

HECHO RELEVANTE

Banco Santander ha recibido la notificación del laudo arbitral de medidas cautelares resultante de la demanda arbitral presentada en su día por Total, y que se acompaña al presente Hecho Relevante. En síntesis, las medidas adoptadas implican:

- Imposición de la concertación entre Banco Santander y Total respecto de las acciones de Cepsa de su titularidad, directa o indirecta, que había sido declarada ineficaz por la Ley de Transparencia.
- Interdicción de la venta o gravamen de las participaciones directas o indirectas de Banco Santander en Somaen Dos.
- Interdicción de la venta o gravamen de las acciones de Cepsa adquiridas por Santander en la OPA cuyo plazo de aceptación acabó ayer.

En definitiva, el árbitro ha prescindido de la Ley 26/2003 e impuesto la concertación entre Banco Santander y Total.

El mencionado laudo, como corresponde a su carácter cautelar y provisional, no prejuzga ni entra en el fondo de las cuestiones planteadas, que habrán de ser resueltas en el arbitraje definitivo. Banco Santander reitera, por tanto, que los pactos parasociales que le vinculaban con Total en relación con Cepsa devinieron ineficaces por efecto directo de la Ley 26/2003 y, consecuentemente, que su actuación no ha supuesto incumplimiento de ningún acuerdo, incumplimiento que tampoco se le imputa en el laudo. Evidentemente, esta postura será defendida por Banco Santander en el arbitraje de fondo.

No obstante lo anterior, el Banco entiende que las medidas cautelares adoptadas suponen un grave perjuicio para los accionistas de Cepsa, en particular para los minoritarios, y para el propio Banco. Dichas medidas suponen el cierre del mercado de control de Cepsa imposibilitando OPAS de terceros. Además, imponen que Banco Santander y Total actúen concertadamente prescindiendo de la Ley 26/2003, esto es, como si la citada Ley no hubiera entrado en vigor.

Madrid, 25 de noviembre de 2003

INSTITUTO DE ARBITRAJE DE LOS PAÍSES BAJOS
ARBITRAJE N°2868

SENTENCIA

ELF AQUITAINE S.A.
Francia

&

ODIVAL S.A.
Francia

Demandantes

CONTRA

BANCO SANTANDER
CENTRAL HISPANO S.A.
España

Demandada

I. LAS PARTES DEL ARBITRAJE

1. Las Demandantes en el arbitraje son:

1. ELF AQUITAINE

2 Place de la Coupole

La Défense 6

92400 Courbevoie

Francia

Tel.: +331 47444546

Fax: +331 47444876

(A la atención de D. Alain-Marc Irissou/ D. Peter Herbel)

En lo sucesivo denominada «ELF AQUITAINE» o «ELF».

2. ODIVAL

2 Place de la Coupole

La Défense 6

92400 Courbevoie

Francia

Tel.: +331 47444546

Fax: +331 47444876

(A la atención de D. Alain-Marc Irissou/ D. Peter Herbel)

En lo sucesivo denominada «ODIVAL».

2. ELF, sociedad anónima de derecho francés registrada en Francia, es una sociedad cotizada que tiene por actividad la explotación, la producción y la distribución de productos petrolíferos.

3. ODIVAL, igualmente sociedad anónima de derecho francés, es una filial indirecta al 100% de ELF constituida en 1995, conforme a un Protocolo firmado por las partes en 1995 (vid. *infra*, n°4 y siguientes), para ser titular de la participación de ELF dentro de la sociedad holding SOMAEN DOS (en lo sucesivo “SOMAEN DOS” o “SOMAEN”).

ODIVAL es, por efecto de acuerdos posteriores, parte del Protocolo de 1995 y de otros acuerdos entre las partes.

4. Las Demandantes están representadas en este procedimiento por:

D. Brian King

Freshfields Bruckhaus Deringer

Apollolaan 151

1077 AR Amsterdam

Países Bajos

Tel.: +31 20 4857625

Fax: +31 20 5727627

E-mail: brian.king@freshfields.com

D. Elie Kleiman y D. Eric Schwartz

Freshfields Bruckhaus Deringer

69 boulevard Haussmann

75008 París

Francia

Tel.: +331 4456 4456

Fax : +331 4456 4400

E-mail : elie.kleiman@freshfields.com ; eric.schwartz@freshfields.com

D. Vicente Sierra Rocafort

Freshfields Bruckhaus Deringer

Calle Fortuny 6

28010 Madrid

España

Tel.: +34 91 3191024

Fax: +34 91 3084636

E-mail: vicente.sierra@freshfield.com

D. José Antonio Cremades

Despacho J. A. Cremades y Asociados

Antonio Maura, 10
28014 Madrid
España
Tel.: +34 91 531 69 49
Fax: +34 91 521 25 82
E-mail: jacremades@jacremades.com

5. La Demandada en el arbitraje es:

BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. (SCH)
Paseo de Pereda, números 9 y 11
39004 Santander
Cantabria
España
Tel.: +34 942 20 61 00
Fax: +34 942 20 61 12

6. La Demandada ha elegido como domicilio a los efectos del presente procedimiento la dirección siguiente:

BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. (SCH)
Plaza de Canalejas, 1-3ª pl
28014 Madrid
España
Tel.: +34 91 342 46 10
Fax: +34 91 342 46 13
E-mail: agucazorla@gruposantander.com

(A la atención de D. Ignacio Benjumea Cabeza de Vaca)

En lo sucesivo denominada «SCH».

7. La Demandada está representada en este procedimiento por:

D. Jesús Remón Peñalver / D. Salvador Sánchez-Terán

Uría & Menéndez

Jorge Juan, 6

28001 Madrid

España

Tel.: +34 91 586 03 71 / 04 76

Fax: +34 91 586 07 42 / 07 77

E-mail: jrp@uria.com / sst@uria.com

D. Yves Derains

Derains & Associés

167 bis, avenue Victor Hugo

75116 Paris

Francia

Tel.: +33 1 45 53 38 38

Fax : +33 1 45 53 63 48

E-mail : derains.ass@wanadoo.fr

D. Paul Cronheim

De Brauw Blackstone Westbroek

Tripolis

Burgerweeshuispad 301

1076 HR Amsterdam

Países Bajos

Tel.: +31 20 577 15 68

Fax: +31 20 577 19 46

E-mail: paul.cronheim@debrauw.com

D. Juan Fernández-Armesto

General Pardiñas, 102 – 8º Izda.

28006 Madrid

España

Tel.: +34 91 562 16 25

Fax: +34 91 515 91 45

E-mail: jfa@jfarmesto.com

8. SCH es un banco de derecho español registrado en España. SCH es el resultado de la fusión entre BANCO SANTANDER, S.A. y BANCO CENTRAL HISPANOAMERICANO, S.A. en 1999.

II. LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

9. El 13 de octubre de 2003, las Demandantes han iniciado un procedimiento sumario de arbitraje contra la Demandada de conformidad con la Sección 4 A del Reglamento de arbitraje del Instituto de Arbitraje de los Países Bajos (*Netherlands Arbitration Institute*) (NAI). La solicitud está dirigida a obtener del árbitro la adopción de medidas provisionales, en espera de que sea resuelto definitivamente por el Tribunal Arbitral que habrá de pronunciarse sobre el fondo en el marco de la solicitud de arbitraje depositada por las Demandantes el 20 de octubre de 2003. La solicitud de medidas provisionales y la solicitud sobre el fondo se fundamentan en una supuesta violación por SCH de los acuerdos alcanzados entre las partes, más ampliamente detallados a continuación en la sección V.

10. Las Demandantes fundamentan en primer lugar su solicitud en el artículo 14 del Protocolo de 5 de enero de 1995 concluido entre las partes. El citado precepto contiene una cláusula compromisoria que somete al arbitraje todos los litigios relativos a este contrato (así como los acuerdos anteriores de 1990 y 1991). Esta cláusula dispone que: *“El presente contrato está sujeto al derecho español. Todas las divergencias que surjan del presente contrato así como de los Protocolos de 1990 y 1991 serán resueltas definitivamente mediante arbitraje internacional de derecho administrado por THE NETHERLANDS ARBITRATION INSTITUTE, siendo el número de árbitros tres, el lugar de arbitraje La Haya (Países Bajos) y las lenguas oficiales español y francés.”*

11. Las Demandantes se fundamentan además en la cláusula de arbitraje contenida en un contrato de compraventa firmado el 21 de febrero de 1995 entre, en particular, ELF, ODIVAL y SCH, que somete en su artículo 9 todo posible litigio al arbitraje del Instituto de Arbitraje de los Países Bajos: *“El presente contrato está sujeto al derecho español. Todas las divergencias que surjan del presente contrato serán resueltas definitivamente mediante arbitraje internacional de derecho administrado por THE*

NETHERLANDS ARBITRATION INSTITUTE, siendo el número de árbitros tres, el lugar de arbitraje La Haya (Países Bajos) y las lenguas oficiales español y francés.”

12. Las Demandantes se fundamentan igualmente en un Acuerdo concluido entre ellas en 1996, que ha confirmado la aplicabilidad de la cláusula compromisoria en su artículo 9, el cual se remite pura y simplemente al artículo 14 del Protocolo de 1995: *“Se estará a lo dispuesto en el Protocolo de 5 de enero de 1995.”*

13. La sede del arbitraje es La Haya (Países Bajos) conforme al artículo 14 del Protocolo de 1995 (confirmado por el artículo 9 del Acuerdo de 1996) y el artículo 9 del contrato de compraventa de 1995. No obstante, conforme al artículo 22, 2 del Reglamento de arbitraje del NAI, ha sido decidido por común acuerdo de las partes que la audiencia relativa a las medidas provisionales tenga lugar en Bruselas.

14. El número de árbitros queda fijado en tres por el artículo 14 del Protocolo de 1995 (confirmado por el artículo 9 del Acuerdo de 1996) y el artículo 9 del Contrato de compraventa de 1995. Sin embargo, esta disposición no tiene aplicación en el marco de un procedimiento arbitral sumario, para el que ha sido designado un árbitro único, conforme al artículo 42(f)1 del Reglamento de Arbitraje del NAI.

15. Los idiomas oficiales del arbitraje son el francés y el español, de conformidad con el artículo 14 del Protocolo de 1995 (confirmado por el artículo 9 del Acuerdo de 1996) y con el artículo 9 del Contrato de compraventa de 1995. La Solicitud y las memorias subsiguientes han sido depositadas por los abogados de las partes en los dos idiomas, así como la mayor parte de las piezas del expediente.

16. Además, por medio de la conferencia telefónica que ha tenido lugar entre los asesores de las partes y el Tribunal Arbitral el 16 de octubre del 2003, fue acordado que, por razones de facilidad, la correspondencia ordinaria podía estar redactada en lengua inglesa.

17. La ley aplicable a los contratos es la ley española, de conformidad con la cláusula estipulada en el artículo 14 del Protocolo de 1995 y en el artículo 9 del Acuerdo de 1996.

III. EL PROCEDIMIENTO

18. La solicitud de procedimiento arbitral sumario ha sido depositada ante el Instituto de Arbitraje de los Países Bajos el 13 de octubre de 2003. Dicha solicitud fue acompañada de los anexos C1 a C26.

19. En fecha de 14 de octubre del 2003, el Instituto de Arbitraje de los Países Bajos ha nombrado en calidad de árbitro único:

El Profesor Bernard Hanotiau

Abogado

rue Général Lotz, 76

1180 Bruselas

Bélgica

Tel. : +32 2 290 39 00

Fax : +32 2 290 39 39

E-mail: bernard.hanotiau@hvdb.com

El árbitro confirmó por escrito al NAI que aceptaba su misión.

20. En fecha de 16 de octubre 2003, el árbitro ha organizado una conferencia telefónica con los asesores de las partes, resultado de la cual ha sido fijado el calendario del procedimiento como sigue:

- depósito de la contestación de la Demandada y de sus anexos complementarios el 24 de octubre de 2003;
- depósito de la memoria en réplica de las Demandantes y anexos complementarios el 28 de octubre de 2003;
- depósito de la memoria en dúplica de la Demandada y anexos complementarios el 31 de octubre de 2003;
- alegatos en Bruselas el lunes 10 y el martes 11 de noviembre de 2003.

21. Conforme a este calendario, la Demandada ha depositado su contestación a la solicitud de arbitraje el 24 de octubre de 2003, acompañado de los anexos D1 a D20.

22. Las Demandantes han depositado su memoria en réplica el 28 de octubre de 2003, acompañada de los anexos complementarios C27 a C43.

23. La Demandada ha depositado su memoria en dúplica el 31 de octubre de 2003, acompañada de los anexos complementarios D21 y D22

24. A tenor de la conferencia telefónica de 16 de octubre de 2003, antes citada, el árbitro por otro lado ha invitado a las partes a negociar un *standstill agreement*. Las partes no han alcanzado un acuerdo en el plazo fijado por el árbitro, éste, a solicitud de las Demandantes ha dictado el 25 de octubre de 2003 una ordenanza de *standstill*, que impone a las partes el respeto de un cierto número de medidas de espera, destinadas a aplicarse hasta el día en que hubiere sido formulada la presente sentencia.

25. A 27 de octubre 2003, el NAI, a solicitud del árbitro ha designado a D. O. CAPRASSE Secretario del Tribunal Arbitral.

