

Arbitraje y sociedades mercantiles

José María Muñoz Paredes

Catedrático de Derecho Mercantil

Ilmo. Sr. Presidente

Muy ilustres Sras. y Sres. Académicos

Apreciados compañeros,

Sras. y Sres.

Hay momentos en la vida en los que sobran las palabras y otros, menos frecuentes, en los que te quedan escasas. Este de hoy se cuenta entre los segundos. Quienes me conocen saben que, salvo en el círculo de mi extraordinaria familia, no soy persona especialmente efusiva, pero no les miento hoy si les digo, que me apetecería dejar aquí el atril y bajar de esta tarima a darles la mano o un abrazo para expresarles más allá de la palabra mi agradecimiento. A los académicos, por haber visto en mí méritos suficientes para este ingreso; a los más cercanos por su apoyo continuado, sin el que no habría alcanzado meta alguna, y a tantos compañeros y amigos por acudir hoy a arroparme. A todos mis más sinceras gracias. Esa gratitud es muy señalada en el caso del Prof. Punset, por haber impulsado mi candidatura en su día y haber aceptado contestarme hoy, lo que para mí representa, por su valía intelectual y sobre todo humana, de la que tantas veces he sido testigo, un verdadero honor.

Mi primer contacto con esta institución fue muy temprano. Debía de tener yo diez años y la ocasión, no tengo certeza por lo que luego diré, el discurso de ingreso de mi padre, el prof. José María Muñoz Planas. Sí recuerdo vivamente que vinimos, con mi madre, mi hermana María Luisa y yo, y como la sala del vecino Palacio de Valdecarzana, donde tanto años tuvo sede el Colegio, estaba repleta pese a que llegamos pronto, uno de los oficiales del Colegio, supongo

que sería Justo, siempre tan atento con nosotros, me puso una silla en medio del pasillo central, a la altura del banco donde estaba el resto de la familia. No sé cuánto tiempo tardé en cerrar los ojos, pero debió de ser muy pronto, porque mis recuerdos terminan ahí; pasé la conferencia durmiendo plácidamente frente por frente de la mesa presidencial. Mi padre, comprensivo, no me dijo nada. Espero no causar ese efecto en Udes. y, si lo hago, ya saben de antemano que están disculpados.

Cumpliendo la tradición y mis propios sentimientos, he de referirme al Prof. Fabio Suárez Montes, titular de la medalla que se me asigna y con quien, en su condición actual de académico emérito, espero compartirla muchos años. La aportación científica y universitaria del Prof. Suárez Montes es tan amplia que glosarla ocuparía todo el tiempo del que dispongo, pero creo que basta con referir tres datos para dar cuenta de ella: la escuela que creó con sus discípulos; los estudios de criminología de nuestra Facultad y el libro homenaje que le dedicaron sus colegas.

El tiempo transcurrido desde mi elección hasta este acto se debe, fundamentalmente, a mi propia indecisión respecto del tema del que había de ocuparme, pues quería que, además de los requisitos propios de un discurso de ingreso, cumpliera con dos condiciones.

En primer lugar, debía abordar una temática que fuera académica en sentido propio, como corresponde a quien es Catedrático de Derecho mercantil. Pero no se les oculta que, aunque ingrese hoy dentro del cupo de los profesores universitarios y profesionalmente me considere antes profesor que abogado, hace ya más de quince años que tengo la fortuna de ejercer la abogacía en el despacho que fundara otro Catedrático de Derecho mercantil, el prof. Joaquín Garrigues. Debía, pues, buscar un tema de investigación jurídica que, además, abordara una cuestión de la práctica forense.

Junto a esas condiciones objetivas, había otra más personal. El tema debía necesariamente estar vinculado a mi padre y maestro, al que debo, junto a mi madre, gran parte de lo que soy, tanto en lo personal como en lo profesional, pero por encima de todo, por el papel que jugó en la creación y primeros años

de esta Academia, hasta que, por razones que ya no vienen al caso, decidió dimitir de sus cargos.

El arbitraje societario cumple con todas ellas. Además de ser, como veremos, objeto de numerosas cuestiones controvertidas, en la doctrina y la jurisprudencia, no solo españolas, está ligado también a la práctica forense en general y a la mía en particular, muy centrada en procesos arbitrales de distinta índole, y está también íntimamente ligado al prof. Muñoz Planas, pues a él se debe el estudio más completo sobre la materia, decisivo además para su resurgimiento, publicado en el Homenaje al profesor Rodrigo Uría en 1978, al que siguieron luego otras aportaciones suyas¹. Vamos, pues, a profundizar un poco en él.

¹ MUÑOZ PLANAS: «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 379 a 495.

1. Un poco de historia

Es bien conocida la tendencia que en los últimos años se ha dado en favor del arbitraje y lo que, tomando una vez más la terminología anglosajona, se vienen denominando ADR o Alternativas para la Resolución de Conflictos. La mediación y el arbitraje están de moda desde hace unos años, con menos éxito quizá del que cabría augurarles, aunque siguen creciendo en el ámbito empresarial. Ninguna de esas instituciones tiene nada de novedoso. Los amigables componedores están presentes en nuestro derecho desde antiguo y así siguen denominándose en otros países más respetuosos con nuestra propia tradición jurídica que nosotros mismos. Y respecto del arbitraje, todavía hay quien se sorprende al oír que fue, como todos Udes. saben, la fórmula tradicional, hasta fechas muy recientes para resolver los conflictos mercantiles y, como no, los societarios.

La justicia arbitral está unida, en efecto, al nacimiento del Derecho mercantil, cuyas primeras manifestaciones escritas no son más que recopilaciones de las decisiones que, en los distintos conflictos, adoptaban los *probi viri* de los consulados de comerciantes. Tras una larga fase en la que el arbitraje se mantuvo como voluntario (“Los jueces de albedrío non pueden ser puestos si non por avenencia de ambas las partes”²), las Ordenanzas de Bilbao de 1737 establecieron su carácter forzoso en el ámbito societario, pues obligaban a incluir la cláusula arbitral en los estatutos de las sociedades mercantiles, para evitar –en esto han cambiado poco las cosas- «pleitos largos y costosos, capaces de arruinar a todos». Por ello los socios habían de «capitular y poner en cláusula en la escritura» la obligación de «someter al juicio de dos o más personas prácticas las dudas y diferencias que durante la compañía y a su fin se les pueda ofrecer».

