



TRABAJO FIN DE MÁSTER

Máster de Acceso a la Abogacía

EL ARBITRAJE SOCIETARIO

Daniel Mata Oteiza

DIRECTOR

Rafael Lara González

Pamplona

29 de enero de 2015

SUMMARY

Corporate arbitration is where intern corporate disputes are solved. This institution has a great historic tradition in our country, despite its relative success nowadays, and presents various peculiarities related to the arbitration agreement in the first place, which could be included in the articles of association and could bind third parties. In the second place, it is necessary to know which corporate subjects are arbitrable and, to that end, some criteria such as the principle of availability must be applied. In addition, legislative reforms focused on the acceptance of arbitrability of challenging corporate agreements have their special relevance within the conflicts which can be settled by arbitration. Finally, it will be crucial to focus on changes on corporate arbitration included in the new Spanish Commercial Code.

KEY WORDS: corporate arbitration, arbitration agreement, arbitrable subjects, challenge to corporate agreements.

RESUMEN

El arbitraje societario es aquel por el que se resuelven las controversias internas de una sociedad. Figura de gran tradición histórica, aunque con un éxito relativo en nuestros días, presenta diversas especialidades relacionadas, en primer lugar, con el convenio arbitral, que podrá incluirse en los estatutos sociales y podrá vincular a terceros. En segundo lugar, es necesario conocer qué materias societarias son arbitrables, y, para ello, habrá que atender entre otros criterios al principio de disponibilidad. Dentro de los conflictos susceptibles de arbitraje, serán especialmente relevantes las reformas legislativas encaminadas a la aceptación de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales. Finalmente, habrá que tener presente las novedades que el nuevo Código Mercantil propone para esta figura.

PALABRAS CLAVE: arbitraje societario, convenio estatutario, materias arbitrables, impugnación de acuerdos sociales.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
1. El arbitraje y sus ventajas. Arbitraje societario	5
2. Éxito del arbitraje	8
II. HISTORIA	10
1. Derecho romano: la figura del pretor	11
2. Edad Media y Edad Moderna: los Consulados	11
3. El siglo XIX. Constitucionalismo y codificación	13
4. Las leyes especiales. La actual Ley de Arbitraje	15
III. CONVENIO ARBITRAL	16
1. Convenio quirografario	17
2. Convenio estatutario o cláusula compromisoria	19
IV. CONTROVERSIAS ARBITRABLES	23
1. Conflictos entre sociedades y administradores	24
2. Impugnación de acuerdos sociales	26
<i>Historia y Derecho comparado</i>	26
<i>La arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales</i>	30
<i>Reflejo registral del laudo arbitral</i>	32
3. Conflicto con la valoración de las aportaciones <i>in natura</i>	33
4. Controversias relativas a la interpretación de los estatutos sociales	35
5. Separación de socios	36

6. Exclusión de socios	37
7. Liquidación de la participación de socios separados o excluidos	38
8. Disolución y liquidación de sociedades	39
V. CONCLUSIONES. FUTURO DEL ARBITRAJE	40
BIBLIOGRAFÍA	40

I. INTRODUCCIÓN

1. El arbitraje y sus ventajas. Arbitraje societario.

Antes de entrar de lleno con el tema objeto de este estudio, son necesarias unas notas sobre qué se entiende por arbitraje en Derecho. El arbitraje es un ADR o mecanismo alternativo de resolución de conflictos (Alternative Dispute Resolution). Junto con la negociación, la conciliación y la mediación, el arbitraje constituye un sistema extrajudicial al que los justiciables pueden acudir de manera voluntaria, sin necesidad de recurrir a la vía judicial estatal, y así evitar la rigidez de los procesos judiciales, la dilación en el tiempo de la resolución y la publicidad de la resolución. El arbitraje se diferencia del resto de mecanismos por ser una vía heterocompositiva, esto es, en el que es un tercero quien impone la solución y las partes han de acatarla, por oposición al carácter auto-compositivo del resto, donde son las propias partes quienes llegan a la resolución de la controversia con ayuda de un tercero o sin ella.

Así, el arbitraje se puede definir como un sistema extrajudicial de resolución de controversias al que las partes se someten voluntariamente para que un tercero imparcial ponga fin al conflicto de forma definitiva e irrevocable. Ello es así porque el laudo arbitral, que es como se conoce a la resolución emanada del árbitro, tiene atribuido los mismos efectos que una sentencia judicial: eficacia de cosa juzgada y eficacia ejecutiva directa. Se trata de una figura con cierto éxito en el comercio internacional, por no existir unos órganos supranacionales a los que recurrir en caso de litigio, pero que en el ámbito interno tiene una fama relativa, como se verá, a pesar de su importante presencia histórica. Entre sus ventajas, de sobra relacionadas y en ocasiones incluso mitificadas, pueden señalarse las siguientes¹:

- Rapidez. La vía judicial es tachada de lenta y escasa de medios materiales y humanos. Por contraposición, el arbitraje es rápido, pues las partes pueden pactar el plazo que ellos prefieran (y que será, por lógica, lo más breve posible) y a falta de pacto la previsión general es que el procedimiento arbitral dure solamente seis meses. Además, la brevedad también se debe en parte a que contra el laudo no caben recursos.

¹ CARAZO LIÉBANA, M. J., *El arbitraje societario*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 42 y ss.

- Flexibilidad. Una de las mayores ventajas del arbitraje es la posibilidad de las partes de configurar hasta cierto punto el procedimiento, o su libertad para escoger someterse a una institución arbitral que lo haga por ellos. No obstante, para algunos autores², esto puede suponer más un inconveniente que una virtud, ya que la indeterminación de las actuaciones procesales afecta negativamente al desarrollo del procedimiento arbitral, por tener lugar sucesivos e interminables trámites que el árbitro concede para evitar que ambas partes gocen de las mismas posibilidades de defensa, y porque el ámbito de maniobra de la voluntad de las partes queda limitadísimo, ya que una vez desatado el conflicto resulta enormemente difícil pactar un acuerdo en torno a cuestiones procedimentales.
- Confidencialidad. Las resoluciones judiciales son públicas a todos los efectos, no solo en el sentido de que están a disposición de quien lo desee en los Boletines Oficiales correspondientes sino que la prensa se hace eco de muchos procesos judiciales que puedan interesar a la opinión pública. Frente a esta publicidad, el arbitraje respeta la confidencialidad del asunto, del que solo tienen conocimiento las partes y los árbitros.
- Especialización. Mientras que los jueces, por razón de su oficio, no pueden ser expertos en todas las materias que conocen, los árbitros, libremente elegidos por las partes, suelen ser especialistas en las materias que resuelven. Ello ofrece mayores garantías para la adecuada y eficaz solución de la controversia.
- Eficacia. Los laudos proporcionan per se una solución final al problema, que queda liquidado definitivamente; rápida, porque no tarda en producirse, y abocada a cumplirse, ya que, aunque impuesta, son las partes las que la han buscado y estarán por ello más proclives a llevarla a efecto.
- Costes. Se trata, en parte, más de una desventaja que de un punto a favor. Mientras que la tutela judicial efectiva permite incluso la gratuidad de la justicia en determinados supuestos, el arbitraje, lejos de ser gratuito, suele ser costoso y los honorarios de los árbitros no son bajos. En cambio, se puede justificar la economía como ventaja en el sentido de que se evitan eventuales condenas en costas y se elude una posible dilación excesiva con sus consiguientes gastos de abogado y procurador.

² RICHARD GONZÁLEZ, M., “El Tribunal Arbitral (tras la reforma de la Ley de Arbitraje, Ley 11/2011)” en PÉREZ MORIONES, A., RIAÑO BRUN, I., y MESTROT, M. (coords.), *El arbitraje: Una nueva perspectiva desde el Derecho español y el Derecho francés*, pág. 315, La Ley, Madrid, octubre 2013.

En este panorama, si debiéramos precisar qué se entiende por arbitraje societario, habría que decir que es aquel en el que se ventilan controversias surgidas en el seno de las sociedades personalistas o de capital. En lo referente a su regulación, si bien le son de aplicación la generalidad de preceptos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA), cabe señalar que el art. 11 *bis* es de aplicación exclusiva en el arbitraje societario, aunque como veremos no lo agota.

Hay que resaltar que las ventajas que veíamos del arbitraje tienen especificaciones muy concretas en el caso de las sociedades. La rapidez del arbitraje frente a la vía judicial ofrece a las sociedades un medio por el que tener paralizado o ralentizado el funcionamiento de la sociedad durante el mínimo tiempo posible, y con ello la actividad económica de la sociedad. La confidencialidad les permite evitar toda repercusión de sus controversias, que podrían lacerar su imagen pública o incluso perjudicarlas económicamente, como puede ocurrir en sociedades cotizadas. La especialización les permite que los árbitros sean profesionales con experiencia en el ámbito societario y en la administración de sociedades, ya sean abogados o no. En cuanto a los costes, también las empresas encuentran una justificación al desembolso de las tarifas de un arbitraje por ser una cuantía fijada de antemano y con poca posibilidad de variación, mientras que en un procedimiento judicial las costas son impredecibles³. Además, prefieren el abono de esta cantidad, en ocasiones elevada, si con ello consiguen una solución rápida y efectiva del conflicto, pues su prolongación podría, a la larga, acarrearles un sobrecoste por la posible paralización de la actividad económica.

Finalmente, aunque no se señalaba en la relación anterior, es interesante considerar que el recurso al arbitraje, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, garantiza en la línea de la negociación o de la conciliación una resolución pacífica o amistosa del conflicto, al menos con una mayor probabilidad por oposición a la vía judicial. Esta mayor amistad revierte en un beneficio notable para la sociedad, donde en ocasiones no se busca romper una relación entre socios y sociedad sino solucionar una disconformidad (por ejemplo, en la impugnación de acuerdos sociales), y un medio pacífico de resolución puede contribuir a que las relaciones no se vean dañadas y permitan continuar con normalidad la vida societaria una vez emitido el laudo.

Conviene, ya en la introducción, señalar que el estudio que sigue se centrará en exclusiva a las sociedades de capital y no en las personalistas, debido a su importancia en

³ CARRASCOSA, J.M., “Arbitraje Societario: proyección de futuro”, *Escritura Pública*, nº 87, mayo-junio 2014, pág. 50.

el tráfico jurídico y a su regulación arbitral específica. El Club Español de Arbitraje, en su “Informe sobre el arbitraje societario en España” elaborado por la Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario en 2013, recoge que, si bien todas las sociedades, civiles o mercantiles, de nacionalidad española, así como las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, pueden someter sus conflictos a la LA si lo desean, la regulación del art. 11 *bis* está reservada para las sociedades de capital. El resto de sociedades y personas jurídicas se regirán por el resto del articulado de la ley⁴.

2. Éxito del arbitraje.

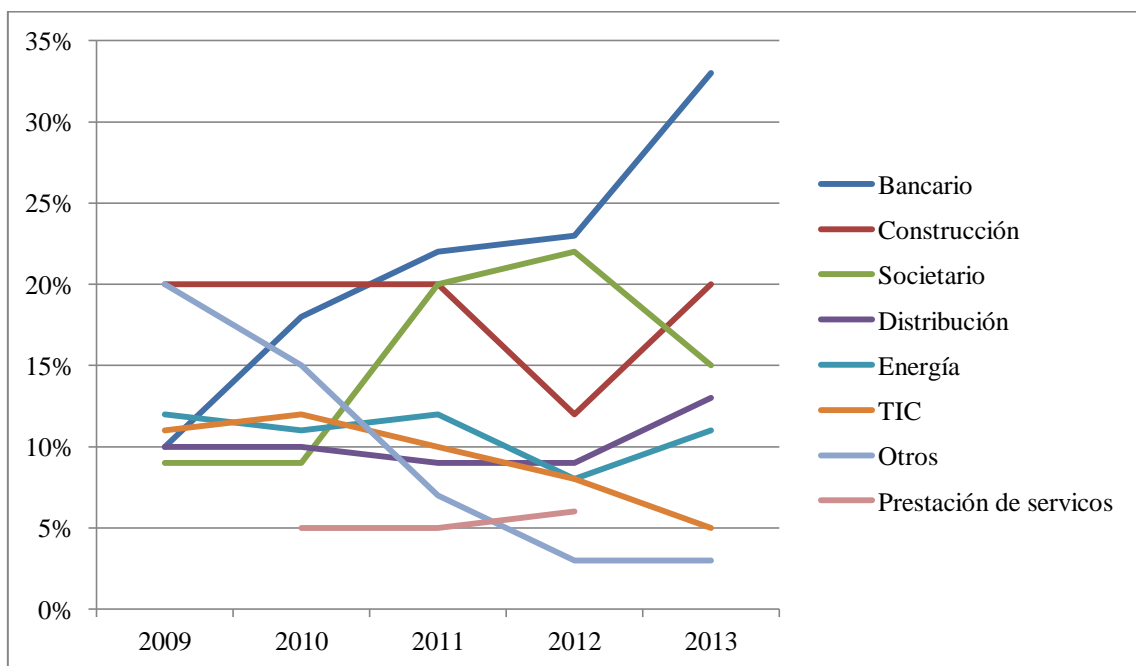
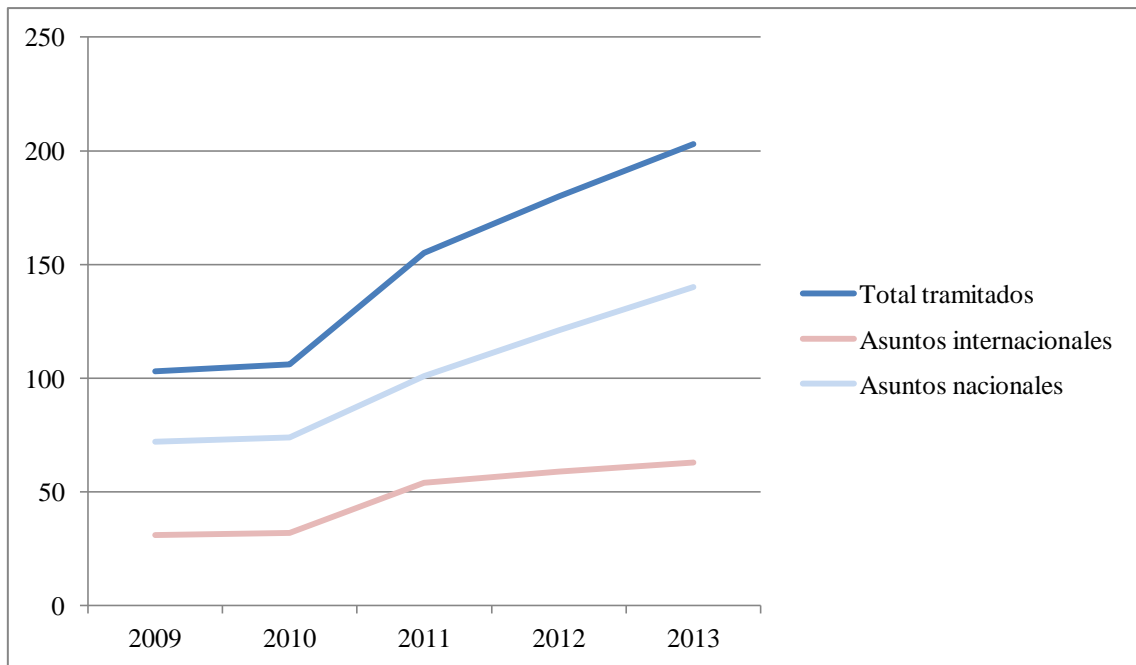
Como adelantábamos, el arbitraje en el ámbito nacional ha tenido últimamente un éxito relativo a pesar de su alta aceptación histórica, como veremos en el siguiente apartado. Analizaremos que no se trata de una figura nueva sino de gran tradición, y buscaremos las razones de que hoy en día sea una institución que necesita de los impulsos estatales si se desea su total implementación en la cultura jurídica.