26. De acuerdo con las partes, la audiencia arbitral ha tenido lugar en el hotel Conrad, Avenida Louise 71, 1050 – Bruselas, los días 10 y 11 de noviembre 2003. A su solicitud, ha sido organizado un servicio de interpretación simultáneo francés-español y español-francés. Al comienzo de la audiencia las partes se conformaron a no poner objeción alguna en cuanto al árbitro designado por la NAI ni a la validez de la cláusula arbitral (artículo 1052.2 de la ley holandesa sobre el arbitraje). La Demandada ha precisado que su objeción de inarbitrabilidad sólo concernería a los efectos que podrían conllevar algunas de las medidas solicitadas por las partes, si fueren adoptadas.

IV. LAS DEMANDAS DE LAS PARTES

A. La demanda de ELF y ODIVAL

27. Según los términos de su solicitud de arbitraje y de su réplica, las Demandantes solicitan del Tribunal Arbitral el pronunciamiento de una sentencia ordenando las siguientes medidas provisionales:

(1) Ordenar a SCH, actuando individualmente o a través de sociedades participadas o controladas, que se abstenga de toda acción que pudiese conducir a que las acciones de

CEPSA propiedad de SOMAEN DOS sean transmitidas o gravadas, o a que los derechos inherentes a estas acciones sean ejercitados por SOMAEN DOS, con la excepción del ejercicio de los derechos de voto para la aprobación en Junta General Ordinaria de las cuentas anuales y, en su caso, la renovación de administradores que fuera legalmente necesaria, de conformidad con el artículo 8.4 del Protocolo de 1995 y salvo acuerdo en contrario entre las partes; y

(2) Ordenar al SCH, actuando individualmente o a través de sociedades participadas o controladas, que se abstenga de toda acción que pudiera conducir a que las participaciones de SOMAEN DOS propiedad de su filial (Riyal) sean transmitidas o gravadas, o que, los derechos inherentes a dichas participaciones sean ejercitados por Riyal, salvo acuerdo en contrario entre las partes; y

(3) Ordenar al SCH, actuando individualmente o a través de sociedades participadas o controladas, que se abstenga de toda acción que pudiere conducir a que las participaciones de Riyal, de las que es propietaria sean transmitidas o gravadas de derecho, o que los derechos inherentes a estas participaciones sean ejercitados por SCH, salvo acuerdo en contrario entre las partes; y

(4) Ordenar al SCH, actuando individualmente o a través de sociedades participadas o controladas, que no provoque o intente provocar, la liquidación de SOMAEN DOS en condiciones que no respeten los derechos de las Demandantes a recibir las acciones de CEPSA a las que tiene derecho, salvo acuerdo contrario de las partes; y

(5) Ordenar al SCH, actuando individualmente o a través de sociedades participadas o controladas, que se abstenga de toda acción que pudiera conducir a que las acciones de CEPSA adquiridas a través de la OPA sean transmitidas o gravadas de derecho, y a no ejercitar los derechos inherentes a estas acciones salvo acuerdo contrario de las partes; y

(6) Ordene una sanción económica (*dwangson*) por un montante de 5.000.000 de Euros, o de cualquier otro importe determinado por el Tribunal, a cargo de SCH, por cualquier violación de las medidas ordenadas, adicionalmente a cualquier indemnización que pudiera ser reclamada por las Demandantes en este supuesto; y

(7) Decretar que el laudo a dictar sea inmediatamente ejecutivo; y

(8) Ordenar la imposición al SCH de los gastos y costas del arbitraje, incluidos sin limitación todos los importes y desembolsos pagados por o por cuenta de ELF y ODIVAL, en particular, al Instituto de Arbitraje de los Países Bajos, así como a sus abogados, en relación con el presente procedimiento; y

(9) Ordenar cualquier otra medida que el Tribunal pueda considerar apropiada con el fin de preservar los derechos de ELF y de ODIVAL.

B. La demanda de SCH

28. En los términos de su contestación y de su réplica, SCH solicita que el árbitro dicte una decisión cuyo contenido sea el siguiente:

1. Demanda principal

- (a) Rechazar todas las pretensiones de las Demandantes en su memoria de demanda.
- (b) Condenar solidariamente a ELF y ODIVAL a pagar a SCH todos los gastos y costas del arbitraje, que comprenda, a título de ejemplo, (i) los honorarios del Netherlands Arbitration Institute, (ii) los honorarios y las minutas de los abogados y expertos contratados por SCH, (iii) los gastos derivados de los testigos propuestos por SCH, (iv) los gastos de traducción y organización de audiencias.

2. Demanda subsidiaria

En el caso hipotético de que la decisión arbitral adoptare las medidas cautelares solicitadas por las Demandantes, SCH reivindica subsidiariamente que la decisión:

- (a) Rechace en todos los casos la imposición de una sanción económica solicitada en el párrafo (6) del *petitum* de la solicitud.
- (b) Someter la efectividad de la medida cautelar a la constitución preliminar de una garantía por ELF, con las exigencias e importes indicados en el párrafo 120 de este documento, que se consideran reproducidas aquí:
- (c) Decida que la medida cautelar cesará automáticamente de producir sus efectos tres meses después de pronunciar el laudo.
- (d) Condenar al pago de los gastos de arbitraje a ELF y ODIVAL solidariamente en los términos indicados en el párrafo 1 (b) *supra*.

V. LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE LAS PARTES. EL LITIGIO

A. Los acuerdos entre las partes

29. En 1990, ELF entabló una relación industrial con CEPSA, sociedad petrolera española. En la época, el principal accionista de CEPSA era SCH (en aquel momento, Banco central). En este contexto, ELF ha concluido numerosos acuerdos con CEPSA. De la misma manera SCH y ELF han concluido diversos acuerdos relativos a CEPSA y a su participación respectiva en esta sociedad. Los acuerdos más importantes son los acuerdos de 1990 y 1991, y los Protocolos de 1995 y 1996.

1. Acuerdo de 20 junio 1990

30. El 20 de junio de 1990, un primer contrato se concluye entre SCH, CEPSA y ELF. Como se indica en su preámbulo, su objetivo era definir un marco de cooperación entre ELF y CEPSA sobre los proyectos comunes y para una toma de participación significativa por ELF en el capital de CEPSA.

31. En los términos de este Acuerdo, ELF se comprometía a adquirir una participación inicial del 20,5% en CEPSA, susceptible de ser elevado al 25% el año siguiente (artículo 2).

32. Estipulaba igualmente que los representantes de ELF “*serán nombrados miembros del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva del Consejo de CEPSA el número de representantes de ELF AQUITAINE que correspondan en proporción a su participación en CEPSA. ELF AQUITAINE tendrá, inicialmente, un mínimo de tres representantes en el Consejo y de dos en la Comisión Ejecutiva del Consejo*” (artículo 2.2).

33. El artículo 4 del acuerdo estipulaba también “*las partes convienen, de forma general, que el buen éxito de su cooperación en CEPSA implica una plena información a ELF AQUITAINE por todos los medios útiles y su participación activa, a través de los Órganos de Gobierno de la Sociedad...*” a una serie de niveles, presupuestario, tecnológico y operacional.

34. Para alcanzar este objetivo, el acuerdo establecía como estructuras de cooperación: dos directores (uno para CEPSA y uno para ELF AQUITAINE) teniendo principalmente por misión de coordinar día a día la colaboración acordada (artículo 5.1); un Grupo de Trabajo (compuesto de dos miembros de ELF AQUITAINE y de dos miembros de CEPSA) con el fin de asegurar el desarrollo y el éxito de la cooperación (artículo 5.2).

35. Siguiendo el artículo 6 del acuerdo, *“para reforzar su decisión expresa de cooperación en CEPSA y preservar su eficiencia y su espíritu, el BANCO CENTRAL y ELF AQUITAINE deciden complementariamente adoptar [los compromisos]...”* recíprocos de ofrecerse prioritariamente los títulos de CEPSA, salvo excepciones, en caso de la voluntad de una parte de ceder sus títulos.

36. El artículo 7 del Acuerdo establece mecanismos para poner fin a la unión entre las partes en caso de divergencia insoluble.

2. El Acuerdo de 25 abril de 1991

37. El 25 de abril de 1991, ELF, CEPSA y SCH firmaron un segundo contrato. Contiene especialmente estipulaciones relativas a la adquisición por CEPSA de una tercera sociedad petrolera (Ertoil) con la ayuda de ELF. Respecto a esta operación se concluyó un contrato de licencia de una duración de cincuenta años, a fin de permitir la explotación de la red de distribución de CEPSA (en particular, las estaciones de servicios) bajo la doble marca CEPSA y ELF (artículo 3 y Anexo 6 del Acuerdo de 1991).

38. El Acuerdo estipulaba igualmente que ELF aumentaría progresivamente su participación en CEPSA hasta el 34% a más tardar antes de finales de 1992. Para alcanzar este nivel de participación, ELF debía lanzar una Oferta Pública de Adquisición sobre el 13,5% de las acciones de CEPSA, debiendo SCH intervenir subsidiariamente para complementar la oferta si fuera necesario, para garantizar que ELF obtendría *in fine* el porcentaje de participación deseado (Acuerdo de los Presidentes de 11 de septiembre

de 1991). En el mes de septiembre 1991, ELF lanza una OPA sobre el 13,5% del capital y a raíz de esta compra su participación alcanza el 30,68%.

39. Las partes ruegan igualmente los compromisos relativos a la administración del grupo CEPESA. SCH (entonces, Banco Central ó “BC”) toma estos compromisos tanto en nombre propio que en nombre del Grupo BC (artículo 4, párrafo 2).

- “...BC velará por que los derechos de voto correspondientes a su Grupo en los Consejos de Administración y otros órganos sociales de las sociedades del Grupo CEPESA, no sean ejercidos (sin el acuerdo de ELF) en sentido contrario a lo dispuesto en el presente Protocolo de Acuerdo de 1991” (art.4).

- “El Consejo (de Administración) deberá estar compuesto en todo momento de un número de Consejeros no divisible por tres, comprendiendo los Consejeros designados a propuesta de ELF que ocuparán al menos un tercio de los puestos del Consejo y entendiéndose que a efectos del cálculo del tercio, éste será redondeado por exceso a favor de ELF...” (art.4.1);

- “El Consejo delegará en la Comisión Ejecutiva las más amplias facultades permitidas por la ley.

Esta delegación se efectuará de modo tal que las personas que se encuentren facultadas en CEPESA para realizar, entre otras, las funciones citadas en el Anexo 7 confirmen a la Comisión Ejecutiva que tienen conocimiento de que estas cuestiones deben ser objeto de resolución por parte de dicha Comisión.

Los Consejeros que hayan sido nombrados a propuesta de ELF deber representar al menos un tercio de los miembros de la Comisión Ejecutiva, durante toda la vigencia del presente Protocolo de Acuerdo de 1991.

Las decisiones de la Comisión Ejecutiva serán adoptadas por la mayoría de sus miembros, salvo las decisiones relativas a las cuestiones citadas en el Anexo 7 que precisarán una mayoría del 75 % (setenta y cinco por ciento) de dichos miembros” (art:4.2). Este Anexo 7 fue posteriormente modificado en el momento

de la firma del Protocolo de 1995, por acuerdo concomitante de 5 de Enero de 1995 (vid. *infra*, sub 4).

40. En términos del art. 7.2., las partes convinieron “*mantener la totalidad de los efectos jurídicos del Protocolo de Acuerdo de 1990 en cuanto a las disposiciones del mismo que no sean contrarias a las del presente Protocolo de Acuerdo de 1991, ni hayan resultado obsoletas o desfasadas a causa de circunstancias posteriores a su firma*”.

3. El Protocolo de 5 enero 1995

41. El 5 de enero 1995, las partes concluyeron un nuevo Protocolo. Este Protocolo contiene diferentes aspectos que serán examinados sucesivamente.

a) La creación de una sociedad holding Somaen Dos

42. Según los términos del Protocolo de 1995, las partes han convenido participar en una sociedad holding, Somaen Dos. Cada una de las partes aportó acciones de CEPSA a esta sociedad holding. La aportación de SCH mediante una sociedad filial de SCH denominada RIYAL («RIYAL»). La aportación efectuada por ELF consistió en acciones que fueron compradas por ELF (a través de ODIVAL) a SCH. Las partes han convenido igualmente que una tercera sociedad (Unión Fenosa), en la que SCH ostenta una participación, participara en esta estructura. Somaen Dos ha devenido también accionista directo de CEPSA.

43. El Protocolo prevé que el objeto exclusivo de Somaen Dos es detentar acciones de CEPSA (art.3.1.2) y que el objeto exclusivo de Riyal es de detentar acciones de Somaen Dos (art.2.2).

44. Por otro lado, las partes firmaron, el 21 de febrero de 1995, un acuerdo adicional en desarrollo del Protocolo. Este nuevo acuerdo establecía que la participación de ELF en Somaen Dos sería detentada a través de una filial indirecta, ODIVAL.

45. Actualmente, Somaen Dos tiene el 33,23% del capital de CEPSA. La estructura del accionariado de Somaen Dos y el porcentaje de participación indirecta de las acciones de CEPSA que correspondería a cada uno de los socios de Somaen Dos son los que se indican en el cuadro siguiente:

Sociedad	Participación en Somaen Dos	Porcentaje de detentación indirecta de acciones CEPSA
ELF (indirectamente a través de Odival)	25,01%	8,31%
SCH (indirectamente a través de Riyal)	59,95%	19,92%
Grupo Unión Fenosa	15,04%	5%

b) Regulación de cesiones y adquisiciones de títulos de Riyal, Somaen Dos y CEPSA

46. En cuanto a los títulos de Riyal, el artículo 2.3 del Protocolo estipula que el capital social de esta sociedad “será detentado en más de 50 % por BCH y el resto podrá ser distribuido por BCH a inversores españoles no petroquímicos...”. Además, “BCH se obliga a respetar, en cuanto a las partes de [Riyal]¹ de las cuales sea propietaria, los derechos de adquisición preferente y de autorización a favor de ELF previstos en el artículo 6 del Protocolo de 1990...” (artículo 2.4). Además, “en cuanto a las participaciones de [Riyal] que no pertenecen a BCH, BCH se compromete a hacer aceptar a los otros socios una cláusula según la cual cualquier cesión de estas participaciones deberá ser obligatoriamente notificada a ELF. ELF podrá ejercer los derechos previstos en el artículo 6 del Protocolo de 1990 salvo si la cesión se hace a BCH, a cualquier otro socio de [Riyal] o a “inversores españoles no petroquímicos”... y que acepten a su vez respetar las limitaciones a la cesión de las participaciones

¹ "HOLDING 2" en el texto original.

previstas en la cláusula 2.3...”. Por último “BCH se compromete a que [Riyal] asuma las obligaciones derivadas para ella del presente Protocolo”.