Con ese mismo carácter lo encontramos en el Código de comercio de 1829³ y en la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830⁴,

² Ley 2, título 4, Partida 3.

³ Art. 323: “Toda diferencia entre los socios se decidirá por jueces árbitros, háyase ó no estipulado así en el contrato de sociedad”. El art. 286 incluía la cláusula arbitral, no obstante, como contenido obligatorio de la escritura: “La escritura debe espresar

y así se mantuvo, con algunas sombras, hasta el Código vigente, que siguiendo el ejemplo francés, marcadamente liberalista, eliminó la imposición arbitral, aunque en la práctica siguió siendo una constante, de acuerdo a la doctrina de la época.

Aunque no tengo datos ciertos, creo que no me equivoco si afirmo que, en la actualidad, la inclusión de la cláusula arbitral en los estatutos sigue siendo frecuente, pero no es la opción mayoritaria. Cuando el prof. Muñoz Planas publicó su trabajo ya referido en el Libro Homenaje al prof. Uría, en 1978, se tomó la molestia de revisar todas las escrituras de sociedades mercantiles inscritas en el Registro Mercantil de Asturias, tarea que entonces debió ser ardua y que hoy, con más de 1000 nuevas sociedades al año, resultaría imposible y probablemente tampoco nos daría una imagen extrapolable al resto de España, en la que apenas representamos un 1% del total de constituciones. Sin embargo, como decía, a la vista de los modelos oficiales publicados para las sociedades exprés, de los habitualmente usados por numerosas notarías, y por todos los que han ido pasando por mis manos, puedo concluir que, hoy por hoy, la sumisión estatutaria a arbitraje es menos frecuente que en el pasado, aunque sigue teniendo una difusión notable.

Hay algunas razones de orden legal que lo explican, y a ellas me referiré a lo largo de mi exposición, pero me atrevo a afirmar que, en la mayoría de los casos, los fundadores de una sociedad ni se plantean la conveniencia o no de someterse a arbitraje, al igual que apenas se plantean ninguna otra cuestión relativa al contenido estatutario, más allá de la denominación, el domicilio y el órgano de administración. Es llamativo, como ya dije en algún otro lugar, cómo un contrato de tanta trascendencia como los estatutos sociales, que es de los pocos que nace, además, con vocación indefinida, pues no se constituyen sociedades de duración definida, apenas recibe atención de quienes lo suscriben, que suelen acudir a formularios de escasa utilidad, más allá de cumplir el trámite, y que se muestran inútiles a la primera prueba a la que se les someta.

necesariamente: la sumisión á juicio de árbitros en caso de diferencias entre los socios, espresando el modo de nombrarlos”.

⁴ Art. 255: “El compromiso es forzado para dirimir las diferencias entre socios...”

Sea o no cierta esa creencia mía, lo que no puede dudarse es que la sumisión a arbitraje continúa apareciendo en los estatutos de muchas sociedades de las que llamamos cerradas, y que su incorporación resulta muy ventajosa, pero pese a su veteranía sigue planteando problemas, a alguno de los cuales me voy a dedicar seguidamente.

2. Validez de la cláusula estatutaria de arbitraje y alcance subjetivo de la misma

La primera cuestión que dificultó, tras la Ley de Arbitraje de 1953, la difusión del arbitraje societario fue la distinción que aquella introdujo entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, lo que hizo perder fuerza al pacto estatutario y suscitar dudas de si resultaba vinculante para socios futuros o quienes no lo fueran, como es el caso de los administradores. Superada incluso aquella distinción por la Ley de arbitraje de 1988, todavía hubo quienes consideraron que *una cláusula así no constituye técnicamente un convenio arbitral, sino simplemente una norma estatutaria que obliga, a quienes tienen que someterse a los estatutos, a resolver las cuestiones societarias a través del arbitraje, pero esta cláusula arbitral no dispensa de celebrar y formalizar el “convenio arbitral” como pieza distinta de aquélla*, entendiendo, en definitiva, que los estatutos no expresaban la voluntad de los socios, sin perjuicio de que les obligara a otorgarla⁵. Se basaban, en definitiva, en una interpretación literal y aislada de la obligación, todavía presente en la Ley, de que el convenio debía estar suscrito por las partes⁶.

Era esta una posición que no podía compartirse⁷, pues los estatutos forman parte de la escritura y como tal se acepta por los socios fundadores y rige, también, para quienes adquieran esa condición luego. En este sentido se

⁵ El más autorizado, BOTANA AGRA: «Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas», en *Derecho de los Negocios*, 1999 (enero), pp. 9 a 20.

⁶ Art. 9, 3 de la Ley de arbitraje: El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

⁷ Véase ya la crítica formulada en MUÑOZ PLANAS / MUÑOZ PAREDES: “La impugnación de acuerdos de la Junta general mediante arbitraje”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 238 (octubre-diciembre 2000), pp. 1411 a 1478 y en *Estudios en homenaje al Prof. Fernando Sánchez Calero*, Madrid (Mc Graw-Hill), 2002, II, pp. 1977 a 2029.

pronunció ya hace años la Dirección General de los Registros y el Notariado en su conocida Resolución de 18 de febrero de 1998, cuyo razonamiento fue asumido por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 18 de abril de 1998⁸: si [el convenio arbitral] 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”.

Lo mismo ocurre con los administradores sociales: en tanto que son órganos sociales, todos ellos están obligados por los estatutos, también en este punto, pues con la aceptación del cargo, imperativa para que surta eficacia, asumen naturalmente el contenido de los estatutos sociales, que la propia Ley, al enunciar el primero de sus deberes, obliga a respetar⁹.

La validez y eficacia de la cláusula arbitral contenida en los estatutos frente a todos los socios, la sociedad y sus órganos está hoy fuera de toda duda. A nivel legal la confirmó primero la Ley de Sociedades Profesionales¹⁰, el Reglamento del Registro Mercantil¹¹ y por último la Ley de arbitraje tras la reforma de 2011, cuyo artículo 11 bis ratifica su virtualidad, aun cuando la redacción de dicho precepto sea francamente mejorable.

No obstante, aún queda cuestiones abiertas acerca del alcance que tienen estas cláusulas, que voy a tratar brevemente.

⁸ Seguida luego por las de 30 de noviembre de 2001 y 15 de septiembre de 2004.

⁹ Art. 225, 1 TRLSC.

