciales que la Sala del TSJ no está llamada en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un genuino control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia. Por tanto, el órgano judicial solo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitro en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, cuando *prima facie* pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral. El resto de las cuestiones discrepantes que puedan plantear las partes no pueden ser objeto de análisis ni resolución por el Tribunal, porque, en caso contrario, se estaría suplantando la decisión del árbitro²³⁸.

²³⁷. A este respecto es muy ilustrativa la STSJ de Castilla la Mancha de 16 de enero de 2012: «*Existen pues dos contratos diferentes y, en principio independientes: de una parte la pactada resolución del arrendamiento en aparcería; de otra el convenio arbitral. Resulta obvio que puede existir el problema de la propagación de la nulidad de los negocios jurídicos de alguna forma conexos; por eso debe tenderse al examen del caso concreto. Por ello la Ley expresa que la nulidad "por sí sola" de uno de los contratos no implica la del otro. La demandada pretende la nulidad del convenio arbitral por cuanto que el contrato de resolución otorgado necesitaría por su contenido al gravar la dotación fundacional, conforme con el art.21 de la Ley de Fundaciones, la aprobación del protectorado. Ahora bien, no se alega que tal requisito se exija para otorgar el convenio arbitral; sin que exista ahora como en la Ley de 1953 un precepto que establezca la capacidad necesaria para otorgar el compromiso arbitral. En principio, la mejor doctrina sostiene que la capacidad necesaria para otorgar el convenio arbitral es la capacidad necesaria para disponer del derecho de que se trata, conforme con la dicción del art.2.1 LA por el que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición. Y examinado por esta Sala el contenido del contrato en el que se pacta el convenio arbitral no parece que concurra la falta de capacidad denunciada (sin perjuicio de lo dispuesto por el art.22 LA) pues no existe acto alguno de gravamen (mucho menos enajenación) de bienes y derechos que forman la dotación fundacional, pues no lo es la asunción de una obligación de pago para recuperar las fincas cedidas en aparcería*».

²³⁸. Pueden citarse como representativas de esta corriente las siguientes sentencias: STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2014: «*La cuestión a resolver, a la vista de la oposición de la demanda que plantea la nulidad de las cláusulas decimonovena y séptima del Acuerdo Marco y del Contrato de Promesa de Compraventa de Participaciones Sociales, es si en este procedimiento puede enjuiciarse la validez de la cláusula que plasma el convenio arbitral o, por el contrario, se limita a la prueba de la existencia de un convenio arbitral. El artículo 15.5 LA establece: "El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de un convenio arbitral", y en el artículo 9 se regulan los elementos esenciales del convenio arbitral al disponer que "...deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual", entre los cuales no se encuentra la forma concreta de designar a los árbitros, prevaleciendo en su interpretación el principio de conservación del acuerdo de arbitraje. Por tanto, de conformidad con la doctrina de este tribunal, sentencia número 6/2013 del TSJ CV de 26 de julio de 2013, " la Sala no está llamada en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un genuino control de validez*».

El TS, en la Sentencia de 27 de junio de 2017, ha abordado esta polémica con ocasión del análisis de otra cuestión también muy discutida: el ámbito de decisión del

del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia.....En consecuencia, el órgano judicial sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitro en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral, sin que esté llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio, como establece en su apartado quinto el citado artículo 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que dispone que únicamente se podrá rechazar la petición formulada cuando se aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral".»; STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2015: *«En otras palabras: no es propio del ámbito objetivo de este proceso suplantar la decisión del árbitro sobre su propia competencia, el análisis de la validez del convenio arbitral -más allá de la verificación, prima facie, de su existencia y validez (Sentencia de esta Sala 4/2015, de 13 de enero), la comprobación de la arbitrabilidad de la controversia, y mucho menos entrar a analizar la decisión de fondo, en la que se incluye la legitimación pasiva, que el árbitro haya de adoptar sobre la concreta contienda que ante él se suscite. (...).La legitimatio ad causam, verdadera cuestión de fondo, debe ser analizada atendiendo a la naturaleza de la pretensión ejercitada y a los límites legalmente establecidos para el tipo de proceso que se ventile. En este sentido, no cabe sino reiterar que estamos ante una demanda de solicitud de nombramiento de árbitro, con el limitado objeto que le es propio; objeto que viene fundamentalmente precisado por la verificación, prima facie, de la existencia de un convenio arbitral y la determinación, también prima facie, de su contenido y alcance, amén de la comprobación de que las partes no han podido proceder, per se, a la designación impetrada. En palabras de la precitada Sentencia 77/2015, " la tutela jurisdiccional que consiste en nombrar un árbitro puede ser demandada y ha de hacerse efectiva respecto de las personas a que se refiera el convenio arbitral y, por qué no, respecto de sus sucesores; pero la Sala no puede entrar a analizar -lo hemos dicho ad nauseam- la arbitrabilidad de la materia sobre la que recae la controversia anunciada, ni el real alcance subjetivo de lo que se vaya a someter a la consideración del árbitro... Si después la pretensión que se ejercita ha de tener efectos directos, o no, sobre terceros ausentes del arbitraje o a quienes no vincule el convenio arbitral -o sí vincule porque les sea extensible-, o si dichos terceros han de ser llamados para que puedan intervenir adhesivamente en el procedimiento arbitral, son todas cuestiones que, en su caso, han de ser resueltas, en primer lugar, por el árbitro, ex art. 22 LA; y, eventualmente, por esta Sala, pero solo ante el posible ejercicio de la acción de anulación contra el laudo".»;* STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2016: *«Atribuida así a esta Sala únicamente la competencia para el nombramiento de árbitros, cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, el resto de las cuestiones discrepantes que puedan plantear las partes no pueden ser objeto de análisis ni resolución por este Tribunal, que debe limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado, para proceder a continuación al nombramiento imparcial de los árbitros, caso de haberse convenido la sumisión a arbitraje.»;* y, STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2017: *«En otras palabras: no es propio del ámbito objetivo de este proceso suplantar la decisión del árbitro sobre su propia competencia, sobre el análisis de la validez del convenio arbitral -más allá de la verificación, prima facie, de su existencia y validez (Sentencia de esta Sala 4/2015, de 13 de enero), sobre la comprobación de la arbitrabilidad de la controversia, y mucho menos entrar a resolver acerca de si el thema decidendi que se va a someter a arbitraje - impugnación de uno o varios acuerdos sociales, v.gr., por contravención de un pacto parasocial- queda amparado o no por el convenio arbitral, pues dicho análisis concierne a la decisión de fondo, en sí misma considerada, que el árbitro ha de adoptar al dirimir la concreta contienda que ante él se suscite, entre la que se incluye, como queda dicho, la determinación de los límites de su propia competencia y el alcance del art. 28 de los Estatutos sociales (en tal sentido, mutatis mutandis, las Sentencias de esta Sala 77/2015, de 2 de noviembre, y 80/2015, de 5 noviembre (roj STSJ M 12655/2015 y 12657/2015, respectivamente)».*

juez ante el que se plantea la excepción declinatoria de existencia de un convenio arbitral prevista en el artículo 11 LA . Conviene analizar el caso con detalle:

- Hechos: una sociedad mercantil presenta una demanda contra un banco solicitando del juez la declaración de nulidad de dos contratos financieros. El banco demandado opone la correspondiente excepción declinatoria conforme al artículo 11 LA, al entender que esta controversia debía solventarse a través de un procedimiento arbitral, de acuerdo con el convenio suscrito por las partes. El Juzgado no aceptó la declinatoria y terminó estimando parcialmente la demanda y declarando nulo uno de los contratos. Interpuesto recurso por el banco, la Audiencia Provincial lo desestimó. El banco formula exclusivamente recurso extraordinario por infracción procesal. La cuestión objeto de este recurso ha quedado circunscrita a la desestimación de la declinatoria que planteó dicha entidad de crédito con base en el convenio arbitral que se contiene en las condiciones generales del contrato marco de operaciones financieras suscrito entre las partes, y al alcance de la competencia del juez ordinario para interpretar el convenio arbitral y decidir qué materias han sido sometidas a arbitraje, cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje.
- Cuestión objeto de debate principal: comienza el primer fundamento de Derecho centrando cuál es el objeto de debate: *«La cuestión planteada en el recurso hace referencia al alcance del principio kompetenz-kompetenz (competencia para decidir sobre la propia competencia) contenido en el art. 22 de la Ley de Arbitraje en relación con los dos primeros apartados del art. 11 de dicha ley y a los arts. 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevén que, en caso de haberse presentado una demanda ante un órgano judicial, la existencia de convenio arbitral ha de plantearse mediante declinatoria, sin que el juez pueda apreciar de oficio su falta de jurisdicción por tal causa».*
- Dos tesis enfrentadas: a continuación, nos resume el alto Tribunal cuáles son las teorías que existen al respecto. Así, señala en el segundo fundamento: *«Existen dos tesis sobre esta cuestión. La primera sería la llamada «tesis fuerte» del principio kompetenz-kompetenz, que es la que sostiene el recurrente, conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria*

debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia. La segunda sería la llamada «tesis débil», según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio».

- Posición del TS: En el primer párrafo del punto 3 del tercer fundamento de Derecho la Sala se pronuncia sin ambages: *«Este tribunal considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio kompetenz-kompetenz en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje»*. Posteriormente, en los apartados sexto y séptimo se confirman las conclusiones derivadas de adoptar esta tesis: *«6. La conclusión de lo expuesto es que si se ha iniciado un litigio judicial en el que se ha planteado, por medio de declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio. 7. Lo expuesto es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del arbitraje, los árbitros, conforme a lo previsto en el art. 22 de la Ley de Arbitraje, son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto solo puede ser revisada mediante la*

acción de anulación del laudo, con base en los motivos de impugnación previstos en los apartados a , c y e del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje”.

- Razones que sustentan esta posición: del tenor de los puntos 3, 4 y 5 del citado tercer fundamento de Derecho se explicitan las razones que conducen a esta solución:
 1. Régimen procesal de la declinatoria: *«Al regular cómo puede alegarse la existencia de un convenio arbitral en un litigio judicial ya iniciado, el art. 11 de la Ley de Arbitraje y los arts. 39 y 63.1 de la LEC prevén que tal cuestión se decida mediante declinatoria jurisdicción. Estos preceptos no establecen limitación alguna del ámbito de enjuiciamiento por el juez de su propia jurisdicción y competencia que lo diferencie de otros supuestos en que ha de realizar tal enjuiciamiento en una declinatoria, como son los de falta de competencia internacional, falta de jurisdicción por causa distinta de la existencia de un convenio arbitral y falta de competencia objetiva o territorial».*
 2. Respaldo de los tratados y normas internacionales: *«Los instrumentos jurídicos internacionales que abordan, directa o indirectamente, el arbitraje, respetan este criterio. Así, en el art. II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 , conforme al cual “el tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”, con lo que prevé un enjuiciamiento previo por parte del juez de la validez, eficacia del convenio arbitral y sobre su aplicabilidad a las cuestiones objeto del litigio. Una previsión similar se contiene en el art. 8.1 de la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional, que la propia exposición de motivos de la Ley de Arbitraje afirma que ha servido de principal criterio inspirador. Y el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, aunque excluye de su ámbito de aplicación el arbitraje (art. 1.2.d), afirma en su considerando 12 que “ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de*

un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje [...] examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional»;

3. El proceso de elaboración de la norma así lo confirma: *«También es relevante en este sentido que en la tramitación parlamentaria quedara sin efecto la previsión de restringir el ámbito de conocimiento del tribunal en el sentido sostenido por la “tesis fuerte” del principio kompetenz-kompetenz y que habría obligado al tribunal que conociera del litigio en que se hubiera planteado, mediante excepción, la existencia de un convenio de sumisión a arbitraje a sobreseer el proceso judicial “a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz”, que se contenía en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado que se presentó ante las Cortes en el año 2010. El art. 11 de la Ley de Arbitraje quedó redactado, en este aspecto, como lo estaba anteriormente, y la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, solo añadió un párrafo que establecía determinados plazos para la formulación de la declinatoria».*

Es, precisamente al tratar de aportar argumentos que justifiquen la decisión que definitivamente va a adoptar la Sala, cuando la Sentencia termina también sentando criterio, aunque sea *obiter dicta*, sobre la correcta interpretación del artículo 15.5 LA. En concreto, dice el segundo párrafo del punto 3 del tercer fundamento de Derecho: *«Cuando la Ley de Arbitraje ha querido limitar el alcance de la intervención del juez en el enjuiciamiento del convenio arbitral, lo ha hecho expresamente. Así, en el art. 15.5, al regular la formalización judicial del arbitraje, ha establecido un enjuiciamiento muy limitado al prever que “el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral”. En este caso, no es objeto del procedimiento de formalización del arbitraje la eficacia del convenio arbitral o la interpretación del mismo, sin perjuicio de que deba apreciarse, incluso de oficio, la nulidad radical del convenio arbitral prevista en normas*

con carácter de orden público como es el caso de los arts. 57.4 y 90.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y denegar en tal caso la formalización del arbitraje».

Parece que el TS ha optado por una posición aparentemente intermedia que, en mi opinión, tiene sus peligros. A primera vista se ajusta a la letra del artículo 15.5, permitiendo la cuña de los casos en los que exista nulidad radical prevista por normas de orden público. Abrir esta puerta puede dar lugar a que el juicio verbal previsto para la designación de árbitros se convierta de hecho en un procedimiento en el que se discuta sobre la validez del convenio arbitral, privando así a los propios árbitros de su competencia. El mismo concepto de *normas con carácter de orden público*, es lo suficientemente abierto que puede permitir a las partes y al juez analizar en profundidad el convenio para ver si hipotéticamente se están o no vulnerando normas imperativas. Y eso no es lo que dice el artículo 15. De nuevo aquí salen a relucir los prejuicios antiarbitrales que, por desgracia, afloran por doquier en la doctrina y en la jurisprudencia en España.

Ya encontramos alguna sentencia de Tribunales Superiores de Justicia que ha aplicado el criterio que ha sentado el TS en este fallo. Es digna de alabanza, por su empeño en preservar la autonomía del proceso arbitral, la STSJ de Navarra de 21 de mayo de 2018, que, tras invocar la STS de 27 de junio de 2017, impone una clara interpretación restrictiva sobre el alcance de la decisión del Tribunal en el procedimiento de designación de los árbitros en relación con la existencia y validez del convenio arbitral²³⁹.

²³⁹. Dice así esta interesante Sentencia: «*Que sobre la existencia del convenio arbitral no tiene el tribunal jurisdiccional la última palabra con el nombramiento del árbitro, sino que la tiene el árbitro designado, lo confirma el artículo 22.2 de la misma Ley de Arbitraje, al disponer que a la eventual oposición de la inexistencia o invalidez del convenio en el procedimiento arbitral no obsta " el hecho de haber... participado en el nombramiento de los árbitros "*, incluso *-se sobreentiende-* a través del oportuno procedimiento judicial. Y lo confirma también el artículo 41.1.a) cuando reconoce la inexistencia del convenio y la resolución de cuestiones no arbitrables o no sometidas a su decisión como causas de impugnación y anulación del laudo, sin exceptuar de ellas el pronunciado por árbitro de designación judicial. Pues bien, si tal doctrina es predicable de la existencia del convenio arbitral, con mayor razón lo será de otros extremos asimismo impeditivos del conocimiento y de una decisión arbitral de fondo del conflicto, como la determinación del alcance subjetivo y objetivo del convenio, de que en definitiva va a depender la competencia del árbitro para resolver las cuestiones sometidas a su decisión».

3.2.3. Que no exista un sistema pactado en el convenio para la designación de los árbitros o que existiendo no resulte posible designarlos a través de dicho procedimiento

La LA, siguiendo el principio dispositivo, que está presente de forma constante a lo largo de su articulado, también se ha decantado en cuanto al nombramiento o designación de los árbitros por dar prioridad a lo que las partes hubieran pactado. Así, el artículo 15.2 comienza diciendo: *«Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:»*. Posteriormente, en el punto 3, dispone el artículo 15: *«Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello»*.

Como puede deducirse de estos dos preceptos, está claro que no cabe solicitar del juez la designación de los árbitros si antes no se ha intentado su nombramiento por el procedimiento previsto el convenio arbitral²⁴⁰.

Por otro lado, aun en el caso de que sea preciso acudir al juez ante la negativa de una de las partes a cumplir lo pactado, la actuación judicial deberá respetar dicho pacto y

²⁴⁰. Así, señala la STSJ de Madrid de 13 de julio de 2016: *«Como señala la demandada, el artículo 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en su apartado 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción: que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes; en el caso de que tal procedimiento no se haya pactado una de las circunstancias relevantes para la estimación de la demanda será la verificación de si ha mediado o no una oposición al arbitraje del demandado con carácter previo a su incoación. Tanto en uno como en otro caso -previsión o no de procedimiento de designación- la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante -de forma expresa o tácita- al cumplimiento efectivo del convenio arbitral»*.

ajustarse a lo previsto en el convenio para hacer el nombramiento de los árbitros. Y es que el peso de la autonomía de la voluntad en el arbitraje es muy fuerte²⁴¹.

Resulta interesante la STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2017, puesto que pone de manifiesto, por un lado, la idea de que prevalece la voluntad de las partes plasmada en el convenio, y, por otro, que ha de valorarse la buena o mala fe de cada una de las partes en el cumplimiento de dicho convenio²⁴².

²⁴¹. A este respecto es muy ilustrativa la STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2016 que afirma: «Como señala la demandada, el artículo 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en su apartado 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción: que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes; en el caso de que tal procedimiento no se haya pactado una de las circunstancias relevantes para la estimación de la demanda será la verificación de si ha mediado o no una oposición al arbitraje del demandado con carácter previo a su incoación... Tanto en uno como en otro caso - previsión o no de procedimiento de designación- la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante -de forma expresa o tácita- al cumplimiento efectivo del convenio arbitral. (...). Atribuida así a esta Sala únicamente la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, este Tribunal debe limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado entre las partes; si se ha pactado un procedimiento de designación de árbitro que no haya podido culminar con el nombramiento; y, en su defecto, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, el desacuerdo entre las partes para el nombramiento, la negativa expresa o tácita a realizar tal designación por la parte requerida y el transcurso del plazo convenido o legalmente establecido para la designación».

²⁴². Así, señala en el segundo fundamento de derecho: «Como señala la demandada, el artículo 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en su apartado 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción: que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes. En el caso de que tal procedimiento no se haya pactado una de las circunstancias relevantes para la estimación de la demanda será la verificación de si ha mediado o no una oposición al arbitraje del demandado con carácter previo a su incoación... Tanto en uno como en otro caso - previsión o no de procedimiento de designación- la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante -de forma expresa o tácita- al cumplimiento efectivo del convenio arbitral». Más adelante (fundamento tercero) hace hincapié en la relevancia de la mala fe de una de las partes: «La Sala conviene en que esta previsión evidencia que las partes han acordado lo que puede ser calificado como un procedimiento para la designación de árbitros, cuya estricta observancia podía requerir instar la actividad pertinente del referido Colegio profesional. En el bien entendido de que la cláusula no deja claro quién ha de realizar la insaculación, pudiendo entenderse, con arreglo al principio de buena fe -que habremos de volver a invocar- que los firmantes del convenio, obtenida del Colegio la lista correspondiente, puedan proceder ellos mismos al sorteo por insaculación... Desde luego lo que no es exigible es que una sola de las partes, sin contar con la otra, realice dicha insaculación o se vea en la necesidad, por ejemplo, de acudir a un fedatario que autentique la misma. (...). La Sala constata un extremo de la mayor relevancia: a diferencia del caso resuelto en nuestra Sentencia 45/2016, de 31 de mayo de 2016 (autos no 19/2016), la aquí demandante no se ha limitado a reclamar con anterioridad a su demanda las cantidades que juzga debidas, ha hecho algo más a lo que esta Sala ha conferido en repetidas ocasiones la debida trascendencia -sin ánimo exhaustivo, recientemente en la Sentencia 51/2016, de 5 de julio (autos no 37/2016) y en la Sentencia de 21 de febrero de 2017 (autos no 95/2016): se ha dirigido a ISOLUX con

Esta idea de que la voluntad de las partes tiene preferencia frente a la intervención judicial, se ve con suma claridad en el caso resuelto por la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2016. Se trata de un supuesto en el que se había pactado en el convenio arbitral la sumisión a un arbitraje administrado por la Corte Española de Arbitraje. Intentada por una de las partes la iniciación de dicho arbitraje ante la CEA, esta institución rechazó administrarlo por existir conflicto de interés que pondría en quiebra la necesaria imparcialidad. Ante esta circunstancia el demandante solicita del TSJ que ordene a la CEA que administre el arbitraje y, subsidiariamente, que designe otra institución arbitral equivalente para que se encargue del mismo. El Tribunal desestima las pretensiones de la parte demandante conforme a una serie de conclusiones:

1. No es objeto del procedimiento del artículo 15 el nombramiento o designación de cortes arbitrales. Señala el TSJ que *«no tiene competencia para el nombramiento de Cortes Arbitrales, ni para ordenar a las mismas que administren un arbitraje que han rehusado, puesto que la función de este Tribunal en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 LA, es el nombramiento de árbitros, tal y como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en Sentencia de 27 de enero de 2015»*.
2. Esta conclusión se asienta sobre la premisa de que solo el libre acuerdo de las partes puede justificar el sometimiento a los reglamentos y estatutos de una corte arbitral: *«Conforme establece el artículo 9 de la vigente Ley de Arbitraje del 2003, el convenio arbitral puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, y deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o*

la intención expresa y clara de iniciar el procedimiento de nombramiento de árbitro dando cumplimiento a la cláusula, y lo ha hecho en un entendimiento de la misma cabal y conforme a su tenor. En este sentido, es inequívoco el burofax de 16 de enero de 2017, en el que se advierte, al propio tiempo, de que, de no recibir noticias, AIDE GROUP acudirá a los tribunales en demanda de nombramiento de árbitro y solicitará la imposición de costas. Ante un proceder así, claro, ajustado a la buena fe, la callada por respuesta no es una conducta acomodada a este principio general del Derecho. Si ISOLUX estimaba que lo procedente era dirigirse al Colegio de Ingenieros evitando una actuación judicial que reputaba innecesaria, debió decirlo así: pero su silencio pudo perfectamente ser interpretado, conforme a recta razón, como un silencio renuente al cumplimiento del convenio. La Sala entiende, pues, que concurre el presupuesto legal de la designación judicial de árbitros previsto en el art. 15.3 LA».

puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. La anterior premisa ha de conectarse con el régimen jurídico del arbitraje institucional, y resulta innegable la conexión que existe entre la autonomía de la voluntad de los contratantes, que ha de ser ejercida con libertad y en condiciones de igualdad, y la "limitación" que a esa autonomía supone la aceptación de un arbitraje institucional, que precisamente por ello ha de ser una aceptación libre y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible aun en el caso de que fuera consciente y deliberada.(...)".

3. De los preceptos LA y de su exposición de motivos la Sentencia extrae «*varias conclusiones sobre el arbitraje institucional, que: -La sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad, lo que resulta incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra. - Las decisiones de la institución que administra el arbitraje se integran o son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral, y la institución administradora del arbitraje tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades que se traducen en verdaderas decisiones, cuya validez se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación*».
4. Como consecuencia de lo expuesto se concluye: «*En este caso, el consentimiento o voluntad de las partes de someterse a la CEA no es válido, puesto que si los demandados hubieran tenido conocimiento en el momento de la firma del convenio, de todo lo ocurrido y de que la CEA podría no ser independiente e imparcial, debido a su estrecha relación con HTHR, no se habría firmado el convenio, ni se hubiera sometido a esa institución arbitral, pues la sumisión a la misma, como hemos apuntado, debe realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad, lo que resulta incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra*».
5. Por otro lado, «*En cuanto a las peticiones subsidiarias del demandante de que se ordene a una institución arbitral -Corte de Arbitraje de Madrid o la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje- que nombre árbitro con arreglo a su reglamento de arbitraje y proceda a administrarlo, o el nombramiento de un árbitro único, que*

sea abogado en ejercicio, con experiencia en el ámbito de derecho mercantil y societario, y que cuente con conocimientos en operaciones de fusiones y adquisiciones y de capital de riesgo, la respuesta es obvia, no es competencia de este Tribunal el designar Cortes Arbitrales, y en cuanto al nombramiento de un solo árbitro, la voluntad de las partes de someterse al arbitraje es a todo el convenio arbitral, ya que como hemos indicado la institución que administra el arbitraje integra la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral, así como sus decisiones, y la institución administradora del arbitraje tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades cuya validez se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación».

Ha de advertirse, no obstante, que también, en línea con lo que he comentado antes, se pueden encontrar otros fallos judiciales que parecen seguir otra vía distinta. Así, puede citarse la STSJ de Castilla y León de 24 de noviembre de 2011, que admite la competencia del Tribunal para designar árbitros en un caso en el que la corte arbitral de la Cámara de Comercio designada como encargada de administrar el arbitraje no existía²⁴³.

3.2.4. Que las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros conforme al procedimiento previsto en el convenio.

²⁴³. Señala esta Sentencia: «Tercero.- La circunstancia de que no exista en la Cámara de Comercio e Industria de León una Corte de Arbitraje ni un reglamento que regule esta institución no es motivo suficiente para entender inválido el convenio toda vez que, como se ha dicho anteriormente, la vigente Ley, a diferencia de la anterior, ha establecido una previsión concreta para el caso en que no fuera posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, en su artículo 15 encomendando su nombramiento a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y estableciendo el procedimiento para efectuarlo. Cuarto.- Para casos como el presente en que, acreditada la existencia del convenio arbitral, resulta necesaria la actuación judicial para suplir la voluntad de las partes, esta habrá de interpretarse con arreglo al principio de conservación del negocio jurídico arbitral, en armonía con el principio que rige con carácter general para la interpretación de los contratos en el artículo 1284 del Código Civil en cuya virtud si una cláusula admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto, por lo que deberá subsanarse la mención de la inexistente Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de León entendiéndola referida a esa última, considerándola como la Institución a la que las partes encomendaron la designación del árbitro de equidad cuyo nombramiento interesa el demandante».

Es evidente que para acudir al juez debe existir un desacuerdo de las partes al designar al árbitro en los términos en que se había pactado en el convenio. En el momento en que se constate el acuerdo, el juez ha de ajustarse al mismo y respetar la decisión de los litigantes. Vuelvo a insistir en la prevalencia de la autonomía de la voluntad de las partes. Respetándose el principio de igualdad, lo que las partes acuerden es ley en el arbitraje²⁴⁴.

Es por ello por lo que, si una vez iniciado el proceso judicial previsto en el artículo 15 LA, las partes alcanzan un acuerdo sobre el nombramiento de árbitros, el Tribunal ha de limitarse a homologarlo y ajustarse a sus términos. La STSJ de Asturias de 7 de octubre de 2015 constituye un buen ejemplo de cómo el Tribunal se ha de limitar a homologar el acuerdo alcanzado entre las partes²⁴⁵.

Finalmente, conviene aclarar que, aunque en el convenio no se recoja un procedimiento para la designación de los árbitros, no es posible solicitar la intervención judicial a tal efecto si antes no ha intentado el demandante realizar las actuaciones necesarias para tratar de convenir el nombramiento con la parte demandada. Y es que en el arbitraje la intervención judicial es siempre el último remedio²⁴⁶.

²⁴⁴. Muy ilustrativa en este sentido es la STSJ de Andalucía de 15 de enero de 2015: «*Las demandadas mostraron su conformidad o "avenencia" con una de las propuestas que con carácter alternativo se propusieron en la demanda: en concreto, que por el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla se remita a la Sala una lista de tres candidatos, de entre los que se procedería a la designación mediante sorteo. Dicha avenencia puede ser calificada como allanamiento, vinculante para la Sala, al no ser contrario a norma imperativa ni al orden público. Al efecto conviene reparar en que la competencia de la Sala para la designación del árbitro no comporta necesariamente que sea la Sala quien confeccione la lista de tres candidatos a sortear, por cuanto el artículo 15.3 LA se prevé no sólo el nombramiento, sin más, sino también la "adopción de medidas" para que se proceda al nombramiento conforme al procedimiento elegido por las partes*».

²⁴⁵. Dice así esta Sentencia: «*Habiéndose allanado la demandada a la pretensión del demandante expresada en el suplico de su escrito de demanda tendente a que por esta Sala se dicte sentencia nombrando árbitros conforme a lo pactado en la cláusula 11ª del contrato celebrado entre las partes el día 29 de mayo de 1997, y, además, convenido sobre que tres profesionales de la arquitectura deben integrar el colegio arbitral, tal y como quedó reflejado en los antecedentes fácticos de esta resolución, procede dictar sentencia de conformidad con lo solicitado por el actor y homologar el acuerdo al que llegaron las partes en lo concerniente a los profesionales que han de integrar el colegio arbitral*».

²⁴⁶. Citar a estos efectos la STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2017 que señala: «*Sucedo, empero, que, con la misma claridad, el convenio no prevé un procedimiento de designación de árbitros. Ahora bien, en congruencia con lo que antecede, la Sala repara, asimismo -como ha hecho en otras ocasiones-, en que, aun cuando hubieran existido negociaciones infructuosas para intentar llegar a un acuerdo sobre las controversias surgidas en relación con el cumplimiento del Pacto de Socios -v.gr., doc. no 1 de la*

Conviene traer a colación por mantener un criterio claramente opuesto la STSJ de Canarias de 11 de marzo de 2015 que afirma que el requerimiento previo de una de las partes hacia la otra a fin de buscar un acuerdo no es requisito imprescindible para pedir la formalización judicial del arbitraje²⁴⁷.

No parece acertado el criterio sostenido en esta última sentencia. El concepto de auxilio judicial en el arbitraje parte siempre de la idea de la subsidiariedad. Ello implica que los Tribunales asolo actúen en los casos en que resulte imprescindible. No tiene sentido acudir al juez para que designe árbitros sin haber previamente agotado las posibilidades de acuerdo entre las partes.

3.3. Tipo de procedimiento

contestación-, tal extremo, por sí solo, no eximía a la aquí demandante de haber intentado el nombramiento de árbitro antes de incoar la demanda, aun sin procedimiento pactado al efecto, requiriendo a tal fin a la ahora demandada. Ninguna prueba en tal sentido obra en las actuaciones. La actora ni siquiera alega tal circunstancia, que es expresamente negada por la demandada. Cumple hacer estas precisiones porque LAMBDROP rechaza la concurrencia del presupuesto de la acción de designación: que no haya sido posible nombrar árbitro por el procedimiento pactado o, en su defecto, por la falta de acuerdo de las partes en dicha designación. En consecuencia, tal y como hemos dicho, entre otras, en nuestras Sentencias 84/2015, de 17 de noviembre (roj STSJ M 13470/2015 , FJ 4), 44/2016, de 31 de mayo (roj STSJ M 8097/2016), y 61/2016, de 11 de octubre (roj STSJ M 10730/2016 , FJ 3), "falta el presupuesto legal de la designación judicial de árbitros previsto en el art. 15.3 LA: " que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes ", o, en su defecto, que dicho nombramiento ni siquiera haya sido intentado. Esta circunstancia, como regla, debe abocar a desestimar la demanda sin proceder al nombramiento del árbitro solicitado». Y en la misma línea, la STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2017 precisa que: «aun cuando hubieran existido negociaciones infructuosas o requerimientos fallidos para intentar evitar el litigio sobre las controversias surgidas entre las partes -v.gr., doc. n° 4 de la demanda-, tal extremo, por sí solo, no eximía a la aquí actora de haber intentado el nombramiento de árbitro antes de incoar la demanda, aun sin procedimiento pactado al efecto, requiriendo a tal fin a la ahora demandada».

²⁴⁷. Señala así: «Por otra parte, no son de estimar las objeciones que se han opuesto por la parte demandada en el acto del juicio. Se alega, en primer lugar, que no se ha intentado llegar a acuerdo alguno entre la parte actora y la parte demandada para nombrar conjuntamente un árbitro que dirima la contienda. Aunque es lo cierto que no consta acreditado que el actor se dirigiera a la entidad demandada a fin de llegar a un acuerdo en el nombramiento del árbitro y en el procedimiento a seguir para tal nombramiento, no lo es menos que tal intento de acuerdo previo no constituye un requisito "sine qua non" para posibilitar la solicitud de formalización judicial de arbitraje, tal y como se desprende de las disposiciones que se contienen en el artículo 15 de la vigente Ley de Arbitraje , en las que la posibilidad de acuerdo previo queda al arbitrio de las partes, tal y como se deduce del uso por la norma legal del término "podrán", pero no constituye una exigencia legal cuya ausencia impida a las partes el acudir a los Tribunales».

Conforme a lo establecido en el artículo 15.4 LA: *«Las pretensiones que se ejerciten en relación con lo previsto en los apartados anteriores se sustanciarán por los cauces del juicio verbal»*²⁴⁸.

Al margen de lo que ya he ido apuntando en los puntos precedentes sobre el alcance de las decisiones que puede tomar el juez en el procedimiento, conviene plantearse su naturaleza. En este sentido hay que referirse a la tesis que sostiene que este procedimiento comparte naturaleza con los expedientes de jurisdicción voluntaria. En esta línea militan autores como LORCA NAVARRETE²⁴⁹. También se pronuncia expresamente en este sentido el Auto del TSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de noviembre de 2011²⁵⁰.

El artículo 1.2 de la LJV, define el ámbito de este tipo de procedimientos: *«Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso»*. Como reconoce la Exposición de Motivos, la *«Ley define su ámbito de aplicación sobre una base puramente formal, sin doctrinarismos, entendiéndose que solo serán de aplicación los preceptos que la conforman a los expedientes de jurisdicción voluntaria que, estando legalmente previstos, requieran la intervención de un órgano jurisdiccional en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso, fórmula que facilita la determinación de dicho ámbito»*.

²⁴⁸. El juicio verbal se halla regulado en los arts. 437 a 447 de la LEC.

²⁴⁹. LORCA NAVARRETE, A., Jurisprudencia arbitral comentada de los TSJ. Estudio de las sentencias y autos de los TSJ en materia de arbitraje, volumen I/2011, op. cit., págs. 58 y 59.

²⁵⁰. Dice así: *«El mencionado procedimiento de juicio verbal, no cabe caracterizarlo como un genuino juicio verbal de naturaleza contenciosa, sino que nos encontramos más bien ante un procedimiento judicial establecido para cuando resulte necesario suplir la voluntad de las partes en la designación arbitral, que resulta más próximo a los de jurisdicción voluntaria, y por tanto, la remisión al juicio verbal se realiza más propiamente a los meros trámites de dicho procedimiento, dados los principios de concentración y agilidad procesal que caracterizan dicho procedimiento (a "los cauces" del juicio verbal, dice la Ley), ya que no se encuentra en puridad, empeñada cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas (art. 1811 LEC de 1881 declarado vigente por la actual LEC; a su vez, el art. 250 LEC no recoge entre sus apartados la tramitación a través del juicio verbal de las pretensiones ejercitadas para el nombramiento judicial de árbitro)»*.

La verdad es que, a la luz de esta previsión legal, no resulta tan claro que el procedimiento regulado en el artículo 15 LA pueda ser calificado como de jurisdicción voluntaria. Sobre todo, si consideramos que es muy habitual que se platee entre la parte demandada y la demandante la correspondiente controversia acerca de la existencia del convenio arbitral. Y más aún, si tenemos en cuenta que la posición que ha avalado el TS en la Sentencia de 27 de junio de 2017 (que antes hemos analizado con detalle) respecto a la posibilidad de que el juez pueda apreciar *«la nulidad radical del convenio arbitral prevista en normas con carácter de orden público»*. Evidentemente esta posibilidad abre la puerta a que el proceso dé pie a la controversia entre las partes sobre la existencia y la validez del convenio arbitral, lo cual no casa con el concepto que la Ley tiene de la jurisdicción voluntaria.

Otra razón que abunda en la consideración de que este procedimiento no tiene el carácter de los de jurisdicción voluntaria, es el hecho de que la competencia para su tramitación siga reservada a los jueces. Una de las características más destacables de Ley 15/2015 es la de acometer un proceso de desjudicialización de buena parte de los procedimientos de jurisdicción voluntaria. De hecho, procedimientos aparentemente parecidos al del nombramiento de árbitros, como pueden ser el del nombramiento de liquidador, auditor o interventor de una entidad (regulado en el Capítulo III del Título VIII de la Ley), o el de nombramiento de perito en los contratos de seguros (Capítulo VIII del Título VIII), se han encomendado a los letrados de la Administración de Justicia. Pero esta redistribución competencial que ha llevado a cabo la Ley ha tomado como criterio de referencia el que los asuntos extraídos de la competencia del juez no afecten a derechos fundamentales o a intereses de menores o personas necesitadas de protección. Así lo reconoce el último párrafo del apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley: *«No obstante, resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, y así se ha hecho en la presente Ley»*.

Visto este planteamiento de principios, se entiende perfectamente que el procedimiento de designación de los árbitros en los casos de desacuerdo de las partes siga en manos del Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad Autónoma. Aunque, como se ha analizado en apartados anteriores, el arbitraje está perfectamente anclado en los valores constitucionales, no se puede olvidar que el procedimiento arbitral debe tener en cuenta y respetar los principios que recoge el artículo 24 de la CE. Conviene volver a reproducir la muy acertada cita de CARAZO LIÉBANA²⁵¹, que nos recuerda que en el arbitraje *«solamente se está sustituyendo un procedimiento (el judicial) por otro (el arbitral), las garantías constitucionales quedan totalmente indemnes a esta elección. No quedan afectadas más que en la necesaria adaptación de estos derechos constitucionales a la propia idiosincrasia del arbitraje»*. Por tanto, si se está afectando a derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 de la Constitución, con arreglo a los criterios establecidos en la propia Ley 15/2015, no parece viable que el nombramiento de los árbitros salga de la esfera competencial del juez.

Por todo ello, en mi opinión no cabe atribuir a este procedimiento la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, sino que debe encuadrarse, como el propio artículo 15 señala, en el marco de los juicios verbales, que son procesos contenciosos en los que las partes pueden defender sus pretensiones con plenas garantías, aunque con una tramitación más sencilla que la del juicio ordinario.

Es conveniente citar también la STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2017, que deja bien claro, en lo referente a la legitimación pasiva en el procedimiento, que solo hay que demandar a las partes que suscribieron directamente el convenio. La eventual afectación de los intereses de terceros y la necesidad o no de que dichos terceros sean llamados al procedimiento, son cuestiones que han de decidir los propios árbitros²⁵².

²⁵¹. CARAZO LIÉBANA, M.J., *op. cit.*, pág. 179.

²⁵². Afirma esta Sentencia: *«esta Sala, dentro de los límites de su enjuiciamiento, no deba llamar al proceso a los socios partícipes en la sociedad demandada a los efectos del nombramiento de árbitro, respecto de los que ningún litisconsorcio pasivo necesario se representa como evidente. Si después la concreta pretensión que se hubiese de ejercitar ha de tener efectos directos, o no, sobre terceros ausentes del arbitraje o a quienes no vincule el convenio arbitral -o sí vincule porque les sea extensible-, o si dichos terceros han de ser llamados para que puedan intervenir adhesivamente en el procedimiento arbitral -o*

Para finalizar este apartado hay que hacer referencia a lo establecido en el artículo 15.7 LA: «*Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno*». Según señala la STSJ de Andalucía de 24 de septiembre de 2012, esta irrecurribilidad resulta, además de la letra de este artículo, del hecho de que «*ningún órgano judicial tendría atribuida por la Ley Orgánica del Poder Judicial la competencia funcional para conocer de dicho recurso de apelación en el caso de resoluciones dictadas por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia*».

3.4. ¿Cómo se nombran los árbitros?

Para responder a esta pregunta debemos atender a lo establecido en los apartados segundo y sexto del artículo 15 LA. Debe distinguirse:

3.4.1. ¿Quién hace el nombramiento?

Conforme al artículo 15.2:

- En el arbitraje de un solo árbitro, lo nombrará el juez, a petición de cualquiera de las partes.
- Cuando sean tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación.

les asiste el derecho de hacerlo, son todas cuestiones que, en su caso, han de ser planteadas y resueltas, en primer lugar, por el árbitro, ex art. 22 LA; y, eventualmente, por esta Sala, pero solo ante el posible ejercicio de la acción de anulación contra el Laudo -así, v.gr., en nuestra Sentencia 65/2016, de 13 de octubre (roj STSJ M 11921/2016)».

En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

- Si son más de tres, todos serán nombrados por el juez, a petición de cualquiera de las partes.

3.4.2. Forma de elegir a los árbitros

Según lo dispuesto en el artículo 15.6 LA, el Tribunal confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo²⁵³.

También es interesante lo señalado por la STSJ de Andalucía de 15 de enero de 2015, que aclara que el artículo 15.6 LA ha de matizarse en su aplicación si existe avenencia o acuerdo de las partes. Nuevamente se pone de manifiesto la prevalencia que la autonomía de la voluntad tiene en el arbitraje²⁵⁴.

²⁵³. En cumplimiento de este precepto, señala la STSJ de Castilla La Mancha de 16 de diciembre de 2011: «Así, dentro del amplio margen de que dispone la Sala en este caso para la designación del árbitro, solo limitado por la condición de jurista que señalan las partes, y que en todo caso, exige el artículo 15.1 de la mencionada Ley, entendemos razonable, en aras a las garantías de independencia e imparcialidad que han de procurarse, atender al objeto del conflicto (discrepancias en el desarrollo de unos contratos de arrendamiento y pago de rentas) y a la sede social donde radica la empresa demandada (Guadalajara) para confeccionar el listado de tres nombres (apartado 6 del artículo 15 LA) de entre los que figuran en la lista de árbitros facilitada por el Colegio de Abogados de Guadalajara, que son elegidos por la Sala mediante sorteo interno, habiendo recaído en los números 3, 6 y 9 de la citada lista, dada la falta de conocimiento por ésta de quién o quiénes de dicha lista pudieran presentar un perfil profesional más adecuado al tipo de conflicto a resolver».

²⁵⁴. Dice así la Sentencia: «Las demandadas mostraron su conformidad o "avenencia" con una de las propuestas que con carácter alternativo se propusieron en la demanda: en concreto, que por el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla se remitiera a la Sala una lista de tres candidatos, de entre los que se procedería a la designación mediante sorteo. Dicha avenencia puede ser calificada como allanamiento,

4. Constancia registral del nombramiento de los árbitros

Como ya expuse anteriormente, el convenio arbitral puede tener acceso al Registro de la Propiedad o al Mercantil. Naturalmente, si el convenio designa nominalmente a quien en su caso habrá de ser árbitro cuando se plantee la controversia, por tratarse de un arbitraje *ad hoc*, la identidad del árbitro se reflejará en el Registro al inscribirse el convenio.

Mayores dudas genera el caso más habitual de designación de los árbitros en un momento posterior, coincidente con el inicio del procedimiento arbitral propiamente dicho. Como hemos ido viendo, los árbitros podrán ser designados por acuerdo entre las partes, de acuerdo con las reglas recogidas en el convenio, por la institución encargada de la administración del arbitraje o a través del procedimiento judicial del artículo 15 LA. Son tres las cuestiones dudosas que creo necesario aclarar sobre este extremo:

4.1. Efectos de la constancia registral del nombramiento de los árbitros

La primera duda que se plantea es la de si tiene alguna utilidad hacer constar en el Registro el nombramiento de un árbitro. La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa.

En primer lugar, porque siempre es bueno que el Registro refleje con fidelidad la realidad extrarregistral. Si consta registralmente la tramitación de un procedimiento registral, parece lógico que se refleje en todo momento quién o quiénes son los árbitros encargados de dicho proceso.

vinculante para la Sala, al no ser contrario a norma imperativa ni al orden público. Al efecto conviene reparar en que la competencia de la Sala para la designación del árbitro no comporta necesariamente que sea la Sala quien confeccione la lista de tres candidatos a sortear, por cuanto el artículo 15.3 LA se prevé no sólo el nombramiento, sin más, sino también la "adopción de medidas" para que se proceda al nombramiento conforme al procedimiento elegido por las partes».

Y, en segundo término, porque, dado que el Registro está especialmente encaminado a proporcionar seguridad en el tráfico e información a los terceros, la constancia de la identidad de los árbitros facilita enormemente a dichos terceros la posibilidad de personarse en el procedimiento arbitral en caso de que adquieran acciones o participaciones de una sociedad implicada en el arbitraje, o derechos reales sobre una finca afectada por el procedimiento, o que vean afectados sus intereses de alguna forma.

4.2. Premisa necesaria para hacer constar registralmente el nombramiento de los árbitros

Como es lógico, al reflejar en el Registro el nombramiento de los árbitros se está expresando al mismo tiempo que se ha iniciado un procedimiento arbitral. Mientras que la inscripción del convenio arbitral es libre y depende de que cualquier persona legitimada para ello (artículo 6 LH) lo solicite, la iniciación del procedimiento arbitral solo puede tener acceso al Registro a través del mecanismo de las medidas cautelares, más concretamente, de la anotación preventiva de demanda arbitral (art. 42 LH).

Consecuentemente, creo que para reflejar en el Registro la identidad de los árbitros designados es imprescindible que, con carácter previo o simultáneamente, se haya practicado o se practique la pertinente anotación preventiva. Nuestro sistema procesal y registral no permite que se de publicidad registral a un procedimiento judicial ni arbitral si no es a través de la adopción de una medida cautelar, salvando los casos de procedimientos ejecutivos en los que la práctica de la anotación de embargo o la nota marginal de expedición de la certificación de cargas en la ejecución de hipoteca publican la tramitación del referido procedimiento.

La LEC viene reconociendo desde su aprobación en el año 2000 la posibilidad de que los jueces, a instancia de las partes, puedan adoptar medidas cautelares en relación con el procedimiento arbitral. Por su parte, la LA introduce en nuestro ordenamiento la gran novedad de que también puedan los árbitros decidir la adopción de medidas cautelares. El artículo 23 LA ha seguido casi a la letra el texto que propone la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo UNCITRAL): «1. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante. 2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos*».

La adopción de una medida cautelar en el procedimiento arbitral está sometida a la necesidad de cumplir una serie de requisitos. Como analizaremos más detenidamente a en apartados posteriores, además de la solicitud de parte y la prestación de caución suficiente si los árbitros lo estiman necesario, han de concurrir dos premisas importantes: *fumus boni iuris* (que significa que, sin necesidad de prejuzgar sobre el fondo del litigio, existe una apariencia de buen derecho, de que la pretensión del actor es razonable) y *periculum in mora* (la existencia de un peligro de que, si no se adopta la medida cautelar en cuestión, se produzca un daño irreparable que dejará sin efecto en la práctica el laudo final). Aunque algún autor²⁵⁵ considera que estos dos últimos requisitos no son necesarios en el ámbito arbitral, yo coincido con BARONA VILAR²⁵⁶, cuando afirma que su omisión «*podría llegar a fundar una petición de anulación del laudo cautelar (denominado parcial en la LA/2003), y ello fundándose en el motivo del laudo contrario al orden público, en cuanto comportaría una infracción de los componentes de equilibrio necesarios en el sistema cautelar*».

Por todo ello considero que constituye una premisa insoslayable para reflejar en el Registro la identidad de los árbitros, la previa o simultánea anotación preventiva ordenada como medida cautelar por el juez o los árbitros, con el cumplimiento de todos los requisitos propios de dichas medidas.

4.3. Título formal necesario para la inscripción

²⁵⁵. GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., "Comentario del artículo 23", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por el mismo autor, Consejo General del Notariado, año 2014, pág. 429.

²⁵⁶. BARONA VILAR, S., *Las medidas cautelares en el arbitraje*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, página 216.

La cuestión de la forma en el arbitraje y, especialmente, de los requisitos formales que ha de reunir el laudo para acceder al Registro no es en absoluto pacífica. Me remito al análisis más detenido de esta cuestión que realizo en otro apartado de este trabajo.

Deben distinguirse tres posibilidades:

4.3.1. Identificación de los árbitros en el convenio arbitral

Este es el caso que menos dudas plantea. Es evidente que el título formal requerido es el que se exige para la inscripción del propio convenio, es decir la escritura pública notarial.

4.3.2. De forma simultánea a la práctica de una anotación preventiva

Este puede ser un supuesto muy habitual. Aquí las dudas son mayores. La cuestión ha sido abordada por la DGRN en dos RR que mantienen la misma postura²⁵⁷. El Centro Directivo, distingue dos aspectos distintos: una cosa es dictar la medida cautelar, cuestión en la que no cabe duda de que los árbitros tienen competencia, y otra distinta la ejecución de dicha medida, que se encuentra reservada a los jueces, por lo que será exigible el correspondiente mandamiento. Para un estudio más detallado de esta cuestión me remito al análisis que se realizará cuando se trate la constancia registral de las medidas cautelares acordadas por los árbitros.

4.3.3. Que el nombramiento se realice después de que ya conste en el Registro la correspondiente anotación preventiva

Esto puede ocurrir en dos casos. Si antes de iniciarse el procedimiento arbitral se piden medidas cautelares, conforme establece el artículo 11.3 LA y el 722 de la LEC.

²⁵⁷. Son las Resoluciones de 20 de febrero de 2006 y de 26 de julio de 2018.

Estos preceptos solo prevén que en estas circunstancias las medidas cautelares las adopte un juez, aunque en la práctica arbitral se está generalizando la figura del árbitro de emergencia, que quizá también podría tener reconocida la competencia para acordarlas. Y, en segundo lugar, si después de haberse practicado la anotación preventiva una vez iniciado el procedimiento, se produce un cambio de árbitros por imposibilidad o por abstención o recusación de estos.

En estos casos creo que sería suficiente con la certificación librada por el secretario de la corte arbitral o por el propio árbitro, siempre que dicha certificación se firme electrónicamente o que la firma se legitime notarialmente o se ratifique en presencia del registrador. No obstante, vuelvo a insistir, todo lo referente al título formal inscribible es bastante controvertido y merece un estudio más pausado en otro apartado de este trabajo.

c) El requisito de imparcialidad de los árbitros

Las razones que mueven a las partes de una relación jurídica a someter sus controversias a arbitraje son muy variadas. Generalmente se hace alusión a la mayor celeridad que suele caracterizar al arbitraje frente a la jurisdicción, celeridad que además implica un ahorro de costes. También existen razones relacionadas con la búsqueda de un mayor grado de confidencialidad. Y, por supuesto, en el caso de los arbitrajes internacionales, la gran flexibilidad que ofrece el arbitraje para la fijación de la ley aplicable en la resolución del conflicto.

En todo caso, lo que sí parece evidente, es que, dado que el arbitraje está basado en la libre decisión de las partes, solo será viable si los que optan por este sistema de resolución de controversias tienen plena confianza en los árbitros. Y esa confianza se asienta en dos factores: la competencia técnica de los mismos y su absoluta imparcialidad. Como afirma MATHEUS LÓPEZ²⁵⁸, «*la selección del árbitro es la parte más importante*

²⁵⁸ MATHEUS LÓPEZ, C.A. "Fundamentos, criterios, procedimiento y credibilidad en la selección del árbitro en el arbitraje internacional", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, número 3, San Sebastián, 2018, pág. 510.

del arbitraje y afecta diversos temas axiales de este. Por ello, bien reza un viejo adagio de origen francófono “Tant vaut l’arbitre, tant vaut l’arbitrage”, o lo que es lo mismo en inglés y en castellano, “An arbitration is only as good as the arbitrator”, “El arbitraje vale lo que vale el árbitro”».

La competencia técnica de los árbitros, como es obvio, quedará acreditada por los títulos académicos, por las publicaciones científicas, por la experiencia contrastada en la resolución de conflictos relacionados con el objeto de la controversia... En el caso del arbitraje administrado, corresponde un importante papel a las instituciones arbitrales en el establecimiento de filtros de calidad que garanticen que en su nómina de árbitros figuran solo personas adecuadamente preparadas para dicha función.

Más delicada es la cualidad de la independencia e imparcialidad de los árbitros. Según el diccionario de la RAE²⁵⁹, imparcialidad se define como: «*Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud*». Como señala MATHEUS LÓPEZ²⁶⁰, debe distinguirse entre dos conceptos: «*La independencia (factor objetivo) se refiere a la posición o situación del árbitro (relativa a sus relaciones). La imparcialidad (factor subjetivo) importa una actitud de naturaleza intelectual o psicológica por parte del árbitro (relativa a un estado de la mente)*».

En cualquier caso, y aunque parece que no resulta fácil saber si alguien es imparcial o no, lo cierto es que la tacha de parcialidad de un árbitro tiene importantes consecuencias en el procedimiento arbitral y puede llegar a provocar la anulación del laudo.

Una interesante STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016 aborda en profundidad este requisito de imparcialidad, no solo del árbitro, sino también de la corte encargada de la administración del arbitraje. Voy a analizar las implicaciones y el alcance

²⁵⁹. <https://dle.rae.es/imparcialidad?m=form> (última consulta 13 de noviembre de 2020).

²⁶⁰. MATHEUS LÓPEZ, C.A., *op. cit.*, pág. 346.

que tiene el principio de imparcialidad en el procedimiento arbitral, siguiendo en buena medida los razonamientos recogidos en esta Sentencia.

1. Consideraciones previas

Afirma GONZÁLEZ SORIA²⁶¹ que: *«los árbitros no solo deben ser independientes sino también -al igual que los jueces- deben ser imparciales. La independencia es una cuestión de hecho, la imparcialidad una actitud, un estado mental de ausencia de prejuicios con respecto a la cuestión concreta que debe ser juzgada y un comportamiento procesal que sitúa a ambas partes en una situación de igualdad».*

Según SERRADA²⁶², *«en esta materia, cada vez tiene más trascendencia, a mi juicio, la apariencia de imparcialidad e independencia que en todo momento debe mantener el árbitro, dando por supuesto, naturalmente, que efectivamente es imparcial e independiente».*

Por su parte BLANCO GARCÍA²⁶³, aunque reconoce que nuestra legislación no distingue entre estos dos conceptos, *«de la doctrina y la jurisprudencia se infiere que cuando nos referimos a la independencia del árbitro aplicamos un criterio objetivo, que se valora y se aprecia a partir de vínculos o relaciones del árbitro con las partes, ya sean jurídicas, profesionales, personales, etc. Por el contrario, la imparcialidad es entendida como un criterio subjetivo que presenta mayor dificultad para ser reconocido o alegado, pues alude a la actitud o posicionamiento del árbitro con respecto a las partes o al objeto del procedimiento arbitral».*

²⁶¹. GONZÁLEZ SORIA, J. "Conflictos de interés de los árbitros. Revelación y deber de declaración de los árbitros", en *Anuario de arbitraje 2018*, coordinada por M.J. MENÉNDEZ ARIAS, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 107.

²⁶². SERRADA, J. "Designación de los árbitros. Cuestiones que suscitan", en *Anuario de arbitraje 2016* coordinada por JIMÉNEZ-BLANCO, G., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pág. 202.

²⁶³. BLANCO GARCÍA, A.I., *Árbitros y partes: los peligros y entresijos de la práctica del arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 57.

Como en muchas ocasiones ocurre, el análisis de determinados aspectos del proceso arbitral ha de partir de una premisa: la consideración constitucional del arbitraje como un *equivalente jurisdiccional*. No debemos olvidar que cuando las partes, en ejercicio de su libertad, acuden al arbitraje, están renunciando al derecho constitucional a un proceso judicial. Pero eso no significa que el procedimiento arbitral pueda prescindir de la garantía de principios constitucionalmente previstos para el proceso judicial: Sin duda, entre esos principios está el de garantizar la imparcialidad del árbitro.

Es especialmente clara la Sentencia que estoy comentando (STSJ de Madrid, de 4 de noviembre de 2016): *«Como recordamos recientemente en nuestra Sentencia 55/2016, de 19 de julio (proceso de anulación 93/2015) -FJ 3-, "es inconcusa la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza del arbitraje y sobre las garantías que ha de reunir el procedimiento arbitral: la STC 174/1995 expresamente proclama que '... el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)'. El árbitro y la institución administradora del arbitraje no ejercen, stricto sensu, la función jurisdiccional, pero sí una función pública de resolución de conflictos tutelada por la Ley: función la de laudare que es de interés público, porque subviene al mismo fin y ostenta la misma fuerza que las decisiones dictadas en el desempeño de la función jurisdiccional. De ahí que el Tribunal Constitucional, y con él la generalidad de la jurisprudencia y de la doctrina, hayan calificado el arbitraje de 'equivalente jurisdiccional'».*

Es por ello por lo que la propia Sentencia nos recuerda que *«si bien la imparcialidad del árbitro no es exactamente coincidente con la del Juez -goza de y ha de ser analizada con mayor flexibilidad-, sí se configura como una exigencia imprescindible de la recta sustanciación del procedimiento arbitral, de que éste se desenvuelva con las garantías inherentes a un proceso equitativo, como equivalente jurisdiccional que es».*

Con carácter general, GONZÁLEZ SORIA²⁶⁴ señala que las leyes de arbitraje, para garantizar la imparcialidad de los árbitros, suelen prever un sistema basado en los siguientes principios: «a) *El deber de los árbitros de ser y permanecer independientes e imparciales, absteniéndose de mantener relaciones con las partes que puedan comprometer su independencia e imparcialidad.* b) *El deber de los árbitros de revelar previamente o durante el procedimiento, motu proprio o a petición de una de las partes, toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad.* c) *El derecho de las partes a recusar al árbitro cuando concurren circunstancias que efectivamente comprometan su independencia e imparcialidad.*».

2. Regulación de esta cuestión en la LA

Nuestra Ley de Arbitraje regula la imparcialidad del árbitro a través de tres disposiciones. En primer lugar, encontramos un mandato en el primer inciso del artículo 15.2: «*Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad*». A continuación, el artículo 17.1 establece una prohibición: «*Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial*». Y, finalmente, el mismo artículo 17, en su apartado segundo, recoge una obligación complementaria: «*La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes*».

En relación con el respeto al principio de igualdad ya me he pronunciado cuando traté el proceso de designación de los árbitros. No obstante, resulta conveniente insistir en que la vulneración del principio de igualdad no requiere la intencionalidad de las

²⁶⁴. GONZÁLEZ SORIA, J., "Conflictos de interés de los árbitros. Revelación y deber de declaración de los árbitros", *op. cit.*, pág. 108.

partes, sino que es un hecho objetivo²⁶⁵. Por tanto, la falta de respeto de este principio de igualdad vicia de forma objetiva el arbitraje, con independencia de la forma en que luego se comporte el árbitro. De ahí que resulte esencial que los modelos de cláusulas arbitrales y los estatutos de las instituciones encargadas de la administración del arbitraje sean especialmente cuidadosos al delimitar la posición de las partes en el procedimiento de designación de los árbitros, evitando cualquier sombra de duda respecto a su plena igualdad en ese momento tan determinante. De hecho, entiendo que, si se trata de un convenio arbitral que pretende su acceso al Registro, el registrador ha de rechazar la inscripción si aprecia que el sistema de designación de árbitros pactado atenta contra el principio de igualdad de las partes.

3. Imparcialidad del árbitro

La necesaria imparcialidad del árbitro constituye uno de los pilares del arbitraje. La imparcialidad ha de ser de presente y de futuro. Como señala la STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016: *«La exigencia categórica e indeclinable del art. 17.1 LA debe entenderse referida tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes -una o todas- que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia. De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse pro futuro, de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley*

²⁶⁵. En este sentido la STSJ de Madrid, de 23 de septiembre de 2014, afirma que *«lo determinante es la infracción objetiva del principio de igualdad en virtud de una posición de privilegio, que es reprobable incluso aunque no haya sido deliberada o maliciosamente buscada: ...no es necesario -para que se infrinja el principio de igualdad- que la parte más fuerte haya actuado consciente de su prepotencia para situarse en una posición de privilegio, sino que basta con que la otra parte se encuentre limitada en su posibilidad de actuación»*.

prohíbe tales relaciones, y si éstas existieran en el momento de la designación -en determinados casos incluso antes- podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro».

No obstante, puede haber casos en los que las partes al designar al árbitro ya conozcan determinadas circunstancias que teóricamente puedan afectar a su imparcialidad objetiva. Lógicamente, si las partes no estiman que eso afecte al correcto desarrollo del procedimiento arbitral, no podrán luego impugnar el laudo por dichos motivos. Otra vez sale a relucir la prevalencia absoluta del principio de autonomía de la voluntad en el arbitraje²⁶⁶.

En cuanto al alcance del concepto de imparcialidad del árbitro, el artículo 17 solo contiene referencias muy generales: *«mantener con las partes relación personal, profesional o comercial»*, o *«las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia»*. Se trata, por tanto, de un problema que deberá analizarse en cada caso concreto²⁶⁷.

²⁶⁶. Es muy ilustrativa en este sentido la STSJ de Murcia de 21 de febrero de 2014: *«Es cierto que la Ley de Arbitraje proclama en su art. 17.1 que "todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial". Cualquier normativa sobre arbitraje recoge idéntico precepto. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, dispone: 1. Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje". Evidentemente, la primera obligación deontológica de un árbitro es la imparcialidad. La Real Academia Española define este vocablo como "falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud". De la obligación de ser imparcial nada ni nadie pueden dispensar al árbitro. Además, un árbitro tiene que ser especialmente escrupuloso en el cumplimiento de esta obligación de revelar cualquier hecho que pueda suscitar la menor duda en cuanto a su independencia para permitir a las partes su derecho de recusación, en el caso de que él mismo no haya decidido motu proprio no aceptar el nombramiento. Ahora bien, el carácter contractual es inherente al arbitraje. Nada impide, por tanto, que las partes puedan nombrar a un árbitro aunque éste haya tenido relaciones con una o con ambas. Tal nombramiento será válido si se ha comunicado previamente a todos la existencia de dichas relaciones. Y si surgen después de la aceptación de su misión por el árbitro, este tiene la obligación de comunicarlo por escrito a las partes para que puedan en su caso pedir la recusación. Por tanto, precisamente por ese carácter contractual del arbitraje, la independencia e imparcialidad debe entenderse para el futuro, es decir, para después de la designación, pero no comprende el pasado, al ser perfectamente posible que las partes designen como árbitro a quien ha mantenido con una o con las dos relaciones de este tipo. Haber mantenido este tipo de relaciones en el pasado puede ser una de esas circunstancias que deben ponerse en conocimiento de las partes, para que la que lo estime oportuno recuse, pero el deber de imparcialidad e independencia tal y como se dispone en la Ley tiene sentido cuando se proyecte sobre el futuro».*

²⁶⁷. Así lo reconoce la STSJ de Madrid de 9 de julio de 2013: *«La verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatararse*

No obstante, sí podemos citar la Sentencia de 12 de junio de 2013, del TSJ de Madrid, que trata de ofrecer criterios generales sobre los casos en que se puede apreciar la parcialidad del árbitro. Para ello acude a la doctrina del TC sobre la imparcialidad de jueces y magistrados²⁶⁸.

También se pueden tener como referentes a la hora de valorar si concurren circunstancias que comprometan la imparcialidad, reglas generalmente aceptadas en el ámbito internacional, como las de la IBA (International Bar Association)^{269 270}. Así lo admite la STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017, que considera estas directrices como una adecuada referencia, aunque la Sala tendrá siempre libertad de decisión al respecto²⁷¹.

"in casu", tal y como enseña, entre otras, la STC 236/97, comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicio no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean éstos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza».

²⁶⁸. Señala así: «A las condiciones de imparcialidad de los tribunales de justicia, extensivas a los que ejercen funciones arbitrales, se ha referido el Tribunal Constitucional, distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él (...). (...) es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas; es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico, pues aun cuando en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas».

²⁶⁹. Sobre la dificultad que entraña la determinación de los casos en que está comprometida la imparcialidad del árbitro, y la utilidad que a este respecto tienen las Directrices de la IBA (*International Bar Association*) sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional, puede verse GONZÁLEZ SORIA, J., "Conflictos de interés de los árbitros. Revelación y deber de declaración de los árbitros", *op. cit.*, págs. 112 y 113.

²⁷⁰. También es interesante a este respecto el *Código de Buenas Prácticas Arbitrales* cast, Club Español del Arbitraje, Madrid, 2019, <https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cbbpp-cea.pdf> (último acceso 23 de abril de 2020).

²⁷¹. Afirma esta Sentencia: «Sobre el alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros - y de las instituciones arbitrales - pueden tenerse en cuenta, de un modo puramente indicativo, las causas de abstención previstas en el art. 219 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) para Jueces y Magistrados. No obstante, dada la cláusula abierta del art. 17.3 LA (RCL 2003, 3010), la Sala también pondera las Directrices de la *International Bar Association (IBA)* sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, adoptadas por Acuerdo del Consejo de la IBA de 23 de octubre de 2014; Directrices que

Aunque es cierto que el artículo 17 impone al árbitro el deber de revelar las situaciones que afecten a su imparcialidad, debe quedar claro que lo importante no es que se incumpla ese deber, sino que en efecto concurran las circunstancias determinantes de la parcialidad del árbitro²⁷².

En la misma línea, y citando como argumento de autoridad las Directrices IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional, señala la STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2017 que lo importante no es el mayor o menor detalle con que los árbitros cumplen su deber de revelación de circunstancias que cuestionen su imparcialidad, sin la efectiva influencia en el caso concreto de dichas circunstancias²⁷³.

Pueden citarse también algunos otros fallos judiciales que resuelven casos concretos intentando dilucidar si el árbitro mantuvo o no la imparcialidad exigida:

- La STSJ de Madrid de 1 de abril de 2013: considera que no se rompe la imparcialidad de la corte arbitral de la Cámara de Comercio por el hecho de que una de las partes sea un banco. El mero hecho de pertenecer a la Cámara de Comercio no se considera motivo suficiente para apreciar parcialidad²⁷⁴.

analizan distintas situaciones del deber de revelación del árbitro, y determinan las consecuencias de la infracción de tal deber, aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias por la Sala, que habrán de ser ponderadas en cada caso».

²⁷². En este sentido, nos recuerda la STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016 que: «Y ello en el bien entendido de que lo determinante para apreciar la parcialidad del árbitro no es la infracción del deber de revelación -por más que pueda ser un indicio de la falta de neutralidad-, sino que " lo esencial es que las circunstancias no reveladas a las partes en el procedimiento arbitral denotaran la falta de condiciones de imparcialidad o independencia" (FJ 7, STSJ Madrid nº 61/2015)».

²⁷³. Señala el TSJ de Madrid en este fallo: «De todas estas Directrices se infiere, por tanto, que para considerar que un árbitro no reúne las debidas condiciones de imparcialidad o independencia debe concurrir circunstancias que denoten la pérdida de esa imparcialidad o independencia, no el mayor o menor grado de cumplimiento por los árbitros de poner en conocimiento de las partes datos que pudieran cuestionar su imparcialidad. En definitiva, el supuesto incumplimiento de la obligación de comunicar a las partes de las circunstancias que pudieran dar lugar a dudas sobre su imparcialidad no implica la automática apreciación de pérdida de imparcialidad ni la nulidad del laudo. Lo esencial es que las circunstancias no reveladas a las partes en el procedimiento arbitral denotaran la falta de condiciones de imparcialidad o independencia».

²⁷⁴. Afirma la Sentencia: «lo extraño y discordante sería que dicha entidad bancaria no tuviera una relación directa o indirecta con la Cámara de Comercio, en cuyo seno se incardina la Corte Arbitral, dentro de sus respectivos ámbitos de competencias, por razón del ordinario tráfico mercantil y societario, sin que de ello se desprenda ningún atisbo de interés o parcialidad, salvo prueba concreta al respecto, del laudo dictado, que también es cuestión distinta, y desde luego no ha sido probada por el demandante».

- La STSJ de Madrid de 12 de junio de 2013: recoge esta sentencia ya citada antes un interesante caso en el que los hechos en los que se basa la sospecha de parcialidad se refieren a expresiones públicas, en una página de presentación de la firma de abogados a la que pertenece la árbitro recusada y en una conferencia pronunciada por ella después de su designación en el proceso arbitral -hechos acreditados en la documentación aportada con la demanda-, y en ser una «conocida activista» en contra de las entidades bancarias -circunstancia esta que no se ha intentado acreditar de forma alguna. El Tribunal no va a apreciar la reclamada parcialidad del árbitro²⁷⁵.
- La STSJ de Madrid de 9 de julio de 2013: se refiere este fallo a las eventuales relaciones de amistad o enemistad de los árbitros con los abogados de las partes. Se entiende que, como regla general, las relaciones de amistad o la posible

²⁷⁵. Partiendo de que en el convenio se previó que los árbitros debían tener un amplio conocimiento de los mercados de productos financieros y derivados, sostiene la Sentencia que: «Exigida, por tanto, a los árbitros en el convenio arbitral una especial cualificación en la materia objeto de resolución, el modo de acreditar tal conocimiento amplio en el mercado de productos financieros y derivados tiene, necesariamente, que estar en función de una vinculación profesional con la comercialización, tratamiento o estudio de estos instrumentos, acreditable, entre otras formas, a través de estudios doctrinales o participación en debates públicos sobre esta materia. Elegida así, por voluntad de las partes -soberanas en este ámbito-, una vinculación de los árbitros con los productos financieros que habrían de ser objeto de contienda arbitral, tal opción, libremente adoptada por las partes, es incompatible con una absoluta neutralidad doctrinal sobre las cuestiones derivadas de esa materia, difícilmente alcanzable en cualquier cuestión jurídica, en la que toda opinión siempre se inclinará por una de las alternativas posibles, en detrimento de las demás. Lo esencial, por tanto, para calibrar la imparcialidad de los árbitros que fueran designados entre los expertos en esos productos no podría nunca estar en función de las opiniones doctrinales manifestadas por cada uno de ellos en debates o trabajos jurídicos, sino en la vinculación objetiva o subjetiva con la materia concreta objeto de decisión en el arbitraje». Con cita del Auto del Tribunal Constitucional 26/2007, de 5 de febrero, expresa: «la necesidad de valorar -en casos como el presente en el que la duda de parcialidad deriva de expresiones públicas- el grado de compromiso del Magistrado con la opinión previa manifestada, atendiendo a la totalidad de las circunstancias concretas de cada caso, para determinar si las manifestaciones cuestionadas constituyen una toma de partido sobre el fondo del proceso concreto en que se plantea la recusación, y, entre ellas, si la opinión había sido emitida antes de adquirir la condición de magistrado, iniciado ya el proceso o con anterioridad; el medio o ámbito en el que las opiniones se vierten o dejan traslucir, su contundencia, grado de precisión, etc. (AATC 226/2002, de 20 de noviembre; y 61/2003, de 19 de febrero). Y, con todo ello, descarta el mismo Tribunal "que los trabajos científicos de los profesores universitarios, así como de otros juristas, de estudio de normas legales, bien vigentes, bien en contemplación hipotética de normas venideras, puedan apreciarse como casos subsumibles en ninguno de los supuestos" de la causa de recusación contemplada, añadiendo que "la redacción de tales trabajos científicos, por más que versen sobre normas enjuiciadas... no puede ser causa de recusación", lo que distingue de los trabajos, estudios o dictámenes emitidos a instancia de instituciones u órganos implicados en el procedimiento».

enemistad entre los árbitros y los abogados que representan a las partes en el procedimiento no afectan a la imparcialidad²⁷⁶.

- La STSJ de Madrid de 3 de junio de 2014: considera que no queda comprometida la imparcialidad del árbitro por el hecho de que la Corte arbitral en la que se integra realice actuaciones de fomento del arbitraje. Es obvio que solo si esas actividades implican el establecimiento de relaciones económicas o profesionales con alguna de las partes, podría ponerse en duda la imparcialidad de los árbitros²⁷⁷.
- La STSJ de Cataluña de 29 de julio de 2014: partiendo de la base de que, como ha quedado expuesto, la imparcialidad del árbitro se predica respecto de las partes y no de sus abogados, se introduce alguna corrección a esta doctrina, aunque sin

²⁷⁶. Dice así la Sentencia: «*las causas de recusación están previstas para el juez/árbitro con las partes, no con su letrado, al respecto el Tribunal Constitucional ha dicho "Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si la enemistad manifiesta o la amistad íntima afecta a la imparcialidad judicial cuando la misma se aduce no en relación con la parte, sino con el Letrado de ésta (AATC 265/1988, de 29 de febrero ; 117/1997, de 23 de abril ; 204/1998, de 29 de septiembre) o con el Juez instructor de la causa penal en la que recayó la Sentencia impugnada en amparo (AATC 115/2002, de 10 de julio ; 136/2002, de 22 de julio) y ha descartado que, en estos casos, pueda vulnerarse el derecho fundamental al Juez imparcial al entender que "la imparcialidad lo es respecto de quien solicita la tutela judicial y no en relación con quienes, colaborando con la justicia, representan y defienden a los justiciables "* (ATC 117/1997, de 23 de abril , FJ único). De ahí que se haya sostenido que como el "Letrado ni es parte ni es justiciable, sino asesor técnico de quien es una y otra cosa (...)el legislador no incumple ni viola ningún mandato constitucional al no reconocerle el derecho a recusar" (ATC 265/1988), y que también se haya afirmado "que la falta de previsión legal, como motivo de recusación, de la enemistad manifiesta de los Jueces y Magistrados con los Letrados de las partes que intervengan en el pleito o causa no supone lesión alguna del derecho fundamental a la imparcialidad del juez, que sólo asiste al justiciable" (ATC 204/1998, de 29 de septiembre , FJ 4)." (Auto Sala 1ª de 9 de mayo de 2005). De acuerdo con la doctrina expuesta, es claro que la amistad íntima o la enemistad manifiesta del juez/árbitros, con los letrados de las partes o con otros sujetos que intervengan o hayan podido intervenir en el proceso no conlleva, en sí misma, una pérdida de su imparcialidad, pues la existencia de tales relaciones no determina que el Juez no vaya enjuiciar el asunto con la ecuanimidad que le exige el ejercicio de su función, y ello es la razón de la falta de previsión legal de esta causa de abstención/recusación, no contraria al derecho al juez imparcial que garantiza el artículo 24.1 de la CE ; no obstante ello, en algún caso es posible la pérdida de imparcialidad subjetiva, como convicción personal del Juez, que lo piensa en su fuero interno, como ha puesto de relieve en alguna ocasión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

²⁷⁷. Dice así esta Sentencia: «*No previendo así la ley de arbitraje unos motivos de recusación de la institución administradora del arbitraje, la eventual intervención de ésta en actividades de promoción de la resolución de controversias a través del arbitraje para un determinado ámbito empresarial, recomendando o proponiendo la inclusión en los convenios arbitrales la administración del arbitraje por parte de esa institución, no permite por sí sola dudar de la imparcialidad del árbitro designado. El fomento del arbitraje para determinados sectores profesionales o mercantiles implica ordinariamente que algunas instituciones promuevan la inclusión en las cláusulas de arbitraje su intervención en el nombramiento de árbitros y en la administración del arbitraje, lo que determina la previa relación con, al menos, alguna de las partes del futuro procedimiento arbitral. Pero tal actuación no supone necesariamente la pérdida de la imparcialidad de todos y cada uno de los árbitros incluidos en las listas de la institución arbitral, quienes son los que, bajo su responsabilidad, deben dictar la resolución arbitral».*

llegar al extremo de que las meras relaciones de conocimiento y cortesía profesional entre el árbitro y los abogados de parte, pueda ser considerada causa de parcialidad²⁷⁸.