47. En cuanto a los títulos de Somaen Dos, el artículo 3.4.1. dispone que “BCH se compromete a que [Somaen Dos]² y los inversores que puedan incorporarse por la vía de la cláusula cuarta del presente contrato controlen más del 50% del capital social de [Somaen Dos] y nunca alcanzarán el 75%, de modo que ELF detente siempre más del 25%”. El artículo 3.4.2 prosigue: “BCH y [Riyal] no podrán enajenar las participaciones de [Somaen Dos] más que respetando el derecho de preferente adquisición y de autorización de ELF de acuerdo con el artículo 6 del Protocolo de 1990. Además las participaciones de [Somaen Dos] únicamente podrán ser enajenadas a inversores españoles no petroquímicos tal como han sido definidos en la cláusula 2.3..., salvo autorización de ELF que ELF no podrá rechazar sin motivo razonable para ELF”. En aplicación del artículo 3.4.3., “ELF no podrá enajenar las participaciones de [Somaen Dos] nada más que respetando el derecho de preferente adquisición y de autorización de BCH y de [Riyal] de acuerdo con el artículo 6 del Protocolo de 1990. Las participaciones no podrán ser cedidas a inversores financieros, salvo acuerdo de BCH y [Riyal], que no podrán denegar sin motivo razonable para BCH y [Riyal]...”. Por último el artículo 3.4. estipula que “BCH y ELF se comprometen a que [Somaen Dos] asuma y cumpla las obligaciones derivadas de este contrato”.

48. En cuanto a los títulos de CEPSA:

- el artículo 3.6 dispone que “las acciones de CEPSA que pertenecen a [Somaen Dos] no podrán ser cedidas ni gravadas sin el consentimiento escrito de todos los socios”;

- el artículo 6.1 estipula que “con las excepciones que a continuación se indican, ambas partes acuerdan que ninguna de ellas podrá adquirir nuevas acciones de CEPSA al margen de [Somaen Dos] sin autorización de la contraparte.

Se exceptúan:

² "HOLDING I" en el texto original.

a) *las compras o las ventas normales de equilibrio de la cotización que pudieran realizar BCH o ELF...;*

b) *si [Riyal] o sus socios propusieran a [Somaen Dos] la adquisición a un precio determinado de acciones de CEPSA distintas de las detentadas por SMM y ELF se opusiera a dicha adquisición por [Somaen Dos], [Riyal] o sus socios podrán adquirir tales acciones y ELF no tendrá ningún derecho sobre ellas. Si ELF propusiera a [Somaen Dos] la adquisición a un precio determinado de acciones de CEPSA distintas de las detentadas por SMM y [Riyal] se opusiese a dicha adquisición por [Somaen Dos], ELF podrá adquirir tales acciones y ni [Riyal] ni sus socios tendrán ningún derecho sobre ellas.*

- *en aplicación del artículo 6.2, “ELF se compromete a no enajenar las acciones de CEPSA de su propiedad a ninguna entidad financiera... que realice actividades bancarias significativas en España, sin consentimiento de BCH, consentimiento que no será negado sin que exista motivo razonable para BCH”.*

c) *Funcionamiento de Somaen Dos y de CEPSA*

49. En virtud del artículo 3.6 del Protocolo:

- *“Sin ese consentimiento, constatado por escrito, [Somaen Dos] no podrá endeudarse”;*

- *“Deberá también, salvo común acuerdo, abonar sistemáticamente a sus socios los dividendos percibidos de CEPSA y los demás ingresos, una vez atendidos los gastos”;*

- *“Los gastos deberán ser igualmente decididos de común acuerdo en el seno de su Consejo de Administración”.*

50. Además, en aplicación del artículo 3.7, *“las disposiciones del Protocolo de 1991, y en particular del Anexo 7, serán aplicables también en cuanto al funcionamiento de [Somaen Dos] y deberán ser respetadas por todos los órganos sociales de [Somaen Dos]”.*

51. La misma disposición prevé también que las disposiciones del Protocolo de 1991, y en particular su Anexo 7, *“deberán ser respetadas igualmente por los representantes de esta sociedad y de la participación de BCH y de ELF en CEPSA, tanto a nivel de la Junta de Accionistas, como del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva de CEPSA...”*.

52. Finalmente, siguiendo el artículo 3.8:

- *“[Somaen Dos] será administrada por un Consejo de Administración de 7 miembros, cuatro de los cuales serán designados por [Riyal] y tres por ELF”;*

- *“El número de administradores de CEPSA elegidos en representación de [Somaen Dos] será de un tercio del número de Consejeros de CEPSA redondeado al alza y actualmente será de 7”;*

- *“Para la Comisión Ejecutiva de CEPSA regirá el mismo criterio establecido en 3.8.1 y, por consiguiente, el número será de tres en el momento actual”;*

- *“Toda persona nombrada en representación de las acciones detentadas por [Somaen Dos] para ocupar un puesto en el Consejo de Administración o en la Comisión Ejecutiva de CEPSA, o para votar en nombre de las acciones propiedad de [Somaen Dos] en la Junta General de CEPSA, deberá atenerse a la hora de votar a las instrucciones recibidas del Consejo de Administración de [Somaen Dos]”;*

- *“En caso de someterse a votación en el Consejo de Administración o en la Comisión Ejecutiva de CEPSA un acuerdo sin haber recibido instrucciones de [Somaen Dos], los consejeros representantes de [Somaen Dos] deberán solicitar que se posponga su adopción siempre que se trate de materias enumeradas en el anexo 7 del Protocolo de 1991 o si lo piden dos consejeros de [Somaen Dos] en CEPSA. A continuación deberán recabar las oportunas instrucciones de [Somaen Dos]. De no aceptarse la posposición, los representantes de [Somaen Dos] deberán necesariamente votar en contra del acuerdo, de forma que éste sea rechazado”;*

- *“En caso de plantearse en la Junta General de CEPSA la votación de un acuerdo sin haber recibido instrucciones de [Somaen Dos], el representante de [Somaen Dos] deberá necesariamente votar en contra, siempre que el asunto no*

conste en el orden del día. En el caso de asuntos incluidos en el orden del día, el representante deberá en todo caso obtener instrucciones del Consejo de Administración de [Somaen Dos] y ajustarse a las instrucciones recibidas”;

-“ Toda persona que vaya a ser designada representante de [Somaen Dos] en la Junta de Accionistas, en el Consejo de Administración o en la Comisión Ejecutiva de CEPSA, deberá aceptar por escrito la obligación de atenerse a la presente estipulación”;

d) El procedimiento a seguir en caso de divergencias insuperables

53. Las partes reconocieron que podrían surgir desacuerdos entre ellas y que estos desacuerdos podrían, en su caso, ser lo suficientemente serios como para impedir la continuación de su cooperación. Por lo que previeron en el artículo 8 del Protocolo de 1995 un mecanismo para tratar estas divergencias.

54. El artículo 8 del Protocolo está redactado de la siguiente manera:

"8.1. El Protocolo de 1990 contempla los mecanismos para poner fin a la unión entre ambas compañías en caso de divergencias insuperables. En virtud de los acuerdos alcanzados y establecidos en el presente documento, las partes renuncian a invocar una divergencia insuperable durante cuatro años a contar desde el día 1 de enero de 1995. El mecanismo que se aplicaría para poner fin a la unión entre ELF y [Riyal] será el indicado a continuación.

8.2. En caso de divergencias insuperables entre ELF, por una parte, y BCH, [Somaen Dos] o [Riyal], por otra parte, las partes convienen lo siguiente: [Somaen Dos] será liquidada con atribución de las acciones CEPSA a los socios de [Somaen Dos] a prorrata de su participación en el capital de [Somaen Dos]. Los socios de [Somaen Dos] podrán ceder libremente y sin sometimiento a ningún derecho de adquisición preferente, todo o parte de las participaciones de [Somaen Dos] en curso de liquidación y dispondrán para ello de un plazo de tres meses.

8.3. Por divergencia insuperable, las partes del presente contrato entienden un desacuerdo persistente entre ELF y BCH, [Somaen Dos] o [Riyal]. Un desacuerdo es persistente (sic) cuando se ha notificado por escrito por uno de los Presidentes de ELF o de BCH al otro y no ha sido resuelto tres meses después y si, transcurrido el

citado plazo, los Presidentes no han alcanzado un acuerdo, deberán designar de común acuerdo un mediador de nacionalidad española. Este mediador tratará de ayudar a las partes a encontrar una solución. Los presidentes tomarán seriamente en consideración la opinión de dicho mediador para tratar de resolver la divergencia.

8.4. Seis meses después de la notificación inicial indicada en la cláusula 8.3, si a pesar de la mediación no se ha encontrado ninguna solución, hasta su atribución a los socios de [Somaen Dos], las acciones de CEPSA que pertenezcan a [Somaen Dos] sólo podrán participar en las Juntas de Accionistas de CEPSA previo acuerdo conjunto para cada Junta de los socios, con excepción de la aprobación en Junta General Ordinaria de las cuentas y, en su caso, la renovación de consejeros que fuere legalmente necesaria."

55. Un artículo 8.5 ha sido adoptado a través del Acuerdo del 12 de enero de 1996 (*infra*, título 6)

e) Vigencia de los Acuerdos

56. Conforme al artículo 10.1, *“los acuerdos entre las partes y particularmente los Protocolos de 1990 y 1991 subsisten en sus propios términos (en la medida en que no hayan sido modificados por este contrato), entendiéndose que los derechos y obligaciones de BCH frente a ELF, que se mantienen, serán asumidos también por [Somaen Dos]...”*.

4. El Acuerdo de 5 de enero de 1995 relativo al Anexo 7

57. El 5 de enero de 1995 se celebró también otro acuerdo entre ELF y SCH, teniendo por objeto modificar el Anexo 7 del Protocolo de 1991, cuyo efecto tiene lugar el día de entrada en vigor del Protocolo de 5 de enero de 1995.

58. El Acuerdo recoge la *“lista de materias que exigen una mayoría cualificada del 75% en todos los órganos sociales de [Somaen Dos] y de CEPSA concernientes a sus actividades y a las de las filiales de CEPSA”*.

5. La Carta-Acuerdo del 5 de enero de 1995

59. Por una Carta-Acuerdo de fecha 5 de enero de 1995 se prevé, en determinadas circunstancias relativas a la disolución de Somaen Dos, que Riyal venda a ELF, o a la persona que él designará, títulos de CEPSA.

60. Como consecuencia de los acuerdos concluidos en 1996 (título 6 abajo indicado) y las modificaciones del capital de CEPSA desde 1995, el porcentaje de acciones al cual se refiere este régimen es hoy en día del 4,35% del capital de CEPSA.

6. El Acuerdo de 12 de enero de 1996

61. Las partes han concluido asimismo un Acuerdo el 12 de enero de 1996.

62. El artículo 6 modificó el régimen de adquisición de Elf regulado por la Carta-Acuerdo de 5 de enero de 1995.

63. El Acuerdo de 1996 permitió igualmente a ELF proceder a adquisiciones directas, permitiéndole aumentar su porcentaje de participación en el capital de CEPSA a alrededor del 37 %.

64. Este acuerdo ha adoptado además ciertas cláusulas del Protocolo de 5 de enero de 1995. Así:

- se ha añadido un artículo 3.10 que estipula que *“a no ser que las partes, de común acuerdo decidan otra cosa, los Administradores de [Somaen Dos] serán siempre altos directivos o miembros del Consejo de Administración de BCH o de ELF, con funciones ejecutivas, o antiguos administradores de [Somaen Dos]”*;

- a fin de precisar ciertas situaciones que pudieran sobrevenir en la hipótesis de divergencias insuperables, se añadió un nuevo párrafo 5 al artículo 8 del Protocolo de 5 de enero de 1995:

“Aparecida una divergencia insuperable que en principio daría origen a la disolución de [Somaen Dos], los socios de común acuerdo, podrán decidir:

a) *Que en lugar de la liquidación de dicha sociedad pueda llevarse a efecto una operación de escisión total de [Somaen Dos], con atribución a las sociedades partícipes en [Somaen Dos] de las participaciones de las sociedades resultantes de la escisión u otro modo de extinción de [Somaen Dos] que en ese momento pudiera resultar conveniente, haciendo lo necesario en todo caso para que en la sociedad resultante de la escisión, cuya participación corresponda a ELF (ODIVAL), tenga en su patrimonio no más del 5,99% del capital de CEPSA y el resto sea dinero. Para ello previamente a la escisión se venderán en la forma que se estime más conveniente las acciones de CEPSA que de otro modo hubieran correspondido a dicha sociedad..*

b) *Que en lugar de disolver [Somaen Dos] se atribuya a ELF directamente o a través de ODIVAL, la opción de adquirir de [Somaen Dos] las acciones de CEPSA que corresponderían a la participación en [Somaen Dos] de ELF (ODIVAL), con un máximo del 5,99% para que inmediatamente después [Somaen Dos] o sus socios adquieran en la forma que se considere más conveniente por ambas partes, la participación en [Somaen Dos] de ELF (ODIVAL) .*

c) ...