¹⁰ En su artículo 18: “Cláusula de arbitraje. El contrato social podrá establecer que las controversias derivadas del mismo que surjan entre los socios, entre socios y administradores, y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, sean sometidas a arbitraje, de acuerdo con las normas reguladoras de la institución.” Del mismo me ocupé, con el prof. Muñoz Planas en “El arbitraje en las sociedades profesionales”, en *Estudios de derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés, Civitas, Pamplona, 2010, pp.991-1001.*

¹¹ Arts. 114, 2 c) y 175 2 c) RRM. Podrán constar las siguientes cláusulas estatutarias: c) El pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos.

Una de ellas es qué ocurre con los ex-socios, por ejemplo, si surge una controversia sobre su exclusión o separación. ¿Siguen estando vinculados? A mi juicio, siendo una controversia societaria, su vinculación se mantiene, aunque hayan dejado de ser socios¹².

En el ámbito de los órganos de administración, cuando la cláusula engloba a los administradores hay que entender que se extiende también a las personas físicas representantes del administrador persona jurídica, pues sobre ellas recaen también los deberes de los administradores y el cumplimiento de los estatutos sociales. La extensión a dichos representantes de la eventual responsabilidad por una actuación negligente, tras la reforma de 2014, confirma la posición expuesta.

Más problemas surgen cuando la cláusula relativa no menciona expresamente a los administradores y se refiere tan solo a los litigios o conflictos entre socios o de éstos con la sociedad. No podemos tener dudas de la sumisión de los administradores cuando en ellos concurre a la vez la condición de socio, pues la sumisión es personal, con independencia de la condición –socio o administrador- por la que sean llamados al proceso.

Si los administradores son terceros no socios y como tales ajenos a la estipulación relativa, cabe cuestionar si ésta les afecta o no llegado el caso. A nuestro juicio, si la cláusula arbitral incluye expresamente a los administradores, la respuesta debe ser afirmativa porque, como hemos dicho, en la aceptación del cargo por el administrador hay que entender implícita la aceptación de los estatutos sociales que le vinculan en toda su dimensión, tanto por lo que se refiere al desarrollo general de la vida corporativa, como a la solución arbitral de los conflictos que puedan producirse a lo largo de la misma, incluidos naturalmente, aquéllos en los que él mismo pueda verse implicado, e incluidas las acciones de responsabilidad. Por el contrario, si la cláusula estatutaria se refiere únicamente a los litigios entre socios, y los

¹² En el Derecho italiano, la Ley lo admite expresamente incluso respecto de aquéllos cuya condición de socio es objeto de discusión. Art. 34, 3 del Decreto Legislativo 5 de 17 de enero de 2003, que dice: “3. La clausola e' vincolante per la societa' e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualita' di socio e' oggetto della controversia.”

administradores no tienen tal condición, habrá que considerarles excluidos de su ámbito de aplicación.

La mención expresa a los administradores debe entenderse que incluye a los liquidadores, aunque no concurra en ellos la condición de socio, dada la similitud de su estatuto y resulta, a mi juicio, incuestionable cuando entra en juego la norma que, acordada la disolución, convierte en liquidadores a quienes vinieran siendo administradores. No obstante, en evitación de dudas resulta aconsejable incluirlos expresamente. También hay que entender comprendidos en esa mención a los administradores “de hecho”, pues aunque no exista, en su caso, una aceptación formal, debe entenderse, por aplicación del artículo 6.4 del Código civil, que su actuación como tales les somete al estatuto propio de los administradores en toda su amplitud.

La vinculación de los administradores y liquidadores se mantendrá también una vez hayan cesado en el cargo, por lo que las eventuales acciones contra ellos habrán de solventarse mediante arbitraje¹³.

¿Qué ocurre respecto de terceros, como pueden ser, por ejemplo los acreedores perjudicados por una actuación negligente de los administradores, o los herederos de un socio que no han llegado a serlo por haber ejercitado el resto el derecho de adquisición preferente previsto en los estatutos para esos casos, o adquirentes de acciones o participaciones en infracción de las normas estatutarias que regulan su circulación¹⁴, y ello aunque la cláusula lo previese expresamente? Por mucho que esos conflictos puedan calificarse como societarios, lo relevante no es el objeto, si no las partes, y estos terceros no se hallan sometidos a los estatutos sociales ni, por tanto, quedan sometidos a la cláusula arbitral, sin perjuicio de su derecho a aceptar el arbitraje llegado el caso. No sobra decir que, si ocurriera, la Sociedad, los socios o administradores tendrían también que aceptarlo nuevamente, porque las cláusulas al uso se limitan a las controversias entre la sociedad, los socios y los administradores o liquidadores en el mejor de los casos, pero no suelen

¹³ El Proyecto de Código Mercantil (Artículo 213-20) va en esa línea al extender el convenio a “los administradores o liquidadores o contra quienes hubieran ostentado cualquiera de estas condiciones”

¹⁴ Vid. SAP Vizcaya, Sec. 4ª, de 12 de enero de 2002.

contemplar los litigios frente a terceros, que habrían también de ser consentidos por su parte.

3. La introducción posterior de la cláusula de arbitraje

La reforma de la Ley de Arbitraje abordó también otro tema polémico, como es el de la introducción de dicho pacto, no en el momento inicial, al que concurren todos los socios, sino posteriormente, por medio de una modificación estatutaria que, como saben, tan solo precisa de un acuerdo mayoritario, más o menos reforzado.

La mayoría de la doctrina, entre los que me cuento, venía sosteniendo que para que esa modificación fuera posible, hacía falta acuerdo unánime o, lo que es lo mismo, el consentimiento de todos los socios, al igual que ocurre, por ejemplo, con la introducción en los estatutos de prestaciones accesorias o, en general, de aquellas modificaciones que impongan nuevas obligaciones para los socios o que, en sede de sociedades de responsabilidad limitada, afecten a sus derechos individuales¹⁵. En todos esos casos, el acuerdo relativo “deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados”. La fundamentación de esa postura se halla, naturalmente, en el derecho a la tutela judicial, del que habría de disponer cada socio. Todos ellos aceptan, bien al constituir la sociedad, bien al adquirir las participaciones o acciones, el contenido de los estatutos, como están. Lo mismo ocurre con los administradores y liquidadores cuando aceptan el cargo, lo que lleva implícito también el sometimiento a los estatutos sociales, por mandato legal.