- La STSJ de Asturias de 25 de abril de 2017: aborda este fallo los equilibrios de imparcialidad de los árbitros entre sí, llegando a sostener que la sanción de nulidad del laudo habría de predicarse también cuando el conflicto de intereses fuese entre los árbitros, estando, en principio, las partes alejadas de aquéllos²⁷⁹.

4. Imparcialidad de la institución encargada de administrar el arbitraje

Las referencias que la LA recoge en su articulado al concepto de independencia están siempre relacionadas con los árbitros, no con las instituciones encargadas de administrar el arbitraje. De hecho, el artículo 14.3 impone a las cortes arbitrales obligaciones referidas a los árbitros, sin aludir a ningún requisito de independencia de la propia institución: *«Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las*

²⁷⁸. Afirma: *«Cabe afirmar, en algunos casos, que las relaciones personales y profesionales entre el árbitro y el letrado de la parte, puedan comportar, una pérdida de imparcialidad objetiva consistente en que con independencia de la conducta personal, algunos hechos que pueden comprobarse permiten poner en duda dicha imparcialidad, existiendo un interés indirecto en el árbitro»*. Sin embargo, en el caso concreto se descarta la ruptura del principio de imparcialidad: *«la amistad referida del árbitro con el letrado de una de las partes es la derivada de las relaciones como abogados, dentro del ejercicio de la profesión. Se trata de una amistad genérica y de cortesía que comporta el desempeño del ejercicio de la Abogacía a la que se une el dilatado ejercicio profesional del Sr. Pintó y el conocimiento por éste de quienes ejercen la profesión de abogado, en Barcelona, quien además de desempeñar el cargo de Decano del Il. Colegio de Abogados de Barcelona, ha realizado una labor docente con "afecto y consideración" también a quienes fueron sus alumnos. Asimismo, tampoco puede afirmarse, con éxito, que la independencia e imparcialidad del árbitro se vea comprometida por la circunstancia de haber sido, ambos, el árbitro y el Letrado de LUVIRR, miembros de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya, aunque lo fueran durante diez años, pues su relación lo era como integrantes una Entidad de Derecho Público, en labores de asesoramiento, que tampoco pueden equipararse a la referida de compartir un despacho profesional, desempeñando unos trabajos puntuales relativos a las competencias de la Generalitat de Catalunya que no pueden ser aceptadas a los efectos de cuestionar la imparcialidad del árbitro, siendo, además, que han transcurrido más de 30 años (1980-1991) y no por ello deviene en incompatibilidades que produzcan y comporten la admisión de la abstención/recusación del árbitro»*.

²⁷⁹. Dice así: *«Aquí el conflicto surge, no por una indebida relación entre los árbitros y las partes, sino entre los árbitros entre sí. Ciertamente que la Ley de Arbitraje, en el artículo 17 habla de que los árbitros no podrán mantener con las partes, relación personal, profesional o comercial; que el conflicto o colisión de intereses en el que piensa la Ley es entre los "árbitros jueces" y las partes. Y cierto también que la Ley Modelo, las Directrices de la International Bar Association (IBA) o las Recomendaciones del Club Español de Arbitraje, contemplan, primariamente, el posible conflicto entre los árbitros y las partes. Pero también la sanción de nulidad habría de predicarse por la "injusticia intrínseca del laudo", cuando el conflicto de intereses fuese entre los árbitros, estando, en principio y como aquí ocurre, las partes alejadas de aquéllos»*.

condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia».

Es por ello por lo que encontramos fallos judiciales que niegan que se pueda apreciar la parcialidad de la corte arbitral como fundamento para la anulación del laudo. Así, la STSJ de Madrid de 18 de junio de 2013: *«debe precisarse, en primer término, que la imparcialidad que se predica en la Ley de Arbitraje viene siempre referida a los árbitros, no a la institución administradora del arbitraje. Así se señala en la exposición de motivos de esa ley al mencionar (apartado IV, párrafo tercero) "el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje", refiriéndose posteriormente en su artículo 17, al regular la abstención y recusación, al deber personal de todo árbitro de ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial, sin que, en todo caso, pueda mantener con las partes relación personal, profesional o comercial, estando obligada "la persona propuesta para ser árbitro" "todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia", teniendo obligación "el árbitro, a partir de su nombramiento", de revelar a "las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida". Siendo así personales los motivos de recusación del árbitro, no colectivos de la institución administradora del arbitraje, como se deduce del apartado 3 del mismo artículo 17 al establecer que "un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes", debe rechazarse que la sola vinculación de la Corte Española de la Franquicia, administradora en este caso del arbitraje, con empresas del sector pueda dar lugar a la anulación del laudo arbitral dictado».* En el mismo sentido la STSJ de Madrid de 10 de junio de 2014.

Pero también existe una línea jurisprudencial que sostiene, en sentido opuesto, que la corte arbitral ha de respetar el requisito de la imparcialidad. Pueden citarse a este respecto las siguientes sentencias a título de ejemplo:

- La STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2012 considera que las relaciones profesionales de la corte arbitral y los abogados de una de las partes ha determinado que aquella no mantenga la imparcialidad necesaria²⁸⁰.
- La STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2014²⁸¹ llega a cuestionarse la propia validez del convenio arbitral en un caso en el que la institución a la que se acuerda encomendar la administración del arbitraje (Cámara Oficial de Comercio) tiene una importante participación en el capital de una de las partes (IFEMA), sin que tal circunstancia conste que haya sido conocido por la otra parte firmante del convenio: *«la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad -incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra-, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aún y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad»*.
- La STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016 establece con claridad la conclusión de que la obligación de independencia e imparcialidad, con los consiguientes motivos de abstención, y los deberes de revelación y de información que asisten a los árbitros, mutatis mutandis, son exigibles a las instituciones llamadas a administrar el arbitraje. Los principios constitucionales que han de presidir el desarrollo del arbitraje y la práctica plasmada en las recomendaciones del Club Español de Arbitraje o en las Directrices IBA²⁸².

²⁸⁰. Señala este fallo: *«para aquellos supuestos en los que conforme al art. 14 LA se le asigna la administración de arbitraje y la designación de árbitros a una asociación de arbitraje, es claro que desaparece la base misma de la independencia e imparcialidad -requisito sine qua non para el correcto desarrollo del procedimiento arbitral- pues si bien dichas cualidades se predicen de los árbitros que han sido designados (art. 17 LA) en casos, como el presente, " ... en los que la vinculación entre la entidad de arbitraje y los letrados que asesoran a una de las contrapartes es patente, la parcialidad puede predicarse también de la entidad arbitral viciando de partida cualquier procedimiento arbitral que se formalice ..." (SAP Barcelona -Sec. 15- 270/2007, de 15 de mayo)»*.

²⁸¹. Puede verse un comentario de esta Sentencia en MENÉNDEZ, M.J., "La independencia de la corte y el convenio arbitral. La perspectiva de un árbitro", en *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016, págs. 101 y siguientes.

²⁸². Señala la Sentencia: *«Esta Sala ha señalado repetidas veces la necesidad de predicar la imparcialidad y la independencia no solo del árbitro, sino de la institución llamada a administrar el arbitraje (por todas, SS. 63/2014, 65/2015, 55/2016). (...) La Ley de Arbitraje es muy clara al fijar los cometidos básicos de las instituciones arbitrales: "la administración del arbitraje y la designación de árbitros..., velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación,*

- STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017: aunque parte de la premisa de que generalmente la idea de imparcialidad está referida al árbitro, también reconoce que la necesaria prevalencia del principio de igualdad en todo el procedimiento

así como su independencia " (apdos. 1 y 3 del art. 14 LA). Tanto en la designación de árbitros (art. 15.1 LA) como en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 24.1 LA) la institución arbitral ha de respetar el principio de igualdad. Las funciones que desempeñan las Cortes de arbitraje al administrarlo -nombramiento de árbitros, comunicaciones entre las partes, fe del procedimiento arbitral...-, han de estar presididas, es incuestionable, por el respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes, con desinterés respecto del thema decidendi, y con independencia, con ausencia de vínculos de sujeción -más allá de los que son propios de o inherentes al arbitraje institucional- que puedan poner en entredicho, fundadamente, la ecuanimidad de su proceder. (...). No ignora la Sala, dicho sea a modo de ejemplo, las recomendaciones del Club Español del Arbitraje (CEA) sobre buenas prácticas arbitrales, y en particular -porque hace al caso- aquella que señala que las instituciones arbitrales actuarán de forma independiente y neutral, especificando -v.gr., deber 6-, sub epígrafe De los conflictos de intereses, cómo dichas instituciones "deberán informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad". Imparcialidad e independencia de las instituciones arbitrales que se reitera en la recomendación VII del CEA sobre independencia e imparcialidad de los árbitros, cuando dice: "No solo es preciso que los árbitros sean independientes e imparciales, sino que estas características se deben exigir igualmente a las instituciones que intervengan en su designación. Las instituciones arbitrales deben designar a los árbitros a través de un procedimiento reglado, en el que no intervenga ninguna persona que carezca de la independencia e imparcialidad que se exige a los propios árbitros ". Esta premisa es plenamente aceptada por la Sala: la obligación de independencia e imparcialidad, con los consiguientes motivos de abstención, y los deberes de revelación y de información que asisten a los árbitros, mutatis mutandis, son exigibles a las instituciones llamadas a administrar el arbitraje. Extremo ratificado por la Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. Y no cabe olvidar algo ya señalado: que lo que en un ámbito determinado no puede sino ser concebido como una recomendación o admonición, en el propio de esta jurisdicción puede y debe ser calificado jurídicamente, en según qué casos, como verdadera exigencia con entraña en la misma Constitución Española, dada la naturaleza de equivalente jurisdiccional del arbitraje. En efecto, por imperativo constitucional no sería admisible una dispensa del monopolio constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional que no respetara exigencias indeclinables, según la propia Constitución, del desempeño lícito de la función jurisdiccional por el Poder Judicial: tal es el caso, señaladamente, del principio de igualdad, que evita el desequilibrio a favor o en perjuicio de una de las partes, y de la de imparcialidad en la decisión y en la administración del arbitraje. O, como dijimos, entre otras, en nuestra Sentencia 47/2014, de 16 de julio, existen algunos criterios de orden público indeclinables para las partes, pues su ignorancia convertiría el arbitraje en una institución ajena a los más elementales postulados de justicia: esas reglas de orden público expresan mandatos y prohibiciones cuya inobservancia desvirtuaría la institución del arbitraje como cauce alternativo válido a la vía jurisdiccional incluso desde un punto de vista constitucional: el monopolio en la impartición de justicia que consagra el art. 117.3 de la Constitución solo puede ser exceptuado si la vía alternativa reúne, más allá de lo que sea o deje de ser la voluntad de las partes, las debidas condiciones de independencia e imparcialidad en quien haya sido llamado a sustituir al órgano jurisdiccional que habría de resolver el conflicto de intereses de que se trate. Ahora bien, dicho lo que antecede, es igualmente claro - -también lo hemos señalado, v.gr., en la S. 13/2015, de 28 de enero (FJ 3)-, que el cuestionamiento de la neutralidad de una Corte de Arbitraje tiene que sustentarse en razones objetivas, en motivos que, considerados con idéntica objetividad, más allá de las conjeturas o de las meras sospechas, sean aptos para comprometer la debida ecuanimidad de la Corte, atendidas las circunstancias del caso concreto».

arbitral obliga a rechazar la posibilidad de que la institución arbitral a la que se encomienda la administración del arbitraje esté vinculada a una de las partes²⁸³.

En mi opinión, parece más acertada esta segunda corriente jurisprudencial. Considerando la naturaleza del arbitraje y teniendo en cuenta la doctrina de nuestro TC sobre la necesidad de que también se respeten en el proceso arbitral los principios que la propia Constitución consagra, sería incomprensible no exigir que la institución encargada de administrar el arbitraje mantenga una exquisita neutralidad en el desarrollo de sus funciones.

Ello no obstante, tampoco parece aconsejable extender sin límite las exigencias de imparcialidad de la corte arbitral. En este sentido conviene citar a JIMÉNEZ-BLANCO²⁸⁴, que, alaba el criterio sostenido por la SAP de Madrid de 16 de junio de 2008, que desestimó la acción de anulación de un laudo fundada en el hecho de que el letrado de una de las partes figuraba en la lista de árbitros de la institución encargada de administrar el arbitraje²⁸⁵.

²⁸³. Señala: «en algunas ocasiones, la jurisprudencia -también la de esta Sala (v.gr., por todas, S. 24/9/2013, ROJ STSJ M 15966/2013- ha sostenido que la imparcialidad propiamente dicha concierne al árbitro, más que a la institución arbitral, en la medida en que es aquél quien resuelve, siendo el único que puede ser recusado. Ahora bien, este criterio, correcto con carácter general -aun cuando admita matizaciones-, pues responde a la concepción -legal y doctrinalmente aceptada- de que la imparcialidad ha de predicarse de quien tiene que resolver a lo largo del proceso, no obsta -no puede obstar- a la debida preservación de principios básicos del quehacer jurisdiccional y también del arbitraje, en tanto en cuanto éste es un "equivalente jurisdiccional", en locución ya clásica del Tribunal Constitucional: principios básicos tales como el de igualdad a lo largo de todo el procedimiento arbitral, conciliado con la necesaria libertad a la hora de emitir la voluntad de someterse a arbitraje... (...). La exigencia más clara, más incontestable del principio de igualdad en el ámbito del arbitraje es la que obliga a respetar un principio muy elemental: que quien lauda o administra el arbitraje no sea una de las partes o adolezca de la ecuanimidad necesaria para desempeñar tales cometidos. Esta hipótesis es radicalmente inadmisibile: ningún acuerdo de las partes en que concurriera un consentimiento libérrimo y perfecto en tal sentido, nombrando como árbitro o como administradora del arbitraje a una de ellas -o a alguien que dependa de una de ellas-, puede prevalecer sobre el carácter imperativo, de ius cogens, del principio de igualdad. Ni que decir tiene que semejante conclusión debe ser sostenida, a fortiori, cuando la lesión del principio de igualdad se produce en el origen mismo del arbitraje, con la restricción indebida de la libertad negocial -v.gr., por ocultación de datos relevantes».

²⁸⁴. JIMÉNEZ-BLANCO, G., "Imparcialidad de los árbitros: admisibilidad de la actuación como letrado ante una corte arbitral de quien forma parte de su lista de árbitros", en *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, págs. 118 y 119.

²⁸⁵. Señala este autor: «El criterio de la Sentencia es conforme con la práctica del arbitraje en España. Es frecuente que quienes forman parte de las listas de árbitros de una institución arbitral actúen como letrados defensores de las partes en otros procedimientos de arbitraje administrados por la misma institución. Ello

Por otro lado, no debemos olvidar lo que dispone el artículo 4 LA, bajo la rúbrica “Reglas de Interpretación”: «Cuando una disposición de esta ley: a) Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el artículo 34. b) Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido».

Como apunta la STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017, esta integración de la voluntad de las partes en los casos de arbitraje administrado, pone de manifiesto la necesidad de que la actuación de la institución que administra el arbitraje deba estar siempre presidida por la ecuanimidad y la imparcialidad²⁸⁶.

5. El instrumento de la recusación

es particularmente admisible dada la extensión de muchas listas de las instituciones arbitrales, que hacen que los miembros de las mismas no puedan considerarse como pertenecientes a una especie de “club cerrado” del que pueda presumirse una voluntad de “ayuda mutua” que pueda afectar a su imparcialidad».

²⁸⁶. Dice así la Sentencia: «La Exposición de Motivos LA es del mayor interés a la hora de efectuar una exégesis auténtica de este art. 4. Destacamos las siguientes afirmaciones: "Esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral". En otras palabras: las decisiones de la institución que administra el arbitraje se integran o, si se quiere, son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral -por delegación de éstas. Y qué duda cabe de que la institución administradora del arbitraje tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades de primer orden, que se traducen en verdaderas decisiones, cuya validez se enraiza y, por ello, se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación. De ahí que sea evidente de toda evidencia que la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad - incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra-, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aúna y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad».

Hasta ahora me he referido a los deberes que, tanto los árbitros, como las instituciones encargadas de administrar el arbitraje tienen de mantener la imparcialidad y de revelar cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a dudas sobre dicha cualidad. Pero, al margen de la actuación de los árbitros, las partes también tienen instrumentos para reaccionar cuando consideren que la imparcialidad de los árbitros está en tela de juicio.

Los artículos 17.3 y 18 LA regulan el procedimiento de recusación de los árbitros, por medio del cual cada una de las partes podrá solicitar el apartamiento de cualquiera de los árbitros que, a su juicio, estuviera incurso en circunstancias que afecten a su imparcialidad o independencia o no poseyera las cualificaciones convenidas por las partes para su nombramiento.

La única limitación que establece el artículo 17.3, *in fine*, es que una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.

Respecto al procedimiento para llevar a efecto la recusación, el artículo 18, siguiendo el principio de autonomía de la voluntad que es tan consustancial al arbitraje, dispone en su apartado primero: «*Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros*». Si dicho procedimiento no se hubiera acordado, se estará a las siguientes reglas:

- Plazo para plantear la recusación: dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.
- ¿Quién resuelve si concurre o no causa de recusación? A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta.
- ¿Cabe algún tipo de recurso? Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo.

- ¿Y si se trata de un arbitraje administrado? En este caso, por aplicación de lo establecido en el artículo 18.1 en relación con el artículo 4 LA, habrá que estar a lo establecido por el respectivo reglamento de la corte que tenga encomendado el arbitraje. De manera muy sintética podemos afirmar que todas las instituciones arbitrales prevén en sus reglamentos que sea la propia corte la que resuelva las solicitudes de recusación. También casi todas establecen un plazo de quince días para formular la recusación, aunque hay algunas que disminuyen ese plazo (10 días el Colegio de Abogados de Madrid, 6 días el Tribunal Arbitral de Barcelona y 5 días el CIMA).

Pero ¿qué ocurre si alguna de las partes no utiliza en plazo este instrumento de la recusación? Para dar respuesta a esta pregunta hay que acudir a lo que prevé el artículo 6 LA : *«Renuncia tácita a las facultades de impugnación. Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley».*

La jurisprudencia ha insistido en numerosos fallos en la imposibilidad de que una de las partes invoque la falta de imparcialidad de un árbitro al ejercitar la acción de anulación del laudo, si, habiendo tenido conocimiento de los hechos que supuestamente provocaban esa parcialidad, no planteó la recusación en tiempo y forma. Podemos citar numerosas Sentencias (11 de abril de 2012, 1 de abril de 2013, 28 de marzo de 2014, 14 de abril y 13 de diciembre de 2016 del TSJ de Madrid, 1 de abril de 2013 del TSJ de Galicia, 5 de mayo de 2014 del TSJ de Baleares, ó 20 de noviembre de 2014 del TSJ de Cataluña). Dice, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 1 de abril de 2013: *«Tampoco pueden aceptarse las alegaciones al respecto; dando por reproducidos los fundamentos anteriores en cuanto a la inexistencia objetiva de parcialidad, no consta que el demandante hubiera procedido a formular recusación de la designación del árbitro en los términos y plazo a que se refiere el artículo 18 LA, siendo por tanto de aplicación el artículo 6 del mismo Cuerpo legal, atinente a la renuncia tácita a las facultades de impugnación, donde se establece que Si una parte, conociendo la infracción de alguna*

norma dispositiva de esta Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley».

6. La acción de anulación del laudo

En aquellos casos en los que una de las partes ha planteado dentro de plazo la recusación de alguno de los árbitros, pero la misma no ha sido admitida, siempre tendrá, como reconoce el artículo 18.3 LA, la posibilidad de volver a intentarlo cuando ejercite la acción de anulación del laudo: *«Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo».*

Parece lógico admitir también que pueda usarse la acción de anulación del laudo si la causa de recusación ha sido conocida por alguna de las partes después de que se hubiera dictado el laudo.

La acción de anulación del laudo está regulada en el artículo 41 LA. Se trata de una acción que necesariamente ha de estar fundamentada en alguno de los motivos que dicho artículo enuncia. La falta de imparcialidad de un árbitro, si efectivamente se demuestra, supondrá la anulación del laudo por haberse vulnerado el orden público, desde su perspectiva procesal. Es muy clarificadora a este respecto la STSJ de Madrid de 9 de julio de 2013: *«Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse, en numerosas ocasiones en torno al orden público en materia de arbitraje señalando que es el que en su día fue establecido por el Tribunal Constitucional que entendía que un laudo arbitral atentaba a nuestro orden público procesal cuando hubiese vulnerado los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través del art. 24 CE (STC 43/1986, de 15 de abril, cuya doctrina han reiterado luego las SSTC 54/1989, de 23 de febrero; 132/1991, de 17 de junio y 91/2000, de 30 de marzo); orden público procesal que se identifica con el derecho de defensa y con los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad. La verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público*

en que cabe incluirla, debe constatarse "in casu", tal y como enseña, entre otras, la STC 236/97, comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicio no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean éstos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza».

Pero es que también, en determinadas ocasiones, la falta de imparcialidad del árbitro o de la entidad encargada de administrar el arbitraje puede incluso implicar la nulidad del convenio arbitral. Este es el criterio que recoge la STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017: *«Como hemos dicho en otras ocasiones, esta eventualidad, en que se ve concernida expresamente la infracción del art. 14 CE (RCL 1978, 2836) por el hecho en sí de haberse sometido a un arbitraje mediando estrechas vinculaciones entre la entidad a la que se encomienda el arbitraje y una de las partes intervinientes en el procedimiento arbitral, puede abocar, de ser estimada, a una anulación del Laudo por infracción del orden público, pero también puede incidir en la existencia misma del convenio arbitral, presupuesto incluso del examen de su eventual eficacia. Lo hemos señalado con reiteración -v.gr., SS. 65/2015 y 55/2016 (JUR 2016, 209874): la estimación de un alegato semejante conllevaría la radical nulidad del convenio arbitral por vulneración del principio de igualdad en su conformación misma».*

IV.- Las medidas cautelares en la Ley de Arbitraje

Entendemos por medidas cautelares aquellos mecanismos establecidos por la legislación procesal para asegurar la efectividad de la futura sentencia judicial. Así, se anota una demanda para conseguir que no surjan terceros protegidos por el Registro que puedan quedar al margen de las consecuencias de la sentencia. O se decreta un embargo para garantizar la efectividad económica de un procedimiento de apremio. O se decide la suspensión de un acuerdo societario impugnado, a fin de evitar los perjuicios que pudieran derivarse de su ejecución. Pues bien, estos mismos fundamentos justifican que también en el procedimiento arbitral se deba hablar de medidas cautelares.

Sensible a ello, la LA de 2003, continuando con la línea abierta por la LEC en el año 2000, hace varias referencias a las medidas cautelares. Los preceptos que debemos tener en cuenta fundamentalmente son: de la LEC los artículos 722, 724 y 730, y de la Ley de Arbitraje el 8.3, el 11 y el 23. De este conjunto de normas podemos extraer algunas conclusiones de carácter general que procedemos a analizar.

a) Las medidas cautelares pueden ser adoptadas tanto por los jueces como por los árbitros.

La LEC viene reconociendo desde su aprobación en el año 2000 la posibilidad de que los jueces, a instancia de las partes, puedan adoptar medidas cautelares en relación con el procedimiento arbitral. Por su parte, la LA introduce en nuestro ordenamiento la gran novedad de que también puedan los árbitros decidir la adopción de medidas cautelares. Se ha seguido casi a la letra el texto que propone la Ley Modelo UNCITRAL.

Si partimos de la base de que, como afirma la Exposición de Motivos de la LA, *«las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes»*, es evidente que nos podemos enfrentar en ocasiones, al menos en pura hipótesis, con resoluciones dobles (una judicial y otra arbitral) que necesariamente no tienen que ser

compatibles o coherentes entre sí. La cuestión es analizada con bastante acierto por MALLANDRICH MIRET²⁸⁷, quien propone las siguientes hipótesis:

- Que una de las partes solicite una medida cautelar ante uno de los dos órganos posibles después de que el otro se la haya desestimado antes. En este caso, bien invocando el principio de buena fe procesal, bien acudiendo al efecto de cosa juzgada que toda resolución judicial o arbitral produce respecto de la cuestión a la que esté referida, lo procedente es que esta segunda petición sea también rechazada.
- Que una de las partes solicite una medida cautelar ante uno de los dos órganos, estando pendiente de resolución la misma petición realizada ante el otro. El órgano ante el que se efectúe la segunda solicitud debe sobreseerla aplicando la técnica de la litispendencia.
- Que ambas partes ejerciten activamente pretensiones entre sí dentro del proceso arbitral y cada una decida solicitar la adopción de medidas cautelares ante órganos distintos para asegurar la eficacia de su pretensión. Si las solicitudes respectivas no son simultáneas, debe operar la eficacia de la cosa juzgada y prevalecerá la decisión adoptada en primer término. Pero si son solicitadas al mismo tiempo ante órganos diferentes, no existe una solución legal clara. Quizá deberá imponerse la decisión que se adopte antes.

La solución que propone esta autora -con la que yo estoy completamente de acuerdo- es la de implementar mecanismos de comunicación entre juzgados y árbitros. Quizá el camino sea establecer que el juez tiene la obligación, cuando se le solicita la adopción de una medida cautelar para un procedimiento arbitral, de comunicar dicha solicitud a los árbitros, requiriéndoles al mismo tiempo para que le informen sobre la eventual existencia de peticiones de medidas cautelares en el procedimiento arbitral que pudieran resultar contradictorias con las solicitadas judicialmente. Desde la perspectiva registral la única alternativa actualmente existente es la que ofrecen los principios hipotecarios de prioridad y rango. Si las medidas adoptadas son compatibles, el registrador las hará constar con la prioridad que corresponda al momento de su

²⁸⁷. MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2010, páginas 163 a 168.

presentación en el Diario. Si fueran contradictorias entre sí, la eficacia de la prioridad registral será excluyente, quedando cerrado el Registro cuando exista anotada otra medida cautelar que sea incompatible con la presentada después. Lógicamente la prioridad vendrá siempre referida al momento de la presentación en el Registro, con independencia de la fecha de la resolución judicial o del laudo que las haya acordado (arts. 17 y 24 LH).

b) ¿Qué requisitos deben concurrir para que se acuerde la adopción de una medida cautelar?

Sin perjuicio de lo que para cada medida cautelar en concreto se pueda exigir de acuerdo con sus características, podemos hablar de tres requisitos que generalmente se ha entendido que deben cumplirse para que pueda acordarse la adopción de una medida cautelar.

1.- Solicitud

Tanto en el caso de que las medidas cautelares las adopte un juez, como cuando las decide un árbitro, siempre existe el presupuesto previo de que sean solicitadas expresamente por la parte interesada. Nunca se adoptan de oficio. Tanto el artículo 732 de la LEC como el 23 LA dan por sentado la necesidad de dicha petición por parte de quien interesa la medida en cuestión. Por tanto, las medidas cautelares nunca se adoptan de oficio.

2.- Fumus boni iuris

Aunque, como en distintos momentos de esta obra se ha repetido, no cabe una aplicación supletoria de la LEC al procedimiento arbitral, no cabe duda de que resulta inevitable plantear en el arbitraje la aplicabilidad de muchos de los esquemas clásicos del sistema procesal civil. Uno de los requisitos que tradicionalmente se han exigido para la

viabilidad de una medida cautelar es lo que se conoce como *fumus boni iuris*²⁸⁸. Esto significa que, sin necesidad de prejuzgar sobre el fondo del litigio, existe una apariencia de buen derecho, de que la pretensión del actor es razonable. Nuestra LEC recoge este principio en el artículo 728. 2: «*El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito*». Debe quedar claro, como señala la STS de 19 de abril de 2006 que «*(...) la concesión de una medida cautelar, al igual que la determinación de sus efectos, no implica entrar a valorar el fondo del asunto, sino la valoración de la apariencia de buen derecho y, en último término, la procedencia y los efectos de levantar la medida cautelar con subordinación a lo decidido en el laudo*”.

La LA no hace mención a este requisito cuando alude a las medidas cautelares. Sin embargo, el silencio de la Ley no es óbice para que se pueda afirmar que también en el procedimiento arbitral es exigible la acreditación del *fumus boni iuris*. De hecho, la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, principal fuente de inspiración de la Ley de Arbitraje española, ha sido reformada en 2006 en todo lo referente a las medidas cautelares y, en cuanto ahora interesa, dispone en su artículo 17 A,1, b) que el solicitante de una medida cautelar deberá convencer al tribunal de que: «*existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal*».

Por tanto, coincido con BARONA VILAR²⁸⁹ cuando afirma que: «*la adopción de una medida cautelar por un árbitro que no exigiese este presupuesto del fumus boni iuris podría llegar a fundar una petición de anulación del laudo cautelar (denominado parcial en la LA/2003), y ello fundándose en el motivo del laudo contrario al orden público, en*

²⁸⁸. Véase, por ejemplo, el ATS de 2 de abril de 2013.

²⁸⁹. BARONA VILAR, S., *ob. cit.*, pág. 216.

cuanto comportaría una infracción de los componentes de equilibrio necesarios en el sistema cautelar».

En contra de este criterio se manifiesta GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN²⁹⁰, que sostiene que, aunque se trata de un requisito (lo mismo opina con respecto al *periculum in mora*, que tratamos a continuación) muy arraigado en la tradición procesal española, no es necesariamente exigible en el procedimiento arbitral. Para ello se basa en que la LA ha renunciado de un modo consciente a establecerlos. Y, por otro lado, las menciones recogidas en la Ley Modelo de UNCITRAL considera este autor que no son equiparables a lo establecido en la LEC. No comparto este criterio, dado que, si la LA no contiene normas específicas sobre los requisitos para adoptar medidas cautelares, no es porque desdeñe los elementos que podríamos considera esenciales en el sistema cautelar, sino porque, como ocurre en tantos otros aspectos, opta por una flexibilidad plena en el procedimiento arbitral. No de otra forma cabe entender a mi juicio la expresión que recoge la Exposición de Motivos cuando dice: «*La Ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar*».

Naturalmente compete al solicitante de la medida cautelar aportar la justificación suficiente que acredite la concurrencia de este *fumus boni iuris*. Si ya en el ámbito del proceso judicial el artículo 728.2 de la LEC ofrece bastante flexibilidad al permitir que dicha justificación se haga aportando datos, argumentos y justificaciones documentales, pero también, y en defecto de estos, por cualesquiera medios de prueba, con más razón esa flexibilidad será aun mayor en el caso del arbitraje. Pero, en todo caso la acreditación será imprescindible²⁹¹.

²⁹⁰. GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., "Comentario del artículo 23", *ob. cit.*, 2014, pág. 429.

²⁹¹. Así lo recuerda la STS de 16 de mayo de 2008 : «*no ha quedado justificada en la medida legal exigible la apariencia de buen derecho (arts. 728.2 y 735.2 LEC), cuyo requisito supone que se presenten por el solicitante datos, argumentos y justificaciones documentales, o por otros medios, que permitan fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; y aún cuando la apreciación no debe equipararse a un prejuicio del asunto, como explícitamente señala el art. 728.2, si es preciso que tenga la entidad de un juicio de probabilidad cualificada*».

3.-Periculum in mora

Al igual que ocurría con el requisito anterior, tampoco aquí hay una previsión explícita LA. La única referencia legal la volvemos a encontrar en la LEC, cuyo artículo 728.1 dispone: *«Solo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces»*. Pero parece obvio que, dada la propia naturaleza de las medidas cautelares, también en el arbitraje sea necesario que quede acreditado la existencia de este requisito para adoptar una de dichas medidas. Quizá por ello la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, en la reforma que se le introdujo en el año 2006, haya dispuesto en su artículo 17 A, 1, a) que el solicitante de la medida cautelar ha de convencer al Tribunal de que: *«de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada»*.

Por tanto, lo que debe acreditarse al juez o al árbitro es la existencia de un peligro de que, si no se adopta la medida cautelar en cuestión, se produzca un daño irreparable que dejará sin efecto en la práctica el laudo final. Desde el punto de vista de las medidas cautelares que tienen reflejo registral a través de una anotación preventiva, debe ponerse de manifiesto que si dicha anotación no se practica, el juego de los principios hipotecarios podrá convertir el laudo final en papel mojado frente a posibles terceros protegidos. Es por ello por lo que la prueba de ese peligro será bastante sencilla en casos como el de la anotación de la demanda, en los que se trata simplemente de conectar el proceso y el Registro, a fin de enervar el juego de los principios hipotecarios. Muy clarificadora al respecto resulta la SAP de Granada de 21 de noviembre de 2012: *«Sentado cuanto*

antecede y teniéndose en cuenta que la acción que se ejercita en la demanda de 18-11-2011, es declarativa de dominio y de nulidad de declaración de obra nueva hecha por el demandado a su favor, que ha accedido al Registro el día 14-7-2011, es claro el riesgo objetivo que para la ejecución de la sentencia que se dicte se deriva, por si mismo, del tiempo preciso para la tramitación del procedimiento hasta sentencia firme, en relación con los principios del Registro de la Propiedad, ante una hipotética venta a tercero de los inmuebles por el actual titular registral, así como de cualquier otro acto jurídico de trascendencia hipotecaria promovido o no por aquel (embargos, adjudicaciones, constitución de cargas reales...). No debemos olvidar que el "periculum in mora" se fundamenta en el riesgo que la dilación temporal que el desarrollo de un proceso puede provocar y que, derivado de ello, pueda devenir imposible luego la ejecución y obtener, en definitiva, la tutela judicial pretendida. Por ello no será preciso proponer prueba alguna al respecto, tampoco sobre la posible insolvencia del demandado ni de su intención de transmitir la finca, en tanto que basta la mera posibilidad de que, en razón a las características de la acción y principios hipotecarios, puede hacer imposible la ejecución de la sentencia, con independencia de la solvencia del demandado».

Por último, debemos señalar que este requisito es exigible aun en los casos en los que el *fumus boni iuris* es tan intenso que casi anticipa el resultado final del procedimiento. En este sentido podemos citar el AAP de Madrid de 13 de julio de 2015: *«la intensidad del fumus boni iuris que aprecia la resolución recurrida no excusa de la exigencia de periculum in mora. Nos encontramos ante dos presupuestos diferenciados y de ineludible concurso, sin que la norma contemple, en relación con el segundo, ninguna atemperación en función de la solidez del primero».*

4.- Caución

Parece evidente que la adopción de una medida cautelar puede, en ocasiones, provocar daños y perjuicios al demandado. Así, que se decrete la prohibición de enajenar una finca o que se decida la suspensión de la ejecución de un acuerdo societario, pueden general claros perjuicios económicos si es que al final terminan desestimándose las pretensiones del demandante. Debe advertirse que la responsabilidad de quien solicita la

medida cautelar, en caso de que se acredite por el que la soporta que ha sufrido los correspondientes perjuicios, es de carácter objetivo. Así, recuerda la STS de 29 de octubre de 2015 : *«No obstante, conviene precisar la naturaleza de la acción de que se trata y en este sentido ha de afirmarse que el hecho de venir amparada en el artículo 1902 del Código Civil no ha de variar la propia consideración que el legislador ha hecho sobre el ejercicio de tal derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que hubiera podido causar la adopción de medidas cautelares, que pudieran calificarse de injustificadas según el resultado del proceso. Es la LEC la que se refiere a dichas reclamaciones y así cuando el artículo 745 , para el caso de alzamiento de las medidas, dice que «se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 742 respecto de los daños y perjuicios que hubiere podido sufrir el demandado», está poniendo de manifiesto, por un lado, que no se entienden producidos tales daños o perjuicios "ex re ipsa" ya que se refiere a unos daños hipotéticos que han de alegarse y justificarse; y por otro que, acreditada la existencia de los mismos, no puede quien instó la medida alegar inexistencia de mala fe por su parte para eximirse de la obligación indemnizatoria, pues lo mismo que ha de satisfacer las costas cuando es condenado en virtud del principio de vencimiento objetivo, con independencia de la buena o mala fe en su actuación procesal, también ha de asumir el riesgo derivado de su petición de medidas cautelares. De ahí que la configuración legal venga a establecer una responsabilidad de carácter objetivo, pero condicionada en su exigencia a la demostración de los concretos daños o perjuicios sufridos. Ello resulta claramente también de lo dispuesto por el artículo 742 cuando habla de “daños y perjuicios que, en su caso, hubiera producido la medida cautelar revocada” y conecta con el artículo 712 y siguientes, a los que se remite, exigiendo concretamente el artículo 713.1 que “junto con el escrito en que se solicite motivadamente su determinación judicial, el que haya sufrido los daños y perjuicios presentará una relación detallada de ellos, con su valoración, pudiendo acompañar los dictámenes y documentos que considere oportunos“».*

En atención a estas consideraciones el legislador ha previsto la figura de la caución suficiente como requisito para la adopción y ejecución de una medida cautelar. La LEC prevé en su artículo 728.3 que: *«Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de*

manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado». Por su parte la LA establece en el segundo inciso del artículo 23.1: «Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante». La Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, en la reforma que se le introdujo en el año 2006, ha dispuesto en su artículo 17, E, 1: «El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante de una medida cautelar que preste una garantía adecuada respecto de la medida».

Debemos aclarar algunos extremos:

4.1.- ¿Es obligatoria la constitución de la caución ?

De la letra de los preceptos que antes hemos transcrito resulta con claridad que no necesariamente se va a exigir la caución para la adopción de una medida cautelar. Las expresiones “*Salvo que expresamente se disponga otra cosa*”, o “*Los árbitros podrán exigir*”, ponen de manifiesto que el juez o los árbitros pueden exigir o no la caución en atención a diversas circunstancias. Ahora bien, parece que el régimen es diferente. En el caso de que la medida cautelar la adopte un juez, la LEC parte de que la regla general es la exigencia de caución, dado que solo no será necesaria cuando “*expresamente se disponga otra cosa*”. Sin embargo, si es el tribunal arbitral quien actúa, la caución se pedirá solo cuando los árbitros lo exijan expresamente (“*Los árbitros podrán exigir*”).

Desde el punto de vista registral es muy interesante la RDGRN de 18 de diciembre de 2017²⁹². Considera el Centro Directivo que, en efecto, puede el juez al acordar la

²⁹².Dice así el último párrafo del quinto fundamento de Derecho de esta Resolución: «*De la lectura de estos preceptos y del conjunto de la normativa recogida en el Título VI del Libro III de la LEC, parece deducirse que, aunque la prestación de caución constituye normalmente un presupuesto necesario para la adopción de una medida cautelar, cabe la posibilidad de que el juez estime en un caso concreto que dicha caución no es necesaria. Se trata de cualquier caso de una cuestión procesal sobre las que las partes pueden argumentar en el procedimiento y que, en último término, dependerá de la decisión del juez. Y, desde luego, no corresponde al registrador, dentro de los márgenes en que ha de moverse la calificación de los*

medida exigir o no exigir la caución, y que, en cualquier caso, la exigencia de dicha caución y su efectiva prestación, son cuestiones que quedan fuera del alcance de la calificación registral.

4.2.- ¿Qué circunstancias determinan que se exija o no caución y su cuantía?

La LA no recoge otras normas que la breve referencia que antes he reproducido. Por lo que respecta a la LEC, encontramos dos normas encaminadas a ofrecer criterios para tener en cuenta a la hora de decidir sobre la procedencia o no de la caución y sobre su alcance. Se trata de los párrafos 2º y 4º del artículo 728.3 : *«El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida», y «En los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados»*. A la vista de estos preceptos podemos señalar tres elementos de referencia que el juez o el árbitro han de tener en consideración a la hora de decidir si se debe prestar caución y la cuantía de ésta:

- Naturaleza y contenido de la propia medida cautelar que se solicita. Lógicamente puede provocar muchos más perjuicios la orden de no poder disponer de una finca o derecho, o la de suspender la ejecución de un acuerdo de la junta general de una

documentos judiciales (artículo 100 del Reglamento Hipotecario), exigir la acreditación de que se ha prestado dicha caución. Si, en efecto y como será habitual, la resolución judicial ha exigido su prestación, es competencia del propio juez verificar, antes de cualquier acto de cumplimiento de la misma, y por lo tanto de la expedición del mandamiento ordenando la extensión de la anotación preventiva, que la caución se ha prestado en la forma y cuantía determinada por la resolución que la acordó (vid. artículo 737 de la LEC). Y si, por el contrario, excepcionalmente el juez ha decidido que no es necesario prestar caución, tampoco puede el registrador revisar esta decisión que sobre el fondo del asunto ha tomado la autoridad judicial. No puede por ello mantenerse el segundo defecto apreciado por el registrador en su nota».

sociedad, que la mera anotación de una demanda que no hace otra cosa que dar publicidad al proceso para que los terceros se vean vinculados por el mismo. Debemos volver a citar la muy ilustrativa SAP de Granada de 21 de noviembre de 2012 : *«La anotación preventiva, como auténtica medida cautelar, implicará la invalidez de la enajenación o gravamen realizados después de la anotación aunque solo en cuanto que sean contrarios al fallo judicial que se ejecuta pues, como recogen las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 4 de julio de 1919 y de 23 de julio de 1910, la anotación es una limitación específica de la facultad de disponer que si bien permite el tráfico jurídico del objeto registrable afectado, ello es sin perjuicio del derecho del anotante. Las sentencias del Tribunal Supremo, como las 22 de abril de 1952 y la de 20 de enero de 1976, resaltan este efecto principal de asegurar la retroacción del fallo. Por todo ello en la mayoría de los casos esta medida resultará escasamente trascendente para el titular del bien a que se refiere, al resaltar su aspecto meramente publicitario frente a terceros, que en ningún caso priva a la parte de sus derechos dominicales con relación al bien sobre el que recae la anotación, mientras que aporta notables ventajas en cuanto a la plena efectividad de la sentencia. (...) En este caso, dado que la medida instada lo único que comporta es publicitar la realidad de la existencia del litigio sobre la propiedad de los inmuebles a que se refiere, la existencia de fundamentación razonable al respecto, así como que en cualquier caso, la buena fe contractual exigible exigirá que el titular registral actual deber de informar a cualquier tercero con el que pudiera contratar, sobre la existencia del litigio, se considera suficiente la caución ofrecida de 2000 €. El valor de los inmuebles en estos casos en que la medida tiene la escasa trascendencia a que aludíamos no servirá como parámetro a este fin, sin que por lo demás la parte contraria sustente argumentos razonables, su pretensión de un millón de euros de caución».*

- La mayor o menor intensidad con que se hayan acreditado la concurrencia de los dos fundamentos que permiten adoptar la medida cautelar: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

- Conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas que rodeen al proceso y que influyan en la determinación de la existencia de mayores o menores daños que hipotéticamente pueda producir la medida cautelar.

4.3.- ¿Pueden las partes del proceso arbitral excluir la necesidad de prestar caución ?

Considerando la especial importancia que tiene la autonomía de la voluntad en el arbitraje, surge la duda de si es posible el pacto, recogido en el convenio arbitral o confirmado expresamente al inicio del procedimiento, por el que se consienta la posibilidad de adoptar medidas cautelares (cualquiera de ellas o alguna en concreto) sin necesidad de constituir caución. Según BARONA VILAR²⁹³: *«No parece razonable entender como pactable, negociable o renunciable la caución, dado que es un elemento que conforma y posibilita legalmente la realización de los actos de ejecución de la medida; lo que sí podría renunciarse, porque es decisión volitiva de la parte, es la solicitud y adquisición, en su caso, de una reparación por los posibles daños y perjuicios que hubiere ocasionado la adopción de una medida que posteriormente se demuestra que nunca debió ser adoptada».*

Yo no estoy de acuerdo con esta opinión. Creo que, a diferencia de lo que ocurre con los otros dos presupuestos (el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*), la caución no es un elemento estructural que resulte indisponible a las partes. Si se adopta, por ejemplo, una medida cautelar sin que se haya acreditado el *periculum in mora*, se violentaría la propia esencia y sentido de la función cautelar. Por el contrario, si no se exige la caución porque las partes así lo han acordado, lo único que ocurre es que ambas habrían renunciado a tener cubierta la indemnización de los eventuales daños que una medida inadecuadamente adoptada les pudiera producir.

²⁹³. BARONA VILAR, S., *op. cit.*, pág. 235.

5. Funcionalidad y proporcionalidad

Si el fundamento de la justicia cautelar se encuentra en la necesidad de evitar que se frustre la efectividad de la futura sentencia o laudo, parece lógico exigir que las medidas que en concreto se adopten respondan a estos dos parámetros²⁹⁴.

En primer lugar, una medida cautelar ha de ser adecuada para cubrir el riesgo que amenaza la efectividad del laudo futuro. A ello apunta la regla 1ª del artículo 726.1 de la LEC al establecer como característica esencial de cualquier medida cautelar: «*Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente*». Así, por ejemplo, si nos encontramos en un procedimiento arbitral en el que se discute la ejecución de un contrato de opción de compra que puede suponer la transmisión de la propiedad de una finca, el peligro que se cierne sobre la efectividad del futuro laudo es que el titular actual de la finca la transmita a un tercero que, a través del juego de la fe pública, se sitúe en una posición inatacable frente a ese laudo. Lógicamente la medida adecuada para enervar ese riesgo es la anotación de demanda.

Pero además la medida adoptada debe ser proporcional. Es decir, el daño que provoque sobre el patrimonio del afectado por ella (toda medida cautelar lo provoca) ha de ser el menor de los posibles y, en todo caso, siempre inferior que aquél que persigue evitar. Si el procedimiento arbitral tiene por objeto una reclamación pecuniaria, puede ser adecuado y proporcional acordar un embargo preventivo que asegure el cobro de suma adeuda, pero puede resultar claramente desproporcionado ordenar la prohibición de enajenar los bienes del demandado. Así se desprende de lo señalado en la regla 2ª del 726.1 de la LEC: «*No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado*».

²⁹⁴. En esta línea puede consultarse el ATS de 3 de junio de 2011.

c) ¿Cabe que las partes renuncien a la posibilidad de que se adopten medidas cautelares?

En coherencia con el principio de autonomía de la voluntad que subyace a lo largo de toda la LA, el artículo 23 comienza diciendo: «*Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio*». El precepto plantea no pocos interrogantes interpretativos. Tomando como referencia a MALLANDRICH MIRET²⁹⁵, intentaré aclarar algunos de ellos:

- Entiendo que a la expresión recogida en el artículo 23 debe aplicársele lo establecido en las letras a y b del artículo 4 de la misma Ley de Arbitraje. En consecuencia, no solo las partes son las que pueden excluir la facultad de los árbitros de adoptar medidas cautelares, sino que también dicha exclusión venga determinada por el reglamento de la corte arbitral a la que esté sometido el arbitraje, o, incluso, que tal decisión sea tomada por un tercero por vía de delegación.
- Respecto del momento en que puede acordarse la exclusión de la facultad de los árbitros de adoptar medidas cautelares, aunque lo más lógico es que tal acuerdo se incluya en el convenio arbitral, no hay obstáculo para que se pueda adoptar posteriormente.
- Sí que entiendo que es necesario que la exclusión de esta facultad se haga de manera expresa, ya sea en el convenio, ya en el reglamento de la institución arbitral. El mero silencio ha de interpretarse en sentido favorable a que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares.
- Mucho más dudoso es que las partes que firman un convenio arbitral puedan pactar la prohibición de solicitar la adopción de medidas cautelares por vía judicial. Hay algunos autores²⁹⁶ que lo admiten sin problema. Otros²⁹⁷, por el contrario, lo niegan de forma absoluta, considerando que se estaría vulnerando el principio

²⁹⁵. MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, págs. 73 a 84.

²⁹⁶. ORTEGO PÉREZ, F., “Las medidas cautelares en el arbitraje (reflexiones sobre la potestad cautelar de los árbitros)”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, volumen XX, 2005, pág. 224.

²⁹⁷. CUCARELLA GALIANA, L.A., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, pág. 204.

constitucional de tutela judicial efectiva. Yo creo que debemos conjugar dos principios que están presentes en el arbitraje. Por un lado, el juego de la autonomía de la voluntad, que está en la base misma del arbitraje y que nos llevaría a admitir sin más esta posibilidad. Por otro el de tutela judicial efectiva, que, como ya hemos comentado en otras partes de este trabajo, también queda adecuadamente satisfecho en el procedimiento arbitral en tanto se ha de garantizar que el sistema alternativo de resolución de conflictos que las partes han escogido les ofrece garantías equivalentes a las que tiene el procedimiento judicial. Por ello me parece muy sugerente la postura que acogen BARONA VILAR²⁹⁸ y MALLANDRICH MIRET²⁹⁹. Para estas autoras lo esencial es que no quede excluida con carácter absoluto la posibilidad de la adopción de medidas cautelares. Por tanto, solo será posible pactar que no se puedan solicitar judicialmente si no se ha pactado la exclusión de tal potestad para los árbitros. Y, por supuesto, no se puede prohibir la solicitud judicial de medidas cautelares en el momento anterior a la designación de los árbitros (medidas cautelares *ante causam*), si no se ha previsto un sistema alternativo que permita su adopción.

- En esta misma línea se podrá cuestionar si es posible que las partes en el convenio arbitral pacten el elenco de medidas cautelares que van a ser susceptibles de adoptar en el proceso arbitral. BARONA VILAR³⁰⁰ solo admite esta posibilidad en aquellos casos en los que el convenio arbitral recoge *«una delimitación no ya de la relación jurídica que genera el conflicto, sino del conflicto mismo y de lo que, dentro del conflicto, se va a convertir en el objeto del proceso arbitral, es decir, si está pergeñado el núcleo de la pretensión y la resistencia procesales, no existe óbice a configurar, también por las partes, en atención a la situación jurídica cautelable, la medida o medidas cautelares que, en su caso, podrán ser solicitadas y acordadas»*. Por mi parte no creo que deba adoptarse una postura tan restrictiva. Si hemos admitido la posibilidad de que se pacte la exclusión de medidas cautelares con carácter general, con más razón debemos admitir que sean las partes las que fijen en el convenio qué medidas concretas son las que se pueden adoptar.

²⁹⁸. BARONA VILAR, S., *op. cit.*, pág. 153.

²⁹⁹. MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, págs. 79 a 84.

³⁰⁰. BARONA VILAR, S., *op. cit.*, págs. 156 y 157.

- Y si, a pesar de la prohibición expresa de las partes, o de la restricción a una serie de medidas concretas, una de ellas pide el establecimiento de medidas cautelares y el juez o el árbitro las adopta contraviniendo esos límites. ¿Debe el registrador rechazar la práctica de la anotación preventiva solicitada, si le consta, por estar inscrito el convenio, que existía el acuerdo de excluir la facultad de adopción de medidas cautelares? En mi opinión no. Precisamente por el peso que tiene la autonomía de la voluntad en el proceso arbitral, considero que solo las partes son las que pueden hacer valer esta limitación. Las medidas cautelares se habrán adoptado por medio de un laudo o de la correspondiente resolución judicial. Tanto en un caso como en otro, ambas partes habrán tenido ocasión de defender su derecho y si no han alegado nada al respecto, lo lógico sería entender que han desistido del acuerdo inicial sobre la posibilidad de pedir dichas medidas. Y en todo caso, a la parte que no ha pedido la medida cautelar le quedará la posibilidad de recurrir la resolución judicial o de ejercitar la acción de anulación del laudo. Como veremos más adelante, para practicar una anotación preventiva no se exige la firmeza de la resolución judicial ni tampoco que se acredite que ya no es posible ejercer la acción de anulación del laudo.

d) Situaciones de concurso de acreedores

En caso de que alguna de las partes haya sido declarada en concurso, sin perjuicio del estudio más profundo que haremos sobre esta cuestión al analizar la inscripción del laudo definitivo, conviene tener en cuenta lo que dice el artículo 54 del TRLC: *«Medidas cautelares. 1. La jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso se extiende a cualquier medida cautelar que afecte o pudiera afectar a los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera acordado, excepto las que se adopten en los procesos civiles sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, así como de cualquiera de las adoptadas por los árbitros en el procedimiento arbitral. 2. Si el juez del concurso considerase que las medidas adoptadas por otros tribunales o autoridades administrativas pueden suponer un perjuicio para la adecuada tramitación del concurso de acreedores, acordará la suspensión de las mismas, cualquiera que sea el órgano que*

las hubiera decretado, y podrá requerirle para que proceda al levantamiento de las medidas adoptadas. Si el requerido no atendiera de inmediato al requerimiento, el juez del concurso planteará conflicto de jurisdicción, conflicto de competencia o cuestión de competencia, según proceda».

e) ¿Puede solicitarse la adopción de medidas cautelares antes de que se inicie el procedimiento arbitral?

La respuesta es claramente afirmativa. El artículo 11.3 LA establece que *«El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas».* Y el 722 de la LEC *«Podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales».*

La intervención del juez está permitida en este caso, sin que frente a ella quepa alegar declinatoria basada en la existencia del convenio arbitral. De igual manera, el hecho de acudir a los tribunales para pedir la adopción de una medida cautelar no significa que las partes renuncien a acudir posteriormente a un procedimiento arbitral para discutir el fondo de la controversia. En este sentido se manifiesta la STS de 19 de abril de 2006: *«No es obstáculo a esta conclusión que, como ocurre en el supuesto planteado, la existencia del convenio arbitral no haya sido puesto de relieve en sede cautelar, pues el momento del embargo no es el idóneo para oponerse al fondo del asunto ni para formular excepciones que están reservadas a la contestación a la demanda. En consecuencia, la petición de una medida cautelar, en este caso el embargo preventivo de buque, existiendo un convenio arbitral, no implica renunciar al arbitraje pactado, como tampoco el hecho de hacer valer la cláusula arbitral en el proceso principal posteriormente entablado».*

Lo que ocurre es que estos preceptos solo atribuyen competencia para ello a los jueces, sin hacer referencia explícita a los árbitros. Es verdad que, mientras que no se inicia el proceso arbitral, no existen árbitros (se exceptúa el caso de que el convenio arbitral designe nominativamente al árbitro *ad hoc*), dado que, a diferencia de los jueces,

no constituyen un órgano permanente, sino que se designan cuando el procedimiento comienza. No obstante, la práctica arbitral internacional ha ido dando carta de naturaleza a la posibilidad de que las partes puedan solicitar la adopción de medidas cautelares a un tercero antes de que sean nombrados los árbitros. Estos son los denominados árbitros de urgencia o de emergencia. El principio de autonomía de la voluntad que preside el arbitraje es el que permite que se pacte en el convenio arbitral esta posibilidad o que tal extremo esté previsto en el reglamento de la respectiva corte arbitral.

En España algunas cortes arbitrales han introducido en sus reglamentos esta figura del arbitro de urgencia o emergencia³⁰¹. Podemos citar en este sentido el artículo 15.4 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje de 9 de mayo de 2016: «*Cuando una parte requiera una medida urgente previa a la constitución del tribunal, la Corte podrá nombrar un árbitro de urgencia para decidir la solicitud de medidas urgentes, previa audiencia de las partes y conforme a lo previsto en el reglamento. Sus competencias serán idénticas a las del Tribunal arbitral previstas en el Art 14 del Reglamento, cesando en sus funciones una vez constituido el mismo. El Tribunal arbitral podrá confirmar, modificar o anular el laudo provisional u orden dictado por el árbitro de urgencia. El árbitro de urgencia no podrá actuar como miembro del tribunal salvo acuerdo en contrario de las partes*». O, el artículo 37 de la Corte de Arbitraje de Madrid de 25 de julio de 2014: «*Con anterioridad de la constitución del tribunal arbitral cualquiera de las partes podrá solicitar el nombramiento de un Árbitro de Emergencia para que acuerde medidas cautelares o de anticipación o aseguramiento de prueba urgentes (“Medidas Urgentes”). El nombramiento del Árbitro de Emergencia se regulará por lo dispuesto en el Anexo 2 del presente Reglamento. Las decisiones adoptadas por un Árbitro de Emergencia, así como las razones en las que se basan, no serán vinculantes para el tribunal arbitral. El tribunal arbitral podrá revocar o modificar cualquier decisión tomada por el Árbitro de Emergencia*». También recientemente el Tribunal Arbitral de Barcelona ha aprobado un Reglamento específico, aplicable desde el 1 de septiembre de 2014, que regula la figura que denomina como *arbitro de emergencia*, y

³⁰¹. Sobre una visión práctica de la figura puede verse ARIAS, D., "El procedimiento de árbitro de emergencia: una visión práctica", en *Anuario de arbitraje 2016*, coordinado por G. JIMÉNEZ-BLANCO, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 141-156.

que justifica en los siguientes términos: «*Con la aprobación de este reglamento relativo al Árbitro de Emergencia, el Tribunal Arbitral de Barcelona, se une a la tendencia seguida por otras instituciones arbitrales de ámbito internacional y nacional y da respuesta a la necesidad de aquellas partes en conflicto que, ante el vacío decisorio en la fase prearbitral del procedimiento arbitral, las llevaría a tener que acudir inexorablemente a la jurisdicción complementaria de los tribunales ordinarios, cuya intervención por definición han excluido, por no tener siquiera la opción de ver las medidas adoptadas en sede arbitral al que libremente confiaron la resolución de sus conflictos.*»

Creo que debe reconocerse a las decisiones de estos árbitros de urgencia o emergencia el mismo efecto que a las que adopten los árbitros del procedimiento que resuelven sobre el fondo de la controversia.

En cualquier caso, entiendo que para que se puedan adoptar estas medidas cautelares *ante causam*, además de los requisitos generales exigidos para toda medida cautelar, deben concurrir estos dos:

1.- Urgencia

El artículo 730.2 de la LEC exige este requisito en los siguientes términos: «*Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad*». La urgencia de la que hablamos aquí va más allá del concepto de *periculum in mora* a que hemos hecho alusión al analizar los requisitos generales. Como señala BARONA VILAR³⁰², pueden señalarse dos notas al respecto: «1) *Se debe tratar de una situación en la que la respuesta judicial rápida, o lo más inmediata posible, deviene incompatible con el tiempo necesario para la preparación y presentación de la demanda.* 2) *Se debe tratar de una situación de*

³⁰². BARONA VILAR, S., *op. cit.*, págs. 250 y 251.

necesidad que puede paliarse mediante la adopción de la medida cautelar, y no de otro modo, so pena de incurrir en un claro fraude procesal»³⁰³.

También la jurisprudencia ha examinado y aclarado el alcance de este requisito de la urgencia o necesidad. Podemos citar el AAP de Madrid de 24 de febrero de 2012 que señala: *«Es reiterada la jurisprudencia que califica la solicitud de las medidas cautelares, con carácter previo a la demanda, como un supuesto excepcional, respecto de la solicitud de medidas cautelares con la demanda principal. Por este motivo, como se ha mencionado, junto con los requisitos básicos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora, se exige al solicitante un requisito adicional: razones de urgencia o necesidad. En este sentido, cabe citar el AAP de Madrid, de 22 de enero de 2010, que manifestó: "Además, para la tramitación y, en consecuencia, para la adopción de una medida cautelar con carácter previo a la demanda, el artículo 730.2 de la LEC exige que el solicitante no solo alegue sino que también acredite razones de urgencia o necesidad". En idéntico sentido se pronuncia el AAP de Barcelona, de 30 de marzo de 2006, que sostuvo: "La urgencia en obtener tutela jurisdiccional es cosa sustancialmente distinta de la justicia cautelar, que como vemos tiene sus propios objetivos y presupuestos. La urgencia puede justificar la búsqueda de una medida cautelar con especial premura, antes incluso de presentar demanda alguna, en cuyo caso deberá presentarse ésta en el plazo de 20 días, con posible condena posterior en costas e indemnización de los daños y perjuicios causados al adoptar las medidas (art. 730/2 LEC)". A mayor abundamiento, cabe citar el AAP de Madrid, de 4 de diciembre de 2008, que declaró: "La solicitud de medidas cautelares con carácter previo a la demanda se configura de este modo como un supuesto excepcional respecto del ordinario, previsto en el art. 730.1 de la LEC, consistente en la solicitud de tales medidas con la demanda principal. El requisito adicional exigido por el citado art. 730.2 de la LEC ("razones de urgencia o necesidad") no puede ser confundido o identificado con el del peligro en la demora propio de todas las medidas cautelares y previsto en el art. 728.1 de la LEC, consistente en que se justifique que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendency del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones*

³⁰³. En la misma línea, GASCÓN INCHAUSTI, F., *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs, Barcelona, 1999, págs. 43-44.

que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. De operarse esa confusión o identificación, la solicitud de medidas cautelares con carácter previo a la presentación de la demanda quedaría desprovista de singularidad, y el requisito adicional del art. 730.2 de la LEC resultaría vaciado de significado. Sin embargo, no puede considerarse en principio que ningún contenido de una disposición legal, en este caso el art. 730.2 de la LEC, sea superfluo o carezca de significado". En la misma línea, también puede mencionarse el AAP de Madrid, de 20 de diciembre de 2.007, que proclamó: "...Junto con los requisitos básicos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora propios de las medidas cautelares en general (art. 728.1º y 2º de la LEC), el art. 730.2 de la LEC, que regula la solicitud de medidas cautelares con anterioridad a la presentación de la demanda, exige otro requisito adicional, consistente en la alegación y acreditación de "razones de urgencia o necesidad" que justifiquen la adopción de las medidas cautelares con carácter previo a la presentación de la demanda"».

2.- Inminencia del arbitraje

La propia naturaleza de las medidas cautelares y su necesario carácter provisional hacen preciso que solo puedan adoptarse medidas *ante causam* cuando la iniciación del procedimiento arbitral va a ser inmediata. Si una medida de esta índole se adopta y el procedimiento arbitral no se inicia en breve plazo, lo procedente debe ser su levantamiento.

En el caso de los procesos judiciales es muy sencillo conciliar esta exigencia. Así, el párrafo segundo del artículo 730.2 de la LEC dispone: «*En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción. El secretario judicial, de oficio, acordará mediante decreto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas*».

Por el contrario, en el caso del arbitraje la complicación es mucho mayor. Aparentemente el artículo 730.3 de la LEC trata de dar la solución: *«El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral»*. Pero el problema viene por el hecho de que este precepto mantiene su redacción original, mientras que el artículo 722 de la propia LEC ha cambiado sustancialmente para adaptarse a la LA. En efecto, conforme a lo que establecía el artículo 22 de la anterior Ley de Arbitraje: *«El procedimiento arbitral comienza cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraj»*. Por ello el artículo 722 de la LEC, en su redacción original, decía: *«Podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento»*. Dado que solo se admitían medidas *ante causam* en estos dos casos (cuando exista petición de formalización judicial de arbitraje, o cuando se trate de un arbitraje institucional), y considerando que el arbitraje no se entendía iniciado hasta que los árbitros notificaban su aceptación, era muy sencillo saber que se estaban ya realizando actuaciones encaminadas a un procedimiento arbitral y que las medidas que se adoptasen quedarían sin efecto cuando los árbitros aceptasen su encomienda y comenzase el procedimiento en sí, a menos que se decidiera por parte de dichos árbitros su mantenimiento.

Sin embargo, en la actualidad el artículo 27 LA fija el comienzo del arbitraje en el momento en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje. Por ello se modificó el artículo 722 de la LEC, que ahora dice: *«Podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales»*. No se adaptó, en cambio, la letra del artículo 730.3 de la LEC. No obstante lo cual, creo que sigue siendo necesario que para solicitar una medida cautelar *ante causam* se acredite de alguna forma la intención inmediata de proceder a iniciar un procedimiento arbitral. Cuando las medidas se pidan a

los llamados árbitros de urgencia que algunas Cortes están estableciendo, la propia puesta en marcha de esta petición acredita que la institución arbitral, de acuerdo con su reglamento, va a garantizar que el arbitraje se llevará a efecto en un plazo breve o, en caso contrario, podrá acordar el alzamiento de dicha medida. Pero si la medida se solicita al juez, no existe ninguna previsión al respecto. En estos casos quizá lo procedente sea que el propio juez fije unos plazos breves para que se le acredite que se ha iniciado el procedimiento arbitral, en los términos del artículo 27 LA, so pena de ordenar el inmediato alzamiento de la medida cautelar.

f) Forma que ha de revestir la decisión de los árbitros

En el caso de que las medidas sean adoptadas por un juez la LEC (artículo 735) deja bien claro que se ha de dictar un auto. Por el contrario, la LA da a los árbitros mucha más libertad al respecto. El artículo 23.2 admite que la decisión arbitral en materia de medidas cautelares puede revestir cualquier forma. Por tanto, puede dictarse un laudo, una orden... En principio la forma no afecta a la ejecutabilidad y la posibilidad de solicitar la anulación.

No obstante, debemos tener en cuenta³⁰⁴ que los reglamentos de algunas instituciones que administran el arbitraje³⁰⁵ prevén que los laudos, antes de ser dictados, se sometan a un control previo por la propia corte arbitral. Ello, como es obvio, puede producir un retraso que a veces resulta incompatible con la urgencia propia de las medidas cautelares. Por esa razón es posible que los árbitros pudieran inclinarse por adoptar medidas cautelares por medio de un instrumento distinto de un laudo. Por eso, por ejemplo, el artículo 36.4 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid de 25 de julio de 2014, y el mismo artículo del Reglamento de la Corte del Colegio de Abogados de Madrid de 20 de julio de 2010 establecen: «*La adopción de medidas cautelares o*

³⁰⁴. Como recuerda GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., *op.cit.*, págs. 431 y 432.

³⁰⁵. Así, por ejemplo, cabe citar el artículo 30 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje de 1 de septiembre de 2019, el artículo 42 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid de 25 de julio de 2014, el artículo 41 del Reglamento de la Corte del Colegio de Abogados de Madrid de 20 de julio de 2010, o el artículo 47 del Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) de 30 de octubre de 2020.

provisionales podrá revestir la forma de orden procesal o, si así lo pidiera alguna de las partes, de laudo».

g) ¿Es imprescindible el mandamiento judicial para practicar una anotación preventiva acordada por un árbitro?

En relación con la práctica de anotaciones preventivas, que son las medidas cautelares que interesan desde una perspectiva registral, hemos de resolver la duda fundamental de si será o no preciso el correspondiente mandamiento judicial, aunque la medida la hayan acordado los árbitros. En cierta manera tenemos que anticipar aquí algunas de las cuestiones que abordaré con más profundidad y extensión cuando analice la inscripción del laudo. Debemos partir de una matización previa. Es cierto que, como señala un importante sector de nuestra doctrina³⁰⁶, la LA nació con la clara vocación de configurar un marco normativo completo en materia arbitral. Ello implica que no se pueda hablar de una automática y mecánica aplicación supletoria de la LEC en todo aquello que la Ley de Arbitraje no regule expresamente. Por el contrario, cuando hablamos de la práctica de asientos registrales, es incuestionable la aplicación de la Ley Hipotecaria. Como afirma MALLANDRICH MIRET³⁰⁷, «*la normativa registral es aplicable siempre, con independencia del tipo de documento o procedencia del mismo, siempre que aquello que se pretenda sea la inscripción o la anotación del mismo en el registro*».

Partiendo de esta premisa, la clave está en el alcance que le queramos dar al principio del *equivalente jurisdiccional* que expuse al comienzo de este trabajo. Por el momento la postura mayoritaria, y que ha sido asumida por la DGRN en las RR de 20 de febrero de 2006 y de 16 de julio de 2018, es contraria a la práctica de una anotación aportando directamente el laudo arbitral por el que se acuerda la medida cautelar³⁰⁸.

³⁰⁶. Por todos puede verse a MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *op. cit.*, pág. 199.

³⁰⁷. MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, pág. 261.

³⁰⁸. Dada la trascendencia de estos dos fallos, transcribo sus fundamentos de derecho: A) Resolución de 20 de febrero de 2006: «*Vistos los artículos 18, 19, 16, 42 y 326 de la Ley Hipotecaria; artículo 165 del Reglamento Hipotecario, artículos 548, 721, 730, 731 y 738 de la LEC, y artículos 8, 11, 23 y 44 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje. 1. En el presente recurso se pretende la inscripción de una*

anotación preventiva de prohibición de disponer sobre dos fincas registrales, en base a un acta de protocolización de un laudo arbitral en el que se acuerda esa medida en garantía de los derechos de una de las partes en conflicto, para asegurar el buen fin de una escritura pública de compra-venta, cuyo otorgamiento en unas determinadas condiciones, es acordado en el propio laudo. El Registrador de la Propiedad, deniega la práctica de esa anotación, por entender, que esa decisión arbitral es una medida cautelar que sólo puede practicarse en virtud de mandamiento judicial. 2 Debiendo quedar limitado el recurso gubernativo a las cuestiones que resulten de la nota de calificación (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria), no puede pronunciarse este Centro Directivo sobre la inscripción de los laudos arbitrales y sobre las condiciones y requisitos que para ello deberían reunir de conformidad con los principios que inspiran la legislación hipotecaria, ni sobre si la anotación preventiva acordada por los árbitros reúne los presupuestos necesarios para su concesión (cfr. art. 23.1 de la Ley de Arbitraje), debiendo quedar limitado su juicio, de acuerdo con la calificación registral, a determinar si la garantía acordada por los árbitros es una medida cautelar o no lo es por estar acordada dentro del propio laudo que pone fin a la controversia y en uno u otro caso, si esa medida requiere del auxilio judicial para su ejecución. 3. Las medidas cautelares son los mecanismos establecidos por la legislación procesal para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera obtenerse en la sentencia estimatoria que se dictare o en el laudo arbitral que pusiera fin a la controversia (cfr. art. 721.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y arts. 11 y 23 de la ley 60/2003). Siendo su finalidad ese tratamiento asegurativo (obtener una verdadera restitutio in integrum) su adopción puede tener lugar no sólo con carácter previo al proceso o en el momento inicial del mismo (art. 730.1 y 2 de la LEC), sino durante su tramitación y a su conclusión hasta que se despache su ejecución, salvo que ésta no se hubiera solicitado en plazo (cfrs. arts. 731 y 548 del LEC). De acuerdo con ello, nada impedirá a ninguna de las partes en un convenio arbitral, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a este concederlas (art. 11. 3 de la Ley de Arbitraje) o hacer esa petición a los mismos árbitros, quienes podrán adoptarlas no sólo durante el procedimiento, sino en el propio laudo que lo pone fin, como una medida tendente a asegurar la efectiva ejecución de lo en él acordado. Esto es lo que acontece en el caso objeto de recurso, donde los árbitros después de acordar en el laudo el plazo y condiciones en que debería otorgarse determinada escritura de compraventa o en otro caso, de no cumplirse esos plazos y condiciones declarando resuelto definitivamente el negocio, acuerdan en garantía de los derechos de una de las partes en la controversia, «hasta tanto quede totalmente consumado el contrato o se resuelva en los términos establecidos anteriormente», una medida cautelar consistente en una anotación preventiva de prohibición de disponer, recayente sobre las fincas que deberían ser objeto de la escritura de compraventa. 4. Una vez determinado que la medida adoptada en el laudo tiene carácter cautelar o asegurativo, resta por decidir si para ordenar su ejecución –en este caso provocando su inscripción en el Registro de la Propiedad–, los árbitros necesitan o no del auxilio judicial. La LEC configuró la tutela cautelar en el arbitraje como uno más de los supuestos en los que la jurisdicción colabora para lograr el buen fin del arbitraje (cfr. arts. 722 y siguientes), manteniendo esa misma posición la nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre), no sólo en su artículo 11 donde la potestad judicial en materia cautelar se configura normativamente como alternativa y concurrente con la del propio árbitro, sino también en su artículo 23 donde después de reconocer a los árbitros la potestad de dictar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio –salvo disposición en contrario de las partes–, reserva la ejecución de esas medidas a la autoridad judicial. Por su parte en el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre se dice expresamente «Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la LEC, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal». De igual manera el artículo 23 párrafo 2º en relación con el 44 de la misma Ley de Arbitraje, en materia de ejecución de medidas cautelares, nos remite a las normas de la legislación procesal, la cual tratándose de anotaciones preventivas nos conduce a la legislación hipotecaria (cfr. Art. 738 de la LEC). Dentro de esta última normativa, el artículo 42.4 de la Ley Hipotecaria, establece, tratándose de anotación preventiva de

prohibición de disponer, la posibilidad de solicitarla al que «demandando en Juicio Ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviere Providencia con arreglo a las Leyes ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles». El Reglamento Hipotecario desarrolla esta norma en su artículo 165 para toda anotación que haya de practicarse en virtud de mandato judicial, la cual «se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandato del Juez o Tribunal en que se insertará literalmente la resolución respectiva, con su fecha, y se hará constar en su caso que es firme». De todo lo expuesto se colige que para la inscripción de la medida cautelar acordada por los árbitros en el laudo arbitral se requiere el auxilio del Juez o Tribunal que resulte competente (art. 8 de la ley de Arbitraje), por lo que debe confirmarse el defecto contenido en la nota de calificación. Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación del Registrador».