7. La Carta-Acuerdo del 12 de enero de 1996

65. Paralelamente al Acuerdo de 1996, las partes firmaron igualmente, el 12 de enero de 1996, una Carta-Acuerdo contemplando que “*en el supuesto de disolución o escisión de Somaen Dos en virtud de lo dispuesto en la cláusula 8.5 del Protocolo de 5 de enero de 1995... si como consecuencia del porcentaje de acciones de CEPSA que corresponda a ELF (vía ODIVAL), ELF debiera formular una OPA sobre las acciones de CEPSA*”.

8. Los Estatutos de Somaen Dos

66. Los Estatutos de Somaen Dos regulan (artículo 21) las mayorías requeridas en el seno del Consejo de Administración. No prevén ninguna mayoría cualificada para designar o reemplazar a los administradores.

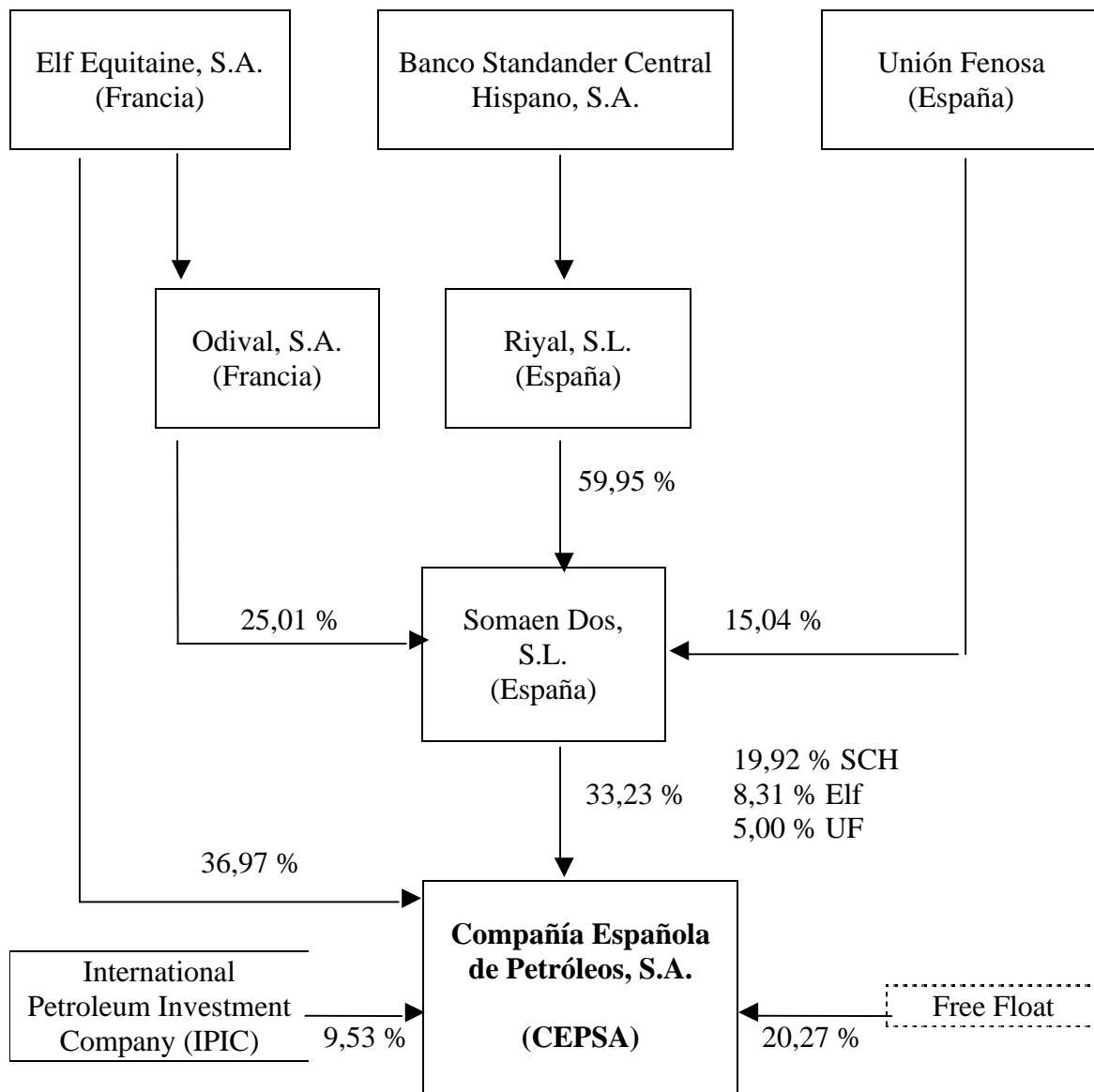
67. Contemplan igualmente el régimen a seguir en caso de liquidación de la sociedad (artículos 27 y 32 especialmente)

9. Unión Fenosa

68. Según la Demandada, Unión Fenosa firmó el 20 de enero, 24 de febrero y 10 de marzo de 1995, así como el 30 de enero de 1996 acuerdos en virtud de los cuales asumía, en tanto que accionista de Somaen Dos, las obligaciones resultantes de los es descritos precedentemente. Según ELF, Unión Fenosa no es parte de los acuerdos litigiosos recordados anteriormente.

10. El accionariado de CEPESA

69. Actualmente se puede estimar que el accionariado de CEPESA se presenta de la siguiente manera:



B. Los hechos acaecidos en septiembre y octubre de 2003

70. A lo largo del año 2003, España adoptó una serie de medidas para reforzar los derechos de los accionistas minoritarios en sociedades cotizadas en bolsa. Esta reforma se realizó fundamentalmente a través de dos instrumentos legislativos:

- El Real Decreto 432/2003 cuya finalidad fue reformar la legislación española en materia de OPA y

- La Ley de Transparencia (Ley 26/2003) de 17 de julio de 2003 (en adelante «Ley de Transparencia») que reformó profundamente el régimen jurídico de las sociedades cotizadas.

71. Uno de los rasgos principales de esta ley es el de regular los pactos parasociales, es decir, aquellos que regulan el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restringen o condicionan la libre transmisión de las acciones de sociedades anónimas cotizadas. Por otro lado, en términos de su Disposición Transitoria tercera (denominada igualmente la “D. T. tercera”), la Ley declara la ineficacia de los pactos parasociales históricos que reúnan ciertas condiciones. El contenido de esta ley será presentado ulteriormente (ver sección VI).

72. La Ley de Transparencia fue publicada el 18 de julio de 2003. Transcurrido el mes de agosto, SCH solicitó al Presidente de Somaen Dos que convocara el Consejo de Administración de esta sociedad a una reunión extraordinaria cuyo único punto del orden del día fuera el examen de los posibles efectos de la Ley de Transparencia. El Consejo fue convocado el 17 de septiembre y se celebró el 25 de septiembre.

73. Con ocasión del Consejo, el administrador delegado de SCH, D. Alfredo Sáenz, procedió a la lectura de una declaración escrita. Precisó que sus servicios jurídicos habían estudiado el efecto de la Ley de transparencia sobre los pactos parasociales concluidos entre SCH y ELF. Su conclusión es que estos pactos –pero no la totalidad de estos acuerdos- estarían en adelante desprovistos de toda eficacia; que en consecuencia, Somaen Dos estaba desprovista de toda utilidad y debía ser liquidada, con atribución correlativa a cada uno de los accionistas de las participaciones en CEPSA que, de conformidad con los estatutos sociales, les corresponderían en caso de disolución y liquidación de Somaen Dos. Igualmente añadió que hasta que la liquidación de Somaen Dos se realizase, las partes arbitrarían los mecanismos necesarios para evitar que en las decisiones de los órganos sociales de Somaen Dos perviva o haya una apariencia de pervivencia de la concertación que ha devenido ineficaz por aplicación de la Disposición Transitoria tercera de la Ley 26/2003.

74. La actitud del SCH es vivamente criticada por ELF que especialmente le reprocha el no haberle notificado oficialmente su decisión, sino haberse contentado con

una mera declaración en el Consejo de Administración de Somaen Dos. Siempre según las Demandantes, sus representantes en el Consejo de Administración han impugnado vigorosamente la interpretación dada por el Sr. SÁENZ a la Disposición Transitoria tercera de la Ley 26/2003. D. Jean-Paul VETTER habría sugerido consultas bilaterales entre las partes sobre los eventuales efectos de esta Ley, antes de llegar a cualquier conclusión.

75. ELF y ODIVAL subrayan que han manifestado en numerosas ocasiones su desacuerdo fundamental con SCH sobre la interpretación de la Ley 26/2003. Estas se refieren en particular a:

- un comunicado de prensa de 26 de septiembre de 2003;
- una carta dirigida a la CNMV el 26 de septiembre de 2003, publicada por la CNMV como «Hecho Pertinente» ;
- una carta dirigida por el Sr. DESMAREST, Presidente de ELF, al Sr. BOTÍN, Presidente del SCH, el 3 de octubre de 2003.

76. Las Demandantes estiman que, en estas circunstancias, existe un desacuerdo fundamental y manifiesto entre las partes que debe ser resuelto según lo dispuesto en el artículo 8 del Protocolo de 1995, o, en su defecto, por un arbitraje en cuanto al fondo.

77. El día siguiente del citado Consejo de Administración, el 26 de septiembre de 2003, SCH depositó ante la CNMV, sin advertir a las Demandantes, un proyecto de OPA sobre el 16% de las acciones de CEPSA. ELF está indignada por esta decisión tomada por el SCH sin haberla informado. Estima que actuando así, el SCH violó los acuerdos entre las partes. La Demandada alega en cuanto a ella razones estratégicas así como la regulación del mercado de valores que, según su posición, obliga a mantener secreta toda operación bursátil significativa durante el periodo de preparación. Ésta hace en particular referencia al artículo 83 *bis* LMV que exige que durante «*las fases de estudio o negociación de cualquier tipo de operación jurídica o financiera que pueda influir de manera apreciable en la cotización de los valores*», los emisores limiten «*el conocimiento de la información estrictamente a aquellas personas, internas o externas a la organización, a las que sea imprescindible*». Hay que señalar por otro lado que la OPA fue aprobada por la CNMV el 21 de octubre de 2003.

78. A principios de octubre de 2003, distintos correos fueron intercambiados entre los altos dirigentes de las partes. El Presidente de ELF constata especialmente la existencia de una divergencia insuperable entre los dos accionarios. Estos distintos correos testimonian en todo caso un desacuerdo total en cuanto a la interpretación que hacen las partes de los hechos ocurridos en septiembre.

79. El 13 de octubre de 2003, las Demandantes introdujeron el presente procedimiento sumario de arbitraje. El 20 de octubre, han depositado por tanto una solicitud de arbitraje sobre el fondo en la que solicitan del Tribunal Arbitral el pronunciamiento de un laudo en los siguiente términos:

- (1) *Dejar constancia a las partes del acuerdo existente entre las mismas sobre el principio de atribución a los accionistas de sus derechos respectivos en CEPSA, actualmente propiedad de Somaen Dos; y*
- (2) *Ordenar a las Demandadas, actuando directamente o a través de sociedades de las que son propietarias o controlan, que adopten las medidas necesarias con el fin de que las acciones de CEPSA propiedad de Somaen Dos, equivalentes al 8,31% del capital de CEPSA, y que corresponden a las Demandantes en dicha sociedad, sean efectivamente atribuidas a éstas de conformidad con los acuerdos entre las partes, salvo que éstas acuerden modalidades de atribución distintas; y*
- (3) *Declarar y fallar que las Demandantes tienen derecho a la opción de compra prevista en la carta-acuerdo de 5 de enero de 1995, y modificada por el Acuerdo de 1996; y*
- (4) *Ordenar a las Demandadas que respeten todas las obligaciones que hubieran contraído en virtud de los acuerdos suscritos entre las partes; y*
- (5) *Declarar y fallar que las Demandadas han vulnerado sus obligaciones contractuales, en particular a través de la denuncia unilateral de los acuerdos existentes y de la presentación de una oferta pública de adquisición sobre el 16% de las acciones de CEPSA; y*
- (6) *Condenar solidariamente a las Demandadas a reparar en su totalidad el perjuicio sufrido por las Demandantes como consecuencia de la vulneración por parte del SCH y Riyal de sus obligaciones hacia las Demandantes, así como a abonarles en concepto de daños e intereses un importe que será fijado a lo largo del procedimiento arbitral; y*

- (7) *Ordenar cualquier otra medida que el Tribunal considere apropiada con el fin de hacer cumplir las solicitudes de ELF y ODIVAL; y*
- (8) *Ordenar que las Demandadas asuman los gastos y costas del arbitraje, incluidos, sin límite, todos los pagos y desembolsos realizados por y por cuenta de ELF y ODIVAL, en particular al Instituto de Arbitraje de los Países Bajos y a sus asesores, en relación con el presente procedimiento.*

Las Demandantes se reservan la facultad de completar las solicitudes anteriormente descritas, en particular a la vista de los acontecimientos más recientes, incluido el resultado de la OPA presentada por el SCH, el inicio del procedimiento arbitral y todas aquellas acciones que pudieran ser iniciadas por las Demandadas antes del inicio del presente procedimiento arbitral”.