Por lo que respecta a nuestros días, sirva un pequeño estudio de las estadísticas que vierte anualmente la Corte de Arbitraje de Madrid⁵ para desentrañar la situación actual del arbitraje en nuestro país. Los últimos datos disponibles, de 2013, reflejan una tramitación de 203 asuntos, de los cuales aproximadamente un tercio son de carácter internacional. Las materias objeto de arbitraje fueron, en su mayoría, asuntos bancarios, societarios y relativos a la construcción. Además, ocho de cada diez procedimientos duraron menos de un año.

Para poder comparar estos datos con los de años anteriores, pueden plantearse las siguientes gráficas. La primera refleja la cantidad de arbitraje que la Corte Arbitral de Madrid ha conocido por año, con expresión de cuántos eran de carácter internacional y cuántos nacionales. La segunda ofrece, mediante porcentajes, cuáles han sido las principales materias sobre las que versaban los conflictos arbitrados.

⁴ CLUB ESPAÑOL DE ARBITRAJE (COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DEL ARBITRAJE SOCIETARIO), *Informe sobre el arbitraje societario en España*. Madrid: 2013, ptos. 24 y 25.

⁵ Datos tomados de la página web de la Corte Arbitral de Madrid, en el apartado de experiencia, estadísticas de la Corte. (<http://www.arbitramadrid.com/web/corte/estadisticas-de-la-corte>)



Fuente: Corte Arbitral de Madrid

Aunque no es, ni de lejos, la única institución que ofrece servicios de arbitraje en España, sus datos sí reflejan la tendencia actual en España. Así, mientras se observa una tendencia ascendente en los últimos años de los asuntos sometidos a arbitraje (aumento del 100 % en los últimos cuatro años), se parten de unos datos muy pobres, pues apenas 100 asuntos fueron arbitrados por la Corte de Arbitraje de Madrid en 2009. De igual modo, son válidos los porcentajes relativos a las materias sobre las que versaban estos asuntos, donde observamos una preminencia de los asuntos bancarios, societarios y los

relativos a la construcción, con mención especial a la energía y a los contratos de distribución.

Pero el éxito del arbitraje no debe medirse por la cantidad de laudos, reflejo de los procesos arbitrales iniciados y resueltos, sino a través de la cantidad de cláusulas de sumisión a arbitraje incluidas en los diversos contratos o, como veremos, estatutos societarios. Es difícil la obtención de datos con respecto a este extremo, por el carácter privado de las relaciones jurídicas, pero pueden servir como guía tanto que la Comisión para el estudio del arbitraje societario en España, del CEA, haya preparado un modelo de convenio arbitral en su Informe⁶ para ser incluido en los estatutos de las sociedades de capital, o que la Orden del Ministerio de Justicia 1445/2003, de 4 de junio, que aprueba los estatutos modelo de la sociedad limitada nueva empresa, obliga a escoger entre jurisdicción ordinaria o vía arbitral al disponer que que “toda cuestión que se suscite entre socios, o entre éstos y la sociedad, con motivo de las relaciones sociales” será resuelta por los Juzgados o Tribunales correspondientes o “mediante arbitraje formalizado con arreglo a las prescripciones legales”, a elegir una de dos. Tal es el impulso que se da desde las instituciones estatales a la figura del arbitraje, y así debe entenderse una proliferación de cláusulas de sumisión en los contratos privados y estatutos de las sociedades.

II. HISTORIA

Todo estudio sobre prácticamente cada institución jurídica quedaría incompleto sin una referencia a sus orígenes y a su evolución a lo largo de la historia. Aunque más tarde se hará un análisis en profundidad sobre la evolución histórica en cuanto a la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos societarios⁷, creemos como adelantábamos que conviene detenerse a estudiar la existencia de una tradición arbitral en nuestro sistema jurídico. Conocer los orígenes de figuras arbitrales, que se remontan a Roma, quizá ayude a desterrar la idea de que el arbitraje, en especial el societario, es una institución novedosa en la tradición jurídica española y que su falta de raigambre se justifica por esta novedad. Bien al contrario, existen en nuestro ordenamiento histórico numerosas

⁶ Vid. nota al pie 4.

⁷ Vid. pág. 16.

figuras y textos legales muy significativos que configuraban el arbitraje en materia mercantil, y así se analizarán.

1. Derecho romano: la figura del pretor.

Como se ha adelantado, es notoria la aceptación y el respaldo del arbitraje en el Derecho Mercantil español, incluso antes de que existiera una rama propiamente mercantil en nuestro Derecho. En Roma⁸, la figura del *praetor* suponía ya una alternativa a la justicia ordinaria, una verdadera vía de escape a la rigidez del Derecho civil o *ius civile*. Los edictos de este pretor configuraron el conocido como Derecho pretorio o Derecho honorario –*ius honorarium*–, llamado Derecho de gentes –*ius gentium*– en el caso del *praetor peregrinus* que administraba la justicia a los extranjeros. La promulgación de estos edictos, que se hacía de manera anual a partir del siglo IV a.C., completaba y rectificaba paulatinamente el Derecho civil, solventando sus excesivas formalidades y dotando de elasticidad al sistema jurídico. Se podría decir que, mientras el Derecho civil con sus leyes públicas se mantenía permanente en el tiempo, el Derecho pretorio, complementario, era cambiante y se amoldaba a través de esos edictos a las necesidades de los magistrados romanos y de la realidad económica.

En referencia a lo que aquí interesa, conviene subrayar que la justicia del pretor fue alternativa a la ordinaria, lo que hacía del *ius honorarium* un derecho más adecuado y adaptable que el *ius civile* a las exigencias del tráfico mercantil. Cabe recordar que en Roma no existía un derecho mercantil como tal, especial y separado del civil. Es precisamente la existencia de este Derecho pretorio la que hace desde el punto de vista procesal innecesaria la bipartición. No solo por el especial sistema de adaptación a las exigencias del tráfico a través de edictos, sino también por la existencia de una flexibilidad a la hora de regular y administrar justicia en las relaciones internacionales, a través del *praetor peregrinus* y del *ius gentium*. Cubiertos estos ámbitos, la bipartición se hace innecesaria.

2. Edad Media y Edad Moderna: los Consulados.

Como es sabido, el Derecho romano proyectó su eficacia y vigencia hasta la Edad Media, pero es en su recta final cuando se empieza a acusar su obsolescencia, el anquilosamiento del sistema y de la flexibilidad que tanto beneficiaba al tráfico. En este con-

⁸ DOMINGO OSLÉ, R., *Elementos de Derecho romano*, §§ 6,7 y 8, Universidad de Navarra, Pamplona, 2009.

texto, los mercaderes comienzan a promover una justicia alternativa, encomendada a la propia organización corporativa profesional, pues son ellos mismos quienes mejor conocen las exigencias del tráfico mercantil. Nos encontramos ante el nacimiento del verdadero Derecho mercantil, no solamente desde la perspectiva de un derecho sustantivo, de creación consuetudinaria y gremial, sino también procesal, con sus propios cauces y personas encargadas de impartir justicia.

El carácter gremial del Derecho mercantil medieval –*ius mercatorum ratione mercaturae*– justifica su faceta alternativa a la ordinaria. Se trataba de una jurisdicción especial, a través de procedimientos propios, donde destaca la figura del Consulado como órgano de administración de justicia para resolver litigios entre agremiados. Los Consulados⁹ eran agrupaciones de comerciantes que se asociaban para la defensa de sus intereses, y que efectivamente disponían de tribunales propios formados por componentes del propio órgano. El ámbito subjetivo de los litigios eran los propios negocios y causas de los comerciantes únicamente en lo respectivo al comercio. Procesalmente, sus juicios se caracterizaban por la rapidez y la forma oral, lo que respondía a las exigencias del tráfico mercantil y al carácter percedero de muchas mercancías.

Una de las grandes manifestaciones¹⁰ en la Historia del Derecho español de este espíritu alternativo que ha preferido siempre la rama mercantil del Derecho, en el marco de los Consulados, es el “Libro del Consulado del Mar”¹¹. En realidad, este “Libro” es la fuente principal de Derecho marítimo, extendida en seguida a todo acto de comercio, del área mediterránea. Redactado por mercaderes barceloneses y de amplia influencia en el resto de Europa, el “Libro del Consulado del Mar” es una recopilación de usos y costumbres marítimas y mercantiles que, entre muchas cuestiones sustantivas, plantea aspectos procesales en la línea de la justicia alternativa. A efectos de lo que aquí interesa, los puntos más relevantes del “Libro” son los relativos a quiénes administran la justicia en el ámbito marítimo y al modo de proceder, así como las menciones a la conciliación, a la equidad y al arbitraje¹².

⁹ GALÁN LORDA, M., *Apuntes de Historia del Derecho*, pág. 124, Universidad de Navarra, Pamplona, 2010.

¹⁰ Seguimos el esquema que propone OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje: una justicia alternativa (Una visión histórica de la nueva ley)*, pág. 10, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006.

¹¹ GALÁN LORDA, M., *op. cit.*, pág. 125.

¹² El texto del “Libro” –disponible, a modo de selección, en OLIVENCIA RUIZ, M., *op. cit.*, Anexo §1– recoge cómo los “prohombres navegantes, patrones y marineros” eligen directamente a los dos cónsules, hombres buenos del arte marinera, “y a otro hombre de la misma profesión –y no de otro oficio, arte o menester–, juez de las apelaciones que se entablen contra las sentencias de los cónsules”. Esto es, de la

La segunda gran manifestación de una jurisdicción especializada en asuntos mercantiles, según OLIVENCIA RUIZ, se constituye en el siglo XVIII, con las Ordenanzas de Bilbao, también en el marco de los Consulados pero ya a las puertas de la codificación. Las Ordenanzas de Bilbao, recopilación del Derecho emanado del Consulado de dicha ciudad, vuelven a reseñar los privilegios concedidos a los mercaderes para que los Consulados tengan jurisdicción en el ámbito mercantil. Del mismo modo que ocurría en el “Libro del Consulado del Mar”, las Ordenanzas señalan quiénes tienen jurisdicción para dirimir litigios y cómo deben juzgar¹³. Junto a esa jurisdicción especial mercantil, las Ordenanzas determinan el recurso al arbitraje como forma alternativa de solución de conflictos, a veces con carácter obligatorio.

En definitiva, tanto el “Libro” como las Ordenanzas son solo dos ejemplos más de esta tendencia a recopilar usos y costumbres de los comerciantes, que preferían la administración de justicia propia, por ellos y para ellos, con ese carácter local pero con tendencia a la uniformidad.

3. El siglo XIX. Constitucionalismo y codificación.

Todo lo antedicho no deja de ser Historia, y puede no conformar a los escépticos de que el arbitraje y la justicia alternativa tienen una fuerte raigambre en nuestra tradición jurídica. No obstante, las manifestaciones en el cercano siglo XIX son más que relevantes.

justicia en el ámbito mercantil se van a encargar los propios mercaderes, y no cualquier otra persona que, aun docta en leyes, no conozca el oficio propio del comercio.

En cuanto al proceso, el Libro señala que los cónsules deben resolver “brevemente y, en definitiva, de manera sumaria y llana, los pleitos y cuestiones que ante ellos se plantean, sin complicación ni formalidades de juicio, sola *facti veritate attenta*, esto es, atendiendo a los hechos según uso y costumbres del lugar”. Además, para completar este panorama de justicia celer y especializada, el Libro proclama para determinados litigios, en la parte sustantiva, la conveniencia de la conciliación, de la equidad y del arbitraje de hombres buenos, siendo este último obligatorio en determinados supuestos.

