

ARBITRAJE MERCANTIL

Los pactos entre socios, 'terreno abonado' para la vía extrajudicial

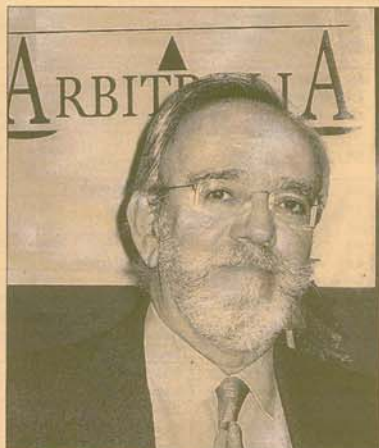
Los acuerdos sociales excluidos del régimen estatutario son propicios para el arbitraje. La Administración admite la cláusula arbitral en los estatutos de la sociedad.

MARÍA A. CARO, Madrid

Los pactos parasociales -acuerdos entre socios excluidos del régimen estatutario- constituyen un ámbito idóneo para el arbitraje. Dentro del concepto de pacto parasocial, y a modo de ejemplo, quedarían incluidos acuerdos de convenciones de voto, acuerdos de no concurrencia y, en general, acuerdos sobre políticas comunes con respecto a la sociedad. Para este tipo de pactos en sociedades no cotizadas, el arbitraje es más que recomendable, siempre que se garantice la confidencialidad.

Algunos especialistas arbitrales no partidarios de la catalogación, señalan que el arbitraje se fundamenta en el principio de la libertad, sosteniendo que el alcance de la imperatividad de la norma ha de ser restrictivo. Sin embargo, la doctrina está dividida, ya que existe un sector que aboga por categorizar los distintos supuestos donde tendría cabida. La vigente ley de arbitraje contiene una cláusula genérica y amplísima sobre lo que es arbitrable, señalando que es susceptible de arbitraje "todo lo disponible". "Hacer una especie de ejemplario o recopilatorio con los supuestos donde cabría el arbitraje, a modo de *númerus apertus*, sería bastante útil", destaca José María Nebot, vocal de la junta directiva de la corte privada de arbitraje Arbitralia.

El arbitraje tiene poca presencia en ciertos ámbitos como el derecho de familia y el derecho sucesorio. En cam-



Nicolás Pérez-Serrano, presidente de Arbitralia.

Un manual que recopile los supuestos donde cabría el arbitraje resultaría práctico

bio, en el entorno mercantil cuenta con menos limitaciones. Se está intentando que el arbitraje sea la fórmula para resolver conflictos pequeños entre consumidores y empresas comerciantes. No obstante, se da la paradoja de que los asuntos con consumidores se tienden a resolver por arbitraje, pero en el marco de un arbitraje de consumo tutelado por la Administración, vedando la intervención a las cortes priva-

das. Por ello, la presencia del arbitraje en lo mercantil es intensa en el campo de empresarios, comerciantes individuales y profesionales, y no tanto en el de consumidores y usuarios.

En el sector de la telefonía y energía, donde juega la normativa vinculante y de carácter coactivo y sancionador, se deja un buen margen de actuación al arbitraje. Con la apertura al mercado de los nuevos operadores de telefonía móvil y con la aparición de los móviles virtuales "surge una situación de privilegio que podría dirimirse dentro del contexto del arbitraje", afirma José Luis Benavides, registrador de la propiedad.

Sistema de notificaciones

Los arbitralistas consideran que, pese a estar evolucionando, no hay claridad respecto al sistema de notificaciones en el proceso arbitral. Para evitar que los demandados puedan escudarse en no haber recibido la notificación e intentar bloquear el arbitraje, el reglamento de la corte privada de arbitraje Arbitralia, al regular las notificaciones, señala que serán válidas por cualquier medio telemático que permita dejar constancia de emisión y recepción, y se incluye que las partes declaren la dirección a todos los efectos del procedimiento y se comprometen a comunicar cualquier cambio.

Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional admite el procedimiento de la notificación arbitral con el mecanismo de la indagación razonable, en definitiva la notificación al último domicilio conocido, diciendo que eso da fe del contenido.

Existe una norma que va dirigida sobre todo al demandado arbitral, según la cual, si cursada una notificación, ésta no tiene éxito, y tras una indagación razonable se constata que la notificación fue hecha al último domicilio o residencia conocida del demandado, la notificación es válida y surte sus efectos en derecho. Los magistrados suelen optar por una interpretación restrictiva del concepto de indagación razonable.

OPINIÓN

Sobre nulidades

¿Cómo es posible que el despido haya sido declarado nulo si desconocíamos que la empleada se encontraba embarazada? Si quien lee esta columna es abogado, graduado social o asesor de empresas vinculado al ámbito del derecho laboral, estoy convencido de que le habrán planteado esta cuestión a modo de lamentoso.