¹⁵ Ya MUÑOZ PLANAS: «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 379 a 495, en part. 430 y sigs. E. POLO, “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, en *Tribunal Arbitral de Barcelona, Seminario sobre Arbitraje en las Sociedades mercantiles*, nº 4, Barcelona, 1992, pp. 64-100; VICENT CHULIÀ: *Compendio de Derecho Mercantil*, I-1º, 3ª ed., Barcelona 1991, págs. 616 y sigs. GÓMEZ PORRÚA: “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Sánchez Calero*, vol. II, Madrid, 2002, págs. 1925 a 1975. OLIVENCIA es quien con más fuerza ha mantenido esa posición tras la reforma de la Ley de arbitraje. Entre otros, véase su trabajo: “La cláusula de arbitraje introducida por vía de modificación de los estatutos sociales”, en *Actas XI Congreso Asociación Sainz de Andino. Homenaje al Prof. Juan Manuel Gómez Porrúa*, Madrid, 2012, págs. 11 a 20, *passim*, con más referencias de sus numerosas publicaciones.

Sin embargo, la Ley, separándose de lo que figuraba en el Proyecto¹⁶, optó por admitir la posibilidad de introducirla por mayoría, sin distinguir entre anónimas y limitadas:

2. 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.

A mi juicio, esta opción del legislador, hecha en un momento como el actual, en el que vivimos un fortalecimiento de la posición de las minorías, no es acertada, ni está en consonancia con el resto de nuestro ordenamiento, hasta el punto de que hemos de considerar que estamos ante una norma inconstitucional, pues cercena un derecho fundamental como es el de tutela judicial¹⁷. Por mucho que queramos favorecer el arbitraje, la vía no puede ser imponerlo a quien no lo desea. Sin salir del propio marco de la legislación arbitral, es claro que el derecho a acudir a los tribunales o someter una contienda a arbitraje es un derecho individual, y como tal ha de ser consentido por todos los socios, bien al tiempo de fundarse la Sociedad, bien posteriormente, al aceptar los estatutos de una u otra forma, y así está configurado en la Ley de arbitraje, que no admite ninguna suerte de derecho de arrastre en la sumisión a arbitraje. El artículo 9 de esta Ley es inequívoco: “El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente,

¹⁶ La génesis del precepto revela, cuando menos, cierta improvisación. De la unanimidad se pasó (Texto de la Ponencia) a la mayoría reforzada, pero referida a las limitadas, pues reenviaba al art. 199, b del TRLSC, lo que corrigió en parte la Comisión del Congreso, aunque volviendo a caer en el error por referirse simplemente a participaciones. Fue en el Senado donde se incluyeron las acciones y se fraguó el texto actual, que a la postre, al basarse en la norma de limitadas, introduce una singularidad en el régimen de mayorías de las anónimas, que además no queda ligada, como debería, a si la junta se constituyó en primera o segunda convocatoria.

¹⁷ Véase, en ese sentido, OLIVENCIA: “Quórum y mayorías en las sociedades de capital. A propósito del artículo 11bis, 2 de la Ley de Arbitraje”, en *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Cizur Menor, 2014, págs.. 799 a 817, en part. 796 y ss. El recordado maestro, que defendió la unanimidad de manera infatigable, cita en su apoyo las SSTC 174/1995, de 23 de noviembre y 352/2006 de 14 de diciembre que efectivamente consideran contrario a la Constitución “que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter a la contraria a arbitraje”. Véase también el detallado análisis de R. PUNSET en la contestación a este discurso (en <http://www.academiaasturianadejurisprudencia.com/documentos.php>).

deberá expresar **la voluntad de las partes** de someter a arbitraje...” No es la mayoría de las partes, sino todas ellas¹⁸.

La solución adoptada por la Ley de Arbitraje, inspirada en el Derecho italiano¹⁹, que admite también la introducción de la cláusula compromisoria por mayoría de 2/3, sería admisible si otorgara, como hace aquel ordenamiento, el derecho de separación a los socios ausentes o a los que votaron en contra, porque entonces sí que consienten, aunque sea en segunda ronda. En efecto, el socio que votó en contra, o decidió no asistir, si deja pasar el plazo de 90 días que les da la ley para ejercitar el derecho de separación o renuncia a él, está aceptando en definitiva la nueva redacción estatutaria.

Por ello, a mi juicio, la norma actual debería ser modificada, exigiendo el consentimiento individual de cada socio o, al menos, si se decide mantener el acuerdo mayoritario, debiera hacerse en el sentido del Proyecto de Código mercantil, que también fija esa mayoría pero concede el derecho de separación, aunque solo a los que voten en contra²⁰. Al fin y al cabo, una vez

¹⁸ La doctrina alemana exige también la aceptación unánime de la cláusula, aun discutiendo si resulta admisible en las anónima, o si está vedada por el § 23 V AktG. Véase, entre quienes la consideran lícita, por todos, M. SCHWAB, en SCHMIDT / LUTTER: *Aktiengesetz Kommentar*, 3ª ed., Köln, 2015, II, sub § 246, n. 49, pág. 3336; HÜFFER / KOCH: *Aktiengesetz*, 12ª ed., 2016, sub § 246, n. 19, pág. 1668. No obstante, surge alguna voz, todavía aislada, en favor de la introducción por mayoría. J. LIEDER (“Reform des gesellschaftsrechtlichen Beschlussmängel-rechts“, en *NZG*, 2018, págs. 1321 a 1333, en part. 1331) informa que en la sesión relativa a la reforma del derecho de impugnación de acuerdos sociales que tuvo lugar en el 72. Deutschen Juristentag, en 2018 se aprobó, por una mayoría escasa y en contra de los dos ponentes, que debía admitirse la introducción por mayoría al menos en sociedades anónimas cotizadas. La unanimidad parecía imprescindible, sin embargo, para la elección de los árbitros, salvo que se encomendara a una institución independiente. No deja de ser una postura llamativa y que contrasta con la rigidez dominante en la doctrina y jurisprudencia alemanas.

¹⁹ Art. 34, 6 del Decreto Legislativo nº 5 de 17 de enero de 2003: “6. *Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso.*”

²⁰ Artículos 213-20 y 271-5 del Proyecto de Código Mercantil, invariado en este punto respecto de la Propuesta, ni respecto del texto difundido en 2018.