¹³ Igualmente, una breve selección del texto de las Ordenanzas de Bilbao de 1737 está recogida en OLIVENCIA RUIZ, M., *ibíd.*, Anexo §2. En él, y en lo referente a la jurisdicción, se copian los privilegios que Felipe II concedió a los mercaderes, con antecedentes en una cédula librada ya anteriormente por los Reyes Católicos, el 21 de julio de 1494 en Medina del Campo. El texto de los privilegios, que puede leerse al comienzo de las Ordenanzas, tiene este tenor literal: “Y por la presente damos licencia, y facultad, y jurisdicción á los dichos Prior, y Consules de los Mercaderes de la dicha Ciudad de Burgos, que ahora son, ó de aquí adelante serán, para que tengan jurisdiccion de poder conocer, y conozcan de las diferencias, y debates que hubieren entre Mercader, y Mercader, y sus compañeros, y Factores, sobre el trar de las Mercaderías, así sobre compras, y ventas, y cambios, y seguros, y cuentas, y compañías que hayan tenido, y tengan, (...)”.

En cuanto al proceso, o al modo de proceder, las Ordenanzas disponen que los mercaderes deberán solucionar los litigios de manera “breve, y sumariamente segun estilo de Mercaderes, sin dar lugar á luegas, ni dilaciones de malicia, ni plazos de Abogados”, o, como se dice más adelante, “la verdad sabida, y la buena fé guardada”.

La Constitución de 1812 ha pasado a la historia por ser un texto fundamental en extremo progresista, demasiado quizá para la sociedad española de la época, cuya monarquía no supo posteriormente ver en ella las bondades que escondía. Entre los principios que proclama, como la unidad de fuero, la codificación y la separación de las ramas civil y mercantil, es interesante la mención que la llamada Constitución de Cádiz hace al arbitraje. Se trata de una referencia, contenida en sus artículos 280 y 281¹⁴, que recogen el insólito derecho constitucional al arbitraje como medio de resolución de disputas. Hay que remarcar que la importancia de esta mención, única en todo el constitucionalismo español, se debe a que la referencia al arbitraje no se repetiría en ninguna otra de las constituciones españolas.

Al centrarnos en lo propiamente mercantil, el Código de Comercio de 1829, de Sainz de Andino, supuso la derogación de las Ordenanzas de los Consulados pero el mantenimiento del mismo sistema de administración de justicia. En primer lugar, se mantenía la jurisdicción especial para los actos de comercio. Los tribunales especiales de comercio se mantenían, como los Consulados, a modo de alternativa a los jueces ordinarios, cuyas funciones en esta materia quedan muy limitadas¹⁵, y su composición¹⁶ también era pareja a la de los Consulados. En segundo lugar, junto a esta jurisdicción especial, se mantiene el arbitraje mercantil, en ocasiones obligatorio para determinados litigios¹⁷ aunque los estatutos no lo previeran, como se ha dicho. Junto al CCom, Sainz de Andino redactó una Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio (LE-Com), en 1830. Destaca en esta ley la profusa regulación sobre el juicio arbitral, muy flexible, al que dedica todo el Título VI, llegando casi a la cincuentena de artículos sobre la materia –nuestra actual LA se compone de cuarenta y seis preceptos–. Es necesario señalar que, paralelamente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, se fue configurando un segundo modelo de juicio de árbitros para la materia civil, caracterizado por un mayor formalismo y rigidez, que limitaba el ámbito de la autonomía de la voluntad.

¹⁴ Art. 280: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”. Art. 281: “La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar”. (http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf)

¹⁵ Los tribunales ordinarios solo conocerían en primera instancia de los litigios mercantiles allí donde no hubiera tribunales especiales (art. 1179 CCom 1829), aunque la segunda y tercera instancia siempre se reservaba a los tribunales ordinarios (art. 1180) –a través, eso sí, del procedimiento especial mercantil (art. 1182)–.

¹⁶ Art. 1183 CCom 1829: “Los tribunales de comercio se compondrán de un prior, dos cónsules y dos sustitutos de cónsules, todos comerciante de por mayor, matriculados, que tengan las circunstancias prescritas por las leyes. (...)”.

¹⁷ Como ejemplo, sirva el art. 323 CCom 1829, sobre litigios entre socios.

El declive de este respaldo a la jurisdicción mercantil y al arbitraje forzoso llega con el Decreto de Refundición de Fueros de 1868, que suprime la jurisdicción especial de comercio en primera instancia en beneficio de la civil ordinaria, y con el CCom de 1885, cuyo silencio al respecto evidencia una preferencia por la supresión de la jurisdicción especial y el arbitraje obligatorio en determinados asuntos, aunque no cabe entender que por ello quede excluido el arbitraje voluntario. Es más, en este marco, y como se verá en sede de impugnación de acuerdos societarios, el Tribunal Supremo se pronunciará a favor de la voluntaria de litigios societarios con carácter voluntario¹⁸ y, en la práctica, los estatutos de las compañías continuaron incorporando convenios arbitrales¹⁹.

4. Las leyes especiales. La actual Ley de Arbitraje.

La Revolución liberal había traído, paradójicamente, la abolición de la jurisdicción más flexible y menos imperativa y, a pesar de la posterior supervivencia del arbitraje, el movimiento legislativo de mediados del siglo XX no beneficiaría en absoluto a la figura arbitral. La Ley de Arbitraje de Derecho privado, de 1953, presentaba la alternativa arbitral como la institución que revela, “con más hondo significado, el sentido que el derecho ocupa” en la vida social de un país y de su ordenamiento jurídico. Ensalzado como mecanismo de conciliación y obra pacificadora de terceros, en el texto se sostiene que “en los países de más densa cohesión social, sin perjuicio de su refinado espíritu jurídico, el arbitraje [alcanza] dimensiones cada vez de mayor amplitud”²⁰. No obstante, tanto halago queda diluido por el propio texto de la ley, que, en palabras de MERINO MERCHÁN²¹, se convirtió en una “ley candado” para el arbitraje societario, ya que el mayor obstáculo para esta clase de arbitraje fue la propia Ley de Arbitraje. Con una visión más general, OLIVENCIA RUIZ²² sostiene que la citada ley obstaculizó el desarrollo normal del arbitraje, acrecentó el nacionalismo y sofocó el internacionalismo, ignoró las especialidades del arbitraje comercial²³ y, en suma, descolgó a España de la podero-

¹⁸ Vid. pág. 6.

¹⁹ CEA (Comisión para el estudio del arbitraje societario), *op. cit.*, pto. 10.

²⁰ Por todas, preámbulo de la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado.

²¹ MERINO MERCHÁN, J. F., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013, pág. 12.

²² OLIVENCIA RUIZ, M., *op. cit.*, pág. 17.

²³ Tal y como la ley reconoce en el preámbulo, “A base de una figura única, que comprenda todos los arbitrajes comunes o de derecho privado; a base de una supresión radical de todas las complicaciones técnicas, muchas veces innecesarias, (...) se estima haber trazado satisfactoriamente las líneas claras de

sa corriente mundial a favor del arbitraje internacional e institucional. A nivel interno, además, mermó el prestigio institucional del arbitraje como alternativa a la jurisdicción ordinaria.

Años después, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, vendría a remediar algunas de estas deficiencias, influida en gran medida por las recomendaciones de las autoridades europeas. La ley abre la posibilidad a un arbitraje institucional o administrado²⁴ y configura un arbitraje con mayor presencia de la autonomía de la voluntad, al tiempo que se interesa por el carácter internacional del arbitraje²⁵. Sin embargo, no satisface los intereses del arbitraje mercantil, que queda sin regulación expresa como modalidad específica dentro del arbitraje general.

De hecho, el arbitraje de comercio nunca ha tenido, hasta nuestros días, una mención específica en las leyes de arbitraje ni societarias. A la ley de 1988 le ha sucedido la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que junto con su única reforma²⁶ optan por un sistema monista, con una única regulación del arbitraje tanto interno como internacional, con igual validez para el arbitraje general y el mercantil. Así, no es hasta la reforma de 2011 cuando se destinan un par de preceptos en exclusiva al denominado “arbitraje estatutario”, con el fin de aclarar las dudas existentes con el previsto en los estatutos de las sociedades mercantiles²⁷.

III. CONVENIO ARBITRAL

La actual LA dedica su art. 9 al convenio arbitral y a la forma que éste debe revestir. El convenio arbitral es el acuerdo existente entre las partes para someter sus disputas a arbitraje. Se trata de un contrato en sí mismo, un negocio jurídico por el que dos partes acuerdan someter a la decisión de un árbitro o de un colegio arbitral sus controversias, bien las ya surgidas o bien las que puedan surgir de sus relaciones jurídicas. Según SÁNCHEZ POS, el convenio es uno de los cuatro elementos esenciales sobre los que se

una institución...”; y se instaura en su art. 4: “En lo sucesivo no existirá más que un tipo de arbitraje de Derecho Privado (...)”.

²⁴ Vid. art. 10 Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

²⁵ Vid. títulos IX y X Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

²⁶ La gran reforma de la actual LA llegó con la Ley 11/2011, 20 mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado; que fue clave en la regulación del arbitraje societario.

²⁷ Vid. EM de la Ley 11/2011, de 20 mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

sustenta el arbitraje, junto con los árbitros, el procedimiento arbitral y el laudo arbitral; y constituye la manifestación de la voluntad de las partes. La forma que puede revestir es variada, siendo válidas la forma de acuerdo independiente, de cláusula incorporada a un contrato –incluidos los contratos de adhesión– o incluso la de convenio tácito²⁸.

A propósito de las sociedades de capital, de entrada, debe señalarse que actualmente las leyes de arbitraje o mercantiles en España no ponen trabas a que cualquier tipo de sociedad celebre convenios arbitrales, incluidas las cotizadas. Esto no es así en Derecho italiano, por ejemplo, que excluye a las sociedades cotizadas del sistema arbitral, del mismo modo que hace la propuesta de Código Mercantil español, de la que se hablará más adelante²⁹.

En cuanto a la forma del convenio en el caso del arbitraje en las sociedades de capital, naturalmente, es de aplicación este art. 9, y son válidos tanto el convenio quirografario o pacto extraestatutario como la cláusula incorporada al texto de los estatutos sociales, siendo esta una modalidad de convenio exclusivo del arbitraje societario. En función de la forma que presente, la eficacia del convenio será distinta. A continuación se analizarán las diferencias entre ambas formas.

1. Convenio quirografario.

En cuanto al convenio quirografario, también llamado acuerdo independiente, pocas especialidades presentará con respecto al arbitraje común. El convenio, *ad hoc*, surgirá por lógica una vez suscitada la controversia, sea del tipo que sea, entre la sociedad y alguno de sus socios, entre la sociedad y sus administradores, o entre los socios entre sí. Su eficacia se ceñirá a la arbitrabilidad de la concreta controversia, surgida normalmente con anterioridad, pero en ningún caso se extiende más allá de ella ni a otras controversias, si ello no figura en el acuerdo firmado.

Sin embargo, como señala PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO³⁰, existen supuestos en los que se puede invertir este orden lógico y el convenio quirografario precede al planteamiento del conflicto. No deben confundirse estos casos con la cláusula compromisoria, que se analiza en el siguiente apartado, pues no hablamos aquí de una eficacia general sino de la existencia de una concreta controversia, solo que prevista con anticipación.

²⁸ Art. 9.5 LA: “Se considerará que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra”.

²⁹ Sobre la previsión legal del arbitraje societario en el Anteproyecto de Código Mercantil, *vid.* pág. 37.

³⁰ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “El arbitraje societario” en DE MARTÍN MUÑOZ, A., y HIERRO ANIBARRO, S., (coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, pág. 967, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Como ejemplo, existe el caso en el que se busca someter a arbitraje los futuros conflictos que puedan plantearse entre la sociedad y el administrador que se incorpora. La posibilidad como tal existe, pero es remota en la práctica, por cuanto puede presuponer a los ojos del nuevo administrador una falta de confianza hacia su gestión al configurar desde el primer día la vía por la que se le exigirá potencialmente responsabilidad por los daños derivados de su labor.

Por lo demás, este acuerdo independiente se configurará normalmente como un pacto parasocial³¹, en cuyo caso vinculará exclusivamente a los firmantes, con las limitaciones de eficacia que ello supone en lo relativo al ámbito subjetivo. Así, difícilmente podrá vincular a la sociedad, a terceros que se relacionen con ella o incluso a los problemáticos socios de nueva incorporación. En este sentido conviene mencionar la RDGRN de 19 de febrero de 1998, que aplicó la teoría de los pactos reservados al caso concreto de los convenios quirografarios. Señala que los estatutos sociales pueden ir acompañados de “un convenio arbitral accesorio para la resolución de controversias”, pero recuerda que su eficacia es muy limitada al señalar que al pacto extraestatutario “tan sólo quedarán sujetos los propios contratantes”, quedando el futuro socio ajeno al pacto.

Entre sus ventajas, es obligado señalar que los convenios en pactos parasociales tienen cierto éxito debido, entre otros aspectos, a su sencillez, a su flexibilidad y a su capacidad de adaptación a las necesidades y voluntades de los socios firmantes. Pero, sobre todo, la mayor ventaja que presenta el convenio quirografario frente al estatutario es el de la ausencia de publicidad que le proporciona no formar parte de los estatutos, públicos por prescripción legal, lo que le dota de una prudente discreción muy atractiva para la vida interna de la sociedad.