VI. LA LEY ESPAÑOLA DE TRANSPARENCIA

80. La conformidad de los acuerdos concluidos entre las partes a la Ley española de Transparencia depende indudablemente del fondo del litigio. Resta decir que esta Ley está en el centro de los debates de las partes y que por otro lado, el árbitro debe, en la apreciación del buen fundamento de la solicitud de medidas provisionales, evaluar el *fumus boni iuris*. Es por tanto importante presentar brevemente la Ley de Transparencia y las conclusiones que de ella deducen las partes.

81. La Ley de Transparencia regula por primera vez los denominados pactos «parasociales» introduciendo un nuevo artículo 112 en la LMV. La nueva regulación se puede resumir de la siguiente manera:

- Pactos parasociales son aquellos que regulan el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restringen o condicionan la libre transmisión de las acciones de las sociedades anónimas cotizadas (artículo 112.1 LMV).
- El concepto incluye tanto los pactos que afectan directamente a una sociedad cotizada (por ejemplo CEPSA) como los que afectan a una holding que ejerza el control sobre una sociedad cotizada (artículo 112.4).

- La celebración, prórroga o modificación de un pacto parasocial debe ser comunicado a la CNMV, publicado como un «hecho relevante» y el documento debe ser depositado en el Registro Mercantil (artículo 112.2).
- En tanto no tengan lugar las comunicaciones, el depósito y la publicación, el pacto parasocial no producirá efecto alguno en cuanto a las referidas materias.
- Los pactos parasociales así comunicados y publicados servirán para decidir si los socios tienen o no que lanzar una OPA.

82. El artículo 112 LMV únicamente regula los pactos sociales a intervenir. La regulación de los pactos sociales ya en vigor, llamados «históricos», está recogida en la Disposición Adicional tercera. En términos de esta disposición:

- los pactos parasociales históricos que afecten a más del 5% del capital social deben ser comunicados, depositados y publicados como deben serlo los nuevos pactos parasociales según el artículo 112 (DT. tercera,1).
- el plazo para realizar esta comunicación es de tres años, salvo que se presente una OPA, en cuyo caso la comunicación, depósito y publicación deberá hacerse de inmediato (DT. tercera, 1 *in fine*).
- transcurridos estos plazos sin que se haya dado publicidad, los pactos serán considerados «ineficaces» (DT. tercera, 2.a).

83. La D.T. tercera, 2, añade por otro lado en su punto c) una regulación especial para ciertos pactos parasociales y ahí se sitúa, al parecer, la clave del litigio de fondo entre las partes. Esta disposición establece que:

“2. Sin perjuicio de lo indicado en el apartado anterior y de lo dispuesto en la restante normativa aplicable, los pactos a los que se refiere el apartado 1 anterior serán ineficaces:

a) En todo caso, en cuanto a las materias a que se refiere el artículo 112.1 de la Ley 24/1998, del Mercado de Valores, transcurridos los plazos a que se refiere el apartado 1 anterior sin que haya tenido lugar la comunicación, el depósito y la publicación.

b) *Del mismo modo y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo a), aunque se produzca la comunicación, el depósito y la publicación, en los extremos que sean contrarios a la ley.*

c) *Asimismo, desde la entrada en vigor de esta ley y aunque se produzca la comunicación, el depósito y la publicación, en la parte de los pactos parasociales, incluida en este caso la regulación directa o indirecta del derecho de voto en cualquier órgano social, que hubiesen sido celebrados, prorrogados o modificados con posterioridad a la entrada en vigor general de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, a que se refiere el artículo 112.1 de dicha ley, cuando las partes por ellos vinculadas fuesen titulares, directa o indirectamente y en el momento de la celebración, prórroga o modificación, de una participación que conjuntamente sea superior al 25 por ciento de los derechos de voto en la sociedad cotizada, sin que aquéllas o alguna de ellas hubiera formulado en aquel momento una oferta pública de adquisición como la que, conforme a la normativa entonces vigente, hubiera debido formular quien pretendiese adquirir un porcentaje de capital social igual al que, en conjunto, era titularidad de las partes vinculadas por el pacto.*

3. *Cualquier otro pacto que sea instrumentación de los pactos parasociales a los que se refiere el apartado 2 anterior será ineficaz en los mismos casos en que lo sean estos últimos”.*

84. Resulta del texto precitado que la 3ª D.T. 2 c) declara “ineficaces” los pactos parasociales históricos que reúnan cuatro condiciones:

- Una condición material: la regla afecta a todos los pactos parasociales incluida la regulación directa o indirecta del derecho de voto en todo órgano social de toda sociedad cotizada, la imposición de restricciones o de condiciones a la libre cesibilidad de las acciones, así como todos los pactos que fueran un instrumento de los pactos parasociales (DT.3.3).

- Una condición subjetiva: exige que las partes del pacto sean propietarias en el momento de su conclusión, de su prórroga y de su modificación, de una participación superior al 25% de los derechos de voto en una sociedad cotizada.

- Una condición objetiva sobre las que las partes están manifiestamente en desacuerdo. Según la Demandada, esta condición es de naturaleza negativa y se refiere a

la ausencia de formulación de una OPA -por una o ambas partes al momento del acuerdo de concertación- idéntica a la que hubiera debido formular, conforme a la normativa entonces vigente, quien pretendiese adquirir un porcentaje del capital igual al que, en su conjunto, ostentaban las partes vinculadas por el pacto. Según las Demandantes, esta interpretación es errónea: la disposición provisional tercera convierte ineficaces los pactos históricos ocultos que hubieran sido acordados para evitar una obligación legal de lanzar una OPA.

- Una condición temporal: exige que los pactos parasociales hayan sido celebrados, prorrogados o modificados con posterioridad a la entrada en vigor de la LMV en 1989.

85. Si reúnen estas diferentes condiciones, los pactos parasociales afectados devienen automáticamente «ineficaces». La Demandada estima que esto es lo que sucede en este caso, y se fundamenta para afirmarlo en la opinión de tres expertos, D. Manuel OLIVENCIA, Catedrático de Derecho mercantil y Presidente de la «COMISIÓN OLIVENCIA» que estaba encargada por el Gobierno de redactar el «código de buena conducta» de las sociedades españolas cotizadas en bolsa, D. Javier GARCÍA DE ENTERRÍA, Catedrático de Derecho mercantil y abogado, y finalmente de D. Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS, igualmente Catedrático de Derecho y Vice-Presidente de la CNMV hasta 1996.

86. SCH se funda sobre las conclusiones de estos profesores para afirmar que todos los pactos parasociales celebrados entre las partes (y de los cuales adjunta la lista en las páginas 23 y 24 de su memoria de contestación) han devenido ineficaces por efecto de la Ley de Transparencia. Su conclusión se aplica en particular ? por las necesidades del presente litigio? a la cláusula 6.1 del Protocolo de 1995, según la cual las partes convienen que ninguna de ellas puede adquirir nuevas acciones de CEPSA al margen de Somaen Dos, sin autorización de la otra parte, y a las disposiciones de la «*side-letter*» del 5 de enero de 1995 que confiere a ELF una opción sobre el 4,35% de las acciones de CEPSA detentadas por SCH.

87. Las Demandantes cuestionan esta interpretación y se fundamentan para ello en las opiniones de otros expertos de derecho español, en particular la opinión de los

Profesores FERNANDO y Juan SÁNCHEZ CALERO, y D. Miguel Ángel FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y D. Ángel ROJO.

88. Fundándose en estas opiniones, las Demandantes concluyen que la Disposición Transitoria tercera es ambigua y que, por tanto, siendo de naturaleza retroactiva, debe ser interpretada de modo restrictivo. Señalan además que esta Disposición no afectaría a los pactos de accionistas anteriores al 19 de julio de 2003 y que no serían secretos, teniendo en cuenta el objetivo de transparencia perseguido por el legislador. Ahora bien, los acuerdos entre ELF y SCH habían sido comunicados a las autoridades competentes y no se habían mantenido en la oscuridad. Por último, la disposición no afectaría a los pactos entre accionistas que no estuvieran destinados a eludir una obligación legal de lanzar una OPA. Ahora bien, los acuerdos entre el SCH y ELF, principalmente el Protocolo de 1995, no perseguían de ningún modo ese objetivo. De hecho, fueron aprobados en su momento por la CNMV, la cual no exigió el depósito de una OPA.

VII. LA SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES Y SU JUSTIFICACIÓN POR LAS PARTES DEMANDANTES

A. La justificación del conjunto de medidas

89. Las Demandantes se defienden de haber introducido la solicitud de procedimiento sumario arbitral con la finalidad de imposibilitar toda contra-OPA y de tomar el control de CEPSA. Afirman haber introducido la instancia con el fin de proteger los derechos de los cuales se estiman legítimos titulares en virtud de los acuerdos celebrados entre las partes. La introducción de la solicitud no es, según las Demandantes, más que el resultado de la violación de los acuerdos que constituyen la base de la cooperación entre las partes. Según ELF, SCH, de manera unilateral y sin ninguna consulta previa, ha resuelto estos acuerdos el 25 de septiembre de 2003, anunciando por primera vez su intención de liberarse de ellos con efecto inmediato y a partir de la mañana siguiente, anunciando el lanzamiento de una OPA.

90. Las Demandantes afirman que cada una de las medidas solicitadas corresponde, con el fin de preservar, a uno o varios derechos específicos de los que son titulares las Demandantes de conformidad con los acuerdos de las partes. Adjunta a su demostración

el esquema siguiente:

Número	Resumen de la medida	Derecho contractual (principales estipulaciones)	Estatutos de SD (Anexo C-10)
1	Prohibición de vender, gravar con cualquier derecho las acciones de CEPSA propiedad de Somaen Dos o ejercer los derechos que sean inherentes a ésta.	Protocolo de 1995 : -- Art. 8.2 (distribución de acciones a prorrata entre los socios en el momento de la disolución); -- Art. 6.1 (adquisición de acciones adicionales); y -- Art. 8.4 (cláusula que prohíbe votar durante la liquidación) Carta-Acuerdo de 5 de enero de 1995 (opción)	Artículos 27, 32 (reglas sobre la disolución de S D); Artículo 1 (objeto social de Somaen Dos)
2	<i>Idem</i> , respecto a las participaciones de Somaen Dos propiedad de Riyal (para asegurar la eficacia de la medida n° 1).	Protocolo de 1995 : -- Art. 3.4.2 ; et -- Art. 6.1	id.
3	<i>Idem</i> , respecto a las participaciones de Riyal propiedad de SCH (para asegurar la eficacia de la medida n° 1).	Protocolo de 1995 : -- Art. 2.4; y -- Art. 6.1	id.
4	Prohibición para el SCH de provocar o intentar provocar la liquidación de	Protocolo de 1995: -- Art. 6.1; y -- Art. 8 (reglas sobre la	Artículos 27, 32 (reglas sobre la disolución de S D)

	Somaen Dos de cualquier forma que comprometiera los derechos de las Demandantes.	disolución) Carta-Acuerdo de 5 de enero de 1995 (opción)	
5	Prohibición para el SCH de transmitir o gravar con derechos las acciones de CEPSA adquiridas a través de la OPA, y de ejercer los derechos de voto que sean inherentes a éstos.	Protocolo de 1995: -- Art. 6.1; y Acuerdo de 12 de enero de 1996	

91. Ahora bien, según las Demandantes, el depósito de la OPA constituye una violación pura y simple de las estipulaciones del artículo 6.1 del Protocolo de 1995 y de la Carta-Acuerdo de 12 de enero de 1996. ELF igualmente destaca:

- el hecho de que el SCH, sobre la única base de su análisis de los efectos de la Ley de Transparencia, se ha colocado en posición de tomar el control absoluto de Somaen Dos;
- el hecho de que dicho control otorgaría al SCH la capacidad de vender o de pignorar las acciones de CEPSA propiedad de Somaen Dos, y de ejercer los derechos de voto que corresponden a dichas acciones de forma contraria a los deseos de las Demandantes o incluso disolver Somaen Dos de manera que comprometerían los derechos de las Demandantes;
- y la esperanza que parece albergar SCH de vender de nuevo las acciones que haya adquirido por vía de la OPA así como, según toda probabilidad, su parte proporcional de las acciones de CEPSA sobre la base de la participación que posee en el seno de Somaen Dos, con ocasión de una contra-OPA que el SCH parece desear;
- en cuanto a la duración de las medidas solicitadas, las Demandantes desean que éstas sigan aplicables hasta el momento en que recaiga la decisión definitiva, salvo en el

caso de que las partes lleguen, entre tanto, a un acuerdo o que el Tribunal Arbitral decidiendo sobre el fondo acuerde otra cosa.

B. La urgencia

92. Según las Demandantes, no hay dudas acerca de la urgencia. Estiman que si el árbitro no acuerde las medidas que ellas solicitan, la Demandada podría, antes de que finalice el arbitraje sobre el fondo y en contra de sus compromisos contractuales:

- tomar el control efectivo de CEPSA;
- ceder todas las acciones de CEPSA propiedad de Somaen Dos a un tercero (o gravarlas de derechos);
- transmitir o gravar todas las acciones de CEPSA adquiridas por la Demandada a través de la OPA y
- privar así a las Demandantes de los derechos de los que son titulares, en virtud de los acuerdos, de preservar el equilibrio entre las participaciones directas e indirectas que las partes en el litigio detentan en el seno de CEPSA, además de los derechos de las Demandantes de adquirir las acciones de CEPSA (8,31% a título de la liquidación de Somaen Dos y 4,35% a título de opción de compra).