B) Resolución de 26 de julio de 2018 : «Vistos los artículos 18, 42 y 43 de la Ley Hipotecaria; 165 del Reglamento Hipotecario; 517, 548, 550, 556, 559, 708, 721, 722, 723, 724, 730, 731 y 738 de la LEC; 8, 11, 23 y 44 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2006, y de 25 de abril y 21 de junio de 2017, en lo relativo a la instrucción del expediente. 1. Presentada en el Registro de la Propiedad una resolución arbitral por la que se estima la solicitud del actor de la demanda de que se adopte la medida cautelar de su anotación preventiva, la registradora de la propiedad suspende su práctica por considerar que es preciso mandamiento judicial. El interesado recurre. Con carácter previo es de hacer constar la incorrecta tramitación del expediente de recurso pues ante su interposición, el registrador no notifica a la árbitro que expidió el documento presentado a inscripción sino a la organización de la que forma parte (artículo 327 de la Ley Hipotecaria). A pesar de esta deficiencia en la tramitación esta Dirección General entiende que procede dar curso a la presente por considerar que, asumida la defensa de la posición jurídica de la autora del documento por la organización en la que se integra, no cabe estimar la existencia de motivo alguno de indefensión que justifique una demora en su resolución. 2. Tal y como recoge la registradora en su nota la cuestión a que se refiere este expediente ha sido tratada con anterioridad por esta Dirección General por lo que la doctrina entonces formulada, por ser de plena aplicación a la presente, no cabe sino reiterar. Tal y como afirmara la Resolución de 20 de febrero de 2006, las medidas cautelares son los mecanismos establecidos por la legislación procesal para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera obtenerse en la sentencia estimatoria que se dictare o en el laudo arbitral que pusiera fin a la controversia (cfr. artículos 721.1 de la LEC y 11 y 23 de la Ley 60/2003, de Arbitraje). Siendo su finalidad ese tratamiento asegurativo su adopción puede tener lugar no sólo con carácter previo al proceso o en el momento inicial del mismo (artículo 730.1 y.2 de la LEC), sino durante su tramitación y a su conclusión hasta que se despache su ejecución, salvo que ésta no se hubiera solicitado en plazo (artículos 548 y 731 de la LEC). De acuerdo con ello, nada impedirá a ninguna de las partes en un convenio arbitral, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a este concederlas (artículo 11.3 de la Ley de Arbitraje) o hacer esa petición a los mismos árbitros, quienes podrán adoptarlas no sólo durante el procedimiento, sino en el propio laudo que lo pone fin, como una medida tendente a asegurar la efectiva ejecución de lo en él acordado. La LEC configuró la tutela cautelar en el arbitraje como uno más de los supuestos en los que la jurisdicción colabora para lograr el buen fin del arbitraje (cfr. artículos 722 y siguientes), manteniendo esa misma posición la nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre), no sólo en su artículo 11 donde la potestad judicial en materia cautelar se configura normativamente como alternativa y concurrente con la del propio árbitro, sino también en su artículo 23 donde después de reconocer a los árbitros la potestad de dictar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio -salvo disposición en contrario de las partes-, reserva la ejecución de esas medidas a la autoridad judicial. Por su parte en el apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre se dice expresamente «obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes..”. 3. La rotundidad con que se expresa la Ley de Arbitraje no permite otra interpretación que la expuesta. El régimen legal descrito no sufrió modificación alguna por la Ley 11/2011, de 20 de mayo de Reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje que en esta materia se limitó a reafirmar la competencia de los juzgados de primera instancia en materia de ejecución de resoluciones arbitrales (vid. Exposición de

Los argumentos que utiliza el Centro Directivo son variados:

- Los árbitros no son funcionarios públicos, con lo que sus laudos no tienen la naturaleza de documento público que el artículo 3 de la LH exige para el acceso al Registro.
- De los artículos 23 y 44 LA resulta que los laudos por los que los árbitros acuerden medidas cautelares serán objeto de ejecución forzosa por los procedimientos establecidos en el LEC, y esos procedimientos conducen inevitablemente a la intervención del juez.
- La Exposición de Motivos de la LA recoge afirmaciones que son claras al respecto: *«Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes».*
- La propia legislación hipotecaria (artículos 42 de la Ley y 165 del RH) presupone el mandamiento judicial como título para la práctica de una anotación preventiva de este tipo.

Es evidente que muchos de estos argumentos son de peso, y que la LA evidencia en este punto una absoluta falta de precisión. Por desgracia, suele ser muy frecuente que las cuestiones relacionadas con el Registro, o no se regulan, generando así una laguna que no siempre es fácil de resolver, o se hacen referencias genéricas con remisión a la

Motivos). Esta Dirección General no puede entrar a valorar si el auxilio judicial legalmente previsto es conveniente o no o, si como afirma el escrito de recurso, nada añade a la actuación del árbitro. La fórmula legal expuesta es la escogida por el legislador que ha optado con toda claridad por distinguir, en el ámbito competencial del arbitraje, entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva reservando está a los órganos jurisdiccionales (a los que igualmente reconoce, en plano de igualdad, competencia en la adopción de medidas cautelares, artículos 8.3, 11.3 y 23 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje en relación con los artículos 722 a 724 de la LEC). No cabe en definitiva sino confirmar la calificación de la registradora pues para la inscripción de la medida cautelar acordada por la árbitro en su resolución se requiere el auxilio del juez que resulte competente (artículo 8.3 de la Ley de Arbitraje en relación con los artículos 43 de la Ley Hipotecaria y 165 del Reglamento Hipotecario). En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora».

legislación hipotecaria que no resuelven las dudas que la dinámica jurídica va planteando en el encaje de nuevas instituciones en los esquemas registrales. Si hasta el RD 1093/1997, de 4 de julio, y después de varias décadas de desarrollo edificatorio en España, no se reguló con detalle la conexión del urbanismo y el Registro de la Propiedad, probablemente tendremos que esperar unos cuantos años hasta que una norma aclare los numerosos interrogantes que a lo largo de este trabajo estoy poniendo encima de la mesa. No obstante lo cual, y sin perjuicio de lo que señalaré con más detalle al estudiar la inscripción de los laudos por los que concluye el procedimiento arbitral, sí que creo oportuno realizar algunas matizaciones:

- Aunque es verdad que, como dice la Exposición de Motivos de la LA, *«dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva»*, lo cierto es que esa distinción tiene sentido con algunas medidas cautelares, pero no precisamente con las anotaciones preventivas. Hay medidas cautelares que, una vez acordadas por el árbitro, requerirán de actuaciones materiales de sujetos privados que pueden incluso ser ajenos al procedimiento arbitral y a los que solo la intervención de un juez en vía de ejecución les puede obligar y afectar. Pensemos, por ejemplo, en el depósito de una cosa mueble, en el embargo de un salario o de una cuenta bancaria, o la intervención de una empresa. Sin embargo, cuando lo que se ordena por el árbitro es la práctica de una anotación preventiva, la única actuación a realizar es la de comunicársela al funcionario público encargado del Registro. El registrador está sujeto al principio de legalidad, y el artículo 43 LA establece que el laudo arbitral produce efecto de cosa juzgada. Consecuentemente no puede inaplicar el laudo dictado por el árbitro. En esta misma línea RUEDA GARCÍA³⁰⁹ sostiene que *«En primer lugar, el artículo 23.2 LA 2003, en relación con el artículo 44 de la misma Ley, establece que a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos. Sin embargo, parece lógico deducir que el legislador pensaba en concreto solo en aquellas medidas que impusieran a una de las partes una condena o una obligación de hacer (como embargos preventivos, depósitos de cosas*

³⁰⁹. RUEDA GARCÍA, J.A., “Inscripción en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva de prohibición de disponer otorgada en un laudo arbitral (Nota a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2006)”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XIX, número 3, septiembre de 2007, págs. 380 y 381.

muebles u órdenes de cesar provisionalmente en una actividad) que naturalmente son susceptibles de ejecución forzosa... En esta línea, el artículo 521.1 de la LEC deja bien claro que "no se despachará ejecución de las sentencias [y laudos] meramente declarativas ni de las constitutivas"». Por tanto, podemos concluir que en este tipo de medidas cautelares no existe esa *fase ejecutiva* que necesariamente la Ley encomienda al juez, puesto que la resolución que adoptan los árbitros es meramente declarativa. En este sentido, la doctrina de la DGRN ha confirmado que las sentencias declarativas y las constitutivas no requieren ejecución. Por ejemplo, la Resolución de 22 de julio de 2015 señala: «Es doctrina reiterada por este Centro Directivo que las sentencias declarativas o constitutivas con trascendencia inmobiliaria son directamente inscribibles en los libros del Registro, mediante la presentación del correspondiente testimonio de la resolución judicial que acredite su contenido así como la firmeza de la misma, pero ello siempre que del Registro no resulten obstáculos que lo impidan. Las sentencias declarativas ni necesitan ejecución ni, por ello, son susceptibles de actividades posteriores ejecutorias, con lo que, para la inscripción que se solicita es suficiente el testimonio de la sentencia, que es firme. Es ello consecuencia de lo dispuesto en el artículo 521 de la LEC que, tras declarar en su número 1 que no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas, añade en su número 2 que "mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución". En consecuencia, aclarado en el anterior fundamento de Derecho la naturaleza declarativa de la sentencia calificada, procedería admitir el testimonio presentado como título bastante para practicar la inscripción solicitada».

- Me parecen muy interesantes las apreciaciones que realiza GONZÁLEZ LECUONA³¹⁰, que realiza una acerada crítica de la RDGRN de 20 de febrero de 2006. Frente al criterio de otros autores que siguen distinguiendo en el ámbito de las medidas cautelares una fase declarativa y otra ejecutiva³¹¹. Parte de la necesaria distinción entre la fase declarativa y la ejecutiva de la actividad procesal. Aunque admite que en el proceso

³¹⁰. GONZÁLEZ LECUONA, M.M., "La potestad arbitral para adoptar y ejecutar medidas cautelares en España", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 13, 2009, págs. 2287-2318.

³¹¹. En este sentido GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, E., "A vueltas con la justicia cautelar: árbitro de emergencia, security for costs... ¿Estamos mejor que hace 10 años?", en *Anuario de arbitraje 2019*, dirigida por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 341.

ejecutivo puede existir alguna actividad declarativa, por contraste, *«este razonamiento no es trasladable, as sensu contrario, al proceso de declaración porque sí es contrario a la naturaleza declarativa de dicho proceso el desarrollo de actividades ejecutivas en su seno»*. A continuación, reafirma la idea de que resulta contradictorio hablar de actividad ejecutiva en el ámbito de las medidas cautelares. En primer lugar, *«no caben medidas cautelares en el proceso de ejecución porque las medidas cautelares están insertadas en el proceso de declaración y participan de la naturaleza declarativa de este, al menos mientras no se acepte una tercera categoría o tercer genus por el que se otorga entidad propia a la tutela cautelar; en segundo lugar, que las medidas cautelares no se ejecutan, principalmente porque, según hemos expuesto con anterioridad, la actividad procesal que prosigue a la adopción de medidas cautelares no es de naturaleza ejecutiva puesto que no está insertada en un proceso de ejecución forzosa»*. Considerando como notas características de la ejecución forzosa: *«1) la intromisión en la esfera jurídica del sujeto pasivo; 2) la ausencia de cumplimiento voluntario por el sujeto obligado; 3) la «afección» de la intromisión o sujeción a una inmediata «realización» que satisfaga la pretensión del acreedor; y 4) el carácter definitivo de la actividad ejecutiva o la ausencia de provisionalidad de la misma.»*, se llega a la conclusión de que *«la actividad consistente en dotar de efectividad a una medida cautelar no es una manifestación de la potestad de ejecución (impeirum) por lo que no encontramos obstáculos, en línea de principios, para reconocer esta facultad a los árbitros puesto que forma parte del ámbito de su potestad declarativa (jusdictio). (...) Esta conclusión que acabamos de exponer nos parece de particular importancia ya que, a nuestro juicio, es aplicable a todas las medidas cautelares ya se trate, por ejemplo, de un embargo preventivo, una anotación preventiva de demanda o una prohibición de realizar una actividad determinada. En efecto, en los tres supuestos la medida cautelar es meramente aseguradora, y por tanto, provisional, y no implica afección o traba ejecutiva alguna, sino que la misma se inserta en un proceso de declaración y su finalidad es la de asegurar la efectividad de la futura sentencia y, en ningún caso, dicha finalidad es la de obtener la satisfacción de la pretensión material del ejecutante»*. Por último, señala el citado autor, *«entendemos que este requisito consistente en la necesidad de recurrir a la fuerza o coacción no es susceptible de producirse en la medida cautelar aludida en la Resolución de la DGRN ya que la anotación preventiva no requiere el concurso de la voluntad de las partes para que pueda ser llevada a cabo y*

ello por la sencilla razón de que la solicitud de anotación registral se dirige directamente al registrador competente y no a las partes afectadas por dicha medida, por lo que difícilmente pueden estas ofrecer resistencia al efectivo cumplimiento de la misma».

- El hecho de que en la legislación hipotecaria no aparezcan menciones a la posibilidad de practicar anotaciones ordenadas por un laudo arbitral, no implica una voluntad contraria a dicha posibilidad, sino solo una laguna normativa más de la muchas que en diferentes ámbitos existen en relación con la Institución Registral. Cuando en España aún no existía ninguna referencia legal a la propiedad de apartamentos por turnos, una RDGRN de 4 de marzo de 1993 ya permitió su acceso al Registro. O, por ejemplo, tiempo antes de que la legislación societaria española admitiera la constitución de sociedades mercantiles unipersonales, la Resolución de ese mismo Centro Directivo de 21 de junio de 1990 permitió su inscripción en el Registro Mercantil. Y, sin ir más lejos, el pacto estatutario por el que se acuerda la sumisión a arbitraje de los conflictos societarios, fue admitido en nuestro sistema registral por la Resolución de dicha Dirección General de 19 de febrero de 1998, trece años antes de que la Ley 11/2011, de 20 de mayo introdujera el artículo 11 Bis en la LA. Por eso entiendo que el artículo 165 del RH cuando afirma que *«toda anotación preventiva que haya de practicarse por mandato judicial se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandamiento del juez o Tribunal, en el que se insertará literalmente la resolución respectiva con su fecha y se hará constar, en su caso, que es firme»*, no puede constituir un obstáculo insalvable para que un laudo arbitral pueda provocar directamente la práctica de una anotación preventiva. Como afirma RUEDA GARCÍA³¹², *«El artículo 165 del RH, cuya versión vigente data de 1959 y que se basa en los arts. 26.2, 42.4º y 73 LH, está pensado para aquellos casos en que por mandato judicial se insta una anotación preventiva, exigiéndose lógicamente en ese caso la presentación del mandamiento judicial dirigido al registrador. Pero no ha sido convenientemente revisado para adaptarlo a la nueva realidad del ordenamiento jurídico español en la que un árbitro puede tener las mismas funciones que un juez sin necesidad de intervención judicial y que puede tener competencia para dictar medidas cautelares con efectos registrales»*. Y respecto a la exigencia establecida en el artículo 3 de la LH

³¹². RUEDA GARCÍA, J.A., *op. cit.*, pág. 381.

ya me ocuparé *in extenso* cuando aborde la inscripción del laudo que pone fin al procedimiento.

- En materia de arbitraje societario conviene traer a colación *Informe sobre el arbitraje societario en España* de 2013, elaborado por una comisión de expertos promovida por el Club Español del Arbitraje³¹³. Comienza afirmando que «El *Reglamento del Registro Mercantil* también permite la anotación preventiva de una demanda de impugnación de acuerdos sociales y de la suspensión, durante la tramitación del proceso, del acuerdo impugnado. ¿Qué ocurre en estos casos si la impugnación es en vía arbitral? La Ley de Arbitraje faculta a los árbitros a adoptar todo tipo de medidas cautelares, y entre éstas deben entenderse incluidas las dos actuaciones mencionadas en el Registro Mercantil. Por lo tanto, los árbitros podrán, siempre a petición de parte y en su caso tras exigir caución suficiente al solicitante: - Ordenar la anotación preventiva en el Registro de una demanda de impugnación, e incluso - Decretar la suspensión de un acuerdo impugnado, con la consiguiente inscripción en el Registro de la orden de suspensión. Para que estas medidas cautelares tengan acceso al Registro será necesario que adopten la forma de laudo (y no de simple orden), a petición del solicitante. Supuesto de que adopten la forma de laudo, este tipo de decisiones deben tener cabida dentro del artículo 11 ter, 1 de la Ley de Arbitraje». Como es obvio, estoy plenamente de acuerdo con estas conclusiones. En lo que ya no coincido tanto es en la argumentación que utilizan en este Informe para salvar el obstáculo que el precedente que la antes citada RDGRN de 20 de febrero de 2006 representa para la inscripción directa del laudo sin necesidad de pasar por el mandamiento judicial. Los autores del Informe se justifican así³¹⁴: «La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2006 resolvió un arbitraje no estatutario antes de la reforma de 2011. En este arbitraje los árbitros habían decretado una prohibición de disponer sobre una serie de fincas. La DGRN decidió que la inscripción de la medida cautelar acordada por los árbitros en el laudo arbitral exigía el auxilio del juez competente. La argumentación no resulta extensible a un arbitraje estatutario tras la reforma de 2011. En este caso el artículo 11 ter 1

³¹³. *Informe sobre el arbitraje societario en España* de 22 de febrero de 2013, párrafos 94, 95 y 96.

³¹⁴. *Informe sobre el arbitraje societario en España* de 22 de febrero de 2013, nota a pie de página número 92.

permite expresamente la inscripción del laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible. Con más razón será posible la inscripción de un laudo que cautelarmente ordene inscribir la simple existencia del proceso arbitral, o la suspensión pro tem del acuerdo impugnado». La clave no creo que radique en que ahora para el arbitraje societario la Ley diga expresamente que el laudo *habrá de inscribirse* en el Registro. Primero porque el precepto se refiere a la inscripción de laudo final por el que se declara la nulidad del acuerdo, cuestión que no creo que nadie haya discutido nunca. Si se anula un acuerdo inscrito en el Registro Mercantil es obvio que dicha anulación debe también inscribirse. La discusión se ha centrado siempre en si para tal inscripción es o no necesario que el laudo se protocolice. Aunque a esta cuestión me referiré extensamente en capítulos posteriores, sí que debe señalarse que la reforma de 2011 no ha despejado las dudas. De hecho, sigue habiendo autores que mantienen la necesidad de la protocolización notarial. En segundo lugar, porque la reforma de 2011 no ha regulado ni en el artículo 11 bis ni en el 11 ter la cuestión de las medidas cautelares en el arbitraje societario, con lo que debemos remitirnos a las normas generales recogidas en la propia LA y en la LEC, que antes he analizado. Por tanto, las razones para entender superada la doctrina de este, a mi juicio, desacertado criterio de la DGRN, deben encontrarse en los argumentos que he expuesto antes y, sobre todo, en el reconocimiento de que la LA de 2003 tiene una clara vocación de impulso de esta institución. Ello implica, en el ámbito registral, que debemos interpretar las normas y los principios que gobiernan el Registro desde la premisa de que el legislador ha querido que sentencia y laudo estén totalmente equiparados.

Por ello es por lo que entiendo que el laudo arbitral que acuerda la práctica de una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil, es título suficiente para que dicha anotación se lleve a efecto, sin necesidad de la previa intermediación de un Juez.

h) Requisitos que derivan de la normativa registral

Como ya apuntaba en el apartado anterior, la realización de una anotación preventiva está siempre sujeta al cumplimiento de los requisitos que establezca la

legislación que regula el concreto Registro en el que se pretenda practicar. Desde el punto de vista del Registro de la Propiedad y del Mercantil, voy a dejar al margen los problemas relativos a si ha de ser una resolución judicial, o basta un laudo arbitral, y, en este último caso, a cuáles son los requisitos de forma que debe reunir el laudo, en tanto dichas cuestiones, o ya las he tratado en el punto anterior, o las abordaré cuando comente la inscripción del laudo definitivo. Ahora me voy a centrar en una serie de cuestiones que registralmente plantean algunas dudas.

1. Para practicar una anotación preventiva derivada de un procedimiento de arbitraje, ¿debe estar inscrito previamente el convenio arbitral?

La respuesta a esta pregunta es clara: no. Son cuestiones diferentes. La misión que tiene la inscripción del convenio arbitral ya le he estudiado en profundidad en apartados anteriores. Recordemos que básicamente consistía en dar publicidad de la existencia del convenio y vincular a terceros adquirentes posteriores respecto de la obligación de someter sus controversias a arbitraje. Por tanto, si voluntariamente no se inscribe el convenio, se perderán estos ventajosos efectos, pero en absoluto se cercenarán las posibilidades de llevar a buen puerto el procedimiento arbitral. Consecuentemente no hay problema en anotar una demanda arbitral, o un embargo preventivo, o una prohibición de disponer, o la suspensión de un acuerdo social, aunque el convenio no hubiera tenido acceso al Registro. No existe ningún requisito derivado del principio de tracto sucesivo que imponga tal exigencia. Como tampoco es indispensable la previa inscripción de un contrato de arrendamiento financiero para que posteriormente pueda ser inscrita la venta celebrada en ejecución de ese contrato, entre los mismos contratantes y respecto del mismo bien sobre el que recayó el referido arrendamiento financiero³¹⁵.

2. Intervención del titular registral

³¹⁵. Ver las RR de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de mayo y 21 de junio de 1994.

El principio de tracto sucesivo que recoge el artículo 20 de la Ley Hipotecaria³¹⁶ implica que no puede practicarse ningún asiento si el titular registral del derecho afectado no ha prestado su consentimiento o ha sido adecuadamente llamado al procedimiento del que deriva el título presentado. Como nos recuerda en múltiples ocasiones la DDGRN³¹⁷, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. artículo 24 de la CE) impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido partes en él, ni han intervenido de manera alguna, exigencia ésta que, en el ámbito registral, y dada la salvaguardia judicial de los asientos registrales, determina la imposibilidad de practicar, en virtud de una resolución judicial, asientos que comprometen una titularidad, si no consta que ese titular haya sido parte en el procedimiento del que emana aquella resolución (arts. 1.3 y 38 LH).

La trascendencia de esta regla es tal, que el TS ha declarado sin sombra de dudas que el registrador no está incumpliendo el deber de respeto que le incumbe en relación con las resoluciones judiciales cuando rechaza la inscripción precisamente alegando la no participación del titular registral en el proceso. Podemos citar en este sentido algunas recientes sentencias de la Sala Primera de este Alto Tribunal que son meridianamente claras el respecto. La primera de ellas es la STS de 28 de junio de 2013, que confirmó que el registrador había actuado correctamente al negarse a practicar un asiento si en el procedimiento del que derivaba el título no había sido parte el titular registral, recogiendo expresiones del siguiente tenor: *«no ha de apreciarse extralimitación en la actuación del registrador que tuvo en cuenta los obstáculos nacidos del propio contenido del Registro que impedirían llevar a cabo lo interesado por el Juzgado que seguía la ejecución (artículo 100 del Reglamento Hipotecario)... ni se han reconocido al registrador de la Propiedad facultades no previstas en la ley y, en concreto, la de oponerse a dichas resoluciones judiciales. Tampoco se ha sustituido de hecho al juez predeterminado por la Ley, con indefensión de la parte recurrente, ni se ha atribuido al registrador el conocimiento del proceso de ejecución en detrimento de las facultades de los jueces y Tribunales, como tampoco se ha admitido la interferencia de un órgano administrativo en el ámbito de competencia de los Tribunales ni se han vulnerado las garantías del proceso»*.

³¹⁶. En el ámbito mercantil el equivalente es el artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil.

³¹⁷. Entre otras muchas puede verse la de 12 de marzo de 2014.

Todavía es más contundente, si cabe, la STS de 21 de octubre de 2013, al afirmar que *«todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídica que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. Y como tiene proclamado esta Sala, por todas, la STS núm. 295/2006, de 21 de marzo, no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte.... La fundamental función calificadora del registrador, está sujeta al art. 20 LH que exige al registrador, bajo su responsabilidad (art. 18 LH), que para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorguen los actos referidos, debiendo el registrador denegar la inscripción que se solicite en caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, prohibiéndose incluso la mera anotación preventiva de demanda si el titular registral es persona distinta de aquella frente a la que se había dirigido el procedimiento (art. 20, párrafo séptimo)»*.

También hay que citar entre los fallos más recientes la STS de Pleno de 21 de noviembre de 2017 que, de una forma contundente, declara: *«Esta función revisora debe hacerse en el marco de la función calificadora que con carácter general le confiere al registrador el art. 18 LH, y más en particular respecto de los documentos expedidos por la autoridad judicial el art. 100 RH. Conforme al art. 18 LH, el registrador de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el art. 100 RH dispone que la calificación registral se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del*

documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Está función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal».

El hecho de que el principio de tracto sucesivo tenga su fundamento en el artículo 24 de la CE nos puede hacer dudar sobre su aplicabilidad al arbitraje. Partiendo de la controvertida naturaleza jurídica del arbitraje³¹⁸, existen posturas encontradas al respecto. De hecho, lo primero que debemos hacer es aclarar el alcance de la doctrina del TC al respecto. Por un lado, el TC ha dejado claro que las garantías del artículo 24 de la Constitución están inicialmente pensadas para las actuaciones de los órganos jurisdiccionales del Estado y no para los laudos arbitrales que, por esa misma razón, no serán susceptibles de impugnación por la vía del recurso de amparo. En concreto la STC 9/2005, de 17 de enero, nos recuerda que *«Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que "este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo" (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2). "Solo en la medida ... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva" (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el art. 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando*

³¹⁸. Como ya expuse en la primera parte de este trabajo, tradicionalmente se han enfrentado las teorías contractualistas y las jurisdiccionalistas. También se han formulado posturas intermedias o eclécticas como la de la procedibilidad negocial, o la que a mi me resulta más atractiva y convincente, que es la que ha elaborado el Tribunal Constitucional sobre la base del paralelismo de las funciones que ejercen los jueces y los árbitros, que se conoce como el *equivalente jurisdiccional*.

la infracción alegada sea "imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles" dichas garantías, pero trasladar éstas "con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo ... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción" (STC 13/1997, de 27 de enero, FJ 2)».

Esta conclusión creo que es indiscutible, lo que no significa que las garantías procesales de fondo que recoge el artículo 24 de la CE sean inaplicables al proceso arbitral. No debemos olvidar que el mismo TC, cuando se ha enfrentado a la delimitación del concepto de orden público con ocasión de la resolución de un recurso de amparo que versaba sobre el *exequatur* de un laudo arbitral extranjero³¹⁹, reconoció explícitamente que el «concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza solo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución». Consecuentemente, si a lo largo del procedimiento arbitral se cometen irregularidades que vulneran los principios recogidos en el artículo 24 de la CE, el laudo que se dicte será susceptible de ser anulado por los Tribunales al amparo de la causa de anulación recogida en el artículo 41.1, f de la Ley de Arbitraje: ser el laudo contrario al orden público. Podemos citar en este sentido la STSJ de Madrid de 20 de junio de 2013, que afirma que «En cuanto a lo que se debe entender por orden público, primera causa de impugnación de la parte demandante, como ya dijo esta Sala en Sentencia de 23 de Mayo de 2.012, Recurso 12/2011 , "... por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el

³¹⁹. Sentencia 43/1986, de 15 de abril.

Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (STC, Sala 2ª, n 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el arto 9.3 de la Constitución, y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión(...)».

Es por ello por lo que los profesores MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA³²⁰ concretan las consecuencias que los principios plasmados en el artículo 24 de la CE tienen en el proceso arbitral, y que son las siguientes: 1.- Derecho sin limitación al acceso a la jurisdicción convencional o al juicio arbitral; 2.- Derecho a un mínimo de garantías procedimentales durante la sustanciación del arbitraje; 3.- Derecho a obtener un laudo sobre el fondo de la controversia; y, 4.- Derecho a la plena ejecución del laudo. También la profesora MALLANDRICH MIRET³²¹ se inclina de forma inequívoca por la aplicabilidad de los principios y garantías que establece el artículo 24 de la CE a los procedimientos arbitrales. Para ello parte de una concepción claramente jurisdiccionalista. Entiende esta autora que la característica esencial de la jurisdicción es la determinación del derecho en el caso concreto de forma irrevocable. Es lo que identificamos con el efecto de cosa juzgada. Y este efecto no solo lo producen las sentencias judiciales, sino que de igual forma está asociado a los laudos arbitrales, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 43 LA. Consecuentemente las mismas garantías procesales que el citado artículo 24 de la CE prevé para el procedimiento judicial deben aplicarse al arbitral. Es cierto que podría alegarse que este precepto está exclusivamente referido a los órganos judiciales. Sin embargo, como señala esta autora, dicha afirmación *«tiene un fundamento de tipo orgánico, pero también es posible observar el artículo 24 C.E. desde el punto de vista de la actividad. El artículo 24 C.E. contempla los principios básicos que ordenan la actividad jurisdiccional.*

³²⁰. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *op. cit.*, págs. 774 y siguientes.

³²¹. MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, págs. 65 a 67.

Desarrollándose en el arbitraje una actividad de tipo jurisdiccional, no podemos excluir en el mismo la aplicación de los derechos constitucionales del artículo 24 C.E. De este modo debe concluirse que los principios del artículo 24 L.A. derivan de los principios que integran el artículo 24 C.E. y deben ser interpretados conforme a éste».

Parece por tanto claro que, cuando se inicie un procedimiento arbitral que pueda terminar con un laudo que provoque alteraciones en la titularidad de derechos inscritos, o cuando se soliciten medidas cautelares que deban ser objeto de publicidad registral, lo primero que debemos tener en cuenta es que el titular registral de los bienes o derechos que eventualmente se puedan ver afectados es llamado adecuadamente al procedimiento. No obstante la claridad de esta regla general, creo que deben aclararse algunas dudas que la práctica nos plantea:

- Si la medida cautelar se solicita después de haber empezado el procedimiento arbitral, la cuestión parece más sencilla, porque ya tendremos delimitadas las partes de dicho procedimiento y es fácil saber si el titular registral de la finca o derecho afectado por dicha medida está o no entre ellas.
- Si, por el contrario, se pide la adopción de una medida cautelar antes de iniciar el proceso arbitral (conforme a lo previsto en el artículo 722.1 de la LEC), el registrador ha de controlar que el titular registral ha sido parte en el trámite procesal correspondiente. Si el convenio arbitral estaba previamente inscrito será sencillo comprobar que quien solicita la medida cautelar y el afectado por ella son efectivamente quienes en virtud de dicho convenio se han de ver compelidos a someter a arbitraje las controversias objeto del convenio. Si el convenio no aparece registrado tal extremo no es constatable. En mi opinión, tanto en un caso como en otro, no puede el registrador, en aplicación de los límites que establece el artículo 100 del RH, revisar la decisión del juez, o del árbitro de emergencia de admitir la viabilidad de un futuro proceso arbitral que justifica la adopción anticipada de la medida cautelar. En último término corresponde en exclusiva a las partes la decisión de oponerse a la tramitación de un arbitraje por entender que el convenio no existe o no incluye en su ámbito de eficacia la controversia que se pretende dilucidar (artículo 22 de la Ley de Arbitraje). Por tanto,

el registrador se limitará a verificar que el titular registral de la finca o derecho afectado ha sido parte en la tramitación procesal de la medida cautelar.

3. ¿Son posibles las medidas cautelares "inaudita parte"?

El artículo 733 de la LEC establece: «1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado. Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas». Este precepto trae causa directa de la doctrina de la contradicción diferida elaborada por el TC a partir de diferentes resoluciones³²². Como afirma MALLANDRICH MIRET³²³, con esta doctrina «el Tribunal Constitucional ha venido a confirmar que, para que se cumplan las exigencias de audiencia y contradicción derivadas del art. 24 CE, no es necesario que el demandado pueda ser oído antes que se adopte la decisión, sino que para garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva será suficiente con que se le dé la oportunidad de ser oído aunque sea con posterioridad, de modo que el juez pueda volver a decidir sobre la cuestión a la vista de las alegaciones por él formuladas». Esta doctrina tiene, como es obvio, carácter excepcional, resultando solo justificada su aplicación cuando se den circunstancias de urgencia que evidencien un grave peligro de que las legítimas pretensiones de tutela judicial efectiva de una de las partes puedan quedar insatisfechas si no se actúa de inmediato.

³²². Por ejemplo, pueden citarse las Sentencias 218/1994, de 18 de julio, y la 37/2003, de 25 de febrero.

³²³. MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, págs. 206.

La DGRN ha hecho aplicación de esta doctrina en Resoluciones como la de 1 de octubre de 2005. Se trataba de un caso en el que la Agencia Tributaria ordenaba una anotación de un embargo preventivo como medida cautelar adoptada al iniciar un procedimiento de derivación de responsabilidad. El registrador se negó a practicar la anotación por no acreditarse la oportuna notificación al titular registral de la finca. Sin embargo, el Centro Directivo afirma en el fundamento de derecho cuarto: *«En cuanto a la notificación al deudor, la no necesidad de la misma deriva de las siguientes consideraciones: a) la necesidad de evitar que la Administración vea frustrada su legítima expectativa de obtener el pago de las deudas tributarias; b) la contemplación por la LGT de la facultad de la Administración Tributaria de adoptar medidas cautelares previas al inicio del procedimiento de apremio (cfr. su artículo 128); c) la limitación temporal de estas medidas cautelares previas, que han de ser confirmadas una vez iniciado el apremio administrativo o dejadas sin efecto en el plazo máximo de seis meses (cfr. artículo 128 de la LGT); d) la no previsión legal específica de esta necesidad de previa notificación del embargo preventivo, para su anotación en el Registro de la Propiedad ni su necesaria derivación los principios registrales de legitimación y tracto, como lo evidencian los artículos 42 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 139 del Reglamento Hipotecario, y con los artículos 553, 580, 587 y 629 de la LEC; y e) la específica previsión en la nueva LEC, de la adopción de medidas cautelares sin previa audiencia del afectado (cfr. artículo 733 de la LEC), así como la equiparación legal entre los mandamientos judiciales de embargo y los expedidos por el órgano competente para el procedimiento de apremio administrativo (cfr. artículo 134 de la LGT)»*. Es lógico que, si antes hemos señalado que el principio de tracto sucesivo encuentra su fundamento en el artículo 24 de la CE, y si el TC ha considerado compatible con este precepto, siempre dentro de ciertos límites, la adopción de medidas procesales sin audiencia de parte, la DGRN no estime contrario a dicho principio hipotecario la anotación de este embargo preventivo.

Parece pues evidente que judicialmente es posible adoptar medidas cautelares solicitadas por quien insta el proceso arbitral sin que se notifique y dé audiencia a la otra parte. Y si esas medidas cautelares implican la práctica de una anotación en el Registro, ningún principio registral impedirá su realización. La cuestión es si esta misma potestad

la tienen o no atribuida los árbitros. En mi opinión no hay ninguna razón que justifique una respuesta negativa. Resultaría absurdo concedérsela al juez y negársela al árbitro. De hecho, como apunta MALLANDRICH MIRET³²⁴, la posición favorable a la adopción por los árbitros de medidas cautelares *inaudita parte* es hoy en día mayoritaria en nuestra doctrina. No obstante, y siguiendo en parte a esta misma autora³²⁵, voy a destacar algunas consideraciones prácticas que no debemos perder de vista:

- El hecho de que se entienda que el artículo 23 no impide que los árbitros puedan adoptar medidas cautelares *inaudita parte*, no significa que olvide que este precepto, como buena parte de los que integran nuestra LA, comienza con la expresión "*salvo acuerdo en contrario de las partes*". Por tanto, las partes puede evidentemente excluir mediante pacto esta posibilidad. Naturalmente en los casos de arbitrajes institucionales habrá que estar a lo que resulte de los reglamentos de las respectivas cortes arbitrales³²⁶.
- También surgen algunas especialidades en cuanto al sistema de impugnación del laudo o decisión arbitral por el que se adoptan medidas cautelares *inaudita parte*. Como ya señalé con anterioridad, desde el primer momento en que el TC admitió esta peculiar actuación procesal la condicionó a dos requisitos. Uno *ex ante*, que se den circunstancias de suma urgencia o de peligro de frustración de la medida si se debe

³²⁴. MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, pág. 207.

³²⁵. MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, págs. 208 y siguientes.

³²⁶. Si analizamos los de algunas de las cortes arbitrales más conocidas en España, vemos que hay toda clase de soluciones: el artículo 21 del Reglamento de la Corte Vasca de Arbitraje de 12 de enero de 2004 se limita a decir: «Los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de las partes, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto de la controversia.»; el artículo 22 del Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona de 26 de julio de 2004 prevé expresamente esta posibilidad: «Si las partes no han convenido lo contrario, los árbitros podrán acordar medidas cautelares a instancia de cualquiera de ellas. Excepcionalmente, en casos de suma urgencia o de riesgo de frustración de la medida, podrán adoptarse sin audiencia previa de la parte agravada por la medida. En este caso, una vez ejecutada la medida, esta parte podrá impugnarla delante del árbitro, sin perjuicio de la acción de anulación judicial que en general prevé el artículo 23.2 de la Ley de Arbitraje»; sin embargo, el artículo 36.3 del Reglamento de la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid de 20 de julio de 2010 excluye la opción de la medida cautelar *inaudita parte* al establecer: «Los árbitros resolverán sobre las medidas solicitadas previa audiencia de todas las partes interesadas»; en la misma línea el artículo 30 del Reglamento de Procedimiento de la corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) de 30 de octubre de 2020 establece: «Los Árbitros resolverán sobre las medidas solicitadas, previa audiencia de todas las partes interesadas»; y también el Reglamento de la Corte Española de Arbitraje de 1 de septiembre de 2010 sigue este criterio, imponiendo la audiencia de las partes incluso en casos de suma urgencia, como se deduce de su artículo 15.4: «Cuando una parte requiera una medida urgente previa a la constitución del tribunal, la Corte podrá nombrar un árbitro de urgencia para decidir la solicitud de medidas urgentes, previa audiencia de las partes y conforme a lo previsto en el reglamento».

esperar a la audiencia de parte. Y otro *ex post*, que se habilite de la forma más rápida posible un trámite procesal para que la parte afectada por la medida cautelar pueda realizar alegaciones y conseguir su revocación. Por tanto, parece que en estos casos el laudo o decisión arbitral que adopta la medida cautelar debe ir seguido de un segundo laudo o decisión dictado por el árbitro después de oír a la parte afectada por dicha medida cautelar. Sin embargo, a efectos de control judicial el artículo 23.2 de la LA se limita a decir que a *«las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos»*. Esto abre la puerta a algunos interrogantes: ¿frente cuál de los dos laudos se puede ejercer la acción de anulación?; ¿hay que esperar hasta que se dicte el segundo laudo para ejercer la acción de nulidad?; ¿pueden existir procedimientos de anulación paralelos? Ante el silencio de la Ley, solo nos queda el recurso a los principios generales, o, en su caso, que tengamos la suerte de que el Reglamento de la Corte resuelva la cuestión. En esta línea, el artículo 22 del Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona de 26 de julio de 2004 hace un tímido intento, aunque sin llegar a resolver las dudas con suficiente claridad: *«Si las partes no han convenido lo contrario, los árbitros podrán acordar medidas cautelares a instancia de cualquiera de ellas. Excepcionalmente, en casos de suma urgencia o de riesgo de frustración de la medida, podrán adoptarse sin audiencia previa de la parte agravada por la medida. En este caso, una vez ejecutada la medida, esta parte podrá impugnarla delante del árbitro, sin perjuicio de la acción de anulación judicial que en general prevé el artículo 23.2 de la Ley de Arbitraje»*.

- Desde el punto de vista registral creo que el registrador ha de controlar que en estos casos resulte de la resolución judicial o del laudo arbitral dos extremos: que se adopta la medida cautelar sin audiencia de parte porque concurren circunstancias de extrema urgencia (sin que la calificación registral pueda extenderse a valorar si concurren o no esas circunstancias); y que dicha resolución o laudo ha sido notificada a la parte afectada a fin de que pueda realizar las impugnaciones que fueran procedentes.
- Es interesante advertir que, aunque suele ser frecuente que a este tipo de medidas cautelares urgentes se les fije un plazo de duración breve, esa circunstancia no afectará al plazo de duración y caducidad de la anotación preventiva correspondiente. Imaginemos que como medida urgente y sin audiencia del titular registral afectado, se

adopta por el árbitro una prohibición de disponer de la finca por un plazo de seis meses. Practicada la oportuna anotación preventiva, su duración y caducidad se regirá por lo establecido en la LH, concretamente en su artículo 86, sin que sea posible solicitar su cancelación por caducidad una vez transcurridos los seis meses de vigencia que fueron previstos en el laudo. No debe confundirse la caducidad de los derechos y titularidades inscritas, con la caducidad de los asientos. En este sentido la DGRN ha aplicado con precisión esta diferencia al abordar la caducidad de las anotaciones de embargo preventivo practicadas con ocasión de expedientes administrativos seguidos al amparo de lo establecido en el artículo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria³²⁷.

4. ¿Es necesario la firmeza del laudo parcial acordando medidas cautelares?

Lo primero que tenemos que afirmar es que para la práctica de anotaciones preventivas de embargo o demanda no se exige la firmeza de la resolución judicial que las decreta. El artículo 165 del RH se limita a decir que: *«Toda anotación preventiva que haya de practicarse por mandato judicial se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandamiento del Juez o Tribunal, en el que se insertará literalmente la resolución respectiva con su fecha y se hará constar, en su caso, que es firme»*. Como

³²⁷. Señala en este sentido la Resolución de 6 de mayo de 2014 que *«En efecto, el artículo 81 de la LGT establece, respecto de la duración de las medidas cautelares –entre ellas el embargo preventivo de bienes y derechos–, un plazo de seis meses desde su adopción, pudiendo prorrogarse por otros seis meses. Ahora bien, estos plazos se refieren al embargo preventivo, que es la medida cautelar, no a la anotación preventiva de dicho embargo, cuya eficacia es tan sólo la de la hacer efectivo erga omnes el embargo trabado. Dicho precepto no dicta ninguna norma dirigida al registrador, no se señala un plazo de vigencia especial para la anotación de embargo preventivo, ni se establece la caducidad de la misma, por lo cual se debe aplicar el plazo general de caducidad de las anotaciones establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria»*. Insiste el Centro Directivo en *« la esencial diferencia existente entre la duración de los derechos o gravámenes que acceden al Registro y la caducidad de los asientos que los recogen sin que puedan confundirse unos y otros (vid. Resoluciones de 30 de julio de 1990, 29 de septiembre de 2009 y 22 de enero de 2013, entre otras). En el primer caso, el mero transcurso del plazo de duración establecido no permite sin más la consiguiente cancelación del asiento en que estén publicados pues nada impide que ejercitado el derecho antes de que transcurra el tiempo de su vencimiento llegue posteriormente su ejercicio al Registro (vid. inciso final del artículo 82 de la Ley Hipotecaria y artículo 177 de su Reglamento). Por el contrario, la caducidad del asiento se produce por el mero transcurso del tiempo con independencia de si la situación subyacente que ha provocado el asiento permanece vigente o no (por ejemplo un procedimiento judicial de ejecución del que deriva una medida de embargo). De aquí que sólo en este segundo supuesto quepa solicitar y obtener la cancelación por el mero hecho del transcurso del plazo determinado legalmente de duración del asiento»*.

apunta GARCÍA GARCÍA³²⁸, «téngase en cuenta que en la práctica no se suele exigir la firmeza en caso de anotaciones de embargo, dada la urgencia de las mismas, a diferencia de la providencia que decreta su cancelación, que si no es firme puede producir perjuicios irreparables».

Por otro lado -y esta es una cuestión que analizaré *in extenso* en capítulos posteriores-, no creo que quepa hablar de firmeza en el caso de los laudos arbitrales. Por tanto, para practicar una anotación preventiva ordenada en un procedimiento arbitral no puede exigirse la acreditación de la supuesta firmeza del laudo que la dispone.

5. ¿Qué tipo de medidas cautelares pueden tener acceso a los Registros?

Debemos partir de la base de que en el ámbito del arbitraje no existe una regulación exhaustiva de las medidas cautelares que se pueden adoptar. Por el contrario, la LEC sí que regula *in extenso* la materia. Lo que ocurre es que no es posible considerar ésta última como ley supletoria respecto de la LA. En efecto, ni en la LA se hace remisión alguna a la LEC, ni en ésta se prevé su carácter de ley supletoria respecto a la de arbitraje³²⁹. Consecuentemente habremos de estar a la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral o en los acuerdos que adopten durante la tramitación del arbitraje, a lo que establezcan los reglamentos de la institución arbitral ante la que se desarrolle, o a la integración de estas lagunas mediante la analogía, o el recurso a los principios generales del derecho.

Lo que sí parece claro es que no existe ninguna lista cerrada de medidas cautelares. La misma LEC mantiene un criterio abierto. Por un lado, el artículo 726 establece las características esenciales y los principios a qué deben responder las medidas cautelares: «Artículo 726 Características de las medidas cautelares. 1. El tribunal podrá acordar

³²⁸. GARCÍA GARCÍA, J.M., nota a pie de página al comentar el artículo 165 del Reglamento Hipotecario en su obra *Código de Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 8ª edición, Editorial Civitas, noviembre de 2014.

³²⁹. En concreto establece al respecto la LEC: «Artículo 4. Carácter supletorio de la LEC. En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley».

como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características: 1.ª Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente. 2.ª No ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado. 2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte». A continuación, el artículo 727 hace una enumeración no exhaustiva o cerrada de posibles medidas cautelares. Así, comienza este artículo diciendo: *«Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares».*

Por tanto, queda confirmado que judicialmente se pueden adoptar cualesquiera medidas que respondan a los criterios del artículo 726, aunque no sean de las enumeradas en el 727 LEC. Y si esto es así en el proceso judicial, con mayor razón hay que sostener la plena libertad de los árbitros para adoptar todo tipo de medidas. Aunque creo que los árbitros deben tener en cuenta que las medidas que acuerden han de responder a los principios que se establecen en el anteriormente citado artículo 726 de la LEC, no por una supuesta aplicación supletoria de esta Ley, sino porque tales principios integran el concepto de orden público, cuya inobservancia permitiría a las partes ejercitar la acción de anulación del laudo. Valores como el de temporalidad, provisionalidad, o el de que causen el menor perjuicio posible, deben ser también respetados en el proceso arbitral, como ya he analizado en apartados anteriores.

Ahora bien, cuando nos planteamos la constancia de las medidas cautelares en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil, no podemos olvidar que se han de respetar las normas que regulan estos dos tipos de Registros. Precisamente esas notas de provisionalidad y temporalidad que hemos dicho que legalmente tipifican a las medidas

cautelares, son las que nos llevan en el ámbito registral a pensar en las anotaciones preventivas. Este tipo de asiento se caracteriza por tener una duración temporal limitada (a diferencia de las inscripciones que carecen de plazo de duración), y, consecuentemente, son los más adecuados para dar publicidad a limitaciones, restricciones o advertencias de pendencia temporal de un derecho o situación inscrita. Por tanto, podemos afirmar que las medidas cautelares se harán constar en el Registro por medio de anotación preventiva.

En materia de anotaciones preventivas la legislación registral ha optado por un criterio cerrado o de *numerus clausus*, aunque con los matices que apuntaré. El artículo 42 de la LH, después de enumerar hasta nueve casos concretos de anotaciones preventivas, termina con una cláusula de cierre en su número diez que establece: «*Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: 10. El que en cualquier otro caso tuviere derecho a exigir anotación preventiva, conforme a lo dispuesto en esta o en otra Ley*». Como afirma GÓMEZ GÁLLIGO³³⁰: «*Solo por tanto cabe anotación de los actos, negocios o situaciones jurídicas previstas legalmente; ni siquiera es aplicable en esta materia un criterio de analogía. No obstante, la exigencia de rango legal no es cumplida en numerosos casos, ya que por vía reglamentaria se han ido imponiendo anotaciones preventivas distintas de las previstas en la Ley Hipotecaria propiamente dicha*». Esta última afirmación relativa al hecho de que por vía reglamentaria también se han establecido anotaciones preventivas, merece una aclaración. Es cierto que en algunas materias los reglamentos se han anticipado a los textos legales a la hora de establecer la posible práctica de una anotación. Baste citar como ejemplo el R.D. 1093/1997, de 4 de julio, en materia urbanística. Pero hemos de reconocer que todos los casos que dichas normas previeron eran plenamente coherentes con los principios que inspiran las normas que recoge el artículo 42 de la L.H. en materia de anotaciones de demanda o de prohibición de disponer. Cuando un reglamento ha pretendido introducir una anotación preventiva que chocaba con ese esquema, la DGRN la ha rechazado. Baste traer a colación el caso que trata la Resolución de 12 de junio de 2001. La Orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 17 de noviembre de 1980 preveía la posibilidad de practicar una anotación preventiva de atribución de la titularidad de una

³³⁰. GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., “Comentario del artículo 42 LH”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII, volumen 5, EDERSA, Madrid, 2000, pág. 44.

vivienda protegida, mediante la presentación de la certificación administrativa que reconocía a una determinada persona como adjudicataria, anotación convertible en inscripción cuando se cumpliera la condición suspensiva que la propia Orden establecía. La citada resolución del Centro Directivo afirma con rotundidad que esta disposición contenida en la mencionada Orden había de ser interpretada «(...) *conforme a su rango normativo y, en este sentido, no puede olvidarse el criterio de numerus clausus que en materia de anotaciones preventivas se contiene en nuestra legislación, concretada esencialmente en los casos recogidos en la legislación hipotecaria y en todas aquellas normas, siempre con rango de Ley, en que así se establezca*».

Este criterio del *numerus clausus* no considero que deba aplicarse con un rigor puramente literal. Es cierto que anotaciones preventivas son solo las que la Ley prevé. Pero dentro de cada uno de los casos debemos entender incluidos todos los supuestos que reúnan presupuestos similares y finalidades equivalentes. Y eso es lo que ha hecho la DGRN. En lugar de aferrarse a la letra de la norma ha ido admitiendo casos que encajaban dentro de los mismos parámetros. Un ejemplo significativo lo encontramos en la admisibilidad de las anotaciones preventivas de querrela, cuando al mismo tiempo se hace valer la acción civil que pudiera producir como resultado una alteración de la situación registral existente. Por su interés reproduzco los Fundamentos de Derecho de una de las varias RR de la DGRN que han sentado esta doctrina. Se trata de la Resolución de 14 de noviembre de 2000 (BOE de 9 de enero de 2001): «*Vistos los artículos 109, 110, 111 y 116 del Código Penal, 4, 6 y 1.305 del Código Civil, 18 y 42 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario, 13, 100, 112, 742.2.o y 785.8.ob de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Segunda), de 20 de noviembre de 1972; 4 de noviembre de 1981; 14 de diciembre de 1985; 25 de mayo de 1989; 19 de enero de 1988; 22 de diciembre de 1989; 27 de junio de 1990, y 4 de abril de 1992, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de septiembre de 1990; 12 de noviembre de 1990; 24 de junio de 1991; 15 de octubre de 1991; 1 de abril de 1991, y 9, 10 y 11 de diciembre de 1992. 1. Se presenta en ese Registro mandamiento dimanante de Auto de incoación de diligencias previas y admisión a trámite de querrela criminal por delito de falsedad en documento público y estafa ordenando al Registrador anotar preventivamente la querrela sobre finca inscrita a nombre de los*

querellados -obtenida por medio de inmatriculación en base a título público de aceptación y partición de herencia y acta de notoriedad, título falso según los querellantes- por aplicación analógica del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, como medida cautelar en pieza de responsabilidad civil separada. Se acompañan el auto de incoación y el escrito de interposición de la querrela en el que se solicita fianza para cubrir las responsabilidades civiles que pudieran declararse procedentes o embargo de bienes, aparte de la toma de razón de la querrela en el Registro, accediéndose por el Juzgado solo a lo acordado en el mandamiento. El Registrador deniega la anotación por no estar comprendida dentro de las previstas en la Ley Hipotecaria ni en ninguna ley especial. 2. Ciertamente es doctrina de este centro directivo, basada en el propio artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que no cabe reflejar registralmente por vía de anotación preventiva la mera interposición de querrela criminal. Ahora bien, lo anterior no implica que cuando en la querrela se hace valer no solo la acción penal sino también la civil, quede vedada en todo caso la vía de la anotación preventiva para hacer constar registralmente el ejercicio de esta última. Por el contrario, si se analiza el artículo 42-1 de la Ley Hipotecaria, se advierte que el objeto de la anotación en tal precepto contemplada, es el "demandar en juicio la propiedad de los bienes muebles o la constitución, modificación, transmisión o extinción de un derecho real inmobiliario", esto es, el ejercicio de la acción de trascendencia real inmobiliaria, siendo indiferente el procedimiento a través del cual se hace aquélla valer y, consiguientemente, el vehículo formal que para ello se emplee (demanda o querrela). Si a lo anterior se añade: a) Que la ejecución de un delito tipificado por la ley obliga a reparar civilmente los daños causados. b) Que las acciones civiles que nacen de un delito o falta pueden ejercitarse juntamente con las penales (es más, ejercitada solo la penal se entiende utilizada también la civil a no ser que el querellante o perjudicado la hubiera renunciado o expresamente reservado para después del juicio criminal -cfr. artículos 111 y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). c) Que la actuación de la responsabilidad civil derivada del delito puede conducir a que el tribunal penal declare la nulidad de un título inscrito en el Registro. Con todas las consecuencias que ello lleve aparejado, como reiteradamente tiene mantenido el Tribunal Supremo (Sentencias Sala Segunda, de 20 de noviembre de 1972; 4 de noviembre de 1981; 14 de diciembre de 1985; 25 de mayo de 1987; 19 de enero de 1988; 22 de diciembre de 1989; 27 de junio de 1990, y 4 de abril de 1992, etc.);

habrá de concluirse que ningún obstáculo existe para hacer constar por vía de anotación preventiva el ejercicio en la querrela criminal de la acción civil derivada del delito si esta acción, como ahora ocurre, tiene efectiva trascendencia real (cfr. artículos 1, 2, 40, 42 Ley Hipotecaria), a fin de garantizar en el ámbito registral la efectividad del pronunciamiento judicial que en su día se dicte; siendo preciso, en todo caso que del mandamiento resulte el contenido de la acción civil ejercitada o se adjunte el mismo el texto de la querrela que se recoja el correspondiente suplico, pues. Como se ha señalado, no es la mera interposición de la querrela sino el ejercicio a través de ella de una acción civil de trascendencia real, lo que efectivamente se anota».

Solo partiendo de estas premisas podemos plantear adecuadamente la posibilidad de que se practiquen anotaciones preventivas derivadas del procedimiento arbitral. Ni debemos pretender que las únicas anotaciones sean las que expresamente prevé la Ley (en ese caso pocas posibilidades tendríamos porque la legislación no alude específicamente a anotaciones practicadas a resultas de este tipo de procedimientos), ni tampoco sostener que cualquier medida cautelar que eventualmente se pueda acordar en el arbitraje sea susceptible de provocar una anotación. Por ello yo voy a proponer el análisis de los diferentes supuestos posibles encuadrándolos en tres grupos diferentes que iré estudiando en los apartados siguientes: 1. Medidas cautelares que persiguen dar publicidad a un proceso que puede terminar provocando una alteración de los asientos registrales vigentes; 2. Medidas que tratan de asegurar la efectividad de las resultas económicas del procedimiento arbitral; y, 3. Medidas que pretenden suspender la eficacia de los derechos o situaciones inscritas, o limitar las facultades de ejercicio de dichos derechos.

i) Medidas cautelares que persiguen dar publicidad a un proceso

El hecho de que se plantee un procedimiento judicial o arbitral sobre una relación jurídica que aparezca inscrita en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil no implica que se produzca su paralización o bloqueo. El titular de los derechos litigiosos inscritos puede seguir realizando actos dispositivos o de gravamen sobre dichas titularidades mientras se tramita el procedimiento. Los acuerdos sociales impugnados siguen

desplegando plena eficacia y la sociedad puede continuar realizando actos sobre la base de los referidos acuerdos mientras no recaiga sentencia o laudo que los declare nulos. Todos esos actos que se van realizando pendiente el proceso arbitral, pueden acceder al Registro y beneficiarse de los efectos protectores que genera la inscripción. Los efectos de la fe pública del Registro (artículos 34 LH y 20 del CCO) se desplegarán en beneficio de los terceros de buena fe que inscriban sus títulos. Y cuando recaiga el laudo o se dicte la sentencia, sus consecuencias no les serán oponibles.

Esta circunstancia pone de manifiesto la necesidad de habilitar mecanismos que permitan conectar el Registro con el proceso, a fin de evitar que el juego de los efectos derivados de los principios registrales haga en la práctica inoperante el laudo o la sentencia. Aquí es donde desempeña su función la anotación de demanda. Como señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS³³¹, la anotación de demanda pertenece a aquella categoría de anotaciones que no producen *«ninguna modificación jurídico-real, sino que únicamente manifiesta posibles derechos reales ya existentes o modificaciones jurídico-reales ya producidas. La garantía que proporciona la anotación es la de que el derecho real o la modificación jurídico-real, si existe, tendrá efectividad incluso contra los terceros que, sin la anotación, estarían protegidos por el art. 34LH»*. Nos dicen MANZANO SOLANO y MANZANO FERNÁNDEZ³³² que *«la anotación de demanda cumple la finalidad de asegurar los resultados de un juicio, advirtiendo a los terceros de la existencia de un procedimiento que puede afectar a las fincas o derechos registrados, y asegurando al demandante que el fallo que se dicte podrá ejecutarse en las mismas condiciones existentes al anotarse la demanda»*.

La STS de 19 de febrero de 2014 considera que esta anotación preventiva tiene por objeto el aseguramiento de una posible sentencia futura, y la define como *«un instrumento de publicidad registral a fin de evitar que una situación (así, el proceso que ha iniciado la demanda) transitoria quede inoperante por el juego de la fe pública*

³³¹. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales, Derecho Hipotecario*, Tomo II, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 591.

³³². MANZANO SOLANO, A., y MANZANO FERNÁNDEZ, M.M., *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pág. 394.

registrar”. Con más abundamiento, la STS de 31 de octubre de 2011, nos dice: «Con respecto a los efectos de la anotación preventiva, referida en el artículo 42.1º de la Ley Hipotecaria, la generalidad de la doctrina científica considera que protegen la retroactividad de la sentencia recaída en el pleito y llevan su eficacia hasta la fecha de la decisión, para evitar que, por el juego del artículo 34 de esta Ley, surja un tercero que impida la ejecución del fallo; el expresado medio concede un rango hipotecario al derecho real que, como resultado del litigio, pueda constituirse, con el aseguramiento de su retroactividad hasta el momento de la anotación, frente a terceros que, en tiempo intermedio, hayan inscrito algún derecho, quienes ya no serían de buena fe, pues, con la previa consulta en el Registro de la Propiedad, tendrían conocimiento de su existencia, y, por tanto, la de un juicio pendiente que provocar un fallo contrario a la adquisición posterior a su asentamiento registral, y da lugar a la resolución de la misma. Desde una perspectiva similar a la indicada en el párrafo precedente, en sentencia de 22 de septiembre de 2008, esta Sala tiene declarado que “(...) La anotación preventiva de demanda (artículo 42.1º LH) tiene por objeto el dar a conocer, mediante la publicidad de que gozan los asientos registrales, la existencia de un proceso pendiente que pueda afectar a algún derecho real que con anterioridad haya accedido al Registro, todo ello con la finalidad de evitar que la realización de ulteriores actos o negocios sobre dicho derecho puedan desembocar en el traspaso de su titularidad a un tercero en quien concurren todas las exigencias de los principios de buena fe (artículo 34 LH) y legitimación (artículo 38 LH) registrales, con la consiguiente producción de los radicales efectos de irreivindicabilidad anudados a tal posición jurídica. (...) como afirma la sentencia de esta Sala de 25 de mayo de 2006, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece una presunción «iuristantum», pero cabe ser destruida mediante las correspondientes probanzas (SSTS de 30 de noviembre de 1991, 11 de febrero de 1993 y 14 de febrero de 2000) y «no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la debida diligencia normal o adecuada al caso se debería haber sabido, y cuando falta la buena fe no se protege a quien figura como tercero hipotecario”».

Vamos a analizar separadamente las anotaciones de demanda en el Registro de Propiedad y en el Mercantil.

1. Anotación de demanda en el Registro de la Propiedad

1.1. ¿Qué tipo de demandas son susceptibles de anotación?

Es el artículo 42.1 LH la referencia normativa que debemos tener en cuenta para determinar qué objeto ha de tener la demanda para que sea posible obtener su anotación en el Registro de la Propiedad. Señala dicho precepto: «*Podrán pedir anotación de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: 1º. El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real*».

La letra de este artículo es bastante restrictiva, dado que parece limitar el ámbito de este tipo de anotaciones a los casos en que se ejercita una acción de carácter real que implique la modificación en algún extremo de un derecho real inmobiliario. En la doctrina clásica ha existido un debate acerca del alcance de este artículo. Así, hay autores como CAMPUZANO Y HORMA³³³, que consideran que debe restringirse al ámbito del ejercicio de acciones reales. Por el contrario, otros autores como DE CASSO ROMERO³³⁴ o LACRUZ BERDEJO³³⁵, defienden una interpretación más abierta que de cabida a las acciones personales que puedan terminar provocando una modificación en los derechos inscritos. En esa línea, apunta ROCA SASTRE³³⁶: «*La Ley Hipotecaria y su Reglamento y, sobre todo, la doctrina de la Dirección General, han atribuido a la anotación preventiva de demanda su naturaleza o lógica amplitud, pues abarca toda*

³³³. CAMPUZANO Y HORMA, F., *Elementos de Derecho Hipotecario*, volumen 2, Reus, SA, Madrid, 1931, pág. 13.

³³⁴. DE CASSO ROMERO, I., *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4ª edic., Instituto de Derecho Civil, Madrid, 1951, pág. 517.

³³⁵. LACRUZ BERDEJO, JL., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2ª edic., El Noticiero, Zaragoza, 1957, pág. 309.

³³⁶. ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, tomo VII, 9ª edic., Bosch, Barcelona, 2009, pág. 371.

demanda que se interponga en ejercicio de una acción o pretensión, real o personal, que pueda conducir a un acto registrable respecto de fincas inmatriculadas».

Y en verdad que la LH (ver artículos 40, párrafo 2º, o 66 párrafo 2º), y el RH (artículos 84 y 85, párrafo 3º, 139, 182, o 422, párrafo 4º) recogen ejemplos de casos en que es posible la anotación de demanda fuera de los estrictos límites de la literalidad del artículo 42.1º. Pero también otras normas de diferente rango han acudido a la figura de la anotación de demanda para garantizar la seguridad jurídica de diversos procedimientos : artículos 102, 649, párrafo 1º y 1436 del CC ; artículo 194.2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, Decreto 118/1973, de 12 de enero ; artículos 65.1, letras c) y f), 65.2 y 67.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana; o los artículos 67 a 72 del R.D. 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la inscripción de actos de naturaleza urbanística ; artículo 12.4 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. A veces, cumpliendo los mismos fines que una anotación de demanda, se utiliza la figura de la nota marginal (véase la nota marginal prevista en el artículo 52, letra b) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, o la que establecen los artículos 67.3 del TRLS, y 5 del R.D. 1093/1997, de 4 de julio).

Merece especial mención el esfuerzo realizado a lo largo del tiempo por la DGSJFP para definir el verdadero ámbito de este tipo de anotaciones preventivas. Y es que no se ha limitado a ir elaborando un catálogo de supuestos en los que es o no posible la práctica de la anotación, sino que ha conseguido fijar auténticos criterios generales al respecto. Aunque son muchas las Resoluciones que podríamos citar, vamos a referirnos solo a algunas de las más recientes. Así establece como resumen de esta doctrina general la R. de 26 de junio de 2009³³⁷ : *«El ámbito de la anotación de demanda es el relativo al ejercicio de acciones reales, como resulta de la ley hipotecaria, que admite la anotación preventiva cuando se demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real (artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria). Aunque rige en esta materia un numerus clausus en la*

³³⁷. Confirmada por otras como las de 11 de agosto de 2011 y 2 de julio de 2013.

admisión de anotaciones preventivas, de manera que sólo son admisibles las expresamente contempladas en la ley hipotecaria u otras leyes especiales (cfr. artículo 42.10 de la Ley Hipotecaria), la posibilidad de practicar anotaciones preventivas de demandas ha sido ampliado por la doctrina científica y por esta Dirección General, admitiendo anotación preventiva de demanda en el ejercicio de acciones personales que puedan tener trascendencia real, como pueden ser las de elevación a público de documento privado, revocación de donaciones, reclamación de créditos refaccionarios, etcétera. Pero esta interpretación solo permite la anotación de aquellas demandas en las que se ejerciten acciones personales cuya estimación pudiera producir una alteración en la situación registral, pero en modo alguno pueden incluirse aquellas otras, como la ahora debatida, en las que únicamente se pretende el pago de una cantidad de dinero o una resolución contractual sin trascendencia en cuanto a la titularidad de las fincas afectadas».

Pueden también equipararse a la figura de la anotación de demanda casos en los que lo que se anota no es en sí una demanda, sino más bien una sentencia que por algún motivo no ha alcanzado su plena firmeza. En este sentido dispone el artículo 524.4 de la L.E.C.: *«Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos».* En aplicación de este precepto la DGRN ha considerado ³³⁸, en relación con la aplicación de la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, la situación de *«los decretos de adjudicación declarados firmes antes del 15 de mayo de 2013 en que no conste que se ha procedido antes de esta fecha a la puesta en posesión de la finca al adquirente y cuyos títulos ejecutivos sean susceptibles de contener cláusulas abusivas –definidas en el artículo 82 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios– como equiparable al estado de las sentencias declaradas firmes pendientes de un posible recurso de rescisión a instancias del rebelde,*

³³⁸. Véase entre otras la Resolución de 21 de noviembre de 2014.

de modo que, en tanto no se realice la declaración de firmeza después de transcurrido el plazo preclusivo señalado –esto es, a partir del día 16 de junio de 2013– o se declare que pasado ese plazo no se ha formulado por el ejecutado el referido incidente extraordinario de oposición o que, habiéndose formulado, la resolución dictada no afecta a la eficacia de la adjudicación, sólo cabrá la anotación preventiva del referido documento sin que pueda procederse a la inscripción y cancelación definitivas, tal como prevé el artículo 524.4 de la LEC para la sentencias dictadas en rebeldía».

Naturalmente hemos de trasladar estas mismas conclusiones al ámbito del procedimiento arbitral. Consecuentemente podemos plantearnos la posibilidad de solicitar la anotación de la demanda arbitral en todos aquellos procedimientos en los que el laudo final estimatorio de las pretensiones de las partes pueda dar lugar a una alteración en la situación registral de alguna finca o derecho real inscrito. Pero también debemos citar dos casos en los que es posible la anotación y que no coinciden con el prototipo de la anotación de la demanda inicial del procedimiento:

- Anotación de la demanda de ejercicio de la acción de anulación del laudo arbitral: el artículo 45.1 LA establece que *«El laudo es ejecutable aún cuando contra él se haya ejercitado la acción de anulación»*. Eso significa que, una vez dictado un laudo, con independencia de que se hubiera o no entablado la demanda de anulación, el mismo sería susceptible de ejecución y, consecuentemente, podría provocar diferentes asientos en el Registro de la Propiedad. A partir de ahí empezarían a funcionar los principios hipotecarios, y los terceros que adquiriesen derechos confiando en los pronunciamientos del Registro se situarían en una posición inatacable. Frente a ellos no sería oponible la eventual sentencia que declarase la nulidad del laudo que había servido de base a la titularidad del transmitente de quien traen causa. La única manera de evitar que esto sea así es enervar la buena fe de esos terceros haciéndoles saber, por medio de la propia publicidad registral, que dicho laudo arbitral está amenazado de posible anulación. Es por ello por lo que tiene plena lógica solicitar la correspondiente anotación de la demanda por la que se ponga en marcha la referida acción de anulación.

- Anotación de un laudo en los casos en que se haya acordado judicialmente la suspensión de la ejecución: dispone el anteriormente mencionado artículo 45.1, en su segundo inciso, que, cuando se hubiera ejercitado la acción de anulación, el que sufre la ejecución del laudo cuya nulidad él mismo está instando, *«podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución»*. Entiendo que, de la misma forma que las resoluciones judiciales cuando no son firmes son susceptibles de anotación preventiva conforme antes hemos visto que establece el artículo 524.4 de la LEC, así también debe ser admisible la práctica de una anotación con base en un laudo arbitral cuya ejecución ha sido suspendida en los términos del artículo 45.1 LA.

1.2. ¿Qué se entiende por demanda en el procedimiento arbitral?

En el ámbito de los procesos judiciales está claramente definido en la ley qué se entiende por demanda y cuáles son sus requisitos. El artículo 399.1 de la LEC señala: *«El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida»*. Con este punto de referencia es muy sencillo aplicar lo establecido en el artículo 139, primer inciso, del RH: *«El que propusiere demanda, en los casos a que se refieren los artículos 38 y número 1º del artículo 42 de la Ley, podrá pedir al mismo tiempo, o después, su anotación preventiva»*. Por tanto, solo cuando se ha presentado la demanda, nunca antes, es posible solicitar del juez que ordene su pertinente anotación en el Registro. Y aunque es verdad que el artículo 730 de la LEC permite pedir la adopción de medidas cautelares con anterioridad a la presentación de la demanda, es evidente que tal posibilidad no se aplica a la anotación de la demanda. Si no hay demanda, difícilmente va a poder pedirse su anotación registral.

¿Y en el procedimiento arbitral? Las características propias del procedimiento arbitral hacen que sea más difícil concretar cuándo se inicia realmente el mismo, y si ese

inicio coincide con la presentación de una demanda en sentido estricto. Dado el amplísimo margen que se concede a la autonomía de la voluntad de las partes para fijar las normas de procedimiento, y considerando las diferentes modalidades que se acogen en los reglamentos de las distintas cámaras o instituciones arbitrales, parece difícil sentar conclusiones generales. No obstante, y siguiendo el esquema que marca la propia LA, podemos decir que el proceso arbitral no necesariamente va a comenzar con una demanda. De hecho, el artículo 27 LA dice expresamente: *«Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considera la de inicio del arbitraje»*. Más adelante, el artículo 29.1 de la Ley señala: *«Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda»*. Como afirma OUBIÑA BARDOLLA³³⁹, *«Así, siempre y cuando las partes no hayan convenido otra cosa, el arbitraje principia en la fecha en que el demandado recibe el requerimiento de someter la controversia a arbitraje. O, lo que es lo mismo, el arbitraje comienza cuando el demandante solicita al demandado someter la controversia a arbitraje. Al inicio del arbitraje sigue la designación de los árbitros, la aceptación del cargo y la comunicación de esa circunstancia a las partes. Y, es después cuando las partes pueden presentar respectivamente sus primeras alegaciones, es decir, la demanda y la contestación a aquélla»*.

¿En qué momento se podrá entonces pedir y ordenar la correspondiente anotación de demanda? Parece evidente que solo cuando se ha presentado la demanda en la que se especifica la pretensión del demandante será viable la anotación. Como señalé en el apartado anterior, no toda demanda es susceptible de anotación, sino solamente aquellas cuya estimación pudiera producir una alteración en la situación registral. Y, como es lógico, eso solo puede valorarse a la vista de un escrito del demandante que deje claro el

³³⁹. OUBIÑA BARDOLLA, S., "Comentario artículo 29 LA ", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por BARAONA VILAR, S., 2ª edición, Civitas Thomson Reuter, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 729.

pronunciamiento que solicita de los árbitros. Si a la vista de la petición del demandante se deduce que es una pretensión que, en caso de ser estimada, podría provocar una alteración del contenido del Registro, entonces podrá ordenarse la correspondiente anotación.

2. Anotaciones en el Registro Mercantil

El artículo 155 del RRM hace referencia explícita a la anotación preventiva de la demanda por la que se impugna un acuerdo de la junta general o del consejo de administración: *«1. La anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales adoptados por la Junta o por el Consejo de Administración se practicará cuando, previa solicitud del demandante y con audiencia de la sociedad demandada, el Juez, a su prudente arbitrio, así lo ordenare. 2. El Juez, a instancia de la sociedad demandada, podrá supeditar la adopción de la medida a la prestación por parte del demandante de una caución adecuada a los daños y perjuicios que puedan causarse».*

En relación con la finalidad de este tipo de anotaciones, ha de citarse la RDGRN 22 de febrero de 1999, que señala: *«las anotaciones preventivas de demanda de impugnación de acuerdos sociales, a las que genéricamente se refiere el artículo 121.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, responden a la finalidad propia de las anotaciones de demanda que se practican en los registros jurídicos, la de garantizar la eficacia de la sentencia que en su día se dicte enervando con su presencia el juego legitimador de la publicidad registral que resulta de la presunción de validez y exactitud del contenido del Registro (artículo 20.1 del Código de Comercio) de suerte que evite la ineficacia relativa que podría sufrir frente a derechos adquiridos por terceros de buena fe (artículos 122.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y 20.2 del Código de Comercio) con anterioridad a la fecha en que ya una sentencia firme, de prosperar la demanda, acceda al Registro constatando la inexactitud o nulidad de lo previamente inscrito. Pero esa misma finalidad cautelar queda sobradamente cumplida con la presencia de la anotación y la advertencia que supone sobre las consecuencias que de la existencia del proceso pueden derivarse, sin que tenga que extenderse a un cierre registral que en el mundo de la publicidad mercantil podría llevar a la práctica paralización de la vida de las sociedades*

cuyos acuerdos fueran impugnados y que el legislador no ha impuesto, sino que implícitamente ha excluido al regular los efectos cancelatorios de las sentencias declarativas de la nulidad de los acuerdos (artículos 122.3 de la Ley de Sociedades Anónimas y 156.2 del Reglamento del Registro Mercantil)».

Este supuesto de anotación de demanda de impugnación de acuerdos sociales es, sin duda, uno de los más frecuentes en el ámbito del arbitraje societario. Pero entiendo que también será posible la anotación de una demanda arbitral que no se dirija específicamente a impugnar acuerdos sociales, pero que tenga por objeto otro tipo de actuaciones que afecten a la vida societaria y, por tanto, sean susceptibles de publicidad registral.

Sin embargo, también en el ámbito mercantil opera el criterio del *numerus clausus*. Como enfáticamente afirmaba la RDGRN de 6 de abril de 2013: «*No todo acto, negocio jurídico o resolución administrativa o judicial que tenga relación con una sociedad es susceptible de inscripción o anotación registral, sino tan solo las que admita como tal una norma con rango de ley o, excepcionalmente, el Reglamento del propio Registro, y tan solo en relación con las mismas podrán jugar los principios de la publicidad registral y sus efectos*». Más recientemente, la Resolución del mismo Centro Directivo de 16 de mayo de 2019, en relación con la pretensión de que se practique una anotación de denuncia, resume muy acertadamente la doctrina actual al respecto: «*La anotación de demanda constituye en nuestro ordenamiento un asiento de eficacia temporal limitado a la duración del procedimiento judicial, y presenta, entre otras, la finalidad de dar a conocer la existencia de una demanda cuya estimación podría alterar el contenido registral, con la finalidad de enervar la presunción de buena fe de terceros que confían en lo que publican los asientos del Registro. Por ello, semejante presunción sólo será necesaria que sea destruida, cuando el acto impugnado sea susceptible de inscripción. A contrario, carece de objeto la anotación si no existe la posibilidad de obtener un acto inscribible en que pueda fundarse la buena fe del tercero. De aquí que tradicionalmente se haya afirmado que nuestro sistema de anotaciones preventivas es «numerus clausus» pues no cabe extender este asiento en los supuestos que no están previstos por las leyes, es decir, en los que la resolución judicial firme, posteriormente*

recaída, no puede producir el resultado de incorporar un hecho, acto o negocio susceptible de ser directamente inscribible. Como resulta del número 1.13 del artículo 94 del Reglamento del Registro Mercantil pueden acceder: «En general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente Reglamento». Que las anotaciones de demanda son estrictamente consideradas en relación a su tabulación en el Registro Mercantil en base, tanto a su carácter de «numerus clausus» como a lo tasado de la propia materia inscribible, ha sido reiteradamente puesto de manifiesto por la doctrina de este Centro Directivo, pudiendo citarse al respecto, las demandas dirigidas a obtener una acción de responsabilidad del administrador – Resolución de 27 de marzo de 1999–; o una querrela criminal sobre la titularidad de acciones o participaciones –Resoluciones de 7 de octubre y 14 de noviembre de 2002–; o la demanda de reclamación de cantidad a fin de evitar su liquidación –Resolución de 28 de febrero de 2013–. La doctrina tradicional sobre el carácter cerrado de los supuestos de anotación preventiva ha sido reinterpretada en el sentido de permitir la toma de razón de determinadas anotaciones que, sin estar expresamente recogidas en la ley, podían acogerse a los requisitos estructurales exigidos por la legislación hipotecaria (vid., entre otras, las Resoluciones de 18 de diciembre de 2017 o 24 de enero de 2018). Siendo cierto lo anterior, no lo es menos que esta Dirección General exige que la anotación preventiva a practicar no implique una contradicción de los principios y normas que articulan la regulación del Registro (vid., por todas, la Resolución de 18 de junio de 2012)».

j) Medidas cautelares que tratan de asegurar la efectividad de las resultas económicas del laudo

En determinadas ocasiones el procedimiento arbitral tiene como finalidad conseguir que se condene al demandado al pago de una cantidad de dinero. En estos casos, ante el peligro de que dicho demandado se pueda descapitalizar durante el tiempo que tarda en desarrollarse el proceso, puede resultar conveniente para los intereses del demandante trabar alguno de los bienes de aquel, de suerte que estos bienes queden afectos a las resultas del proceso. Para ello la mejor herramienta es el embargo preventivo, medida cautelar que recoge expresamente el número primero del artículo 727 de la LEC.