Fuera de ello, es necesario poner de relieve que si los socios se han decantado por un convenio quirografario, bajo la modalidad de pacto parasocial, deben tener en cuenta que esta elección puede condicionar además el ámbito objetivo de aplicación, en función de dónde se ubique dicho pacto. Si se articula como pacto parasocial independien-

³¹ Los pactos parasociales o pactos reservados son, por lo general, acuerdos entre socios que habitualmente se emplean para regular cuestiones que la ley no permite incluir en los estatutos y que sirven para prevenir o eliminar posibles elementos de conflictividad dentro de la organización social. Pero también es posible utilizar estos acuerdos cuando se busca sustraer de los efectos de a publicidad registral –a la que no están sujetos, al contrario que los estatutos– reglas de organización y funcionamiento que por cualquier motivo no interese divulgar. Su eficacia, en cambio, se circunscribe únicamente al ámbito de las relaciones entre las partes que los celebren, no siendo en ningún caso oponibles a terceros, ni siquiera a la sociedad (art. 29 LSC), que no resulta jurídicamente afectada por estos acuerdos. Por todo ello, IGLESIAS PRADA, J. L., y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La fundación de las sociedades de capital” en APARICIO GONZÁLEZ, M. L. (coord.), MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J., (dir.), *Leciones de Derecho Mercantil, Vol. 1*, pág. 427, Thomson Reuters-Civitas, Madrid.

te, en el que el contrato principal de referencia es el contrato de sociedad, el ámbito objetivo de aplicación de la cláusula vendrá delimitado en el texto por los socios afectados. Si, por el contrario, el convenio arbitral es accesorio a un acuerdo parasocial (en el que, por ejemplo, se establecen derechos preferentes en caso de transmisión de acciones), es natural que solo las controversias suscitadas por ese acuerdo (es decir, las acciones encaminadas a hacer valer esos derechos preferentes) sean las sometidas a arbitraje, quedando el resto de litigios societarios al margen del convenio.

2. Convenio estatutario o cláusula compromisoria.

La segunda vía de que disponen los socios para someter sus controversias al arbitraje es la incorporación de una cláusula al efecto en los estatutos sociales, llamada “convenio estatutario”. Esta modalidad no es sino una adaptación de lo que el art. 9 LA define como “cláusula incorporada a un contrato”, con la especialidad de que en el arbitraje societario este convenio forma parte del clausulado que compone los estatutos de la sociedad, que recogen las normas de organización y funcionamiento por las que va a regirse aquella. El convenio arbitral pasa así a ser una norma más de la sociedad, incluida como manifestación de la autonomía de la voluntad, y cuya existencia se ampara en el art. 28 LSC³². Esta modalidad y su creciente frecuencia en el tráfico no dejan de plantear controversias, pues, como señala CARAZO LIÉBANA³³, los convenios estatutarios se han convertido en cláusulas de estilo, modelos preestablecidos que generan evidentes problemas de aplicación e interpretación al no adaptarse a las necesidades concretas de las sociedades.

A pesar de formar parte de los estatutos, los autores, respaldados en el art. 22.1 LA, coinciden en el carácter autónomo del convenio estatutario, separable del contrato principal –en nuestro caso, del contrato de sociedad– de manera que los árbitros son capaces incluso de juzgar sobre la validez del propio convenio³⁴. El hecho de que exista una documentación única para el contrato de sociedad y el convenio estatutario no merma la

³² Art. 28 LSC: “Autonomía de la voluntad. En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido”.

³³ CARAZO LIÉBANA, M. J., *op. cit.*

³⁴ El art. 22.1 LA se hace eco así de la doctrina de la *Kompetenz-Kompetenz*, de origen alemán y con gran proyección en derecho comparado, que defiende la competencia de los árbitros para decidir sobre sus propias facultades, en el caso de que se susciten dudas por la lectura de la cláusula estatutaria, en ocasiones demasiado genérica. Se trata de una solución muy práctica en la medida en que el arbitraje, como decíamos, busca de alguna manera evitar los efectos dilatorios de la justicia ordinaria, y esperar al pronunciamiento de un juez acerca de la competencia interrumpe innecesariamente el procedimiento arbitral.

autonomía del segundo, aunque en este punto cabría preguntarse sobre la conveniencia de denominar “cláusula” a un texto al que se le atribuye la sustantividad propia de un contrato independiente.

En cualquier caso, la autonomía del convenio arbitral estatutario tiene importantes consecuencias³⁵. El propio art. 22.1 LA dispone que la nulidad del contrato principal no supondrá necesariamente la nulidad del convenio arbitral, pese a ser este una cláusula del mismo. Ello abre la puerta a la posibilidad, antaño inconcebible, de que pueda arbitrarse la propia validez de la sociedad en virtud de una cláusula del propio contrato cuestionado. Esto se debe a que, como se ha dicho, el convenio arbitral es un contrato independiente y autónomo, cuya causa es distinta a la causa del contrato principal³⁶.

No faltan detractores a la posibilidad de que el convenio arbitral pueda formar parte de los estatutos. Algunos autores³⁷ son contrarios al concepto del convenio estatutario, y para argumentarlo alegan el carácter independiente que los estatutos adquieren una vez constituida la sociedad, autónomos y diferenciados de los socios. Así, los estatutos y su contenido pasan a ser normas de la sociedad y no ya de los socios, de modo que afirman que el convenio rige en exclusiva para la primera. En este caso, por tanto, no concurre la pluralidad de voluntades que para la celebración del convenio exige el art. 5.1 LA 1988 –hoy art. 9.1 LA–, ya que no habría participación de al menos dos partes o voluntades, sino que la sociedad sería una única voluntad unilateral presente en el convenio arbitral. En este sentido, sí defienden la existencia de la cláusula arbitral como norma estatutaria que obliga a resolver los conflictos por la vía arbitral, pero para que pueda llevarse a efecto creen imprescindible la celebración de un convenio arbitral al efecto, como pieza distinta de la cláusula. Esta postura no está exenta de críticas por dificultar el acceso al arbitraje, pues el convenio al efecto requeriría la voluntad unánime de todos los socios cuando, como veremos, solo una mayoría cualificada es necesaria para la incorporación de la cláusula a los estatutos. Es momento de analizar cómo introducir este pacto en los estatutos de la sociedad y quiénes quedarán obligados por el mismo:

³⁵ CARAZO LIÉBANA, M. J., *op. cit.*, pág. 58.

³⁶ La causa del contrato de sociedad es muy distinta a la del contrato de sumisión al arbitraje. Mientras que la causa del primero podría identificarse con el fin común que se persigue con la constitución de la sociedad, normalmente la obtención de un beneficio económico –pero no siempre– que repartir entre los socios, la causa en el pacto arbitral es la sumisión al arbitraje de las controversias que puedan surgir en el marco de esa sociedad. *Vid.* PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “Las sociedades mercantiles” en APARICIO GONZÁLEZ, M. L. (coord.), *op. cit.*, pág. 359-360; y CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, págs. 58-59, Aranzadi, Pamplona, 1995.

³⁷ BOTANA AGRA, M. J., “Acercas de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas”, *Derecho de los Negocios*, n° 101, enero 1999, págs. 17 y ss.

- Históricamente, para algunos autores la única cláusula posible tenía que figurar en estatutos desde la constitución de la sociedad, y consideraban que podía vincular a los socios fundacionales pero nunca a los futuros, pues ellos no decidieron incorporarla.
- Otros sí permitían las cláusulas posteriores, introducidas mediante modificaciones estatutarias, pero siempre que estuviera de acuerdo la Junta General por unanimidad, requiriendo así la aquiescencia de todos y cada uno de los socios.
- Finalmente, lo que se ha sostenido mayoritariamente es la libre incorporación de la cláusula de arbitraje a los estatutos sociales, ya sea en el momento fundacional o posteriormente a través del sistema de mayorías.

Sin embargo, hoy en día ambos aspectos han quedado parcialmente resueltos. En lo que se refiere a la eficacia subjetiva del convenio estatutario, las dudas quedaron solventadas por la DGRN, en su resolución de 19 de febrero de 1998 y en la misma dirección se pronuncia hoy en día el CEA: si el convenio arbitral se encuentra contenido en una cláusula estatutaria inscrita en el Registro Mercantil, vinculará a los socios, a la sociedad y a los administradores, ya sean presentes o futuros³⁸.

Y, sobre el modo de incorporación del convenio estatutario en los estatutos sociales, más allá de la pacífica incorporación en el momento fundacional, la reforma de la LA operada en 2011 (*vid.* nota al pie 26) cerró el debate en torno a las modificaciones estatutarias por unanimidad o por mayorías, decantándose por esta última, si bien reforzada en dos tercios^{39 40}. Esta opción del legislador es un reflejo del principio de mayorías que

³⁸ La RDGRN de 19 de febrero de 1998, con referencia a la eficacia de futuro, sostiene que “puede el convenio arbitral integrarse en los propios Estatutos para la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que puede calificarse como regla paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más (...). Un pacto compromisario extrasocial o no inscrito vinculará tan sólo a los contratantes y sus herederos, pero, si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria.” Y, en lo referente a los administradores, destaca: “Los Administradores, aunque no ostenten la condición de socios, no por ello son terceros desvinculados del régimen estatutario en su relación orgánica con la sociedad, pues si así fuera tampoco podrían invocar en su favor los derechos que, como puede ser la retribución, les reconocieran (...)”. *Vid.* también CEA (Comisión para el estudio del arbitraje societario), *op. cit.*, ptos. 68 y ss.

³⁹ Art. 11 *bis.2* LA: “La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.” N. B. que la mayoría exigida se predica sobre el número de votos existentes, no sobre el capital o votos presentes en la Junta [CEA (Comisión para el estudio del arbitraje societario), *op. cit.*, pto. 65].

⁴⁰ Cabe señalar que fue en la tramitación parlamentaria donde se impuso la exigencia de una mayoría de dos tercios, ya que el requisito que se exigía en un inicio era el de unanimidad. El Proyecto de Ley de 16 de julio de 2010, de reforma de la LA, contenía un art. 11 *bis.2* con el siguiente tenor: “La introducción

configura el Derecho societario español, si bien se trata de la misma mayoría legal reforzada que se exige para los cambios más radicales en la vida y organización de las sociedades limitadas [art. 199.b) LSC] y se impone a las mayorías que para las sociedades anónimas prevé el art. 201 LSC. No es necesario señalar que los estatutos sociales podrán elevar, pero nunca reducir, las mayorías previstas para la incorporación del convenio o para las modificaciones estatutarias en general, y que estas deberán prevalecer⁴¹. La decisión lucha contra la inmovilidad que supondría exigir unanimidad en la modificación, que haría prácticamente imposible el cambio. Además, intenta acabar con el derecho de veto que implícitamente se le reconocería al socio disidente, ya que se entiende que el socio, en el momento de adquirir ese estatus, acepta el poder vinculante de la mayoría.

No obstante, y a pesar de que la mayoría de dos tercios del capital social parece altamente representativa de la voluntad de la sociedad, no es un artículo exento de críticas⁴². Hay incluso voces que solicitan el reconocimiento de un derecho de separación a los socios ausentes o disidentes⁴³ como en el Derecho italiano, y en este sentido parece ir el proyecto de Código Mercantil español, del que se hablará al final del trabajo⁴⁴, y que reconoce como causa específica de separación la introducción de un convenio arbitral en los estatutos.

En cuanto a los terceros que se relacionan con la sociedad, cuya protección ha sido tradicionalmente tenida en cuenta por los sectores más reacios al arbitraje, la opinión mayoritaria⁴⁵ a día de hoy es clara: ya que el tercero se acoge a la protección de sus derechos protegidos por los estatutos sociales y la estructura interna de la sociedad, que le

en los estatutos de una cláusula de sumisión a arbitraje para la impugnación de los acuerdos sociales requerirá el acuerdo de todos los socios". *Vid.* CEA (Comisión para el estudio del arbitraje societario), *op. cit.*, pto. 64.

⁴¹ Arts. 200 y 201.3 LSC, CEA (Comisión para el estudio del arbitraje societario), *op. cit.*, pto. 67.

⁴² Hay autores que consideran necesario tener presente una posible declaración de inconstitucionalidad del precepto 11 *bis* por parte del Tribunal Constitucional en virtud de su doctrina contra los arbitrajes no consentidos, fundamentada en una vulneración al principio de tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución al permitir que una parte de los socios imponga a otros un rechazo a la jurisdicción estatal. *Vid.* a este respecto BAENA BAENA, P. J., "La resolución arbitral de controversias en materia de Derecho de Sociedades", *Revista Mediara*, nº 2 [en línea], junio 2013, págs. 4-5. [Última consulta: 4 de enero de 2015]. Disponible en web: <http://www.revistamediara.es/contenidos/articulos/0/61-1.pdf>. En respuesta a ello, CARAZO LIÉBANA considera que "la sumisión de una controversia a arbitraje no priva a los socios del Derecho a la tutela judicial efectiva" y que siempre cabe la impugnación del laudo en la justicia ordinaria (CARAZO LIÉBANA, M. J., *op. cit.*, pág. 65).

⁴³ Así, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 352.

⁴⁴ *Vid.* pág. 37.es de obligada mención el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, al que ya nos hemos referido

⁴⁵ *Vid.* PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *op. cit.*, pág. 969.

hace moverse en el tráfico mercantil con una cierta seguridad, es necesario que acepte las normas de funcionamiento de la misma, siempre que estas pueda conocerlas. Si el convenio figura en los estatutos de la sociedad, como es el caso, el tercero podrá conocerlas desde el momento de la inscripción registral, que otorga publicidad, por lo que queda vinculado por la cláusula exactamente igual que los socios.