93. Por lo que concierne al control unilateral de Somaen Dos, las Demandantes resaltan que un paquete significativo de acciones de CEPSA, que representan aproximadamente el 33%, es detentado por Somaen Dos. Hasta el 25 de septiembre de 2003, los acuerdos entre las partes garantizaban que los derechos inherentes a estas acciones serían ejercitados en la lógica cooperación entre el SCH y las Demandantes, a pesar de la participación mayoritaria del SCH en Somaen Dos. No obstante, el SCH ha denunciado oficialmente estos acuerdos y su representante ha indicado, durante la reunión del Consejo de Administración de Somaen Dos del 25 de septiembre de 2003, que SCH podría utilizar su participación mayoritaria para ejercer estos derechos de manera unilateral.

94. Las Demandantes destacan al respecto que, si bien se precisa una mayoría calificada para ciertas decisiones del Consejo de Administración, la mayoría simple es suficiente, en el marco de la Junta de accionistas, para sustituir y designar a los miembros del Consejo de Administración. Por ello, SCH, liberado de los acuerdos entre

las partes, puede remplazar a los miembros del Consejo de Administración designados por las Demandantes y nombrar a otras personas en su lugar. SCH estaría entonces en situación de adoptar resoluciones de todo tipo en el Consejo de Administración de Somaen Dos, en particular en lo concerniente a:

- la transmisión total o parcial de las acciones de CEPSA propiedad de Somaen Dos;
- las instrucciones impartidas a los representantes de Somaen Dos en el Consejo de Administración de CEPSA;
- las instrucciones impartidas a los representantes de Somaen Dos en la Junta General de accionistas de CEPSA, de forma tal que los derechos de voto inherentes a las acciones propiedad de Somaen Dos serían ejercidos según las instrucciones de SCH.

95. Además, en la hipótesis caso en que SCH tomase el control del Consejo de Administración de Somaen Dos y completara su OPA, dispondría *de facto* del control del 49,23% de las acciones de CEPSA. Esta participación le permitiría actuar como un accionista mayoritario en las juntas generales de CEPSA, donde las acciones que representan el flotante no están más que muy débilmente representadas. Estaría entonces en posición de remplazar y designar los miembros del Consejo de Administración de CEPSA o de modificar sus estatutos.

96. Por otra parte, respecto a los derechos de las Demandantes concernientes a la liquidación de Somaen Dos, éstas subrayan que SCH, a través de su participación mayoritaria en Somaen Dos, podría de hecho intentar proceder a la liquidación de Somaen Dos en una forma tal que violaría el derecho de las Demandantes a obtener las acciones de CEPSA a las que tienen derecho. En concreto, podría intentar llevar a cabo la transmisión de las acciones de CEPSA propiedad de Somaen Dos, antes de la liquidación de la sociedad, de modo que privarían a las Demandantes de la atribución de las acciones prevista en caso de liquidación por los estatutos de Somaen Dos (artículo 32). Las Demandantes se declaran muy inquietos a este respecto, ya que, según la prensa española, el objetivo perseguido por SCH podría ser transmitir a un tercero todas las acciones propiedad de Somaen Dos y las acciones obtenidas a través de la OPA.

97. Para las Demandantes, la posición de SCH según la cual no habría tenido nunca la intención de dar un golpe de Estado en el seno de Somaen, que la separación de las participaciones en Somaen se realizaría de forma que ELF recibiría el 8,31% del capital de CEPSA que legítimamente le corresponde y que, en lo relativo a la opción sobre el 4,35% de CEPSA, las acciones de CEPSA son fungibles y ampliamente cotizadas en el mercado bursátil en España, no es en modo alguno satisfactoria. Estas declaraciones son declaraciones de intención y no compromisos firmes y vinculantes. Las infracciones que de ahora en adelante ha cometido SCH respecto a los compromisos contractuales que había asumido y que constituyen el objeto del procedimiento arbitral entablado sobre el fondo, han comprometido, de modo inevitable, la confianza que las Demandantes podrían conceder a la firma, y *a fortiori* a las simples declaraciones de intención, de SCH.

98. Además, en referencia a la posibilidad de que las Demandantes obtengan la atribución del 4,35% del capital de CEPSA de conformidad con la opción de compra contractual, la alegación de SCH según la cual estas acciones estarían siempre disponibles mediante su compra en el mercado carece totalmente de fundamento. En efecto, si la OPA de SCH se concluye a tiempo, tal cantidad de acciones no se encontrará ya en el mercado. En este contexto, la posibilidad que les queda a las Demandantes para ejercer su opción al precio (7 Euros por acción aproximadamente) puede verse irremediablemente comprometida, salvo que las acciones de CEPSA en cuestión se encuentren indisponibles en manos del SCH.

C. La existencia de daño irreparable

99. Las Demandantes alegan que han sido ya lesionadas por la resolución unilateral de los acuerdos y el lanzamiento por el SCH de una OPA. Actuando como lo ha hecho, SCH ha trastornado de manera irreversible el equilibrio de los acuerdos. Se ha de impedir que el SCH pudiera ser autorizado a continuar privando de toda sustancia los derechos de las Demandantes.

100. Las Demandantes estiman estar legitimadas a solicitar que sus derechos a las acciones de CEPSA sean respetados. Dejar a SCH la posibilidad de transferir las acciones de CEPSA que ellas controlan, directa o indirectamente a través de Somaen

Dos, permitiría a SCH imponer *de facto* a las Demandantes una modificación irreversible de la situación objeto del litigio. Ahora bien, sólo la posibilidad de ejecutar *in natura* los derechos de las Demandantes le asegurarían una reparación efectiva en el caso de que el Tribunal Arbitral les diera la razón al resolver sobre el fondo. Por el contrario, una reparación mediante equivalente sería necesariamente inadaptada, en la medida en que el otorgar daños e intereses solo podría indemnizar la integridad del perjuicio patrimonial, industrial, estratégico y comercial sufrido por ELF de manera muy imperfecta, en razón de la pérdida de sus derechos de capital e influencia en el seno de CEPSA. El hecho de que las Demandantes podrían beneficiarse siempre de una indemnización por equivalente no es por tanto justificación suficiente para rechazar la solicitud de medidas provisionales. Las Demandantes invocan en este sentido la ordenanza de procedimiento arbitral sumario dictada por el Profesor Tercier en el caso CCI n° 1194/DB, publicada en la Revista Libanesa de Arbitraje 2003, n° 25, p. 17.

D. El vínculo procesal ha sido correctamente establecido

101. Contrariamente a lo que afirma la Demandada, las Demandantes estiman que Unión Fenosa no se ha adherido a los acuerdos entre SCH y ELF y que, por otra parte, ellas no han en ningún caso solicitado la inmovilización y el bloqueo de los derechos de voto que pertenecen a Unión Fenosa sin haberla llamado a pleito .

102. La afirmación según la cual solicitando la inmovilización de todas las acciones de CEPSA pertenecientes a Somaen Dos, las Demandantes inmovilizarían las acciones de los derechos de voto que corresponderían a Unión Fenosa es injustificada. Unión Fenosa no es propietaria de ninguna acción de CEPSA. Las únicas acciones y derechos de voto que le corresponderían son actualmente propiedad de Somaen Dos. Ahora bien, la medida solicitada esta concebida para aplicarse, de manera provisional, sólo hasta que Somaen Dos sea liquidada.

E. La controversia no es muy compleja

103. Invocando el artículo 42 k) de las reglas NAI, la Demandada pretende oponer el argumento según el cual el litigio sería “*demasiado complejo para poder ser resuelto*

por una decisión provisional”, de lo cual deduce que la disputa debe ser reenviada al arbitraje sobre el fondo.

104. Las Demandantes cuestionan esta interpretación y hacen referencia a una declaración de la Demandada dentro de su Memoria en contestación (párrafo 3), según la cual «*el fondo de estas medidas cautelares es en realidad muy simple*».

F. El *fumus boni iuris*

105. Contrariamente a lo que afirma la Demandada, las Demandantes consideran que pueden prevalecer de un *fumus boni iuris* lo que ha sido precisado especialmente más arriba, con ocasión de la presentación de la posición de ELF relativa a la aplicación de la Ley de Transparencia. Actuando de manera secreta y abrupta, la Demandada ha violado los acuerdos contractuales. Por otro lado, la Ley de Transparencia es ambigua, el alcance que le da la Demandada es discutido. Por lo tanto, hay lugar para que el árbitro considere válidos los acuerdos existentes.

G. Las medidas solicitadas no son desproporcionadas

106. Ante la alegación de la Demandada según la cual las medidas solicitadas serían desproporcionadas, las Demandantes reafirman que no solicitan más que el mantenimiento temporal del equilibrio contractual establecido por los acuerdos, hasta que los derechos de las partes hayan sido resueltos en cuanto al fondo.

107. Las Demandantes impugnan también que las medidas que solicitan sean excesivas por el motivo de que comportarían el bloqueo del 49 % del capital y derechos de voto de CEPSA, mientras que las Demandantes sólo reclaman la atribución de la propiedad del 12,6 % de estas acciones y derechos de voto. Según ellas, este argumento ignora el hecho de que las solicitudes van más allá de la simple atribución de la cuota de acciones de CEPSA detentadas por Somaen Dos que corresponde a las Demandantes y la preservación de los derechos derivados de su opción. En efecto, las Demandantes persiguen la ejecución *in natura* de sus derechos contractuales tal y como resultan de los acuerdos de las partes. Es por tanto perfectamente legítimo que ELF solicite medidas provisionales concernientes a las acciones de CEPSA detentadas por Somaen

Dos, en razón del riesgo de que SCH ceda estas acciones de manera unilateral o haga de los derechos de voto correspondientes un uso abusivo. Lo mismo respecto a las acciones adquiridas vía OPA, ya que el Protocolo de 1995 y la Carta-Acuerdo de enero de 1996 sometían necesariamente tal adquisición unilateral y el trastocamiento del equilibrio de los derechos de las partes que de ella resulten a un procedimiento específico. Además, el uso por SCH del término “bloqueo” es engañoso. Las Demandantes no buscan más que prevenir cualquier acto de disposición unilateral por SCH sobre las acciones de CEPSA detentadas por Somaen Dos o adquiridas en el marco de la OPA y el ejercicio de los derechos que a ellas corresponden, conforme a los acuerdos celebrados entre las partes.

108. En fin, las demandantes estiman que las medidas solicitadas no carecen de interés en razón de las declaraciones hechas públicamente por SCH. Estas declaraciones fueron hechas tardíamente. Por otro lado, vistos los sucesos acaecidos, las Demandantes estiman no poder seguir confiando en la Demandada.

109. Por último, ELF estima que contrariamente a lo que afirma SCH, las medidas provisionales solicitadas no impiden en absoluto que sea lanzada una contra-OPA.

H. Las medidas solicitadas no causan perjuicio a derechos de terceros

110. Las Demandantes estiman, al contrario que la Demandada, que las medidas solicitadas no perjudican los derechos de terceros y en especial de los accionistas minoritarios de CEPSA, y no obstaculizan el funcionamiento del mercado bursátil español.

111. ELF no ha solicitado que se paralice la OPA. Tampoco ha solicitado ninguna medida que tenga como objeto impedir que un tercero lance una contra-OPA sobre CEPSA. Lo único que ella solicita es que SCH, directa o indirectamente a través del control que ejerce sobre Somaen Dos, no pueda transferir o gravar las acciones de CEPSA que se encuentran en el centro de las divergencias entre las partes.

112. Las Demandantes estiman que sosteniendo que las medidas solicitadas podrían tener un impacto radical sobre el mercado bursátil español, SCH anticipa la solución del

arbitraje sobre el fondo en cuanto a la interpretación de la Ley de Transparencia y su efecto sobre los acuerdos entre las partes. Actuando de esta manera, SCH pide al árbitro nada menos que admita la tesis que pretende imponer. Según ELF, es difícil comprender qué perjuicios podrían causarse al mercado por la adopción de medidas cuyo único fin es preservar los derechos contractuales de las partes, en espera de la decisión del juez sobre el fondo del asunto.

I. La sanción económica (*Dwangsom*)

113. Las jurisdicciones holandesas y los árbitros que resuelven según el Reglamento del NAI pueden acompañar las medidas provisionales que pronuncian de una sanción económica. ELF señala que la imposición de tal sanción económica es competencia del derecho holandés y no del derecho español pero que incluso aunque el derecho español debiera ser tenido en cuenta, el resultado sería el mismo. En efecto, las partes han hecho referencia específicamente al Reglamento del NAI y este acuerdo es válido.

114. Según ELF, la imposición de una sanción económica está plenamente justificada en el caso concreto. Su finalidad es la de asegurar la eficacia de las medidas otorgadas, disuadir al SCH de cualquier intento de hacer caso omiso a las medidas impuestas, disuadirle de cualquier comportamiento que perjudicase a los derechos contractuales de las Demandantes.

VIII. LA POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

A. La posición de la Demandada : rechazo de las medidas solicitadas

115. Por una parte, la Demandada estima que los verdaderos motivos de ELF no son los que anuncia en su solicitud de procedimiento arbitral sumario. ELF no busca garantizar la sentencia arbitral que podría ser dictada posteriormente en el marco del arbitraje sobre el fondo. Tiene otras motivaciones. La verdadera intención de ELF es inmovilizar el 49,23% del capital de CEPESA y evitar que estas acciones puedan votar, porque así, con su 37%, dominaría totalmente CEPESA y ningún tercero intentaría lanzar una segunda OPA sobre CEPESA : con el 49,23% del capital bloqueado y el 36,97% en

manos de ELF, el oferente no podría adquirir más que un débil porcentaje limitado al 15%, insuficiente para tener peso en el seno de la compañía.