No es este el lugar oportuno para realizar un estudio global de la anotación de embargo preventivo. Pero sí parece conveniente abordar un problema de tracto sucesivo que se puede plantear habitualmente en la práctica.

Uno de los supuestos más frecuentes, tanto en el ámbito de los embargos preventivos como de los ejecutivos, es el de que la finca embargada tenga carácter ganancial. Para que en estos casos pueda practicarse la correspondiente anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con las exigencias derivadas del principio de tracto sucesivo, establece el artículo 144.1 del RH: *«Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los apartados 1 o 4 del artículo 93 o en el apartado 1 del artículo 94, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo»*.

Cuando el procedimiento arbitral se ha dirigido contra los dos cónyuges, por encontrarse ambos sometidos a los efectos del convenio arbitral, no habrá ningún problema de tracto sucesivo. Sin embargo, si el proceso se sigue exclusivamente con uno de ellos, queda la duda de si los árbitros tienen competencia para realizar la notificación que prevé el citado precepto al otro cónyuge que no está sometido a la jurisdicción arbitral. Yo creo que en este caso se puede acudir a la distinción que recoge la LA, y que ya hemos analizado en otros apartados, entre la competencia para acordar la medida cautelar, que la tendría el árbitro, y la de llevar a cabo su ejecución, que correspondería al Tribunal competente conforme a las reglas que establece el artículo 8 LA. Y es que, a diferencia de otros casos, aquí sí que tiene sentido distinguir una fase declarativa y otra ejecutiva en el proceso de adopción de una medida cautelar. El árbitro podrá acordar el embargo preventivo, pero solo el juez podrá ejecutar esa medida cautelar frente a un tercero (cónyuge del demandado) que nada tiene que ver con el procedimiento arbitral. Naturalmente, en estos supuestos sí que será inevitable el libramiento del correspondiente mandamiento judicial para que pueda practicarse la preceptiva anotación preventiva.

k) Medidas cautelares que pretenden suspender la eficacia de los derechos o situaciones inscritas, o limitar el ejercicio de las facultades de dichos derechos

En ocasiones los intereses del demandante requieren que, mientras se sustancia el procedimiento, se deje en suspenso la eficacia de un determinado acto y se prive al titular de ciertas facultades de ejercicio de sus derechos.

1 Prohibiciones de disponer

Sin duda, una de las medidas que con más eficacia puede garantizar el cumplimiento del laudo es imponer al demandado la prohibición de que disponga de sus bienes mientras dura el proceso.

Ha de advertirse que el alcance y efectos de la anotación de prohibición de disponer ha sido una cuestión sumamente controvertida. Para tratar de arrojar luz sobre la materia, es muy interesante analizar la RDGRN de 21 de julio de 2017, que resume con mucha claridad el estado actual de la materia. A tal efecto se señala que han de distinguirse dos tipos diferentes:

- *«Las prohibiciones voluntarias y las que tienen su origen en un procedimiento civil, tratan de satisfacer intereses básicamente privados: pueden cumplir funciones de garantía (vid. Ley 482 del Fuero Nuevo de Navarra), de tutela (hasta que los hijos lleguen a determinada edad), para lograr la plena satisfacción de la voluntad del beneficiario de la prohibición, garantizar el resultado de un procedimiento o la caución del mismo, etc. Por ello, prevalece la finalidad de evitar el acceso al Registro del acto dispositivo realizado por quien carece de poder de disposición para ello al no habersele transmitido la facultad dispositiva. En consecuencia, si cuando otorgó el acto afectado por la prohibición de disponer no tenía limitada su poder de disposición el acto fue válido y debe acceder al Registro a pesar de la prioridad registral de la prohibición de disponer, aunque se entiende que la inscripción del acto anterior*

no implica la cancelación de la propia prohibición de disponer, sino que ésta debe arrastrarse. Es esta una solución que se puede denominar ecléctica. Por un lado, se entiende que, en la medida en que el artículo 145 del Reglamento Hipotecario impide el acceso registral de los actos dispositivos realizados posteriormente (salvo los que traen causa de asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación), ello presupone, «a sensu contrario», que no impide los realizados con anterioridad –conclusión que resulta también de la aplicación de la regla general que para las anotaciones dicta el artículo 71 de la propia Ley Hipotecaria–. Sin embargo, por otro lado, se estima que tal inscripción no ha de comportar la cancelación de la propia anotación preventiva de prohibición, sino que ésta se arrastrará». Obviamente, a este grupo pertenecen las anotaciones de prohibición de disponer que se adopten en el ámbito de un procedimiento arbitral.

- *«Las adoptadas en los procedimientos penales y administrativos lo que quieren garantizar es el cumplimiento de intereses públicos o evitar la defraudación del resultado de la sentencia penal o las responsabilidades que de ella puedan derivar. Debe, en consecuencia, prevalecer el principio de prioridad establecido en el artículo 17 frente a la interpretación más laxa del artículo 145 del Reglamento Hipotecario que se impone en las prohibiciones voluntarias y derivadas de procedimientos civiles, provocando así el cierre registral incluso cuando se trata de actos anteriores a la prohibición. No cabe duda que tanto en las prohibiciones decretadas en procedimientos penales como en las administrativas existe cierto componente de orden público que no puede ser pasado por alto. Y es que en estas últimas la prohibición de disponer no trata de impedir la disponibilidad del derecho por parte de su titular, desgajando la facultad dispositiva del mismo, cual ocurre con las voluntarias, sino que tiende a asegurar el estricto cumplimiento de la legalidad administrativa o el resultado del proceso penal».*

Pero es que, además, la prohibición de enajenar solo será eficaz frente actos dispositivos voluntarios, no respecto a actuaciones de ejecución forzosa. Señala esta interesante Resolución: *«Por otro lado, también constituye doctrina consolidada de este*

Centro Directivo que la eficacia limitativa de las prohibiciones de disponer, cualquiera que sea su origen (vid. Resolución de 31 de enero de 2013), ha de matizarse cuando se trata del acceso al Registro de actos de disposición forzosos, extraños a la voluntad del titular afectado por la anotación, es decir cuando vienen impuestos en procedimientos judiciales o administrativos de apremio u otros que impongan una condena o conducta sobre el bien o derecho sometido a la prohibición de disponer o enajenar. Así se estableció en la Resolución de este Centro Directivo de 22 de febrero de 1989, al considerar en el supuesto de solicitud de anotación de embargo, constando inscrita una prohibición de disponer, que “por todo lo anterior ha de concluirse que la seguridad económica del deudor no puede mantenerse a costa de tan considerables quebrantos para la organización jurídica de la, colectividad, debiendo restringirse al efecto de las prohibiciones de disponer a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente del derecho en cuestión pues aun implicando una relativa amortización, contra el principio general de libre tráfico de los bienes, sólo compromete el interés particular del titular sin repercusión directa y apreciable sobre el orden público y sin que quepa estimar la alegación de que con tal interpretación resultan aquéllas fácilmente burladas e inoperantes por la vía de la simulación de deudas y de las connivencias procesales, pues las normas no deben ser interpretadas desde la exclusiva perspectiva de su eventual incumplimiento (artículo 3 del Código Civil), no pueden desconocerse los remedios jurídicamente arbitrados a tal efecto (artículos 6 y 7 del Código Civil), ni pueden menospreciarse los intereses generales en aras de la consecución de fines particulares (artículo 1.255 del Código Civil)». (...) Como afirma la más moderna doctrina, un derecho de propiedad sobre el que recae una prohibición de disponer, será respaldo patrimonial para los acreedores de su titular, en su particular forma de configuración en su perspectiva activa, esto es: como tal será objeto de ejecución y, por tanto, de adquisición por el rematante en su caso, el cual adquirirá el dominio con la prohibición de disponer en los mismos términos que los ostentaba el ejecutado».

Por último, conviene destacar que, dada la diferente naturaleza y objeto que tienen el Registro de la Propiedad y el Mercantil, las anotaciones de prohibición de disponer se practicarán exclusivamente en aquel. El Registro Mercantil no publica la titularidad de bienes, sino la existencia y funcionamiento de personas jurídicas. En este sentido hay que

citar la RDGRN de 16 de mayo de 2019 que planteaba si puede tomarse anotación preventiva en la hoja particular de una sociedad como consecuencia de las medidas cautelares acordadas en un procedimiento de diligencias previas seguidas ante un Juzgado de lo Penal. En concreto la medida se acuerda a petición de la denunciante y ante la afirmación de que por parte de la administración social se está disponiendo de bienes inmuebles de la sociedad. Parte el Centro Directivo de la premisa de que *«No todo acto, negocio jurídico o resolución administrativa o judicial que tenga relación con una sociedad es susceptible de inscripción o anotación registral, sino tan sólo las que admita como tal una norma con rango de ley o, excepcionalmente, el Reglamento del propio Registro, y tan sólo en relación con las mismas podrán jugar los principios de la publicidad registral y sus efectos»*. Por ello concluye que no cabe practicar la anotación solicitada, aunque advierte que *«No quiere decir esto que nuestro ordenamiento no contemple medidas de protección que amparen la pretensión de la denunciante en el procedimiento que da lugar a la presente. Tales medidas de protección se organizan en nuestra Ley en relación a los bienes inmuebles cuya titularidad se pretende proteger, por lo que es en relación a los mismos respecto de los que se deben tomar, en su caso, las medidas provisionales que acuerde la autoridad judicial cuyo reflejo registral está expresamente admitido en nuestro ordenamiento (artículos 26 y 42 de la Ley Hipotecaria)»*.

Tampoco son anotables en el Registro Mercantil las medidas cautelares que consisten en la prohibición de disponer de acciones y participaciones sociales. Como recuerda la RDGRN de 11 de octubre de 1999, *«la titularidad de las participaciones sociales fluye al margen del Registro Mercantil, de suerte que no sólo no será posible la constatación tabular de la prohibición judicial de disponer de que se trata, sino que, además, tal consignación carecería de sentido al no añadir protección adicional a la prohibición»*.

2. Suspensión de los acuerdos sociales impugnados

En el ámbito societario es también frecuente que, cuando se impugnan acuerdos sociales, se solicite como medida cautelar la suspensión de su aplicación hasta que se resuelva el proceso impugnatorio.

Como reiteradamente ha afirmado la DGRN (pueden verse, entre otras, las Resoluciones de 8 de noviembre de 1995, 22 de febrero de 1999, 15 de febrero de 2001, 28 de agosto de 2013, 31 de enero de 2014 y 1 de julio de 2016), a diferencia de la anotación preventiva de demanda cuya eficacia se limita a garantizar la futura ejecución de la resolución que se adopte en perjuicio de eventuales terceros, la anotación que contiene orden de suspensión cierra el Registro a cualquier pretensión de inscripción de los acuerdos suspendidos o de los que de ellos traigan causa. La eficacia de la anotación no sólo se proyecta hacia adelante, hacia los asientos que se puedan producir con posterioridad, sino que también impide, para el caso de que los acuerdos suspendidos hayan llegado a inscribirse, que acceda a los libros del Registro cualquier acto del que deriven.

A la anotación preventiva de esta medida se refiere el artículo 157.1 del RRM: *«La anotación preventiva de las resoluciones judiciales firmes que ordenen la suspensión de acuerdos impugnados, inscritos o inscribibles, se practicará, sin más trámites, a la vista de aquéllas»*. Parece claro, a la luz de la letra de este artículo, que se pueden plantear diferentes hipótesis. Puede haber casos en los que el acuerdo impugnado cuya suspensión se ha decretado aun no esté inscrito al tiempo de presentarse la resolución que ordena la práctica de la anotación preventiva. En este caso la anotación impedirá el acceso al Registro Mercantil de los acuerdos cuya suspensión se ha acordado. Si, por el contrario, dichos acuerdos estaban inscritos con anterioridad, los efectos de la suspensión impedirán la inscripción de cualquier acto posterior que derive de dichos acuerdos. No obstante, dada la naturaleza de esta medida, parece que ha de ser objeto de una interpretación estricta. En este sentido se manifiesta la RDGRN de 1 de julio de 2016: *«dicha suspensión afecta sólo a los concretos acuerdos adoptados por la junta general objeto de la específica impugnación en que se ha adoptado tal medida cautelar, y a los que de ellos traigan causa, pero no a otros acuerdos adoptados por el órgano competente para ello. En este sentido, basta tener en cuenta los distintos motivos de impugnación que pueden*

concurrir en cada caso para no extender la medida cautelar adoptada más allá de sus justos términos. Por ejemplo, si la impugnación de los acuerdos de la junta general se basa en defectos formales de convocatoria de la junta o en defectos que tengan como consecuencia que no se ha constituido válidamente dicha junta, ningún obstáculo debería impedir para que se inscribiera otro acuerdo adoptado por el consejo de administración si éste es competente para ello, como es el traslado de domicilio social conforme al artículo 265 de la LSC. Pero cuestión distinta sería si la impugnación se basara en una lesión del interés social, es decir cuando el acuerdo, tal y como expresa el artículo 204.1 segundo párrafo de la LSC, «se impone de manera abusiva por la mayoría», en su propio interés y «en detrimento injustificado de los demás socios», pues si de este caso se tratara, el acuerdo suspendido parece evidente que no podría ser sustituido por otro, provenga del mismo órgano o de otro que fuera competente por razón de la materia».

En relación con los requisitos procesales para pedir la adopción de esta medida cautelar, ha de citarse el artículo 727, 10º de la LEC: *«Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: 10º. La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitidos valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial».* En este sentido se plantea la duda de si, en caso de que esta medida cautelar sea solicitada en un procedimiento arbitral directamente a los árbitros, ha de cumplirse también el requisito de que el demandante represente el 1 o el 5 por ciento del capital social.

La cuestión no es fácil de resolver y prácticamente no ha sido abordada por la doctrina de forma específica. BARONA VILAR³⁴⁰ parece inclinarse por la aplicación de la LEC (y, por tanto, en este caso por la limitación que recoge su artículo 727, 10º) en

³⁴⁰. BARONA VILAR, S., op. cit., pág. 276: *«La ausencia de una remisión a la LEC en la normativa arbitral no empuja la aplicación de la misma, máxime si se asume la naturaleza jurídica propia del proceso cautelar ; como proceso que es, la aplicación supletoria de la LEC es indudable, en el supuesto de que no existan normas que desarrollen -ya la autonomía de la voluntad, directa o indirectamente a través de la aplicación del principio de la incorporación por referencia, esto es, la aplicación de las normas reglamentarias de la institución arbitral a la que acuden las partes, o ya por conformación de las normas por los árbitros en virtud de lo que dispone el artículo 25 LA-».*

defecto de que, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, las partes hayan previsto normas específicas al respecto. Por su parte, MALLANDRICH MIRET³⁴¹ descarta la posibilidad de aplicar la LEC como norma supletoria en el procedimiento arbitral. En su opinión, a falta de acuerdo expreso de las partes y de previsión específica LA, han de ser los árbitros los que decidan sobre las cuestiones procedimentales.

Yo estoy más en la línea de esta segunda autora. Creo que la LEC no es de aplicación supletoria, a menos que las partes o el reglamento de la institución arbitral lo hayan previsto. Consecuentemente, si no hay nada acordado por las partes ni en el reglamento de la corte, serán los árbitros los que valoren si procede o no exigir algún porcentaje de representación respecto del capital social en los demandantes de esta específica medida cautelar.

I) Modificación y alzamiento de las medidas cautelares

1. Efecto de cosa juzgada y modificación de medidas cautelares

Como señala BARONA VILAR³⁴² «una de las características de las medidas cautelares es su variabilidad, que ha llevado a cierto sector doctrinal a la negación de la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones cautelares». En esta línea GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN³⁴³ afirma con rotundidad: «La decisión cautelar no

³⁴¹ . MALLANDRICH MIRET, N., op. cit., págs. 69 y 70: «En nuestra opinión, fuera de estos casos especialmente establecidos creemos que la LEC no es aplicable en ningún otro supuesto puesto que la LA prevé su propio sistema de integración de lagunas. Como se ha indicado anteriormente el arbitraje se configura tomando como base el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Esta autonomía de la voluntad no tiene carácter absoluto, sino que la LA incorpora una serie de límites con carácter de mínimos y que a su vez se configuran como garantías. Además, la LA también tiene una serie de normas de contenido dispositivo que están dirigidas a regular el arbitraje supletoriamente cuando las partes no pacten nada al respecto. Finalmente en defecto de acuerdo expreso entre las partes y de norma en la LA, son los árbitros quienes en virtud del art. 25.2 LA deberán integrar la voluntad de las partes con sujeción a los principios de igualdad, audiencia y contradicción, cerrándose de ese modo el círculo de fuentes directas del arbitraje».

³⁴² . BARONA VILAR, S., op. cit., pág. 309.

³⁴³ . GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., op. cit., pág. 433.

produce efecto de cosa juzgada, siendo susceptible de ser modificada si cambian las circunstancias».

Sin embargo, yo coincido más con la opinión de BARONA VILAR³⁴⁴, que aclara que *«debe atenderse a la naturaleza de la tutela cautelar, que no es otra que la que pretende garantizar la eficacia de los resultados que puedan llegar a alcanzarse en el proceso principal, de manera que lo razonable es entender que la cosa juzgada debe predicarse de las resoluciones cautelares en los supuestos en que se mantienen los presupuestos para la adopción de la medida cautelar».* De hecho el artículo 743.1 de la LEC recoge esta misma idea cuando señala: *«Las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas».* Pero ya antes de que se aprobara la vigente LEC el TC se había pronunciado al respecto. Hemos de citar el ATC 201/1992, de 1 de julio, que contiene afirmaciones del siguiente tenor: *«nos encontramos ante una medida cautelar, que como tal, aunque ejecutiva, es provisional y modificable en cualquier momento mientras se esté sustanciando el pleito principal. Estas medidas se adoptan atendiendo a las circunstancias fácticas que rodean un pleito, y son, en consecuencia, modificables siempre que el Tribunal que está juzgando el pleito entienda que se ha producido un cambio en las referidas circunstancias que lo hagan aconsejable o necesario. No están por tanto, ni pueden estarlo por su propia naturaleza, protegidas por el efecto de la cosa juzgada, previsto en el art. 408 de la L.E.C., que tiene alcance constitucional en la medida en que su ignorancia supone el incumplimiento de la fuerza ejecutiva de las decisiones judiciales. No es óbice para ello el que los arts. 1801 y sigs. de la LEC no prevean expresamente la posibilidad de replanteamiento o modificación de la decisión sobre la suspensión de la ejecución, ya que, como ha establecido la jurisprudencia de este Tribunal (entre otros. AATC 340/1983 y 69/1985), toda medida cautelar puede, de oficio o a instancia de parte ser levantada, de forma que es posible en cualquier momento replantear la procedencia o no de la suspensión decretada. En definitiva hay que concluir que no es una exigencia derivada del art. 24 ni de ningún otro precepto de la Constitución, el que las leyes procesales prevean*

³⁴⁴. BARONA VILAR, S., *op. cit.*, pág. 309.

expresamente el carácter siempre revisable de las medidas provisionales adaptadas, atendiendo a las circunstancias fácticas, ya que tal carácter se deriva de su propia naturaleza».

Aunque la LA no alude en modo alguno a la posibilidad de que los árbitros puedan modificar las medidas cautelares adoptadas, ello no es óbice para que mayoritariamente se entienda que es perfectamente posible que el tribunal arbitral modifique o deje sin efecto una medida cautelar adoptada con anterioridad. En este sentido la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, después de la reforma de 2006, señala en el artículo 17 D lo siguiente: *«El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes».*

2. Conflicto competencias juez-arbitro

Si, como acabamos de señalar, la modificación de las medidas cautelares es competencia, no solo de los jueces, sino también de los árbitros, parece lógico que nos planteemos la primera pregunta: ¿puede un árbitro modificar una medida cautelar acordada por un juez, o viceversa?

Para un sector doctrinal la respuesta ha de ser claramente negativa. Con argumentos de derecho positivo entiende MALLANDRICH MIRET³⁴⁵ que: *«Debe tenerse en cuenta que la LEC establece una competencia de tipo funcional en relación con las incidencias que afecten las medidas cautelares. La LA y la LEC, en sus arts. 8 y 724 respectivamente, determinan el órgano competente para conocer de la adopción de la medida cautelar pero, por el contrario, no se prevén expresamente unas reglas de competencia para determinar el órgano competente para la modificación o alzamiento de las mismas. Ello es así respecto de las medidas cautelares adoptadas en el arbitraje, pero también en los procesos judiciales. Tanto en una como en otra situación la Ley*

³⁴⁵. MALLANDRICH MIRET, N., *op.cit.*, pág. 305.

presupone que será el mismo órgano quién decida sobre la adopción de una medida para asegurar la eficacia de una determinada pretensión, y todas las incidencias que puedan presentarse en relación con la misma durante el curso del proceso. Se trata en definitiva de una manifestación de la regla general establecida por el artº 61 LEC. Este establecimiento por parte de la LEC del órgano competente para la modificación y alzamiento de las medidas cautelares a favor del mismo órgano que las ha adoptado, excluye la competencia de los árbitros para ello. En nuestra opinión, si se deseara que el árbitro ostentara dicha competencia, debería de haberse establecido expresamente en la LA en cuanto ello supone modificar el contenido de la LEC. Por lo tanto, solo será competente para modificar una medida cautelar adoptada judicialmente, el mismo órgano que la ha acordado». En pura lógica también niega esta autora la posibilidad de que judicialmente se puedan modificar o alzar medidas adoptadas por los árbitros.

Por el contrario, GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN³⁴⁶ sostiene que las competencias de jueces y árbitros en materia de medidas cautelares son, como afirma la Exposición de Motivos LA, *alternativas y concurrentes*. Por eso considera que nuestra *«ley contempla un régimen en el que el árbitro puede intervenir en un incidente cautelar iniciado por un juez, y viceversa, sin otra limitación que velar por un exquisito respeto a las exigencias de la buena fe»*. A su juicio, *«no parece discutible que el árbitro, tras un laudo desestimatorio, podrá (rectius, deberá), alzar todas las medidas cautelares, incluidas las judiciales, pues carecería de sentido obligar a las partes a iniciar un incidente judicial para lograr dicho fin»*.

En mi opinión, para la modificación de las medidas cautelares no debe seguirse un criterio distinto del que se aplica a la hora de su establecimiento. En consecuencia, creo que debe primar la regla de competencias alternativas y concurrentes, y admitir que tanto los árbitros como los jueces puedan modificar las medidas cautelares, con independencia de quién haya sido el órgano que las adoptase en su momento. Ello siempre con un absoluto respeto al principio de cosa juzgada relativa que, como antes vimos, debe aplicarse en esta materia, y a la buena fe procesal. Por eso, habiendo cambiado las

³⁴⁶. GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., *op. cit.*, págs. 435 y 436.

circunstancias, puede accederse a la modificación de una medida cautelar por parte de los árbitros aunque hubieran sido adoptadas inicialmente por un juez. Sin embargo, lo que no cabe es que, habiendo sido acordada la medida por un árbitro, se acuda al juez (obviamente, tampoco en el caso inverso) para solicitar su inmediato alzamiento o modificación sin que existan nuevas circunstancias que lo justifiquen.

Naturalmente habrá de aplicarse esta misma conclusión desde la perspectiva registral. Por eso, es necesario hacer una nueva lectura de lo dispuesto en los artículos 83 y 84 LH: Artículo 83: *«Las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria. Si los interesados convinieren válidamente en la cancelación, acudirán al Juez o al Tribunal competente por medio de un escrito, manifestándolo así, y después de ratificarse en su contenido, si no hubiere ni pudiere haber perjuicio para tercero, se dictará providencia ordenando la cancelación. También dictará el Juez o el Tribunal la misma providencia cuando sea procedente, aunque no consienta en la cancelación la persona en cuyo favor se hubiere hecho»*. Artículo 84: *«Será competente para ordenar la cancelación de una anotación preventiva o su conversión en inscripción definitiva el Juez o Tribunal que la haya mandado hacer o aquel a quien haya correspondido legalmente el conocimiento del negocio que dio lugar a ella»*. Estos preceptos no pueden constituir un obstáculo para que en virtud de un laudo arbitral pueda modificarse o cancelarse una anotación preventiva adoptada por un juez en relación con el procedimiento arbitral, ni, a la inversa, para que por medio de una resolución judicial pueda alterarse la anotación practicada en virtud de un laudo arbitral. Como ya hemos visto que sucede en otras ocasiones, los preceptos aislados han de ser interpretados sistemáticamente en coordinación con lo que establecen otras normas relacionadas con la misma materia, especialmente cuando dichas normas son posteriores en el tiempo.

3. ¿Qué puede solicitarse?

Aunque hablamos genéricamente de modificación, en realidad son distintas las posibilidades de alteración de una medida cautelar.

3.1. Modificación

En este apartado incluimos todos los casos en los que se solicita la alteración de una medida cautelar previamente adoptada, bien para que sea sustituida por otra diferente, bien para que se cambie alguno de sus contenidos (la cuantía de un embargo preventivo, el alcance de una prohibición de disponer, el importe de la caución aportada por el que solicitó la medida cautelar...). Realmente no parece que deban observarse normas especiales distintas de las que ya hemos expuesto. Es decir, para modificar una medida cautelar serán de aplicación las mismas reglas que se exigen para su establecimiento inicial.

3.2 Que se adopte la medida antes denegada

A este supuesto ya he hecho alusión con anterioridad. En realidad, es la reiteración de una solicitud de adopción de medidas cautelares que ya ha sido desestimada anteriormente. Como ya dije, aquí debemos observar el principio de cosa juzgada relativa y la buena fe procesal. Y ello con independencia de que la nueva solicitud se formule ante el mismo o ante distinto órgano que el que la denegó en primera instancia. En consecuencia, solo una alteración de las circunstancias podría justificar que se realice una nueva solicitud de una medida cuya idoneidad ya antes había sido objeto de enjuiciamiento, bien en el proceso arbitral, bien ante la autoridad judicial.

3.3 Alzamiento

Las únicas referencias legales con las que contamos son las recogidas en la LEC (artículos 730, 731, 744 y 745). En la LA no existe regulación al respecto. De ahí que tengamos que intentar resolver las diferentes hipótesis que se puedan plantear acudiendo en lo que sea posible a la LEC, pero sobre todo a los principios generales propios del arbitraje. Veamos pues los diferentes casos:

3.3.1. Medidas cautelares *ante causam*

En coherencia con lo que propuse al analizar este tipo de medidas cautelares, y considerando las contradicciones que resultan del hecho de que el artículo 730.3 de la LEC no se haya modificado para adaptarlo a lo establecido en los artículos 27 LA y 722 de la propia LEC, habrá que distinguir:

- Si la medida la adoptó un árbitro de los llamados de emergencia dentro de la estructura de una institución arbitral, será el tribunal arbitral, una vez constituido, el que decida el mantenimiento o alzamiento de esta medida.
- Si la decretó un juez, como sostuve en su momento, parece razonable que hubiera fijado un plazo breve para que se acredite la iniciación del arbitraje. Si la parte favorecida por la cautelar cumplió con dicho plazo, serán los árbitros los que confirmen o alcen la medida. Si no cumplió con el referido plazo, lo lógico es que se aplique la previsión contenida en el punto primero del artículo 730 de la LEC y el propio letrado de la Administración de Justicia ordene el correspondiente alzamiento.

Desde el punto de vista del Registro, debe señalarse que no existen previsiones específicas sobre este tipo de medidas adoptadas antes de la iniciación del arbitraje. La duda fundamental que se plantea es la de la duración de una anotación preventiva que se hubiera tomado como medida cautelar *ante causam*. Si, como acabamos de ver, estas medidas cautelares están pensadas para un periodo breve de tiempo, de suerte que han de ser confirmadas por el tribunal arbitral, una vez iniciado el arbitraje, o quedan sujetas a la condición de que se inicie el procedimiento arbitral en el plazo que haya dispuesto el juez al establecerlas, ¿en qué medida afecta esta circunstancia al plazo de caducidad que el artículo 86 de la Ley Hipotecaria establece para las anotaciones preventivas? El caso guarda bastante analogía con el embargo preventivo que, como medida cautelar provisional, puede adoptar la Administración tributaria actuante durante la tramitación de los procedimientos de aplicación de los tributos. Conforme al artículo 81.6 de la LGT, este embargo preventivo como regla general tiene una vigencia de seis meses, prorrogables a otros seis más. Se planteó ante la DGRN si, vencido ese plazo de seis meses, cabía entender caducado el embargo y debía, en consecuencia, cancelarse la

anotación. El Centro Directivo, en diferentes Resoluciones entre las que cabe citar la de 21 de febrero de 2014, ha confirmado que *«el artículo 81 de la LGT establece, respecto de la duración de las medidas cautelares –entre ellas el embargo preventivo de bienes y derechos–, un plazo de seis meses desde su adopción, pudiendo prorrogarse por otros seis meses. Ahora bien, estos plazos se refieren al embargo preventivo, que es la medida cautelar, no a la anotación preventiva de dicho embargo, cuya eficacia es tan sólo la de la hacer efectivo erga omnes el embargo trabado. Dicho precepto no dicta ninguna norma dirigida al registrador, no se señala un plazo de vigencia especial para la anotación de embargo preventivo, ni se establece la caducidad de la misma, por lo cual se debe aplicar el plazo general de caducidad de las anotaciones establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. 3. Este Centro Directivo ha insistido en numerosas ocasiones en la esencial diferencia existente entre la duración de los derechos o gravámenes que acceden al Registro y la caducidad de los asientos que los recogen sin que puedan confundirse unos y otros (vid. Resoluciones de 30 de julio de 1990, 29 de septiembre de 2009 y 22 de enero de 2013, entre otras). En el primer caso, el mero transcurso del plazo de duración establecido no permite sin más la consiguiente cancelación del asiento en que estén publicados pues nada impide que ejercitado el derecho antes de que transcurra el tiempo de su vencimiento llegue posteriormente su ejercicio al Registro (vid. inciso final del artículo 82 de la Ley Hipotecaria y artículo 177 de su Reglamento). Por el contrario, la caducidad del asiento se produce por el mero transcurso del tiempo con independencia de si la situación subyacente que ha provocado el asiento permanece vigente o no (por ejemplo un procedimiento judicial de ejecución del que deriva una medida de embargo). De aquí que sólo en este segundo supuesto quepa solicitar y obtener la cancelación por el mero hecho del transcurso del plazo determinado legalmente de duración del asiento»*. Ahora bien, lo que sí debe el registrador controlar es que, cuando se presente el mandamiento ordenando la conversión del embargo preventivo en ejecutivo, sí se haya respetado el referido plazo de seis meses, dado que si la Administración ha decretado dicha conversión después del plazo de seis meses de vida del embargo preventivo, la nueva anotación no podrá mantener la prioridad ganada en su momento por la anotación de embargo preventivo (ver Resoluciones de 25 de octubre de 2011, 28 de enero de 2015 y 18 de enero de 2016).

Trasladando al caso que ahora nos ocupa estas mismas conclusiones, parece razonable sostener que una anotación practicada como consecuencia de una medida cautelar adoptada antes de que se inicie el procedimiento arbitral solo caducará cuando transcurra el plazo general de cuatro años previsto en el artículo 86 LH. Ahora bien, si una vez iniciado el arbitraje se pretende confirmar esta medida cautelar inicial con intención de mantener la prioridad registral, el registrador debe cerciorarse de que se han cumplido los condicionantes sustantivos y temporales fijados por el árbitro de urgencia o por el juez cuando las adoptó.

3.3.2. Alzamiento a petición de la parte que obtuvo a su favor la medida cautelar

En este caso no parece que haya ninguna dificultad en que la parte que instó la adopción de una determinada medida cautelar pueda luego solicitar su alzamiento. Si la solicitud se realiza directamente a los árbitros, lo procedente es que estos dicten un laudo dejando sin efecto la medida cautelar. Si, por el contrario, se pide al juez el alzamiento, éste deberá dictar el oportuno auto acordando el alzamiento y libraré el mandamiento que se presentará en el Registro a los efectos de la cancelación correspondiente.

3.3.3. Alzamiento a petición del perjudicado por la medida cautelar

Cumpliendo los presupuestos básicos que antes he señalado como requisitos para que pueda solicitarse la modificación de una medida cautelar, el perjudicado por ella podrá pedir su alzamiento. Al igual que en el caso anterior, si la solicitud se realiza directamente a los árbitros, lo procedente es que estos dicten un laudo dejando sin efecto la medida cautelar, y si, por el contrario, se pide al juez el alzamiento, éste deberá dictar el oportuno auto acordando el alzamiento y libraré el mandamiento que se presentará en el Registro a los efectos de la cancelación correspondiente.

Un supuesto especial que implicará el alzamiento de la medida cautelar es el caso en el que el perjudicado por dicha medida solicita su sustitución por una caución. A este

supuesto se refiere el artículo 747 de la LEC. Si el auto judicial acuerda el establecimiento de esta caución sustitutoria, deberá incluir también la decisión de cancelar la anotación que se hubiera practicado en el Registro, procediéndose a expedir el pertinente mandamiento. ¿Cabe también que esta misma decisión pueda adoptarse a través de un laudo arbitral? Entiendo que sí. Si hemos considerado que la potestad de los árbitros para el establecimiento de las medidas cautelares es la misma que la de los jueces, no hay ninguna razón para limitar su actuación en este extremo. Lo procedente será dictar un laudo parcial previa petición de la parte interesada y con audiencia del favorecido por la medida cautelar.

3.3.4. Laudo favorable a quien soporta la medida cautelar

La propia lógica institucional de las medidas cautelares implica que si quien las ha pedido y obtenido termina viendo desestimadas sus pretensiones en la resolución final del procedimiento, deba ordenarse de inmediato el alzamiento. A esa razón obedece lo establecido en el primer inciso del artículo 745 de la LEC: «*Firme una sentencia absolutoria, sea en el fondo o en la instancia, se alzarán de oficio por el Secretario judicial todas las medidas cautelares adoptadas*».

En el ámbito del arbitraje, dadas las peculiaridades del laudo que se analizarán en posteriores apartados, cuando conforme al artículo 37 LA se dicta el laudo definitivo y éste es favorable a la parte que ha debido soportar las medidas cautelares, parece razonable que la propia resolución arbitral acuerde el levantamiento de dichas medidas cautelares, sin que el interesado tenga que hacer una solicitud expresa al efecto. Es decir, es una consecuencia inherente al laudo absolutorio del demandado. Si dicho laudo no recoge la mención expresa al alzamiento de las medidas cautelares, entiendo que es aplicable el mecanismo de rectificación del laudo a que alude el artículo 39 LA.

En coherencia con la tesis que vengo sosteniendo a lo largo de todo este trabajo, creo que el efecto extintivo que, respecto de las medidas cautelares, tiene el laudo absolutorio, se produce aunque se trate de medidas que en su momento fueron adoptadas por resolución judicial.

3.3.5. Laudo favorable a quien obtuvo la medida o condenatorio

Como afirma MALLANDRICH MIRET³⁴⁷: *«Cuando el laudo sea estimatorio, las medidas cautelares también pierden su razón de ser. El proceso ha terminado y, por tanto, aquello que corresponde en este momento es conferir al demandante lo que pedía con carácter definitivo. Deberán realizarse los actos que sean necesarios para adaptar la realidad al laudo, acudiendo al proceso de ejecución cuando sea necesario»*. Ahora bien, esa adaptación de la realidad al laudo no se produce de forma automática. Lo normal será que el demandado que ha sido vencido en el proceso cumpla voluntariamente el contenido del laudo. Si no es así, el que ha obtenido el laudo a su favor debe acudir a su ejecución a través del procedimiento que establece la LEC, según lo señalado en el artículo 44 LA. Por tanto, parece que, a diferencia de lo que señalábamos en el apartado anterior para el laudo absolutorio, en este caso no resulta aconsejable que el mismo laudo decrete la extinción y alzamiento de las medidas cautelares sin tener la garantía de que sus pronunciamientos van a ser cumplidos de forma inmediata por el demandado.

Consciente de esta circunstancia, la LEC ha previsto en el artículo 731.1, párrafo primero: *«No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas»*. De la lectura de este artículo hay que resaltar que este mantenimiento provisional durante el plazo de veinte días previsto en el artículo 548 de la LEC, solo será aplicable a las sentencias condenatorias, no a las declarativas. Ello es así porque, conforme a lo establecido en el artículo 521.1 de la LEC: *«No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas»*. Desde el punto de vista registral, el mismo artículo en su punto dos dispone: *«Mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir*

³⁴⁷. MALLANDRICH MIRET, N., *op.cit.*, pág. 326.

inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución”. Por ello la DGRN ha señalado en múltiples ocasiones³⁴⁸ que *«las sentencias firmes declarativas de propiedad son directamente inscribibles, sin necesidad de posteriores actividades ejecutorias las cuales, conforme a los artículos 517 y 521 de la LEC, resultarían redundantes».*

El problema es que nada equivalente se ha previsto para los laudos arbitrales. Sin necesidad de entrar en el debate de si se aplica o no la LEC como supletoria LA (debate en el que ya me he manifestado en sentido negativo), pienso que ha de aplicarse una solución similar a la que recoge el 731 de la LEC. Quizá lo más prudente sería que el propio laudo recogiera la advertencia de que las medidas cautelares se mantendrán en vigor durante el referido plazo de los 20 días siguientes a la notificación del laudo. Si durante esos 20 días se ha iniciado la ejecución, las medidas cautelares se mantendrán a expensas de lo que se decida en ese proceso ejecutivo. Si pasa ese plazo sin instar la ejecución, se ha de ordenar el alzamiento de las cautelares. Además, creo que, a pesar de lo señalado antes, este plazo de prórroga de la vigencia de las medidas cautelares sería también predicable respecto de los laudos declarativos, dado que también en estos casos hace falta un mínimo lapso de tiempo para presentar la copia del mismo en el Registro³⁴⁹.

3.3.6. Decisión del juez del concurso

Ya he hecho alusión en apartados anteriores a la posibilidad de continuar o iniciar procedimientos arbitrales después de la declaración en concurso de acreedores de cualquiera de las partes. En relación con las medidas cautelares adoptadas en estos procedimientos de arbitraje, debe citarse el art. 54, 1 y 3 del TRLC: *«Medidas cautelares. 1. La jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso se extiende a cualquier medida cautelar que afecte o pudiera afectar a los bienes y derechos del concursado integrados o que se integren en la masa activa, cualquiera que sea el tribunal o la autoridad administrativa que la hubiera acordado, excepto las que se adopten en los*

³⁴⁸. Por todas puede verse la Resolución de 29 de octubre de 2015.

³⁴⁹. En esta misma línea se manifiesta MALLANDRICH MIRET, N., *op.cit.*, págs. 327 y 328.

procesos civiles sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, así como de cualquiera de las adoptadas por los árbitros en el procedimiento arbitral. 2. Si el juez del concurso considerase que las medidas adoptadas por otros tribunales o autoridades administrativas pueden suponer un perjuicio para la adecuada tramitación del concurso de acreedores, acordará la suspensión de las mismas, cualquiera que sea el órgano que las hubiera decretado, y podrá requerirle para que proceda al levantamiento de las medidas adoptadas. Si el requerido no atendiera de inmediato al requerimiento, el juez del concurso planteará conflicto de jurisdicción, conflicto de competencia o cuestión de competencia, según proceda».

De este precepto se deduce que, en sintonía con el principio de continuación del procedimiento concursal que consagra el artículo 140 TRLC, la declaración de concurso de alguna de las partes no altera la competencia para la adopción de medidas cautelares en el procedimiento arbitral. Pero sí que se atribuye de forma excepcional competencia al juez del concurso para acordar la suspensión o el levantamiento de dichas medidas cautelares cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. Resulta un tanto extraña la referencia al término *suspensión*, dado que en la legislación procesal no se prevé una posible suspensión de medidas cautelares. Por ello, afirma MARTÍN MORAL³⁵⁰: «*En nuestra opinión, desde una perspectiva procesal, solo tendría cabida el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros, y, en todo caso, si el juez del concurso así lo decidiera, tras el alzamiento, la adopción de nuevas medidas*».

3.3.7. Requisitos formales para la cancelación de las anotaciones preventivas relativas a medidas cautelares

La respuesta a este epígrafe está en gran medida determinada por la postura que se haya adoptado en relación con los requisitos formales exigidos para la práctica de estas anotaciones, aspecto que fue tratado en apartados anteriores. Allí yo defendí que no era

³⁵⁰. MARTÍN MORAL, M.F., op. cit., pág. 230

imprescindible que, una vez dictado el laudo por el que se acuerda como medida cautelar la práctica de una anotación, hubiera que acudir al juez a pedir que ejecutase dicha medida y librase el correspondiente mandamiento al Registro. Sin embargo, esa no es la postura asumida por la DGRN. Por tanto, la realidad es que nos vamos a encontrar normalmente con anotaciones preventivas ordenadas por un juez, ya sea porque él mismo tomó la decisión de adoptar la medida cautelar, ya porque, habiéndose acordado por un laudo, luego se instó la ejecución para que el Juzgado librase mandamiento al Registro.

Partiendo de esta premisa, nos encontramos de nuevo con una referencia legal bastante clara. El artículo 83 LH dice en su párrafo primero: «*Las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelaran sino por providencia ejecutoria*». Como apunta MALLANDRICH MIRET³⁵¹, en aplicación del artículo 738 de la LEC los interesados deberán instar la actuación judicial precisa para la efectividad de la decisión de alzar el embargo a través de los trámites del procedimiento ejecutivo.

Por mi parte debo reiterar los argumentos ya expuestos cuando traté el procedimiento para la práctica de anotaciones preventivas en el proceso arbitral, así como lo señalado al tratar las modificaciones de medidas cautelares. Si entonces sostuve que no hay ningún obstáculo conceptual para que un laudo arbitral sea título suficiente a tales efectos, de igual modo ha de entenderse ahora que tampoco habría ningún problema para que el mismo laudo que acuerda el alzamiento de una medida cautelar sea bastante para cancelar la correspondiente anotación.

³⁵¹. MALLANDRICH MIRET, N., *op.cit.*, pág. 330.

V. Los medios de prueba

La LA no hace una regulación exhaustiva de la utilización de medios de prueba en el procedimiento arbitral. Tan solo encontramos dos artículos que se refieren a ello, el 32 y el 33. El primero regula la posibilidad de nombrar peritos en el proceso, y el segundo determina el sistema de auxilio judicial en la práctica de pruebas.

La única conexión imaginable de esta fase procedimental con el Registro de la Propiedad y el Mercantil es la posibilidad de que se utilicen como medio de prueba una certificación registral.

a) Modalidad de expedición de publicidad formal con finalidad probatoria

Conforme a los dos primeros apartados del artículo 221 LH, al acceso al contenido de los libros registrales, además de por su manifestación directa, se llevará a cabo por medio de nota simple o de certificación. La diferencia fundamental entre ambas opciones radica en dos aspectos:

- Respecto al contenido, porque solo mediante la certificación puede ofrecerse información sobre asientos no vigentes. Dice el artículo 222.5 LH, refiriéndose a la nota simple: «*Deberá reproducir, literal si así lo solicita el interesado, o en extracto en otro caso, el contenido de los asientos vigentes relativo a la finca objeto de manifestación*».
- Respecto a su valor y efectos, la diferencia es clara. Señala el artículo 225 LH: «*La libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales solo podrá acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro*». Comentando

este artículo, GARCÍA GARCÍA³⁵² señala que: «El “tercero” a que se refiere el presente artículo, es cualquier persona que obtenga la certificación y no sea el propio titular registral que haya intervenido en un determinado acto o contrato reflejado en un asiento registral por haber firmado y comparecido en el título inscrito. Éste ha de conocer ya el contenido del propio título que firmó, sin perjuicio de que pueda solicitar certificación para recordarlo o conservarlo en forma de certificación, y porque, ciertamente, es tercero respecto a otros asientos y títulos inscritos en los que no intervino”. Frente a ello, la nota simple, como dispone el artículo 222.5, «tiene valor puramente informativo y no da fe del contenido de los asientos, sin perjuicio de la responsabilidad del registrador, por los daños ocasionados por los errores y omisiones padecidos en su expedición».

A la vista de estas diferencias, y sobre todo del distinto valor probatorio, parece que el sistema adecuado para ser utilizado como medio de prueba en un procedimiento arbitral solo puede ser la certificación. Y es que como dice MANZANO SOLANO³⁵³ «La eficacia de la certificación registral como documento público se extenderá al contenido de la inscripción. Pero en rigor no se limita a eso. El efecto de la certificación será superior, en cuanto que la inscripción producirá, a su vez, unos efectos propios legitimadores: presunción de existencia del derecho inscrito, de titularidad en favor del titular registral, de posesión, invirtiendo la carga de la prueba en contra de quien la contradiga, etc.; es decir, los efectos propios de la legitimación registral y demás principios registrales sustantivos». Una nota simple solo podría ser usada como indicio informativo que apoye determinados hechos ya probados por otros medios distintos.

b) Requisitos generales para obtener una nota simple o una certificación

³⁵². GARCÍA GARCÍA, JM., *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario (Jurisprudencia y comentarios)*, Tomo I, Thomson Reuters Civitas, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2019.

³⁵³. MANZANO SOLANO, A., "Certificación registral: valor probatorio en el proceso", *RCDI*, número 683, mayo-junio 2004, pág. 1261.

El artículo 221, párrafo primero LH establece: *«Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos»*. El concepto y alcance del *interés* que ha de existir en el peticionario para que pueda solicitar y obtener publicidad formal ha sido analizado en profundidad por la doctrina de la DGRN. Podemos citar entre las Resoluciones más recientes la de 14 de marzo de 2019, que, en relación con el interés que justifica la solicitud de información registral, señala: *«que el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador. En consecuencia, ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. La publicidad ha de ser para finalidades propias de la institución registral como la investigación, jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales o administrativas. No cabe para la investigación privada de datos no patrimoniales si no es cumpliendo estrictamente con la normativa de protección de datos. En relación con el interés legítimo, sostiene la Dirección General (cfr. Resolución de 25 de noviembre de 2016, entre otras muchas) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario, y c) ha de ser legítimo. Este concepto de interés legítimo es un concepto más amplio que el de “interés directo”, pues alcanza a cualquier tipo de interés lícito. En este sentido la STS, Sala Tercera, de 24 de febrero de 2000, estableció que dicha exigencia reglamentaria de interés legítimo parece amparada por el artículo 222.7 de la Ley Hipotecaria que se refiere expresamente a los «fines lícitos» que se proponga quien solicite la información registral, fines lícitos que implican un interés legítimo en cuanto*

no contrario a derecho. Como ya se ha señalado, el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos, interés que ha de justificarse ante el registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 16 de junio de 1990 y de 7 de junio de 2001)».

Además del control de la concurrencia del interés legítimo del peticionario, el registrador de la propiedad ha de velar por el respeto a los principios y reglas que derivan de la legislación de protección de datos. Y es que los datos cedidos por los usuarios del Registro al solicitar la práctica de cualquier asiento lo son exclusivamente para el cumplimiento de las finalidades propias de esta institución. Por ello, el registrador ha de cerciorarse, al expedir la publicidad formal, de que el destino de esta es coherente con las finalidades para las que el titular de los datos los cedió al utilizar los servicios del Registro.

c) Legitimación de los árbitros para solicitar la publicidad formal

El párrafo segundo del artículo 221 LH establece que: «*El interés se presumirá en toda autoridad, empleado o funcionario que actúe por razón de su oficio o cargo*». Cabe cuestionarse si un árbitro ha de gozar también de este privilegio de presunción del interés conocido a la hora de acceder a la publicidad registral.

De nuevo se plantea aquí la duda de si cabe la equiparación de los árbitros a los jueces en el ejercicio de su función. Es evidente, y se ha recalado en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, que un árbitro no es un juez, puesto que no tiene el carácter de funcionario público y su función es esporádica, en tanto está circunscrita al desarrollo del procedimiento arbitral. Consecuentemente, en sentido estrictamente literal esta norma no le sería aplicable.

Ahora bien, como también se viene insistiendo, la función arbitral ha sido reconocida por nuestro TC como un auténtico *equivalente jurisdiccional*. Este reconocimiento, apoyado en el propio fundamento constitucional del arbitraje y en

sentido de las normas recogidas en la LA, no puede ser una proclamación vacía de contenido. Si un laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada (artículo 43 LA), impidiendo que la misma cuestión pueda ser ya objeto de revisión judicial, salvo los estrechos márgenes que permite el ejercicio de la acción de anulación (artículo 41 LA), a la persona que lo dicta parece que ha de reconocérsele una plena asimilación con los jueces en todas aquellas actuaciones que resultan necesarias para el desarrollo de su labor como árbitro. Por eso, considero que no debe haber obstáculo para aplicar este artículo 221, párrafo segundo, a los árbitros y eximirlos de tener que acreditar un interés específico que justifique la solicitud de publicidad formal.

De acuerdo con esta conclusión, un árbitro estará plenamente facultado para solicitar, a instancia de cualquiera de las partes, la correspondiente certificación al registrador de la propiedad. Lo único necesario es acreditar su condición de tal, para lo que bastará la certificación de la corte arbitral que administre el arbitraje o la aportación del documento del que resulte su designación.

CAPÍTULO IV. INSCRIPCIÓN DEL LAUDO

I. El laudo arbitral: concepto y naturaleza

MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA³⁵⁴ definen el laudo arbitral como *«la expresión formal de la decisión adoptada por el árbitro para resolver la cuestión litigiosa y que los litigantes vienen obligados a aceptar por mor del pacto arbitral que les vincula, o dicho de otra forma, el laudo es el acto del árbitro en el que se decide sobre la cuestión de fondo sometida»*.

Teniendo en cuenta los requisitos que establece el art. 37 LA, podemos plantear una definición descriptiva del laudo en los siguientes términos: el laudo es la resolución dictada por el árbitro único o por el colegio arbitral, que adopta la decisión por mayoría de los árbitros que lo forman, que deberá constar por escrito y ser firmado por el todos los árbitros o, excepcionalmente, por la mayoría del colegio arbitral o exclusivamente por su presidente, y que, de forma motivada, salvo que se trate de un laudo pronunciado en los términos acordados por las partes, resolverá dentro del plazo convenido por los litigantes o, en su defecto, del previsto en la Ley, y con sujeción a lo pactado en el convenio la controversia sometida a arbitraje, produciendo efectos de cosa juzgada y teniendo el carácter de título ejecutivo.

Respecto a la naturaleza jurídica del laudo, basta remitirnos a lo ya expuesto al tratar la naturaleza del arbitraje como tal. No se puede olvidar que la LA (ver artículo 43) reconoce al laudo unos efectos equivalentes a los de una sentencia firme. Pero también ha de tenerse en cuenta al analizar el laudo que este se debe desenvolver en los estrictos límites que marca el convenio arbitral.

Teniendo en cuenta estas premisas, debe estudiarse los requisitos que debe reunir un laudo para su validez. Y, a continuación, determinar cuáles son sus efectos. Finalmente, se hará un especial análisis de su acceso al Registro.

³⁵⁴. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *op. cit.*, pág. 648.

II. Requisitos del laudo

Aunque la LA da una especial prevalencia al principio de autonomía de la voluntad de los litigantes, y aunque los arbitrajes administrados tienen su propia regulación procedimental recogida en los reglamentos de las respectivas cortes arbitrales que, por mor de lo establecido en el artículo 4 LA, se integra como voluntad propia de las partes, el legislador ha considerado necesario fijar unos requisitos básicos que todo laudo arbitral ha de cumplir.

El incumplimiento de estos requisitos puede determinar la posible anulación del laudo. El artículo 41.1, letra d) LA establece: «*Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley*». Por tanto, la diligencia que los árbitros han de observar en el respeto de estas normas debe ser máxima, porque está en juego la validez final del laudo y, por consiguiente, la eficacia del arbitraje como tal.

Por otro lado, desde la perspectiva registral, se van a plantear importantes dudas sobre la facultad del registrador para calificar la existencia de posibles incumplimientos de estos requisitos que la Ley establece para la validez del laudo. No obstante, esta cuestión la analizaré cuando trate el acceso del laudo al Registro. Veamos ahora cada uno de esos requisitos.

a) Ley aplicable al fondo de la controversia

A esta cuestión se refiere el artículo 34 LA. Son varias las cuestiones que se desprenden de este importante precepto.

1. Arbitraje de equidad

Una de las novedades que la LA de 2003 aporta en esta materia con respecto a su precedente de 1988 es que se opta por el arbitraje de derecho como preferente frente al de equidad. La Exposición de Motivos LA lo justifica en estos términos: *«Se invierte la regla que la ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad. La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la "equidad", o a términos similares como decisión "en conciencia", "ex aequo et bono", o que el árbitro actuará como "amigable componedor". No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación».*

Como pone de relieve ALONSO PUIG³⁵⁵, la opción legal en favor del arbitraje de derecho es tan fuerte que no se permite delegar en el reglamento de la institución o corte que administre el arbitraje la elección del arbitraje de equidad, siendo imprescindible el acuerdo expreso de las partes. De hecho, los reglamentos de cortes arbitrales que abordan esta cuestión³⁵⁶ se limitan a reproducir la misma regla que establece el artículo 34.1 LA: Los árbitros solo resolverán en equidad, esto es, *ex aequo et bono* o como amigables componedores, si hubiesen sido expresamente autorizados por las partes.

³⁵⁵. ALONSO PUIG, J.M., "Comentario del artículo 34 LA ", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pág. 670.

³⁵⁶. Pueden verse, a título de ejemplo, los siguientes: artículo 4 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje de 1 de septiembre de 2019; artículo 21 del Reglamento de la Corte Arbitral del Colegio de Abogados de Madrid de 20 de julio de 2010; artículo 28 del Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA) de 30 de octubre de 2020; y artículo 21 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid de 25 de julio de 2014.

La principal particularidad que tiene el arbitraje de equidad es que los árbitros podrán tomar su decisión si necesidad de fundamentarla en normas jurídicas concretas, sino que se basarán en su leal saber y entender. Como señala de ÁLVARO MONTERO³⁵⁷, ese leal saber y entender de los árbitros *«no es otra cosa que las reglas y máximas de su experiencia, esto es, conceptos abstractos y generales que el árbitro tiene ya y que aplicará en el discurso interno lógico que le llevará a resolver la cuestión controvertida con arreglo a su leal saber y entender. Este discurso interno razonado y lógico presenta muchas similitudes con el propio proceso que los jueces realizan internamente cuando tienen que valorar la prueba y que se conoce como reglas de la sana crítica»*.

El hecho de que se trate de un arbitraje de equidad no exime al árbitro de la necesidad de respetar el orden público nacional. Si dicta un laudo que incumple esos principios que conforman el orden público, cabrá acudir a la acción de anulación (Artículo 41.1, f, LA). No obstante, aclara a este respecto ALONSO PUIG³⁵⁸ que *«Solo aquellas normas que han sido dictadas para la salvaguarda de intereses generales o que regulan derechos que quedan fuera del poder de disposición de las partes, entre ellas las derivadas del orden constitucional, conforman el “orden público”»*. Más concretamente, podemos citar el concepto que ofrece el TSJ de Madrid en Sentencias como las de 23 de mayo de 2012, 20 de junio de 2013 y 12 de mayo de 2015: *«por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (STC, Sala 2ª, n 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el arto 9.3 de la Constitución , y desde luego, quedando fuera de éste concepto la posible justicia del*

³⁵⁷. DE ÁLVARO MONTERO, A., "Comentario del artículo 34 LA ", en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por PRATS ALBENTOSA, L., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, pág. 793.

³⁵⁸. ALONSO PUIG, J.M., *op. cit.*, pág. 674.

Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión(...)"»³⁵⁹.

Ahora bien, como se encarga de resaltar TUSQUETS TRÍAS DE BES³⁶⁰, el hecho de que una materia esté regulada por abundantes normas imperativas no excluye la posibilidad de que resuelva el arbitraje en equidad. Por ello, controversias relacionadas con materias como las societarias o las de propiedad horizontal pueden ser sometidas a arbitraje de equidad.

2. Elección de la legislación aplicable

En línea con lo que constituye principio rector esencial LA, el artículo 34.2 prevé que, en los arbitrajes internacionales, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes y, en defecto de dicha elección por la partes, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas. Es de resaltar que esa elección la pueden hacer los litigantes sin necesidad de que exista ninguna vinculación específica con el Estado cuyo ordenamiento se haya escogido. Por otro lado, considerando que la letra del artículo habla de que las partes pueden elegir las *normas jurídicas*, creo que se abre la opción de someterse a las normas de otro Estado o las de cualquier organización internacional.

En casos de arbitrajes internacionales celebrados en España, si las partes han acordado que se resuelvan con arreglo a un ordenamiento extranjero, se plantea la duda de que normas imperativas de orden público han de tenerse en cuenta como límites a la decisión de los árbitros, las españolas o las de ese ordenamiento foráneo. ALONSO PUIG³⁶¹ considera que «*lo normal será tener en cuenta la normativa de los lugares donde*

³⁵⁹. En el apartado dedicado a la acción de anulación del laudo se analizará la polémica postura del mismo TSJ de Madrid respecto a la aplicación del concepto de orden público puesta de manifiesto a partir de la Sentencia de 28 de enero de 2015.

³⁶⁰. TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., "Una visión renovada del arbitraje de equidad y sus ventajas", en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, coordinada por VÁZQUEZ ALBERT, D. y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 161-162.

³⁶¹. ALONSO PUIG, J.M., *op. cit.*, pág. 685.

el laudo deberá surtir efecto o podrá ser objeto de escrutinio judicial: la sede, a efectos de anulación, y el lugar de ejecución del laudo».

También se puede plantear si esa libertad de opción que la LA reconoce a las partes en el arbitraje internacional es aplicable al interno. Aunque en algunos reglamentos de cortes arbitrales (por ejemplo, artículo 29 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje de 1 de septiembre de 2019; artículo 21 del Reglamento de la Corte Arbitral del Colegio de Abogados de Madrid 20 de julio de 2010; artículo 28 del Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA) de 30 de octubre de 2020; y artículo 21 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid de 25 de julio de 2014) prevén esa libertad de elección de las partes con carácter general y no restringida al arbitraje internacional, yo considero que, dado que la Ley no lo prevé, si el arbitraje es de derecho, la legislación aplicable al fondo de la controversia ha de ser la española.

No obstante, las partes podrán, dejando siempre a salvo las normas imperativas del derecho español, incorporar la normativa extranjera como estipulaciones del contrato, las cuales, según resulta del artículo 34.3 LA, serán vinculantes para los árbitros al tomar su decisión.

b) Principio de colegialidad

El artículo 35 LA dispone que las decisiones, cuando haya varios árbitros, se tomarán por mayoría, o, cuando no se alcance dicha mayoría, directamente por el presidente, siempre que las partes no hayan previsto otra cosa. Este principio de colegialidad también se recoge en los diferentes reglamentos de las cortes arbitrales³⁶².

³⁶². Pueden verse, a título de ejemplo, los siguientes: artículo 39 del Reglamento de la Corte Arbitral del Colegio de Abogados de Madrid de 20 de julio de 2010; artículo 41 del Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA) de 30 de octubre de 2020; y artículo 40.2 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid de 25 de julio de 2014.

Como señala JIMÉNEZ-BLANCO³⁶³, «El principio de colegialidad se considera parte del concepto de orden público internacional conforme a la STS francés de 8 de julio de 2009, según la cual por el principio de colegialidad del tribunal, todos los miembros del tribunal arbitral deben tener la oportunidad de participar en el proceso de decisión o de adopción de la decisión, aunque en el caso en cuestión no encontró que hubiera suficiente evidencia de que el nuevo árbitro designado en sustitución del que fue debidamente recusado no hubiera tomado parte en la deliberación».

La STS de 15 de febrero de 2017 aclara que la esencia del principio de colegialidad es que todos los árbitros integrantes del tribunal arbitral tengan intervención en la deliberación y decisión del laudo³⁶⁴. Por eso, salvada esa premisa, no hay obstáculo en que, habiendo existido la necesaria deliberación y voto del laudo, este sea redactado solo por los árbitros que han votado a favor. La esencia de lo que constituye la deliberación y decisión de todos los integrantes de un tribunal arbitral o jurisdiccional y que es consustancial al principio de colegialidad y de contradicción entre todos ellos a través del proceso de deliberación y de toma responsable de las decisiones adoptadas cuando actúa más de un árbitro, no debe confundirse con la necesidad de constituir determinada mayoría para que surta efecto. Por esta razón, concluye esta Sentencia, incurren en responsabilidad civil los dos árbitros que, aprovechando que el tercero estaba ausente, redactan y aprueban el laudo, sin que sea aplicable a este caso la doctrina de los *tribunales truncados*, que consiste en una actuación maliciosa del árbitro de parte que renuncia al cargo con la finalidad de provocar dilaciones y entorpecer el desarrollo del proceso.

Se puede concluir que el principio de colegialidad se manifiesta, no solo en el hecho de que el laudo haya de adoptarse por mayoría de votos de los árbitros, sino también en la necesidad de que se garantice adecuadamente el derecho de los árbitros a participar en todos los hitos procesales (pruebas, comparencias, recepción de escritos de

³⁶³. JIMÉNEZ-BLANCO, G., “El principio de colegialidad”, en *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016, págs. 185-186.

³⁶⁴. Para un análisis detenido de esta Sentencia y de la posible responsabilidad de los árbitros por infracción del principio de colegialidad, véase GUERRERO RIGHETTO, A. y BADENES GARCÍA-CARO, F., “La responsabilidad civil de los árbitros, con especial mención a la reciente STS de 15 de febrero de 2017”, *Anuario de arbitraje 2018*, coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 249-260.

conclusiones...) y en el proceso de deliberación necesario para la formación del criterio que ha de sustentar el voto. Es más, señala ALONSO PUIG ³⁶⁵, *«la deliberación, como forma de determinar la voluntad del órgano colegiado, es un deber que los árbitros deben satisfacer con el fin de “cumplir fielmente su encargo” (art. 21 LA)»*.

No obstante, conviene insistir en que lo importante es que todos los árbitros hayan tenido oportunidad de participar en el proceso, aunque entre ellos existan diferencias profundas de criterio. Conviene traer a colación en este sentido el ATSJ del País Vasco de 19 de abril de 2012 que, por un lado, reconoce que no deja de haber deliberación *«por el hecho de la misma no tuviera carácter presencial y se desarrollara en su mayor parte o en su totalidad, que lo mismo da, por escrito»*, y, por otro concluye que *«lo esencial, lo que verdaderamente importa de cara a la validez del laudo, es que hubo deliberación y que el laudo fue dictado por mayoría»*.

La infracción del principio de colegialidad supone una clara vulneración del orden público que lleva consigo la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del laudo. Así lo recuerda la STSJ del País Vasco de 18 de abril de 2017: *«En el supuesto examinado, tal como ha quedado probado, se ha producido, en la deliberación, decisión y firma del laudo impugnado, la omisión del tercer árbitro, con infracción del principio de colegiación, que no solo afecta a la composición del tribunal -número impar de árbitros-, sino también a la toma de decisión que habrá de adoptarse por mayoría, con la concurrencia de la totalidad de los nombrados o, en su caso, de los designados para sustituirlos, para que el órgano colegiado cumpla legalmente la función arbitral que se le encomendó. Infracción que alcanza al orden público, en los términos expresados, en tanto que supone una grave alteración del procedimiento arbitral que no permite descartar la posible infracción de los principios de contradicción e igualdad, tratándose, como ocurre en el presente caso, de la preterición del árbitro que fue precisamente designado por la parte demandante»*.

³⁶⁵. ALONSO PUIG, J.M., *op. cit.*, pág. 703.

No contraviene el principio de colegialidad el hecho de que se reconozca en el punto segundo del artículo 35 LA al presidente del colegio arbitral, salvo acuerdo de las partes o de los árbitros en contrario, competencia para decidir sobre cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento. Nos dice ALONSO PUIG³⁶⁶ que *«la tramitación y el impulso del procedimiento tienen carácter casi automático»*, mientras que *«la ordenación debe extenderse también a todas las demás actividades que permiten el correcto desarrollo del procedimiento arbitral, no necesariamente de carácter automático pero que no tendrán efectos sobre el resultado final de la controversia»*. Ejemplo de la primera categoría, nos dice este autor, puede ser el dar traslado a las partes de los distintos escritos, o comunicar la iniciación de los plazos, y de las segundas, las decisiones encaminadas a la organización y desarrollo de la audiencia o a determinar la forma de aportación de la prueba. Debe quedar claro que ha de hacerse una interpretación restrictiva de esta facultad del presidente. De hecho, la Exposición de Motivos LA ya advierte que: *«Se introduce la norma que permite habilitar al presidente para decidir cuestiones de procedimiento, entendiéndose por tales, a estos efectos, no cualesquiera cuestiones distintas al fondo de la controversia, sino, más limitadamente, las relativas a la mera tramitación o impulso procesales»*.

c) Máxima expresión de la autonomía de la voluntad: el laudo homologado

Son abundantes los ejemplos de artículos LA que comienzan con expresiones del tipo *“salvo acuerdo en contrario de las partes “*, o *“salvo que las partes hayan convenido otra cosa”*. Y es que el principio de autonomía de la voluntad está en la propia base constitucional del arbitraje (como expresión del libre desarrollo de la personalidad, ex artículo 10 CE) y provoca que la mayoría de las normas legales en materia arbitral tengan naturaleza dispositiva.

Quizá la mejor y más intensa expresión de esa supremacía de la autonomía de la voluntad la encontramos en lo establecido en el artículo 36.1 LA : *«Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente*

³⁶⁶. ALONSO PUIG, J.M., *op. cit.*, pág. 697.

a la controversia, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes».

Esta modalidad, conocida como *laudo homologado*, es el equivalente al supuesto de la transacción judicial al que se refiere el artículo 19 de la LEC. En este caso, en lugar de un laudo encontramos un auto judicial que homologa el acuerdo transaccional alcanzado por las partes en el litigio. El laudo homologado pone fin al procedimiento arbitral, puesto que, si el origen del arbitraje es el de tratar de resolver una controversia existente entre las partes, cuando los litigantes lleguen a un acuerdo, desaparece la necesidad de la decisión arbitral. Por ello no debe confundirse con la transacción previa al inicio del procedimiento arbitral. Esta transacción no será susceptible de homologación mediante un laudo.

1. Requisitos del laudo homologado

1.1. Que haya comenzado el procedimiento arbitral

Este requisito se deduce claramente de la expresión recogida en el artículo 36: «*Si durante las actuaciones arbitrales*». Según el artículo 27 LA: «*Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje*». Coincido con ALONSO PUIG³⁶⁷ en que «*a efectos prácticos será difícil encontrar un supuesto en el que llegando las partes a un acuerdo después de la notificación de la solicitud de arbitraje pero antes del nombramiento de los árbitros, decidan esperar a su nombramiento con la única finalidad de que dicten un laudo por consentimiento*». A lo sumo, escogerían esta opción para obtener un título ejecutivo (arts. 44 LA y 517, 2º LEC)

³⁶⁷. ALONSO PUIG, J.M., *op. cit.*, pág. 721.

1.2. **Ámbito objetivo**

No es descabellado pensar que en el marco del acuerdo transaccional entre las partes que luego dará lugar al laudo homologado puedan incluirse extremos que no estaban inicialmente incluidos en el objeto estricto del arbitraje. Yo no creo que haya inconveniente en ello, puesto que, teniendo en cuenta que el arbitraje se fundamenta en la libre decisión de las partes expresada en el convenio arbitral de someter sus controversias a la decisión de los árbitros, nos encontraríamos ahora con un nuevo acuerdo que trasciende las fronteras iniciales del convenio arbitral y que permite extender el arbitraje a extremos no recogidos en dicho convenio.

Como dice ALONSO PUIG³⁶⁸, *«no existiría en este caso riesgo de anulación del laudo por decidir los árbitros sobre cuestiones no sometidas a su decisión toda vez que las propias partes son las que están acordando el contenido del laudo»*.

1.3. **Autorización necesaria en los casos de concurso de acreedores de alguna de las partes**

Cuando alguna de las partes que participa en el procedimiento arbitral se encuentra en situación de concurso de acreedores, hemos de tener en cuenta lo establecido en los arts. 119.1 y 120, apartados 1, 2 y 4 del TRLC (aplicables por emisión del art. 140.2 de la misma Ley: *«Los procedimientos de mediación y los procedimientos arbitrales en tramitación a la fecha de la declaración de concurso continuarán hasta la terminación de la mediación o hasta la firmeza del laudo arbitral. La representación y defensa del concursado en estos procedimientos se regirá por lo establecido para los juicios declarativos en el capítulo I de este título»*): *«Art. 119. 1: En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal para presentar demandas, interponer recursos, desistir,*

³⁶⁸. ALONSO PUIG, J.M., *op. cit.*, pág. 725.

allanarse total o parcialmente y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a la masa activa. Art. 120: 1. En caso de suspensión, corresponderá a la administración concursal la presentación de demandas y la interposición de recursos en interés del concurso. 2. La administración concursal, actuando en interés del concurso pero en representación del concursado, sustituirá a este en los procedimientos judiciales civiles, laborales o administrativos que se encuentren en trámite a la fecha de la declaración de concurso, sin más excepciones que las de los procedimientos civiles en que se ejerciten acciones de índole personal. Una vez personada la administración concursal en el procedimiento, el Letrado de la Administración de Justicia le concederá un plazo de cinco días para que se instruya de las actuaciones. 4. La administración concursal necesitará autorización del juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios que se hubieran iniciado antes de la declaración del concurso. De la solicitud de autorización presentada por la administración concursal, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado al concursado y a aquellas partes personadas en el procedimiento que el juez estime deban ser oídas».

A la luz de estos preceptos se plantea la duda de si para proponer un laudo de común acuerdo, el concursado necesitará la autorización del juez del concurso o de los administradores concursales según los casos. Se alude a los casos de allanamiento, desistimiento o transacción. En mi opinión, el supuesto de un laudo homologado es un caso perfectamente equiparable al de la transacción judicialmente homologada (artículo 19.2 LEC). En la medida en que el laudo no será fruto de la decisión autónoma del árbitro, sino del previo acuerdo alcanzado entre las partes, creo que deberá someterse a la previa autorización a la que aluden estos preceptos del TRLC.

Finalmente, he de remitirme a lo ya comentado en el apartado que dediqué a los efectos de la declaración de concurso sobre el procedimiento arbitral para resaltar la contradicción y el contraste que resulta de los citados arts. 119 y 120 del TRLC, dado que, si el concursado está sometido a un régimen de suspensión de sus facultades de administración la autorización la ha de prestar el juez del concurso, mientras que si está bajo el sistema de intervención, la autorización la otorgarán los administradores concursales.

1.4. Que los árbitros no se opongan

El artículo 36 LA establece como requisito para la adopción del laudo por consentimiento el que los árbitros no aprecien motivos para oponerse. Parece que los motivos por los que los árbitros podrían oponerse a un laudo por acuerdo de las partes han de ser muy limitados. De hecho, solo en los casos en los que el acuerdo transaccional que se pretende homologar afecte a materias que no son de libre disposición por las partes o que resulte contrario al orden público, cabría que los árbitros se negasen a dictar el laudo.

ALONSO PUIG³⁶⁹ ofrece algunos ejemplos de supuestos en los que estaría justificada esa oposición: «1. *Que el acuerdo alcanzado por las partes sea perjudicial para un tercero ajeno al procedimiento o que no haya consentido*; 2. *Que el acuerdo alcanzado tenga naturaleza fraudulenta, utilizando su formación como laudo para intentar obviar la aplicación de una norma imperativa*; 3. *Que el acuerdo encubra actividades delictivas, utilizando el laudo como una herramienta de las mismas (p.e. utilizándolo para actividades de blanqueo de dinero o fraude fiscal)*». En parecida línea, señala MERINO MERCHÁN³⁷⁰: «Una vez que concurren esos requisitos constitutivos, la transacción debe ser examinada por el árbitro, quien solo puede rechazar la petición cuando encuentre causa jurídica fundada para ello, es decir, que el árbitro como garante responsable del acuerdo observe que fundada para ello, es decir, que el árbitro como garante responsable del acuerdo observe que este no es contrario a la ley, al orden público constitucional ni perjudique derechos o intereses legítimos de terceros ajenos al procedimiento arbitral (ex arts. 6.2, 6.3, 7.2 CC, 19 LEC y 11.1 LA); también puede vetar el árbitro el acuerdo transaccional cuando los litigantes se refieran a cuestiones ajenas a las pretensiones deducidas durante el procedimiento, debido a que la encomienda del

³⁶⁹. ALONSO PUIG, J.M., *op. cit.*, pág. 734.

³⁷⁰. MERINO MERCHÁN, J.F., "Laudo homologado y cuantía litigiosa", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, número 16, 2013, pág. 33.

árbitro se circunscribe estrictamente a las pretensiones fijadas por las partes durante las actuaciones».

2. Efectos del laudo homologado

Según lo dispuesto en el punto dos del artículo 36 LA, el laudo por acuerdo de las partes tendrá los mismos efectos que cualquier otro laudo sobre el fondo del litigio. Parece, por tanto, que el legislador ha querido otorgar a este tipo de laudo acordado por las partes los mismos efectos que al que surge de la decisión directa de los árbitros.