Para finalizar, e independientemente del modelo de convenio que tratemos (pacto parasocial o cláusula estatutaria), es interesante hacer referencia al tipo de arbitraje que las partes pueden escoger, ya sea de Derecho o en equidad. La actual LA no impone una modalidad concreta, dejando a la autonomía de la voluntad la última palabra, aunque sí establece una preferencia por el primero, que será el escogido a falta de pacto. Esto es, a diferencia de la ley de 1988, que prefería el arbitraje de equidad frente al arbitraje de Derecho, ahora los árbitros solo decidirán en equidad si las partes lo autorizan expresamente. Ello no supone ninguna especialidad contra el arbitraje, digamos, no societario. No obstante, es conveniente reseñar que CARAZO LIÉBANA se plantea cuál de las dos modalidades se ajusta más a las necesidades societarias. Considera que, dado que el Derecho de sociedades es una materia regida en gran medida por normas imperativas, es recomendable escoger la modalidad en Derecho, ya que lo contrario sería arriesgado por la posibilidad de contravenir normas imperativas a las que indefectiblemente debe someterse⁴⁶. Más escuetamente, el CEA en su informe desaconseja a las partes que pacten un arbitraje societario en equidad, por las controversias de naturaleza eminentemente jurídica⁴⁷.

IV. CONTROVERSIAS ARBITRABLES

En sede de arbitraje societario, quizá el estudio más específico de esta materia esté relacionado con cuáles son las controversias susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje y, dentro de estas controversias, una especial atención a la impugnación de acuerdos sociales. La introducción del art. 11 *bis* en la LA ha abierto un nuevo panorama —o,

⁴⁶ CARAZO LIÉBANA, M. J., *op. cit.*, pág. 69-70. En el mismo sentido, pero en sede de impugnación de acuerdos sociales, PÉREZ MORIONES, A., “El arbitraje societario estatutario: Reiteraciones, deficiencias e insuficiencias del artículo 11 *bis* de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje” en PÉREZ MORIONES, A., RIAÑO BRUN, I., y MESTROT, M. (coords.), *op. cit.*, pág. 221 y ss.

⁴⁷ CEA (Comisión para el estudio del arbitraje societario), *op. cit.*, pto. 58.

al menos, ha aclarado en parte el que ya existía– en cuanto a las materias societarias que pueden prescindir de la jurisdicción ordinaria para ser ventiladas en un arbitraje privado. De ello se hablará en este bloque.

En una aproximación general, debe tenerse en cuenta que el arbitraje societario no es sino una especialidad dentro del arbitraje y que, por tanto, el criterio legal delimitador de las materias susceptibles de arbitraje, consagrado en el art. 2.1 LA, es igualmente de aplicación a aquel. Según este criterio, que denominaremos “principio de disponibilidad de la materia”, las materias cuyas controversias pueden ser objeto de arbitraje son las de “libre disposición conforme a derecho” por las partes del conflicto, entendiéndose contrapuesto a las materias regidas por normas imperativas. La Ley de 1988 sí contenía un listado, a modo de delimitación negativa, de materias que no eran susceptibles de arbitraje⁴⁸ pero, al no ser una lista cerrada, la actual ley ha preferido no recogerla por entender que ello no corresponde a una legislación general sobre arbitraje.

No obstante, como señala la doctrina⁴⁹, es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes pero que el legislador prefiera excluir o limitar su carácter arbitrable, o que la práctica arbitral y la jurisprudencia excluyan o limiten⁵⁰. En este punto se analizarán algunas de las cuestiones litigiosas que puedan darse en el ámbito societario y su posible arbitrabilidad o, más concretamente, la posibilidad de incluir en los estatutos una cláusula compromisoria para cada conflicto. El listado que se ofrece a continuación es una mera selección y no debe considerarse taxativa, ya que un estudio en profundidad de cada conflicto arbitrable precisaría de una monografía más extensa.

1. Conflictos entre sociedades y administradores.

Como es sabido, en la legislación societaria pueden distinguirse dos vías por las que puede exigirse responsabilidad civil a los administradores de una sociedad por el ejercicio del cargo: acción social de responsabilidad, con legitimación de la Junta General, y la acción individual de responsabilidad, con legitimación del socio o tercero afectado (artículos 236 y ss. LSC). Por tanto, existen dos situaciones distintas en las que las que

⁴⁸ El art. 2.1 de la Ley de Arbitraje de 1988 recoge, como materias que no pueden ser objeto de arbitraje, las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial; las materias inseparablemente unidas a otras indisponibles para las partes; y las cuestiones en que deba intervenir el Ministerio Fiscal.

⁴⁹ BAENA BAENA, P. J., *op. cit.*, pág. 1.

⁵⁰ *Vid.* nota al pie 34.

se desata una disputa entre la sociedad y sus administradores, que podrá decidirse o no mediante arbitraje.

En primer lugar, la acción social de responsabilidad del art. 238 LSC es aquella por la que los administradores responden por los daños causados a los intereses de la sociedad al actuar dolosa o culposamente contra la ley o contra los estatutos en el ejercicio de su cargo. Es una acción de carácter imperativo que alcanza obligatoriamente a los daños que los administradores causen en el patrimonio social, por los que responden de manera solidaria. Puede ser ejercitada tanto por la sociedad como por los socios, así como por los acreedores de la sociedad subsidiariamente (art. 240 LSC).

En cuanto a su arbitrabilidad, esta se puso en duda por ese carácter irrenunciable que tiene la acción para los administradores, pero la doctrina⁵¹ no observa que el optar por el arbitraje suponga una renuncia, sino que únicamente significa la elección de una vía distinta a la jurisdicción estatal. En palabras de PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, “comprometer un arbitraje no es lo mismo que transigir”⁵². La acción, además, es de carácter indemnizatorio o de reparación del daño y, por tanto, de carácter patrimonial. Además, los autores ven en el art. 238.2 LSC un nuevo argumento que sostiene la arbitrabilidad, pues prevé la posible renuncia de la Junta General al ejercicio de la acción. Si la acción es renunciabile o transigible, la materia es de carácter disponible y arbitrable.

Es interesante la reflexión de PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO⁵³ con respecto a la arbitrabilidad –o no arbitrabilidad, mejor dicho– de las controversias en el supuesto de que la acción social de responsabilidad sea ejercida por los acreedores, a través del art. 240 LSC⁵⁴. Sin pararse a analizar si el convenio vincularía a un tercero ajeno a la sociedad⁵⁵, recuerda que el condicionamiento que impone la LSA⁵⁶ (hoy, LSC) para que estén legitimados los acreedores es la insuficiencia de patrimonio social para la satisfacción de sus créditos. Resalta que este condicionamiento se dará normalmente en la declaración judicial de concurso, en cuyo caso la Ley Concursal⁵⁷, en su art. 8.7º, consagra la juris-

⁵¹ CARAZO LIÉBANA, M. J., *op. cit.*, pág. 184.

⁵² PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *op. cit.*, pág. 963.

⁵³ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., *ibíd.*

⁵⁴ Art. 240 LSC: “Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.”

⁵⁵ *Vid.* pág. 13.

⁵⁶ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

⁵⁷ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

dicción exclusiva y excluyente del juez del concurso para conocer de las acciones contra los administradores. Con ello, descarta el arbitraje en este supuesto.

Cuestión distinta es, en segundo lugar, la acción individual de responsabilidad del art. 241 LSC. A diferencia de la acción social, la individual protege de los mismos daños que aquella pero que afectan al patrimonio de uno o varios socios o terceros, única y exclusivamente. El problema surge aquí con la naturaleza de la acción: así como la anterior podía considerarse una acción de naturaleza contractual, por la relación existente entre sociedad y administradores, la acción individual de responsabilidad tiene para muchos autores y para la más reciente jurisprudencia⁵⁸ una naturaleza extracontractual. Ello es así porque no existe entre los administradores y los accionistas o terceros ninguna relación de contrato. Sentada esta base, la cuestión de la posible sumisión a arbitraje de los litigios relativos al ejercicio de la acción individual de responsabilidad queda clara: el conflicto no se inserta en el marco de las relaciones societarias, no le son de aplicación los estatutos de la sociedad ni la cláusula arbitral, y por tanto queda al margen del objeto de estudio de este trabajo. Como dice CARAZO LIÉBANA, en “la acción individual de responsabilidad no tiene encuadre el arbitraje estatutario estipulado, dejando a salvo, evidentemente, la posibilidad de que las partes afectadas puedan acordar, a título privado como pacto *parasocial*, un convenio arbitral para dirimir sus controversias”⁵⁹.

2. Impugnación de acuerdos sociales.

Historia y Derecho comparado.

En este tipo de conflicto nos detendremos un poco más debido a su importancia, y empezaremos por retomar la Historia de la evolución del arbitraje en lo relativo a la evolución jurisdiccional y doctrinal que en el último siglo ha tenido la aceptación o no de someter a arbitraje un conflicto societario en concreto: la impugnación de los acuerdos sociales emanados de la Junta General. Se trata de una de las cuestiones más controvertidas y las posturas a día de hoy se analizarán más adelante. Aquí bastará con di-

⁵⁸ STS, Sala Primera, 242/2014, de 23/05/2014, en cuyo FJ 3 se declara que “la acción individual de responsabilidad supone una especial aplicación de responsabilidad extracontractual integrada en un marco societario, que cuenta con una regulación propia (art. 135 LSA -241 LSC), que la especializa respecto de la genérica prevista en el art. 1902 Cc (SSTS de 6 de abril de 2006, 7 de mayo de 2004, 24 de marzo de 2004, entre otras). Se trata, de una responsabilidad por ‘ilícito orgánico’, entendida como la contraída en el desempeño de sus funciones del cargo”. En cuanto a doctrina, *vid.* también CARAZO LIÉBANA, M. J., *op. cit.*, pág. 188.

⁵⁹ CARAZO LIÉBANA, M. J., *op. cit.*, pág. 190.

bujar un panorama histórico que permita entender cómo se ha llegado a la actual solución, con sus argumentos a favor y en contra.

Debe destacarse que, junto con la legislación favorable al arbitraje que se analizó en el apartado II, la primera mitad del siglo XX se caracterizó por la amplia aceptación de la vía arbitral para ventilar la acción de impugnación de los acuerdos sociales. Así lo refleja la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que recogen las antiquísimas sentencias de 26 de abril de 1905 y de 9 de julio de 1907, aludidas por jurisprudencia posterior⁶⁰. También es admitida la mencionada arbitrabilidad, según los estudiosos, en la sentencia de 9 de octubre de 1951, aunque esta vez implícitamente. En ella, se entra a valorar una renuncia al arbitraje debida exclusivamente a la decisión de las partes, pero no se dice en ningún momento que la sumisión no fuera posible por no concebirse el arbitraje de esa específica materia.

Sin embargo, en los años cincuenta se produce un cambio de tesis⁶¹ promovida por el propio Tribunal Supremo, amparado en la promulgación anterior de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, y en la Ley de Arbitraje de Derecho privado de 1953 ya mencionada⁶². Como ya se ha dicho, ninguna ley hacía mención al arbitraje societario, pero ello no fue óbice para que la doctrina, tanto procesalista como mercantilista, se pronunciara mayoritariamente en contra de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales. Los autores ya se habían pronunciado en contra por dos motivos. El primero, procesalista, se basaba en el art. 70 LSA 1951, que preveía un procedimiento específico para la impugnación de acuerdos sociales, cuya existencia constituía una exclusión de cualquier otra vía, incluida la arbitral⁶³. El segundo, sustantivo, porque entendían que la materia de impugnación

⁶⁰ STS 18 abril 1998, FJ 2º, cuarto: “La posibilidad de someter a un arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en Sentencias de 26 abril 1905 y 9 julio 1907; la Sentencia de 15 octubre 1956 cambió el criterio y negó aquella posibilidad, que fue reiterado por las Sentencias de 27 enero 1968, 21 mayo 1970 y 15 octubre 1971; actualmente, tras las reformas legales, tanto la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse confirmando la última doctrina o volviendo a la más antigua. Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo.”

⁶¹ PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, pág. 181.

⁶² *Vid.*, al respecto, lo comentado en la pág. 5.

⁶³ En este sentido se pronunciaba la EM de la Ley de 17 de julio de 1951, sobre régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, que alababa el procedimiento judicial abreviado consignado en dicho artículo como la única vía de impugnación de acuerdos sociales, al menos de manera provisional.

de acuerdos es indisponible: una resolución que impugna un acuerdo de la Junta General produce efectos para todos los socios, por lo que el arbitraje debe descartarse⁶⁴.

De cualquier modo, el punto de inflexión decisivo lo marcó la STS de 15 de octubre de 1956 –reiterada por las sentencias de 27 enero 1968, 21 mayo 1970 y 15 octubre 1971–, la cual recogía los dos reparos señalados y entendía que el carácter imperativo de las normas que regulan la nulidad de la Junta General y la impugnación de los acuerdos sociales impedía someter a arbitraje su validez, y que sólo eran admisibles las cláusulas arbitrales en las que se hiciera salvedad respecto de las acciones de impugnación de acuerdos sociales⁶⁵. De igual forma, con el respaldo jurisprudencial, la DGRN se posiciona en contra de la posibilidad de arbitrar la impugnación de acuerdos, al menos indirectamente, en su resolución de 26 de julio de 1988. En ella, el organismo resuelve la admisión de una cláusula compromisoria en unos estatutos, que ya excluía expresamente la impugnación de acuerdos sociales, dando la DGRN un respaldo legal explícito a esta exclusión que habían hecho los socios.

Como recuerda CARAZO LIÉBANA⁶⁶, quizá subrayando la relación de afinidad entre la ideología totalitaria y esta postura⁶⁷, la tendencia contraria al arbitraje no fue exclusiva de nuestro país. En Italia, tanto doctrina como jurisprudencia rechazaron en un primer momento de manera unánime la posibilidad de arbitrar sobre la resolución de controversias societarias relativas a la impugnación de acuerdos. Se argumentaba principalmente el carácter no transigible de esta cuestión. Así, defendían que únicamente podía arbitrase acerca de las cuestiones y derechos sobre los que se podía transigir. Entendían que el socio singular que impugna la validez de un acuerdo de la Junta no tutela su interés privado de socio sino el colectivo de todos los socios e incluso el interés público, y en este terreno ya no cabe transigir⁶⁸. En Alemania, por su parte, la impugnación de acuerdos sociales era según la ley⁶⁹ competencia exclusiva del *Landgericht*, o tribunal regional,

⁶⁴ Como se ha visto al principio de este bloque, en la pág. 13, la condición legal para la arbitrabilidad de una materia reside en su carácter dispositivo.