116. Además, SCH estima que cada una de las medidas cautelares solicitadas por las Demandantes debe ser rechazada de entrada, ya que no reúnen las condiciones que, según el Reglamento NAI y el derecho procesal holandés -que en este punto no difiere de los principios generales aceptados en el arbitraje internacional- son indispensables para que dichas medidas sean dictadas:

- porque el vínculo procesal no ha sido establecido correctamente, al no haberse dirigido la demanda contra la Unión Fenosa ;
- porque el litigio es demasiado complejo para poder ser resuelto a través de un procedimiento sumario arbitral ;
- porque no hay urgencia;
- ni daño irreparable;
- ni *fumus boni iuris* conforme al derecho español;
- porque las medidas solicitadas son desproporcionadas;
- y causarán perjuicio a terceros de manera significativa: los miles de accionistas de CEPSA que se verán privados de su derecho de recibir nuevas OPA's por sus acciones;
- y finalmente, porque la mayoría de las medidas cautelares solicitadas, en la medida en que afectan el derecho del mercado de valores español, no constituye una materia susceptible de ser sometida a un procedimiento arbitral.

117. Por último, si las medidas solicitadas fueran otorgadas en todo o en parte, SCH solicita que sean limitadas en el tiempo a tres meses. Si, en este plazo, no han sido confirmadas por el Tribunal Arbitral que resuelve el fondo del litigio, deberán ser anuladas automáticamente.

B. El vínculo procesal no ha sido establecido correctamente

118. La Demandada considera que Unión Fenosa es socia de Somaen Dos y que se ha adherido a los acuerdos concluidos entre SCH y ELF. Adjunta a este efecto los contratos pretendidamente firmados por las partes a este respecto (D6).

119. Estima además que es indiscutible que la medida provisional sub (1) exige la inmovilización de todas las acciones de CEPSA pertenecientes a Somaen Dos y que se paraliza el ejercicio del derecho a voto correspondiente a dichas acciones.

120. Solicitando la inmovilización y la parálisis del derecho de voto de las acciones que pertenecen a un tercero, Unión Fenosa, sin ni siquiera haber llamado a ese tercero al proceso, a fin de que pudiera defenderse, las Demandantes han cometido un error que debe implicar el rechazo de las medidas cautelares solicitadas. En efecto, es un principio general de derecho según que nadie puede ser condenado o concernido por una decisión judicial, sin haber sido parte en el proceso y sin haber sido debidamente escuchado.

C. La controversia es demasiado compleja

121. SCH estima que el procedimiento sumario iniciado por las demandantes es particularmente inapropiado para resolver este litigio ya que en este pleito, la discusión sobre el fondo está indisolublemente unida a las medidas cautelares pedidas. La investigación a la cual debería proceder el árbitro desborda ampliamente los términos habituales de un procedimiento sumario.

122. Ahora bien el artículo 42 k del Reglamento NAI prevé que el árbitro debe apreciar si el litigio se presenta “*demasiado complicado para ser decidido por una decisión provisional*” y en tal caso, debe rechazar el procedimiento sumario y remitir a las partes al arbitraje ordinario. La Demandada invita al árbitro a pronunciarse en el mismo sentido.

D. Las medidas provisionales no son urgentemente necesarias

123. El artículo 42.a del Reglamento NAI sólo permite la adopción de medidas provisionales si son exigidas por la urgencia, es decir, si se corre un riesgo tan grave que el Demandante no puede esperar a la constitución del Tribunal Arbitral sobre el fondo.

124. Las medidas 1, 2, 3 y 4 tienden a proteger el derecho de ELF a recibir el 8,31% de las acciones de CEPSA en la liquidación de Somaen Dos. Estas medidas no son en absoluto necesarias. SCH afirmó en el Consejo de Administración de 25 de septiembre 2003 que hacía falta atribuir a cada uno de los socios las participaciones respectivas de CEPSA que, conforme a los estatutos sociales, les corresponden en caso de disolución o liquidación de Somaen. La Demandada reiteró este compromiso en el comunicado de Hecho Relevante de 13 de octubre 2003, así como en el folleto de la OPA. Ésta ha reafirmado estos compromisos en las memorias que depositó en la presente instancia. Y reafirma que Somaen Dos será liquidada de forma que cada socio reciba las acciones de CEPSA que le corresponden y ELF recibirá su 8,31%. Las Demandantes no han aportado el más mínimo indicio indicando que SCH, en un momento dado, haya podido insinuar la posibilidad de dar "un golpe de Estado" y apropiarse de las acciones que le corresponderían a ELF y a Unión Fenosa.

125. La Demandada recuerda además que los asuntos importantes tales como la venta de acciones de CEPSA, pueden ser planteados en la Junta General de Socios que debe aprobarlos con una mayoría del 75% lo que, *de facto*, da un derecho de veto a ELF. Ha reiterado por otro lado su compromiso según el cual, mientras Somaen Dos no sea liquidada, SCH ejercerá sus derechos de voto en el seno de Somaen Dos de forma que cada socio de Somaen puede ejercitar el derecho de voto de las acciones de CEPSA que le corresponden (es decir, ELF ejercerá un derecho de voto representativo de 8,31%).

126. SCH reafirma en su Memoria de Contestación su compromiso de que si, en el seno del Consejo de Somaen Dos, ELF o Unión Fenosa plantearan la solicitud de poder acudir a la OPA con el porcentaje de acciones de CEPSA que les corresponde (8,31% para ELF y 5% para Unión Fenosa), SCH votará a favor de esta posibilidad.

127. En cuanto a la medida 5, busca la inmovilización de las acciones de CEPSA que SCH eventualmente obtendría gracias a la OPA. Ahora bien, vistos los plazos fijados por el Real Decreto 1197/1991 de 26 julio de 1991 para el procedimiento de OPA, ELF debería ser perfectamente consciente de que SCH no recibirá sus acciones provenientes de la OPA antes de al menos 50 días. Tendría por tanto tiempo de sobra para comenzar un arbitraje ordinario.

128. La Demandada añade que no existe además ni la más mínima urgencia si tenemos en cuenta la pretensión que debe ser garantizada por la inmovilización del 16% proveniente de la OPA. EL compromiso del SCH de entregar a ELF el 4,35% del capital de CEPSA está en efecto condicionado y diferido : debe producirse una divergencia insuperable, disolverse Somaen, entregarse al SCH su 19,92% y a ELF su 8,31% y se iniciará entonces un período de tiempo durante el cual ELF debería comprar acciones de CEPSA en el mercado bursátil. Sólo al final de este período, si ELF no ha obtenido estas acciones, SCH estaría obligado a dárselas a un precio preestablecido. La urgencia alegada no existe por tanto manifiestamente.

E. No existe daño irreparable

129. Según la Demandada, ELF no prueba que la ausencia de las medidas solicitadas le causaría un daño irreparable. Ésta pide que se le garantice su derecho a recibir 8,31 % + 4,35 % del capital de CEPSA, un total de 12,66 %. Ahora bien, la Demandada ha confirmado reiteradas veces el derecho de ELF a recibir el 8,31% que le corresponde en la liquidación de Somaen Dos. Además, en la hipótesis en que SCH fuera condenado por la sentencia arbitral final a entregar el 4,35% de las acciones de CEPSA y se negara a hacerlo, la ejecución de esta sentencia no supondría ningún problema: ELF compraría las acciones en el mercado bursátil, al precio que fuere, y exigiría después que el SCH le reembolse la cantidad pagada.

130. En contrapartida, la concesión de las medidas cautelares comportaría para el SCH un daño irreparable. El 50% del capital de CEPSA sería privado del derecho a voto, con la consecuencia de que ELF con su 37% de acciones se convertiría en el accionista mayoritario. Podría entonces dar un golpe de mano y asumir unilateralmente el control de CEPSA.

F. No existe *fumus boni iuris* conforme al derecho español

131. La Demandada estima que ELF tiene la carga de la prueba de un *fumus boni iuris*. Sin embargo, no la ha traído a colación. Sobre este punto me remito a la posición de SCH desarrollada con ocasión de la presentación de la Ley de Transparencia.

G. Las medidas cautelares solicitadas son totalmente desproporcionadas

132. El demandante de las medidas provisionales debe probar que las medidas que pide son proporcionales a sus reivindicaciones y no entrañan un perjuicio superfluo para el demandado.

133. La Demandada estima que en este caso existe una desproporción flagrante entre las reclamaciones de las Demandantes sobre el fondo y las medidas cautelares solicitadas. En cuanto al fondo, ELF pide que se le entregue un 8,31% + 4,35% del capital de CEPSA, en total un 12,66%. Para hacerlo, pide el bloqueo de la mitad del capital de CEPSA pudiendo, durante este tiempo, controlar de forma absoluta CEPSA con el 37% de que dispone.

H. Las medidas cautelares serían de una naturaleza capaz de atentar al derecho de terceros

134. SCH afirma que si el Tribunal Arbitral debe acordar las medidas cautelares solicitadas y declarar la inmovilización del 50 % del capital social de CEPSA, el impacto sobre el mercado de valores español sería radical. La medida chocaría con los objetivos perseguidos por la Ley de Transparencia. Miles de inversores españoles se verían privados de la posibilidad de maximizar el valor de sus inversiones, ya que las posibilidades de que terceros presenten nuevas OPA's serían reducidas.

I. Las pretensiones de ELF tienen una incidencia sobre materias no arbitrables

135. SCH alega que las medidas solicitadas por las Demandantes afectan a materias en las que las partes no tienen la libre disposición y por tanto a una rama del derecho, la del mercado de valores, que, de forma general, no incumbe al arbitraje.

136. Según SCH, la concesión de las medidas solicitadas implicaría que sólo el 51% de las acciones conservarían un derecho de voto efectivo. ELF adquiriría con su participación un control absoluto y total de una de las más importantes sociedades cotizadas españolas. Las medidas cautelares tendrían como efecto violar la regla de oro de la regulación de las OPA's españolas que obliga a la sociedad que desea tomar el

control de más del 50% de una sociedad cotizada a formular una oferta sobre el 100% de las acciones.

J. La sanción económica (*Dwangsom*)

137. SCH afirma que la reivindicación de una sanción económica por un importe de 5.000.000,00 EUR por cada violación de las medidas ordenadas debe ser rechazada ya que se trata de una cuestión de fondo que se debe regir por el derecho español. Además, la solvencia y la reputación de la Demandada hacen particularmente superflua esta sanción económica.

IX. LA DEMANDA SUBSIDIARIA DE SCH

A. La demanda de SCH

138. El artículo 42 1) del Reglamento NAI permite supeditar la adopción de una medida cautelar a la exigencia de una garantía a cargo de la Demandada. Ésta ha destacado que, en el presente asunto, la medida solicitada podría afectar la evolución de la cotización de CEPSA y provocar la no presentación de nuevas OPA's. Es igualmente posible que ELF se aprovechara para dar un golpe de mano y tomar el control de CEPSA. Con el fin de garantizar a SCH, ésta solicita para el hipotético caso de que la decisión concediera alguna de las medidas provisionales solicitadas, que estas medidas no devengan eficaces hasta que ELF haya aportado al NAI o al árbitro una garantía abstracta a primer requerimiento, emitida por un banco europeo de primera línea de las siguientes características:

- dicha garantía será pagadera a primer requerimiento, contra presentación de cualquier sentencia o decisión judicial que rechace las pretensiones de ELF en el procedimiento arbitral sobre el fondo o que condene a ELF a indemnizar a SCH o a un tercero, como consecuencia de la concesión de las medidas cautelares solicitadas en el presente procedimiento.
- el plazo de garantía será de siete años.
- el texto de la garantía deberá ser aceptado por el árbitro, tras oír al demandado.

- el importe de la garantía será igual al 150% del valor bursátil, en la fecha en que se ordene la presente medida, de las acciones de CEPSA inmovilizadas por la medida cautelar.

B. La posición de las Demandantes

139. ELF destaca que SCH sólo ha podido identificar dos categorías posibles de perjuicios que le podrían ocasionar las medidas provisionales: las posibilidades de depósito de una contra-OPA potencial se encontrarían comprometidas y ELF obtendría el control de CEPSA.

140. La hipótesis de una contra-OPA es puramente especulativa y no puede servir de fundamento legítimo para la supeditación de las medidas provisionales a la concesión de una garantía.

141. La alegación según la cual las Demandantes podrían desear el control de CEPSA está fuera de lugar. Sin embargo, las Demandantes se consideran dispuestas a suscribir cualquier compromiso que el árbitro estime apropiado con el fin de proporcionar la seguridad de que ella no hará tal.

142. Las modalidades y el importe de la garantía solicitada por SCH son además excesivos. La duración de siete años no es razonable. Además SCH no ha propuesto más que justificar la simple eventualidad de que sufra un perjuicio de un importe representativo incluso una simple fracción de las cantidades por las cuales se pretende hacer garantizar.

X. LOS GASTOS DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO

143. Cada una de las partes solicita al árbitro que imponga los gastos del presente procedimiento a cargo de la parte perdedora, esto comprende los honorarios de los abogados y los expertos.

XI. DECISIÓN

A. La urgencia y el *periculum in mora*

144. El Reglamento del NAI precisa en su artículo 42.a que la intervención del árbitro en un procedimiento arbitral sumario está subordinado a una condición de urgencia.

145. De una manera general, un Tribunal Arbitral sólo es competente para conocer de un procedimiento arbitral sumario si hay urgencia y *periculum in mora*.