Art. 213-20 “2. En las sociedades personalistas, la introducción en los estatutos de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el consentimiento de todos los socios; en las sociedades de capital, el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales o a las acciones en que se divida el capital social.

fijada la norma, es decisión de cada uno si abstenerse o ausentarse, y esa decisión lleva implícita la aceptación de la cláusula.

Más compleja resulta la introducción de la cláusula arbitral a través de operaciones estructurales, como puede ser una fusión o una escisión. Puede ocurrir, en efecto, que los estatutos de la sociedad beneficiaria, sea preexistente o de nueva creación, prevean la sumisión a arbitraje y, a mi juicio, para que ésta vincule a los nuevos socios, habrían de aceptarla; si se diera por buena la posibilidad de hacerlo por acuerdo mayoritario soportado por dos tercios del capital, junto al acuerdo de fusión o escisión habría que aprobar, separadamente, la cláusula arbitral. En sentido inverso, también se ha planteado si el pacto incluido en la sociedad extinguida como consecuencia de una fusión o escisión total sigue siendo vinculante para impugnar el acuerdo relativo, lo que no me ofrece dudas cuando la demandada es la sociedad extinguida, por mucho que haya causado baja en el Registro Mercantil, y no la beneficiaria. Respecto de ésta, regirán sus propios estatutos²¹.

Art. 271, 5: “d) La introducción en los estatutos sociales de cláusulas de sumisión a arbitraje de las controversias o conflictos de naturaleza societaria”.

Del debate que se suscitó en la Ponencia de la Comisión general de Codificación da cuenta OLIVENCIA: “Ley de Arbitraje, cláusula estatutaria arbitral y Anteproyecto de Código Mercantil”, en *Estudios sobre el futuro Código mercantil. Libro Homenaje al profesor Rafael Illescas*, Madrid, 2015, págs. 716 a 725, en part. 719.

²¹ Otro problema que se plantea en operaciones estructurales, es el de la transmisión de las cláusulas existentes en contratos que forman parte del patrimonio transmitido. El caso se planteó en la S. OLG München de 26.1.2016 (en *NZG*, 2016, pág. 662). La demandada había suscrito un denominado contrato de sociedad –para asociarse en el ejercicio profesional- con una SL dedicada al asesoramiento fiscal, en el que se incluyó una cláusula de arbitraje. Tiempo después, la SL transmitió parte de su activo y “todas sus relaciones contractuales” a una sociedad comanditaria (GmbH & Co, KG), entre ellas el contrato con la demandada. Es ésta quien presenta la demanda arbitral contra la colaboradora, quien opone que no tiene ningún pacto arbitral con ella, y que no puede considerarse sucesora, en ese punto, del contrato existente. El OLG, basándose en la sucesión universal que deriva de una escisión, rechaza la declinatoria y considera que la KG ha sucedido a la SL en todo el contenido del contrato, incluido el pacto de arbitraje, lo que ha de estimarse acertado, pues en estos casos no operan las reglas de la cesión, precisamente por ser sucesión universal.

Véase también el comentario favorable de T. HÖFLING: “Reichweite von Schiedsvereinbarungen bei gesellschaftsrechtlichen Umwandlungen”, en *NZG*, 2017, pág. 691 a 694.

4. Alcance objetivo de la cláusula estatutaria de arbitraje

Admitida la validez de la cláusula estatutaria y su carácter vinculante para todos los socios, pasados²², presentes y futuros, y para los órganos sociales, hemos de ocuparnos ahora de su alcance. Como es sabido, el convenio arbitral debe expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica (art. 9 LA). El artículo 11bis no añade nada, pues únicamente se refiere a los conflictos que en ellas se planteen. En la práctica viene siendo habitual que las cláusulas estatutarias sean muy amplias, del tipo “Todas las cuestiones, divergencias y dudas que puedan suscitarse entre la Sociedad y los socios, entre estos mismos o entre estos y la sociedad con la administración, ya durante la vida de la sociedad o durante su liquidación...” o “todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la sociedad y sus administradores o socios, o entre aquellos y estos o entre estos últimos”. Por amplias que sean, solo tendrán virtualidad si la controversia o diferencia surgida dimana o trae su causa del contrato de sociedad, de las relaciones jurídicas intersocietarias, y si el socio o socios están implicados en la misma precisamente *por su condición de tales*, pero no, por ejemplo, si derivan de una relación con la sociedad distinta de la de socio, como puede ser un contrato de prestación de servicios o de otra índole.

La exclusión de alguna controversia también es posible, y de hecho seguimos encontrando cláusulas que dejan fuera las impugnaciones de acuerdos, más por tradición e ignorancia que por otras razones.

Ahora bien, ¿todas las controversias de sociedades de capital pueden ser sometidas a arbitraje? Para responder a esta pregunta, es preciso tomar como punto de partida la evolución que, en la jurisprudencia y la doctrina, ha tenido la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales.

²² Siempre que llegasen a estar vinculados por la cláusula, claro está.

5. El problema específico de la impugnación de acuerdos sociales y su carácter negocial o patrimonial

Precisamente, en esta sede del ámbito objetivo, la cuestión que mayor debate suscitó es la de si es posible someter a arbitraje los litigios de impugnación de acuerdos sociales, y ahí reside, en verdad, el éxito del arbitraje societario, pues salvando el auge temporal, derivado de la crisis, de las demandas contra administradores sociales, hemos de reconocer que la generalidad de los pleitos societarios se ocupan de impugnaciones de acuerdos, mayormente de la Junta, y que ni siquiera las medidas introducidas en el año 2014 por la Ley para la mejora del gobierno corporativo para reducir este tipo de procesos, han logrado su objetivo.

Además de ser numerosos, en las impugnaciones de acuerdos concurre otra característica que hace que la solución arbitral resulte especialmente atractiva. Me refiero al hecho, conocido por todos y del que puedo dar fe, de que estas controversias no son un fin en sí mismas, por el que un socio o grupo de ellos pretenda velar por el respeto a la Ley o a los estatutos sociales, ni mucho menos por el interés social. En general, se utilizan como medio de presión en conflictos entre socios que poco tienen que ver con el acuerdo impugnado. Reducir su tiempo de tramitación y eliminar la posibilidad de recurso, reducen la presión sobre la sociedad y sus administradores. A la vez, la necesidad de abonar por anticipado las costas arbitrales constituye una barrera de entrada que limitaría la utilización abusiva que, en ocasiones, se hace de tales procesos.