⁶⁵ BAENA BAENA, P. J., *op. cit.*, pág. 2.

⁶⁶ CARAZO LIÉBANA, M. J., *op. cit.*, págs. 130 y 131.

⁶⁷ Relación que el CEA menciona en el Informe citado, en concreto en su punto 10 *in fine*, y que aquí se estudia paralelamente con los casos de Italia y Alemania y sus regímenes fascistas.

⁶⁸ De modo similar, en España, la RDGRN de 27 de abril de 1989 rechazaba la cláusula estatutaria por la que se sometía a arbitraje el conflicto derivado de los empates que se produjeran en la adopción de acuerdos del Consejo de Administración. El argumento aquí es el mismo: los administradores consejeros no actúan en sus votaciones en función de sus intereses propios –al menos, no deberían principalmente–, sino que contribuyen a definir la voluntad de la sociedad ajena a ellos, y una cuestión así no es transigible. Esta Resolución se suma a la ya mencionada de 26 de julio de 1988 en el rechazo indirecto a la arbitrabilidad de esta cuestión.

⁶⁹ Art. 246.3 AktG.

del domicilio social de la sociedad. Ello excluía, según jurisprudencia y doctrina, la vía arbitral, y a ello unían la falta de disponibilidad subjetiva del socio singular para terminar de inadmitir esta posibilidad.

Durante mucho tiempo, como se ha visto, la doctrina mayoritaria se mantuvo antiarbitralista en sede de impugnación de acuerdos sociales sin excepción, pero ello no impedía que algunos sectores argumentasen a favor de esta vía. Sus pretensiones acabaron viéndose plasmadas en la jurisprudencia y convenciendo a la doctrina. Tras la promulgación de la Ley de Arbitraje de 1988 y de la LSA, la orientación contraria a la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales se invierte. La LSA suprime el proceso especial de impugnación que veíamos del art. 70 LSA 1951, los trabajos parlamentarios para la LSRL⁷⁰ plantearon la regulación del arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales y la doctrina fue gradualmente aceptando la posibilidad. Entre sus argumentos, destacan el poder de disposición de los socios sobre las acciones de impugnación, que les lleva a decidir si la ejercitan o no y cómo; en que los terceros que se relacionan con la sociedad no quedan desprotegidos, pues no se les niega la participación en el procedimiento arbitral o, posteriormente, frente a la jurisdicción ordinaria; y la desaparición del procedimiento especial para impugnar acuerdos de la LSA 1951, que elimina el reparo procesalista que señalábamos.

Finalmente, en 1998, La DGRN declara válida la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje de todas las cuestiones societarias, incluida la impugnación de acuerdos sociales, en su Resolución de 19 de febrero⁷¹, y ello vino a confirmarse en la STS de 18 de abril del mismo año⁷², recogiendo la jurisprudencia de principios de siglo que ya seña-

⁷⁰ Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de Responsabilidad Limitada.

⁷¹ RDGRN de 19 de febrero de 1998: “[L]a exclusividad de la vía judicial para la impugnación de los acuerdos sociales, si bien goza de un reiterado respaldo jurisprudencial (...), está pendiente de confirmación tras las últimas reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, y hoy día es doctrinalmente cuestionada en base a diversos argumentos. Por ello, una regla como la que se examina, similar a otras que constituyen hoy en día cláusulas de estilo en la mayoría de los Estatutos sociales, que necesariamente ha de interpretarse siguiendo su tenor que se limita a sujetar a arbitraje las controversias ‘societarias’ y que excluye todas aquellas ‘cuestiones que no sean de libre disposición’ no es rechazable a efectos de su inscripción”.

⁷² STS de 18 de abril de 1998: “[L]a posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los Estatutos de una sociedad mercantil (...) es indudable pese a que en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido. (...) La posibilidad de someter a un arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en Sentencias de 26 abril 1905 y 9 julio 1907; (...) actualmente, tras las reformas legales, tanto la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse confirmando la última doctrina o volviendo a la más antigua. Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales (...). Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens* pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regu-

lamos. Se pronuncian sobre dos cuestiones: por un lado, la validez de la sumisión a arbitraje mediante una cláusula estatutaria y, por otro, de la impugnación de acuerdos sociales, con la salvedad de aquellos extremos no disponibles por las partes⁷³.

La arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales.

El art. 11 *bis.3* LA⁷⁴ autoriza, desde 2011, la posibilidad de sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales los estatutos de la sociedad. El artículo, según muchos autores⁷⁵, es innecesario, pero el CEA⁷⁶ explica que, tras el silencio de la LA 2003, probablemente debido a que la jurisprudencia favorable era suficiente para la consolidación del arbitraje societario, se vio necesaria la inclusión de este precepto para superar la reticencia y dudas que todavía suscitaba la novedosa materia. Innecesario o no, el precepto en su totalidad puede analizarse de la siguiente manera.

Por un lado, el precepto 11 *bis.3* no es sino una especificación del principio general del 11 *bis.1*, por el que “los conflictos” que se planteen en las sociedades de capital podrán someterse a arbitraje. La impugnación de acuerdos sociales, como uno de los conflictos más habituales en las sociedades, podrá por tanto someterse a él y así lo especifica el texto, al permitir que los estatutos sociales lo prevean. Pero el precepto va más allá en el plano formal. Tanto el texto del art. 11 *bis.3* como la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011 son claros al señalar que el procedimiento de un arbitraje que conlleve impugnación de acuerdos sociales debe estar necesariamente administrado por una institución arbitral, y además la designación del árbitro o del colegio arbitral debe correr a cargo de esta institución⁷⁷. Ello supone un rechazo, al menos aparente, al arbitraje *ad hoc* en esta concreta materia⁷⁸, y busca garantizar la seguridad, objetividad e indepen-

lan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; (...) ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje”.

⁷³ La sentencia supra hace hincapié en esta idea: “(...) sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo”, y así lo recoge el CEA, *op. cit.*, pto. 11.

⁷⁴ Art. 11 *bis.3* LA: “Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.”

⁷⁵ Vid. CARAZO LIÉBANA, *op. cit.*, pág. 213.

⁷⁶ CEA (Comisión para el estudio del arbitraje societario), *op. cit.*, ptos. 12 y ss.

⁷⁷ A modo de curiosidad, como señala CEA (Comisión para el estudio del arbitraje societario), *op. cit.*, pto. 33, el legislador ha creado aquí un segundo supuesto en el que se exige que la totalidad de los árbitros deban ser designados por la autoridad nominadora, ya que el art. 15.2 b) dispone que, en el caso de pluralidad de demandantes o demandados que deben nombrar un árbitro de la terna y a falta de acuerdo, todos los árbitros serán designados por la autoridad nominadora, esto es, el tribunal competente.

⁷⁸ Debe recordarse que existen dos modalidades de arbitraje: arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional. Mientras que en el primero son las partes las que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, configuran los elementos disponibles del arbitraje (nombramiento y número de árbitros, procedimiento, plazos,

dencia de los árbitros. La CAE encuentra las razones en la diferente posición jurídica entre el socio demandante y la sociedad demandada, ya que es la sociedad quien define las características e inserta en sus estatutos la cláusula arbitral, y el socio queda simplemente vinculado por esta decisión social por el mero hecho de adquirir acciones o participaciones⁷⁹.

La CAE⁸⁰ hace mención al supuesto, jurídicamente factible y probable, de que una sociedad incluya en sus estatutos un convenio arbitral mixto, que prevea un arbitraje estatutario para la impugnación de acuerdos, pero uno *ad hoc* para el resto de conflictos, que no están afectados por la previsión legal. No obstante, desaconseja esta solución, pues podría ser fuente de problemas si existen partes contrarias al arbitraje, y por descontador en los supuestos en que deban dirimirse varios conflictos relacionados, afectados por los dos convenios.

Dejando de lado aspectos procesales o formales, la LA no establece diferencia alguna, en sede de impugnación de acuerdos sociales, entre acuerdos nulos y acuerdos anulables. Tampoco lo hace ya la LSC, que otorgaba distintos plazos en función de una u otra calificación hasta la aprobación de su última modificación⁸¹. No obstante, PÉREZ MORIONES⁸² entra a valorar la posible arbitrabilidad de los acuerdos por contravención del orden público, calificación específica que sí se mantiene en la ley. Entiende, junto con otros autores, que así como el resto de acuerdos son arbitrables con las características que recoge la ley⁸³, los acuerdos nulos por contravención del orden público quedan excluidos de la sumisión al arbitraje⁸⁴ por mandato del art. 2.1 LA y del principio de

lugar del arbitraje), en el arbitraje institucional, especializado o administrado las partes deciden someterse al reglamento y a la estructura de una organización permanente que ofrece servicios de arbitraje (Cámara de Comercio Internacional de París, Corte de Arbitraje Internacional de Londres, Corte de Arbitraje de Madrid, Cámaras de Comercio autonómicas, etc.) y que se encargará de promoverlo.

⁷⁹ CEA (Comisión para el estudio del arbitraje societario), *op. cit.*, pto. 42.

⁸⁰ CEA (Comisión para el estudio del arbitraje societario), *op. cit.*, ptos. 36 y 37.

⁸¹ Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

⁸² PÉREZ MORIONES, A., *op. cit.*, pág. 216 y ss.

⁸³ El plazo de prescripción para impugnar los acuerdos sociales contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, es, como se ha dicho, de un año. Con anterioridad a la reforma, solo los acuerdos contrarios a la ley (considerados nulos) podían impugnarse en el plazo de un año, porque la acción para impugnar los demás acuerdos (anulables) caducaba a los cuarenta días, pero esta distinción ha desaparecido. En cuanto a la legitimación, la generalidad de acuerdos puede ser impugnada por los accionistas que lo eran en el momento de adopción (y representen un 1% del capital social, 1% en las sociedades cotizadas), los administradores y los terceros que acrediten interés legítimo; sin embargo, los acuerdos nulos por contravención del orden público podrán ser impugnados, además, por los socios que hayan entrado a formar parte de la sociedad con posterioridad a la adopción del acuerdo. (Arts. 204 y ss. LSC)

⁸⁴ Y así lo confirma la STS de 18 de abril de 1998, *vid.* nota al pie 73.

disponibilidad de la materia que mencionamos de continuo, por lo que las diferencias de plazo y legitimación que les concede la LSC no tienen aplicación en este ámbito.

Especial atención merece el rocambolesco supuesto de impugnación del propio acuerdo de modificación estatutaria por el que se introduce un convenio arbitral en los estatutos. La duda es si los socios disconformes se ven obligados a acudir a la vía arbitral, la cual no prefieren, para precisamente impugnar esa obligación. El CEA⁸⁵ concede que los árbitros, en aplicación de la doctrina *Kompetenz-Kompetenz*⁸⁶, la posibilidad de que consideren que debe acudirse a la vía arbitral, pero lo desaconseja y entiende que “la seguridad jurídica de los socios disidentes se vería reforzada si se les reconociera la posibilidad de acudir a los Tribunales de Justicia”. En este sentido recomienda que el pacto estatutario se pronuncie, concediendo la posibilidad, y así evitar problemas.

Reflejo registral del laudo arbitral.

Para terminar, es necesario referirse al laudo que estima una impugnación de acuerdos sociales y al art. 11 *ter* LA⁸⁷. Este artículo, también introducido en la reforma de 2011 pero de importancia mucho más relativa que el 11 *bis*, refleja la incidencia registral del laudo que declara impugnado un acuerdo social inscribible: el laudo debe inscribirse en el Registro Mercantil, el BORME deberá publicar un extracto y el acuerdo impugnado e inscrito deberá cancelarse. Solo así la estimación de la impugnación será oponible frente a la sociedad y frente a terceros.

Este precepto 11 *ter* no es sino una adaptación al ámbito arbitral del art. 208 LSC, que exige lo mismo a las sentencias estimatorias de una impugnación de acuerdos sociales, pero era necesaria una mención de este tipo que anteriormente solo se existía de forma expresa para las sentencias judiciales. Se busca así la equiparación de los efectos del laudo a los de las sentencias⁸⁸, con las particularidades que presenta el laudo y estableciendo una excepción al principio de confidencialidad propio del arbitraje, que con la

⁸⁵ CEA (Comisión para el estudio del arbitraje societario), *op. cit.*, ptos. 73 y ss.

⁸⁶ *Vid.* nota al pie 34.

⁸⁷ Art. 11 *ter* LA: “1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El “Boletín Oficial del Registro Mercantil” publicará un extracto. 2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.”

⁸⁸ El artículo se fundamenta en el principio de equivalencia jurisdiccional del arbitraje, pues regula cuáles son los efectos que el laudo tiene en el Registro Mercantil con el fin de que los laudos arbitrales que declaren la nulidad de acuerdos societarios inscribibles tengan los mismos efectos registrales que las sentencias de idéntico contenido. A este respecto, *vid.* OLIVENCIA RUIZ, M., “Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles” [en línea], pág. 2. [Última consulta: 24 de enero de 2015]. Disponible en web: http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/anulacion_por_laudo_de_acuerdos_societarios_inscribibles_articulo_11_ter_%28capitulo_de_libro%29_91.pdf

necesidad de publicar un extracto cede en favor de la seguridad jurídica y de protección de terceros. La mayor peculiaridad que presentan los laudos a efectos registrales es la posibilidad de dar entrada al Registro a un documento privado, y constituyen así una excepción al principio de titulación pública. Durante los trabajos parlamentarios de la reforma de la LA de 2011, se debatió la necesidad de protocolizar notarialmente el laudo como requisito para su inscripción, pero finalmente el texto se aprobó sin la mención a esta exigencia de protocolización para lograr la verdadera equiparación con las sentencias en su acceso al Registro⁸⁹.