Aunque los problemas del título formal inscribible serán objeto de análisis específico en el apartado correspondiente, conviene traer ahora a colación el criterio que viene manteniendo la DGRN en numerosas Resoluciones (por todas, puede verse la de 12 de diciembre de 2018) en relación con la aptitud para constituir título inscribible de un auto judicial de homologación de una transacción. Dice así el Centro Directivo: *«la transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (artículo 1817 del Código Civil). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el Juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (artículo 19 de la LEC), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (artículo 209 de la LEC). No cabe en consecuencia amparar las afirmaciones del escrito de recurso que pretenden equiparar el supuesto de hecho al de presentación en el Registro de la Propiedad del testimonio de una sentencia recaída en procedimiento ordinario. (...). Por ello, y fuera de los supuestos en que hubiese habido oposición entre las partes y verdadera controversia, el acuerdo de los interesados que pone fin al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en atención al principio de titulación formal previsto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la Propiedad».*

Esta doctrina de la Dirección General ha sido objeto de crítica. Concretamente hay que citar el estudio elaborado por el grupo de trabajo conjunto de letrados de la Administración de Justicia y registradores de la propiedad de la Comunidad Valenciana³⁷¹. Como primera conclusión, refiriéndose al valor intrínseco del auto de homologación de la transacción, se señala: *«La conclusión a que llega la DGRN puede resultar contraria a las previsiones contenidas en la LEC. Por un lado resta valor, entre otras, a la verificación de que el acuerdo no incurre en prohibición legal, o es contrario al interés general (siendo que estas prevenciones obligan al juzgador a ser muy cuidadoso a la hora de comprobar la legalidad de la transacción); y por otro lado, viene a calificar la homologación como una terminación del procedimiento carente de la garantía y eficacia que aportaría una sentencia dictada en vía contenciosa. (...). El criterio mantenido por la DGRN tendría efectos en un principio básico en el procedimiento civil, el principio “dispositivo”, ya que, de atender a los argumentos de la DGRN, en el caso de que las partes hubieran dispuesto llegar a un acuerdo, la eficacia de éste sería inferior a la de la sentencia que se dictara de existir conflicto, cuestión ésta incoherente dentro del ámbito procesal»*.

En relación con la consideración del testimonio del auto judicial de homologación de la transacción, se cita en este informe la opinión de DELGADO RAMOS³⁷², que sienta las siguientes conclusiones: *«1.- Que el auto judicial por el que se aprueba y homologa un acuerdo transaccional con el que se pone fin al pleito es una de las resoluciones que tiene consideración legal de documento público. (art 317.1 LEC); 2.- Que los testimonios que de tales autos expidan los Secretarios Judiciales, también se considera documento público. (art 317.1). Además, conforme al artículo 281 de la LOPJ “El Secretario es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las*

³⁷¹. FONT DE MORA RULLÁS, J., MOYA DONTAE, P., MIÑANA LLORENS, V., BAÑÓN GONZÁLEZ, A., DE LA RUA NAVARRO, A-M. y LONGÁS PASTOR, B., *Análisis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la no inscripción de los autos de homologación de acuerdos o transacciones judiciales y otras resoluciones procesales*, Boletín de Colegio Nacional de Registradores, número 50 (3ª época), febrero de 2018, págs. 1-36. Puede consultarse en www.registradores.org/actualidad/publicaciones-periodicas. Última consulta el 21 de noviembre de 2020.

³⁷². DELGADO RAMOS, J., *El auto de homologación de una transacción judicial sí es título formal inscribible. Crítica de la doctrina de la DGRN*, publicado en la página web www.regispro.es. Última consulta el 13 de noviembre de 2019: <https://regispro.es/el-auto-de-homologacion-de-una-transaccion-judicial-si-es-titulo-formal-inscribible-critica-de-la-doctrina-en-contra-de-la-dgrn/>.

actuaciones judiciales, correspondiéndole también la facultad de documentación en el ejercicio de sus funciones” (...) y “La plenitud de la fe pública en los actos en que ejerza el Secretario no precisa la intervención adicional de testigos”; 3.- Que por tanto, el referido auto y su testimonio “harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.” (art 319.1); 4.- Que entre los hechos y estados que documentan, y de los que, por tanto, hacen prueba plena, están incluidos la identidad de las partes comparecientes, el hecho de si tales partes han comparecido personalmente o a través de su procurador, y en este caso, la existencia de poder para renunciar, allanarse o transigir, y en todo caso, asistidos por abogado. (art 414); 5.- Que a el tribunal ha examinado y decidido sobre “la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto.” (art 415.1); 6.- Que “el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados”. (art 415.2); 7.- Que las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso son títulos que tienen aparejada ejecución (art 517); 8.- Que “Si el título (que tenga aparejada ejecución) dispusiere la transmisión o entrega de un bien inmueble, una vez dictado el auto autorizando y despachando la ejecución, el Secretario judicial responsable de la misma ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena y, en su caso, dispondrá lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo.” Por tanto, no es correcto afirmar, como hace la DGRN que el acuerdo transaccional, aunque esté aprobado y homologado judicialmente, sigue siendo un acuerdo privado que para su inscripción registral necesite ser elevado a escritura pública”.

Por mi parte, coincido plenamente con esta crítica a la postura del Centro Directivo. De hecho, hubo una etapa en la que la propia DGRN admitió el testimonio del auto de homologación de una transacción judicial como título directamente inscribible. Así, cabe citar Resoluciones como la de 7 de enero de 2005 que señala: «No obstante, ha de tenerse en cuenta que, conforme a los artículos 19 y 415 de la LEC, las partes pueden

transigir sobre lo que sea objeto del litigio y si alcanzan un acuerdo transaccional puede el Juez homologarlo previa comprobación de la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes, de suerte que el acuerdo homologado tendrá todos los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de las sentencias (cfr. artículo 517.3.º de la LEC; cuestión distinta es que no pueda equipararse todo título ejecutivo a título inscribible). Por ello, en el presente caso la exigencia del artículo 3 de la Ley Hipotecaria queda plenamente satisfecha toda vez que el acto inscribible en cuestión –la división de cosa común con la correspondiente adjudicación de las fincas resultantes– aparece contenido en documento auténtico expedido por la autoridad judicial cual es el testimonio del auto de homologación del acuerdo transaccional».

El propio TS en su Sentencia de 31 de octubre de 2011 hace una plena equiparación entre sentencia firme y transacción judicial homologada. Y además lo hace al interpretar el artículo 198 del Reglamento Hipotecario referido a los efectos de la anotación preventiva de demanda: *«Por otra parte, esta Sala muestra su conformidad a la conclusión de la sentencia de instancia sobre que la transacción, homologada judicialmente, posee iguales efectos que la sentencia firme referida en el artículo 198.1 del Reglamento Hipotecario; en verdad, al ser la transacción un sustitutivo de la sentencia, es lógico que produzca entre los interesados la resulta de cosa juzgada; asimismo, podrá llevarse a cabo por los trámites previstos para la ejecución de sentencia y convenios judicialmente aprobados (artículo 415.2 de la LEC), y constituye título para la vía de apremio (artículo 1816 del Código Civil). Por demás, es indicativo que, la transacción realizada durante el proceso y aprobada por el Juez, establece un título ejecutivo equiparado plenamente a una sentencia (artículos 517 3o de la LEC)».*

Por todas estas razones considero que, en el ámbito de arbitraje, a la hora de inscribir un laudo dictado en los términos del artículo 36 LA, deben exigirse los mismos requisitos formales que para inscribir cualquier otro laudo arbitral, y que analizaré en el apartado correspondiente. Consecuentemente, no procede hacer distinción a estos efectos con los laudos homologados, e imponer necesariamente el otorgamiento de escritura pública para el acceso al Registro.

d) Plazo para dictar el laudo

Una de las razones que tradicionalmente se invocan para fomentar el recurso al arbitraje en la resolución de controversias es la de su celeridad. Tradicionalmente los procesos judiciales se han caracterizado por la lentitud en su tramitación. Los retrasos en el funcionamiento de los tribunales provocan enormes perjuicios a quienes acuden a ellos en busca de una solución a sus disputas.

Quizá por ello las leyes sobre arbitraje tratan de eliminar trámites innecesarios y de prever plazos cortos para que se dicte el laudo que ponga fin a la controversia. La actual LA en esta materia parte de su habitual remisión a la voluntad o acuerdo de las partes como criterio preferente. En defecto de dicho acuerdo, establece tres reglas esenciales:

- Los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla.
- Este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.
- La expiración del plazo sin que se haya dictado el laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.

En parecida línea se manifiestan los reglamentos de las principales cortes arbitrales de España. Así, el de la Corte Española de Arbitraje de 1 de septiembre de 2019 prevé en su artículo 28 un plazo de tres meses prorrogable a seis; el Tribunal Arbitral de Barcelona de 26 de julio de 2004 prevé en el artículo 15.4 de su Reglamento que serán las partes y los árbitros los que fijarán el plazo para la emisión del laudo, que deberá contabilizarse a partir de la expiración del plazo para contestar la demanda. Este plazo solo y exclusivamente podrá ser prorrogado por el TAB. Esta prórroga será, salvo los

casos excepcionales a criterio del TAB, de un máximo de dos meses y la concederá el TAB a petición de los árbitros antes de que haya vencido el plazo inicial para laudo; el Reglamento del Colegio de Abogados de Madrid de 20 de julio de 2010 prevé en el artículo 38 un plazo de seis meses, aunque en su punto segundo establece que mediante la sumisión a este Reglamento las partes delegan en los árbitros la facultad de prorrogar el plazo para dictar el laudo por un período no superior a tres meses para concluir adecuadamente su misión, y que, en todo caso, el plazo para dictar laudo podrá ser prorrogado por acuerdo de todas las partes; el Reglamento del CIMA (Corte civil y mercantil de arbitraje) de 30 de octubre de 2020 prevé en el artículo 45 un plazo de seis meses prorrogable por dos meses más; el artículo 40 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara de Comercio, en vigor desde el 1 de septiembre de 2020, prevé un plazo inicial de seis meses, prorrogable por los árbitros en dos meses más, pero también que el plazo para dictar laudo podrá ser prorrogado por acuerdo de todas las partes las veces y por el plazo que estimen convenientes. También establece la posibilidad de que, en caso de que concurran circunstancias excepcionales, la Corte, a solicitud motivada de los árbitros, o de oficio, pueda prorrogar el plazo para dictar el laudo.

Con la redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 11/2011, nos dice RAMOS MÉNDEZ³⁷³, *«algunas resoluciones jurisprudenciales, tal vez nostálgicas del pasado y del acervo de doctrina acumulado sobre la temporalidad de la jurisdicción de los árbitros y las reticencias sobre la supervivencia in aeternum del convenio arbitral hicieron causa común con los recurrentes y descalificaron algunos laudos dictados fuera de plazo como productos defectuosos viciados de nulidad radical»*. Sin embargo, en la actualidad lo que parece claro es que todo el problema de incumplimiento de los plazos previstos para dictar el laudo, a falta de otro acuerdo de las partes, se traslada al campo de la responsabilidad de los árbitros, sin que afecte a su validez. Siendo ello así, el registrador no podrá plantear en su calificación ningún defecto basado en que el laudo se haya dictado después de haber expirado el plazo previsto para ello.

³⁷³. RAMOS MÉNDEZ, F., "El nuevo régimen del laudo arbitral", en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, coordinado por VÁZQUEZ AKBERT, D y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 196.

e) Contenido del laudo

Hasta ahora he tratado requisitos externos del laudo. Toca preguntarse si también han de respetarse reglas específicas en cuanto al contenido del laudo.

A este respecto creo que debe distinguirse por un lado qué cuestiones han de ser resueltas en el laudo, y, por otro, cómo han de resolverse.

1. Contenidos sobre los que se pronuncia el laudo

Uno de los extremos que suele generar más conflicto es de los aspectos que son objeto de resolución en el laudo arbitral. Los Profesores MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA³⁷⁴, al tratar de los caracteres del laudo arbitral, resaltan dos notas importantes : su carácter decisorio («*El árbitro tiene que resolver la controversia que le ha sido sometida por las partes*»), y su carácter congruente, que ellos desglosan en tres reglas: a) Que el fallo arbitral no contenga más de lo pedido por los comprometidos: *ne eat iudex ultra petita partium*; b) Que el fallo arbitral no contenga menos de lo pedido por los comprometidos: *ne eat iudex citra petita partium*; c) Que el fallo arbitral no contenga algo distinto de lo pedido por los comprometidos: *ne eat iudex extra petita partium*.

En mi opinión cabría establecer, partiendo de esta idea de la congruencia del laudo, varios límites que los árbitros han de tener en cuenta al dictarlo:

1.1 Que el laudo no deje sin resolver cuestiones planteadas por las partes

Parece lógico que el laudo cumpla con su objetivo natural, que no es otro que poner fin a las controversias que se han sometido a arbitraje. No existe ninguna norma en la LA que de una manera explícita así lo establezca, pero está en la esencia de la propia

³⁷⁴. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *op. cit.*, págs. 651-653.

institución. Si las partes han acudido al arbitraje y el laudo deja sin resolver alguna de las cuestiones controvertidas, no se conseguirá el objetivo que se perseguía.

La cuestión estriba en determinar cuál es la consecuencia que producirá el hecho de que el laudo deje sin resolver algunas cuestiones sometidas a arbitraje. Señala XIOL RIUS³⁷⁵ que: «*Parece evidente, y en esto la doctrina es unánime, que la incongruencia omisiva, es decir, la que se produciría cuando los árbitros dejan sin resolver puntos que les han sido sometidos no constituye causa de anulación del laudo con arreglo al artículo 41 LA. Sin embargo, esto no obsta a que la omisión pueda ser subsanada por la vía de la solicitud de complemento del laudo prevista en el artículo 39.1 LA, de modo semejante a lo que sucede con la incongruencia por exceso, que puede ser corregida por la vía de la solicitud de rectificación*». En la misma línea, MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA reconocen que se cierra la vía de la acción de anulación por esta causa, remitiéndose al mecanismo del artículo 39³⁷⁶.

Creo que estas conclusiones no admiten discusión. Es evidente que esta incongruencia omisiva no está recogida por el artículo 41 LA como una de las causas que permiten pedir judicialmente la anulación del laudo. Por tanto, cualquiera de las partes tendrá que intentar remediar esta falta solicitando a los árbitros y con notificación a la otra parte, dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, el complemento del laudo respecto de las peticiones formuladas y no resueltas en él (artículo 39.1, c LA).

No obstante, y sin perjuicio de lo que en su momento se analizará cuando se trate la acción para la anulación del laudo, no es descartable que si, una vez solicitada la rectificación del laudo por la vía del artículo 39, no se satisface esta pretensión, pueda incurrirse en una situación contraria al orden público, en la medida en que el resultado final produciría una indefensión vedada por el artículo 24 de la Constitución. Esto permitiría solicitar la anulación del laudo por la vía del artículo 41. 1, f. A este respecto ha de traerse a colación la doctrina del TC recogida en Sentencias como la 101/1998, de

³⁷⁵. XIOL RIUS, J.A., "Comentario de los artículos 40, 41, 42 y 43 LA", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, págs. 822 y 823.

³⁷⁶. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *op. cit.*, pág. 706.

18 de mayo, que resume el alcance de la incongruencia omisiva: «*Es doctrina reiterada de este Tribunal que «el derecho fundamental a la tutela judicial obliga a los Jueces y Tribunales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, de tal modo que el incumplimiento de dicha obligación constituye una lesión de aquel derecho fundamental» (STC 172/1997 [RTC 1997\172], fundamento jurídico 6.º; en la misma línea, SSTC 14/1984 (RTC 1984\14), 142/1987 [RTC 1987\142], 69/1992 [RTC 1992\69], 91/1995 [RTC 1995\91] y 30/1998 [RTC 1998\30]). Una de las manifestaciones de ese incumplimiento es la representada por la incongruencia omisiva; para apreciarla, ha de comprobarse si la cuestión fue suscitada en el momento procesal oportuno y «si la ausencia de contestación por el órgano judicial ha generado indefensión» (STC 56/1996 [RTC 1996\56], fundamento jurídico 4.º), debiendo valorarse, a estos efectos, si razonablemente puede interpretarse el silencio judicial como una desestimación tácita (SSTC 4/1994 [RTC 1994\4], 169/1994 [RTC 1994\169] y 30/1998). Asimismo es preciso distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes en apoyo de sus pretensiones y éstas en sí mismas consideradas, dado que, respecto a las primeras, no sería necesaria para la satisfacción del derecho referido una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no solo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino los motivos fundamentales de la respuesta tácita» (STC 56/1996, fundamento jurídico 4.º)».*

1.2. Que el laudo resuelva cuestiones no solicitadas por las partes

A este supuesto de extralimitación del laudo se refieren los artículos 39.1, d y 41.1, c LA. Señalan MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA³⁷⁷ que es opinión mayoritaria de la doctrina que la exigencia de congruencia del laudo con las pretensiones de las partes encuentra su fundamento en el principio dispositivo y de aportación de parte.

La determinación del objeto del litigio arbitral se producirá con la presentación de los escritos de demanda y de contestación por las partes. Como señala la Exposición de Motivos LA, esta determinación «*se produce de forma progresiva*». No se puede olvidar el carácter esencialmente dispositivo del proceso arbitral.

La incongruencia está referida a la resolución en el laudo de cuestiones distintas de las planteadas por las partes. Imagínese un caso en el que, habiéndose solicitado por vía arbitral la nulidad de un contrato, los árbitros, no solo se pronuncian sobre tal extremo, sino que, además, fijan una indemnización de daños y perjuicios. No obstante, no ha de hacerse una interpretación demasiado estricta de este principio de congruencia. Hay determinadas cuestiones que se pueden considerar consecuencia lógica de la pretensión deducida por las partes y que no podrán tacharse como un supuesto de incongruencia. Así, por ejemplo, si una de las partes ha solicitado por vía arbitral la resolución de una compraventa, aunque no lo haya especificado expresamente, ha de considerarse congruente un laudo que además precise la forma y los términos en los que las partes ha de restituirse las prestaciones, una vez acordada la resolución, puesto que esa una consecuencia inseparable de la declaración de estar resuelto el contrato, según resulta de los artículos 1124 del CC.

El vicio de la incongruencia puede ser remediado acudiendo a la petición de rectificación del laudo, en los términos establecidos en el artículo 39. 1, d) LA. Sin duda, es una solución menos traumática y más eficaz que la de la anulación del aludo. Es interesante también plantear si, para el ejercicio de la acción de anulación del laudo por este motivo, será obligatorio la previa solicitud de rectificación del laudo a que este artículo se refiere. No es una cuestión pacífica. XIOL RIUS³⁷⁸ considera que no, «*puesto*

³⁷⁷. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *op. cit.*, pág. 702.

³⁷⁸. XIOL RIUS, J.A., *op. cit.*, págs. 818 y 819.

que para ello sería necesario que la LA estableciera la solicitud de rectificación como presupuesto de procedibilidad para el ejercicio de la acción de anulación y, en cambio, cuando se hace referencia a la solicitud de rectificación, únicamente se contempla desde la perspectiva de la interrupción del plazo del ejercicio de la acción de nulidad (art. 41.4 LA)». Por el contrario, BARONA VILAR³⁷⁹ cree que sí es requisito indispensable para el ejercicio de la citada acción de nulidad, dado que si el artículo 6 LA configura una renuncia tácita a la facultad impugnativa cuando no se ha denunciado el vicio, defecto o exceso a través de los medios y en los diversos momentos en que el procedimiento arbitral lo permite, no acudir previamente a los árbitros ejercitando la rectificación del laudo a través del artículo 39 implicaría renunciar tácitamente a la acción de nulidad.

Yo estoy más de acuerdo con esta segunda opinión. Creo que la acción de anulación del laudo es configurada en la LA como una medida excepcional, que ha de ser interpretada siempre de forma restrictiva, obviamente con respeto a los límites del artículo 24 de la CE. Es cierto que el artículo 39 confiere a las partes una facultad para solicitar la rectificación del laudo y no establece una obligación, pero el principio de buena fe procesal, que es el que fundamenta la renuncia tácita a que se refiere el artículo 6, conduce necesariamente a vedar el uso de la acción de anulación a quien, habiendo tenido posibilidad de pedir la rectificación de ese error del laudo, no lo hizo. Como ya analicé en su momento, la jurisprudencia es unánime al impedir la acción de anulación por falta de imparcialidad del árbitro a aquella parte que, habiendo podido recusarlo durante el procedimiento no lo hizo (artículos 6 y 18.3 LA). Y en el aspecto que ahora estoy analizando existe ese mismo fundamento. Esta línea es la que sigue, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 13 de enero de 2016. En cualquier caso, como reconoce el propio XIOL RIUS³⁸⁰, *«en la práctica, pues, parece aconsejable prevenirse frente a interpretaciones rígidas»* y hacer uso de la facultad prevista en el artículo 39 si se quiere no correr el riesgo de no poder luego usar la acción de anulación del laudo.

³⁷⁹. BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª edición, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 1714.

³⁸⁰. XIOL RIUS, J.A., op. cit., págs. 827.

Lo que sí considera XIOL RIUS³⁸¹ requisito previo al posible ejercicio de la acción de nulidad es el que, en caso de que se detecte la incongruencia por exceso durante la tramitación del proceso, se oponga la oportuna excepción en los términos previstos en el artículo 22. 2 LA. Por la misma razón que antes he apuntado de respeto a las exigencias de la buena fe procesal, también creo que es exigible a quien quiere presentar demanda de anulación del laudo haber planteado las correspondientes excepciones en el momento procesal oportuno.

1.3. Que el laudo no resuelva cuestiones que no estén amparadas por el convenio arbitral

Como ya se ha analizado profusamente a lo largo de este trabajo, el arbitraje encuentra su anclaje el común acuerdo de las partes de someter a este sistema de resolución determinados conflictos que existen o pueden existir entre ellas. Ese acuerdo de voluntades es lo que se conoce como convenio arbitral. El procedimiento arbitral solo podrá abordar aquellas cuestiones que entren dentro del ámbito objetivo del convenio, y con los límites que en él se establezcan.

Por esa razón, con base en el artículo 41. 1, apartados a y c, cuando el arbitraje ha abordado cuestiones que no estaban amparadas por el convenio arbitral, cabe ejercitar la acción de anulación del laudo. Ahora bien, como señalan MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA³⁸², *«de manera constante, la jurisprudencia ha venido insistiendo en la flexibilidad con la que ha de ser apreciada la correspondencia entre lo controvertido y lo que puede ser decidido por los árbitros»*. En este sentido, citan una antigua STS de 25 de octubre de 1982, que contiene afirmaciones sumamente clarificadoras: *«las facultades y competencia del árbitro de equidad, similares en este aspecto a las de los árbitros de derecho, vienen determinadas por el “thema decidendi” establecido por la voluntad de las partes, estando ciertamente sometidos aquéllos al principio de congruencia, sin que puedan traspasar los límites del compromiso*

³⁸¹. XIOL RIUS, J.A., op. cit., págs. 819-820.

³⁸². MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., op. cit., págs. 704-705.

resolviendo en el caso de los árbitros de equidad cuestión no sometida a su decisión; pero esto no implica que estén obligados a interpretarlo tan restrictivamente que se coarte su misión decisoria de conflictos de forma extrajudicial, sino que la naturaleza y finalidad del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, las que deben apreciarse no aisladamente sino atendiendo a aquella finalidad y a sus antecedentes, pudiendo reputarse comprendidas en el compromiso aquellas facetas de la cuestión a resolver íntimamente vinculadas a la misma y sin cuya aportación quedaría la controversia insuficientemente fallada, es decir, como declaró ya la sentencia de esta Sala de 24 abril 1953 (RJ 1953\926), el árbitro puede resolver cuestiones que sean consecuencia lógica u obligada de las que se le han planteado».

Siendo esto cierto, no debemos olvidar que en la práctica comercial actual existen muchas ocasiones en las que la estipulación que recoge el convenio arbitral está incluida dentro de un clausulado de condiciones generales de la contratación. En estos casos, por disposición del artículo 9.2 LA, será de aplicación la legislación de condiciones generales de contratación y, en su caso, la de protección de consumidores y usuarios. Por esta razón, el TS se ha visto en la necesidad de matizar la doctrina de la flexibilidad en la interpretación del convenio arbitral. Así, la STS de 27 de junio de 2017 afirma: *«Por eso, la interpretación “elástica” del convenio arbitral a que ha hecho referencia alguna sentencia de esta sala (sentencia 605/2005, de 12 de julio), que permita que el convenio arbitral tenga un efecto expansivo y abarque todas las cuestiones relacionadas con el objeto del arbitraje (sentencia 741/2007, de 2 de julio), puede ser aplicable a aquellos convenios arbitrales concertados por negociación, pero no a los contenidos en contratos de adhesión, puesto que tal interpretación no se compadecería con el fundamento de la institución del arbitraje, que es la voluntad “explícita, clara, terminante e inequívoca” de las partes, pero de ambas partes, de renunciar a la posibilidad de someter las controversias a la jurisdicción».*

También es importante recordar que las partes son las dueñas del procedimiento arbitral. Eso implica la posibilidad de que, aun tratándose de cuestiones inicialmente no recogidas en el convenio arbitral, no hay ningún obstáculo para que las partes acuerden

durante la tramitación del procedimiento arbitral ampliar el objeto de las cuestiones que deben dilucidarse a través del arbitraje. Sería una suerte de novación del convenio arbitral. Y ese acuerdo que de forma sobrevenida amplía el ámbito objetivo del convenio arbitral no tiene por qué ser expreso. También puede deducirse de la actitud de las partes. Si una de ellas plantea en el proceso alguna cuestión que esté claramente contenida en el convenio, o, incluso, que quede claramente fuera, si la otra parte no plantea la correspondiente excepción para que los árbitros analicen su propia competencia, habrá que considerar que esa parte renuncia al futuro ejercicio de la acción de anulación y, por consiguiente, asiente y confirma la posibilidad de que el arbitraje se extienda a esas cuestiones no abarcadas por el convenio arbitral (artículos 6 y 22 LA).

1.4. Que el laudo no extienda sus efectos a terceras personas no vinculadas por el convenio arbitral

La extralimitación del laudo no solo puede producirse en el ámbito puramente objetivo. También es posible que esa extensión indebida esté referida a las personas afectadas por la resolución arbitral.

Cuando alguien es demandado en un procedimiento arbitral y considera que no se encuentra vinculado por el convenio, habrá de realizar la pertinente excepción para que los árbitros decidan su propia competencia al respecto. De igual forma esta extralimitación subjetiva también puede producirse por el hecho de que el laudo contenga un pronunciamiento que afecte a un tercero que no ha sido ni siquiera parte en el proceso. En este caso, el tercero no habrá tenido ocasión de oponer excepción alguna en el procedimiento, dado que no ha podido participar en él. Y la cuestión es si podrá instar la acción de anulación del laudo. A este respecto, surge la duda por el hecho de que el artículo 41 LA empieza hablando de que el laudo solo podrá anularse “*cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe*”. Esta referencia a “la parte” excluiría a ese tercero que no ha participado en el proceso. XIOL RIUS³⁸³, sin embargo, considera que

³⁸³. XIOL RIUS, J.A., *op. cit.*, págs. 823.

«en este caso debe reconocerse la legitimación del tercero condenado para oponerse a la situación de indefensión que se le ha ocasionado, bien haciendo valer esta causa de nulidad, bien alegando la existencia del motivo de nulidad consistente en no haber podido hacer valer sus derechos del art. 41. 1, b LA. Podría oponerse a esta legitimación la argumentación que la acción de anulación únicamente puede ser hecha valer por las partes, según se deduce del inciso inicial del artículo 41 LA. Sin embargo, a mi juicio esta argumentación no sería aceptable, por cuanto parte no es solo aquel a quien se reconoce legitimación para actuar en el procedimiento, sino toda persona que debió ser convocada por resultar afectada por el mismo».

Aunque esta cuestión será analizada en apartados posteriores, cabe adelantar que, a la hora de inscribir un laudo, el principio de tracto sucesivo impedirá el acceso al Registro si el titular registral no ha tenido la participación necesaria en el procedimiento.

2. Motivación

El artículo 37.4 LA dispone: *«El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior».*

A diferencia de lo que se establecía en la Ley de Arbitraje de 1988, cuyo artículo 32.2 solo exigía la motivación del laudo cuando los árbitros decidían en derecho, en la vigente LA, siguiendo las pautas de la Ley Modelo UNCITRAL, se establece la necesidad de motivación para todo tipo de laudos, tanto en el arbitraje en derecho como en equidad.

ALONSO PUIG³⁸⁴ señala que la motivación tiene en los laudos distinto sentido que en las sentencias judiciales. En estas últimas, *«la motivación se requiere como una garantía frente a la arbitrariedad de los tribunales y como un control de la correcta*

³⁸⁴. ALONSO PUIG, J.M., "Comentario del artículo 39 LA ", *op. cit.*, págs. 749 y 750.

aplicación del Derecho, de manera que los tribunales superiores puedan resolver sobre los recursos contra ellas interpuestos conociendo el razonamiento del juzgador de instancia". Por el contrario, en el arbitraje, «al no existir control respecto al fondo del laudo, la necesidad de motivación tiene su fundamento en permitir a las partes conocer el razonamiento del tribunal, evitando así decisiones arbitrarias. Al no existir una segunda instancia las partes deben quedar satisfechas con que, aunque el laudo no reconozca su pretensión esta ha sido tenida en cuenta y que los árbitros han valorado los argumentos y las pruebas presentadas». También se pronuncia en contra de lo que él denomina "un paralelismo servil" entre sentencias y laudos a efectos de la exigencia de motivación, FERNÁNDEZ ROZAS³⁸⁵.

Esta necesaria diferenciación entre la motivación exigible a un laudo y a una sentencia judicial es en ocasiones ignorada por los Tribunales. Como ejemplo de ello puede citarse la STSJ de Madrid de 8 de enero de 2018. Esta Sentencia hace una aplicación casi mecánica de las exigencias de motivación propias del ámbito judicial al laudo arbitral enjuiciado, declarando que: *«El Laudo, por tanto, no da respuesta a todas las cuestiones planteadas en el arbitraje, no valora las pruebas en su integridad, y no contiene una motivación suficiente para llegar a una conclusión tan importante como la disolución de una sociedad por una causa asimilada a la legal, el abuso del derecho, ya que si bien es cierto que el arbitraje de equidad tiene su base en las condiciones fácticas del caso específico, lo que implica una flexibilidad del mismo, incluso siendo posible apartarse de la aplicación de las normas jurídicas estrictas, cuando los hechos especiales del caso así lo requieren, tal y como acertada y extensamente trata el tema el árbitro, para que la resolución o resoluciones sean equitativas o justas, lo cierto es que en los arbitrajes de equidad el árbitro o tribunal arbitral debe evaluar las pruebas y justificar en el laudo arbitral de equidad la resolución o resoluciones contenidas en el mismo. De tal manera que las bases de equidad parten de los hechos, los que se evalúan y justifican una determinada decisión considerando inclusive las particularidades de la controversia planteada, por cierto muy prolija, lo que entendemos que no ha llevado a cabo el árbitro en el presente caso, por lo que la motivación del laudo deba ser considerada arbitraria*

³⁸⁵. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Motivación del laudo arbitral", en *Anuario de Arbitraje 2018*, coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pág. 54 a 56.

por falta de motivación suficiente». Criticando esta Sentencia, TEJADA y JULIANI³⁸⁶ señalan, que: *«la sustancial diferencia entre el criterio del TSJ de Madrid de control de la motivación del laudo (mediante aplicación del test de orden público aplicable a la motivación de las resoluciones judiciales) y el general y uniforme criterio de sus homólogos de otras jurisdicciones (que no pasa de ningún modo por ese test de orden público), no solo incide negativamente sobre las finalidades perseguidas por el legislador en materia de arbitraje -equiparación y competitividad del ordenamiento español con otras legislaciones-, es decir en objetivos de política legislativa y económica de interés nacional, sino que obliga a preferir y elegir un foro extranjero para el arbitraje (incluso en los casos en que el laudo deba terminar ejecutándose en España, toda vez que el test de orden público aplicable a la motivación en sede de anulación no es aplicado por los tribunales españoles en sede de exequatur: por ejemplo, el TSJ de Cataluña: "lo que no resulta procedente es que dentro del concepto de orden público se pueda hacer valer como motivo de oposición cualquier infracción que se haya producido al motivar su condena y si se ha incurrido en una aplicación incorrecta de [...] la valoración de las pruebas"; salir por una puerta para terminar entrando por otra) para evitar el control de la motivación del laudo por aplicación del test aplicable a las resoluciones judiciales que en el panorama comparado solo se aplica en España; "riesgo España" que, cuestionado en el ámbito doméstico, resulta sin embargo inaceptable -incomprensible- en ámbitos internacionales; lo que se traduce en la huida del arbitraje internacional de la temible "sede Madrid"».* Insisten estos autores, a mi juicio con bastante acierto, en que la exigencia de motivación ha de estar basada en la autonomía de la voluntad de las partes y no en el principio de tutela judicial efectiva ex artículo 24 CE. Siendo ello así, *«si las partes no han dispuesto sino que el laudo sea motivado, sin más, -o así resulte de la ley aplicable-, se entiende que el laudo cumple con esa determinación si en el laudo constan las razones del árbitro para su decisión; vale aquí lo dicho antes: "Mientras que el laudo evidencie que los árbitros han aplicado su interpretación del derecho a los hechos que ellos mismos han tomado por válidos, el requisito de motivación se da por satisfecho"».*

³⁸⁶. TEJADA, A. y JULIANI, J., *La anulación de los laudos por insuficiencia de motivación (arbitrariedad)*, publicado en <http://www.cremades.com/es/publicaciones>, última consulta 17/12/2019.

En mi opinión, es muy preocupante que una desenfocada interpretación del requisito de la motivación nos conduzca a que la acción de anulación del laudo suponga en la práctica lo que el legislador nunca quiso que fuera: una verdadera segunda instancia que puede revisar el acierto o desacierto en la decisión de fondo adoptada por los árbitros. Como muy acertadamente señala FERNÁNDEZ ROZAS³⁸⁷: *«el canon de motivación inherente a las resoluciones judiciales no puede ser trasladado al ámbito de los laudos arbitrales en función de la propia esencia de la institución arbitral, caracterizada por la autonomía de la voluntad de las partes. En este caso, la intervención judicial que propicia el juicio de anulación solo puede sancionar los laudos carentes de motivación, cuando esta no se ha ajustado al acuerdo entre las partes o no es conforme con la ley designada por las partes, y no es dable para el juez entrar el (sic) fondo del asunto con el objeto de verificar si la motivación del laudo ofrece indicios de arbitrariedad, contradicción o irracionalidad».*

Afortunadamente, la STC 17/2021, de 15 de febrero ha venido a poner coto a esta desatinada orientación jurisprudencial. Parte el TC de considerar con carácter general la necesidad de motivación del laudo: *«no cabe duda de que la operación de enjuiciamiento de la motivación de ambos tipos de resoluciones debe valerse de parecidos criterios, de modo que se puede afirmar que sólo a aquel laudo que sea irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente podrá imputársele un defecto de motivación vulnerador del art. 37.4 LA (y reiteramos, no del art. 24.1 CE). Además, hay que poner de manifiesto, especialmente para supuestos como el ahora enjuiciado, que cuando las partes se someten a un arbitraje de equidad, aunque ello no excluya necesariamente la posibilidad de que los árbitros refuercen «su saber y entender» con conocimientos jurídicos, pueden prescindir de las normas jurídicas y recurrir a un razonamiento diferente al que se desprende de su aplicación, porque lo que se resuelve ex aequo et bono debe ser decidido por consideraciones relativas a lo justo o equitativo. Y aquí también debe quedar meridianamente claro que es el tribunal arbitral el único legitimado para optar por la solución que considere más justa y equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso si tal solución es incompatible con la que resultaría de*

³⁸⁷. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Motivación del laudo arbitral", *op. cit.*, pág. 97.

la aplicación de las normas del derecho material. El canon de motivación, en este caso, es más tenue, si bien es imprescindible que se plasmen en el laudo los fundamentos –no necesariamente jurídicos– que permitan conocer cuáles son las razones, incluso sucintamente expuestas, por las que el árbitro se ha inclinado por una de las posiciones opuestas de los litigantes». Pero, por otro lado, matiza claramente las diferencias entre la sentencia y el laudo: «Aunque es obvio que, desde la perspectiva constitucional, la semejanza entre las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales no es desde luego absoluta, ello no significa que cuando hablamos del deber de motivación de unas y otras no se pueda enjuiciar su cumplimiento con parecido canon de control. Decimos que el deber de motivación no posee la misma naturaleza en ambos tipos de resolución, porque tratándose de resoluciones judiciales es una exigencia inherente al derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. Sin embargo, para las resoluciones arbitrales, dicha obligación aparece recogida en el art. 37.4 LA, siempre con la salvedad de que las partes, además, no hayan alcanzado un pacto sobre los términos en que deba pronunciarse el laudo. En las primeras, la motivación forma parte del contenido del derecho fundamental citado. En las segundas es un requisito de exclusiva configuración legal, por lo que resulta indudable que podría ser prescindible a instancias del legislador. (...). conviene dejar sentado que el art. 37.4 LA únicamente dispone que «el laudo será siempre motivado», pero no impone expresamente que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes o que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia de una prueba sobre otra. Las únicas precisiones legales sobre el contenido del laudo que se encuentran en la Ley de arbitraje son negativas, en cuanto se refieren a las limitaciones que se imponen a la decisión arbitral, derivadas de lo establecido en el art. 41.1 LA sobre los motivos de anulación del laudo, particularmente no resolver sobre cuestiones no sometidas a su decisión o no susceptibles de arbitraje, y no contrariar el orden público. Es decir, de la regulación legal tan solo se sigue que el laudo ha de contener la exposición de los fundamentos que sustentan la decisión, pero no que la motivación deba ser convincente o suficiente, o que deba extenderse necesariamente a determinados extremos. No cabe deducir de la previsión legal la necesidad de que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, sino tan solo que consten las razones de la decisión, sin que tampoco se obligue a que tales razones deban ser

correctas, según el criterio del juez que deba resolver su impugnación». Y, finalmente, concluye la Sentencia: «Como puede apreciarse, en el razonamiento de la sentencia impugnada tan solo se observa su discrepancia en la valoración jurídica que el árbitro ha realizado y, por ello, una vez más, habrá de recordarse que la anulación solo puede referirse a errores in procedendo, y no puede conducir a revisar la aplicación del Derecho sustantivo por los árbitros, es decir, que las resoluciones arbitrales solo son susceptibles de anularse en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral. Igualmente hemos de reiterar que resulta vulnerador del art. 24 CE, por manifiesta irrazonabilidad, extender la noción de orden público como motivo de anulación del laudo, más allá de los límites definidos por los derechos fundamentales, así como que le está vedado al órgano judicial revisar la prueba realizada por los árbitros o la valoración de la misma. Teniendo esto en consideración, resulta manifiestamente irrazonable y claramente arbitrario pretender incluir en la noción de orden público ex art. 41.1 f) LA lo que simplemente constituye una pura revisión de la valoración de la prueba realizada motivadamente por el árbitro, porque a través de esta revisión probatoria lo que se está operando es una auténtica mutación de la acción de anulación, que es un remedio extremo y excepcional que no puede fundarse en infracciones puramente formales, sino que debe servir únicamente para remediar situaciones de indefensión efectiva y real o vulneraciones de derechos fundamentales o salvaguardar el orden público español, lo que excluye que las infracciones de procedimiento, sin afectación material de los derechos o situación jurídica de las partes, puedan servir de excusa para lograr la anulación de laudos».

3. Lugar y fecha

Conforme a lo dispuesto por el apartado quinto del artículo 37 LA, «constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 26. El laudo se considerará dictado en ese lugar».

En el procedimiento arbitral también deben distinguirse la fecha en la que se dicta la resolución y la fecha de su notificación a las partes. A esta última y a sus efectos me

referiré en apartados posteriores. Respecto a la fecha en la que se dicta el laudo, ha de considerarse como tal aquella en la que los árbitros lo firman. Su constancia en el laudo es fundamental porque puede determinar la legislación vigente a la que dicho laudo ha de ajustarse, sin perjuicio del necesario respeto a las reglas de la retroactividad y a las normas de derecho transitorio. Se trata de un requisito cuya omisión podría dar lugar a la anulación del laudo (artículo 41, 1, d), aunque sería fácilmente subsanable por la vía del artículo 39. 1, a) LA.

Otro tanto ha de decirse con relación a la identificación en el laudo del lugar del arbitraje. No se puede olvidar que, conforme al artículo 8 LA, el lugar del arbitraje es determinante del juez o tribunal competente para el nombramiento y remoción de los árbitros, para la ejecución forzosa del laudo o para conocer de la acción de anulación. Como apunta acertadamente COLOMER HERNÁNDEZ³⁸⁸, *«la Ley no impone que en el contenido del laudo se indique el lugar en que se dicta, sino únicamente el lugar en que se ha desarrollado el arbitraje. Pues, de esa indicación del lugar del arbitraje se presume ex lege que el laudo se ha dictado en el mismo lugar en que se desarrolle el procedimiento arbitral»*.

f) Forma

Dentro de los requisitos formales exigibles en el laudo, cabe distinguir tres aspectos:

1. Forma escrita

Con independencia de la forma en la que se hubieran desarrollado las diferentes actuaciones del procedimiento arbitral, el artículo 37.3 LA exige que el laudo conste por escrito. Es cierto que el propio precepto aclara que se entenderá que el laudo consta por

³⁸⁸. COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Comentario del artículo 37 LA ", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por PRATS ALBENTOSA, L., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, págs. 852 y 853.

escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Según señala COLOMER HERNÁNDEZ³⁸⁹, la finalidad perseguida con esta exigencia es *«dar seguridad a las partes respecto de la decisión adoptada y las razones de la misma, permitiendo que las partes ejerzan el control sobre la legalidad del laudo a través del eventual ejercicio de la acción de anulación»*.

Como se ha visto, es admisible un laudo en forma electrónica. El desarrollo de los sistemas de comunicación y las nuevas herramientas que ofrecen los sistemas digitales permiten que la mayor parte de las actuaciones del procedimiento arbitral se puedan desarrollar de forma no presencial. Y, naturalmente, el laudo también puede recogerse en este formato electrónico, que ofrece indudables ventajas en cuanto a su conservación y circulación, aunque también puede entrañar algún riesgo, pues, como apunta ALONSO PUIG³⁹⁰, pueden surgir dificultades *«en la ejecución internacional de ese laudo, ya que no todas las legislaciones (ni siquiera la Ley Modelo en su versión de 2006) prevén esta posibilidad»*.

2. Firma de los árbitros

El segundo aspecto formal que exige el artículo 37. 3 es de que el laudo conste firmado por los árbitros. En principio, se exige que todos los árbitros del colegio arbitral suscriban el laudo. Pero el precepto también admite una excepción: *«Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o solo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas»*. Esta excepción persigue, como señala COLOMER HERNÁNDEZ³⁹¹, *«evitar que un árbitro pueda paralizar el dictado de un laudo con su simple negativa a firmar»*.

³⁸⁹. COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Comentario del artículo 37 LA ", *op. cit.*, pág. 851.

³⁹⁰. ALONSO PUIG, J.M., "Comentario del artículo 39 LA ", *op. cit.*, pág. 747.

³⁹¹. COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Comentario del artículo 37 LA ", *op. cit.*, pág. 852.

La Ley dice que los árbitros *«podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra»*. Esta expresión parece que permite, pero no impone, la expresión del sentido del voto de cada uno de los árbitros. Piénsese que la constancia del voto negativo de uno de los integrantes del colegio arbitral puede ser relevante a efectos de eventuales acciones de responsabilidad frente a ellos. La expresión de un voto discrepante no tiene que ir acompañada obligatoriamente de la redacción de una propuesta alternativa de laudo (voto particular), aunque no debe entenderse que esta posibilidad esté prohibida por la Ley.

Como se comentaba en el punto anterior, la Ley admite los laudos en formato digital. En estos casos la firma de los árbitros habrá de ser electrónica. Si tenemos en cuenta lo que establece el artículo 3. 4 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, solo la será admisible para suscribir un laudo la firma electrónica reconocida (según el artículo 3.3 de dicha Ley, se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma), dado que solo esta modalidad tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel. Debe además resaltarse que la firma electrónica reconocida, al ser necesariamente firma electrónica avanzada, conforme al apartado 2 del citado artículo tercero de esta Ley, permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados. Por tanto, el nivel de seguridad que aporta la firma electrónica reconocida a un laudo es bastante más intenso que el de la firma manuscrita tradicional.

3. Posibilidad de protocolización

Una de las novedades que introdujo la LA de 2003 con respecto a su precedente de 1988 fue la eliminación de la obligatoria protocolización de los laudos arbitrales, obligación desconocida en el derecho comparado. Ni la impugnación del laudo a través de la acción de anulación, ni su plena eficacia están ya condicionadas a dicha elevación a documento notarial. No obstante, el artículo 37.8 LA prevé que cualquiera de las partes, a su costa, pueda *«instar de los árbitros, antes de la notificación, que el laudo sea protocolizado»*. El hecho de que la solicitud de protocolización por alguna de las partes

haya de hacerse antes de la notificación del laudo, no significa que dicha protocolización haya de ser efectivamente realizada antes de la notificación. Así parece deducirse de las palabras recogidas en la exposición de motivos LA: *«El laudo es, por tanto, válido y eficaz aunque no haya sido protocolizado, de modo que el plazo para ejercitar la acción de anulación transcurre desde su notificación, sin que sea necesario que la protocolización, cuando haya sido pedida, preceda a la notificación. Y tampoco la fuerza ejecutiva del laudo se hace depender de su protocolización, aunque en el proceso de ejecución, llegado el caso, el ejecutado podrá hacer valer por vía de oposición la falta de autenticidad del laudo, supuesto que puede presumirse excepcional»*.

Cabe destacar que la confidencialidad es una de las características definidoras del arbitraje y que más atractivo suscita en el tráfico económico. De hecho, el artículo 24.2 LA ha consagrado este principio: *«Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales»*. Sin embargo, esta exigencia de confidencialidad encuentra excepciones impuestas por intereses superiores. MERINO MERCHÁN³⁹² sitúa entre esas excepciones la protocolización del laudo, si bien de forma matizada porque la publicidad del protocolo notarial está sujeta a los límites de la Legislación Notarial y de protección de datos. También cita como otras excepciones los casos de impugnación judicial del laudo y los supuestos en los supuestos en que así lo exija el interés público, que se darán sobre todo en el arbitraje internacional en el que estén implicados los Estados. Aunque no lo cita este autor, otra excepción a la confidencialidad es la inscripción del laudo en un Registro Público. Naturalmente, en esos casos, la excepción no será plena, sino que estará sometida a los límites propios de la publicidad registral³⁹³.

g) Notificación del laudo

³⁹². MERINO MERCHÁN, J.F., "Confidencialidad y arbitraje", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, número 2, 2008, págs. 91 a 95.

³⁹³. En este sentido puede verse, entre otras muchas, la RDGRN de 14 de marzo de 2019.

La notificación del laudo constituye un acto esencial, porque va a fijar el *dies a quo* para que las partes puedan solicitar la corrección o aclaración del laudo (artículo 39 LA) y ejercitar la acción de anulación (artículo 41. 4 LA).

Como en tantas otras cuestiones, la LA da preferencia a la voluntad de las partes respecto a la forma y plazo para realizar la notificación. En defecto de acuerdo de las partes sobre este particular, prevé que se llevará a efecto mediante la entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado y dentro del plazo general previsto en el artículo 37.2 para dictar el laudo. Según el artículo 5, a) LA caben diferentes opciones de entrega: a) Entrega personal al destinatario; b) Entrega en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección; c) Notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado; y, d) En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.

h) Rectificación y aclaración del laudo

Ya he hecho alusión en apartados anteriores a la posibilidad que ofrece el artículo 39 LA para conseguir la subsanación o aclaración del laudo en una serie de extremos a los que este precepto se refiere. El procedimiento previsto al efecto está sujeto a una serie de requisitos o trámites necesarios: - Que sea solicitado por cualquiera de las partes en el plazo de los diez días (o el plazo concreto que las partes hayan acordado) siguientes a la notificación del laudo; - Que se notifique esta petición a la parte no solicitante; - Que se dé previa audiencia a todas las partes; - Que los árbitros resuelvan expresamente sobre la solicitud dentro del plazo de 10 días, si se trata de corrección de errores o aclaración, o de 20 días, si estamos ante la solicitud de complemento y la rectificación de la extralimitación. También se prevé la posibilidad de que el laudo sea rectificado de oficio

por los propios árbitros, aunque solo para subsanar errores de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.

Los cuatro supuestos a que se refiere la redacción actual del precepto son de diferente naturaleza. El primero de ellos (corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar) es el que menos dudas y problemas plantea, dado que nadie discute la posibilidad de rectificar este tipo de errores que en nada afectan al fondo de la decisión de los árbitros. Sin embargo, en los tres restantes casos (b. La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo; c. El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él; d. La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.), sí que suponen un riesgo de auténtica reforma del laudo. ALONSO PUIG³⁹⁴ denomina a los cuatro supuestos como corrección, aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación parcial.

COLOMER HERNÁNDEZ³⁹⁵ considera que sistemáticamente deben distinguirse los casos de complemento y rectificación del laudo (letras c y d del artículo 39) de los de corrección de errores y aclaración (letras a y b). En estos últimos se trata de corregir o aclarar un laudo que es plenamente válido, mientras que en los de las letras c y d la subsanación es necesaria para conseguir salvar la validez del laudo.

Refiriéndonos al supuesto de solicitud de aclaración del laudo, hay autores como el citado COLOMER HERNÁNDEZ³⁹⁶, que entienden que para que se pueda proceder a la aclaración es necesario que en el laudo exista algún punto oscuro. Por el contrario, GONZÁLEZ-SORIA³⁹⁷ considera que la redacción actual del artículo 39 *«elimina el requisito de que el concepto del que se pide aclaración sea oscuro, permitiendo la aclaración sobre cualquier punto o parte del laudo que, por las circunstancias que sean, sea solicitada por las partes»*.

³⁹⁴. ALONSO PUIG, J.M., "Comentario del artículo 39 LA ", *op. cit.*, págs. 781 a 784.

³⁹⁵. COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Comentario del artículo 39 LA ", *op. cit.*, págs. 879 y siguientes.

³⁹⁶. COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Comentario del artículo 39 LA ", *op. cit.*, pág. 888.

³⁹⁷. GONZÁLEZ-SORIA, J., "Extensión y límites de la facultad prevista en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje Española", en *Anuario de Arbitraje 2019*, coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 32-33.

En todo caso, lo esencial es que, con la excusa de una rectificación de supuestos errores o de una aclaración de su redacción, no se vulnere el principio de inmutabilidad. Ya advirtió la STS de 12 de julio de 1994 que *«una vez emitido el Laudo, su contenido, fuera de los remedios impugnatorios prevenidos legalmente, no puede ser objeto de variaciones esenciales, pues éstas, por su propia índole, tendrían que ser materia de un nuevo laudo, es decir, que el emitido como consecuencia de la escritura de arbitraje, únicamente puede ser objeto de corrección o rectificación de errores o aclaración de conceptos que no afecten, desvirtuándoles, a puntos esenciales ya resueltos»*. A este respecto, GONZÁLEZ-SORIA³⁹⁸ cita la STC 23/1996, de 13 de febrero, para concluir que la figura de la aclaración *«está sometida a una rigurosa interpretación restrictiva, dado su carácter de excepción frente al principio de la invariabilidad de la sentencia»*.

También se puede traer a colación la STC 288/1993, de 4 de octubre, que hace aplicación expresa de este principio de inalterabilidad de las sentencias judiciales al ámbito del arbitraje. En primer lugar, recuerda la vinculación de este principio con el de tutela judicial efectiva: *«Es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal que ha afirmado la innegable conexión entre la protección jurídica de la inmodificabilidad de las decisiones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de forma que (entre otras, SSTC 32/1982, 67/1984 y 176/1985) el derecho a la tutela judicial supone, desde este punto de vista, una dimensión positiva consistente en que el fallo judicial se cumpla, y una dimensión negativa, en cuanto proscribire que, fuera de los supuestos y cauces taxativamente previstos, los órganos judiciales dejen sin efecto resoluciones firmes (entre otras, SSTC 15/1986 y 119/1988), ya que la tutela judicial ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el legislador, respetando el contenido esencial del art. 24 de la Constitución, haya querido articular, por lo que solo en la medida en que se respeten íntegramente aquellos cauces legales darán los Jueces cabal cumplimiento a lo que el citado precepto constitucional dispone»*. A continuación, aplica

³⁹⁸. GONZÁLEZ-SORIA, J., "Extensión y límites de la facultad prevista en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje Española", *op. cit.*, pág. 28.

este principio al laudo arbitral: *«La inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales regulados en la Ley 36/1998. En este sentido su art. 37 establece con absoluta claridad que "el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Contra el mismo solo cabrá el recurso de revisión, conforme a lo establecido en la legislación procesal para las Sentencias judiciales firmes". Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje, que es (STC62/1991) "un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada". Ahora bien, la ley prevé unos mecanismos específicos de revisión judicial de los laudos arbitrales, de forma que, como afirma el Ministerio Fiscal, solo podrán ser anulados en los casos expresamente previstos en el art. 45 cuando el recurso es presentado en el plazo preclusivo regulado en el art. 46. En consecuencia, hay que concluir que cuando este efecto se produce por causa distinta a las taxativamente previstas o en virtud de recurso presentado fuera de plazo se está desconociendo el efecto de cosa juzgada que la Ley les otorga, vulnerando el principio de inmodificabilidad de las decisiones judiciales firmes que les es de aplicación, y, en última instancia, desconociendo la tutela judicial efectiva del beneficiado por él».*

III. Otras formas de terminación del procedimiento

Aunque la forma ordinaria de terminación del procedimiento arbitral es el laudo, existen otra serie de eventos o actuaciones que pueden suponer también el fin de las actuaciones arbitrales. A ellas alude el punto 2 del artículo 38 LA: a) El demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio; b) Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones; c) Los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

Respecto al desistimiento del actor, se ve cómo no produce por sí solo y directamente la finalización del proceso, puesto que puede que el demandado se oponga

y que los árbitros consideren fundada esa oposición y acuerden la continuación hasta dictar un laudo que ponga fin a la controversia. Lo que no parece posible es que los árbitros, sin existir esa oposición del demandado, acuerden la continuación del procedimiento. Ahora bien, si el desistimiento es admitido, el procedimiento finalizará y quedará sin resolver el fondo de la cuestión sometida a arbitraje. Al no existir un laudo con efecto de cosa juzgada, no habrá inconveniente en que cualquiera de las partes pueda acudir posteriormente a un nuevo arbitraje.

Por lo que respecta al acuerdo de las partes sobre la finalización de actuaciones, cabe resaltar que es una manifestación del carácter dispositivo del procedimiento arbitral. Las partes son las dueñas del proceso y pueden decidir en cualquier instante su terminación. Aunque lo normal será que esa mutua decisión de finalización venga motivada por la existencia de un acuerdo transaccional entre ellas que ha puesto fin a la controversia, eso no es imprescindible y cabe la opción de que los litigantes acuerden que es mejor acabar con el arbitraje, aunque permanezca latente la controversia entre ellos. En la primera hipótesis cabe la opción de que las partes soliciten a los árbitros que dicten un laudo por consentimiento al que alude el artículo 36 de la Ley. Lo que no está previsto, a diferencia de lo que se prevé en el artículo 36 para el laudo homologado, es que los árbitros se puedan negar a dar por terminado el procedimiento si existe acuerdo de las partes al respecto.

El último supuesto contemplado en el precepto y que da lugar a la terminación excepcional del procedimiento es el de que los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible. Se plantean dos dudas fundamentales. En primer lugar, si esta decisión corresponde exclusivamente a la iniciativa de los árbitros o si, por el contrario, se admite también que sea instada por alguna de las partes para que los árbitros la acuerden. Yo entiendo que ambas opciones son aceptables, dado que el precepto solo dice que “*los árbitros comprueben*”, pero no excluyen que esa comprobación pueda ser solicitada por las partes. En segundo término, existe la duda de qué tipo de causas pueden justificar esta decisión de los árbitros. Coincido con el criterio

que sobre este extremo sostiene COLOMER FERNÁNDEZ³⁹⁹: «*la causa de terminación de las actuaciones contenida en el art. 38.2 c), esto es, la apreciación por los árbitros que la prosecución de las actuaciones resulta imposible o innecesaria, puede venir fundamentada en razones de orden material y de orden procesal que hagan o no factible o necesaria la continuación de las actuaciones iniciadas en el seno de ese procedimiento arbitral. Por lo cual, lo trascendente para determinar los efectos de esta causa de terminación del procedimiento de los árbitros será atender a la circunstancia que haya dado lugar a la terminación del procedimiento por imposibilidad o por resultar no necesaria su continuación. Pues, cuando lo decisivo para la terminación del procedimiento haya sido una circunstancia material que afecte al objeto del procedimiento (satisfacción extraprocesal o pérdida material de la cosa, renuncia del actor), el laudo que se dicte impedirá el inicio de un procedimiento ulterior sobre el mismo objeto. Mientras que, por el contrario, la terminación basada en óbices procesales, como por ejemplo la apreciación de falta de un presupuesto procesal no subsanado o insubsanable, se realizará mediante laudo que no impedirá un nuevo procedimiento siempre que el derecho en juego no hubiere prescrito o caducado, ni hubiere expirado la eficacia del convenio de sumisión a arbitraje*».

IV. Requisitos para la inscripción del laudo

a) Título formal

1. La exigencia de titulación pública en la legislación hipotecaria y del Registro Mercantil

El legislador ha sido siempre consciente de la trascendencia que tiene el acceso de los derechos al Registro de la Propiedad. Por ello, además del control de legalidad que

³⁹⁹. COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Comentario del artículo 38 LA ", *op. cit.*, pág. 870.

resulta de la calificación registral, ha exigido que los títulos inscribibles sean, como regla general, documentos públicos. Ya la Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria de 1861 afirmaba: *«Solo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía desde luego; los documentos privados no solían admitirse en los Registros; cambiar en este punto y, por regla general, lo existente, empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial; no debe recibir el sello de un Archivo público más que lo que no deje dudas de su legitimidad. Por esto la Comisión, siguiendo en parte lo propuesto en el proyecto del Código Civil, propone que solo puedan ser inscritos los títulos consignados en escritura pública, en ejecutorias o en documentos auténticos, expedidos en forma legal por el Gobierno o sus agentes»*.

En la actualidad, el artículo 3 de la Ley Hipotecaria señala: *«Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos»*. En el mismo sentido, el art. 18 del Cco dispone: *«La inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público. Sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en el Reglamento del Registro Mercantil»*. La DGRN ha reiterado en numerosas Resoluciones⁴⁰⁰: *«Uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad, que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, «erga omnes», de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional-artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del Registrador, y así el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido. (...) Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos*

⁴⁰⁰. Por todas puede verse la RDGRN de 5 de mayo de 2003.

a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (cfr. Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y Resoluciones de 16 de enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917 y 1 de julio de 1943, entre otras)».

2. Naturaleza del laudo como título formal

Como ya se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo en numerosas ocasiones, los árbitros no son jueces ni funcionarios públicos. Por tanto, difícilmente puede un laudo tener la condición de documento público, si tenemos en cuenta lo que exige para atribuir tal condición el artículo 1216 del CC: *«Son documentos públicos los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley».*

En este sentido parece que la posibilidad de inscripción del laudo no puede enfocarse a través de una forzada asimilación con los documentos públicos. Precisamente una de las características esenciales del arbitraje es la no necesidad de intervención de las autoridades. Es más, como ya tuve ocasión de estudiar en los apartados iniciales de este trabajo, la intervención judicial en el arbitraje es siempre residual y con un papel de apoyo o auxilio en momentos concretos del proceso arbitral. Consecuentemente, ni los árbitros son funcionarios públicos ni los laudos pueden ser considerados como documentos públicos.

3. ¿Qué función y sentido tiene esta exigencia de titulación pública para acceder al Registro?

No es este el lugar apropiado para hacer una revisión de los distintos conceptos que se manejan cuando se aborda el problema del título formal inscribible: documento público, documento auténtico, documento fehaciente...⁴⁰¹. Pero sí es procedente cuestionarse por qué el legislador ha exigido el documento público para que los derechos puedan acceder al Registro.

Creo que, a este respecto deben diferenciarse claramente dos tipos de documentos públicos. Por un lado, los documentos judiciales y administrativos, y, por otro, los notariales. En los primeros, la autoridad que los expide es normalmente la autora de su contenido sustantivo. El juez, cuando dicta la sentencia, no solo expide un documento público desde el punto de vista formal, sino que garantiza la autenticidad de su contenido, dado que es él que ha definido los derechos o titularidades resultantes que pretenden su acceso al Registro. Otro tanto cabe decir los documentos administrativos. Por el contrario, en el caso de los documentos notariales, el notario no es el que crea por sí mismo los derechos inscribibles, sino que plasma en el documento el negocio o acto que las partes han querido celebrar. Es cierto que no se limita a una mecánica reproducción, sino que controla determinados extremos cuyo control le ha encomendado el legislador (identidad y capacidad natural de las partes, o la existencia y suficiencia de las facultades representativas de los representantes que actúan en nombre de otro), redacta el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informa a aquellos del valor y alcance de su redacción (ver artículo 147 del Reglamento Notarial), dando fe de que las partes han firmado el documento en una fecha y lugar concretos.

Se puede concluir que, en cualquier caso, el documento público ofrece una serie de ventajas que el legislador ha considerado relevantes a la hora de considerarlo como la puerta de acceso al Registro:

- Queda garantizada su autoría y contenido
- Su fecha es fehaciente

⁴⁰¹. Sobre esta cuestión, y en relación específica con la inscripción del laudo arbitral, puede verse MATEO y VILLA, I., *op. cit.*, págs. 1167-1230.

- Y, especialmente, su redacción se debe a la mano de un funcionario especializado, lo que ofrece mayores garantías de corrección técnica y de adecuación a la ley

Creo que es desde esta perspectiva desde la que debemos examinar la necesidad o no de que el laudo arbitral haya de convertirse previamente en documento público para que pueda tener ingreso en el Registro.

4. Planteamiento de la cuestión en la LA

Como en casi todo lo que tiene que ver con la relación del arbitraje con los Registros Públicos, la LA guarda un desalentador silencio. Solo a partir de la reforma operada por la Ley 11/2011, encontramos una poco clarificadora referencia a la inscribibilidad del laudo en el actual artículo 11 ter, 1: *«El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil»*.

A partir de esta reforma la doctrina científica se ha empezado a ocupar de esta cuestión. En general el tratamiento ha sido muy superficial, casi limitándose a expresar la sucinta opinión que cada autor tiene sobre la cuestión. Además, generalmente, solo con referencia al caso concreto de este artículo 11 ter, sin que se haga un planteamiento más general que aborde el problema con relación a cualquier caso de inscribibilidad en el Registro Mercantil o en el de la Propiedad. Veamos algunos ejemplos.

TARRÍO BERJANO⁴⁰² comienza alabando la decisión del legislador al no regular en la LA los requisitos documentales y formales exigibles a los laudos para la inscripción en el Registro Mercantil: *«Ello es lógico y congruente con el hecho de que no es el propósito de la Ley de Arbitraje, ni la de su reforma, regular, ni modificar la regulación, de los requisitos exigidos para el acceso de la información y de la documentación que la contiene a los distintos registros jurídicos, y que se encuentran pormenorizadamente recogidos por su legislación especial»*. Sorprende a primera vista esta afirmación tan

⁴⁰². TARRÍO BERJANO, M.G., "Comentario del artículo 11 ter LA ", *op. cit.*, págs. 306 a 308.

rotunda, sobre todo si se tiene en cuenta que ni la Ley Hipotecaria, ni el Reglamento Hipotecario ni el del Registro Mercantil contienen alusión alguna a esta cuestión en relación con los laudos arbitrales. Para este autor, dado que la regla general establecida por la legislación del Registro Mercantil es la de la exigencia de documento público, y aun reconociendo que resulta *«pacífico entender que la asimilación del laudo a la sentencia a los efectos de su ejecución (en la que se incluye la inscripción registral como caso de ejecución impropia) no hace necesaria, al tenor del artículo 521.3 LEC, ninguna homologación judicial para que el laudo pueda ser inscrito»*, considera que la solución pasa necesariamente por la protocolización del laudo. Aclara, no obstante, que *«el control de legalidad del notario nunca se extenderá al fondo del asunto resuelto por el laudo, a menos que sea contrario al orden público, la moral o las buenas costumbres o constituya delito. Siendo función del notario asesorar al árbitro para la corrección o subsanación de eventuales errores u omisiones que, sin afectar al fondo, puedan producir invalidez, ineficacia o constituir defecto para la inscripción»*. No estoy de acuerdo con esta apreciación. En primer término, porque, a partir de la Sentencia de la Sala Tercera del TS de 20 de mayo de 2008, no existe ninguna previsión legal que confiera a los notarios el ejercicio de un control de legalidad sobre los documentos que autorizan. El juicio de legalidad supone la atribución por parte del Estado de un reconocimiento de validez del negocio documentado que solo podría desvirtuarse por medio de una sentencia judicial. El legislador, con buen sentido, nunca ha tomado la decisión de encomendar esta potestad de control de legalidad a los notarios. Hay que tener en cuenta que los notarios son unos profesionales que actúan bajo el sistema de la libre competencia (art. 126 del Reglamento Notarial). Y no parece que una potestad pública de tal trascendencia pueda encomendarse a un regulador que es elegido libremente por las partes que se supone han de ser las sometidas a control. Y mucho menos puede convertirse el notario en una suerte de revisor de la legalidad del laudo, como si fuera una especie de segunda instancia que decida cuestiones tan trascendentes como la de que el laudo sea contrario al orden público, cuestión que solo es analizable en caso de ejercicio de la acción judicial de anulación (artículo 41 LA). A este respecto hay que señalar que la Unión Europea, a través de la Comisión, formuló en 2017 una Recomendación a los Estados miembros acerca de la adaptación de sus legislaciones en materia de servicios profesionales. En el apartado de servicios jurídicos, aunque inicialmente incluyó solo a abogados y procuradores, en

marzo de 2021 ha ampliado el grupo afectado a los notarios⁴⁰³. Queda por tanto claro que los notarios son profesionales que actúan en régimen de libre competencia y que, por consiguiente, no pueden asumir el papel del control de legalidad.

Sin tanta argumentación, pero sosteniendo el mismo criterio, SANS TORRES⁴⁰⁴ considera que *«habrá que entender aplicable el principio general de titulación pública para que el laudo pueda tener acceso al Registro. Además debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 559. 4º de la LEC que faculta al ejecutado a oponerse a la ejecución alegando falta de autenticidad del laudo no protocolizado notarialmente»*. La alusión a este segundo argumento extraído del artículo 559 de la LEC poco tiene que ver con la cuestión del título formal exigible para el acceso al Registro. La inscripción no es un acto de ejecución. De hecho, muchos laudos susceptibles de inscripción son de carácter declarativo y no requieren de ejecución (artículo 521 LEC).

También se muestra favorable a la necesidad de aplicar la regla general de exigencia de titulación pública ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO⁴⁰⁵: *«No cabe duda, por tanto, de que hay que seguir aplicando las normas generales de exigencia de titulación pública para el acceso al Registro Mercantil establecida en el artículo 18.1 del C de Co, pues el Reglamento del Registro Mercantil, en particular su artículo 95, no establece ninguna excepción al respecto y por tanto el laudo deberá constar en documento público para su inscripción en dicho registro. - Dicho de otra manera, la novedad de la Ley de Arbitraje es prever la posibilidad de inscripción de los laudos que anulan acuerdos societarios inscribibles, pero no prevé expresamente ninguna excepción a la exigencia de titulación pública para acceso al registro, como sería la inscripción de un laudo arbitral, que a pesar de que goce del valor de equivalente jurisdiccional, no por ello tiene carácter de documento público.- Hay que precisar que el documento notarial adecuado para la inscripción en el Registro Mercantil de un laudo no es la mera*

⁴⁰³. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12815-Update-of-the-Reform-Recommendations-for-regulation-in-professional-services> (última consulta el 22 de marzo de 2021)

⁴⁰⁴. SANS TORRES, J., *op. cit.*, pág. 138.

⁴⁰⁵. ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M.V., "La reforma de la Ley de Arbitraje: aspectos notariales y registrales", *El notario del siglo XXI*, número 38, julio-agosto de 2011, Colegio Notarial de Madrid. Puede consultarse en www.elnotario.es/hemeroteca. Última consulta el 23 de noviembre de 2020.

protocolización del mismo, como preveía incorrectamente el proyecto de ley del Ministerio de Justicia, sino la elevación a público del mismo».

En una línea contraria, encontramos a RODRÍGUEZ ÁLVAREZ⁴⁰⁶ que sostiene que: *«Ante el silencio legal, caben dos interpretaciones. Según la primera, a falta de previsión expresa que justifique la excepción al principio de titulación pública, la inscripción exige la previa protocolización del aludo. Una segunda tesis, que puede considerarse mayoritaria, sostiene el precepto comentado (Sic) integra una excepción más al principio de titulación pública, como son, entre otras, las previstas en los artículos 142, 1º, 147 y 151, 2. Se apoya esta doctrina en que el Proyecto de Ley de Reforma incluía un inciso final en el apartado 1 del artículo 11 ter que exigía «la protocolización del laudo para su inscripción en el Registro Mercantil cuando el acuerdo anulado constase en documento notarial». Esta exigencia se eliminó en la tramitación parlamentaria de la reforma, dando lugar a la redacción actual al apartado 1 del artículo 11 ter LA, de lo que debe concluirse que se ha pretendido eliminar el requisito de la protocolización».*

De esta misma opinión es OLIVENCIA RUIZ⁴⁰⁷, quien, basándose especialmente en las modificaciones introducidas en la tramitación parlamentaria de la Ley de Reforma de 2011, concluye: *«El supuesto previsto por el apartado 1 del art. 11.ter es, por tanto, una excepción más al principio de titulación pública, como lo son, entre otras, las relativas al supuesto del cese de administrador por fallecimiento, que se practica en virtud de certificación del registro civil (art. 147 RRM), a la aceptación de la delegación de facultades del consejo de administración no consignada en la escritura pública de ésta, que se inscribe mediante certificación del acta de la junta general o del consejo de administración (arts. 142.1o, 2o, 147 y 151.2 RRM), o el nombramiento de liquidadores o interventores para el caso de liquidación y disolución de sociedades (salvo por expiración de su término), en los que se admite cualquiera de los títulos inscribibles para las administradores (arts. 142.1o, 2o, 243, 245 y 246 RRM)».*

⁴⁰⁶. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.A., *op. cit.*, pág. 372.

⁴⁰⁷. OLIVENCIA RUIZ, M., *Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles*, publicado en la web [https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/anulacion_por_laudo_de_acuerdos_societarios_inscribibles_articulo_11_ter_\(capitulo_de_libro\)_91.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/anulacion_por_laudo_de_acuerdos_societarios_inscribibles_articulo_11_ter_(capitulo_de_libro)_91.pdf), última visita 21 de diciembre de 2019.

En la misma línea, SANCHEZ SOLÉ⁴⁰⁸ sostiene que: *«Nada exige la norma sobre la eventual protocolización del laudo, no obstante la inscribibilidad del mismo en el Registro Mercantil, debiendo por tanto poder aceptarse sin mayores problemas la inscripción del laudo plasmado en documento privado»*.

Con mucha más profundidad, y, en mi opinión, con bastante acierto, se ocupa de esta cuestión del título formal en el arbitraje MATEO Y VILLA⁴⁰⁹. Parte este autor de una premisa: *«a los registros de derechos les preocupa, en cambio, y con la finalidad de salvaguardar los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, entre otros, que los títulos que motivaron un asiento sean no-controvertibles, de manera que no persiguen que el perjudicado por un asiento registral extendido con un laudo no verdadero transija con él, sino que, lisa y llanamente, no pueda oponerse al mismo por haberse extendido a partir del verdadero laudo (el auténtico) o, al menos, del que se presumía como tal (el autenticado); de ahí la exigencia de que solo se presenten al registro títulos públicos/auténticos cuya autenticidad se presuma por razón de su autenticación»*. A continuación, y tras realizar un exhaustivo análisis del diferente alcance de las actas y la escrituras notariales, concluye: *«a los efectos de obtener una autenticación completa del laudo para lograr su acceso al registro, es preciso que aquel, de protocolizarse, lo sea por medio de escritura pública, siendo la labor del notario enormemente limitada, pues se reducirá a identificar a los otorgantes, sin que pueda exigirles que acrediten su condición de árbitros, lo que supone, además, que no realizará juicio de suficiencia de los otorgantes para el negocio concreto de que se trate, sin perjuicio de la declaración general de capacidad, pues lo esencial es que el laudo se protocolice y no tanto que este sea presentado para la protocolización por quienes sean los árbitros»*. Partiendo de estas premisas, señala que no puede considerarse que el artículo 37 LA haya supuesto una derogación de lo establecido en el artículo 3 de la LH. Entiende que lo que de verdad persigue el artículo 3 LH es que el título inscribible sea un documento autenticado, es decir, que se presume auténtico: *«autenticado y público no se confunden, de manera que*

⁴⁰⁸. SÁNCHEZ SOLÉ, S., *El arbitraje estatutario*, publicado en la web, www.economistjurist.es/wpcontent/uploads/sites/2/2015/09/9Mercantil.pdf. Último acceso el 16 de julio de 2019.

⁴⁰⁹. MATEO Y VILLA, I., *op. cit.*, págs. 1195 y siguientes.

si se hiciera intervenir a un tercero autenticador que no fuera funcionario público, obtendríamos igualmente un título autenticado —y, por tanto, accesible al registro, ex art. 3 LH— pero no por ello público. Y la intervención de este tercero que no es funcionario público aunque esté habilitado por este, solo surge a partir de 1999, con el documento firmado electrónicamente». Con todo este conjunto de argumentos, el autor citado establece entre las conclusiones de su trabajo las tres siguientes referidas a la cuestión ahora analizada: «XII. Si bien desde 1861 no han existido más títulos auténticos que los públicos, la Ley de firma electrónica (2003) viene a alterar esta situación, de manera que hoy puede afirmarse que todo título público es auténtico, pero no todo título auténtico ha de ser necesariamente público. XIII. Los títulos auténticos y no-públicos, que son los firmados con la denominada como «firma electrónica reconocida», ofrecen una seguridad al menos igual, si no superior, a la de los documentos públicos, no habiéndose presentado hasta la fecha proceso judicial alguno sobre falsedad de este tipo de documentos. XIV. El registrador debe aceptar como auténticos los documentos firmados electrónicamente con el tipo de firma antedicha, sin que pueda calificar los mismos por defecto de forma».