El artículo 555 b) del ET establece, entre otras causas, que será nulo el despido de la trabajadora embarazada desde el inicio de su estado. Es decir, en estos supuestos no cabía la declaración de improcedencia del despido -opción empresarial entre readmisión o indemnización-. O bien el despido era procedente al acreditarse sus causas motivadoras o bien era nulo.

Esta interpretación literal normativa venía siendo mantenida por la práctica totalidad de las resoluciones de los diversos Juzgados de toda España y por aquellas de las Salas de lo Social de los TSJ, con esporádicas divergencias.

Pues bien, la reciente sentencia del pasado 19 de julio, hecha pública hace escasas semanas, de la Sala 4ª del TS en unificación de doctrina, modifica el criterio anterior y mantiene que el despido disciplinario de una empleada embarazada no es nulo si el empresario desconoce tal cuestión a la hora de decidir dicha extinción.



Eduardo Ortega Figueiral
Abogado
Ortega-Raich, abogados

El caso que resuelve la Sala de lo Social del TS es singular. Una trabajadora es despedida por faltar al respeto a un superior. Tras su despido se hace la prueba del embarazo y descubre en ese momento que se encuentra en estado de gestación desde hacía, aproximadamente, un par de semanas. En su reclamación contra el despido alega la nulidad del mismo por esa razón. El Juzgado de instancia y la Sala de lo Social del TSJ, en este caso de Cantabria, le dan la razón. La empresa recurre aportando una sentencia de contraste del TSJ de Madrid de diciembre de 2003 que había calificado el despido como procedente generando gran polémica en su día entre la corriente progresista de la judicatura.

¿Cuál es la base jurídica del Alto Tribunal para dictaminar que en este caso el despido no pueda calificarse como nulo? Pues, fundamentalmente, que el empresario debe conocer de forma fehaciente el estado de gestación de la trabajadora despedida cuando le notifica tal decisión.

Para justificar tal aseveración la Sala se remonta a la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar, la cual modificaba el artículo 555 ET. Aquella indicaba que sería nulo el despido "motivado", entre otras causas, por el embarazo. Así, si la base para calificar como nulo el despido de una trabajadora embarazada debe ser motivado por ese hecho específico, se presupone que el empresario debe conocer tal circunstancia, lo que no sucedía en el caso que venía a resolver.

Nos congratulamos de esta decisión del TS que viene a poner fin, en principio, a una cuestión polémica. Advirtase si ésta es controvertida que siete de los diecisiete magistrados reunidos en Sala General redactaron un voto particular obviamente opuesto y contrario a la decisión mayoritaria que hemos expuesto manteniendo así el criterio anterior de carácter, a nuestro entender, ultraprotectorista.

Este suplemento ha sido elaborado por:
Victoria Martínez-Vares - vmv@martinezvares.es
Jaime Elías Navarro - jaimenav@recoletos.es
María Álvarez Caro - malvarez@vhe.es
Carlos López Abadía - carlos.lopez@recoletos.es
Publicidad: 91 337 09 30

SE COMENTA QUE...

Crecimiento económico y del empleo

■ ...que este lunes la Comisión de Trabajo del Congreso de los Diputados votará, con competencia legislativa plena, el dictamen del proyecto de ley para la mejora del crecimiento económico y del empleo. Esta iniciativa sin muchos precedentes, un decreto que obtendrá el rango de ley, supone un eslabón más de una ajustada política impulsada por el PSOE. El primer hito lo constituyó la firma del acuerdo para la reforma laboral en mayo de 2005, en la que participaron empresarios, sindicatos y Gobierno. Tras los resultados obtenidos por la

aplicación del decreto para el crecimiento y del empleo, la convalidación como ley amplia el consenso a los partidos y da carácter legislativo a cuestiones como convertir en fijos a eventuales con dos años de contrato en la empresa, sin olvidar medidas de flexibilidad, o acabar con el prestamismo laboral, entre otras propuestas...

■ ...que hay que cuidar las cuentas de las sociedades, no poniendo su contabilidad en una situación complicada si no es absolutamente necesario y proporcional a la infracción

que hayan cometido. Nos referimos a la Ley de Prevención del Fraude Fiscal que, en su versión definitiva, fue aprobada recientemente en el Congreso, reduce las multas a imponer a las compañías por la omisión o presentación de forma incorrecta o falsada de un dato, en las obligaciones de documentación de operaciones vinculadas, a 1.500 euros, manteniendo los 15.000 euros de multa -que era la sanción original única- exclusivamente para los supuestos de omisión o falsificación en el conjunto de datos...