Una duda que sí puede plantearse aquí es si es necesario que un laudo sea firme para poder acceder al Registro. Con la reforma operada en 2011, la LA dejó de exigir firmeza en el laudo para que este produjera efectos de cosa juzgada, permitiendo que el laudo alcance plena validez legal en el momento en que se promulga. A estos efectos es irrelevante que, potestativamente, se interponga recurso de anulación o revisión frente al laudo, por lo que la parte que pretenda inscribir el laudo en el registro no está obligada a probar que no existen recursos contra esa decisión⁹⁰.

3. Conflicto con la valoración de las aportaciones *in natura*.

Las aportaciones no dinerarias⁹¹, o aportaciones *in natura*, son aquellas que los socios realizan a la sociedad que no consisten en dinero, sino en cualquier otro bien o derecho susceptible de valoración económica. El art. 63 LSC exige que en la escritura de constitución o de ejecución del aumento de capital de una sociedad figure la valoración de los bienes no dinerarios aportados. La correcta valoración de estas aportaciones *in natura* es un asunto que preocupa al legislador, que distingue entre las aportaciones realizadas a una sociedad anónima y a una limitada.

En el caso de la sociedad anónima, la ley exige que las aportaciones no dinerarias sean objeto de valoración por uno o varios expertos independientes con competencia profesional, designados por el Registro Mercantil, que elaboran un informe con expresión de la valoración del bien o derecho y de los criterios seguidos para realizarla, junto con la expresión de las acciones asignadas a ese valor. En las sociedades de responsabilidad limitada, en cambio, no es necesaria esta valoración del experto independiente sino únicamente una descripción de los bienes y derechos con su valoración económica estima-

⁸⁹ OLIVENCIA RUIZ, M., *op. cit.*, pág. 3.

⁹⁰ CEA (Comisión para el estudio del arbitraje societario), *op. cit.*, ptos. 91 y ss.

⁹¹ IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "La fundación de las sociedades de capital" en APARICIO GONZÁLEZ, M. L. (coord.), *op. cit.*, pág. 435 y ss.

da, y el art. 73.1 LSC hace solidariamente responsables de la realidad y de la valoración de estas aportaciones a los fundadores de la sociedad (en el caso de aumento de capital, a las personas que tuvieran la condición de socios en el momento de acordarse el aumento) y a quienes adquieran alguna participación que hubiera sido desembolsada con ellas tanto en la fundación como en el aumento de capital.

Pues bien, así las cosas, son imaginables las numerosas controversias que pueden surgir por una errónea o disconforme valoración de las aportaciones *in natura* frente a los escasos problemas que presentan las aportaciones dinerarias, cuya correlativa participación en el capital tiene un valor nominal incontrovertible. Y la arbitrabilidad de las primeras dependerá del tipo de sociedad de que se trate, por la diferente responsabilidad que recae sobre los socios.

En las sociedades anónimas, se plantea la duda de si un árbitro o un colegio arbitral podrían encargarse de la valoración de las aportaciones *in natura*. Es decir, si el experto independiente del que habla la LSC podría ser o no un árbitro. La respuesta parece que ha de ser negativa, pues la designación del experto no es competencia de los socios, sino del registrador mercantil (arts. 338 y ss. RRM⁹²), con el fin de garantizar una opinión imparcial que no conduzca a la sobrevaloración o infravaloración de los bienes y a un desajuste entre las aportaciones y las acciones que se le atribuyan.

La segunda cuestión que puede plantearse en estas sociedades es la impugnación en vía arbitral del informe del experto cuando sea negativo, es decir, cuando el bien haya sido sobrevalorado y la sociedad le haya atribuido un número de acciones que excedan en más de un 20 % las del informe. Aunque la ley no dice nada, hay doctrina que cree en la posibilidad de que este informe sea impugnado en vía judicial. La vía arbitral, en cambio, no parece aceptable en este supuesto, ya que lo que se pide realmente a la instancia juzgadora es una revisión del informe y, en caso de considerar fundada la petición, el nombramiento de otro experto que realice una nueva valoración. Ambas cuestiones quedan fuera de la facultad dispositiva de las partes y, por tanto, no son arbitrables⁹³.

Situación distinta se da en las sociedades de responsabilidad limitada, precisamente por no existir legalmente ninguna mención a los expertos independientes en la valoración de las aportaciones *in natura* y recaer toda la responsabilidad en los socios. En cuanto a la arbitrabilidad de conflictos relativos a esta responsabilidad, habrá que estar a

⁹² Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

⁹³ CARAZO LIÉBANA, *op. cit.*, pág. 161 y ss.

que, a diferencia de lo que ocurre en las anónimas, en las sociedades de responsabilidad limitada los socios sí puede, de común acuerdo, fijar el valor de tasación de la aportación. Ello es suficiente para llegar a la conclusión opuesta: puesto que las partes pueden disponer de la facultad de valorar las aportaciones, es lógico que sean libres igualmente para decidir que la impugnación de una valoración se realice por vía arbitral en lugar de la judicial.

No debe perderse el matiz de que lo que se permite es la arbitrabilidad de la impugnación cuando, por ejemplo, un socio está disconforme con la valoración que un tercero ha asignado a una aportación *in natura*. Cuestión distinta sería plantearse si un árbitro puede ser la persona que valore la aportación. En este caso, no estaríamos frente a un auténtico arbitraje, por mucho que sea un árbitro el que decida, sino que su función sería de arbitrador, y en lugar de laudo emitiría un dictamen arbitral⁹⁴.

4. Controversias relativas a la interpretación de los estatutos sociales.

Es posible que, a lo largo de la vida de la sociedad, surjan dudas acerca de cómo entender las normas que la rigen, de igual manera que ocurre con el clausulado de un contrato. Puede, incluso, que se descubra en los estatutos alguna laguna que haya que integrar, por una falta de previsión en el momento fundacional. Todos estos supuestos se resuelven a través de la interpretación de los estatutos sociales, fuente, como es natural, de controversias en el seno de la sociedad.

Para estudiar la posibilidad de acudir a la vía arbitral en estos casos, retomaremos el principio de disponibilidad de la materia. Si los estatutos son las normas de autogobierno de la sociedad y derivan de la autonomía de la voluntad de los socios, estos podrán disponer el mecanismo que deseen para resolver sus aspectos oscuros. Por ello, si su contenido genera dudas, no parece que haya nada en contra de encomendar a un árbitro la función de aclarar el clausulado.

De la misma manera ocurre con la integración de lagunas: las partes, en virtud del principio de disposición de la materia, podrían encargar a un tercero árbitro para que cumplimente los estatutos en esa dirección. No obstante, como señala CARAZO LIÉBANA⁹⁵, en estos casos el tercero no ejerce de árbitro sino de *arbitrador*. La distinción de

⁹⁴ CARAZO LIÉBANA, *ibíd.*, pág. 167. A este respecto, *vid.* también *infra* la distinción entre árbitro y arbitrador en el punto IV.4, sobre integración de lagunas de los estatutos sociales.

⁹⁵ CARAZO LIÉBANA, *op. cit.*, pág. 178.

estas figuras es clave porque, por estar ante la figura del arbitrado, el carácter arbitrable o no de la materia deviene irrelevante.

Ciertamente, en el momento en el que la función del tercero es “completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente”⁹⁶, así como la de valorar económicamente un bien (aportaciones *in natura*, participaciones en los supuestos de separación o exclusión como se verá) no se está ante un verdadero arbitraje, pues no existe litigio o controversia alguna (al menos, jurídica) entre dos partes enfrentadas que deba resolverse. En su lugar, se trata de un *arbitrio* o arbitraje impropio⁹⁷, que no está destinado a la solución de un litigio sino a la interpretación, valoración u opinión de un tercero ajeno. El dictamen arbitral emitido en estos casos, por descontado, no tiene eficacia de cosa juzgada⁹⁸. Y este arbitraje impropio está naturalmente permitido, pero no por ello puede decirse que la materia es arbitrable, debido a la ausencia de conflicto.

5. Separación de socios.

En las sociedades de capital, como es sabido, existen ciertos acuerdos de modificación de estatutos que comportan el derecho de los socios disidentes a separarse de la sociedad⁹⁹. La diferencia con el derecho que todo socio tiene a transmitir en cualquier momento sus acciones o participaciones a un tercero reside en que, en el caso que nos ocupa, el socio disidente tiene derecho al reembolso o liquidación del contenido patrimonial de la propia participación por parte de la sociedad, que tendrá que reducir por tanto su cifra de capital. Los acuerdos de modificación de estatutos que dan derecho a esta separación pueden venir previstos legalmente (en el elenco que ofrece el art. 346.1 LSC) o en los propios estatutos sociales, y se trata de un derecho individual del socio y de naturaleza económico-patrimonial, y por ello disponible (art. 6.2 CC).

⁹⁶ En palabras del art. 2 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado.

⁹⁷ La STS de 8 de noviembre de 1985 define la figura del arbitrador, “quien, sin resolver la controversia, en sentido técnico, completa o integra una relación necesitada de aquel complemento”. Y para la SAP de Barcelona de 13 de marzo de 1992, “la identificación en la Ley 36/1988 [LA 1988] de las cuestiones litigiosas como la materia u objeto del consentimiento que da vida al convenio arbitral (...) exige distinguir (...) entre arbitraje y arbitrio (...) pues el árbitro ante un litigio –presente o futuro–, esto es, un conflicto de intereses potencialmente apto para dar lugar a un pronunciamiento judicial, emite un *iudicium in litigio*, mientras que el arbitrador, ante una relación jurídica no litigiosa pero incompleta por la falta de acuerdo total al respecto entre las partes, emite un *iudicium in negotio*, ya para integrarlo, en la fase de formación de éste, ya para su ejecución o cumplimiento”.

⁹⁸ STS de 7 de julio de 1988: “El recurrente no fue designado como árbitro sino que, según se desprende de lo afirmado en el recurso, se le encomendó una función de arbitrador, cuya decisión no sería, en ningún caso, equiparable a una resolución judicial, sino impugnabile por la vía del proceso ordinario.”

⁹⁹ IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La modificación de los estatutos sociales. Aumento y reducción del capital social. Separación y exclusión de los socios” en APARICIO GONZÁLEZ, M. L. (co-ord.), *op. cit.*, pág. 557 y ss.

La disponibilidad de este derecho, que puede configurarse o incluso ser objeto de renuncia, es suficiente para que la doctrina se posiciona a favor de su arbitrabilidad. Además, los intereses de terceros acreedores, que pueden ver su garantía afectada con la reducción, encuentran una protección suficiente en los arts. 331 y ss. para las sociedades de responsabilidad limitada (responsabilidad personal de los socios beneficiados por la restitución) y en los arts. 334 y ss. para las anónimas (derecho de oposición).

El carácter disponible de la materia y la protección suficiente de los acreedores hacen posible la arbitrabilidad de las controversias surgidas. Debe señalarse que, aunque la ley exige el consentimiento unánime de todos los socios para la inclusión, modificación o supresión de las causas de separación (art. 347.2 LSC), no parece que se necesite para elegir la forma de hacerla efectiva: judicial o arbitralmente¹⁰⁰.

6. Exclusión de socios.

Contrapunto al derecho de separación es el derecho de exclusión de socios: mientras que el anterior constituía un instrumento de defensa para los socios minoritarios, este busca proteger el interés de la mayoría frente a la conducta de determinados socios que incumplan sus obligaciones derivadas de su pertenencia a la sociedad de capital¹⁰¹. Para las sociedades de responsabilidad limitada, la LSC ofrece un elenco de causas legales de exclusión que no propone para la anónima, pero nuevamente tanto en la limitada como en la anónima se pueden prever otras causas a través de los estatutos, para lo que se requerirá unanimidad.

En cuanto a la arbitrabilidad de los litigios surgidos por la exclusión de socios, como ocurría en la separación, nada hace dudar de la disponibilidad de la materia desde el momento en el que, en virtud de la libertad de pactos, se permiten incluir causas de exclusión en los estatutos de ambos tipos de sociedad. Anteriormente a la LSC se planteaban ciertas dudas, ya que la exclusión de socios aparecía regulada únicamente en la LSRL, pero no para las anónimas. No obstante, ya entonces la doctrina entendía, recurriendo a la aplicación analógica, que el legislador no quería distintas consecuencias jurídicas en un tipo societario u otro, y que por tanto la materia era igualmente disponible y arbitrable. Hoy en día, con la LSC, no se plantea ya ese problema, por lo que la

¹⁰⁰ Así lo cree CARAZO LIÉBANA, *op. cit.*, pág. 196.

¹⁰¹ IGLESIAS PRADA, J. L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La modificación...” en APARICIO GONZÁLEZ, M. L. (coord.), *op. cit.*, pág. 560 y ss.

arbitrabilidad se predica en iguales términos para las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada.

Ahora bien, ¿cómo encajar el arbitraje en un procedimiento de exclusión? Por descontado, cualquier impugnación por el socio excluido del acuerdo de su exclusión precisará de un juez o, en su caso, un árbitro que dirima el conflicto. Pero no es este el único supuesto donde se hace necesaria la presencia de un juez o un árbitro. Como es sabido, la vía para hacer efectiva la exclusión viene definida en el art. 352 LSC y su carácter según el tenor del precepto es extrajudicial, esto es, ajeno a toda jurisdicción: la exclusión requiere el acuerdo de la Junta General. Por tanto, no cabe aquí sustituir la figura de la Junta General por un árbitro o un colegio arbitral, pues los árbitros sustituyen a los tribunales de justicia, nunca a los órganos sociales¹⁰². No obstante, la función del árbitro llega donde se precisan resoluciones judiciales: al árbitro podrá pedírsele la resolución necesaria en la exclusión de un socio disconforme con el acuerdo de exclusión si su participación es superior al 25 % del capital social (art. 352.2 LSC), así como la resolución de la exclusión de cualquier socio que no se hubiera hecho efectiva en el plazo de un mes desde el acuerdo, si lo solicita cualquier socio según el art. 352.3 LSC.