Finalmente hay que citar la postura acogida por el Informe sobre el arbitraje societario en España, elaborado por el Club Español de Arbitraje de 26 de febrero de 2013⁴¹⁰. Sin entrar en un debate teórico sobre la cuestión, se limita a ofrecer dos posibilidades para la inscripción del laudo: «-la Ley de Arbitraje exige que todo laudo de impugnación de acuerdos sociales sea administrado por una institución arbitral; entre los cometidos que debe cumplir esta institución se encuentra la tarea de emitir una certificación expedida por su secretario (u otra autoridad competente), confirmando que los árbitros fueron correctamente designados y que otorgaron el laudo, certificación que se debe adjuntar al propio laudo; la Comisión recomienda que esta certificación se adjunte a todo laudo que deba ser inscrito en el Registro Mercantil; la comunicación entre la institución y el Registro Mercantil se podrá realizar por vía telemática, siempre que la institución disponga de firma electrónica apropiada; -la Ley de Arbitraje añade

⁴¹⁰. Informe sobre el arbitraje societario en España de 22 de febrero de 2013, parágrafo 97.

la posibilidad de que se solicite la protocolización notarial del laudo, cosa que cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros antes de su notificación, comprometiéndose a asumir los costes; en este caso, el laudo queda autenticado mediante su incorporación al protocolo del notario, y además se puede hacer uso de la presentación telemática, que permite la inmediata inscripción en el Registro Mercantil, evitando la posibilidad de asientos registrales sobrevenidos sobre los que el laudo no haya podido pronunciarse; en situaciones de especial cautela incluso se podría organizar la firma de tal forma que los árbitros acudiesen a la notaría con el borrador de laudo, el notario comprobase telemáticamente la situación registral, y en unidad de acto los árbitros actualizaran y firmaran el laudo, que sería inmediatamente protocolizado y remitido telemáticamente al Registro Mercantil».

5. El laudo como título formal inscribible

Según se deduce de lo expuesto en el apartado anterior, no es esta una cuestión pacífica ni fácil de resolver. Por desgracia, el legislador no ha aprovechado la reforma de 2011 LA para regular de forma clara y precisa los requisitos formales que ha de reunir el laudo para su acceso al Registro.

Como ya expuse anteriormente, la exigencia de titulación pública prevista en los artículos 3 LH y 18 del CCO encuentra dos explicaciones básicas que la justifican: a) El documento público goza de la presunción de autenticidad que alcanza a su existencia, fecha y contenido; b) El documento público está redactado por un funcionario público, lo que, naturalmente, le atribuye una mayor precisión técnica y un mayor grado de adecuación al ordenamiento jurídico. En el caso del laudo arbitral, cualquiera que sea la exigencia formal que se le imponga para su inscripción, es evidente que nunca va a ser redactado por un funcionario, que se limitará a reproducirlo en un instrumento público. Por tanto, la segunda de las razones expuesta no es relevante en relación con el laudo.

Los dos argumentos que generalmente se utilizan para defender la necesidad de que el laudo se protocolice para que pueda acceder al Registro son: a) La letra de los artículos 3 LH y 18 del CCO, que no han sido excepcionados por la LA; b) Si el laudo no

se eleva a público carece de la autenticidad necesaria para constituirse en título formal inscribible. Creo que ninguno de los dos tiene peso suficiente para imponer la protocolización del laudo como requisito formal.

En mi opinión, y sin dejar de reconocer que no estamos en presencia de una cuestión indiscutible, existen razones que permitirían la inscribibilidad del laudo sin el requisito de la elevación a documento público:

- Como he ido recordando en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, el arbitraje ha sido reconocido por nuestro TC como un *equivalente jurisdiccional*. Este reconocimiento no puede quedarse en palabras huecas, sino que implica que se quiere atribuir al laudo los mismos efectos que a una sentencia judicial. Algunos de esos efectos los ha explicitado el propio legislador (artículo 43 LA: «*El laudo produce los efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*»). Otros habrán de ser deducidos en su aplicación por los diferentes operadores jurídicos. Por eso considero que en el ámbito registral ha de otorgarse al laudo el mismo tratamiento que a una sentencia judicial.
- Es cierto que la LA no ha establecido de forma expresa una excepción a lo previsto en los artículos 3 LH y 18 del CCO. Pero eso es debido esencialmente al poco interés que el legislador ha puesto en regular la relación del arbitraje con el Registro. De hecho, en las únicas dos ocasiones en las que el legislador se ha enfrentado directamente a la cuestión, aunque no ha plasmado la excepción de forma expresa, sí que ha descartado explícitamente imponer la exigencia de protocolización del laudo. En primer lugar, cuando se discutió la redacción del artículo 37 LA en el año 2003 se optó por la no exigencia de protocolización del laudo, separándose de lo que establecía la Ley de Arbitraje de 1988. En este sentido, la Exposición de Motivos LA afirma sobre esta cuestión: «*Se suprime el carácter preceptivo de la protocolización notarial del laudo. Esta exigencia es desconocida en prácticamente todas las legislaciones de arbitraje, por lo que se opta por no mantenerla, salvo que alguna de las partes lo pida antes de que el*

laudo se notifique, por considerarlo conveniente a sus intereses. El laudo es, por tanto, válido y eficaz aunque no haya sido protocolizado, de modo que el plazo para ejercitar la acción de anulación transcurre desde su notificación, sin que sea necesario que la protocolización, cuando haya sido pedida, preceda a la notificación». En segundo lugar, cuando se aprobó la reforma de la Ley de Arbitraje de 2011, aunque en el Proyecto de Ley se redactaba el artículo 11, ter estableciendo la necesaria protocolización del laudo para su inscripción en los casos en los que se anularan acuerdos sociales que constasen en documento notarial, finalmente se eliminó toda referencia a dicha protocolización. A este respecto, la enmienda⁴¹¹ que en la discusión parlamentaria proponía la eliminación de este requisito se justificaba en estos términos: *«el artículo 11.ter resucita la protocolización obligatoria del laudo, de infausta memoria, para poder inscribir el laudo en el Registro Mercantil cuando el acuerdo anulado constase en documento notarial. Siendo el laudo un “equivalente jurisdiccional”, no debería haber ningún problema para permitir esa inscripción sin necesidad de protocolización».* Creo que el tenor de la motivación de esta enmienda no deja la más mínima sombra de duda acerca de cuál fue la intención del legislador ni de qué significa la consideración del arbitraje como *«equivalente jurisdiccional»* a los efectos del acceso de un laudo al Registro.

- La autenticidad que tradicionalmente se ha exigido para el acceso al Registro implica necesariamente la intervención de un tercero que autentique el título. Históricamente el único tercero que podía intervenir como autenticador era necesariamente un funcionario público, singularmente un notario. De esa manera se ha llegado a asimilar el concepto de documento auténtico con el de documento público. Sin embargo, la cualidad de la autenticidad no es hoy en día exclusiva de los documentos públicos. Es cierto que un documento público, por el hecho de haber sido autenticado por un funcionario público, goza de la presunción *iuris tantum* de autenticidad, que asegura una serie de extremos: que el documento existe con ese contenido específico y que ha sido firmado por unas determinadas

⁴¹¹. Puede consultarse el texto y la motivación de esta enmienda en la web del Congreso de los Diputados: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw9&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20101222008515.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw9&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20101222008515.CODI.%29#(Página1))

personas en una fecha concreta. Este mismo resultado de garantía de autenticidad se puede conseguir sin necesidad de la elevación a documento público. Por un lado, sería posible, aunque no parece muy factible en la práctica, que los árbitros firmaran el ejemplar del laudo que se va a presentar a inscripción en presencia del registrador. Pero, sobre todo, podría alcanzarse la autenticación presentando a inscripción un laudo firmado por los árbitros con firma electrónica reconocida. Los apartados 3 y 4 del artículo tercero de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica señalan: «3. *Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.* 4. *La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel*». Con razón afirma MATEO y VILLA⁴¹²: «*El documento así firmado es considerado auténtico y la autenticidad se extiende a: (i) quién lo ha firmado, a (ii) cuándo se ha firmado, y, por último, a su (iii) contenido. Para el caso de intentar alterarse su contenido o su firma, el programa al que vaya asociada la firma lo impide, anula la firma por no coincidir con lo inicialmente firmado, o advierte de la violación cometida*». La plataforma electrónica de nuestro sistema registral, tanto en el Registro de la Propiedad como en el Mercantil, se encuentra perfectamente habilitada para admitir la presentación de documentos firmados electrónicamente garantizando la seguridad de todo el proceso.

- De hecho, esta posibilidad encuentra amparo en lo establecido en las reglas 3ª y 4ª del artículo 112. 5 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en la redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre: «3.ª *Con carácter excepcional y sólo en los casos y con los requisitos expresamente previstos en las Leyes y los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil para los documentos privados en soporte papel, podrá practicarse la inscripción de documentos electrónicos con firma electrónica reconocida que sean soporte de documentos privados presentados telemáticamente en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.* 4.ª *Los documentos electrónicos que sean soporte de documentos*

⁴¹². MATEO Y VILLA, I., *op. cit.*, pág. 1210.

privados que se presenten deberán estar firmados con firma electrónica reconocida amparada en un certificado reconocido conforme a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica». Como afirma MARTÍNEZ NADAL⁴¹³: «puede sostenerse la sustituibilidad de la firma legitimada notarialmente por la firma electrónica reconocida o cualificada basada en certificado reconocido o cualificado. El principal argumento sería la equivalencia funcional entre ambas figuras a efecto de identificar al firmante, dada la función identificativa del certificado reconocido o cualificado en que se basa la firma electrónica reconocida o cualificada. Argumento principal reforzado por otros argumentos adicionales expuestos como el derecho de acceso electrónico de los ciudadanos a las Administraciones públicas, los principios de eficacia, eficiencia y celeridad, así como el principio de proporcionalidad y la idea de interoperabilidad que presiden actualmente la implantación de la administración electrónica y la relación de esta con los ciudadanos».

Si a todo lo dicho se añade el hecho ya comentado de que en el caso de la elevación a público de un laudo el notario no interviene en su redacción, desapareciendo así la segunda gran razón que, junto a la función autenticadora, justifica la exigencia impuesta por el legislador de titulación pública para el acceso al Registro, se puede concluir sin ninguna duda que no es imprescindible la protocolización de un laudo para su inscripción en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil. No obstante, considerando las diferentes posturas que se observan en la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión, parecería conveniente que una futura reforma legal se ocupara expresamente de aclarar la forma que ha de exigirse a un laudo para ser considerado título formal accesible al Registro. Esa reforma, con una inequívoca vocación de acercamiento del arbitraje a los Registros, debería contemplar dos instrumentos que facilitarían enormemente la inscripción del laudo, sin perjuicio, como no podría ser de otra forma, de mantener la alternativa de la elevación a público del laudo:

⁴¹³. MARTÍNEZ NADAL, A., "Firma electrónica cualificada y acceso de documentos privados a los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles", *RCDI*, número 782, noviembre-diciembre 2020, pág. 3576.

- Reconocimiento expreso de que el laudo firmado por el árbitro con firma electrónica reconocida constituye título formal apto para la inscripción;
- Crear una sección en el Registro Mercantil para que puedan inscribirse las instituciones o cortes arbitrales. De esta forma, los secretarios de esas cortes que tengan su cargo inscrito en el Registro Mercantil podrían expedir certificados suscritos con firma electrónica reconocida en los que se recoja el contenido y todos los datos de los laudos emitidos por dicha institución, certificados que serían directamente inscribibles en el Registro.

Finalmente, como ya hace bastante tiempo puso de manifiesto la mejor doctrina⁴¹⁴, el laudo es inscribible *per se*, sin necesidad de que previamente se pida la ejecución al juez competente.

b) Alcance de la calificación registral

1. Planteamiento general

La cuestión del alcance de la calificación del registrador respecto al laudo arbitral que se presenta a inscripción guarda ciertos paralelismos con la examinada en el punto anterior relativa al título formal inscribible. Primero, porque tampoco esta materia ha sido regulada en la legislación arbitral ni en la hipotecaria. Y, segundo, porque la aplicación de la regla general en materia de calificación de los documentos inscribibles choca con la naturaleza y efectos reconocidos legalmente al laudo arbitral.

⁴¹⁴. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral", *op. cit.*, pág. 2050: «La inscripción del laudo no entraña su ejecución como no quiera verse en ello una "ejecución impropia". Y es doctrina de la DGRN y está fundada la opinión en Derecho positivo registral, que la simple ejecutoria (el documento público que dé fe del contenido de la resolución) es por sí sola título bastante para inscribir, que sin que sea menester otra resolución judicial ordenando la inscripción; por todas, la Resolución de 29 de noviembre de 1884».

En relación con la calificación de los documentos judiciales, hay que advertir que siempre ha estado rodeada de cierta polémica. Aunque hay quien ha planteado dudas sobre la posibilidad que el registrador tiene como funcionario público de calificar y denegar la inscripción de un documento judicial, ya desde el Decreto de 3 de enero de 1876 se viene admitiendo con claridad en nuestra legislación esta facultad. GALLEGO DEL CAMPO⁴¹⁵ justifica la atribución a los registradores de facultades de calificación de documentos judiciales por tres razones: «1) *Los asientos tabulares provocan efectos frente a todos, mientras que las decisiones judiciales producen únicamente efectos inter partes. (...).* 2) *Hay que atender al mandato constitucional de interdicción de la indefensión, a la salvaguarda judicial de los asientos y a las exigencias del principio de tracto sucesivo. (...).* 3) *Hay que tener también en cuenta el principio de legalidad: el registrador español está sometido a requerimientos de juridicidad y debe proceder siempre de manera ajustada a Derecho*». En resumen, como muy apuntaba JERÓNIMO GONZÁLEZ⁴¹⁶, «*dentro de su respectivo campo el registrador y el juez son autónomos y en cierto modo soberanos, y el segundo no puede imponer la extensión de un asiento determinado, como el primero no puede alterar los pronunciamientos de un fallo*».

El párrafo primero del artículo 18 de la LH dispone: «*Los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro*». Frente a esta regla general solo encontramos dos excepciones que limitan la amplitud de esta calificación respecto a los documentos judiciales y a los administrativos en los artículos 99 y 100 del RH.

Admitir que el registrador califique el laudo presentado a inscripción en toda la extensión que prevé el citado artículo 18 LH supone *de facto* convertirlo en una suerte de segunda instancia revisora de la legalidad del laudo. Y no parece que eso cuadre con el

⁴¹⁵. GALLEGO DEL CAMPO, G., *Operadores jurídicos: el registrador de la propiedad español*, Fundación Beneficentia et peritia iuris del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, págs. 369-370

⁴¹⁶. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., "Principio de legalidad", *RCDI*, número 32, 1927, pág. 607.

rotundo pronunciamiento del artículo 43 LA : *«El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes»*.

Como he venido insistiendo a lo largo de este trabajo, el reconocimiento del arbitraje como un *«equivalente jurisdiccional»* constituye una referencia que no se puede perder de vista a la hora de encajar las relaciones del procedimiento arbitral con el Registro. Si cuando el registrador califica una sentencia judicial el artículo 100 del RH le impone unos límites muy concretos, algo parecido ha de ocurrir en el caso de los laudos arbitrales. No sería esta aplicación analógica una alternativa novedosa o revolucionaria en el ámbito de la calificación registral. Ya tenemos un precedente en el caso de la jurisdicción voluntaria. El artículo 22. 2 de la LJV, delimita claramente el ámbito de la calificación registral respecto de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, al manifestar, que *«la calificación de los registradores se limitará a la competencia del juez o secretario judicial⁴¹⁷, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro»*. La DGRN no ha tenido el menor problema en extender la aplicación de este precepto a los casos de expedientes de jurisdicción voluntaria tramitados por los notarios, como puede ser el caso de las actas de declaración de herederos intestados. Así, Resoluciones como las de 12 y 16 de noviembre de 2015 o 2 de octubre de 2019 confirman: *«En relación con la calificación registral de los actos de jurisdicción voluntaria autorizados notarialmente, no hay precepto semejante, pero debe tomarse en consideración dicho artículo 22.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria puesto que el notario ejerce aquí la función de jurisdicción voluntaria -hasta entonces atribuida también a los jueces- en exclusiva, y armonizarse con los artículos 17 bis de la Ley del Notariado y 18 de la Ley Hipotecaria»*.

⁴¹⁷. A partir de la modificación introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los secretarios judiciales pasan a denominarse letrados de la Administración de Justicia.

Consecuentemente, la calificación registral de un laudo arbitral debe tener como punto de referencia lo dispuesto en los artículos 18 LH y 100 del RH («*La calificación por los registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro*»). Pero, además, habrá que tener en cuenta los principios y reglas que establece la legislación arbitral. A la vista de todo ello trataré de precisar las cuestiones o extremos que pueden o no ser analizados o revisados por el registrador para que un laudo acceda al Registro.

2. Cuestiones que debe calificar el registrador

2.1. Aspectos formales

No parece dudoso que el registrador ha de comprobar que el laudo presentado a inscripción cumple con los requisitos formales que lo convierten en título formal apto. Esta cuestión ya la he estudiado en el punto anterior y a las conclusiones allí expuestas me remito.

Dentro del control de esta regularidad formal, el registrador comprobará que constan cuestiones que afectan a la validez del laudo, como la expresión la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje (artículo 37.5 LA) y que ha sido firmado por los árbitros (artículo 37.3 LA). También ha de verificar el registrador que el laudo ha sido correctamente notificado a las partes, dada la trascendencia que dicha notificación tiene, entre otras cosas, para el inicio del cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación (artículos 37.7 y 41.4 LA). Respecto del cumplimiento del plazo previsto para dictar el laudo, ya vimos que, en principio, de acuerdo con lo que establece el artículo 37.2 LA, salvo acuerdo de las partes en contrario, el incumplimiento del plazo para dictar el laudo no afecta a su eficacia. Por tanto, el texto del laudo deberá dejar claro si en el convenio arbitral, o en los pactos alcanzados por las partes para la organización del procedimiento,

se acordó algo sobre este extremo que pudiera suponer la ineficacia del laudo por extemporáneo.

Cuando haya existido un laudo de aclaración, complemento o corrección, el registrador comprobará que se ha cumplido con regularidad el procedimiento establecido en el artículo 39 LA, aunque no podrá revisar si la corrección, aclaración o complemento del laudo excede o no de los límites que el propio artículo establece, cuestión cuyo control solo corresponde al juez a través de la acción de anulación.

2.2. Aspectos exigidos por el principio de especialidad

El principio de especialidad contribuye a garantizar que el contenido de los asientos registrales es completo y preciso, de suerte que los derechos que publica el Registro están adecuadamente delimitados en cuanto a su objeto, extensión y titular. Como señalan MANZANO SOLANO y MANZANO FERNÁNDEZ⁴¹⁸, *«para que la publicidad registral produzca el efecto de seguridad jurídica pretendido, resulta indispensable precisar o determinar, sin ninguna duda, los elementos integrantes de la relación jurídico-material que van a ser objeto de la misma. Por esta razón, la doctrina hipotecarista habla del principio de especialidad o determinación, que vale tanto como hablar del principio o regla de necesaria claridad o transparencia»*. Es por ello por lo que los artículos 9 LH y 51 de su Reglamento establecen una serie de normas que determinan el contenido de los asientos y, por ende, de los títulos inscribibles.

Así, en relación con los elementos personales, el laudo habrá de identificar los datos personales completos de las partes intervinientes en el procedimiento arbitral, de acuerdo con lo que dispone la regla 9ª del artículo 51 del RH. El registrador podrá calificar la capacidad y el poder de disposición de las partes, de suerte que denegará la inscripción si de los datos que resultan del propio Registro o de otros a cuyo contenido pueda acceder por medios electrónicos (Registro Mercantil, Registro Público Concursal...) constase que

⁴¹⁸. MANZANO SOLANO, A. y MANZANO FERNÁNDEZ, M.M., *op. cit.*, págs. 154 y 155.

alguna de dichas partes carece de la capacidad necesaria para participar en un procedimiento arbitral o no tiene el poder de disposición necesario para someter el derecho afectado a arbitraje. Igualmente ha de comprobar el registrador que, en caso de que alguna de las partes haya intervenido en el proceso arbitral por medio de representante, que este tiene facultades suficientes para dicha actuación. Para ello será imprescindible la aportación de la copia de la escritura de apoderamiento, salvo que se trate de un supuesto de representación orgánica cuya existencia y alcance pueda contrastar el registrador mediante la consulta del Registro Mercantil o que el laudo sea elevado a escritura pública, en cuyo caso el sistema de acreditación de la representación será el previsto en el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de acuerdo con la interpretación de que este precepto ha realizado la Sala Primera del TS en SS de 20 y 22 de noviembre de 2018.

En relación con la finca afectada por el arbitraje será exigible que se recojan en el laudo datos suficientes para su correcta identificación. Constituye doctrina reiterada de la DGRN la necesidad de consignar en el título los datos descriptivos necesarios para la correcta identificación de la finca. En este sentido, puede citarse, a título de ejemplo la Resolución de 22 de julio de 2019: *«el principio de especialidad exige que pueda identificarse la finca sobre la que recae el derecho de uso. Es obvio que no puede practicarse la inscripción del derecho de uso si no se ha señalado sobre qué finca registral se ha constituido. Siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral –de folio real–, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. artículos 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la Ley Hipotecaria y 44 y 51.6.ª del Reglamento Hipotecario), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. Por ello, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 2 de septiembre de 1991, 29 de diciembre de 1992, 21 de junio de 2004 y 10 y 14 de junio de 2010, entre otras), para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que estos queden suficientemente individualizados e identificados (artículos 9.1.º de la Ley Hipotecaria y 51, reglas 1.ª a 4.ª, del Reglamento Hipotecario). Es cierto que, cuando*

dichos títulos hacen referencia a inmuebles ya inscritos, la omisión o discrepancia en ellos de algunos de los datos descriptivos con que estos figuran en el Registro no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción. Pero también debe entenderse que, por el contrario, dicho obstáculo existirá cuando la omisión o discrepancia sea de tal condición que comprometa la correspondencia segura y cierta entre el bien inscrito y el que según el título se transmite. Por tanto, el acceso al Registro de los títulos exige que la descripción que en ellos se contenga de la finca objeto del correspondiente acto o negocio jurídico permita apreciar de modo indubitado la identidad entre el bien inscrito y el transmitido (cfr. Resoluciones de 29 de diciembre de 1992 y 11 de octubre de 2005)».

Finalmente, respecto del derecho que se constituya, modifique transmita o extinga como consecuencia del resultado del laudo arbitral, el registrador exigirá que, como establecen las reglas 5ª y 6ª del artículo 51 del RH, resulte con suficiente claridad del laudo la naturaleza de dicho derecho, así como la expresión circunstanciada de todo lo que según el título determine el referido derecho o limite las facultades del adquirente. Existe un amplio margen de libertad en la creación y configuración de los derechos reales en nuestro ordenamiento, pero han de respetarse las exigencias estructurales en la materia. Así lo confirma la reiterada doctrina de la DGRN, en Resoluciones como la de 26 de abril de 2019: *«con base en el criterio de “numerus apertus” que rige en nuestro ordenamiento, se permite no solo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. artículos 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la transcendencia “erga omnes” de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio*

de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras)».

2.3. Conexión del procedimiento con el titular registral

La combinación de los principios de legitimación registral (artículos 1.3 y 38 LH) y de tracto sucesivo (artículo 20 LH) hacen que no pueda practicarse ningún asiento en el Registro si el titular registral afectado no ha prestado su consentimiento o no ha tenido la participación necesaria para excluir su indefensión en el procedimiento judicial o administrativo correspondiente.

Trasladando esta conclusión al campo arbitral, parece evidente que el registrador tendrá que comprobar, para que el laudo pueda ser inscrito, que el titular registral ha de haber sido parte en el procedimiento arbitral. Esto significa que ha tenido, como mínimo, que recibir el requerimiento de la otra parte para someter la controversia a arbitraje, momento en que, según lo establecido en el artículo 27 LA, se considera iniciado el arbitraje. A partir de ahí, queda al arbitrio de cada una de las partes su grado de participación en el proceso, sin que el hecho de no contestar a la demanda o no comparecer en las actuaciones impida, ni la continuación del arbitraje, ni, por supuesto, la posterior inscripción del laudo (ver artículo 31 LA). Se trata solo de comprobar que no se produce indefensión.

La justificación de que la calificación registral se extiende a este extremo la encontramos en una reiteradísima jurisprudencia de la DGRN, referida al ámbito de los documentos judiciales, pero con conclusiones perfectamente aplicables a los laudos arbitrales⁴¹⁹.

⁴¹⁹. A título de ejemplo puede citarse la RDGRN de 4 de septiembre de 2018: *«El respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún*

Debe aclararse un caso peculiar que se puede plantear en supuestos en los que, constando inscrito un convenio arbitral, se haya inscrito con posterioridad algún derecho a favor de terceros. Como ya estudié *in extenso* en el apartado correspondiente, la inscripción del convenio lo hace oponible frente a estos terceros, los cuales, a pesar de no

derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia relacionada en el «Vistos», que el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial. De conformidad con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, asiento y presunción que está bajo la salvaguardia de los tribunales (cfr. artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria), por lo que el titular registral debe ser demandado en el mismo procedimiento, al objeto de evitar que sea condenado sin haber sido demandado, generando una situación de indefensión proscrita por nuestra Constitución (cfr. artículo 24 de la Constitución Española). En estos casos, como bien recuerda la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2013, el registrador «(...) debía tener en cuenta lo que dispone el art. 522.1 LEC, a saber, todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. Y como tiene proclamado esta Sala, por todas, la STS núm. 295/2006, de 21 de marzo, «no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte»». También hay que citar entre los fallos más recientes la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017 que, de una forma contundente, declara: «Esta función revisora debe hacerse en el marco de la función calificadora que con carácter general le confiere al registrador el art. 18 LH, y más en particular respecto de los documentos expedidos por la autoridad judicial el art. 100 RH. Conforme al art. 18 LH, el registrador de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el art. 100 RH dispone que la calificación registral se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Esta función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal». Esta misma doctrina se ha visto reforzada por la Sentencia número 266/2015, de 14 de diciembre de 2015, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 de la Constitución Española) y al proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española) de la demandante, titular registral, en los siguientes términos: "... el reconocimiento de circunstancias favorables a la acusación particular,... no puede deparar efectos inaudita parte respecto de quien, ostentando un título inscrito, no dispuso de posibilidad alguna de alegar y probar en la causa penal, por más que el disponente registral pudiera serlo o no en una realidad extra registral que a aquél le era desconocida. El órgano judicial venía particularmente obligado a promover la presencia procesal de aquellos terceros que, confiando en la verdad registral, pudieran ver perjudicados sus intereses por la estimación de una petición acusatoria que interesaba hacer valer derechos posesorios en conflicto con aquéllos, con el fin de que también pudieran ser oídos en defensa de los suyos propios"».

haberlo suscrito personalmente, se encontrarán vinculados por él, de suerte que no podrán negarse a participar en el procedimiento arbitral y les será oponible la oportuna declinatoria si intentan acudir a la vía judicial. Pero hasta ahí llegan los efectos de esa inscripción. Los referidos terceros, si es que se pretende el acceso del laudo a los libros registrales, habrán de ser llamados al procedimiento arbitral para evitar su indefensión, y, en caso contrario, el registrador denegará la inscripción por aplicación de los principios de legitimación registral y tracto sucesivo.

Por último, hay que destacar que la existencia de terceros titulares de derechos inscritos que no se encuentren vinculados por el convenio por no haber este accedido al Registro, impedirán la inscripción del laudo si este les afecta, a menos que hayan sido debidamente demandados en el procedimiento arbitral y hayan aceptado su sometimiento a arbitraje, todo lo cual deberá resultar de forma precisa del texto del propio laudo. Como señala MATEO y VILLA⁴²⁰: *«Únicamente en el caso de que estos terceros se sumen al arbitraje, a todo el arbitraje como procedimiento de resolución de conflictos propios de los mismos terceros, podrá entenderse que el laudo les afecta; y esta incorporación de quien es tercero respecto del convenio (y arbitraje) no puede presumirse por el registrador sino que habrá de declararse expresamente o deducirse sin ningún género de dudas de declaraciones directamente emitidas por el tercero».*

2.4. Trámites del procedimiento

Con carácter general, la calificación registral no puede suponer una revisión de la legalidad o adecuación de los diferentes trámites que se han sucedido en el procedimiento arbitral. Pero sí que entra dentro de la competencia del registrador la comprobación de la regularidad de aquellos pasos del proceso que afectan de manera directa a las posibilidades de defensa de los derechos del titular registral. Por ello, serán objeto de un control específico la correcta realización de las necesarias notificaciones que en los distintos momentos procesales han de hacerse al demandado titular registral.

⁴²⁰. MATEO y VILLA, I., *op. cit.*, pág. 1184.

Respecto a los árbitros, el registrador habrá de calificar si reúnen los requisitos objetivos para poder ejercer su función. Así, rechazará la inscripción del laudo si los árbitros no tienen la capacidad necesaria, o, cuando el arbitraje sea de derecho, el árbitro único, o al menos uno de ellos si son varios, no es un jurista (artículo 15 LA), o, si se trata de un arbitraje societario, no se ha encomendado a una institución arbitral (artículo 11 bis LA). También comprobará, como garantía de que se ha cumplido el principio de colegialidad, que, en caso de que en un laudo dictado por varios árbitros solo conste la firma de la mayoría de ellos o la del presidente del colegio arbitral, como señala el artículo 37.3 LA, se manifiesten las razones de la falta de firma de algunos de ellos.

2.5. Obstáculos que derivan del Registro

Del contenido del Registro pueden resultar determinados extremos que impidan la inscripción de un laudo. Por un lado, están todos los obstáculos que derivan del principio de tracto sucesivo. Así, imaginemos un laudo arbitral que declara la resolución de una compraventa de una finca y la reinscripción del dominio a favor del vendedor. Si, no habiéndose practicado al inicio del procedimiento la pertinente anotación de demanda arbitral, la finca figurase inscrita a favor de un tercero distinto del comprador contra el que se ha seguido el proceso, el laudo tendría cerradas las puertas del Registro por aplicación de lo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria: *«Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos»*. Pero, además, en el Registro pueden aparecer otros extremos que también pueden impedir la inscripción del laudo: prohibiciones de enajenar, inscripciones de incapacidad o de concurso de acreedores de alguna de las partes, declaraciones de nulidad del convenio arbitral que ha fundamentado el procedimiento del que deriva el laudo...

2.6. Determinación de las operaciones registrales que hay que practicar

El artículo 521.2 de la LEC establece que: *«Mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución»*. Este precepto pone de manifiesto un hecho evidente. Las resoluciones judiciales pueden provocar la práctica de diversos tipos de asientos en los Registros. Naturalmente, esta misma conclusión es perfectamente extensible a los laudos arbitrales. La duda estriba en saber si la resolución judicial tiene necesariamente que determinar los asientos que han de practicarse.

La DGRN ha elaborado una doctrina consolidada acerca del alcance que ha de exigirse a los pronunciamientos recogidos en los documentos judiciales para que éstos puedan acceder al Registro. Especialmente en los casos en los que la resolución judicial implica la necesidad de cancelar asientos registrales, se exige que sea la propia resolución la que determine con claridad cuáles son esos asientos que han de cancelarse. Podemos citar entre las distintas Resoluciones que han abordado esta cuestión la de 30 de enero de 2018, que señala: *«Este Centro Directivo ha reiterado en numerosas ocasiones (vid. Resoluciones en los «Vistos») que todo documento que acceda al Registro y que pretenda alterar su contenido debe reunir los requisitos previstos en la legislación hipotecaria (artículo 21 de la Ley Hipotecaria). Esta afirmación es predicable igualmente de los documentos judiciales cualquiera que sea su naturaleza y el procedimiento del que provengan. Si con la presentación del documento judicial se pretende la cancelación de asientos vigentes en el Registro debe especificarse en el mismo qué asiento o asientos han de ser objeto de cancelación. Si indiscutible es el deber de los registradores de cumplir las resoluciones judiciales firmes, también lo es su deber y potestad calificadora de verificar que todos los documentos inscribibles cumplen las exigencias del sistema registral español, entre las que está la debida determinación del asiento, en nuestro caso a cancelar, de acuerdo al ámbito de calificación reconocido, en cuanto a los documentos judiciales en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. La calificación registral de los documentos judiciales se extiende necesariamente a la congruencia de los mismos con la situación registral vigente en el momento en que se pretende su inscripción por lo que ha de exigirse la identificación suficiente de los asientos a los que se refieren los*

mandamientos o documentos judiciales cancelatorios (Resolución de 28 de febrero de 1977 y muchas otras posteriores). Estas afirmaciones se justifican porque, como repetidamente ha afirmado esta Dirección General, no incumbe al registrador determinar cuál es el alcance de los efectos producidos por la sentencia presentada. Dicha facultad incumbe con carácter exclusivo al juzgador por tener constitucionalmente atribuida la competencia de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado tal y como expresamente afirma el artículo 117 de la Constitución Española». No obstante, el propio Centro Directivo realiza alguna matización para evitar rigores formalistas que dificulten el tráfico: *«Es cierto, como ha señalado este Centro Directivo (vid. Resolución de 21 de noviembre de 2012), que no debe caerse en un rigor formalista injustificado si por estar debidamente identificada en la sentencia la finca a que se refiere el pronunciamiento, el documento que recoge el negocio objeto de declaración de nulidad así como las partes intervinientes, de modo coincidente con el contenido del Registro, no cabe albergar duda sobre su alcance cancelatorio».*

Si esto es así con carácter general en el Registro de la Propiedad, mayor rigor se impone en el ámbito del Registro Mercantil. Podemos citar la RDGRN de 30 de junio de 2014 que, con minuciosa cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, nos aclara el limitado alcance que en el ámbito mercantil tiene la declaración de nulidad de un acuerdo societario. Comienza esta Resolución analizando la posición del TS sobre la aplicación matizada del principio *«quod nullum est nullum effectum producit»* en el ámbito societario: *«De modo más enfático la Sentencia de 12 de junio de 2008 declara “que no es transportable a las causas de nulidad de la LSA el precepto del art. 6.3 CC, ni las contravenciones legales tienen todas la misma entidad y efectos; y, además, incluso en el régimen general, aparte de los importantísimos matices que tiene la posibilidad de apreciación de oficio de la nulidad plena (SS., entre otras, 17 de enero y 12 de diciembre de 2000; 3 de diciembre de 2001; 18 de junio de 2.002; 27 de febrero de 2004; 25 de septiembre de 2006), sobre lo que no cabe aquí entrar, en todo caso la doctrina jurisprudencial viene recomendando “extrema prudencia y criterios flexibles” en la aplicación de la nulidad radical (SS. 28 de mayo y 2 de noviembre de 2001, entre otras)”. Asimismo, puede traerse a colación la doctrina del Alto Tribunal sobre la interpretación restrictiva de las causas de nulidad de las sociedades inscritas (cfr., por todas, la*

Sentencia de 17 de enero de 2012, según la cual la interpretación de nuestro Derecho de conformidad con la Primera Directiva en materia de sociedades «exige distinguir entre la eventual nulidad del contrato de sociedad y la de la sociedad una vez inscrita, limitando, en los estrictos términos indicados por la Directiva, la proyección sobre la sociedad de los efectos de las irregularidades del negocio fundacional, ya que, por un lado, como sostiene la sentencia de 10 octubre de 2002 “el régimen de la nulidad societaria en nuestra LSA responde a la Directiva 68/151/CEE, que en gran medida lo desvincula de la nulidad contractual (...) beneficiando así la seguridad del tráfico y la protección de los terceros por haberse manifestado ya una sociedad en el tráfico bajo apariencia de regularidad formal sujeta a su vez a control notarial y registral” y, por otro, como afirma la sentencia de 3 octubre 1995 “la sanción (de nulidad) que tal declaración supone es de suma gravedad y exige, por ello, gran moderación en su empleo teniendo presente el carácter restrictivo de las causas de nulidad y, asimismo, la interpretación rigurosa y ceñida que debe hacerse de las mismas fuera de tentaciones expansionistas, para evitar que el tráfico civil y comercial se vea obstaculizado en su normal desarrollo”». Partiendo de esta premisa, el Centro Directivo concluye que, considerando lo que establece el artículo 208 de la LSC⁴²¹, «De acuerdo con dicha doctrina esta Dirección General ha considerado que para que el registrador Mercantil pueda llevar a cabo la cancelación de los asientos posteriores que puedan resultar incompatibles con el anulado es preciso al menos una declaración judicial de cuales hayan de ser estos asientos o, al menos, un pronunciamiento que permita identificarlos debidamente (Resolución de 18 de mayo de 2013)”.

Esta misma doctrina es la que ha de aplicarse a la inscripción del laudo arbitral y a las eventuales cancelaciones de asientos registrales que dicho laudo pueda provocar. Consecuentemente, solo cabrá cancelar asientos registrales como consecuencia de un laudo arbitral si se trata de asientos claramente contradictorios con el fallo del laudo y,

⁴²¹. Establece este artículo: «Artículo 208. Sentencia estimatoria de la impugnación. 1. La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El «Boletín Oficial del Registro Mercantil» publicará un extracto. 2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella».

además, de este resulta la suficiente concreción para poder deducir dicha consecuencia. Por ello, esa creo que ha de ser la interpretación correcta de lo previsto en el artículo 11 ter, 2 LA: «*En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella*». No obstante, me parece muy atinada la precisión que hace TARRÍO BERJANO⁴²² en el sentido de que la orden de cancelar estos asientos constituye un contenido obligatorio del laudo anulatorio, con independencia de que hubieran sido solicitados, o no, por los demandantes, sin que en este último caso se pueda pretender la anulación del laudo por incongruencia excesiva.

2.7. Especial consideración de las situaciones de concurso de acreedores

En distintos apartados de este trabajo se ha hecho alusión a los efectos que la declaración de concurso de alguna de las partes en el arbitraje tiene respecto de la validez y eficacia del convenio o del desarrollo del procedimiento arbitral.

Si al tiempo de solicitar la inscripción del laudo el registrador detecta que alguna de las partes afectadas está en situación de concurso, ¿podrá practicar la inscripción? La respuesta ha de ser afirmativa. El artículo 141 del TRLC dispone: «*Las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda*». El registrador, naturalmente, también habrá de dar a ese laudo el tratamiento registral que proceda.

No obstante, lo que sí debe comprobar el registrador es que el concursado haya estado adecuadamente representado en el procedimiento arbitral. De acuerdo con la remisión que hace el artículo 140. 2 del TRLC, debe estarse a lo establecido en el artículo 120 de del TRLC. Según este precepto, en los casos de suspensión de las facultades de administración, serán los administradores concursales los que sustituyan al concursado

⁴²². TARRÍO BERJANO, M.G., *op. cit.*, pág. 304.

en dicho procedimiento arbitral. Los administradores concursales necesitarán la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir. Si, por el contrario, el concursado estuviera solo sometido a intervención, conservará la capacidad para actuar en el procedimiento, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir en el arbitraje cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio (artículo 119 TRLC).

Especial mención merece lo establecido en el artículo 140.4 del TRLC: «*En caso de fraude, la administración concursal podrá impugnar ante el juez del concurso los pactos de mediación y los convenios y procedimientos arbitrales*». El precepto no es especialmente claro ni en la delimitación del alcance de la acción ni en su naturaleza. Tampoco aclara gran cosa el otro artículo de la LC que se refiere a ella. Así, el artículo 260, puntos primero y segundo: «*1. La administración concursal incluirá necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por resolución procesal o por laudo, aunque no fueran firmes; los asegurados con garantía real inscrita en registro público; los que consten en documento con fuerza ejecutiva; los que consten en certificación administrativa, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. 2. No obstante el reconocimiento, la administración concursal, dentro del plazo para la emisión de su informe, podrá impugnar en juicio ordinario, los convenios o procedimientos arbitrales si concurriera fraude; la existencia y validez de los créditos asegurados con garantía real o que consten en documento con fuerza ejecutiva, así como, a través de los cauces establecidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos.*».

MARTÍN MORAL⁴²³, refiriéndose a la redacción que recogía la Ley Concursal de 2003, señala que existen diferentes opiniones en la doctrina sobre el objeto de esta acción. Unos consideran que se ataca convenios y procedimientos arbitrales fraudulentos, otros que lo que se impugna es laudos fraudulentos, y, finalmente, otros que entienden que se impugnan unos y otros. En su opinión⁴²⁴, «*lo cierto es, que de una lectura sesgada*

⁴²³. MARTÍN MORAL, M.F., *op. cit.*, págs. 252 y 253.

⁴²⁴. MARTÍN MORAL, M.F., *op. cit.*, pág. 255.

del párrafo segundo del art. 53 o del segundo inciso del art. 86.2 de la Ley Concursal, se podría concluir, con rotundidad, que esta acción tiene por objeto los convenios y procedimientos arbitrales que supongan un fraude para el concurso. Mas una revisión detenida e íntegra de los citados preceptos, nos hace pensar que la acción estudiada está concebida, en la Ley Concursal, como una vía de impugnación de los laudos que pongan fin a un procedimiento fraudulento u originados con base en un convenio arbitral de esta condición».

Por el contrario, FRANCO PUJOL⁴²⁵: *«En nuestra opinión, la redacción literal de los arts. 53 y 86.2 de la LC lleva a pensar que el legislador ha querido restringir esta vía de impugnación a los convenios y procedimientos arbitrales, toda vez que en ningún caso se dice expresamente que el laudo pueda ser impugnado en caso de fraude. Además, de reconocerse esta posibilidad, ello supondría que la administración concursal podría solicitar la revisión de cualquier laudo que se hubiera dictado antes de la emisión de su informe, con independencia de que dicho laudo se dictara en el marco de una situación económica ajena a la existente en el momento de la declaración del concurso. Tiene más sentido, por ello, que el legislador pretendiera limitar la posible impugnación a aquellos actos que pudieran generar un futuro un laudo fraudulento y no a los laudos dictados en el pasado, sin olvidar que la administración concursal siempre tendrá a su disposición el recurso de revisión del laudo en los términos establecidos en los arts. 43 LA y 510 LEC».*

En mi opinión, esta acción ha de ser analizada desde la perspectiva de su finalidad y sentido. De la escasa regulación que se recoge en el TRLC se deduce claramente que la principal finalidad que persigue el legislador es la de ofrecer a la administración concursal la posibilidad de atacar actuaciones fraudulentas que puedan perjudicar los intereses del buen desarrollo del concurso. Es cierto que el concursado puede, dado que el concurso no paraliza los procedimientos arbitrales en marcha (artículo 140 TRLC), adoptar actitudes procesales en dichos procedimientos que puedan, con o sin acuerdo con la otra parte en litigio, suponer un fraude para los intereses del concurso, permitiendo la salida

⁴²⁵. FRANCO PUJOL, O., "Concurso de acreedores y arbitraje", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 6040/2016, La Ley, apartado VIII, págs. 257 a 269.

de bienes de la masa activa o generando créditos que se integren en la masa pasiva. Por tanto, lo que se busca es dar a los administradores concursales armas suficientes para blindar los intereses del concurso frente a estas actitudes fraudulentas. Pero ahí acaba el objeto de esta acción. Consecuentemente, no se trata de una acción que revisa la validez general del laudo, sino que ha de ceñirse a declarar no aplicables al ámbito concursal los efectos del laudo. Sin embargo, la poca claridad y, por qué no decirlo, la falta de acierto en la redacción de los preceptos del TRLC induce a importantes dudas.

La primera cuestión que hay que aclarar es ante qué juez ha de tramitarse esta acción. El artículo 53 de la LC no indicaba nada, y el artículo 86 hablaba de impugnar en juicio ordinario. Esta última mención ha llevado a buena parte de la doctrina⁴²⁶ a considerar que han de conocer de la acción los Juzgados de Primera Instancia, y no el del concurso. También hay autores, como MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA⁴²⁷, que consideran que la vis atractiva del juez del concurso hace que hayan de atribuírsele a él la competencia siempre que la acción de impugnación pueda tener trascendencia sobre el patrimonio del concursado. Yo también creo que ha de prevalecer la competencia del juez del concurso. Cuando se trata de laudos que han supuesto la salida de bienes de la masa activa, esta acción guarda mucha semejanza con la de reintegración que regulan los artículos 71 y siguientes de la LC, siendo está tramitada como un incidente concursal. Y cuando el fraude consista en la declaración a través del laudo de un crédito que haya de integrarse en la masa pasiva, porque el mero hecho de que, sin duda con poco acierto, se haya remitido a los trámites del juicio ordinario no supone que quede excluido el juez del concurso. De hecho, parece sensato pensar que es el único que puede valorar con acierto si el laudo ha supuesto un fraude a los intereses del concurso. Por ello, debe alabarse que la redacción dada al artículo 140.1 del TRLC sí que diga expresamente «*la administración concursal podrá impugnar ante el juez del concurso*».

La segunda gran cuestión que esta acción plantea es la de cuál es su objeto. Ya he expuesto las diferentes posturas de la doctrina. En mi opinión, esta acción habilita a la

⁴²⁶. Por todos, puede verse MARTÍN MORAL, M.F., *op. cit.*, pág. 261.

⁴²⁷. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., "Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales", *Anuario de Derecho Concursal*, número 27, 2012, pág. 91.

administración concursal para impugnar tanto el convenio, como el desarrollo del procedimiento o el laudo ya dictado.

Finalmente, hay que plantearse si esta acción supone una vía para declarar la nulidad de un laudo arbitral, al margen de los mecanismos impugnatorios que ya prevé la LA. Como ya señalé antes, yo creo que, en principio, los efectos derivados del ejercicio de esta acción se han de limitar al concurso de acreedores, dejando subsistente el laudo. Piénsese que el laudo puede contener otros pronunciamientos que en nada afectan al concurso. A este respecto podemos traer a colación la Sentencia 296/2010 del Juzgado de lo Mercantil número 5 de los de Madrid de 7 de octubre de 2010. De este fallo se extraen dos conclusiones que están en la línea de lo que yo sostengo. En primer término, tratándose de la impugnación de un laudo que, como consecuencia de la renuncia a la prescripción realizada por el concursado ha provocado un daño a la masa del concurso, la acción se ha tramitado por los mismos cauces que la de reintegración que regula los artículos 71 y siguientes de la LC, es decir, como un incidente en el procedimiento concursal. Y, por otro lado, deja bien claro que la estimación de la demanda interpuesta por la administración concursal no supone la anulación del laudo: *«La estimación de la acción de reintegración conlleva la ineficacia del acto perjudicial, y por lo tanto se produce la ineficacia de la renuncia a la prescripción. No cabe, sin embargo sostener que la ineficacia deja sin efecto el laudo por varios motivos. En primer lugar conforme a lo previsto en el art 53 de la LC los laudos firmes vinculan al juez, y solo pueden impugnarse por fraude, sin que con esta acción de reintegración se esté atacando el laudo»*.

Para terminar este apartado, conviene señalar que el ejercicio de esta acción pueda también conectarse con el Registro a través de diferentes mecanismos. Desde el mismo instante en que se plantea la demanda, cabe pedir su anotación en el Registro, sobre todo cuando se ataca un convenio arbitral o un laudo ya dictado. De esta forma se evitará la posible aparición de terceros que pudieran acogerse a la protección de la fe pública registral. Y, por supuesto, será inscribible la resolución judicial por la que se de contestación a esta acción. Naturalmente, en todos estos casos habrá que cumplir todos los requisitos que la legislación hipotecaria exige para la inscripción de los documentos

judiciales, con especial atención a los derivados del principio de tracto sucesivo, con lo que la administración concursal habrá de tener en cuenta quiénes son los titulares registrales de fincas o derechos afectados por el ejercicio de esta acción, y darles la posibilidad procesal de intervenir para evitar su indefensión.

3. Cuestiones que el registrador no puede calificar

Como ya puse de manifiesto con anterioridad, la calificación registral del laudo no puede constituir una segunda instancia que revise la legalidad del procedimiento y de la resolución arbitral. La equivalencia entre el laudo y la sentencia judicial justifican que se impongan límites a la tarea de control de legalidad que el legislador ha encomendado a los registradores respecto de los títulos inscribibles. Veamos pues algunos aspectos del laudo respecto de los cuales el registrador ha de restringir su calificación.

3.1 Convenio arbitral

Ya analicé en otro apartado de este trabajo la calificación registral del convenio arbitral cuando este es objeto de inscripción. Lo que ahora procede estudiar es si para calificar el laudo es necesario analizar simultáneamente el convenio.

Lo primero que conviene aclarar es que para inscribir un laudo arbitral no es requisito que previamente se encuentra inscrito el convenio que ha sustentado el procedimiento arbitral. Ni la LA, ni la LH ni el RH establecen tal exigencia. Y, desde luego, el principio de tracto sucesivo no impone la inscripción previa del convenio. Consecuentemente se pueden dar situaciones en las que el convenio arbitral esté inscrito y otras en las que no lo esté. En mi opinión, la actuación del registrador al calificar el laudo que se presenta a inscripción ha de ser la misma.

3.1.1. Existencia y validez del convenio

En los casos en que el convenio no consta inscrito se puede plantear la duda de si el registrador puede exigir que se aporte una copia para comprobar su existencia y validez. La respuesta a esta pregunta ha de ser necesariamente negativa. La inexistencia o invalidez del convenio arbitral es una circunstancia que solo pueden denunciar las partes como muy tarde en el momento de contestar a la demanda arbitral, y serán los árbitros los que decidan sobre su propia competencia y sobre las excepciones de inexistencia o invalidez opuestas por alguna de las partes (artículo 22 LA). Y, en cualquier caso, la inexistencia o invalidez del convenio es la primera de las causas previstas por el artículo 41 LA para fundamentar la acción de anulación del laudo. Fuera de estas dos vías, tan solo está previsto que en el procedimiento de designación judicial de los árbitros, pueda el juez analizar la existencia del convenio, todo ello con el alcance que minuciosamente analicé en el apartado correspondiente de este trabajo.

Distinto es el caso en el que se compruebe que la cuestión sometida a arbitraje es indisponible. Aquí sí que el registrador habrá de denegar la inscripción del laudo, pues se tratará de un extremo que está fuera del poder de disposición del titular registral⁴²⁸. A fin de poder comprobar esta arbitrabilidad de la materia objeto del procedimiento, MATEO y VILLA⁴²⁹ exige que se identifique con claridad en el laudo el conflicto finalmente resuelto.

3.1.2. Extralimitación del laudo respecto del contenido del convenio

Tampoco esta cuestión puede ser objeto de control en la calificación registral. La eventual extralimitación del laudo respecto del objeto del convenio solo puede ser denunciada por las partes, porque son estas las únicas legitimadas para entender que se ha producido ese vicio. Nótese que, al margen de lo que constase en el convenio, las partes pueden durante el procedimiento ampliar el ámbito del arbitraje, admitiendo en sus

⁴²⁸. En esta línea, SANSA TORRES, J., *op. cit.*, pág. 136.

⁴²⁹. MATEO y VILLA, I., *op. cit.*, págs. 1182 y 1183.

escritos de demanda y contestación, por ejemplo, que el proceso arbitral se extienda a los extremos concretados en sus escritos.

Todo el control de la posible extralimitación del laudo queda reservado al ejercicio de la acción de anulación del laudo. Pretender atribuir a los registradores competencia de control sobre esta cuestión, supone permitirles una revisión de fondo del laudo que vulnera los límites que con carácter general han de constreñir el control registral de las sentencias judiciales, y, por extensión, de las resoluciones arbitrales.

3.1.3. Vulneración de normas procedimentales previstas en el convenio

Como hemos tenido ocasión de analizar a lo largo de este trabajo, el procedimiento arbitral está presidido por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, de forma que son estas las que definen sus trámites y la forma de desarrollarlos. El artículo 41, 1, d) LA establece como motivo de fundamentación de la acción de nulidad: *«Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley».*

A la vista de ello, parece que, con carácter general no podrá el registrador hacer una revisión del cumplimiento de los acuerdos de las partes o de las previsiones de la Ley en relación con cada uno de los trámites que se han seguido en el procedimiento. Eso significa que determinados incumplimientos de normas legales imperativas no puedan ser controlados en la calificación registral. Piénsese en trámites cuya vulneración puede provocar la indefensión del titular registral, tales como el adecuado traslado de la demanda, o la notificación del laudo. Son cuestiones reconducibles a las reglas de conexión del procedimiento con el titular registral, desde la perspectiva de los principios de tracto sucesivo y legitimación registral, que, como antes he expuesto, han de ser supervisadas por el registrador antes de la inscripción del laudo.

3.2. Firmeza del laudo

El artículo 524 de la LEC establece en su apartado cuarto: «*Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos*». La doctrina de la DGRN, ya desde Resoluciones anteriores a la actual LEC (por ejemplo, la de 12 de noviembre de 1990), ha insistido en la necesidad de que conste la firmeza de la resolución judicial para poder practicar asientos definitivos (inscripciones y cancelaciones)⁴³⁰.

⁴³⁰. Por todas, puede citarse la RDGRN de 23 de septiembre de 2019: «*del artículo 3 de la Ley Hipotecaria resulta que los títulos que contengan actos o contratos inscribibles deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico, expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos. Por tanto, en relación con los documentos de origen judicial se exige que el título correspondiente sea una ejecutoria, siendo así que conforme al artículo 245.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial la ejecutoria es «el documento público y solemne en que se consigna una sentencia firme»*. Por su parte, de acuerdo con el artículo 524.4 de la LEC: «*Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que, dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros Públicos*». Conforme dispone el artículo 207, apartado 2, de la citada LEC: «*Son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado*». Con fundamento en dichos preceptos legales es doctrina reiterada de este Centro Directivo (puesta de manifiesto, entre otras, por las Resoluciones de 21 de abril de 2005, 2 de marzo de 2006, 9 de abril de 2007, 15 de julio de 2010 y 28 de agosto y 18 de diciembre de 2013), que la práctica de asientos definitivos en el Registro de la Propiedad, como las inscripciones o cancelaciones, ordenados en virtud de documento judicial solo pueden llevarse a cabo cuando de los mismos resulte la firmeza de la resolución de la que, a su vez, resulte la mutación jurídico real cuya inscripción se ordene o inste (cfr. artículos 40, 79, 80, 82 y 83 de la Ley Hipotecaria y 174 del Reglamento Hipotecario). Las resoluciones judiciales cuya ejecución tengan lugar mediante inscripciones registrales firmes y definitivas, no mediante asientos provisionales como los de anotaciones preventivas, deben ser resoluciones que hayan ganado firmeza. Como ya afirmó esta Dirección General en su Resolución de 12 de noviembre de 1990 este criterio no se ve alterado por los preceptos que permiten la ejecución provisional de las resoluciones judiciales no firmes, porque esta ejecución solo puede comprender medidas de efectividad que no estén en contradicción con su provisionalidad, como ocurre con la ejecución de las mismas sentencias firmes cuando aún es posible el recurso de audiencia en rebeldía. Con ello no se cierra el Registro de la Propiedad a todas las consecuencias de las sentencias o autos no firmes, ya que en general las situaciones litigiosas que afectan a la existencia de los derechos inscritos tienen acceso al Registro a través de la anotación preventiva de demanda, conforme al artículo 42 de la Ley Hipotecaria. Esta posición del Centro Directivo, anterior a la actual Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, vino a ser confirmada por esta última cuyo artículo 524.4 dispone, como hemos visto, que «*mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por ésta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que, dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros Públicos*», criterio que obviamente, por su propia lógica y fundamento, es aplicable a las resoluciones cuya ejecución se instrumente a través de la formalización mediante escritura o acta de la correspondiente adjudicación o transmisión dominical, como sucede en el

Parece razonable aplicar esta misma exigencia de firmeza a los laudos arbitrales que pretendan acceder al Registro. Es lógico, dada la trascendencia que tiene la inscripción registral, que se pida que los laudos que se inscriban no sean claudicantes, es decir, que no puedan decaer mediante un recurso ordinario. El problema es determinar con exactitud el concepto de firmeza del laudo.

La aplicación del concepto de *equivalente jurisdiccional* no implica una absoluta equiparación entre la sentencia judicial y el laudo arbitral. Mientras que los jueces y tribunales se estructuran de forma jerárquica, de suerte que cada juez tiene por encima otro tribunal que puede revisar sus decisiones a través del sistema de recursos articulado en la legislación procesal, en el caso de los árbitros, estos, por su propia naturaleza, carecen de cualquier estructura y su función se agota en el justo momento en que dictan el laudo final del procedimiento, sin que la ley haya previsto un recurso ordinario que permita a otro árbitro revisar el laudo con la misma amplitud con la que una Audiencia Provincial revisa una sentencia dictada por un Juzgado de Primera Instancia. El artículo 40 LA solo dispone que: «*Contra el laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título*». Y el artículo 43: «*El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*».

De la redacción de estos preceptos queda claro que no se ha previsto un recurso ordinario. Solo se prevén dos mecanismos de reacción excepcionales. Por un lado, el recurso de revisión previsto en la LEC que, como se desprende de su regulación en los artículos 509 y siguientes, es un recurso excepcional, por motivos tasados claramente extraordinarios, y que siempre está referido a sentencias que ya son firmes. Por tanto, la posibilidad de este recurso no afecta al concepto de firmeza propiamente dicho, ni, en consecuencia, impide la inscripción en el Registro.

presente supuesto, transmisión cuya validez es tributaria de la propia validez de la correspondiente resolución aprobatoria».

Más dudas plantea la cuestión de si la posibilidad de ejercitar la acción de anulación impide considerar firme al laudo. Esta acción, como dispone el artículo 41.4 LA, puede instarse en el plazo de dos meses desde la notificación del laudo o, en caso de que se haya solicitado la corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución de esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.

MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA⁴³¹ señalan que: *«ha de ser radicalmente descartada la idea de que la acción de anulación constituya una segunda instancia ni un recurso ordinario o extraordinario en el que se pretenda un nuevo examen por un órgano distinto y superior del dirimente de primer grado de los elementos de hecho o de los presupuestos jurídicos de los que pudiera derivarse un nuevo laudo»*.

SUÁREZ ROBLEDANO⁴³² sostiene que, aunque se haya formulado la demanda de anulación del laudo, *«el carácter definitivo del laudo dictado permite su ejecución con las condiciones y características referidas en el art. 45 de la Ley de Arbitraje, aun cuando aun no se pueda hablar con propiedad de cosa juzgada puesto que cabe la posibilidad de nulidad total o parcial, según los casos, de sus pronunciamientos»*.

RIPOLL CARULLA⁴³³ también considera que *«el laudo emitido por el Tribunal arbitral que pone fin al procedimiento tiene carácter firme y, según establece la misma LA en su art. 45.1 (LA LEY 1961/2003), es ejecutable forzosamente aunque cualquiera de las partes hubiera interpuesto la denominada acción de nulidad. En definitiva, del laudo arbitral emanan los mismos efectos de cosa juzgada formal y material y ejecutividad que de una sentencia judicial firme»*.

⁴³¹. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *op. cit.*, págs. 684-689.

⁴³². SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., "Comentario de los artículos 40 y 41", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por PRATS ALBENTOSA, L., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, pág. 913.

⁴³³. RIPOLL CARULLA, I., "La firmeza del laudo arbitral tras las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011", *Spain Arbitration Review del Club Español del Arbitraje*, número 12, tercer cuatrimestre de 2011, págs. 93 a 100..

XIOL RÍOS⁴³⁴ señala que después de la reforma LA operada por la Ley 11/2001: *«debe considerarse que el laudo definitivo tiene carácter firme. Es laudo definitivo aquel que agota el procedimiento arbitral (en su caso, una vez producida la rectificación, aclaración o complemento del laudo). (...). En todo caso, llámesele definitivo o firme, el laudo que agota el procedimiento arbitral produce efectos de cosa juzgada y contra él no cabe recurso alguno, sin las acciones de anulación y de revisión».*

Por su parte, RAMOS MÉNDEZ⁴³⁵ establece como conclusiones de la actual redacción del artículo 43 LA, fruto de la reforma operada por la Ley 11/2011, que el arbitraje es un modelo de solución de conflictos de instancia única, que el laudo es un producto final y definitivo, que, a cambio, se ofrece una acción de anulación independiente, que el laudo puede ejecutarse, aunque se promueva la acción de anulación. En consecuencia, *«de resultas de todo ello, habría que considerar enterrada definitivamente la polémica sobre el carácter final del laudo una vez dictado y en este sentido la reforma es positiva».*

También se mueve en esta línea SANCHO GALLARDO⁴³⁶, que concluye que *«el laudo, una vez emitido, y en la medida en que no sea objeto de rectificación o complemento por el propio árbitro, produce efectos de cosa juzgada, al margen de si se ejercita frente a él la acción de anulación. El mero ejercicio de esta acción de anulación no suspende dicha eficacia y solo si se estima la anulación, la sentencia tendrá efectos constitutivos y dejará sin efecto el laudo».*

Hay algunos autores que se inclinan abiertamente por la necesidad de acreditar que ha transcurrido el plazo legal para ejercitar la acción de anulación del laudo para poder inscribirlo. Así, hemos de citar a CAMPO VILLEGAS⁴³⁷ y a FERNÁNDEZ DEL POZO⁴³⁸, en trabajos publicados bastante antes de la aprobación de la vigente LA y de su

⁴³⁴. XIOL RIUS, J.A., *op. cit.*, pág. 865.

⁴³⁵. RAMOS MÉNDEZ, F., *op. cit.*, págs. 191 a 194.

⁴³⁶. SANCHO GALLARDO, I., "La acción de anulación del laudo y su alcance", en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, coordinada por VÁZQUEZ ALBERT, D y TUSQUETS TRIAS DE BES, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 223.

⁴³⁷. CAMPO VILLEGAS, E., "Arbitraje y Registro", *op. cit.*, pág. 1634.

⁴³⁸. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral", *op. cit.*, págs. 2050 y 2051.

reforma de 2011, y a SANSA TORRES⁴³⁹, que en año 2013, citando a los dos anteriores como argumento de autoridad, considera imprescindible para la inscripción del laudo aportar certificación del secretario de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Autónoma correspondiente para acreditar que ha transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción de anulación o que, ejercitada, ha sido desestimada la pretensión. También se mueve en esta misma línea MATEO y VILLA⁴⁴⁰. Para él, aun reconociendo que la acción de anulación no es un recurso en sentido técnico, *«no implica que no produzca los mismos efectos en orden a postergar la firmeza del laudo, que desde que se dicte será definitivo pero no firme»*. Por ello señala que, si bien el registrador podrá constatar por si mismo el transcurso del plazo para el ejercicio de la acción de anulación, la única forma que *«tiene de saber que la acción se ha interpuesto no es ni la comunicación de las partes arbitrales ni del árbitro ni tampoco de la institución arbitral de que se trate, sino la comunicación que le efectúe el juzgado competente para resolver la acción de anulación y en el que se le indique aquel extremo. Ejercida que sea la acción, el laudo no alcanza firmeza, por lo que los asientos a que dé lugar serán transitorios»*.

Por el contrario, entendemos que hay razones suficientes para considerar que un laudo que pone fin al procedimiento arbitral es inscribible sin necesidad de acreditar que no cabe ya interponer la acción de anulación:

- La propia letra de la LA pone de manifiesto que un laudo definitivo equivale en la actualidad a un laudo firme. Así se deduce de lo que establecen los artículos 40 y 43 antes transcritos. Pero también de lo que señala la Exposición de Motivos: *«Respecto de la anulación, se evita la expresión "recurso", por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo»*. Y todavía más clara es la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011 de reforma de la LA : *«La anulación y revisión del laudo también es objeto de reforma. La acción de anulación recibe una modificación relevante: a partir de ahora se procede a una mejor articulación del procedimiento. Por otro lado, tras la reforma, se elimina la*

⁴³⁹. SANSA TORRES, J., *op. cit.*, pág. 139.

⁴⁴⁰. MATEO y VILLA, I., *op. cit.*, págs. 1186 y 1187.

distinción entre laudo definitivo y firme, estableciendo que el laudo produce los efectos de cosa juzgada, aunque se ejerciten contra él las acciones de anulación o revisión, lo que supone que puede ser ejecutado forzosamente si no concurre cumplimiento voluntario».

- También la regulación del régimen de ejecución forzosa de los laudos arbitrales permite deducir que para el legislador el laudo definitivo es firme, al margen de las eventuales incidencias posteriores derivadas del ejercicio de la acción de anulación. Así, el artículo 45. 1 LA prevé que el laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado la acción de anulación. Y se habla de ejecución plena, y no meramente provisional, que es la que se aplica a las sentencias judiciales no firmes. En este sentido, la LEC también da pistas definitivas. El artículo 517 considera que son títulos ejecutivos las sentencias de condena firmes, pero también los laudos o resoluciones arbitrales, en este caso sin añadirle el adjetivo de firmes. Y cuando el artículo 524 trata el problema de la ejecución provisional, lo refiere exclusivamente a las sentencias de condena que no sean firmes, sin hacer alusión a los laudos. Por tanto, los laudos, se haya o no ejercitado la acción de anulación, son susceptibles de ejecución ordinaria, y no provisional.
- Y es que la acción de anulación no es, como ya se ha indicado reiteradamente, un recurso. No se puede perder de vista que el laudo es el resultado final de un complejo proceso heterocompositivo que integra el convenio arbitral y el procedimiento seguido ante los árbitros. Como tal constituye una resolución que determina una mutación de relaciones jurídicas que, en caso de que afecten a derechos inscribibles, podrá tener acceso al Registro. El hecho de que con posterioridad se pueda ejercitar una acción que declare su nulidad, no se diferencia en nada de la posibilidad de que, después de haber inscrito una compraventa, se pueda también impugnar con éxito su validez en los Tribunales. Y con ello no se produce perjuicio a nadie, puesto que la parte que demande la nulidad de un laudo que ya ha accedido al Registro siempre podrá pedir la cancelación de las inscripciones practicadas y solicitar, con el fin de impedir el surgimiento de terceros amparados por la fe pública, la anotación preventiva de la demanda que presente al efecto.

- Cuando el legislador ha planteado la necesidad de que una sentencia judicial sea firme para que pueda servir de base a una inscripción, lo ha hecho porque los recursos que la legislación procesal prevé frente a una resolución judicial concreta, son parte del mismo proceso del que dicha resolución deriva, aunque se desarrollen en una segunda instancia. Sin embargo, no afecta al concepto de firmeza la posibilidad de plantear o ejercitar otro tipo de acciones que también pueden tener como consecuencia la revocación de la sentencia, pero que se desarrollan en otro procedimiento distinto del que ya ha finalizado por resolución firme. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que, ante una sentencia firme, se entable recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Obviamente, este hecho no impedirá que dicha sentencia sea objeto de inscripción en el Registro.

3.3. Fondo de la controversia

Al igual que ocurre con la calificación registral de los documentos judiciales, cuando se trata de un laudo arbitral el registrador tiene vedado revisar el fondo de la decisión adoptada por los árbitros. En el caso de los documentos judiciales, como señala GARCÍA GARCÍA⁴⁴¹, *«la función jurisdiccional es competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales (art. 117.3 de la Constitución), y de ahí que la calificación registral no se pueda inmiscuir en el aspecto de fondo de la decisión del Juez. El Juez no es solo el redactor y responsable del documento que accede al Registro, sino el órgano decisor de la controversia suscitada entre dos partes, lo que le corresponde con competencia exclusiva. Pero, a efectos de la calificación registral, no se trata de entrar en los aspectos del procedimiento judicial resuelto por el Juez y con efectos de cosa juzgada entre dos partes determinadas, sino de un documento que, al pretender su acceso al Registro, va a contar con unos efectos mucho más allá de los que tiene la resolución judicial “entre partes”, pues va a ampliar sus efectos respecto a terceros que no han intervenido en el proceso»*. Ya afirmaba la DGRN en su Resolución de 18 de agosto de 1902 que los

⁴⁴¹. GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Registral Inmobiliario o Hipotecario*, tomo III, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2002, págs. 619 y 620.

registradores no pueden entrar en «*los fundamentos legales de los autos o sentencias, puesto que los Tribunales de justicia son los únicos que dentro de su esfera propia y bajo su responsabilidad, están llamados a resolver las cuestiones entre particulares y a arreglar el orden del procedimiento con sujeción a las Leyes*».

Trasladando estos mismos razonamientos al ámbito del arbitraje, hay que concluir que, dado que el laudo produce efectos de cosa juzgada y que frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso el recurso extraordinario de revisión (artículo 43 LA), el registrador no puede constituirse en una segunda instancia que revise el acierto o la adecuación a Derecho de su contenido. Fuera de los extremos que en apartados anteriores he reseñado como susceptibles de control, la calificación no podrá fundamentar el rechazo a la inscripción del laudo en la eventual vulneración de normas jurídicas, ni, aunque estas sean imperativas. Tampoco cabe argumentar que el laudo es contrario al orden público, porque esta cuestión solo podrá decidirse en el procedimiento previsto para el ejercicio de la acción de anulación (artículo 41 LA). En este sentido debe citarse a CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS⁴⁴², que fundamenta la limitación del ámbito de la calificación de los documentos judiciales librados en procedimientos contenciosos en las consecuencias del efecto de cosa juzgada: «*La cosa juzgada, inter partes por definición, alcanza cierta eficacia real o erga omnes al acceder las consecuencias del proceso al Registro, y de una forma directa, sin que el fundamento de las resoluciones judiciales contenciosas puedan ser revisadas por ningún funcionario, ni siquiera por el registrador de la propiedad a efectos de su inscripción*».

Debe reconocerse que hay autores que no son tan restrictivos con el ámbito de la calificación. En concreto hemos de citar a SANS TORRES⁴⁴³. Comienza este autor preguntándose: «*Llegados a este punto habrá que determinar qué es lo que deberá hacer el registrador en aquellos casos extremos en que el laudo sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ¿será inscribible el laudo que declare válida una sustitución fideicomisaria más allá del segundo grado, un pacto comisorio, una donación de*

⁴⁴². CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R., *Revisión del principio hipotecario de legalidad*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012, págs. 112-113.

⁴⁴³. SANS TORRES, J., *op. cit.*, págs. 141 y 142.

inmueble hecha verbalmente o en documento privado, o cualquier acuerdo social en junta convocada en plazo o forma objetivamente incorrectas?». Ante esa duda, considera que el registrador debe rechazar la inscripción, argumentándolo en los siguientes términos: *«Teniendo en cuenta que los efectos registrales de la inscripción van más allá de lo que puedan disponer las partes contendientes, y a falta de regulación legal, considero que la línea de separación entre lo calificable y lo que no lo es deberá fijarse en que el laudo arbitral no pueda ir más allá de lo que hubieran podido llegar las partes en el supuesto de no existir controversia entre las mismas».*

Por nuestra parte, entendemos que los límites a los que ha de ceñirse la calificación registral de los laudos arbitrales, como ya he señalado en apartados anteriores, son los mismos que se aplican en el caso de los documentos judiciales. Ello impide al registrador rechazar la inscripción aun cuando aprecie que los árbitros han errado en la interpretación de normas jurídicas o, incluso, cuando han dictado el laudo contraviniendo normas imperativas. Este ha sido el criterio tradicional de la DGRN, que lo ha aplicado incluso en casos en los que estaba en juego la posible indefensión de titulares registrales (cuestión claramente sometida al control de legalidad del registrador), porque se entendía que, si existía un pronunciamiento expreso del juez sobre la duda de una posible indefensión, este habría de prevalecer. En este sentido podemos citar la Resolución de 2 de agosto 2016. Parte el Centro Directivo de la posibilidad de que el registrador extienda su calificación en un caso de inscripción de un decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución hipotecaria a la comprobación de que se ha demandado y requerido de pago, tanto el deudor como al hipotecante no deudor: *«Desde el punto de vista registral, la extensión de la calificación registral al requisito procesal de haberse demandado y requerido de pago al deudor a que se refiere el artículo 132.1º de la Ley Hipotecaria, en el caso de que el deudor sea dueño de la finca hipotecada, entronca directamente con el principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y con el principio constitucional de proscripción de la indefensión del artículo 24 de la Constitución, pues se trata del titular registral contra el que ha de dirigirse un procedimiento que desemboca en la adjudicación de la finca a la persona que resulte de la subasta o de la adjudicación en caso de falta de postores que señala la ley. Lo mismo ocurre con la necesidad de demandar al hipotecante no deudor, pues se trata igualmente*

del dueño de la finca afectada por el procedimiento de ejecución. Por lo que se refiere al deudor no hipotecante, o sea al que no es dueño de la finca contra la que se dirige la acción real hipotecaria, el fundamento de la extensión de la calificación registral al requisito de haberse demandado y requerido de pago al deudor, no puede radicar en el principio de tracto sucesivo, puesto que no es titular registral, pero existen importantes conexiones entre la obligación del deudor y la garantía real hipotecaria que podrían explicar que el legislador exija que la acción se dirija también contra el deudor aunque no sea dueño de la finca. (...). De ahí que, en principio, la falta de demanda contra el deudor y el requerimiento de pago al mismo supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento y podría entenderse que da lugar a la nulidad del procedimiento, a efectos registrales, teniendo en cuenta la rigidez de los trámites del mismo y la necesidad de cumplir los requisitos de requerimiento y notificaciones previstas en la ley». Sin embargo, en el caso examinado, la existencia de un pronunciamiento expreso del Juzgado impide al registrador revisar el criterio judicial: «Sentado lo anterior, en el presente caso, ante la inadmisión de la demanda contra el deudor y de requerimiento de pago al mismo, decisión que no fue recurrida por el ejecutante y sin que conste que el hipotecante no deudor, haya hecho ninguna alegación, se ha continuado el procedimiento, y, una vez recaída la pertinente calificación del registrador en la que señalaba la falta de demanda y de requerimiento de pago al deudor, se ha desestimado íntegramente, mediante el auto de 19 de junio de 2014 a que se ha hecho referencia en el primer fundamento, la solicitud de nulidad de actuaciones efectuada por el ejecutante dando lugar a la firmeza de la ejecución y por lo tanto a la adjudicación de ella dimanante. Por lo que no nos encontramos ante una omisión en la formulación de la demanda que podría dar lugar a la nulidad del procedimiento, sino ante una serie de decisiones judiciales sobre la condición de demandado del deudor y por ende sobre los efectos de la omisión puesta de manifiesto, esto es sobre la propia existencia de la nulidad, que proceden de la valoración e interpretación de la normativa aplicable por el juez competente, en cuya fundamentación no puede entrar el registrador. Porque si bien el registrador debe velar por la intervención del deudor en el procedimiento en la forma dispuesta por la legislación invocada, una vez una resolución judicial firme decide sobre su improcedencia, no le compete cuestionar la oportunidad de tal decisión conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario».