Siendo claras sus ventajas, sin embargo, la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de acuerdos estuvo excluida por nuestro Tribunal Supremo hasta 1998. Tras una posición favorable a principios del siglo pasado, su posición cambió con la aprobación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, y la opinión que, en este punto, dieron los profesores Joaquín Garrigues y Rodrigo Uría en su famoso comentario. El motivo fundamental para excluir el arbitraje lo constituía, como es sabido, la existencia del proceso especial de impugnación instaurado por aquella Ley, cuyo carácter necesario, excluyente del arbitraje, se afirmaba en todo caso, a lo que se unía, también el argumento de que esa materia estaba sometida a normas de *ius cogens*, lo que la hacía

indisponible. Y esta postura fue acogida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de octubre de 1956²³, con cita expresa.

La corriente jurisprudencial cambió con la STS de 18 de abril de 1998²⁴, en la que el Alto Tribunal afirmó que *“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. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de “ius cogens” pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje»*.

Del texto transcrito se desprende claramente que el Tribunal Supremo **admite** la resolución arbitral de la impugnación de acuerdos, pero **no de modo absoluto**: *“en principio”, dice y “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*

²³ En C.L. octubre 1956, núm. 82, pp. 855 a 878. Ponente Sr. Eyré Varela. La sigue luego, entre otras, la de 27 de enero de 1961.

²⁴ De este tema me ocupé ampliamente en MUÑOZ PLANAS / MUÑOZ PAREDES: “La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje”, cit. y en MUÑOZ PAREDES: : “Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998”, en www.datadiar.com,

laudo". Habrá casos, por tanto, en los que, por resultar afectados "extremos" no disponibles, no sea posible la vía arbitral, lo que nos lleva inmediatamente a la pregunta de cuáles son tales extremos o, con otras palabras, cuál es el criterio delimitador de la materia arbitrable. La conclusión que alcancemos será extensible a otros litigios societarios distintos de la impugnación de acuerdos.

El argumento básico utilizado por la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 1998 es el carácter negocial "y por tanto disponible" de los acuerdos tomados o, dicho con otras palabras, el poder que tienen los socios de «disponer» de aquéllos, argumento que ha sido importado de la doctrina y jurisprudencia alemana²⁵.

El carácter negocial de los acuerdos sociales, y la posibilidad que tiene la junta de revocarlos o modificarlos o sustituirlos por otros, es admitido desde antiguo²⁶ y tiene reflejo también en nuestra Ley de Sociedades de Capital. Donde innova la doctrina alemana es en equiparar esa «disponibilidad» sobre los acuerdos sociales a la «disponibilidad» de la materia a efectos de resolver por arbitraje la impugnación de los mismos.

En Alemania, efectivamente, dentro del proceso de apertura hacia el arbitraje en la impugnación de acuerdos, que está todavía en debate, pero por otros motivos, se formuló²⁷ a fines de los ochenta un argumento que justifica la arbitrabilidad de este tipo de conflictos en la llamada disponibilidad de los acuerdos sociales, y aunque tuvo cierta acogida en la doctrina, obtuvo su mayor respaldo al asumirla el Tribunal Supremo alemán (BGH) en su Sentencia

²⁵ Antes de la STS de 18.4.1998 ya lo recogían, entre nosotros, VELASCO SAN PEDRO (en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. por F. SÁNCHEZ CALERO, tomo I, Madrid, 1997, *sub* art. 10, p. 327) y CAMPO VILLEGAS («El arbitraje en las sociedades mercantiles», en RJC, 1998, pp. 313 a 349 en part. 337 y ss.).

²⁶ *Vid.*, por todos, VIVANTE: *Tratado de Derecho mercantil*, 5ª ed., trad. esp., Madrid, 1932, II, núm. 488, pág. 235.

²⁷ El primero en hacerlo en estos términos fue Karsten SCHMIDT: «Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen - Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften», en ZGR, 1988, pp. 523 a 539, en part. 528. Pueden verse más detalles de la evolución de este planteamiento en MUÑOZ PLANAS / MUÑOZ PAREDES: «La impugnación de acuerdos de la Junta general mediante arbitraje», cit..

de 29 de marzo de 1996²⁸, la cual, aunque casa la de apelación²⁹ y rechaza la declinatoria de sumisión a arbitraje, admite, sin embargo, la disponibilidad de la materia.

En concreto razona que «la disponibilidad objetiva no existe, en general, cuando el Estado, en interés de bienes jurídicos especialmente dignos de protección y sustraídos al poder de disposición de los particulares, se ha reservado un monopolio jurisdiccional en el sentido de que sólo el juez estatal está en posición de lograr, a través de su sentencia, la situación jurídica pretendida. No son por ello arbitrables procedimientos de divorcio o filiación, esto es, estados sustraídos al poder de disposición de las partes. Sin embargo, bajo ese punto de vista, *no puede existir en vía de principio duda alguna de que los acuerdos sociales sucumben a la libre disposición de las partes, al menos en la medida en que pueden ser nuevamente revocados por el conjunto de socios* y no se aprecia un interés del Estado en el monopolio jurisdiccional de sus Tribunales en los litigios sobre pretensiones de anulación de acuerdos sociales». En suma, la sentencia deduce el carácter comprometible de la materia de la posibilidad que tiene la Junta de revocar o dejar sin efecto los acuerdos controvertidos, argumento que hizo propio también, sin mayores consideraciones, buena parte de la doctrina posterior³⁰,

²⁸ En *BGHZ*, vol. 132, núm. 29, pp. 278 a 290. Puede verse también en *ZIP*, 1996, p. 830, con nota W. TIMM/D. WITZORREK, en *EWiR*, 1996, pp. 481-482; *JZ*, 1996, pp. 1017 a 1022, con nota de P. SCHLOSSER, quien la califica de piedra miliar (*Milienstein*) en la superación de prejuicios tradicionales frente al arbitraje; *NJW*, 1996, pp. 1752 a 1756 y en *DZWir*, 1997, pp. 116 a 120, con nota de R. GEIMER.

²⁹ S. OLG Karlsruhe de 16 de febrero de 1995, que puede verse en *Wertpapier-Mitteilungen*, 1996, pp. 666 a 670; en *DB*, 1995, 721 a 724 y en el anexo 2.1 de K-H. BÖCKSTIEGEL (Hrsg): *Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten*, Köln, 1996, pp. 228 a 235.