A este respecto parece totalmente factible que se prevea en los estatutos que sea un árbitro quien decida sobre la existencia de la causa de exclusión tanto en el seno de una impugnación como en el caso de los socios con participación superior al 25 %. De igual modo, el árbitro podrá pronunciarse si así lo pide cualquier socio en los supuestos de exclusiones que no se hagan efectivas en el plazo de un mes.

7. Liquidación de la participación de socios separados o excluidos.

En los dos casos anteriores, tanto en la separación como en la exclusión, el socio saliente tiene derecho a recuperar el valor de su participación junto con los beneficios no repartidos, sometiendo a la sociedad de capital a una especie de liquidación parcial. La LSC regula, a partir de su art. 353, cómo se determina la cuota de liquidación del socio excluido o separado. De su redacción, se extraen tres posibilidades:

- En primer lugar, cabe que el socio y la sociedad acuerden el valor de las participaciones, con plena libertad. En estos casos no se plantea conflicto alguno.

¹⁰² CARAZO LIÉBANA, *op. cit.*, pág. 202.

- En segundo lugar, a falta de acuerdo en la valoración, la ley propone la designación, consensuada entre socio y sociedad, de una persona o personas que se encarguen de esa valoración.
- Finalmente, si tampoco se llega a un acuerdo en ese extremo, será un auditor de cuentas distinto al de la sociedad el que las valore.

Como puede verse, tanto en la segunda como en la tercera opción, lo que se está haciendo es recurrir a un tercero ajeno a la sociedad para que resuelva el problema que se plantea en la valoración de las participaciones. De modo que, tal vez, podría considerarse la posibilidad de proponer a un árbitro para que lleve a cabo esta labor. No obstante, estaríamos errando si consideramos que ese tercero pueda revestir una figura arbitral porque, tal y como ocurría en la valoración de las aportaciones *in natura*, estaríamos ante un arbitrador cuya función es fijar el valor económico de un bien (las participaciones) a través de la emisión de un dictamen arbitral¹⁰³. Nuevamente, al no existir conflicto jurídico, es perfectamente viable un arbitraje impropio¹⁰⁴, pero no por ello podrá decirse que la materia es arbitrable ya que el árbitro no actúa como tal.

8. Disolución y liquidación de sociedades.

Las sociedades de capital pueden disolverse por diversas razones. Puede ser disuelta de pleno derecho o automáticamente, puede disolverse por una causa prevista legal o estatutariamente, o puede que la disolución se decida por acuerdo de la Junta General por un mero acuerdo.

En cuanto a la arbitrabilidad de esta cuestión, se plantean dos cuestiones o supuestos. El primero de ellos, empezando por el final, es que la Junta General acuerde, conforme al art. 368 LSC, la disolución de la sociedad sin la existencia de una causa legal, simplemente por la voluntad social a través de un acuerdo social. Sería natural que existiera algún socio disconforme con este acuerdo y que buscara la manera de impugnarlo. La duda reside en si esta impugnación puede hacerse por vía arbitral. No se trata de que el árbitro decida la disolución de la sociedad, sino que, en un momento posterior al acuerdo, entre a resolver el conflicto que genera la impugnación del acuerdo social. La res-

¹⁰³ Sobre este tema, tal y como se señalaba en la nota al pie 94, *vid.* la distinción entre árbitro y arbitrador en el punto IV.4, sobre integración de lagunas de los estatutos sociales.

¹⁰⁴ SAP Madrid de 24 de septiembre de 2002: “Sin la evaluación de las acciones, y consiguiente condena a la sociedad anónima al pago de las cuantías a que ascienda esa evaluación a favor del socio que se separa, la cuestión litigiosa sometida a arbitraje requiere por parte de los árbitros la evaluación de las acciones a reembolsar por la sociedad anónima y al hacerlo así los árbitros han resuelto sobre un punto sometido a su decisión (el derecho de separación en su totalidad)”.

puesta la da, como ya se ha estudiado en el punto IV.2, el nuevo art. 11 *bis*.3 LA. No nos detendremos más en este punto, pues ya ha sido analizado; únicamente debe recordarse la exigencia de que el arbitraje de este tipo de controversias ha de conocerlo a una institución arbitral.

El segundo supuesto es aquel en el que, concurriendo causa legal de disolución, la Junta General no adopta el oportuno acuerdo o el que adopta es contrario a la disolución, y es el juez de lo mercantil quien subsidiariamente debe hacerlo a petición de cualquier interesado, a través del art. 366 LSC. La pregunta aquí sería si es posible que, en sustitución de la jurisdicción mercantil, sea un árbitro o colegio arbitral quien acordara la disolución de la sociedad. Según la doctrina, el objetivo de la norma es la disolución cuando se produce una serie de supuestos, “y ese objetivo se cumple tanto si la disolución es declarada judicialmente como si lo es mediante laudo”¹⁰⁵. Aunque esto no sucederá cuando la disolución no revista carácter litigioso. Por lo general, si la Junta adopta un acuerdo que refleja una voluntad social contraria a la disolución, concurriendo causa para ella, no cabe duda de que existe un conflicto y habrá que someterlo a un procedimiento judicial ordinario o a uno arbitral. No obstante, cuando la actuación de la Junta es simplemente pasiva y no adopta un acuerdo al efecto, deberá optarse por el cauce de la jurisdicción voluntaria por motivos de economía procesal. Y si la disolución transcurre por estos derroteros, tendrá que considerarse excluido *de facto* el recurso al arbitraje por no existir conflicto alguno.

Por todo ello, será arbitrable la impugnación por un socio disconforme de un acuerdo de disolución así como la impugnación del acuerdo contrario a la disolución cuando existe causa legal para disolver. Las demás vicisitudes no tienen carácter arbitrable por la ausencia de controversia.

V. CONCLUSIONES. FUTURO DEL ARBITRAJE.

Como ha quedado patente, el arbitraje en el seno de las sociedades de capital tiene un campo de aplicación muy vasto, en el sentido de que la gran mayoría de conflictos, con salvedades, son susceptibles de ser sometidos a este mecanismo de resolución de conflictos. El criterio, como se ha señalado de manera reiterada, no es otro que el de la dis-

¹⁰⁵ CARAZO LIÉBANA, *op. cit.*, pág. 211.

ponibilidad de la materia y, por supuesto, el de la existencia de un conflicto real. A partir de aquí, es difícil generalizar más, pues cada conflicto merece un estudio pormenorizado antes de poder aventurar una calificación sobre su arbitrabilidad, y este trabajo buscaba clarificar mínimamente algunos de ellos.

En este punto, debemos preguntarnos sobre el despegue que está experimentando la figura del arbitraje societario y su todavía reticente aceptación en nuestra cultura jurídica. Es decir, cuáles son los problemas que todavía deben resolverse para hacer del arbitraje societario una vía equiparable a la jurisdicción ordinaria, con sus mismas garantías. En primer lugar, entiendo que existe un problema de base en torno a la legislación arbitral. No es necesario un mayor respaldo legislativo, pues a la vista está que este existe. No obstante, la actual legislación del arbitraje adolece de una enorme imprecisión en determinados aspectos, una reiteración o innecesaria especificación en otros, y en ocasiones un difícil encaje con el resto de la normativa societaria, que establece especificaciones muy diversas según el tipo de sociedad de que se trate, convirtiendo la unificación del arbitraje en prácticamente una utopía.

El Banco Central Europeo, así como el Fondo Monetario Internacional, han dirigido sendas recomendaciones a España por las que “uno de los problemas que ha de solucionar nuestro país para afianzar la salida de la crisis (es) el exceso de ‘jurisdiccionalización’ de los conflictos de carácter económico; recomendando impulsar con decisión los sistemas de solución jurisdiccional”¹⁰⁶. Se trata de un problema no ya legislativo, ni histórico como se ha visto detalladamente. En mi opinión, la falta de arraigo del arbitraje societario, aplicable igualmente al arbitraje con carácter general, es consecuencia de una cultura extraordinariamente litigante en la sociedad española. En un país donde los procesos judiciales entre particulares están tan extendidos, con sus interposiciones de demandas o de querellas y, por qué no decirlo, la bravuconería con que se amenaza al contrario del inicio de actuaciones procesales, es claramente complicado intentar que las controversias vayan a ser resueltas por una vía menos conocida, confidencial y con un carácter mucho más amistoso que la jurisdicción estatal.

En este punto, y para cerrar el estudio del arbitraje en las sociedades con una referencia a su futuro, es de obligada mención el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, al que ya nos hemos referido, pues recoge menciones al arbitraje que los anteriores Códigos de Comercio no hacían. A este respecto, el precepto reservado al arbitraje estatuta-

¹⁰⁶ CARRASCOSA, J.M., *op. cit.*, pág. 48.

rio (art. 213-20) presenta pocas novedades con respecto al art. 11 *bis* LA, por lo que podría criticarse su reiteración. No obstante, la gran novedad es que se excluye la posibilidad de que las sociedades cotizadas puedan incluir convenios arbitrales en sus estatutos sociales, recogiendo así las peticiones de ciertas voces críticas que así lo solicitaban e imitando la tendencia del Derecho italiano a excluir las cotizadas por su carácter eminentemente abierto y de afectación a accionistas particulares. No faltan ya posturas encontradas con esta opción legislativa, que aconsejan una meditación pausada en la tramitación parlamentaria del nuevo Código, por entender que el hecho de que las sociedades de capital sean apartadas del arbitraje “puede suponer que perdamos el tren de esta figura jurídica, que tiene un porvenir enorme en una sociedad globalizada como la actual”¹⁰⁷. Menciona el nuevo precepto, igualmente, a las sociedades personalistas, de las que no se ha hablado en este trabajo, y condiciona la aprobación de una cláusula de sumisión a arbitraje en estas sociedades a la unanimidad de los socios. Por lo demás, el resto del contenido venía ya dado en el art. 11 *bis* LA, si bien ahora se precisarán, de manera innecesaria pero clarificadora, algunas de las controversias arbitrales.

Finalmente, otra novedad que ya hemos adelantado en el trabajo y que merece cierta atención viene dada por el art. 271-5 del Anteproyecto. En él se relacionan las causas específicas de separación en sociedades de capital, y uno de los acuerdos que permiten al socio disconforme la separación de la sociedad es, precisamente, “la introducción en los estatutos sociales de cláusulas de sumisión a arbitraje de las controversias o conflictos de naturaleza societaria”.

¹⁰⁷ CARRASCOSA, J.M., *op. cit.*, pág. 50.

BIBLIOGRAFÍA

BAENA BAENA, P. J., “La resolución arbitral de controversias en materia de Derecho de Sociedades”, *Revista Mediara*, nº 2 [en línea], junio 2013. [Última consulta: 27 de enero de 2015]. Disponible en web: <http://www.revistamediara.es/contenidos/articulos/0/61-1.pdf>.

BOTANA AGRA, M. J., “Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas”, *Derecho de los Negocios*, nº 101, enero 1999.

CARAZO LIÉBANA, M. J., *El arbitraje societario*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

CARRASCOSA, J.M., “Arbitraje Societario: proyección de futuro”, *Escritura Pública*, nº 87, mayo-junio 2014, págs. 48-51.

CLUB ESPAÑOL DE ARBITRAJE (COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DEL ARBITRAJE SOCIETARIO), *Informe sobre el arbitraje societario en España*. Madrid: 2013.

CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

DOMINGO OSLÉ, R., *Elementos de Derecho romano*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2009.

GALÁN LORDA, M., *Apuntes de Historia del Derecho*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2010.

IGLESIAS PRADA, J. L., y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La fundación de las sociedades de capital” en APARICIO GONZÁLEZ, M. L. (coord.), MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J., (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil, Vol. 1*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, págs. 421-442.

—“La modificación de los estatutos sociales. Aumento y reducción del capital social. Separación y exclusión de los socios” en APARICIO GONZÁLEZ, M. L. (coord.), MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J., (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil, Vol. 1*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, págs. 537-561.

MERINO MERCHÁN, J. F., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013.

OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje: una justicia alternativa (Una visión histórica de la nueva ley)*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006.

— “Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles” [en línea], pág. 2. [Última consulta: 27 de enero de 2015]. Disponible en web:

http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/anulacion_por_laudo_de_acuerdos_societarios_inscribibles_articulo_11_ter_%28capitulo_de_libro%29_91.pdf.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “Las sociedades mercantiles” en APARICIO GONZÁLEZ, M. L. (coord.), MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J., (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil, Vol. 1*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “El arbitraje societario” en DE MARTÍN MUÑOZ, A., y HIERRO ANIBARRO, S., (coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

PÉREZ MORIONES, A., “El arbitraje societario estatutario: Reiteraciones, deficiencias e insuficiencias del artículo 11 bis de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje” en PÉREZ MORIONES, A., RIAÑO BRUN, I., y MESTROT, M. (coords.), *El arbitraje: Una nueva perspectiva desde el Derecho español y el Derecho francés*, La Ley, Madrid, octubre 2013, págs. 175-225.

RICHARD GONZÁLEZ, M., “El Tribunal Arbitral (tras la reforma de la Ley de Arbitraje, Ley 11/2011)” en PÉREZ MORIONES, A., RIAÑO BRUN, I., y MESTROT, M. (coords.), *El arbitraje: Una nueva perspectiva desde el Derecho español y el Derecho francés*, La Ley, Madrid, octubre 2013, págs. 277-316.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.