Distinta es la posibilidad de que, el registrador califique la congruencia de la decisión adoptada por los árbitros en el laudo con el tipo de procedimiento en el que se ha dictado. Es por ello por lo que el registrador sí podrá denegar la inscripción del laudo si este ha resuelto sobre materias indisponibles o que no sean susceptibles de arbitraje. Como ya expuse en su día al tratar de la calificación de los autos judiciales de declaración de herederos abintestato ⁴⁴⁴, este extremo de la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado quizá sea el que mayores dudas ofrezca, aunque también el que más juego puede dar en la práctica.

Resulta también dudoso si es la posible calificación registral de la eventual insuficiente motivación del laudo. Ya analicé al hablar de los requisitos del laudo el alcance que este requisito de la motivación ha de tener en el ámbito arbitral. La cuestión ahora es aclarar si puede el registrador al calificar el laudo que se presenta a inscripción valorar si, en efecto, la motivación es insuficiente. MATEO y VILLA⁴⁴⁵ sostiene que «*Es materia calificable por el registrador en cuanto a la existencia de la motivación, porque el laudo siempre habrá de ser motivado, pero no en cuanto a su contenido ni solvencia jurídica*». Yo, sin embargo, creo que, salvo que la ausencia de motivación sea de tal magnitud que impida la adecuada definición de los derechos inscribibles o no exprese algunos de los distintos extremos que hemos visto que el registrador ha de calificar, no puede denegarse la inscripción del laudo por insuficiencia de motivación, porque, si se piensa bien, la alegación a una insuficiente motivación ya implica de por sí una revisión del fondo de la decisión arbitral.

⁴⁴⁴. AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J., "Comentario de la Resolución de 25-6-1997 (Separación de hecho y legítima viudal: perspectiva jurídico-civil y problemas de calificación registral)", *RCDI*, número 649, noviembre-diciembre de 1998, págs. 2071-2072.

⁴⁴⁵. MATEO y VILLA, I., *op. cit.*, pág. 1185.

CAPÍTULO V. LA ANULACIÓN Y REVISIÓN DEL LAUDO

I. El laudo, aun siendo definitivo, es susceptible de anulación y revisión

Como ya analicé en apartados anteriores, en la actual regulación contenida en nuestra LA, el laudo es definitivo y no cabe hablar de laudos firmes y no firmes. Ahora bien, ese carácter definitivo del laudo no excluye de forma absoluta su posible revisión. Es cierto que los mecanismos de revisión se concentran esencialmente en la acción de anulación y en el más excepcional recurso de revisión. No obstante, algunos autores plantean abrir una reflexión sobre la conveniencia de, sin que suponga excluir la acción de anulación, introducir también para los arbitrajes más complejos una segunda instancia arbitral que permita una vía de apelación del laudo⁴⁴⁶. De hecho, el Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) de 30 de octubre de 2020 regula en sus artículos 52 y siguientes la posibilidad de un recurso de impugnación del laudo ante otro tribunal arbitral constituido por tres árbitros.

Voy a analizar las dos principales vías de impugnación, sobre todo la acción de anulación, con especial referencia a las repercusiones registrales en ambos casos.

II. Acción de anulación del laudo

a) Naturaleza

⁴⁴⁶. Así, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "La doble instancia arbitral: un paradigma sin consolidar", en *Anuario de arbitraje 2019*, dirigida por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 455-520.

Como señalan MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA⁴⁴⁷, «*la autonomía del proceso arbitral no implica su intangibilidad respecto a la fiscalización jurisdiccional. Es más, el control jurisdiccional sobre el proceso arbitral y más concretamente sobre su producto final, el laudo, ha de quedar perfectamente garantizado desde el convenio arbitral, que es donde realmente las partes optan voluntariamente por no acudir a los jueces y tribunales del Estado para resolver sus conflictos*». En efecto, aunque la doctrina de nuestro TC ha calificado al arbitraje como un *equivalente jurisdiccional*, las exigencias derivadas de lo establecido en el artículo 24 de la CE imponen la necesidad de un control jurisdiccional del laudo arbitral. Como afirma el Profesor FERNÁNDEZ ROZAS⁴⁴⁸, «*la colaboración entre el juez y el árbitro y el control por aquél de los laudos arbitrales no pretenden otra cosa que dotar de mayor eficacia a la solución de este tipo de controversias*».

No obstante, dado que, como ya se expuso en los primeros apartados de este trabajo, el arbitraje encuentra un claro anclaje en el principio de libertad reconocido en los artículos 10 y 17 de la CE, ese control judicial ha de ser de tal naturaleza que no suponga una sustitución de la libre elección que las partes han hecho a la hora de resolver sus controversias. Si después de haber concluido el proceso arbitral con el correspondiente laudo los tribunales pueden hacer una revisión completa que implique la posibilidad de una nueva decisión sustitutiva de dicho laudo, el arbitraje carecerá de sentido y utilidad.

Con una clara inspiración en la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 y en los Convenios de Nueva York de 1958 y de Ginebra de 1961, el artículo 40 de nuestra LA establece: «*Contra el laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título*». Por su parte, la Exposición de Motivos señala: «*Respecto de la anulación, se evita la expresión "recurso", por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del*

⁴⁴⁷. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *op. cit.*, pág. 683.

⁴⁴⁸. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, número 15, 2004, págs. 17-49.

laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. El elenco de los motivos y su apreciabilidad de oficio o solo a instancia de parte se inspiran en la Ley Modelo».

Nuestro TS en el Auto de 21 de febrero de 2006 dejó bien claro el sentido de la acción de anulación: *«ha de partirse de la especial función de la institución arbitral y el efecto negativo del convenio arbitral, que veta por principio la intervención de los órganos jurisdiccionales para articular un sistema de solución de conflictos extrajudicial, dentro del cual la actuación de los Tribunales se circunscribe a actuaciones de apoyo o de control expresamente previstas por la ley reguladora de la institución (cfr. Art. 7 LA). Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y en favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad -entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de Motivos de la Ley 60/2003 (LA LEY 1961/2003) - de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje. Para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal, que se sujeta a las reglas del juicio verbal, y cuya competencia se atribuye a las Audiencias Provinciales».*

Podemos en consecuencia definir la acción de anulación del laudo como aquella acción que cualquiera de las partes del procedimiento arbitral puede interponer ante la jurisdicción civil con el objeto de solicitar de los tribunales que, previa la tramitación de un proceso independiente seguido por los trámites del juicio verbal, declaren la nulidad de un laudo arbitral por concurrir alguno de los motivos de anulación previstos en la Ley.

Partiendo de esta definición y siguiendo lo expuesto por MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA⁴⁴⁹, se pueden destacar las siguientes características descriptivas de la naturaleza y alcance de la acción de anulación del laudo arbitral:

- Se trata de una acción que solo puede entablarse frente a un laudo, no frente a otras decisiones o cuerdos de impulso procesal de los árbitros. Puede ser el laudo que pone fin al procedimiento, o frente a un laudo que decida sobre incidencias concretas dentro del proceso (ver, por ejemplo, artículo 22.3 LA).
- El procedimiento por el que se ejercita la acción de anulación es independiente y distinto del procedimiento arbitral. No es una segunda instancia del mismo procedimiento. Por eso, por ejemplo, no puede requerirse a los árbitros para que aporten pruebas o documentos usados en el procedimiento arbitral, sino que todos ellos han de ser aportados por la parte que ejercita la acción de anulación. Como señala SUÁREZ ROBLEDANO⁴⁵⁰, se trata de una acción «*impugnatoria de carácter especial o autónoma*».
- Lo que se fiscaliza es el laudo, no necesariamente el convenio arbitral, que puede subsistir a la anulación del laudo si esta se ha producido por motivos distintos de la nulidad del propio convenio.
- La acción de anulación carece de efectos suspensivos del laudo, de suerte que este puede ejecutarse, aunque se haya interpuesto acción para su anulación (artículo 45 LA). Es por ello por lo que, como ya se analizó en el apartado correspondiente, no afecta a la *firmeza* del laudo.

Su alcance revisor es muy limitado. Se trata de un control formal que alcanza solo a los motivos tasados legalmente y que nunca puede suponer un nuevo examen de los elementos de hecho o de los presupuestos jurídicos que han determinado el laudo. Es decir, no cabe a través de esta acción dictar un nuevo laudo que sustituya al anterior. Solo cabe la anulación o la desestimación de dicha pretensión. Apunta con acierto SUÁREZ ROBLEDANO⁴⁵¹ que «*jamás, so pena de convertir la demanda de anulación en una subrepticia y degradada segunda instancia arbitral, puede darse pie a la transformación*

⁴⁴⁹. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *op. cit.*, pág. 684.

⁴⁵⁰. SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., *op. cit.*, pág. 915.

⁴⁵¹. SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., *op. cit.*, pág. 916

indebida de la restringida nulidad del arbitraje en control generalizado de la aplicación del material fáctico y del derecho, o de la equidad, por el o los árbitros llamados a la decisión del arbitraje, con carácter exclusivo y excluyente, en funciones jurisdiccionales idénticas y finales a las propias de las que tienen los órganos jurisdiccionales del Estado». A este respecto la TC 17/2021, de 15 de febrero, confirma que: «Dicho de otro modo, el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del Derecho. Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público».

b) Renuncia a la acción de anulación

Una de las cuestiones que desde hace algunos años se vienen planteando entre la doctrina arbitral es la admisibilidad de pactos por los que las partes que se someten a arbitraje renuncian a la posibilidad de ejercitar la acción de anulación para cuestionar la validez del laudo.

La cuestión la sintetiza con bastante claridad FERNÁNDEZ PÉREZ⁴⁵². El origen y la utilidad del pacto se encuentran en el ámbito del arbitraje internacional que ha querido ver en esta alternativa un camino para facilitar la efectividad de los laudos en los diferentes países limitando la eficacia del derecho del lugar, concentrando el control judicial exclusivamente en el juez de la ejecución. REMÓN PEÑALVER⁴⁵³ nos resume cuáles han sido las razones que se han apuntado como justificadoras de esta posibilidad: *«Son tres los principales argumentos que suelen esgrimirse en apoyo de esta posibilidad.*

⁴⁵². FERNÁNDEZ PÉREZ, A., El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial, Bosch, Barcelona, 2017, págs. 126-139.

⁴⁵³. REMÓN PEÑALVER, J., "La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, número 1, 2008, pág. 123.

El primero es el de la eficacia, que enfatiza las ventajas de evitar estrategias de defensa dirigidas a preconstituir motivos de anulación o maniobras dilatorias una vez conocido el laudo. Si las partes han incluido en la cláusula arbitral un pacto de renuncia preventiva a la impugnación carecerán de sentido esas estrategias y las partes habrán de concentrarse en la defensa de sus respectivas posiciones de fondo facilitando la agilidad del procedimiento. El segundo argumento es de corte sociológico y atiende al hecho de que el interés de los árbitros por mantener intacta su reputación y autoridad es garantía suficiente de la corrección de los laudos. El control judicial sería, desde esta óptica, innecesario. El tercero de entre los argumentos que suelen aducirse es estrictamente técnico y se condensa en las disfunciones que se imputan a un sistema de doble control del laudo, primero, por la jurisdicción de la sede en la vía de la anulación, y más tarde, por el juez del exequátur en el proceso dirigido al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros».

Este conjunto de razones y el interés de distintos países por hacerse atractivos como sedes de arbitraje internacional han llevado a que algunos ordenamientos nacionales hayan admitido, sometido a determinadas condiciones, la cláusula o pacto de exclusión de la acción de anulación⁴⁵⁴. Sin embargo, no creo que en España sea admisible esta cláusula a la luz de los principios que informan la LA. En primer término, hay que señalar que la Ley, siempre que ha querido que la voluntad de las partes prevalezca frente a la regulación legal lo ha establecido de una forma clara con expresiones del tipo «salvo pacto en contrario», «salvo acuerdo en contrario de las partes» o «salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa». Por el contrario, cuando regula la acción de anulación no ofrece opciones. El artículo 40 es tajante: «Acción de anulación del laudo. Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título». Y tampoco da posibilidad de pacto en contrario lo que establece el artículo 43: «Cosa juzgada y revisión de laudos. El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión

⁴⁵⁴. Así, por ejemplo, en Suiza la Ley de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987, o en Francia se admite a partir del Decreto nº 2011-48 de 13 de enero 2011 de reforma del Código Procesal Civil (CPC).

conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes».

Por otro lado, la acción de anulación supone un instrumento que permite hacer efectiva la garantía del respeto al principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la CE. Aunque, como ya se ha repetido a lo largo de este trabajo en numerosas ocasiones, el arbitraje es una institución que encuentra un indudable encaje en nuestra Constitución, no puede perderse de vista que solo el libre y común acuerdo de las partes puede justificar la renuncia a la vía judicial en beneficio de una solución alternativa a la controversia. Si no existe un control judicial que garantice que el laudo se ha movido dentro de los márgenes que dicho acuerdo, plasmado en el convenio arbitral, ha establecido, es evidente que se puede estar vulnerando el derecho a la tutela judicial que la CE reconoce a todos los ciudadanos. Además, el hecho de que el procedimiento arbitral sea distinto del judicial, no lo exime de la necesidad de que se respeten las garantías y principios que constituyen el orden público constitucional⁴⁵⁵. Lógicamente, la parte que considere vulnerados estos principios esenciales debe tener a su disposición la posibilidad de acudir a la tutela judicial a través de la acción de anulación y el pacto que pretendiera excluir esta opción ha de reputarse contrario a la Ley. Como afirma FERNÁNDEZ PÉREZ⁴⁵⁶: *«Dicho en otras palabras, la exclusión encuentra su límite en las leyes imperativas y en el orden público y que estos límites supondrían una infranqueable barrera para el «pacto de exclusión». Sin necesidad de entrar en disquisiciones siempre complejas acerca de las consecuencias que, en este campo, habrán de seguirse del carácter imperativo de la acción de anulación, esta primera aproximación puede explicarse con sencillez acudiendo al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva».* También es interesante la opinión sobre esta polémica que nos ofrece FERNÁNDEZ ROZAS⁴⁵⁷: *«Dentro del debate abierto en los últimos años se argumenta que tal renuncia no es factible pues ello supondría la dejación del derecho a la tutela judicial, lo cual no es jurídicamente tolerable pese a que existan acuerdos de arbitraje que expresamente contemplen esta posibilidad. Evitar que el juez pueda sancionar los errores de hecho y*

⁴⁵⁵. Pueden verse Sentencias del TC como las 176/1996, de 11 de noviembre, o la 1/2018, de 11 de enero.

⁴⁵⁶. FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *op. cit.*, pág. 128.

⁴⁵⁷. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales", *Diario La Ley*, número 8537, año XXXVI, martes 12 de mayo de 2015, pág. 2.

de derecho cometidos por el árbitro en la aplicación o inaplicación de los mismos por los árbitros es el punto de inflexión entre la justicia pública y la privada y donde radica el grado de la confianza en el arbitraje a través de los contornos de la dialéctica entre el respeto que implica la prohibición de la revisión y el orden público. No puede extrañar que las posiciones en esta materia sean extremadamente cautelosas, en el sentido de que solo serán posibles en la medida en que no supongan la exclusión de normas imperativas».

Incluso nuestro TS, aplicando el régimen de la Ley de 1953, señaló en su Sentencia de 10 de marzo de 1986: *«Ciertamente una estipulación como la transcrita desconoce el fundamental ‘derecho al proceso’ en el orden jurisdiccional civil, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE y por lo tanto el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la Lex suprema, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el artículo 6.2 del Código Civil sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando contrarie el interés o el orden público».*

Consecuentemente, dado que este pacto de renuncia ha de considerarse contrario a normas imperativas y al derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 de la CE, el registrador deberá denegar su inscripción si aparece recogido en algún convenio arbitral que pretenda su acceso al Registro. No olvidemos que la calificación del convenio arbitral, como la de cualquier otro negocio jurídico inscribible, es plena y no se ve afectada por las limitaciones que sí rigen en la calificación del laudo.

Distinto de este pacto es la posibilidad de que las partes, una vez iniciado el procedimiento judicial derivado de la acción de anulación puedan llegar a una solución extrajudicial y pedir la finalización del proceso. Esta opción ha sido reconocida por el TC e su Sentencia 46/2020, de 15 de junio. Se había dictado un laudo en un arbitraje relativo a una relación jurídica arrendaticia. Se presenta la demanda de anulación del referido laudo, pero las partes, dado que habían alcanzado un acuerdo transaccional sobre la controversia que afectaba a la pervivencia de su interés en seguir litigando, solicitaron de

consuno y por escrito el archivo del proceso por pérdida sobrevenida de objeto. El TSJ de Madrid justificó el rechazo de la petición de archivo con el argumento de que no se puede otorgar la misma virtualidad a un acuerdo extraprocésal alcanzado en un procedimiento de anulación de laudo arbitral respecto al que existe en otros procesos civiles, pues –en su opinión– en aquel no rige el principio dispositivo. En consecuencia, entiende que para cumplir con su deber legal de resolver (art. 117 CE), el órgano judicial debe comenzar enjuiciando si cabe o no homologar una transacción cuando pende una demanda cuya pretensión se basa en una infracción del orden público (art. 41.2 f). A partir de dicha premisa, la sala entra a analizar si la transacción está incurso en alguna prohibición legal, si conculca el interés general o si perjudica a tercero, cuestión que no puede desvincularse de la naturaleza del proceso que se ventila, puesto que la transacción no es admisible cuando el objeto del proceso es indisponible. Para el órgano judicial – como ha quedado transcrito en los antecedentes de hecho de esta resolución– el objeto del proceso no es exclusivamente el cumplimiento del contrato de arrendamiento, sino que se centra en la infracción del orden público en el procedimiento arbitral al que se sometieron los contratantes para dirimir las diferencias surgidas de su relación arrendaticia, pues existiendo conflicto de intereses entre la corte arbitral y aquellos que asesoraron a los arrendatarios, la imparcialidad de la primera queda en entredicho. Tal es el motivo –a su juicio– que le obliga de oficio a entrar en el fondo de la demanda de nulidad planteada y no puede quedar a lo que resulte del poder de disposición, so pena de vaciar de contenido lo dispuesto por el art. 41.2 de LA, sin perjuicio de los acuerdos de naturaleza patrimonial a que las partes puedan llegar en relación con el cumplimiento del contrato litigioso.

Frente a este criterio, el TC sostiene: *«no se puede afirmar de manera tan categórica que las partes no puedan alcanzar un acuerdo posterior al laudo ni que, de dicho acuerdo, no se pueda entender que tanto demandante como demandada decaigan en su interés en seguir litigando. Mediante tal línea argumentativa se llega a negar el carácter subjetivo de los derechos que se ejercen en el proceso de anulación de laudos, otorgando a las partes tan solo el poder de desencadenar el proceso, pero sin poder hacer valer, a posteriori, los cambios sobrevenidos que afecten a su interés para obtener*

la sentencia. Por el contrario, ha de entenderse que ello entra dentro del terreno del poder de disposición de las partes en un proceso civil, como lo es el proceso de anulación del laudo arbitral, sin que exista norma legal prohibitiva a dicho respecto. (...). con independencia de que la causa de pedir de la anulación afecte al orden público o no, es lo cierto que la cuestión de fondo es jurídico-privada y disponible, por lo que, en nuestro sistema procesal civil, para que haya una decisión, se requiere que las partes acrediten su interés en litigar. Podría discutirse la cuestión en caso de petición unilateral de una de las partes, controvertida por la contraria. Pero, en el presente recurso de amparo, demandantes y demandados pidieron al unísono el archivo (desistimiento) del proceso como consecuencia de la pérdida de interés en seguir litigando tras alcanzar el acuerdo transaccional. (...). A mayor abundamiento, debemos advertir que, con la doctrina que emana de la decisión que se recurre, la interposición de la demanda de anulación generaría una suerte de «efecto dominó» que impediría a las partes ejercer su poder de disposición sobre el proceso. Dicha solución podría ser admisible de basarse la petición de anulación en que el objeto del laudo (en el caso, el contrato) regula una materia que no era susceptible de ser sometida a arbitraje por afectar al orden público, pero no es el caso, dado que el orden público determinante de la decisión se refiere a la vulneración del derecho al árbitro imparcial, un matiz aportado al proceso de oficio por la propia sala, pues los demandantes fundaban la petición de nulidad en el carácter abusivo de la cláusula de sumisión a arbitraje». Esta misma solución y argumentación se recogen en la STC 55/2021, de 15 de marzo, que concluye: «el pronunciamiento judicial sobre el desistimiento precede necesariamente al análisis de una posible vulneración del orden público ex art. 41.2 LA, por lo que el órgano judicial no puede ampararse en su deber de velar por el orden público y por el interés general para rechazar una solicitud de archivo».

c) Motivos

Como se ha indicado anteriormente, la acción de anulación tiene un ámbito muy limitado y solo puede suponer un control externo formal y nunca constituir una suerte de segunda instancia que revise la decisión de fonda adoptada por los árbitros. Como apunta

XIOL RIUS⁴⁵⁸, «la acción de nulidad no solamente no es un recurso ordinario, sino que no constituye en modo alguno un recurso ordinario ni extraordinario, si como tal se entiende, con arreglo a la doctrina general, los medios de impugnación de las resoluciones judiciales ante una instancia superior para permitir la revisión del asunto sometiendo al tribunal que conozca del recurso (es decir, el llamado tribunal ad quem, porque a él se traslada la competencia) un nuevo pronunciamiento sobre el fondo (como sucede en los recursos ordinarios) o un nuevo pronunciamiento acerca de determinadas cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el fondo del asunto (esto último sucede en los llamados recursos especiales o extraordinarios)». No obstante, advierte este mismo autor⁴⁵⁹ que «en algún caso el examen del motivo de nulidad obligará a tocar tangencialmente el fondo del asunto; no considerado directamente como tal, sino en la medida en que la decisión adoptada sobre el fondo implique una vulneración de garantías fundamentales o de principios que pueden estimarse comprendidos dentro del concepto de orden público».

Los motivos que permiten fundamentar la acción de anulación están estrictamente tasados en el artículo 41 LA: «El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido. b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley. e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. f) Que el laudo es contrario al orden público».

Excede del objeto de este trabajo hacer un estudio detallado de cada uno de estos motivos y de la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia han hecho al respecto. En realidad, cada una de ellas las he analizado de forma tangencial cuando he ido

⁴⁵⁸. XIOL RIUS, J.A., *op. cit.*, pág. 795.

⁴⁵⁹. XIOL RIUS, J.A., *op. cit.*, pág. 800.

estudiando las diferentes fases del proceso arbitral. Sin embargo, sí que parece oportuno analizar ahora una desafortunada tendencia que se ha venido observando en los últimos años en España por parte de ciertas sentencias de diferentes TSJ en el sentido de ampliar peligrosamente los límites del juicio de revisión del laudo, sobre todo al amparo del último de los motivos que enumera el artículo 41, el resultar el laudo contrario al orden público.

Este ánimo expansivo de los límites de la acción de anulación se ha visto reflejado especialmente en diferentes sentencias del TSJ de Madrid⁴⁶⁰. Veamos, por ejemplo, la Sentencia de 28 de enero de 2015. Es cierto que el Tribunal comienza asumiendo de forma ortodoxa la doctrina clásica sobre el alcance de la acción de anulación: *«Como ha puesto de manifiesto esta Sala desde la sentencia de 3 de febrero de 2012, la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 de esa Ley de Arbitraje, restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje. Así lo indica con claridad la exposición de motivos de la Ley 60/2003 cuando precisa que "los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros...". "La esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan - como destaca la STS de del 22 de Junio del 2009 (ROJ: STS 5722/2009)- que la intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, y 761/1996 y 13/1927) y, según*

⁴⁶⁰. Entre otras cabe citar las siguientes: 13 de noviembre de 2014, 28 de enero, 6 y 14 de abril de abril de 2015.

la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988 , 28 de noviembre de 1988 , 7 de junio de 1990)”“. Sin embargo, de forma sorprendente da un giro absoluto y afirma: «Ahora bien, lo que decimos sobre el ámbito propio de la acción de anulación se compadece con una realidad innegable: que el orden público susceptible de protección ex art. 41.1.f) LA comprende tanto la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución , como, por imperativo incluso del Derecho de la Unión Europea, lo que se ha dado en llamar " orden público económico ", en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección. (...). Hoy no cabe dudar, a la vista de la jurisprudencia del TJUE y del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su S. de 20 de enero de 2014 , de que, dentro de ese concepto jurídico indeterminado denominado " orden público ", ha de incluirse el " orden público económico ", que se prevé en normas imperativas y en principios básicos de inexcusable observancia en supuestos necesitados de especial protección. (...). Paradigma destacado del principio que integra el orden público económico es el principio general de buena fe en la contratación, expresamente recogido hoy, como se cuida de señalar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law - PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica " Good faith and Fair dealing " ("Buena fe contractual"), que dispone como deber general: " Each party must act in accordance with good faith and fair dealing " ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Principio de buena fe cuya observancia es especialmente inexcusable cuando en una concreta contratación se produce una situación de desequilibrio, desproporción o asimetría entre las partes por razón de la complejidad del producto que se contrata y del dispar conocimiento que de él tienen los respectivos contratantes». Partiendo de esta premisa, la Sentencia hace una detallada exposición del criterio seguido por la Sala Primera del TS en relación con el alcance del principio de buena fe en la contratación de productos financieros complejos y concluye que el laudo ha de ser anulado porque no ha observado en su motivación y decisión estos criterios, con lo que ha de reputarse contrario al orden público.

Frente a esta línea jurisprudencial se han alzado voces en nuestra doctrina que denuncian el ataque que implica a la necesaria autonomía del arbitraje. FERNÁNDEZ ROZAS⁴⁶¹ señala que *«Frente a este planteamiento consolidado la STSJ Madrid 28 enero 2015 incurre, a partir del control de orden público económico sobre el laudo, en una manifiesta revisión de fondo del asunto en toda su amplitud sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, inmiscuyéndose en la conformidad de la decisión adoptada por el árbitro, deslegitimando la institución arbitral y provocando la desconfianza de las partes que recurren al arbitraje.»* Considera este autor que estos fallos suponen una quiebra de la línea ortodoxa que han mantenido los TSJ en España desde que se les atribuyeron competencias para conocer de la acción de anulación en la reforma operada por la Ley 11/2011. En este sentido, cita como ejemplo de buen criterio el ATSJ del País Vasco de 19 de abril de 2012⁴⁶², que claramente rechaza la asimilación de la acción de anulación con el recurso de apelación de la jurisdicción civil. En esta misma dirección STAMPA CASAS⁴⁶³ concluye que *«Revisando el fondo del razonamiento de los laudos impugnados, las Sentencias incurren reiteradamente en un defecto que la Ley de Arbitraje (LA LEY 1961/2003) quiso evitar con su regulación: la intervención jurisdiccional indiscriminada en el procedimiento arbitral y la consiguiente aplicación de patrones de decisión sustantiva, propios del sistema de justicia estatal a los que las partes, suscribiendo voluntariamente el acuerdo arbitral, desean sustraerse para resolver sus diferencias nacidas del tráfico mercantil habitual. De persistir la jurisprudencia de control en incurrir en los errores técnicos aquí indicados, existe un riesgo cierto de desnaturalizar la institución arbitral, desacreditándose ante sus potenciales usuarios hasta reducir a mínimos su actual confianza en la utilización de este mecanismo pautado de resolución de controversias».*

⁴⁶¹. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales", *op. cit.*, pág. 5.

⁴⁶². Dice así este Auto: *«Los Tribunales nacionales en la fase de control postarbitral tengan el deber de actuar con extremada cautela y efectiva conciencia de sus limitaciones, evitando convertir los procedimientos llevados a cabo en el reconocimiento y ejecución o ante un eventual recurso de anulación en una segunda instancia, cayendo en el error de identificar el examen del laudo arbitral con el recurso ordinario de apelación donde se permite la revisión de lo decidido en primera instancia, o en un recurso de casación que en la práctica nos devolvería a los esquemas ya superados del control del laudo a través de un medio extraordinario de impugnación por infracción de ley o doctrina legal».*

⁴⁶³. STAMPA CASAS, G., "Comentario a las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015, de 6 de abril de 2015 y de 14 de abril de 2015", *Diario La Ley*, número 8537, año XXXVI, martes 12 de mayo de 2015, pág. 18.

Es cierto que el concepto de *orden público* puede dar pie a diversas interpretaciones. Pero creo que nunca puede perderse de vista la verdadera naturaleza de la acción de anulación. Por ello, no se puede, bajo el pretexto de una interpretación extensiva del orden público, convertir la acción de anulación en una segunda instancia que revise el fondo de laudo. Nos dice FÉLIX DE LUIS⁴⁶⁴: «Un concepto jurídico indeterminado como el de “orden público” en un sentido tan amplio como es articulado en estas sentencias, significa una puerta abierta a la sustitución del criterio arbitral por el judicial mediante la eliminación del laudo. O cuando menos, una forma de eludir o retrasar el cumplimiento del laudo, de tal suerte que un uso recurrente del motivo de anulación de «orden público económico» podría llevar a estimar anulaciones de dudosa cabida bajo este concepto». NAVARRO JIMÉNEZ⁴⁶⁵, después de hacer un análisis de la legislación comparada, señala que «no existe un concepto similar en nuestro entorno al de orden público económico que el TSJ de Madrid está utilizando, por lo que no se puede hacer ningún estudio comparado al respecto. (...) Países con larga y consolidada tradición en materia arbitral -cuyo ejemplo debemos observar- tienen un índice mínimo de anulaciones de laudos sobre la base del orden público».

También en relación con la extensión de este motivo de anulación del laudo se ha planteado si cabría apreciar la vulneración del orden público en los casos en los que la resolución arbitral, en caso de tratarse de un arbitraje de derecho, infrinja normas jurídicas o las interprete de forma incorrecta. La cuestión ha sido analizada por ALBALADEJO GARCÍA⁴⁶⁶. Defiende este autor con diversos argumentos que los laudos dictados en arbitrajes de derecho que ignoran la aplicación de normas de nuestro ordenamiento jurídico o que las interpretan incorrectamente han de considerarse contrarios al orden público y ser, en consecuencia, susceptibles de anulación. Y con el mismo fundamento, sostiene también la anulabilidad del laudo de equidad cuando sea

⁴⁶⁴. FÉLIX DE LUIS, J., "Propuestas para una reforma de la acción de anulación de la Ley de Arbitraje", en *Anuario de arbitraje 2016*, coordinada por JIMÉNEZ-BLANCO, G., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pág. 319.

⁴⁶⁵. NAVARRO JIMÉNEZ, S., "Referencia al orden público en derecho comparado", *Diario La Ley*, número 8537, año XXXVI, martes 12 de mayo de 2015, pág. 20.

⁴⁶⁶. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Si puede anularse el laudo de Derecho por infracción de normas y el de equidad por ser inequitativo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.

claramente inequitativo. En este sentido, se pregunta⁴⁶⁷: «¿Es que va a ser inexpugnable un laudo que infrinja evidentemente las normas aplicables, o las interprete de una manera totalmente inaceptable, o injusta e innegablemente favorable a una de las partes, cuando sería atacable si fuese una sentencia judicial?». En su opinión, cuando las partes han optado por un arbitraje de Derecho, se debe poder pedir la nulidad del laudo que infrinja las normas aplicables, porque, si no, se burlaría la voluntad de los interesados, que no han pensado que el conflicto se resuelva según el parecer personal de los árbitros, sino como la ley dispone.

Aunque hay que reconocer que el concepto de orden público suscita controversia entre la doctrina y la jurisprudencia, en ningún caso puede llegar a permitir la anulación de un laudo por una supuesta inaplicación o aplicación incorrecta de una ley. Admitir esta posibilidad es alterar el sentido y el espíritu de la Ley de Arbitraje, inspirado en la Ley Modelo, que parte de la consideración del procedimiento arbitral como un mecanismo autónomo, que solo admite el supra control judicial en los excepcionales casos previstos en el artículo 41. Como ya he repetido en más ocasiones, permitir que por la vía de la acción de anulación se pueda llegar a revisar un laudo por considerar que los árbitros no han aplicado el ordenamiento jurídico de forma correcta, es tanto como inventar una segunda instancia que el legislador ha querido descartar. Solo la clara vulneración de normas imperativas que representen los valores y principios constitucionales que fundamentan nuestra convivencia y nuestra organización social puede ser calificada como una vulneración del orden público susceptible de provocar la anulación del laudo. Si queremos que en España se desarrolle con fuerza el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, debemos ir desechando estos planteamientos tendentes a someter el arbitraje a un profundo control judicial, que, en el fondo, revelan la pervivencia de tópicos anti arbitrales que tan presentes han estado en nuestro país durante mucho tiempo.

⁴⁶⁷. ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pág. 52.

Por fortuna, la STC 46/2020, de 15 de junio⁴⁶⁸, ha venido a recortar esta tendencia expansionista del concepto de orden público que había sido impulsada por algunos Tribunales Superiores de Justicia, señaladamente el de Madrid. Merece la pena reproducir las palabras que utiliza el Alto Tribunal para tratar de reconducir la interpretación del artículo 41 LA y el alcance de la acción de anulación: *«es claro que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros, al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo»* (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3, y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2). Por todo ello, ninguna de las causas de anulación previstas en el art. 41.1 de la Ley de arbitraje puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues *“la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo”* (ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3). A ello hay que añadir –a diferencia de lo afirmado por el órgano judicial– que es doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las *“exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que solo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales”* (STJCE de 26 de octubre de 2008, asunto Mostaza Claro, C-168/05). (...). Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede

⁴⁶⁸. Puede verse el comentario de esta Sentencia en LORCA NAVARRETE, A.M., “El Tribunal Constitucional pone límites al ponente Santos Vijande magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su actividad de control judicial de laudos arbitrales”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXXII, número 2, 2020, págs. 289 a 309.

decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente. Precisamente porque el concepto de orden público es poco nítido se multiplica el riesgo de que se convierta en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes. El órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje y mostrar lo que es una mera discrepancia con el ejercicio del derecho de desistimiento de las partes».

En esta misma línea, la STC 17/2021, de 15 de febrero⁴⁶⁹, fija con claridad los límites de la acción de anulación: *«Como puede apreciarse, en el razonamiento de la sentencia impugnada tan solo se observa su discrepancia en la valoración jurídica que el árbitro ha realizado y, por ello, una vez más, habrá de recordarse que la anulación solo puede referirse a errores in procedendo, y no puede conducir a revisar la aplicación del Derecho sustantivo por los árbitros, es decir, que las resoluciones arbitrales solo son susceptibles de anularse en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral. Igualmente hemos de reiterar que resulta vulnerador del art. 24 CE, por manifiesta irrazonabilidad, extender la noción de orden público como motivo de anulación del laudo, más allá de los límites definidos por los derechos fundamentales, así como que le está vedado al órgano judicial revisar la prueba realizada por los árbitros o la valoración de la misma. Teniendo esto en consideración, resulta manifiestamente irrazonable y claramente arbitrario pretender incluir en la noción de orden público ex art. 41.1 f) LA lo que simplemente constituye una pura revisión de la valoración de la prueba realizada motivadamente por el árbitro, porque a través de esta revisión probatoria lo que se está operando es una auténtica mutación de la acción de anulación, que es un remedio extremo y excepcional que no puede fundarse en infracciones puramente formales, sino que debe servir únicamente para remediar*

⁴⁶⁹. Puede verse un rápido comentario en ANGELL, J., "A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021: anulación de laudos con base en el orden público", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 40, 2021, págs. 173 a 177.

situaciones de indefensión efectiva y real o vulneraciones de derechos fundamentales o salvaguardar el orden público español, lo que excluye que las infracciones de procedimiento, sin afectación material de los derechos o situación jurídica de las partes, puedan servir de excusa para lograr la anulación de laudos».

d) Procedimiento

Según el artículo 42 LA, el procedimiento se sustanciará por los trámites del juicio verbal. En cuanto al plazo para interponer la demanda, señala el artículo 41.4: *«La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarlo».* La actual Ley ha aumentado considerablemente, siguiendo la tendencia LA y Modelo, el plazo para presentar la demanda de anulación (pasa de 8 días a 2 meses). Para compensar el hipotético perjuicio que esta decisión pueda ocasionar a la parte favorecida por el fallo arbitral, la LA en su artículo 45.1 ha previsto la posibilidad de ejecutar el laudo, aunque contra este se haya instado la acción de anulación. Ciertamente es que el mismo artículo permite solicitar la suspensión de dicha ejecución en los casos en que efectivamente se haya presentado demanda de anulación. Respecto a la naturaleza de este plazo, hemos de citar la STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2017, que resume muy bien la doctrina consolidada al respecto: *«Según vienen entendiendo los diversos tribunales que actualmente ostentan competencias en la materia y que han resuelto cuestiones similares (Vid. ATSJ Navarra 12/2011 de 12 de diciembre ; AATSJ Comunidad Valenciana 18/2011 de 6 de octubre , 22/2011 de 10 de noviembre y 6/2012 de 6 de marzo ; y STSJ Comunidad Valenciana 16/2012 de 18 de mayo), el mencionado plazo de dos meses desde la notificación del laudo para la interposición de la demanda de anulación es -al igual que los previstos para el ejercicio de las acciones de revisión de sentencias judiciales firmes (art. 512 LEC) o de reclamación de indemnización por error judicial (art. 293.1.a LOPJ), entre otras- es un plazo de caducidad (no de prescripción) de naturaleza civil o sustantiva (no procesal). Por su condición de tal, y al hallarse fijado por meses, dicho plazo debe*

computarse de fecha a fecha, según lo previsto en el art. 5 CC , debiendo iniciarse su cómputo el día siguiente al de la recepción de la notificación o comunicación del laudo (art. 5.b) LA), sin excluir el mes de agosto -a este respecto véanse, entre otras menos recientes, las SSTS 1ª 171/2010 de 15 de marzo , FJ 2, 645/2010 de 21 de octubre , FJ 3, 837/2010 de 9 de diciembre, FJ 1 y 233/2011 de 29 de marzo , FJ 2, así como el ATS 1ª de 15 febrero de 2011 , que únicamente es inhábil a efectos procesales (art. 183 LOPJ), como tampoco los días festivos, sin perjuicio de considerar prorrogado el plazo hasta el primer día laborable siguiente, si el último fuera festivo en el lugar de recepción de la notificación o comunicación (art. 5.b) LA), incumbiendo a la parte que demanda la anulación del laudo la alegación y la acreditación de la observancia del plazo en el ejercicio de dicha acción y, en especial, la del dies a quo (ATS 1ª 4 de diciembre de 2012 y STS 1ª 43/2013 de 6 de febrero , FJ 3). Además, como tal de plazo de caducidad, no es susceptible de interrupción o suspensión, ni siquiera por el ejercicio de la propia acción ante órgano jurisdiccional incompetente (SSTS 1ª 23 de septiembre de 2004 , 11 de abril de 2005 , 30 de abril de 2007 , 20 de diciembre de 2010 y 21 de septiembre de 2011) o por error judicial (SSTS 1ª de 11 de mayo de 2001 , 4 de noviembre de 2002 y 11 de abril de 2005). Asimismo, la sujeción al breve plazo de caducidad establecido en el art. 41.4 LA alcanza a la acción anulatoria en su conjunto y a todos los motivos de anulación previstos en ella, según se desprende de la doctrina sentada en la STC 288/1993, de 4 de octubre».

La competencia para entender de estas demandas se ha atribuido, a partir de la reforma introducida por la Ley 11/2011, a la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ de las Comunidades Autónomas. En opinión de XIOL RIUS⁴⁷⁰, que yo comparto, esta modificación merece «un juicio favorable, pues la unificación del conocimiento de estas acciones en los tribunales superiores de justicia permite efectivamente obtener un mayor grado de uniformidad en la jurisprudencia, máxime teniendo en cuenta que a LA no admite recurso de casación contra la sentencia dictada, por lo que no es posible que la unificación en la aplicación de la ley se realice por la vía ordinaria del recurso de casación ante el Tribunal Supremo».

⁴⁷⁰. XIOL RIUS, J.A., *op. cit.*, pág. 846.

En cuanto a la legitimación activa, parece claro, a la luz de lo que señala el primer inciso del artículo 41.1 LA, que corresponde a cualquiera de las partes. Normalmente será, como parece lógico, la parte que ha visto desestimada su pretensión en el laudo. Señala XIOL RIUS⁴⁷¹ que también ha de reconocerse legitimación para instar la acción a aquellas personas no comprendidas en el ámbito del convenio arbitral a las que indebidamente se hayan hecho extensivos los efectos del laudo. Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, la demanda habrá de dirigirse contra las demás partes del procedimiento arbitral. Se ha planteado en este tema la posibilidad de reconocer a las instituciones que hayan administrado el arbitraje la posibilidad de intervenir en el proceso de anulación del laudo en aquellos casos en los que la impugnación se base en motivos que incidan en la designación de los árbitros o en la propia tramitación del procedimiento. Lo cierto es que en la tramitación parlamentaria se descartó expresamente una enmienda propuesta en tal sentido. Yo sí que creo que se ha de reconocer a estas instituciones la posibilidad de intervenir en defensa de sus legítimos intereses de mantenimiento de la corrección del laudo, ya que, si este se anula por estas causas, se puede derivar responsabilidad de la corte arbitral correspondiente. XIOL RIUS⁴⁷² también parece ser de esta opinión y ofrece como posible vía procesal para esta intervención el mecanismo previsto en el artículo 13.1 de la LEC: *«Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito»*.

En todo lo demás, el artículo 42 prevé un desarrollo bastante sencillo del procedimiento que, incluso, puede llegar a sentencia sin necesidad de vistas previa. Y, como ya se ha señalado antes, contra la sentencia no cabe recurso alguno.

e) La acción de anulación y el Registro

⁴⁷¹. XIOL RIUS, J.A., *op. cit.*, pág. 847.

⁴⁷². XIOL RIUS, J.A., *op. cit.*, pág. 848.

La acción de anulación de un laudo arbitral no deja de ser un procedimiento judicial que puede afectar a derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad y a situaciones que constan en los libros del Registro Mercantil. La conexión de este proceso con el Registro se puede plantear en dos posibles momentos. En el instante inicial, cuando se presenta la demanda, y en el final del procedimiento cuando se dicte la sentencia. Veamos las especialidades que se pueden plantear en esos dos momentos.

1. Presentación de la demanda

Como en cualquier otro procedimiento judicial, desde el mismo momento de su iniciación pueden plantearse diferentes posibilidades de conexión con el Registro. A través de las diferentes medidas cautelares que prevé la LEC se puede intentar garantizar las resultas del proceso y de la sentencia final. En este ámbito, las que tienen relación con el Registro son todas aquellas que desembocan en una anotación preventiva: anotación de demanda, de prohibición de disponer, de embargo preventivo, de suspensión de acuerdos sociales....

No voy ahora a hacer un análisis de cada una de estas anotaciones y de sus requisitos generales, dado que en gran medida ya las estudié cuando analicé las medidas cautelares en el arbitraje. Sin embargo, sí que merece la pena aclarar una importante duda que se puede plantear en el caso de la anotación de demanda. Me refiero a si es requisito indispensable para la anotación de una demanda de anulación de un laudo el que dicho laudo conste previamente inscrito.

Parecería que lo lógico es exigir que el laudo haya sido inscrito y que se hayan realizado las operaciones registrales que de él deriven antes de que se pida la anotación de la demanda de anulación de dicho laudo. Sin embargo, como ya se expuso en su momento, el artículo 45.1 de la LA establece que *«El laudo es ejecutable aún cuando contra él se haya ejercitado la acción de anulación»*. Eso significa que, una vez dictado un laudo, con independencia de que se hubiera o no entablado la demanda de anulación, sería susceptible de ejecución y, consecuentemente, podría provocar diferentes asientos en el Registro de la Propiedad. A partir de ahí empezarían a funcionar los principios

hipotecarios, y los terceros que adquiriesen derechos confiando en los pronunciamientos del Registro se situarían en una posición inatacable. Frente a ellos no sería oponible la eventual sentencia que declarase la nulidad del laudo que había servido de base a la titularidad del transmitente de quien traen causa. La única manera de evitar que esto sea así es enervar la buena fe de esos terceros haciéndoles saber, por medio de la propia publicidad registral, que dicho laudo arbitral está amenazado de posible anulación. Es por ello por lo que tiene plena lógica solicitar la correspondiente anotación de la demanda por la que se ponga en marcha la referida acción de anulación, aun cuando el laudo no se haya inscrito en el Registro.

2. Sentencia

Obviamente, cuando se dicte sentencia que ponga fin al procedimiento también puede ser necesario trasladar sus efectos a los libros registrales. Son varias los posibles casos que se pueden plantear.

Si la sentencia desestima la acción y confirma, en consecuencia, la validez del laudo, cabría, a su vez, dos opciones. En caso de que se hubieran anotados medidas cautelares al principio del proceso, dichas anotaciones habrán de ser canceladas mediante el oportuno mandamiento judicial. Si, por el contrario, no existieran esas anotaciones preventivas, no será necesario trasladar la sentencia desestimatoria al Registro, porque ninguna consecuencia registral tiene.

En el supuesto de que la sentencia fuese estimatoria y anulase en todo o en parte el laudo, cabría, a su vez, dos posibilidades. Si el laudo no hubiera sido inscrito con anterioridad, tampoco parece que la sentencia que lo anula deba ser inscrita en el Registro. En este caso, si se hubiera practicado alguna anotación preventiva de la demanda, esta habrá de ser cancelada mediante el oportuno mandamiento judicial. Si el laudo sí hubiera sido inscrito, la sentencia, según los términos de su pronunciamiento podrá llevar consigo la práctica de cancelaciones de los asientos a que el laudo hubiera dado lugar. Parece oportuno en este caso que dicha sentencia precise qué asientos han de ser objeto de

cancelación. Caso de que existiera anotación de demanda practicada, se procederá en los términos previstos en el artículo 198 del Reglamento Hipotecario.

III. El recurso de revisión

a) Naturaleza y alcance

Al igual que ocurre con las sentencias judiciales firmes, frente a un laudo, que como ya analicé en su momento, es equivalente a una sentencia firme, puede interponerse el recurso de revisión. Se trata de un proceso autónomo, que no tiene la naturaleza de un recurso en sentido estricto, y que tiene por objeto la rescisión de un laudo por la concurrencia de alguno de los motivos excepcionales que prevé la LEC.

Aunque en la actualidad el artículo 43 LA reconoce expresamente la posibilidad de solicitar la revisión de un laudo definitivo conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, todavía encontramos resoluciones judiciales que mantienen dudas sobre esta posibilidad. En este sentido cabe citar el ATS de 10 de abril de 2018 que, tras definir con acierto el alcance y sentido del proceso de revisión (*«La revisión es un remedio extraordinario que solo por causas muy especiales y en plazos muy determinados permite destruir la fundamental regla de la cosa juzgada, ya que el proceso de revisión, por su naturaleza extraordinaria, supone una excepción al principio esencial de la irrevocabilidad de las sentencias que hayan ganado firmeza, de forma que la interpretación de los casos que lo enmarcan debe efectuarse con un criterio sumamente restrictivo, puesto que, en caso contrario, el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 CE (RCL 1978, 2836) quedaría vulnerado, determinando una quiebra del principio procesal de la autoridad de la cosa juzgada.»*), recoge en su segundo fundamento de derecho una afirmación sorprendente que contraviene lo establecido en el citado artículo 43 LA: *«Con carácter previo, ha de advertirse que, aunque la demanda de revisión se dirige contra el laudo arbitral y contra la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Baleares que denegó su anulación, realmente solo puede dirigirse contra la segunda de tales resoluciones, puesto que el proceso especial de revisión que*

se regula en los arts. 509 a 516 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) únicamente procede contra resoluciones judiciales firmes. Y en este caso, solamente reúne tal condición la STSJ».

Se trata de un instrumento de claro carácter excepcional. A este respecto, señalan MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA⁴⁷³ con mucho acierto: *«El recurso de revisión por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran, haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal arbitral que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia, con un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta».*

Dada esta naturaleza excepcional de la acción de revisión, ha de considerarse totalmente autónoma de la acción de anulación. De esta forma, es perfectamente posible interponer acción de revisión, aunque no se haya interpuesto con carácter previo la de anulación. Hemos de insistir en que el laudo no requiere ningún requisito de firmeza porque contra él no cabe recurso alguno en sentido técnico. Por otro lado, hay que aclarar que una cosa es la acción de revisión de un laudo, y otra distinta la acción de revisión de la sentencia dictada por el TSJ de una Comunidad Autónoma resolviendo una acción de anulación de un laudo.

⁴⁷³. MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *op. cit.*, págs. 745 y 746.

Los motivos que pueden justificar la acción de revisión son los recogidos en el artículo 510 de la LEC⁴⁷⁴. XIOL RIUS⁴⁷⁵ considera que no puede aplicarse a la revisión del laudo el motivo de condena por falso testimonio de los testigos o los peritos, dado que el Código Penal solo contempla el falso testimonio en los procesos judiciales, no en los arbitrales. Y tampoco cabe invocar la figura del cohecho, porque no es aplicable a los árbitros. Partiendo de estas dudas sentadas por XIOL RIUS, señalan OSORIO ITURMENDI y MARTÍNEZ SASTRE⁴⁷⁶ que *«el concepto de maquinación fraudulenta es el más proclive a convertirse en cajón de sastre, éste es el motivo que más veces ha sido alegado en la jurisprudencia»*.

Respecto al procedimiento, cabe señalar que existe un plazo de tres meses para interponer la acción, contados dichos tres meses desde que se descubrieron los documentos, o el fraude, o la declaración de falsedad y siempre que no hayan transcurrido cinco años desde que se publicó el laudo (artículo 512 LEC). Esta regla no será aplicable cuando la revisión esté motivada en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este caso la solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal. La competencia se le atribuye con carácter general a la Sala Primera del Tribunal Supremo, aunque corresponderá su conocimiento a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia cuando se trate de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma; cuando el Estatuto de Autonomía haya previsto esta competencia,

⁴⁷⁴. Artículo 510. *«Motivos. 1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado. 2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente. 3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia. 4.º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta. 2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas»*.

⁴⁷⁵. XIOL RIUS, J.A., *op. cit.*, pág. 874.

⁴⁷⁶. OSORIO ITURMENDI, L. y MARTÍNEZ SASTRE, S., "La acción de revisión de laudos", en *Anuario de Arbitraje 2019*, coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, pág. 385.

o cuando la demanda de revisión se interponga contra sentencias que apliquen normas propias del Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad. Señalan OSORIO ITURMENDI y MARTÍNEZ SASTRE⁴⁷⁷ que el «*artículo 511 de la LEC establece que podrá solicitar la revisión quien hubiere sido parte perjudicada por el laudo firme impugnado. La jurisprudencia ha extendido esta legitimidad activa al tercero que no fue parte en el proceso arbitral de referencia pero que demuestre de forma inexorable que el laudo firme puede afectarle o perjudicarlo. Por el contrario, la legitimación pasiva será solo del que fue parte en los autos arbitrales, pero no de terceros que puedan invocar intereses más o menos difusos*».

b) El recurso de revisión y el Registro

Al igual que vimos al tratar la relación de la acción de anulación con el Registro, en el caso del recurso de revisión también cabe distinguir dos posibles puntos de contacto.

1. Presentación de la demanda

La presentación de la demanda de revisión y la tramitación del correspondiente procedimiento abren un periodo de incertidumbre sobre la posible invalidez o ineficacia del laudo. Si el laudo se inscribió en su día, las titularidades registrales de él derivadas resultarán amenazadas por el proceso de revisión. Es por esta razón por la que parecería razonable pensar en la posibilidad de conectar el procedimiento judicial con el Registro, a fin de evitar el surgimiento de terceros a los que la sentencia que estime la demanda de revisión del laudo no les sería oponible. Y, sin duda, el mejor instrumento para alcanzar este objetivo es la anotación preventiva de demanda.

Sin embargo, la viabilidad de esta anotación de demanda choca con la postura del Tribunal Supremo que, a través de una doctrina consolidada en diferentes Autos⁴⁷⁸ ha

⁴⁷⁷. OSORIO ITURMENDI, L. y MARTÍNEZ SASTRE, S., *op. cit.*, pág. 386.

⁴⁷⁸. Pueden verse, por ejemplo, los ATS de 16 de diciembre de 2009, 2 de abril de 2013, 20 de abril de 2016, 4 de abril de 2018 o 22 de octubre de 2019.

sostenido la imposibilidad de acordar mediadas cautelares en un proceso de revisión de una sentencia firme o de un laudo. Vemos como, por ejemplo, el Auto de 22 de octubre de 2019 comienza con una primera premisa relativa a la naturaleza y alcance de la acción de revisión: *«El procedimiento para la revisión de sentencias firmes establecido en los arts. 509 a 516 LEC es una acción rescisoria autónoma, que por su naturaleza extraordinaria supone una excepción al principio esencial de la irrevocabilidad de las sentencias que hayan ganado firmeza. En consonancia con esta característica, en la sentencia en la que se estima la demanda de revisión se rescinde -según se establece en el art. 516.1 LEC- la sentencia objeto de la demanda de revisión y se remite a las partes al tribunal en el que se siguió el litigio, para usar de su derecho según les convenga en el juicio correspondiente. Esta sentencia eventualmente estimatoria no contiene pronunciamiento alguno relativo a la controversia que dio lugar al juicio del que trae causa la demanda de revisión»*. A continuación, analiza el sentido y finalidad de las medidas cautelares: *«Las medidas cautelares, reguladas en los arts. 721 a 747 LEC, son un proceso dirigido a enervar los obstáculos que puedan oponerse a la eficacia de un proceso principal. El proceso cautelar garantiza la eficacia del resultado de otro proceso. Esta función instrumental o accesorio implica que en la medida cautelar ha de concurrir el elemento de la idoneidad. Solo procede otorgar la tutela cautelar si la petición obedece de forma exclusiva a la finalidad de garantizar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria de la demanda (ATS de 26 de junio de 2009, rec. 1128/2008)»*. Y, a partir de estas dos premisas se establece la conclusión: *«En consonancia con lo expuesto, esta Sala ha declarado que del art. 723 LEC se desprende la improcedencia de medidas cautelares en la revisión de sentencias firmes (entre otros, en AATS de 16 de diciembre de 2009, revisión nº 45/2009, 2 de abril de 2013, revisión nº 36/2012, 20 de abril de 2016, revisión nº 10/2016 y 4 de abril de 2018, revisión nº 77/2017). Las medidas cautelares tienen por finalidad la efectividad de la sentencia estimatoria y no la de una eventual rescisión de una sentencia firme, cuya eficacia no exige ser garantizada por su propia naturaleza. Por esta razón la LEC ha previsto, en el art. 566, una medida específica de suspensión de la ejecución de la sentencia firme pendiente de revisión»*.

Refiriéndose específicamente a la anotación de la demanda de revisión en el Registro, el ATS de 4 de abril de 2018 señala: *«En lo que respecta a la anotación preventiva de la demanda en el registro de la propiedad, esta sala ha reiterado que del art. 723 LEC se desprende la improcedencia de medidas cautelares en la revisión de sentencias firmes (entre otros, en autos de 16 de diciembre de 2009, revisión n.º 45/2009, de 2 de abril de 2013, revisión 36/2012, y de 20 de abril de 2016, revisión n.º 10/2016). El procedimiento para la revisión de sentencias firmes establecido en los arts. 509 a 516 LEC es una acción rescisoria autónoma, que por su naturaleza extraordinaria supone una excepción al principio esencial de la irrevocabilidad de las sentencias que hayan ganado firmeza. Y las medidas cautelares tienen por finalidad la efectividad de la sentencia estimatoria y no la de una eventual rescisión de una sentencia firme, cuya eficacia no exige ser garantizada por su propia naturaleza»*. También el ATS de 16 de diciembre de 2009 deniega la pretensión de la parte que presenta demanda de revisión de sentencia firme para que se ordenen la anotación preventiva en el Registro: *«Del artículo 723 LEC se desprende la improcedencia de medidas cautelares que ahora se solicitan, previstas para la segunda instancia y los recursos extraordinarios, pero no para la revisión de sentencias firmes. Igualmente, del artículo 726 LEC se deduce que las medidas cautelares tienen por finalidad la efectividad de la sentencia estimatoria, no la de una eventual rescisión de una sentencia estimatoria firme. Además, según el artículo 728.1 LEC, las medidas cautelares proceden durante la pendencia del proceso, lo que excluye su adopción una vez terminado el proceso por sentencia firme»*.

Parece claro, a la vista de esta doctrina, que no es posible obtener un mandamiento judicial ordenando la práctica de una anotación de la demanda de revisión. Sin embargo, creemos que esta postura de nuestro TS es excesivamente restrictiva y hace una interpretación demasiado estricta de los preceptos de la LEC. Si atendemos a la justificación que usa el TS para denegar la adopción de medidas cautelares en el último Auto citado, el de 16 de diciembre de 2009, observamos dos razones fundamentales:

- Del artículo 723 LEC se desprende la improcedencia de medidas cautelares que ahora se solicitan, previstas para la segunda instancia y los recursos extraordinarios, pero no para la revisión de sentencias firmes. En mi opinión, el

hecho de que el citado artículo solo prevea qué tribunal es competente para la adopción de medidas cautelares en primera instancia, en segunda instancia y en los recursos por infracción procesal y casación, sin mencionar expresamente el caso del recurso de revisión, no parece que sea argumento de suficiente peso para descartar la posibilidad de medidas cautelares en ese ámbito. El proceso de revisión se desarrolla en única instancia ante la Sala Primera del TS o ante la de lo Civil y Penal del TSJ. Se trata de un proceso en el que, como el propio TS reconoce, se ejercita una acción rescisoria autónoma. Por tanto, basta con aplicar la norma del primer inciso del artículo 723 de la LEC: «*Será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal*».

- Del artículo 726 LEC se deduce que las medidas cautelares tienen por finalidad la efectividad de la sentencia estimatoria, no la de una eventual rescisión de una sentencia estimatoria firme. Además, según el artículo 728.1 LEC, las medidas cautelares proceden durante la pendencia del proceso, lo que excluye su adopción una vez terminado el proceso por sentencia firme. Vuelve aquí el Alto Tribunal a incurrir en contradicción. No se puede calificar la acción de revisión como una acción rescisoria autónoma y, al mismo tiempo, utilizar este argumento que presupone entender el proceso de revisión de sentencias firmes como una suerte de recurso extraño que pretende la rescisión de una sentencia firme. Quien ejercita una acción de revisión de una sentencia firme o de un laudo inicia un proceso nuevo e independiente del que en su momento dio lugar a la sentencia o laudo correspondientes. A través de este nuevo proceso el demandante busca obtener una sentencia estimatoria cuyo fallo se limitará a, como dice el artículo 516 de la LEC, acordar la rescisión de la sentencia o laudo dictado en el proceso de origen. Y tiene pleno sentido que el demandante en este nuevo e independiente proceso quiera garantizarse, por medio de la pertinente anotación de demanda, que cuando se dicte sentencia no van a existir terceros frente a los que dicha sentencia no será oponible.

Por todo lo expuesto, creo que esta doctrina ha de ser revisada y el TS debe permitir la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el procedimiento de revisión, y más específicamente la anotación de la demanda en el Registro, como único mecanismo que permite alcanzar la necesaria conexión entre el proceso y la titularidad que publica el Registro.

2. Sentencia

Cabe aquí mantener las mismas conclusiones que se expusieron cuanto traté la repercusión registral de la sentencia dictada en el procedimiento de anulación del laudo. Si la sentencia es desestimatoria nada afectará a lo que en el Registro aparezca. Sin embargo, si la sentencia acuerda la rescisión del laudo, puede ello implicar la cancelación de aquellos asientos registrales que la inscripción de dicho laudo hubiera producido en su momento. Parece oportuno en este caso que dicha sentencia precise qué asientos han de ser objeto de cancelación.

CONCLUSIONES

I. Después de un detenido estudio de todas las implicaciones que el arbitraje tiene con el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil, hay una primera conclusión que se puede calificar como una auténtica evidencia: en España la regulación sobre esta materia es prácticamente inexistente. Apenas encontramos en nuestro ordenamiento jurídico dos preceptos que se refieran a esta cuestión, si bien centrados en dos aspectos muy concretos. Por un lado, en el ámbito de la legislación registral, está el artículo 38 del Reglamento Hipotecario, que únicamente alude a la posibilidad de inscribir laudos arbitrales emitidos en el extranjero, siempre que hayan sido reconocidos por los Tribunales o Autoridades competentes con arreglo a las leyes y los tratados internacionales. Por otro, en la LA, la única alusión que podemos encontrar es la recogida en el artículo 11, ter, introducido en la reforma de la Ley 11/2011, que regula sin demasiados detalles la inscribibilidad en el Registro Mercantil del laudo que anule acuerdos societarios.

Ante este hecho indiscutible se ha planteado a lo largo de este estudio la viabilidad de conectar todo el procedimiento arbitral con el Registro, desde la constancia registral del convenio que recoja el compromiso de someter a arbitraje las controversias que surjan entre las partes, hasta la inscripción de laudo y de las resoluciones judiciales que pueden afectar a su validez. La carencia de una regulación legal específica no impide que se puedan encontrar soluciones para que el Registro pueda dar publicidad al convenio y a todo el procedimiento arbitral. Para ello resulta imprescindible realizar una relectura de los principios hipotecarios y de las reglas que gobiernan el funcionamiento del Registro para que se adapten a las peculiaridades del mundo arbitral. Una aplicación inflexible de muchas normas recogidas en la legislación registral que no tenga en consideración la especial naturaleza del arbitraje hace en la práctica casi imposible la registración de los diferentes actos derivados del procedimiento arbitral. De igual forma, una actuación arbitral que ignore alguno de los aspectos o reglas esenciales del mundo registral va a suponer que los documentos librados en el proceso arbitral no puedan acceder al Registro. A lo largo de este trabajo se ha hecho un gran esfuerzo en concretar esas necesarias

adaptaciones interpretativas para salvar la ausencia de una mínima regulación legal sobre esta materia.

Sin embargo, el hecho de que se haya intentado ofrecer soluciones interpretativas que solucionen la necesaria coordinación del mundo arbitral con el Registro, no debe ocultar un hecho incontestable que se ha puesto de manifiesto con ocasión de este trabajo: resulta imprescindible, o, al menos, muy conveniente, que el legislador acometa cuanto antes una reforma legal que resuelva todas las dudas que a lo largo de esta obra se han puesto de manifiesto.

II. El encaje de la institución arbitral en el mundo del Registro, dadas las dificultades que resultan de la ausencia de un desarrollo normativo suficiente, hace que recobre una especial importancia la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje. Solo una correcta delimitación de los elementos definidores del arbitraje permitirá realizar las adaptaciones de las normas registrales que sean necesarias para resolver el régimen jurídico aplicable al acceso de los distintos momentos del procedimiento arbitral al Registro.

Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje existen muchas opiniones en nuestra doctrina. Ni en la Constitución Española ni en la legislación arbitral existen referencias expresas que permitan despejar las dudas que la doctrina ha puesto de relieve. No obstante, el examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos permite hacer dos afirmaciones esenciales sobre la naturaleza del arbitraje que son determinantes del tratamiento que registralmente ha de darse a la institución arbitral.

En primer lugar, se puede afirmar que el arbitraje está basado en un negocio jurídico en el que las partes expresan libremente su voluntad de someter a la decisión de un árbitro las eventuales controversias que puedan surgir en una determinada relación jurídica. Ello implica que haya de darse a este negocio jurídico el mismo tratamiento registral que a cualquier otro negocio jurídico inscribible. Por tanto, habrá de prestarse una especial atención a la adecuada prestación de ese consentimiento, a la capacidad de

las partes y al poder de disposición sobre la materia que vaya a someterse a arbitraje, así como al hecho de que el contenido de dicho negocio no vulnere normas imperativas.

Por otro lado, la segunda conclusión que puede extraerse de la doctrina del TC es la de que el arbitraje es un procedimiento en el que, con pleno respeto a los principios constitucionales, se termina emitiendo un laudo que va a tener la misma eficacia que una sentencia judicial. Por eso se habla del arbitraje como de un *equivalente jurisdiccional*. Siendo ello así, parece que habrá de aplicarse al arbitraje buena parte de las normas que la legislación hipotecaria recoge respecto a la inscripción de resoluciones judiciales. Esta conclusión va a ser determinante a la hora de solucionar cuestiones como la de la forma que haya de revestir el laudo para poder acceder al Registro, o la del ámbito y alcance de la calificación registral.

III. No puede haber arbitraje sin que exista el previo acuerdo de las partes de someter a esta forma de resolución de conflictos la decisión acerca de las controversias que puedan surgir entre ellas en un futuro respecto de una determinada relación jurídica. Por tanto, el convenio arbitral está en el origen y constituye el fundamento de la propia institución.

Cuando se plantea la conexión del convenio arbitral con el Registro, surgen dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, se duda cuál puede ser la finalidad de inscribir el convenio en el Registro. Y, por otro lado, se cuestiona si el convenio es susceptible de inscripción, teniendo en cuenta su objeto y contenido.

La primera de las preguntas tiene una fácil respuesta: con la inscripción del convenio arbitral se consigue que éste se vea favorecido por los efectos de la publicidad registral. Consecuentemente, inscrito el convenio arbitral, no solo quedarán vinculados a su cumplimiento las partes que directamente lo han suscrito, sino que también se verán sometidos a sus efectos los posteriores adquirentes de la finca o los que en lo sucesivo se conviertan en socios de la sociedad. Estos terceros adquirentes también deberán avenirse a resolver por vía arbitral las eventuales controversias sobre la materia que haya sido objeto del convenio arbitral.

En relación con la inscribibilidad del convenio arbitral, aunque tradicionalmente se han planteado muchas dudas y ha habido opiniones contrarias a su acceso al Registro dada su falta de trascendencia jurídico real, en la actualidad está absolutamente claro la posibilidad de inscribir el pacto arbitral en el caso del arbitraje societario, puesto que el artículo 11 bis LA así lo prevé. En el ámbito del Registro de la Propiedad siguen existiendo resistencias a la inscripción, pero creo que tampoco son ya admisibles. El pacto de sometimiento a arbitraje es perfectamente admisible al amparo del principio de autonomía de la voluntad en el campo de los derechos reales. No olvidemos que hay una consolidada jurisprudencia que asume que nuestro sistema jurídico real se encuadra en el modelo del *numerus apertus*, modelo que no solo permite crear nuevas categorías de derechos reales, sino también introducir modificaciones en los derechos reales típicos. Y no hay ninguna razón de derecho imperativo que impida a las partes regular el contenido de un derecho real previendo el sometimiento a arbitraje de las posibles controversias que surjan en su ejercicio. Y, naturalmente, ese pacto modulará el derecho real y podrá ser inscrito para beneficiarse de todos los efectos de la publicidad registral.

IV. El hecho incontrovertible de que el convenio arbitral requiere el consentimiento de todas las partes que en el futuro se verán compelidas a someter a arbitraje las eventuales controversias que surjan entre ellas, ha llevado a nuestro Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de leyes que establecían el arbitraje obligatorio sin requerir el consentimiento de alguna de las partes.

Ello no obstante, existen casos en los que esta regla general cede en beneficio de la viabilidad del arbitraje. El primero de los ejemplos lo encontramos en el arbitraje societario. Si el pacto de sumisión a arbitraje se introduce en los estatutos sociales con posterioridad a la constitución de la sociedad, el artículo 11 bis, 2 LA no establece el requisito de que el acuerdo de modificación estatutario se adopte por unanimidad, sino que se limita a exigir al menos el voto favorable de dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital social. Sin embargo, entiendo que el legislador ha seguido manteniendo un nivel demasiado alto. Esa mayoría está referida, no al número de votos presentes en la junta general, sino al total de

las participaciones o acciones en que se divide el capital, estén o no presentes o representados, y esta mayoría es casi imposible conseguirla en una sociedad anónima mediana o grande (o todavía peor, en el caso de una sociedad cotizada). Lo correcto hubiera sido dar a esta modificación de estatutos el tratamiento que la LSC otorga a las modificaciones ordinarias de estatutos.

La otra clara excepción al principio de que no hay arbitraje sin el acuerdo unánime de todas las partes expresado en el convenio arbitral es el arbitraje testamentario regulado por el artículo 10 LA . Es el testador el que dispone, a través de un acto unilateral, personalísimo, no recepticio, formal y revocable, que las eventuales controversias entre sus herederos se resuelvan por vía arbitral. Los herederos que aceptan la herencia aceptan también su sometimiento a esta forma de resolución de conflictos. Por tanto, no son las partes en conflicto, sino el testador, el que decide que será el arbitraje la vía de solución de sus controversias.

Sin embargo, no se puede considerar excepciones a la regla general los casos en los que una persona se ve compelida a someterse a arbitraje en la resolución de sus conflictos, no porque haya suscrito un convenio arbitral al efecto, sino por el hecho de que es un tercero adquirente que se ve vinculado por un convenio arbitral inscrito en el Registro. Los efectos de la publicidad registral implican que cuando un tercero adquiere derechos respecto a una titularidad inscrita, los está adquiriendo con el alcance y con las modulaciones que aparecen publicadas por el Registro. Luego, al prestar su consentimiento a la adquisición, está prestando el consentimiento al convenio arbitral.

V. El artículo 2 LA establece una regla muy abierta para fijar el objeto del arbitraje: *«Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho»*. Aunque el objetivo del legislador haya sido ampliar todo lo posible el ámbito objetivo del arbitraje, en España han tenido mucho peso los tópicos anti arbitrales que han intentado recortar esa amplitud objetiva.

Quizá el argumento que más éxito ha tenido en ese intento de recortar las materias que son susceptibles de arbitraje ha sido el de quienes han sostenido que no pueden ser

consideradas como *materias de libre disposición conforme a derecho* aquellas que se encuentran reguladas por normas de naturaleza imperativa. De esta forma se consigue expulsar del campo del arbitraje cuestiones tan generadoras de conflictos como el derecho societario, los arrendamientos urbanos y rústicos, o, incluso, los conflictos en materia de propiedad horizontal.

Afortunadamente la doctrina de la DGRN y la jurisprudencia del TS han rechazado esta tesis y han confirmado que en materias de libre disposición pueden existir normas imperativas sin que pierdan ese carácter. Hay muchas materias que pertenecen al ámbito de la libre disposición de las personas por afectar a aspectos económicos susceptibles de negociación entre las partes, que, sin embargo, están reguladas por algunas normas imperativas establecidas por el legislador con el fin de proteger ciertos valores que el ordenamiento considera necesitados de tutela. Pensemos en campos como el societario, el de los arrendamientos, el de los seguros o el del mercado hipotecario, en los cuales la presencia de normas imperativas no puede privarlos de la consideración de ser materias de libre disposición de las partes negociales. No parece sensato considerar que un préstamo hipotecario no es materia de libre disposición por el hecho de que la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, haya establecido en beneficio de la parte más débil de la relación jurídica una serie de normas imperativas e inderogables.

La presencia de normas imperativas, por tanto, no excluye de por sí la posibilidad de someter a arbitraje las eventuales controversias que puedan surgir en ese ámbito. Obviamente, los árbitros han de respetar dichas normas cuando dicten el laudo. Es más, en hipótesis, y aunque no sea frecuente, cabría incluso el arbitraje de equidad, siempre que, naturalmente, se respeten esas normas imperativas.

VI. Dada la eficacia tan radical que genera el Registro de la Propiedad, el legislador ha querido establecer un especial control de legalidad en relación con los actos inscribibles. No debemos olvidar que los asientos en un Registro de derechos no reflejan o publican procesos de constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales consumados extra-registralmente, sino que forman parte del proceso adquisitivo,

pues incorporan una resolución del Estado asignando la titularidad de los derechos reales inmobiliarios, así como estableciendo su delimitación conforme a las reglas dispuestas por el propio Estado. Esta titularidad asignada por el Estado será inatacable respecto a incidencias o circunstancias que no resultaran del contenido del propio Registro. La inscripción se convierte así en un título de propiedad de eficacia universal, siempre que se cumplan dos requisitos: a) Uno *ex ante*, cual es haber adquirido negocialmente de un titular con poder de disposición reconocido como tal por el Estado a través de la inscripción correspondiente, y b) otro *ex post*, cual es obtener el reconocimiento por el Estado del derecho negocialmente adquirido del anterior titular reconocido por el Estado, mediante la obtención, a su vez, de la correspondiente inscripción. Por ello, con independencia de que se reconozca o no que la inscripción sea constitutiva *inter partes*, es evidente que la titularidad reconocida por el Estado a través de la inscripción, es distinta de la puramente negocial.

Desde esta perspectiva la calificación que realiza el registrador constituye ese acto de reconocimiento expreso que el Estado realiza y que transforma cualitativamente la titularidad formada en el ámbito extrarregistral. Lleva a cabo un verdadero control de legalidad que garantiza que los derechos que acceden al Registro se ajustan al ordenamiento. Por eso la inscripción queda bajo la salvaguarda de los tribunales y surtirá todos los efectos mientras una sentencia firme no acuerde lo contrario. Consecuentemente, todo convenio arbitral que pretenda acceder al Registro de la Propiedad o al Mercantil ha de someterse a dicho control de legalidad. La cuestión es determinar el alcance y extensión que la calificación registral va a tener en estos casos.

Como ya he señalado anteriormente, es indudable el reconocimiento de una perspectiva negocial en la naturaleza jurídica del arbitraje. Por ello, el registrador ha de llevar a cabo una calificación semejante a la que realiza con cualquier otro negocio inscribible. No parece que se puedan plantear en la calificación registral del convenio las limitaciones que sí son entendibles al calificar el laudo que pretende acceder al Registro. Por todo ello debemos considerar que el registrador tiene que calificar conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria la validez externa e interna de los actos y negocios que se pretenden inscribir. En el caso de un convenio arbitral, comprobará que cumple todos

los requisitos que la ley establece respecto de los elementos personales, objetivos y formales. Incluso puede valorar si la materia objeto del convenio es susceptible de arbitraje. Esto no supone vulnerar lo previsto en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje. Las partes siguen pudiendo acudir al proceso arbitral para dirimir sus controversias, y en dicho proceso serán los árbitros los encargados de decidir sobre su competencia, en los términos que antes expuse, pero el convenio no se podrá inscribir y no obtendrá con ello el respaldo del Estado que permite hacerlo eficaz frente a terceros adquirentes que no lo han firmado personalmente o por medio de representante.

VII. En el arbitraje cabe distinguir dos etapas claramente diferenciadas. Una primera etapa que va desde que se firma el convenio y, en su caso, se inscribe en el Registro, hasta que surge la controversia y las partes comienzan el procedimiento propiamente dicho. Y una segunda etapa, que comprende todo el tiempo que dura el procedimiento arbitral hasta que se dicta el laudo. La primera actuación en esta segunda fase de desarrollo del procedimiento ha de ser el nombramiento de los árbitros que van a resolver la controversia.