³⁰ Véanse las referencias que citamos en MUÑOZ PLANAS / MUÑOZ PAREDES: “La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje”, cit., n. 52. De entre los discrepantes, como allí apuntábamos, la posición más fundada es la de Matthias SCHRÖDER: *Schiedsgerichtliche Konfliktbeilegung bei aktienrechtlichen Beschlußmängelklagen*, Köln, 1999 (Diss. Tübingen dirigida por H.P. WESTERMANN), que constituye a mi juicio el mejor trabajo sobre la materia bajo el derecho alemán derogado. SCHRÖDER concluía (pág. 51 y ss., en part. 58) que la disponibilidad objetiva del antiguo § 1025 ZPO existe cuando ninguno de los potenciales laudos -y no sólo el de anulación- conduce a una situación que, desde el punto de vista jurídico

hasta la reforma de la legislación de arbitraje de 1997³¹.

Ese mismo razonamiento, como decíamos, ha sido acogido por la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 1998 y con el beneplácito, además de la doctrina nacional posterior a ella. A nuestro juicio, sin embargo, en este modo de argumentar existe un error de planteamiento³²: se está confundiendo la competencia de la Junta para adoptar acuerdos, modificarlos, revocarlos o dejarlos sin efecto con la libre disposición de la cuestión litigiosa por las partes. Si la Junta «dispuso» al pronunciarse sobre un aspecto, ¿cómo no va a poder volver a pronunciarse, en uno u otro sentido? Nadie cuestiona el carácter negocial de los acuerdos sociales, pero lo que resulta inadmisibles es que de ese carácter se derive, o se estime implicada en él la disponibilidad de los mismos en el sentido de identificarla con la de la materia que hace arbitrable su impugnación. El Tribunal Supremo no advierte -he aquí su error- que la arbitrabilidad de las controversias *no depende* del carácter negocial de los acuerdos sociales abstractamente considerados, sino de la *causa concreta* que hace impugnables un determinado acuerdo. Es esa causa, esto es, la vulneración que se ha producido y determina la impugnación del acuerdo

material, no puede ser alcanzada, bajo ninguna circunstancia, por la autonomía privada, porque su eficacia está en contradicción con normas imperativas que, o bien han de impedir ese resultado no querido por el ordenamiento, o bien hacen que su realización dependa de una intervención pública. Ello le lleva a concluir que los casos de *Anfechtbarkeit* son arbitrables así como, de los de *Nichtigkeit*, los del núm. 1 del § 241 (vicios de constitución de la Junta), y a excluir el arbitraje en los propios del § 241, 2, 3 y 4.

³¹ La reforma de la ZPO operada por la Ley de 22 de diciembre de 1997, alteró totalmente la definición de la materia susceptible de arbitraje y, con ello, el tema que nos ocupa. Frente al derecho derogado (§ 1025, I), que hacía depender la comprometibilidad de la materia de la «transigibilidad» de la controversia, la reforma (§ 1030 ZPO), en cambio, superando ese planteamiento tradicional, dispone que todas las pretensiones de carácter patrimonial son deferibles a árbitros y que las que no tengan ese carácter, lo son en cuanto sean transigibles. Esto hace que en la doctrina actual, que en su mayoría admite el carácter patrimonial de los litigios societarios, este debate se dé por superado. Véase, HÜFFER / KOCH: *Aktiengesetz*, cit., sub § 246, núm. 19, p. 1618; R. GEIMER, en ZÖLLER: *Zivilprozeßordnung*, 21ª ed., Colonia, 1999, sub § 1025, núms. 9 y 10. SCHWAB (en SCHMIDT / LUTTER: *Aktiengesetz Kommentar*, cit., sub § 246, n. 49, pág. 3335-3336), sigue no obstante basándose en el carácter negocial para fundar la disponibilidad.

³² Esta postura ya la mantuvo, con más desarrollo, en MUÑOZ PLANAS / MUÑOZ PAREDES: “La impugnación de acuerdos de la Junta general mediante arbitraje” cit.

tomado pese a ella y por lo mismo viciado, la que ha de ser analizada, caso por caso, para resolver de igual modo si el interés afectado por la infracción puede ser o no calificado de disponible. Todos los acuerdos sociales tienen, genéricamente considerados, carácter negocial, pero esto no resuelve nada, porque estamos fuera, en el exterior del problema planteado, pues de ser correcto ese planteamiento resultaría que como *todos* los acuerdos sociales - los que sean- tienen carácter negocial, también *todas* las impugnaciones de los mismos serían «*por tanto*» arbitrables, algo que el propio Tribunal rechaza al admitir expresamente que puede haber «algún extremo» que esté fuera del poder de disposición de las partes y, que por lo tanto, no puede ser arbitrado.

La cuestión litigiosa no es el acuerdo abstractamente considerado, como manifestación de la voluntad social, sino su contenido, esto es, los derechos e intereses a los que afecte, sobre los cuales ha de referirse la disponibilidad³³.

Habrán casos en que el acuerdo afecte únicamente a los socios y no tenga trascendencia alguna para terceros y otros en los que no. Los socios no pueden decidir, por muy negocial que sea la naturaleza del acuerdo, que unas cuentas totalmente separadas del plan general de contabilidad son válidas. Y ello, no porque afecte a una norma imperativa, sino porque unas cuentas así afectarían a terceros y al mercado en general. Sí pueden disponer de su derecho de información, de convocatoria, al dividendo o a la cuota de liquidación, pues por imperativos que sean, solamente les afectan a ellos. Pero no de aquéllos otros, como pueden ser asimismo las normas de defensa del capital social (aportación efectiva, autocartera, participaciones recíprocas...) que la Ley establece también en interés de terceros.