146. El árbitro estima que estas condiciones se cumplen en este caso concreto. Se deduce de los desarrollos precedentes que las partes han concluido acuerdos que aseguran el equilibrio de sus participaciones directas e indirectas en CEPSA. Ahora bien, tras la entrada en vigor de la Ley española de Transparencia, SCH anunció que los pactos parasociales que contenían eran en adelante caducos y que ésta se consideraba desligada de ellos. Este anuncio unilateral de SCH no fue objeto de una concertación previa. Fue anunciada por el Administrador-Delegado de SCH el 25 de septiembre 2003 y desde el día siguiente, SCH lanzaba, sin previa notificación a ELF, una OPA sobre el 16% de las acciones de CEPSA, lo cual no está permitido por los acuerdos de las partes. ELF, por su parte, considera que estos acuerdos siguen siendo válidos en su conjunto, a pesar de la Ley de Transparencia y desea que las partes continúen actuando conforme a ellos.

147. Este litigio sobre el fondo ha sido sometido al arbitraje del NAI por ELF como se ha precisado más arriba. Pero mientras tanto, la situación es confusa, ELF se considera vinculada por los acuerdos concluidos por las partes y SCH se considera desligado de ellos. ELF defiende en el fondo el respeto y la ejecución *in natura* de los acuerdos mientras que SCH se considera desvinculado de los compromisos que ha adquirido en los pactos parasociales. Es evidente que si el Tribunal Arbitral que conoce el fondo confirma la validez de los acuerdos concluidos por las partes y obliga a SCH a respetar dichos acuerdos, la ejecución de esta sentencia podría quedar en nada por las iniciativas tomadas mientras tanto por SCH. Como ha precisado uno de los consejeros de SCH en la audiencia, es también por razones estratégicas que SCH ha lanzado su OPA sin informar previamente a ELF. Otras razones estratégicas, por muy válidas que

sean, podrían llevar a SCH a emprender otras acciones tales como la venta de todo o parte de sus participaciones en CEPSA. El árbitro considera por tanto que hay urgencia y *periculum in mora*.

B. El *fumus boni iuris*

148. La presentación de los brillantes profesores de derecho convocados como expertos por las partes y el análisis de sus opiniones escritas así como de la Ley de Transparencia, no ha convencido al árbitro de que la posición de las Demandantes carezca de fundamento. Considera en otros términos que el Tribunal Arbitral que conozca sobre el fondo podría eventualmente juzgar fundadas las demandas de ELF y en particular en lo que concierne a la validez de los pactos parasociales. El árbitro no estima, sin embargo desprovista de todo fundamento la posición de SCH en cuanto la ausencia de eficacia de los dichos pactos. Pero no se requiere tal conclusión para que el árbitro pueda pronunciarse en favor de la existencia de un *fumus boni iuris*.

149. Los diferentes expertos, tanto los presentados por SCH como los presentados por ELF, han señalado que la Disposición Transitoria tercera era de gran complejidad, que exigía “ un gran esfuerzo de reflexión y análisis” (Profesor Olivencia), que la lectura del texto en español era “muy difícil” y que su sintaxis era “deficiente”(Profesor Rojo). La prensa española no ha dejado de hacerse eco de las dificultades de interpretación que suscita, posición a la que el Profesor de Enterría ha reconocido haberse suscrito, en un reciente artículo publicado en el periódico “El País”.

150. En verdad, varios expertos han señalado que una interpretación literal del texto de la D.T. tercera podría llevar a concluir que la posición de SCH está bien fundada. Pero no se puede sin embargo quedar con esta conclusión.

151. Por una parte, varios expertos (los Profesores Sánchez Calero y Rojo) han discutido esta interpretación “literal”. Han señalado que el término “quien” contemplado en el punto c de la D.T. tercera no se refiere a un tercero hipotético; se trataría de la fórmula habitualmente empleada en la legislación española sobre el mercado de valores.

152. Por otro lado, el Profesor Olivencia que ha defendido la posición de la Demandada, ha precisado, casi palabra por palabra que no hacía falta “centrarse únicamente en la letra del texto, limitarse a una interpretación literal” que hacía falta al contrario “interpretar la ley a la luz del espíritu del legislador”, “como lo exige el Código Civil”.

153. Ahora bien, en este sentido, las posiciones de los expertos son muy diferentes. Los expertos de las demandantes señalan que la ley tiene por objeto la transparencia y que no entienden por tanto por qué podría declarar ineficaces los pactos parasociales que han sido debidamente puestos en conocimiento de la CNMV en el momento de su conclusión (lo que ha ocurrido en este caso) y que además eran perfectamente lícitos. Las partes están de acuerdo en efecto de que en el momento en que los Acuerdos han sido concluidos, una OPA no era necesaria, lo que ha confirmado en su momento la CNMV . Según los expertos de las Demandantes, la interpretación teleológica de la D.T. tercera debe por tanto llevar a la validez de los acuerdos litigiosos. Añaden que esta lectura es además totalmente compatible con los términos de la disposición, como se ha recordado previamente.

154. Por el contrario, los expertos de la Demandada estiman que la finalidad del legislador era, más allá de la transparencia, reforzar la posición de los accionistas, en particular minoritarios, que han sido extraños a un pacto entre sociedades, gracias al cual éstas últimas han obtenido una estructura de control de la empresa sin lanzar una OPA.

155. El árbitro no considera esta última toma de posición determinante. Señala a este respecto que:

- la D.T. tercera ha sido introducida por una enmienda de último minuto en el Senado;
- que, por definición, este texto no había por tanto sido considerado indispensable en un primer momento para la puesta en práctica de la política perseguida por el legislador, tanto o más que el texto de ley había sido objeto de una preparación minuciosa;

- que la enmienda ha sido poco debatida y que los trabajos preparatorios son prácticamente mudos en relación a ella;
- que el texto es complicado y está redactado de manera poco satisfactoria;
- que no existe interpretación oficial de la misma o doctrina autorizada o decisión judicial.

156. En otros términos, el árbitro estima que no hay razón objetiva para considerar hoy en día *prima facie* que la posición de las Demandantes carece de fundamento. Decide por tanto que existe un *fumus boni iuris*, sin perjuicio de la decisión que dictará el Tribunal Arbitral que conozca del fondo.

C. La complejidad de la controversia

157. El árbitro no juzga el litigio demasiado complejo como para no poder ser resuelto por una decisión provisional, en el sentido del artículo 42.k del reglamento NAI.

D. El vínculo procesal

158. El árbitro no considera que el vínculo procesal no haya sido correctamente establecido. Las Demandantes sólo solicitan la condena de la Demandada. El hecho de que la sentencia que se dicte puede tener una incidencia respecto a terceros es característico de un gran número de decisiones judiciales. Esto no impide el otorgamiento de las medidas provisionales solicitadas. Por otro lado, la Demandada no ha demostrado claramente que Unión Fenosa sea parte de los acuerdos litigiosos. Este hecho es totalmente discutido por las Demandantes. Se ha de recordar, por último, que las medidas solicitadas sólo tienen un carácter provisional.

E. Balance de ventajas e inconvenientes

159. El árbitro ha tomado nota de las objeciones formulada por la Demandada en relación al perjuicio que ella podrá eventualmente sufrir si se acordaran las medidas solicitadas y en relación al carácter pretendidamente desproporcionado de estas medidas. Ha tenido debidamente en cuenta esto en su decisión. Las medidas dictadas

han sido adoptadas y limitadas al objetivo perseguido, para no poner en peligro la ejecución de una sentencia en cuanto al fondo. Además, han sido adoptadas de manera que no causen un perjuicio irreparable.

F. Los efectos de las medidas respecto terceros

160. El árbitro igualmente ha tomado nota de las objeciones formuladas al respecto por la Demandada. Estima que las medidas adoptadas no corren el riesgo de atentar contra los derechos de terceros, y especialmente de los inversores españoles, y no obstaculizar el funcionamiento del mercado bursátil español. Estas medidas no son por otro lado más que provisionales y en su caso, su modificación o la adopción de nuevas medidas, podría solicitarse al Tribunal Arbitral que conozca del fondo, desde su constitución, previsiblemente en diciembre de 2003.

G. La sanción económica

161. El árbitro no estima justificada la condena a una sanción económica. SCH es el primer banco español y a este título un actor de primera fila del comercio internacional. Ciertamente velará por el respeto del compromiso que ha adquirido aceptando el arbitraje del NAI. El artículo 51 de las reglas de arbitraje prevé en efecto que aceptando el arbitraje según las reglas del NAI, las partes adquieren el compromiso de ejecutar sin demora la sentencia que se dictará. Así, el no respeto de este compromiso por una de las partes podría cuestionar su credibilidad en el comercio internacional.

H. La garantía

162. Como la Demandada, los Demandantes velarán también por el respeto de los compromisos que han asumido ante el árbitro así como la presente sentencia. El árbitro no juzga por tanto necesaria la adopción de la garantía solicitada por la Demandada. En verdad, estas garantías son adoptadas con frecuencia por los jueces españoles, por importes poco elevados por otro lado, en el marco de decisiones de medidas provisionales. El Reglamento del NAI, aplicable en este caso concreto, permite la adopción de tal garantía en su artículo 42.1 pero no lo impone. El Arbitro juzga que dicha garantía no es necesaria.

I. Las medidas adoptadas

163. Las medidas concedidas están detalladas ampliamente en la parte dispositiva de la sentencia. El árbitro no ha acordado la totalidad de las medidas solicitadas, especialmente en relación al bloqueo de los derechos de voto. En cambio, ha ordenado el respeto de los compromisos adoptados por las partes en el marco del presente proceso, las reglas de mayoría cualificada del Anexo 7 del Protocolo de 1991 –como han sido modificadas-, y el respeto de las claves de reparto de los mandatos en el seno del Consejo de Administración y de las Comisiones Ejecutivas de Somaen Dos y CEPESA.

J. Los gastos de arbitraje

164. Como lo permite el artículo 49.3 del reglamento NAI, el árbitro reserva al Tribunal Arbitral que conozca del fondo el determinar quién deberá soportar la carga de los gastos de arbitraje y honorarios de los abogados, correspondientes al presente procedimiento sumario arbitral.

Por estos motivos,

Vista la urgencia y el *periculum in mora*,

El Árbitro,

Decidiendo según las reglas de derecho, adopta las siguientes medidas provisionales, sin prejuzgar el fondo del litigio,

1) Ordena a SCH, actuando individualmente o a través de las sociedades participadas o controladas, que se abstenga de toda acción que pudiere conducir a que las acciones de CEPESA propiedad de Somaen Dos sean transmitidas o gravadas de derechos;

2) Ordena a SCH, actuando individualmente o a través de las sociedades participadas o controladas, que se abstenga de toda acción que pudiere conducir a que las participaciones de Somaen Dos propiedad de su filial (Riyal) sean transmitidas o gravadas de derechos;

3) Ordena a SCH, actuando individualmente o a través de las sociedades participadas o controladas, que se abstenga de toda acción que pudiere conducir a que las acciones de Riyal de las que es propietaria sean transmitidas o gravadas de derechos;

4) Hace constar a SCH los compromisos que ha asumido respecto a la liquidación de Somaen Dos, enunciados especialmente en el párrafo 72 de su contestación a la solicitud de arbitraje y resumidos en los números 124, 125 y 126 de la presente sentencia; le ordena ajustarse a ellos y, en cuanto sea necesario, le ordena, actuando individualmente o a través de sociedades participadas o controladas, no provocar o intentar provocar, la liquidación de Somaen Dos, en condiciones que no respetarían los derechos de las Demandantes al recibir las acciones de CEPESA, a las que tienen derecho, salvo acuerdo contrario entre las partes.

- 5) Ordena a SCH, actuando individualmente o a través de las sociedades participadas o controladas, que se abstenga de toda acción que pudiere conducir a que las acciones de CEPESA adquiridas a través de la OPA sean transmitidas o gravadas de derechos, y le ordena a no ejercitar los derechos inherentes a estas acciones, salvo acuerdo contrario de las partes;
- 6) Ordena a SCH y a ELF, actuando individualmente o a través de las sociedades participadas o controladas, que se abstengan de toda acción que pudiere conducir a que las reglas de mayoría cualificada tal como recoge el Acuerdo de 5 de enero de 1995 que modifica el anexo 7 del Protocolo de 1991, no sean respetadas; y a que las claves de reparto de los mandatos en el seno de los Consejos de Administración y de las Comisiones Ejecutivas de Somaen Dos y CEPESA sean modificados;
- 7) Hace constar a las Demandantes que su solicitud de medidas provisionales no tiene por objeto directo o indirecto tomar el control de CEPESA y les ordena respetar este compromiso;
- 8) Obliga a las partes, en caso de que la aplicación de las medidas precitadas suscitasen dificultades de ejecución, a que colaboren lealmente con el fin de encontrar una solución aceptable en el respeto del espíritu que ha presidido su elaboración;
- 9) Decide que las medidas precitadas permanezcan aplicables hasta el momento en que el Tribunal Arbitral, resolviendo sobre el fondo, haya pronunciado su sentencia definitiva, a menos que este último -o un árbitro, decidiendo en un procedimiento sumario en caso de extrema urgencia- estime oportuno, a solicitud de una de las partes, modificar estas medidas o que las partes lleguen a un acuerdo;
- 10) Reserva al Tribunal Arbitral que decida sobre el fondo determinar quién deberá soportar la carga de los gastos del arbitraje y los honorarios de los abogados y expertos, relativos al procedimiento sumario de arbitraje;
- 11) Rechaza todas las demás demandas;
- 12) Declara que la presente sentencia es inmediatamente ejecutoria.

Lugar del Arbitraje: La Haya

La presente sentencia ha sido redactada en francés y español. Existen cinco originales, en francés y en español.

El 21 de noviembre de 2003

Bernard Hanotiau

Árbitro