Respecto a la idoneidad para ser designado árbitro, creo que cabe señalar varios requisitos:

- Debe tratarse de una persona plenamente capaz. Aunque la parquedad de la ley ha dado pie a que se discuta si en determinados casos de personas que no tienen la capacidad plena (menores emancipados, concursados, personas a las que por sentencia se les han establecido medidas de apoyo a la discapacidad, personas que han sido condenadas a alguna de las penas de privación de derechos que establece el artículo 39 del Código Penal), cabe su nombramiento como árbitros. En mi opinión, no. Es necesario que se trate de personas plenamente capaces, sin limitación alguna.
- Es necesario que el árbitro no tenga ninguna incompatibilidad derivada de su profesión o del cargo público que ejerza.
- En caso de que se trate de un arbitraje en derecho, es preciso que el árbitro sea un jurista. Con buen criterio la LA vigente ha abierto la posibilidad de ser árbitro a toda clase de juristas, y no solo a los abogados en ejercicio. Particular mención

hay que hacer de los registradores de la propiedad y notarios, que hasta la reforma LA de 2011 tenían vedado el ejercicio de funciones arbitrales. Sin duda, permitir la actuación como árbitros a todo tipo de juristas ha servido para enriquecer el arbitraje con aportaciones profesionales muy valiosas que permiten a las partes escoger el profesional más específico para la resolución de la controversia.

- Finalmente hay que señalar que la LA no ha establecido el momento en el que el árbitro ha de reunir los requisitos de capacidad y habilitación profesional, si cuando se le designa o cuando acepta el cargo. En mi opinión, habrá que analizar caso a caso. Dado que la Ley no impone un criterio cierto, no debe descartarse que en algunos supuestos pueda nombrarse a una persona como árbitro, condicionando dicho nombramiento a la circunstancia de que dicha persona goce de plena capacidad o no esté sujeta a incompatibilidad legal al tiempo de iniciarse el procedimiento arbitral.

Al margen de los requisitos de capacidad e idoneidad del árbitro, ha de destacarse la necesidad de que tanto los árbitros como las cortes arbitrales sean independientes e imparciales. Si nuestro ordenamiento ha atribuido al arbitraje la etiqueta de *equivalente jurisdiccional*, entendiéndolo constitucionalmente admisible la renuncia al sistema de tutela jurisdiccional directa, parece necesario que el sistema arbitral responda garantizando la pureza del proceso y del laudo. Para ello la imparcialidad del árbitro es esencial. Por ello considero muy acertadas las herramientas que la LA ha previsto para asegurar esta imparcialidad y el desarrollo que la jurisprudencia ha realizado identificando los hechos que han de entenderse como susceptibles de ponerla en entredicho.

VIII. El proceso de designación de los árbitros suele generar situaciones de conflicto. Sí que hay un principio que, como en todo el proceso arbitral, está presente en esta materia: la prevalencia de la voluntad de las partes. Son las partes las que deciden si se trata de un arbitraje administrado por una institución o corte arbitral, o un arbitraje *ad hoc*. Incluso en el caso de que se opte por el arbitraje administrado, en cuyo caso las partes se someten al reglamento de la respectiva corte, la mayor parte de dichos reglamentos reconoce la libertad de los litigantes para decidir el número y la identidad de los árbitros. No obstante, este principio de autonomía de la voluntad siempre está limitado por el de

igualdad. Ello implica que estarán vedadas cualesquiera actuaciones que impliquen una posición de privilegio para alguna de las partes implicadas, aunque no haya sido buscada de forma deliberada.

Para el caso de que el acuerdo de las partes sobre la designación de los árbitros no llegue a conseguirse, la LA ha previsto el auxilio judicial a través del correspondiente procedimiento regulado por el artículo 15 LA. De ese procedimiento pueden fijarse una serie de conclusiones:

- En principio solo es aplicable a los supuestos de arbitraje *ad hoc*. En el arbitraje administrado solo sería posible solicitar el auxilio judicial en casos excepcionales como: -que las partes han pactado el arbitraje administrado, pero sin determinar la institución encargada; -cuando la entidad designada en el convenio no existe al tiempo en que se va a iniciar el arbitraje; -si, tratándose de un arbitraje societario que, conforme al artículo 11 bis. 3 LA, ha de ser un arbitraje administrado, no se ha previsto en los estatutos sociales qué institución ha de ser la encargada de entender del procedimiento arbitral.
- El Tribunal habrá de comprobar la existencia del convenio arbitral, para lo que debe hacer una interpretación amplia. Por el contrario, no parece que a la vista del artículo 15.5 LA pueda el Tribunal analizar la validez y eficacia del convenio arbitral. Tales cuestiones solo serán susceptibles de análisis en el propio procedimiento arbitral o, posteriormente, en el proceso de anulación del laudo.
- En la apreciación de la existencia y vinculación del convenio arbitral respecto de las partes ha de tenerse en cuenta, en caso de convenios inscritos en el Registro, la eficacia de la publicidad registral que implica el sometimiento de los terceros adquirentes a la cláusula arbitral tal como figura en la inscripción.
- El Tribunal habrá de respetar las reglas que las partes hubieran recogido en el convenio sobre la designación de los árbitros.
- Respecto de la naturaleza jurídica del procedimiento, estimo que no cabe considerar que se trate de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino que debe encuadrarse en el marco de los juicios verbales, que son procesos

declarativos contenciosos en los que las partes defienden sus pretensiones con plenas garantías, aunque con una tramitación más sencilla que el juicio ordinario.

Por último, hay que insistir en que la constancia registral de la designación de los árbitros no solo es posible, sino que sumamente conveniente, por lo que supone de complemento de la publicidad registral y de adecuada conexión del proceso arbitral con el Registro. Ahora bien, si dicha designación no resulta del convenio arbitral inscrito, para hacerla constar en el Registro será imprescindible que previa o simultáneamente se practique la anotación preventiva de demanda arbitral.

IX. En materia de medidas cautelares, dada la parquedad LA, se plantean numerosos interrogantes prácticos y de conexión con el Registro. Conviene destacar algunas ideas que creo deben presidir la interpretación de las normas:

- La competencia para su adopción la tienen tanto jueces como árbitros. En la práctica pueden producirse situaciones de conflicto con decisiones contradictorias del juez y del árbitro. Quizá el camino sea establecer que el juez tiene la obligación, cuando se le solicita la adopción de una medida cautelar para un procedimiento arbitral, de comunicar dicha solicitud a los árbitros, requiriéndoles al mismo tiempo para que le informen sobre la eventual existencia de peticiones de medidas cautelares en el procedimiento arbitral que pudieran resultar contradictorias con las solicitadas judicialmente. Desde la perspectiva registral la única alternativa actualmente existente es la que ofrecen los principios hipotecarios de prioridad y rango. Si las medidas adoptadas son compatibles, el registrador las hará constar con la prioridad que corresponda al momento de su presentación en el Diario. Si fueran contradictorias entre sí, la eficacia de la prioridad registral será excluyente, quedando cerrado el Registro cuando exista anotada otra medida cautelar que sea incompatible con la presentada después.
- La adopción de una medida cautelar requiere la apreciación de una serie de requisitos. Tanto el juez como el árbitro son plenamente competentes para apreciar el cumplimiento de estos requisitos, sin que el registrador pueda revisar

esa decisión al calificar el mandamiento que ordena practicar una anotación preventiva.

- Conforme a la letra del artículo 23 LA es posible que las partes pacten limitaciones o, incluso, la exclusión de las medidas cautelares. Ahora bien, si a pesar de la existencia de este pacto el juez o el árbitro adopta alguna medida cautelar, el registrador no podrá denegar la anotación, dado que ambas partes habrán tenido ocasión de defender su derecho y si no han alegado nada al respecto, lo lógico sería entender que han desistido del acuerdo inicial sobre la posibilidad de pedir dichas medidas. Y en todo caso, a la parte que no ha pedido la medida cautelar le quedará la posibilidad de recurrir la resolución judicial o de ejercitar la acción de anulación del laudo.
- Respecto a la posibilidad de solicitar medidas cautelares *ante causam*, entiendo que no solo pueden pedirse ante el juez (opción prevista legalmente), sino que también podrán solicitarse ante los llamados árbitros de urgencia que muchos reglamentos de distintas cortes arbitrales han ido previendo en los últimos años.

X. Analizando la cuestión de las medidas cautelares desde el punto de vista registral, también deben establecerse algunas conclusiones:

- Quizá el aspecto más conflictivo es el relativo al título formal exigible para practicar una anotación preventiva acordada por los árbitros como medida cautelar. Frente al criterio sostenido por la DGRN en dos Resoluciones concretas, entiendo que no es necesario que, una vez adoptada la medida cautelar por el árbitro, se acuda al auxilio judicial para que se emita un mandamiento que permita la práctica de la anotación. En primer lugar, debe considerarse muy discutible la afirmación recogida en la Exposición de Motivos LA cuando declara que «...dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva». Coincido con los autores que entienden que no se puede hablar de fase ejecutiva *stricto sensu* en el campo de las medidas cautelares. Y, en cualquier caso, no parece que pueda considerarse como un verdadero acto de ejecución el libramiento de un mandamiento judicial para trasladar al registrador el acuerdo de los árbitros de que se tome una anotación preventiva. Por tanto,

carece de sentido imponer esta exigencia formal que lo único que va a provocar es un retraso en la práctica efectiva de dicha medida cautelar, con el consiguiente peligro de que dicho retraso termine provocando la falta de efectividad de la medida cautelar en cuestión. Consecuentemente, considero que el laudo o la orden adoptada por los árbitros acordando la práctica de la correspondiente anotación preventiva ha de ser título formal suficiente para que dicha medida tenga acceso al Registro.

- Partiendo de la base de que es posible, siempre que las partes no hubieran dispuesto otra cosa, la adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, tanto por los jueces como por los árbitros, desde el punto de vista registral creo que el registrador ha de controlar que en estos casos resulten de la resolución judicial o del laudo arbitral dos extremos: que se adopta la medida cautelar sin audiencia de parte porque concurren circunstancias de extrema urgencia (sin que la calificación registral pueda extenderse a valorar si concurren o no esas circunstancias); y que dicha resolución o laudo ha sido notificada a la parte afectada a fin de que pueda realizar las impugnaciones que fueran procedentes. Además, aunque suele ser frecuente que a este tipo de medidas cautelares urgentes se les fije un plazo de duración breve, esa circunstancia no afectará al plazo de duración y caducidad de la anotación preventiva correspondiente.
- Aunque es cierto que en materia de anotaciones preventivas la doctrina y la jurisprudencia han entendido que rige el principio de *numerus clausus*, este criterio no considero que deba aplicarse con un rigor puramente literal. Es cierto que anotaciones preventivas son solo las que la Ley prevé. Pero dentro de cada uno de los casos debemos entender incluidos todos los supuestos que reúnan presupuestos similares y finalidades equivalentes. Y eso es lo que ha hecho la Dirección General. En lugar de aferrarse a la letra de la norma ha ido admitiendo casos que encajaban dentro de los mismos parámetros. Solo partiendo de estas premisas podemos plantear adecuadamente la posibilidad de que se practiquen anotaciones preventivas derivadas del procedimiento arbitral. Ni debemos pretender que las únicas anotaciones sean las que expresamente prevé la Ley (en ese caso pocas posibilidades tendríamos porque la legislación no alude específicamente a anotaciones practicadas a resultas de este tipo de

procedimientos), ni tampoco sostener que cualquier medida cautelar que eventualmente se pueda acordar en el arbitraje sea susceptible de provocar una anotación.

XI. Respecto a las medidas cautelares concretas que pueden tener acceso al Registro, entiendo que se pueden catalogar en tres grandes grupos.

En primer lugar, está la anotación de demanda, cuya finalidad es dar publicidad registral a la pendencia de un proceso arbitral. Con carácter general procede solicitar la anotación de la demanda arbitral en todos aquellos procedimientos en los que el laudo final estimatorio de las pretensiones de las partes pueda dar lugar a una alteración en la situación registral de alguna finca o derecho real inscrito. Aunque según el artículo 27 LA el procedimiento arbitral se entiende iniciado en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje, entiendo que solo cuando se ha presentado la demanda en la que se especifica la pretensión del demandante será viable la anotación. No toda demanda es susceptible de anotación, sino solamente aquellas cuya estimación pudiera producir una alteración en la situación registral. Y, como es lógico, eso solo puede valorarse a la vista de un escrito del demandante que deje claro el pronunciamiento que solicita de los árbitros. Si a la vista de la petición del demandante se deduce que es una pretensión que, en caso de ser estimada, podría provocar una alteración del contenido del Registro, entonces podrá ordenarse la correspondiente anotación.

Un segundo grupo de medidas cautelares que pueden tener reflejo registral son las que persiguen asegurar la efectividad de las resultas económicas del laudo. Este el caso de la anotación de embargo preventivo, que registralmente plantea sobre todo problemas de tracto sucesivo. En ocasiones puede ser preciso acudir al auxilio judicial cuando se pretenda el embargo de una finca que figura inscrita con carácter ganancial y el procedimiento arbitral solo afecta a uno de los cónyuges. Los árbitros carecen de competencia para notificar al otro cónyuge la traba del embargo a los efectos de los establecido en los artículos 541 de la LEC y 144.1 del RH, dado que este trámite afecta a una persona que es ajena al arbitraje y a sus efectos.

Finalmente están aquellas anotaciones que pretenden suspender la eficacia de los derechos o situaciones inscritas, o limitar el ejercicio de las facultades de dichos derechos. En esta categoría se encuadran las anotaciones de prohibición de disponer, que solo tienen sentido en el ámbito del Registro de la Propiedad, y las de suspensión de acuerdos sociales impugnados. En relación con esta última, ante la duda de si resulta aplicable al ámbito arbitral la limitación que establece el punto 10º del artículo 727 de la LEC, creo que la LEC no es de aplicación supletoria, a menos que las partes o el reglamento de la institución arbitral lo hayan previsto. Consecuentemente, si no hay nada acordado por las partes ni en el reglamento de la corte, serán los árbitros los que valoren si procede o no exigir algún porcentaje de representación respecto del capital social en los demandantes de esta específica medida cautelar.

XII. Aunque existen otras formas de terminación del proceso arbitral, lo normal es que este acabe cuando los árbitros dictan el laudo definitivo. Pero hay veces en las que en curso del procedimiento las partes alcanzan un acuerdo sobre la controversia que les ha llevado a litigar. En estos casos el artículo 36 LA admite que los árbitros dicten un laudo que recoja el acuerdo de las partes. Es el que se denomina laudo homologado.

En cierto modo es el equivalente al supuesto de la transacción judicial al que se refiere el artículo 19 de la LEC. En este caso, en lugar de un laudo encontramos un auto judicial que homologa el acuerdo transaccional alcanzado por las partes en el litigio. Pues bien, se plantea la posibilidad de inscribir directamente este auto judicial homologatorio del acuerdo transaccional, y, en su caso, el laudo al que alude el citado artículo 36, o si, por el contrario, es preciso el otorgamiento de escritura pública que recoja el referido acuerdo de las partes. La posición que actualmente mantiene la DGRN (hoy, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) es la de entender que el auto judicial no es directamente inscribible porque el juez se limita a comprobar la capacidad de las partes y la libre disposición sobre la materia objeto de transacción, pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes.

Yo disiento de esta solución adoptada por el Centro Directivo. Entiendo que un auto judicial aprobatorio del acuerdo transaccional es perfectamente inscribible sin necesidad de otorgar escritura notarial. Y, consecuentemente, en el ámbito de arbitraje, a la hora de inscribir un laudo dictado en los términos del artículo 36 LA, deben exigirse los mismos requisitos formales que para inscribir cualquier otro laudo arbitral, que, en mi opinión, no implican la necesidad de la elevación a público notarialmente.

XIII. Dentro del estudio de los requisitos para la inscripción del laudo arbitral hay una primera cuestión que es sumamente polémica, pero cuya resolución será determinante para facilitar o no el acceso de las decisiones arbitrales al Registro. Me refiero al título formal exigible para la inscripción del laudo.

Una primera aproximación basada en un análisis puramente literal de los preceptos que sobre esta materia se recogen en nuestra legislación hipotecaria nos conduce inexorablemente a exigir que el laudo que han dictado los árbitros se deba elevar a escritura notarial para conformar un título susceptible de inscripción. La letra de los artículos 3 LH y 18 del CCO así parece imponerlo.

Sin embargo, en este trabajo he tratado de ofrecer argumentos que permitan eludir el cumplimiento de esta exigencia formal innecesaria en este caso. Es obvio que no puede sostenerse que un laudo arbitral sea un documento público. La exigencia de titulación pública prevista en los artículos 3 LH y 18 del CCO encuentra dos explicaciones básicas que la justifican: a) El documento público goza de la presunción de autenticidad que alcanza a su existencia, fecha y contenido; b) El documento público está redactado por un funcionario público, lo que, naturalmente, le atribuye una mayor precisión técnica y un mayor grado de adecuación al ordenamiento jurídico. En el caso del laudo arbitral, cualquiera que sea la exigencia formal que se le imponga para su inscripción, es evidente que nunca va a ser redactado por un funcionario, que se limitará a reproducirlo en un instrumento público. Por tanto, la segunda de las razones expuesta no es relevante en relación con el laudo.

Respecto a la exigencia de autenticidad para que un documento sea susceptible de inscripción, hay que señalar que la cualidad de la autenticidad no es hoy en día exclusiva de los documentos públicos. Se podría alcanzar la autenticación presentando a inscripción un laudo firmado por los árbitros con firma electrónica reconocida. Si a ello le unimos la consideración del laudo arbitral como equivalente a una sentencia judicial, creo que existen argumentos suficientes para abrir el Registro a la inscripción del laudo sin necesidad de su protocolización notarial.

No obstante, considerando las dudas que existen en nuestra doctrina al respecto, así como la carencia de una regulación específica, creo conveniente que una futura reforma legal se ocupara expresamente de aclarar la forma que ha de exigirse a un laudo para ser considerado título formal accesible al Registro. Esa reforma, con una inequívoca vocación de acercamiento del arbitraje a los Registros, debería contemplar dos instrumentos que facilitarían enormemente la inscripción del laudo, sin perjuicio, como no podría ser de otra forma, de mantener la alternativa de la elevación a público del laudo:

- Reconocimiento expreso de que el laudo firmado por el árbitro con firma electrónica reconocida constituye título formal apto para la inscripción;
- Crear una sección en el Registro Mercantil para que puedan inscribirse las instituciones o cortes arbitrales. De esta forma, los secretarios de esas cortes que tengan su cargo inscrito en el Registro Mercantil podrían expedir certificados suscritos con firma electrónica reconocida en los que se recoja el contenido y todos los datos de los laudos emitidos por dicha institución, certificados que serían directamente inscribibles en el Registro.

XIV. No menos compleja que la anterior resulta la cuestión del alcance de la calificación registral del laudo. De hecho, se puede afirmar que guardan importantes paralelismos. Primero, porque tampoco esta materia ha sido regulada en la legislación arbitral ni en la hipotecaria. Y, segundo, porque la aplicación de la regla general en materia de calificación de los documentos inscribibles choca con la naturaleza y efectos reconocidos legalmente al laudo arbitral.

Por un lado, la calificación registral es el pilar fundamental que garantiza el principio de legalidad en el sistema registral. A la inscripción de los derechos reales en el Registro se le han ligado toda una serie de efectos tan intensos que transforman cualitativamente el derecho que se inscribe. La calificación que realiza el registrador se convierte en un acto de reconocimiento público que hace el Estado a través de este funcionario de que el título que se inscribe se ajusta al ordenamiento jurídico. Este reconocimiento genera una presunción que solo podrá ser destruida por una sentencia judicial firme. Esa es la razón por la cual se entiende que la calificación ha de abarcar tanto los requisitos de forma como los de fondo del título inscribible. Solo cuando existan suficientes razones basadas en otros principios jurídicos recogidos en nuestro ordenamiento, cabrá establecer límites a la calificación. Eso es lo que ocurre con los documentos judiciales y administrativos (artículos 99 y 100 del RH).

Ahora bien, admitir que el registrador califique el laudo presentado a inscripción en toda la extensión que prevé el citado artículo 18 LH supone *de facto* convertirlo en una suerte de segunda instancia revisora de la legalidad del laudo. Y no parece que eso cuadre con el rotundo pronunciamiento del artículo 43 LA: «*El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes*».

Por todo ello, quizá la alternativa más razonable sea la de aplicar a la calificación del laudo las mismas limitaciones que están previstas para la calificación de las resoluciones judiciales (artículo 100 RH) con las particularidades que resultan de la legislación arbitral.

Partiendo de esta premisa, se puede concluir que los extremos que son susceptibles de control por parte del registrador van a estar referidos a estos aspectos:

- Todas las cuestiones referidas a los requisitos formales del laudo: que consta la firma de los árbitros, el lugar y la fecha, que se ha realizado correctamente la

notificación a las partes. Y, por supuesto, que el laudo está recogido en un documento auténtico susceptible de constituir título formal inscribible.

- También habrá de calificarse el cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de especialidad: identificación de las partes, descripción de las fincas, definición de los derechos inscribibles... Entre estos aspectos ha de mencionarse que solo cabrá cancelar asientos registrales como consecuencia de un laudo arbitral si se trata de asientos claramente contradictorios con el fallo del laudo y, además, de este resulta la suficiente concreción para poder deducir dicha consecuencia.
- Finalmente habrá de controlarse todo lo que tiene que ver con la correcta conexión del procedimiento arbitral con el titular registral.

Por el contrario, quedarán fuera del ámbito de la calificación registral aquellos extremos que solo son susceptibles de control a través de la denuncia de las partes en el procedimiento o mediante la acción de anulación prevista como principal herramienta de control judicial del laudo. Se trata de todo lo relativo a la existencia y validez del convenio arbitral que legitima el procedimiento del que deriva el laudo y el fondo de la decisión de los árbitros. La calificación no podrá fundamentar el rechazo a la inscripción del laudo en la eventual vulneración de normas jurídicas, ni, aunque estas sean imperativas.

XV. Otra de las cuestiones que generan discusión en la doctrina es el de la consideración de un laudo como definitivo o firme. Es lógico, dada la trascendencia que tiene la inscripción registral, que se pida que los laudos que se inscriban no sean claudicantes, es decir, que no puedan decaer mediante un recurso ordinario.

La aplicación del concepto de firmeza al ámbito del laudo arbitral no es viable, ya que frente a los laudos la LA solo ha previsto mecanismos de revisión excepcionales o extraordinarios. Si frente a una sentencia cabe la apelación ante una instancia superior que puede revisar esa sentencia en toda su extensión, en el caso de un laudo tal opción no existe. Solo se prevén dos mecanismos de reacción excepcionales.

Por un lado, el recurso de revisión previsto en la LEC que, como se desprende de su regulación en los artículos 509 y siguientes de la LEC, es un recurso excepcional, por motivos tasados claramente extraordinarios, y que siempre está referido a sentencias que ya son firmes. Por tanto, la posibilidad de este recurso no afecta al concepto de firmeza propiamente dicho, ni, en consecuencia, impide la inscripción en el Registro.

Más dudas plantea la cuestión de si la posibilidad de ejercitar la acción de anulación impide considerar firme al laudo. Aunque hay algunos autores que se inclinan abiertamente por la necesidad de acreditar que ha transcurrido el plazo legal para ejercitar la acción de anulación del laudo para poder inscribirlo, yo creo que hay razones suficientes para considerar que un laudo que pone fin al procedimiento arbitral es inscribible sin necesidad de acreditar que no cabe ya interponer la acción de anulación. Solo cabe hablar de falta de firmeza cuando sea posible plantear recursos dentro de la misma estructura procesal, no cuando lo único que se pueda sea ejercitar acciones extraordinarias que dan lugar a otro procedimiento distinto. Y la acción de anulación tiene una naturaleza absolutamente distinta al procedimiento arbitral, en la medida en que se desarrolla, no ante otros árbitros, sino ante un tribunal de justicia del Estado.

XVI. La forma habitual de control *ex post* y eventual revisión del laudo es el ejercicio de la acción de anulación. Se puede definir la acción de anulación del laudo como aquella acción que cualquiera de las partes del procedimiento arbitral puede interponer ante la jurisdicción civil con el objeto de solicitar de los tribunales que, previa la tramitación de un proceso independiente seguido por los trámites del juicio verbal, declaren la nulidad de un laudo arbitral por concurrir alguno de los motivos de anulación previstos en la Ley.

La acción de anulación no genera una segunda instancia. Su alcance revisor es muy limitado. Se trata de un control formal que alcanza solo a los motivos tasados legalmente y que nunca puede suponer un nuevo examen de los elementos de hecho o de los presupuestos jurídicos que han determinado el laudo. Es decir, no cabe a través de esta acción dictar un nuevo laudo que sustituya al anterior. Solo cabe la anulación o la desestimación de dicha pretensión.

De entre los motivos tasados que la LA establece para fundamentar la acción de anulación del laudo, sin duda el que más dudas ha generado en la práctica es el relativo a la vulneración del orden público. Aunque hay que reconocer que el concepto de orden público suscita controversia entre la doctrina y la jurisprudencia, en ningún caso puede llegar a permitir la anulación de un laudo por una supuesta inaplicación o aplicación incorrecta de una ley. Como ya he repetido en más ocasiones, permitir que por la vía de la acción de anulación se pueda llegar a revisar un laudo por considerar que los árbitros no han aplicado el ordenamiento jurídico de forma correcta, es tanto como inventar una segunda instancia que el legislador ha querido descartar.

Por fortuna, las STC 46/2020, de 15 de junio, y 17/2021, de 15 de febrero, han venido a recortar esta tendencia expansionista del concepto de orden público que había sido impulsada por algunos Tribunales Superiores de Justicia, señaladamente el de Madrid.

XVII. A la vista de todo lo expuesto parece que es una evidencia la necesidad de una reforma legal que facilite la integración del arbitraje en los Registros Públicos. Aunque he intentado ofrecer pautas interpretativas y soluciones audaces para resolver la multitud de conflictos que la escasa o casi inexistente regulación de esta materia genera, debo reconocer que la reforma legal es imprescindible.

El arbitraje está fundamentalmente regulado por normas dispositivas que dan prevalencia al acuerdo y al pacto entre las partes. Pero el Registro, muy al contrario, se somete a una regulación basada en normas imperativas. Esta circunstancia hace todavía más complicado suplir las lagunas que la regulación legal tiene en esta materia.

No es un misterio para cualquier operador jurídico, incluso para la mayoría de los ciudadanos, que la justicia en España es lenta y que no satisface plenamente las exigencias de rapidez y confidencialidad que están presentes en muchos sectores de la actividad económica. Los mecanismos de resolución alternativa de conflictos son en muchos casos más efectivos y convenientes que el acudir a los tribunales. Y en una sociedad moderna

basada en relaciones impersonales la publicidad registral es el mejor de los instrumentos para garantizar la seguridad jurídica. Sin embargo, las escasas normas que en España regulan la conexión del arbitraje (y de otras instituciones de gran futuro, como la conciliación) con el Registro hacen muy complicado solventar las dudas que se generan en la práctica al conectar ambos mundos.

Por todo ello, resulta urgente una regulación legal que resuelva cuestiones como la inscribibilidad del convenio arbitral, los efectos de la inscripción del convenio, el encaje de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros en el Registro, el título formal exigible para inscribir el laudo, el alcance de la calificación registral del laudo.... Además, esa reforma ha de partir de unas premisas innovadoras que, respetando los pilares fundamentales del arbitraje y del mundo registral, ofrezca soluciones eficaces que hagan uso de los avances que las nuevas tecnologías ponen hoy en día a disposición de los juristas.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, B.J.,

- "Comentario de la Resolución de 25-6-1997 (Separación de hecho y legítima viudal: perspectiva jurídico-civil y problemas de calificación registral)", *R.C.D.I.*, número 649, noviembre-diciembre de 1998, págs. 2049 a 2073.
- "Novedades introducidas por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, en materia urbanística: silencio administrativo, declaraciones de obra nueva, complejos inmobiliarios, disciplina urbanística y protección de los terceros en caso de demolición", *R.C.D.I.*, número 736, marzo-abril 2013, págs. 889 a 953.
- "Designación de los árbitros: principios y mecanismos que garantizan su imparcialidad. Referencia al ejercicio de funciones arbitrales por registradores de la propiedad y notarios ", *R.C.D.I.*, número 773, mayo-junio 2019, págs. 1105 a 1182.

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Si puede anularse el laudo de Derecho por infracción de normas y el de equidad por ser inequitativo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.

- ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M.V., "La reforma de la Ley de Arbitraje: aspectos notariales y registrales", *El notario del siglo XXI*, número 38, julio-agosto de 2011 (www.elnotario.es/hemeroteca, última consulta 23 de noviembre de 2020)

- ALONSO PUIG, J.M., "Comentario del artículo 34 y 39 LA ", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, dirigido por GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, págs. 665 a 691 y 775 a 786.

- AMORÓS GUARDIOLA, M.:

- "Significado de la calificación registral", en *La calificación registral: (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)*, coordinada por GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, págs. 660 a 672.

- "Seguridad jurídica y publicidad registral", en *Estudios Jurídicos*, Tomo I, Fundación Registral del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, págs. 339 a 360.

- ANGELL, J., "A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021: anulación de laudos con base en el orden público", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 40, 2021, págs. 173 a 177.

- ARIAS, D., "El procedimiento de árbitro de emergencia: una visión práctica", en *Anuario de arbitraje 2016*, coordinada por JIMÉNEZ-BLANCO, G., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 141 a 156.

- ARMAS OMEDES, F., "La condición de jurista del árbitro en Derecho", *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, obra dirigida por VÁZQUEZ ALBERT, D. y TUSQUETS TRIAS DE BES, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 169 a 188.

- BARONA VILAR, S.,

- *Las medidas cautelares en el arbitraje*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

- *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª edición, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- BERROCAL LANZAROT, A.I., "Comentario al artículo 10", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, dirigida por PRATS ALBENTOSA, L., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, págs. 259 a 286.

- BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, traducción de MARTÍN PÉREZ, A., Comares, Granada, 2000.

- BLANCO GARCÍA, A.I., *Árbitros y partes: los peligros y entresijos de la práctica del arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- CABANAS TREJO, R., *Conflictos entre socios en la disolución y liquidación de sociedades*, Aferre, Barcelona, 2020.

- CALATAYUD SIERRA, A., "El arbitraje testamentario desde el Derecho Aragonés", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, número XVIII, 2012, págs. 163 a 184.

- CALAZA LÓPEZ, S., "El arbitraje societario", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, número 21, 2003, págs. 193 a 214.

- CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R., *Revisión del principio hipotecario de legalidad*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012.

- CAMPO VILLEGAS, E.:
 - "Arbitraje y Registro", *Libro homenaje a Jesús López Medel*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

 - "Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un Notario. Cuestiones en la nueva Ley", *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña*, nº 1, 2007, págs. 553 a 630.

- "Temas de arbitraje societario vistos por un notario", *La Notaría*, número 47-48, 2007, págs. 13 a 56.
- CAMPUZANO Y HORMA, F., *Elementos de Derecho Hipotecario*, volumen 2, Reus, SA, Madrid, 1931.
- CAÑAS MATA, C. "Comentario de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 1/2018 de 11 de enero", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 33, 2018, págs. 155 a 160.
- CARAZO LIÉBANA, M.J., "Reflexiones sobre algunos aspectos constitucionales del arbitraje", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXIX, número 2, 2017, págs. 169 a 188.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., "Comentario del artículo 34 y 39 LA ", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por PRATS ALBENTOSA, L., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, 821 a 854 y 877 a 896.
- CORRAL GARCÍA, E. y GAVIDIA SÁNCHEZ, J., "Comentario al artículo 10", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por DE MARTÍN, A. y HIERO, S., Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2006, págs. 170 a 176.
- CUCARELLA GALIANA, L.A., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004.
- DE ÁLVARO MONTERO, A., "Comentario del artículo 34 LA ", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por PRATS ALBENTOSA, L., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, págs. 779 a 796.

- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. "Comentario del artículo 11, bis", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por PRATS ALBENTOSA, L., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, págs. 301 a 365.

- DE CASSO ROMERO, I., *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4ª edic., Instituto de Derecho Civil, Madrid, 1951.

- DE CASTRO Y BRAVO, F.:

- "La función de los juristas en el Estado", *Revista de Estudios Políticos*, año 1942, págs. 193 a 242.

- *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

- "El arbitraje y la nueva «Lex Mercatoria»", *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 4, 1979, 619 a 725.

- DE PRADA GUAITA, C. "El arbitraje testamentario", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, número 54, 2013-2014, págs. 425 a 459.

- DELGADO RAMOS, J., *El auto de homologación de una transacción judicial sí es título formal inscribible. Crítica de la doctrina de la DGRN*, publicado en la página web www.regispro.es. Última consulta el 13 de noviembre de 2019.

- DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Propiedad horizontal y Registro de la Propiedad: Título constitutivo y responsabilidad patrimonial*, McGraw-Hill/Interamericana de España, SA, Madrid, 1996.

- DÍEZ-PICAZO, L.:

- *La representación en derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979.

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, 6ª edic., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2007.

- EHRENBERG, V., *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, traducción de PAU PEDRÓN, A., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2003.

- ESTRUCH ESTRUCH, J., *La responsabilidad civil del registrador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2014.

- FÉLIX DE LUIS, J., "Propuestas para una reforma de la acción de anulación de la Ley de Arbitraje", en *Anuario de arbitraje*, coordinada por JIMÉNEZ-BLANCO, G., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 311 a 330.

- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.:
 - "Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral", *RCDI*, número 612, 1992, págs. 2033 a 2053.

 - "Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos", *Revista de derecho de sociedades*, número 24/2005, 2005, págs. 239 a 255.

 - "La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por «justa causa» en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005", *Revista de derecho de sociedades*, número 26, 2006, págs. 269 a 309.

 - "La arbitrabilidad de las situaciones de paralización de los órganos sociales", *Revista de Derecho de Sociedades*, número 51, 2017, págs. 77 a 127.

- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Bosch, Barcelona, 2017.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.:

- "La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, número 15, 2004, págs. 17 a 49.

- "Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales", *Diario La Ley*, número 8537, año XXXVI, martes 12 de mayo de 2015.

- "Motivación del laudo arbitral", en *Anuario de Arbitraje 2018*, coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 51 a 106.

- "La doble instancia arbitral: un paradigma sin consolidar", en *Anuario de arbitraje 2019*, coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 455 a 520.

- FONT DE MORA RULLÁS, J., MOYA DONTAE, P., MIÑANA LLORENS, V., BAÑÓN GONZÁLEZ, A., DE LA RUA NAVARRO, A-M. y LONGÁS PASTOR, B., *Análisis de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la no inscripción de los autos de homologación de acuerdos o transacciones judiciales y otras resoluciones procesales*, Boletín de Colegio Nacional de Registradores, número 50 (3ª época), febrero de 2018, págs 1 a 36. Puede consultarse en www.registradores.org/actualidad/publicaciones-periodicas.

- FRANCO PUJOL, O., "Concurso de acreedores y arbitraje", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 6040/2016, apartado VIII, págs. 257 a 269.

- GALLEGO DEL CAMPO, G., *Operadores jurídicos: el registrador de la propiedad español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "El Registro de la Propiedad como mecanismo de protección de los consumidores", *Anales de la Cátedra Bienvenido Oliver de Derecho Registral de la Universidad de Córdoba*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, págs. 253 a 310.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad", *Revista de Derecho de Sociedades*, número 32, 2009, págs. 2 a 51.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. "Los órganos de gobierno. La junta general. El reglamento de la junta general", en *Régimen jurídico español de la sociedad cotizada*, Comares, Granada, 2006, págs. 105 a 172.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 11ª edición, Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA GARCÍA, J.M.:
 - *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo III, Civitas, Madrid, 2002.
 - *Código de Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 8ª edición, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014.
 - *Legislación hipotecaria y del crédito inmobiliario (Jurisprudencia y comentarios)*, Tomo I, Civitas, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- GOMÁ LANZÓN, I., "El arbitraje en derecho sucesorio. El arbitraje testamentario", *Revista El Notario del Siglo XXI*, julio-agosto 2013, págs. 5 a 43. Puede consultarse en www.elnotario.es/hemeroteca.

- GOMÁ SALCEDO, J.E., *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Volumen 1, Bosch, Barcelona, 2010.

- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J.:

- "Principio de especialidad registral", *RCDI*, número 625, noviembre-diciembre de 1994, págs. 2389 a 2436.

- "Comentario del artículo 42 LH", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII, volumen 5, EDERSA, 2000, págs 243 a 247.

- GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., "Comentario del artículo 23 LA", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, págs. 415 a 442.

- GONZÁLEZ LECUONA, M.M., "La potestad arbitral para adoptar y ejecutar medidas cautelares en España", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 13, 2009, págs. 2287 a 2318.

- GONZÁLEZ MALABIA, S. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por BARONA VILLAR, S., 2ª edic., Madrid, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., "Principio de legalidad", *RCDI*, número 32, 1927, págs. 597 a 609.

- GONZÁLEZ MONTES, J.L., "Arbitraje y concurso de acreedores", en *Estudios sobre el arbitraje*, dirigida por GONZÁLEZ MONTES, J.L., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008, págs. 373 a 400.

- GONZÁLEZ SORIA, J.:

- "Conflictos de interés de los árbitros. Revelación y deber de declaración de los árbitros", en *Anuario de arbitraje 2018*, coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 107 a 138.

- "Extensión y límites de la facultad prevista en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje Española", en *Anuario de Arbitraje 2019*, coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 27 a 42.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *El principio de especialidad registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2005.

- GRAYBET, D., "La publicidad del laudo arbitral. Notificación y acceso a los Registros Públicos", *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, año XXXVI, número 77 (2ª época), noviembre de 2001, págs. 3087 a 3090.

- GUERRERO RIGHETTO, A. y BADENES GARCÍA-CARO, F., "La responsabilidad civil de los árbitros, con especial mención a la reciente STS de 15 de febrero de 2017", en *Anuario de arbitraje 2018*, coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 249 a 260.

- GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, E.:

- "Comentario del artículo 13", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por PRATS ALBENTOSA, L., Madrid, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, págs. 387 a 390.

- "A vueltas con la justicia cautelar: árbitro de emergencia, security for costs... ¿Estamos mejor que hace 10 años?", en *Anuario de arbitraje 2019*, dirigida por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 335 a 354.

- HEREDIA CERVANTES, I., "Arbitraje y medición en el Texto Refundido de la Ley Concursal", *La Ley Digital*, La Ley 14621/2020, 18 de febrero de 2021.

- HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983.

- HERNANDO CEBRIÁ, L., "Cláusulas estatutarias de sumisión de los conflictos societarios a mediación y a arbitraje. La inclusión de los conflictos entre los administradores y la utilización de los estatutos tipo en la fundación de sociedades limitadas. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2013". *Revista Jurídica del Notariado*, número 88-89, octubre 2013-marzo 2014, págs. 863 a 877.

- HIDALGO GARCÍA, S., "Comentario al artículo 10", en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, dirigida por GUILARTE GUTIÉRREZ, V., y coordinada por MATEO SANZ, J.B., Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 204 a 217.

- ILLESCAS ORTIZ, R., "No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias", *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, número 1, 2008, págs. 38 a 42.

- IXUSCO ORDEÑANA, G., "¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, tomo XXX, número 3, 2018, págs. 548 a 552.

- JIMÉNEZ-BLANCO, G.:
 - "Imparcialidad de los árbitros: admisibilidad de la actuación como letrado ante una corte arbitral de quien forma parte de su lista de árbitros", en *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Madrid, Wolters Kluwer, 2016, págs. 113 a 122.

- "El principio de colegialidad", en *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016, págs. 183 a 204.

- LA CASA GARCÍA, R., "Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio", *Revista de Derecho Patrimonial*, número 47, 2018, págs. 21 a 28.

- LACRUZ BERDEJO, JL., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2ª edic., El Noticiero, Zaragoza, 1957.

- LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A. y MENÉNDEZ DE LA CUESTA LAMAS, K., *La intervención judicial en el arbitraje: análisis de jurisprudencia española reciente*, Abogados de Uría-Menéndez, disponible en la web <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2568/documento/103ala.pdf?id=2598> (Última consulta el 14 de noviembre de 2014).

- LÓPEZ MEDEL, J., "Acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas, convenios y laudos arbitrales", *RCDI*, número 679, septiembre-octubre de 2003, págs. 2817 a 2840.

- LORCA NAVARRETE, A.M.:

- *Jurisprudencia Arbitral Comentada de los TSJ. Estudio de las sentencias y autos de los TSJ en materia de arbitraje*, volumen I/2011, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012.

- *Jurisprudencia Arbitral Comentada de los TSJ. Estudio de las sentencias y autos de los TSJ en materia de arbitraje*, volumen II/2012, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2013.

- "Validez del convenio arbitral adoptado en junta de propietarios respecto del copropietario que no asiste a la junta de propietarios que lo adoptó y que tampoco lo impugna", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, julio de 2012, págs. 235 a 245.

- "El Tribunal Constitucional pone límites al ponente Santos Vijande magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su actividad de control judicial de laudos arbitrales", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXXII, número 2, 2020, págs. 289 a 309.

- MALLANDRICH MIRET, N.:

- *Medidas cautelares y arbitraje*, editorial Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2010.

- "La regulación del auxilio judicial en el arbitraje tras la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo", *Diario La Ley*, número 7903, 17 de julio de 2012.

- MANZANO SOLANO, A., "Certificación registral: valor probatorio en el proceso", *RCDI*, número 683, mayo-junio 2004, págs. 1255 a 1282.

- MANZANO SOLANO, A., y MANZANO FERNÁNDEZ, M.M., *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.

- MARTÍN BERNAL, J.M., "El poder de disposición en el arbitraje según la LEC", en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Universidad de Murcia, Madrid, 2004, págs. 3081 a 3098.

- MARTIN MORAL, M.F., *El concurso de acreedores y el arbitraje*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2014.

- MARTÍNEZ FLOREZ, A., "La declaración de concurso y la incapacidad de obrar del deudor", *Anuario de Derecho Concursal*, número 4, 2005, págs. 315 a 344.

- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., "Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales", *Anuario de Derecho Concursal*, número 27, 2012, págs. 45 a 94.

- MARTÍNEZ NADAL, A., "Firma electrónica cualificada y acceso de documentos privados a los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles", *RCDI*, número 782, noviembre-diciembre 2020, págs. 3521 a 3583.

- MATEO Y VILLA, I. "Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje", *RCDI*, número 743, mayo-junio 2014, págs. 1167 a 1230.

- MATHEUS LÓPEZ, C.A. "Fundamentos, criterios, procedimiento y credibilidad en la selección del árbitro en el arbitraje internacional", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, número 3, 2018, págs. 509 a 522.

- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- MENÉNDEZ, M.J., "La independencia de la corte y el convenio arbitral. La perspectiva de un árbitro", en *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Madrid, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016, págs. 101 a 112.

- MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.A., *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

- MERINO MERCHÁN, J.F.:
 - *Estatuto y responsabilidad del árbitro*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.

- "Cuestiones de relevancia constitucional, parlamentaria y judicial en la nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)", *Revista de la Asamblea de Madrid*, número 10, 2004, págs. 157 a 168.

- "Árbitro, juez y Constitución", *Revista de las Cortes Generales*, número 73, 2008, págs. 7 a 29.

- "Confidencialidad y arbitraje", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, número 2, 2008, págs. 75 a 95.

- "La Constitución de 1812 y el arbitraje", *Revista de las Cortes Generales*, número 85, 2012, págs. 29 a 46.

- "Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011", *Revista Jurídica de Castilla León*, número 29, 2013, págs. 1 a 37.

- "Laudo homologado y cuantía litigiosa", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, número 16, 2013, págs. 31 a 36.

- MICÓ GINER, J., *Hipotecas y venta extrajudicial de inmuebles hipotecados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- MIROSA MARTÍNEZ, P., "Arbitrabilidad de la materia societaria: la soportable levedad de la Ley 11/2011 de reforma de la Ley de Arbitraje", *Diario La Ley*, número 7927, sección Tribuna, 20 de septiembre de 2012.

- MOSCARDÓ MORALES-VARA DEL REY, M., "Incorporación de partes adicionales no firmantes", en *Anuario de arbitraje 2016*, coordinado por JIMÉNEZ-BLANCO, G., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 244 a 260.

- MORENO, B., "El arbitraje arrendaticio con especial referencia al arbitraje del Consejo Arbitral para el Alquiler de la Comunidad de Madrid", en *Arbitraje y Mediación en el*

ámbito arrendaticio, coordinada por PÉREZ-UGENA, M., Dickinson, Madrid, 2017, págs. 147 a 174.

- MUÑOZ PLANAS, J.M., "Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 381 a 498.

- MÚZQUIZ VICENTE ARCHE, J.I., "El arbitraje en los arrendamientos rústicos", *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año XX, número 42, enero-abril 2004, págs. 125 a 142.

- NAVARRO JIMÉNEZ, S., "Referencia al orden público en derecho comparado", *Diario La Ley*, número 8537, año XXXVI, martes 12 de mayo de 2015.

- NOGUERA DE ERQUIAGA, J.C. y ABADÍA JORDANA, R., "La compatibilidad del arbitraje y el concurso de acreedores", en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, coordinada por VÁZQUEZ ALBERT, D. y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 281 a 304.

- NÚÑEZ BOLUDA, M.D., "Capacidad de las personas físicas para formalizar un convenio arbitral", en *Libro homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, págs. 205 a 212.

- O'CHALLAGHAN MUÑOZ, X., "El arbitraje en Derecho sucesorio", *Revista La Notaría*, número 47-48, noviembre-diciembre de 2007, págs. 57 a 68.

- OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.,

- "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización. La cuestión de la arbitrabilidad de la materia societaria y la vinculación subjetiva de la cláusula arbitral a la luz de la nueva legislación. La previsión del arbitraje en los estatutos y reglamentos de

órganos colegiados de sociedades mercantiles y en pactos parasociales, protocolos familiares y contratos de colaboración y concentración empresarial", *Revista jurídica del Notariado*, núm. 56, octubre-diciembre de 2005, págs. 125 a 129.

- "El arbitraje societario en los tiempos de la globalización", *Anuario de Justicia Alternativa*, número 10, 2010, págs. 85 a 141.

- OLIVENCIA RUIZ, M.:

- "Una contradicción de los revolucionarios de 1868: la regulación del arbitraje", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, separata del número 39, 2009, págs. 155 a 175.

- "El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003", *Revista Jurídica de Cataluña*, número 4, octubre-diciembre de 2012, págs. 85 a 141.

- *Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles*, publicado en la página web de Cuatrecasas ([https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/anulacion_por_laudo_de_acuerdos_societarios_inscribibles_articulo_11_ter_\(capitulo_de_libro\)_91.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/anulacion_por_laudo_de_acuerdos_societarios_inscribibles_articulo_11_ter_(capitulo_de_libro)_91.pdf)), última visita 21 de diciembre de 2019.

- ORBIS, B., "Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 23/2020, de 23 de octubre. Interpretación de los términos "Árbitro" y "Tribunal Arbitral", a falta de acuerdo, en la designación judicial de árbitros", *Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje*, número 40, 2021, págs. 179 a 184.

- ORTEGO PÉREZ, F., "Las medidas cautelares en el arbitraje (reflexiones sobre la potestad cautelar de los árbitros)", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, volumen XX, 2005, págs. 207 a 232.

- OSORIO ITURMENDI, L. y MARTÍNEZ SASTRE, S., "La acción de revisión de laudos", en *Anuario de Arbitraje 2019*, coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019, págs. 381 a 396.

- OUBIÑA BARDOLLA, S., "Comentario artículo 29 LA ", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por BARAONA VILAR, S., 2ª edición, Thomson Reuter, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- PAU PEDRÓN, A., *La prioridad registral: un nuevo enfoque*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2004.

- PAU PEDRÓN, A., y DE FUENTES CORRIPIO, J., *La capacidad en los negocios sobre inmuebles*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2011.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales, Derecho Hipotecario*, Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

- PERALES VISCASILLAS, P:
 - "Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2003", publicado en el *Diario La Ley*, número 6035, 2004.

 - *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003, de arbitraje y Derecho Societario*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

- PÉREZ GURREA, R., "La Transacción y el arbitraje: contratos para evitar o poner término a conflictos ya iniciados", *RCDI*, número 726, 2011, págs. 2310 a 2331.

- PÉREZ MIRALLES, J.A., *Arbitraje y mediación inmobiliaria. Especial referencia a la propiedad horizontal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- PICÓ Y JUNOY, J. y VÁZQUEZ ALBERT, D.:

- "El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas", *Revista de Derecho de Sociedades*, año VII, número 11, 1999, págs. 183 a 204.

- "La revitalización del arbitraje societario", en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, coordinado por VÁZQUEZ ALBERT, D. y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 85-119.

- PIZARRO MORENO, E, "Reflexiones en torno a la evolución del arbitraje en las sociedades mercantiles. Crónica de un problema resuelto", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 25, 2010, págs. 25 a 45.

- PRATS ALBENTOSA, L., "Comentario del artículo 9 LA ", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por PRATS ALBENTOSA, L., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, págs. 241 a 256.

- PRIETO CASTRO, L., "El arbitraje según la legislación y la jurisprudencia españolas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre de 1943, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, págs. 3 a 48.

- RAMOS MÉNDEZ, F., "El nuevo régimen del laudo arbitral", incluido en el libro *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, VÁZQUEZ ALBERT, D. y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 189 a 208.

- REMÓN PEÑALVER, J.:

- "La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, número 1, 2008, págs. 115 a 132.

- "Comentario del artículo 13", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por GONZÁLEZ BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, págs. 315-320.

- "El arbitraje en España: la perspectiva constitucional", en *Anuario de arbitraje 2018*, coordinada por MENÉNDEZ ARIAS, M.J., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 463 a 476.

- RIPOLL CARULLA, I., "La firmeza del laudo arbitral tras las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011", *Spain Arbitration Review del Club Español del Arbitraje*, número 12, tercer cuatrimestre de 2011, págs. 93 a 100.

- RIVERA, J.C., "Enfoques procesalista y contractualista del arbitraje con particular referencia a los Derechos de Argentina y España", *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, número 38, 2020, págs. 31 a 56.

- RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros", en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coordinado por GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Universidad de Murcia, Madrid, 2004, págs. 4219 a 4250.

- ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÁ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, tomo VII, 9ª edic., Bosch, Barcelona, 2009.

- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.A., "El arbitraje societario", en *Anuario de arbitraje 2016*, coordinada por JIMÉNEZ-BLANCO, G., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 351 a 376.

- RODRÍGUEZ PRIETO, F., "Comentario del artículo 9 LA", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., Consejo General del Notariado, 2014, págs. 157 a 197.

- RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I.:

- *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2010.

- "El arbitraje societario en la nueva Ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado", *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, año XIX, número 37, julio-diciembre de 2011, págs. 103 a 118.

- ROGE VIDE, C., "El convenio arbitral y el arbitraje testamentario", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 3, 2006, págs. 467 a 488.

- RUEDA GARCÍA, J.A., "Inscripción en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva de prohibición de disponer otorgada en un laudo arbitral (Nota a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2006)", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XIX, número 3, septiembre de 2007, págs. 377 a 389.

- RUIZ RISUEÑO, F., "Arbitraje y función jurisdiccional", *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Volumen XXI, número 1, 2019, págs. 109 a 134.

- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., "Comentario a la STS, Sala 1ª (pleno), de 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 371)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 105, septiembre-diciembre de 2017, págs. 167 a 193.

- SÁNCHEZ SOLÉ, S., *El arbitraje estatutario*, publicado en la web Economist & Jurist, último acceso el 16 de julio de 2019, <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-arbitraje-estatutario/>

- SANCHO GALLARDO, I., "La acción de anulación del laudo y su alcance", en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, coordinada VÁZQUEZ ALBERT, D y TUSQUETS TRIAS DE BES, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 209 a 224.

- SANSA TORRES, J., "Los efectos registrales del laudo", en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, coordinado por VÁZQUE ALBERT, D. y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 121-144.

- SERRADA, J. "Designación de los árbitros. Cuestiones que suscitan", en *Anuario de arbitraje 2016*, coordinada por JIMÉNEZ-BLANCO, G., Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

- STAMPA CASAS, G., "Comentario a las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015, de 6 de abril de 2015 y de 14 de abril de 2015", *Diario La Ley*, número 8537, año XXXVI, martes 12 de mayo de 2015.

- SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., "Comentario de los artículos 40 y 41", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por PRATS ALBENTOSA, L., La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, págs. 897 a 967.

- TARRÍO BERJANO, M.G., "Comentario del artículo 11, bis y 11, ter", dentro de la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por TARRÍO BERJANO, M.G., Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, págs. 275 a 310.

- TEJADA, A. y JULIANI, J., *La anulación de los laudos por insuficiencia de motivación (arbitrariedad)*, publicado en <http://www.cremades.com/es/publicaciones>, última consulta 17/12/2019.

- TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., "Una visión renovada del arbitraje de equidad y sus ventajas", en *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, coordinado por VÁZQUE ALBERT, D. y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 145 a 168.

- VERDERA SERVER, R:

- *El convenio arbitral*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

- "Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje", incluido en el libro *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por BARAONA VILAR, S., 2ª edición, Thomson Reuter, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- *Partición de la herencia y arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2017.

- VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, M., "La reforma de la Ley de Arbitraje: aspectos notariales y registrales", *El notario del siglo XXI*, número 38, julio-agosto de 2011, págs. 18 a 23.

- XIOL RIUS, J.A., "Comentario de los artículos 40, 41, 42 y 43 LA ", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, págs. 789 a 878.

RELACIÓN JURISPRUDENCIAL Y RR. DE LA DGSJFP

I. Sentencias del TC

- Sentencia 43/1986, de 15 de abril, (BOE de 29 de abril)
- Sentencia 43/1988, de 16 de marzo, (BOE de 12 de abril)
- Sentencia 15/1989, de 26 de enero, (BOE de 20 de febrero)
- Sentencia 62/1991, de 22 de marzo, (BOE de 24 de abril)
- Auto 201/1992, de 1 de julio
- Sentencia 288/1993, de 4 de octubre (BOE de 9 de noviembre)
- Sentencia 218/1994, de 18 de julio, (BOE de 18 de agosto)
- Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, (BOE de 28 de diciembre)
- Sentencia 23/1996, de 13 de febrero, (BOE de 18 de marzo)
- Sentencia 146/1996, de 19 de septiembre (BOE de 21 de octubre)
- Sentencia 176/96, de 11 de noviembre, (BOE de 17 de diciembre)
- Sentencia 196/1997, de 13 de noviembre (BOE de 12 de diciembre)
- Sentencia 101/1998, de 18 de mayo, (BOE 19 de junio)
- Sentencia 115/1999, de 14 de junio, (BOE 8 de julio)
- Sentencia 37/2003, de 25 de febrero, (BOE de 14 de marzo)
- Sentencia 9/2005, de 17 de enero, (BOE de 17 de febrero)
- Auto 26/2007, de 5 de febrero,
- Sentencia 136/2010, de 2 de diciembre, (BOE de 5 de enero de 2011)
- Sentencia 18/2011, de 3 de marzo (BOE de 29 de marzo)
- Sentencia 1/2018, de 11 de enero de 2018 (BOE de 7 de febrero)
- Sentencia 46/2020, de 15 de junio de 2020 (BOE de 18 de julio)
- Sentencia 17/2021, de 15 de febrero de 2021 (BOE de 22 de marzo)
- Sentencia 55/2021, de 15 de marzo (BOE de 23 de abril)

II. Sentencias del TS, Sala 1ª

- Sentencia de 10 de marzo de 1986, Ponente Jaime de Castro García (ROJ 7972/1986)
- Sentencia de 20 de octubre de 1992, Ponente Francisco Morales Morales (ROJ 7855/1992)
- Sentencia de 13 de octubre de 1993, Ponente Antonio Gullón Ballesteros (ROJ 6778/1993)
- Sentencia de 12 de julio de 1994, Ponente Alfonso Barcala Trillo Figueroa (ROJ 5340/1994)
- Sentencia de 22 de febrero de 1997, Ponente Pedro González Poveda (ROJ 1238/1997)
- Sentencia de 18 de abril de 1998, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz (ROJ 2489/1998)
- Sentencia de 30 de noviembre de 2001, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz (ROJ 9406/2001)
- Sentencia de 3 de mayo de 2002, Ponente José de Asís Garrote (ROJ 3126/2002)
- Sentencia de 26 de mayo de 2005, Ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (ROJ 3403/2005)
- Auto de 21 de febrero de 2006, Ponente Juan Antonio Xiol Rius (ROJ 403/2006)
- Sentencia de 19 de abril de 2006, Ponente Juan Antonio Xiol Rius (ROJ 2194/2006)
- Sentencia de 27 de septiembre de 2006, Ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (ROJ 5499/2006)
- Sentencia de 27 de mayo de 2007, Ponente Juan Antonio Xiol Rius (ROJ 4499/2007)
- Sentencia de 9 de julio de 2007, Ponente Juan Antonio Xiol Rius (ROJ 5668/2007)
- Auto de 16 de mayo de 2008, Ponente José Eugenio Corbal Fernández (ROJ 6421/2008)
- Auto de 16 de diciembre de 2009, Ponente Francisco Marín Castán (ROJ 17024/2009)
- Auto de 3 de junio de 2011, Ponente José Eugenio Corbal Fernández (ROJ 6093/2011)
- Sentencia de 31 de octubre de 2011, Ponente Román García Varela (ROJ 7970/2011)
- Sentencia de 15 de noviembre de 2011, Ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos (ROJ 8015/2011)
- Sentencia de 14 de marzo de 2013, Ponente Rafael Sarazá Jimena (ROJ 1050/2013)
- Auto de 2 de abril de 2013, Ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos (ROJ 2934/2013)
- Sentencia de 28 de junio de 2013, Ponente Antonio Salas Carceller (ROJ 3764/2013)

- Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas (ROJ 4737/2013)
- Sentencia de 21 de octubre de 2013, Ponente Sebastián Sastre Papiol (ROJ 5106/2013)
- Sentencia de 19 de febrero de 2014, Ponente Xavier O'Callaghan Muñoz (ROJ 1354/2014)
- Sentencia de 29 de octubre de 2015, Ponente Antonio Salas Carceller (ROJ 4441/2015)
- Sentencia de 13 de julio de 2016, del Pleno, Ponente Ignacio Sancho Gargallo (ROJ 3433/2016)
- Sentencia de 15 de febrero de 2017, Ponente José Antonio Seijas Quintana (ROJ 362/2017)
- Sentencia de 27 de junio de 2017, Ponente Rafael Sarazá Jimena (ROJ 2500/2017)
- Sentencia de 21 de noviembre de 2017, Ponente Ignacio Sancho Gargallo (ROJ 4095/2017)
- Sentencia de 24 de noviembre de 2017, Ponente Rafael Sarazá Jimena (ROJ 4091/2017)
- Auto de 4 de abril de 2018, Ponente Ignacio Sancho Gargallo (ROJ 3191/2018)
- Auto de 10 de abril de 2018, Ponente Francisco Javier Orduña Moreno (ROJ 1168/2018)
- Sentencia de 20 de noviembre de 2018, Ponente Ignacio Sancho Gargallo (ROJ 3897/2018)
- Sentencia de 22 de noviembre de 2018, Ponente Ignacio Sancho Gargallo (ROJ 3908/2018)
- Auto de 22 de octubre de 2019, Ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas (ROJ 10925/2019)
- Sentencia de 20 de enero de 2020, Ponente Juan María Díaz Fraile (ROJ 98/2020)

III. Sentencias de la Sala Civil y Penal TT.SS.JJ.

TSJ de Andalucía

- Sentencia de 9 de marzo de 2012, Ponente Jerónimo Garvín Ojeda (ROJ STSJ AND 2529/2012)
- Sentencia de 24 de septiembre de 2012, Ponente Miguel Pasquau Liaño (ROJ STSJ AND 240/2012)
- Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Ponente Miguel Pasquau Liaño (ROJ STSJ AND 9390/2012)
- Sentencia de 15 de enero de 2015, Ponente Miguel Pasquau Liaño (ROJ STSJ AND 4492/2015)

TSJ Asturias

- Sentencia de 7 de octubre de 2015, Ponente José Ignacio Pérez Villamil (ROJ STSJ AS 1944/2015)
- Sentencia de 25 de abril de 2017, Ponente Ángel Azanárez Rubio (STSJ AS 1416/2017)

TSJ Baleares

- Sentencia de 5 de mayo de 2014, Ponente Felisa María Vidal Mercadal (ROJ STSJ BAL 380/2014)

TSC Canarias

- Sentencia de 31 de mayo de 2013, Ponente Carla Bellini Domínguez (ROJ STSJ ICAN 1630/2013)
- Sentencia de 11 de marzo de 2015, Ponente María Margarita Varona Faus (ROJ STSJ ICAN 14/2015)

TSJ Castilla La Mancha

- Sentencia de 16 de diciembre de 2011, Ponente María del Carmen Piqueras Piqueras (ROJ STSJ CLM 3602/2011)
- Sentencia de 16 de enero de 2012, Ponente Jesús Martínez-Escribano Gómez (ROJ STSJ CLM 123/2012)

TSJ Castilla y León

- Sentencia de 24 de noviembre de 2011, Ponente Ignacio María de las Rivas Aramburu (ROJ STSJ CL 5755/2011)

TSJ Cataluña

- Sentencia de 12 de enero de 2012, Ponente José Francisco Valls Gombau (ROJ STSJ CAT 7/2012)
- Sentencia de 30 de enero de 2012, Ponente Enric Anglada Fors (ROJ STSJ CAT 472/2012)
- Sentencia de 10 de mayo de 2012, Ponente José Francisco Valls Gombau (ROJ STSJ CAT 5856/2012)
- Sentencia de 28 de noviembre de 2013, Ponente Enric Anglada Fors (ROJ STSJ CAT 11426/2012)
- Sentencia de 29 de julio de 2014, Ponente José Francisco Valls Gombau (ROJ STSJ CAT 9129/2012)
- Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Ponente Carlos Ramos Rubio (ROJ STSJ CAT 11748/2014)

TSJ Extremadura

- Sentencia de 28 de junio de 2012, Ponente Jacinto Riera Mateos (ROJ STSJ EXT 1248/2012)

TSJ de Galicia

- Sentencia de 1 de abril de 2013, Ponente José Antonio Ballesterero Pascual (ROJ STSJ GAL 3268/2013)

- Sentencia de 10 de mayo de 2013, Ponente José Antonio Ballesterero Pascual (ROJ STSJ GAL 3425/2013)

TSJ de Madrid

- Auto de 12 de diciembre de 2011, Ponente Francisco Javier Vieira Morante (ROJ ATSJ M 1672/2011)

- Sentencia de 11 de abril de 2012, Ponente José Manuel Suárez Robledano (ROJ STSJ M 9/2012)

- Sentencia de 23 de mayo de 2012, Ponente José Manuel Suárez Robledano (ROJ STSJ M 6899/2012)

- Sentencia de 1 de abril de 2013, Ponente Jesús Gavilán López (ROJ STSJ M 8218/2013)

- Sentencia de 12 de junio de 2013, Ponente Francisco Javier Vieira Morante (ROJ STSJ M 8232/2013)

- Sentencia de 18 de junio de 2013, Ponente Francisco Javier Vieira Morante (ROJ STSJ M 8234/2013)

- Sentencia de 20 de junio de 2013, Ponente Susana Polo García (ROJ STSJ M 8235/2013)

- Sentencia de 9 de julio de 2013, Ponente Susana Polo García (ROJ STSJ M 8245/2013)

- Sentencia de 29 de julio de 2013, Ponente Francisco Javier Vieira Morante (ROJ STSJ M 11503/2013)

- Sentencia de 28 de marzo de 2014, Ponente Jesús Gavilán López (ROJ STSJ M 10317/2014)

- Sentencia de 3 de junio de 2014, Ponente José de la Mata Amaya (ROJ STSJ M 10340/2014)

- Sentencia de 23 de septiembre de 2014, Ponente Jesús María Santos Vijande (ROJ STSJ M 12922/2014)
- Sentencia de 13 de noviembre de 2014, Ponente Jesús María Santos Vijande (ROJ STSJ M 14692/2014)
- Sentencia de 28 de enero de 2015, Ponente Jesús María Santos Vijande (ROJ STSJ M 1286/2015)
- Sentencia de 6 de abril de 2015, Ponente Francisco Javier Vieira Morante (ROJ STSJ M 4051/2015)
- Sentencia de 14 de abril de 2015, Ponente Jesús María Santos Vijande (ROJ STSJ M 4052/2015)
- Sentencia de 12 de mayo de 2015, Ponente Susana Polo García (ROJ STSJ M 6565/2015)
- Sentencia de 5 de noviembre de 2015, Ponente Jesús María Santos Vijande (ROJ STSJ M 12657/2015)
- Sentencia de 14 de abril de 2016, Ponente Susana Polo García (ROJ STSJ M 3300/2016)
- Sentencia de 10 de mayo de 2016, Ponente Susana Polo García (ROJ STSJ M 4962/2016)
- Sentencia de 13 de julio de 2016, Ponente Jesús María Santos Vijande (ROJ STSJ M 8909/2016)
- Sentencia de 11 de octubre de 2016, Ponente Jesús María Santos Vijande (ROJ STSJ M 10730/2016)
- Sentencia de 4 de noviembre de 2016, Ponente Jesús María Santos Vijande (ROJ STSJ M 11933/2016)
- Sentencia de 13 diciembre de 2016, Ponente Susana Polo García (ROJ STSJ M 13260/2016)
- Sentencia de 21 de marzo de 2017, Ponente Jesús María Santos Vijande (ROJ STSJ M 3263/2017)
- Sentencia de 23 de marzo de 2017, Ponente Jesús María Santos Vijande (ROJ STSJ M 3278/2017)
- Sentencia de 3 de mayo de 2017, Ponente Jesús María Santos Vijande (ROJ STSJ M 4764/2017)

- Sentencia de 7 de noviembre de 2017, Ponente Susana Polo García (ROJ STSJ M 11927/2017)
- Sentencia de 8 de enero de 2018, Ponente Susana Polo García (ROJ STSJ M 46/2018)
- Sentencia de 24 de abril de 2018, Ponente Susana Polo García (ROJ STSJ M 3982/2018)
- Sentencia de 23 de octubre de 2021, Ponente Francisco José Goyena Salgado (ROJ STSJ M 12155/2020)

TSJ Murcia

- Sentencia de 21 de febrero de 2014, Ponente Juan Martínez Moya (ROJ STSJ MU 374/2014)

TSJ de Navarra

- Sentencia de 30 de octubre de 2013, Ponente Juan Manuel Fernández Martínez (ROJ STSJ NA 212/2013)
- Sentencia de 21 de mayo de 2018, Ponente Francisco Javier Fernández Urzainqui (ROJ STSJ NA 232/2018)

TSJ País Vasco

- Auto de 19 de abril de 2012, Ponente Antonio García Martínez (ROJ ATSJ PV 2/2012)
- Sentencia de 11 de noviembre de 2015, Ponente Antonio García Martínez (ROJ ATSJ PV 3154/2012)
- Sentencia de 18 de abril de 2017, Ponente Roberto Sáiz Fernández (ROJ STSJ PV 405/2017)

TSJ Comunidad Valenciana

- Sentencia de 2 de noviembre de 2011, Ponente José Francisco Ceres Montes (ROJ STSJ CV 120/2011)

- Auto de 12 de junio de 2012, Ponente María Pía Cristina Calderón Cuadrado (ROJ ATSJ CV 63/2012)
- Sentencia de 11 de marzo de 2014, Ponente José Antonio Lahoz Rodrigo (ROJ STSJ CV 2481/2014)

IV. Sentencias de AA.PP.

- SAP de Barcelona de 17 de febrero de 1999, Ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos (ROJ SAP B 1404/1999)
- SAP de Madrid de 24 de septiembre de 2002, Ponente Ramón Belo González (ROJ SAP M 10897/2002)
- SAP de Barcelona de 21 de noviembre de 2002, Ponente Francisco José Gordillo Peláez (ROJ SAP B 11786/2002)
- AAP de Barcelona de 16 de marzo de 2005, Ponente Ignacio Sancho Gargallo (ROJ AAP B 1313/2005)
- SAP de Guipúzcoa de 28 de junio de 2004, Ponente Íñigo Francisco Suárez Odriozola (ROJ SAP SS 613/2004)
- SAP de Barcelona de 30 de junio de 2008, Ponente Ignacio Sancho Gargallo (ROJ SAP B 9447/2008)
- SAP de Gran Canaria de 23 de marzo de 2009, Ponente Víctor Caba Villarejo (ROJ SAP GC 748/2009)
- AAP de Madrid de 10 de octubre de 2011, Ponente María Victoria Salcedo Ruiz (ROJ AAP M 13845/2011)
- AAP de Madrid de 24 de febrero de 2012, Ponente Beatriz Patiño Alves (ROJ AAP M 3259/2012)
- AAP de Madrid de 1 de octubre de 2012, Ponente Antonio García Paredes (ROJ AAP M 16032/2012)
- AAP de Madrid de 4 de mayo de 2012 Ponente Pedro María Gómez Sánchez (ROJ AAP M 15178/2012)

- SAP de Granada de 21 de noviembre de 2012, Ponente Antonio Gallo Erena (ROJ AAP GR 615/2012)
- AAP de Madrid de 15 de enero de 2013, Ponente Eduardo Hijas Fernández (ROJ SAP M 753/2013)
- AAP de Madrid de 13 de julio de 2015, Ponente Gregorio Plaza González (ROJ AAP M 712/2015).

V. Sentencias de JPI

- Auto Juzgado de lo Mercantil número uno de Bilbao de 2 de noviembre de 2005 (ROJ AJM BI 67/2005)
- Sentencias Juzgado de lo Mercantil número cinco de Madrid de 7 de octubre de 2010 (ROJ SJM M 106/2010)

V. Resoluciones de la DGRN (Hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública)

- Resolución de 31 de diciembre de 1981 (BOE 3 de febrero de 1982)
- Resolución de 27 de abril de 1989 (BOE de 29 de mayo)
- Resolución de 17 de julio de 1989 (BOE de 11 de agosto)
- Resolución de 26 de octubre de 1989 (BOE de 20 de noviembre)
- Resolución de 21 de junio de 1990 (BOE de 14 de agosto)
- Resolución de 4 de marzo de 1993 (BOE de 7 de abril)
- Resolución de 12 de mayo de 1994 (BOE de 4 de junio)
- Resolución de 21 de junio de 1994 (BOE de 30 de julio)
- Resolución de 8 de noviembre de 1995 (BOE de 8 de diciembre)
- Resolución de 19 de febrero de 1998 (BOE de 12 de marzo)
- Resolución de 22 de febrero de 1999 (BOE de 18 de marzo)
- Resolución de 27 de marzo de 1999 (BOE de 28 de abril)

- Resolución de 11 de octubre de 1999 (BOE de 9 de noviembre)
- Resolución de 14 de noviembre de 2000 (BOE de enero de 2001)
- Resolución de 15 de febrero de 2001 (BOE de 23 de marzo)
- Resolución de 23 de mayo de 2001 (BOE de 28 de junio)
- Resolución de 12 de junio de 2001 (BOE de 28 de junio)
- Resolución de 12 de diciembre de 2002 (BOE de 6 de febrero de 2003)
- Resolución de 5 de mayo de 2003 (BOE de 10 de junio)
- Resolución de 7 de enero de 2005 (BOE de 18 de febrero)
- Resolución de 4 de mayo de 2005 (BOE de 6 de julio)
- Resolución de 5 de julio de 2005 (BOE de 8 de septiembre)
- Resolución de 1 de octubre de 2005 (BOE de 17 de noviembre)
- Resolución 20 de febrero de 2006 (BOE de 23 de marzo)
- Resolución de 26 de junio de 2009 (BOE de 25 de julio)
- Resolución de 27 de diciembre de 2010 (BOE de 31 de marzo)
- Resolución de 30 de julio de 2011 (BOE de 29 de septiembre)
- Resolución de 11 de agosto de 2011 (BOE de 14 de octubre)
- Resolución de 25 de octubre de 2011 (BOE de 17 de enero de 2012)
- Resolución de 6 de abril de 2013 (BOE de 14 de mayo)
- Resolución de 25 de junio de 2013 (BOE de 26 de julio)
- Resolución de 2 de julio de 2013 (BOE de 31 de julio)
- Resolución de 28 de agosto de 2013 (BOE de 4 de octubre)
- Resolución de 31 de enero de 2014 (BOE de 19 de febrero)
- Resolución de 21 de febrero de 2014 (BOE de 28 de marzo)
- Resolución 24 de abril de 2014 (BOE de 30 de mayo)
- Resolución de 6 de mayo de 2014 (BOE de 3 de julio)
- Resolución de 30 de junio de 2014 (BOE de 29 de julio)
- Resolución de 21 de noviembre de 2014 (BOE de 12 de diciembre)
- Resolución de 28 de enero de 2015 (BOE de 2 de marzo)
- Resolución de 22 de julio de 2015 (BOE de 24 de septiembre)
- Resolución de 29 de octubre de 2015 (BOE de 23 de noviembre)
- Resolución de 12 de noviembre de 2015 (BOE de 3 de diciembre)

- Resolución de 16 de noviembre de 2015 (BOE de 9 de diciembre)
- Resolución de 18 de enero de 2016 (BOE de 11 de febrero)
- Resolución de 1 de julio de 2016 (BOE de 12 de agosto)
- Resolución de 2 de agosto de 2016 (BOE de 23 de septiembre)
- Resolución de 21 de julio de 2017 (BOE de 10 de agosto)
- Resolución de 24 de julio de 2017 (BOE de 12 de agosto)
- Resolución de 18 de diciembre de 2017 (BOE de 10 de enero de 2018)
- Resolución de 30 de enero de 2018 (BOE de 13 de febrero)
- Resolución de 3 de abril de 2018 (BOE de 13 de abril)
- Resolución 26 de julio de 2018 (BOE de 4 de agosto)
- Resolución de 4 de septiembre de 2018 (BOE de 24 de septiembre)
- Resolución de 5 de octubre de 2018 (BOE de 23 de octubre)
- Resolución de 30 de noviembre de 2018 (BOE de 20 de diciembre)
- Resolución de 12 de diciembre de 2018 (BOE de 3 de enero de 2019)
- Resolución de 14 de marzo de 2019 (BOE de 9 de abril)
- Resolución de 26 de abril de 2019 (BOE de 13 de mayo)
- Resolución de 16 de mayo de 2019 (BOE de 13 de junio)
- Resolución de 22 de julio de 2019 (BOE de 9 de agosto)
- Resolución de 20 de septiembre de 2019 (BOE de 13 de noviembre)
- Resolución de 23 de septiembre de 2019 (BOE de 13 de noviembre)
- Resolución de 2 de octubre de 2019 (BOE de 14 de noviembre)