Este mismo razonamiento nos lleva igualmente a excluir aquellas otras tesis que se acogen al carácter patrimonial de los litigios societarios. Esta posición ganó fuerza tras la reforma de la legislación procesal alemana de 1998, la cual (§ 1030 ZPO), superando el paradigma tradicional de la disponibilidad, dispone

³³ Esta es también, en esencia, la posición del Derecho italiano, que sigue exigiendo que la cuestión concreta sea disponible. Art. 34, 1 del D. Lgs. núm. 5 de 17 de enero de 2005. *Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.*

que todas las pretensiones de carácter patrimonial son deferibles a árbitros y que las que no tengan ese carácter, lo son en cuanto sean transigibles. Este cambio de visión ha provocado que la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales se centre ahora en decidir su carácter patrimonial, carácter que, en general, afirma la doctrina, lo que no ha logrado, sin embargo, superar las reticencias del Tribunal Supremo alemán respecto del arbitraje³⁴. En nuestro país, algún autor se agarra sin más al carácter patrimonial de los acuerdos, pero a mi juicio es claro que, bajo nuestro derecho vigente, no tiene sentido abordar ese argumento, y tan solo voy a apuntar en este momento que no basta con determinar si la materia es patrimonial, sino siéndolo, a qué patrimonio afecta: ¿solamente al de los socios, o también al de terceros?³⁵.

³⁴ Recogidas, en cuanto a las sociedades limitadas, en su conocida S. de 6 de abril de 2009, que él mismo titula *Schiedsfähigkeit II*, (en BGHZ vol 180, 221 y en NZG 2009, pág. 620), cuyos requisitos extendió luego a las sociedades de personas en la S. de 6 de abril de 2017 (*Schiedsfähigkeit III*, publicada, entre otros, en ZIP, 2017, pág. 1024 y ss. y en NZG 2017, pág. 657). Sobre esta última véanse los comentarios, críticos, de C. BORRIS: “Die «Schiedsfähigkeit» von Beschlussmängelstreitigkeiten in der Personengesellschaft”, en NZG, 2017, págs. 761 a 767; E. NOLTING: “Neue Anforderungen an Schiedsklauseln zwischen Personengesellschaftern – Schiedsfähigkeit III”, en ZIP, 2017, pág. 1641 a 1646; A. HEINRICH: „Schiedsfähigkeit III – Richtungswechsel des BGH bei Beschlussmängelstreitigkeiten in Personengesellschaften“, ibi, 2018, pág. 411 a 415, quien lamenta la inseguridad que conlleva para la práctica, y C. ZARTH / J. BUCHNER: „Schiedsfähigkeit von Beschlußmangelstreitigkeiten in Personengesellschaften (Schiedsfähigkeit III)“, en EWIR, 2017, págs. 523 a 524.

³⁵ El carácter patrimonial, a mi juicio, no sirve como criterio general, y habría de nuevo que ir viendo caso por caso en términos prácticamente idénticos a los que conlleva el paradigma clásico de la transigibilidad. MUÑOZ PLANAS («Algunos problemas...», cit., p. 435) ya apuntaba en esta línea que «es cierto que no han faltado intentos de trazar, para todo arbitraje en general, los límites que separan la disponibilidad de la indisponibilidad y así se ha pensado alguna vez que el confín entre una y otra, entre las controversias comprometibles y las sustraídas al arbitraje coincide con el límite entre controversias patrimoniales y no patrimoniales. Opinión que se ha calificado con acierto de tendencialmente verdadera, pero que no lo es de modo absoluto porque existe algún caso que la desmiente y, en particular, en el sector de las sociedades es pensable la existencia de controversias patrimoniales internas que, por afectar a los intereses de terceros no son comprometibles».

6. Arbitraje y sociedades cotizadas

Como ya expresé con anterioridad, la tesis que mantenemos nos lleva a excluir, con carácter general, el arbitraje en las sociedades cotizadas. En éstas, especialmente en las grandes, se deja de hablar de socios para hablar de inversores, o de stakeholders. La apertura del capital al “público” hace que entren también en juego los mecanismos de control propios de la legislación del mercado de valores, por las repercusiones que puede tener una mala gestión, no sólo en el accionariado, sino en la vida financiera del propio país. Es más, en muchas de estas sociedades ni siquiera puede decirse que todos los interesados estén sometidos a sus estatutos. Piensen en todos los inversores que son titulares indirectos de acciones, bien porque las poseen a través de instrumentos de inversión colectiva, de futuros, opciones, o depositary shares, por citar algunos. Todos ellos tienen un interés igual al de los socios, pero no ostentan esa condición.

Por ello, pensamos que en las sociedades cotizadas, la esfera de acción del arbitraje como medio pactado de solventar los conflictos internos es muy reducida, hasta el punto de que debe excluirse³⁶. Si, por principio la imperatividad acentuada de su normativa con claros tintes de orden público ya recorta sustancialmente la disponibilidad de la materia controvertida, por otro lado, en el plano real, el alto grado de despersonalización de las mismas, que constituye una de sus notas distintivas más acusadas, hace que de hecho sean infrecuentes las controversias con la sociedad que afecten tan solo a intereses estrictamente personales de algún inversor. Lo más normal en ellas, y así lo

³⁶ Es lo que hace, siguiendo la postura que ya expusimos hace años, el Proyecto de Código Mercantil en su artículo 213-20: “Arbitraje estatutario. 1. Salvo en el caso de las sociedades cotizadas, los estatutos podrán establecer...” Esa es también la solución del derecho italiano, en el ya citado en D. Lgs. 17 enero 2003, que únicamente lo admite para sociedades que no acudan al mercado de capitales.

En la doctrina alemana, partiendo de que el § 23 AktG no impide introducirla en los estatutos, SCHWAB, (en SCHMIDT / LUTTER: *Aktiengesetz Kommentar*, cit., sub § 246, n. 48, pág. 3335, solamente lo considera factible en sociedades con pocos socios.

En nuestro país hay casos, fuera del mercado continuo, de sociedades cotizadas con un *free float* muy bajo y un núcleo de socios reducido que quizá podrían constituir una excepción en litigios en los que se vieran afectados estrictamente intereses individuales de algún socio. Por su excepcionalidad, creo que no hemos de tenerlas en cuenta a la hora de regularlo.

demuestra la realidad judicial, es que sea el interés colectivo sobre el desenvolvimiento regular de la vida corporativa, el interés social, los intereses de terceros y hasta el interés público los que se encuentre afectados en las irregularidades y situaciones conflictivas que se produzcan. Y como los accionistas inversores no pueden evidentemente disponer de intereses de tal naturaleza, las controversias a ellos relativos tampoco pueden ser objeto de arbitraje privado alguno.

El ámbito de aplicación del arbitraje queda, pues, limitado a sociedades limitadas o anónimas cerradas. En ellas, la mayoría de los conflictos afectan exclusivamente a intereses de los socios o, incluso, al interés social, que en las pequeñas sociedades, no va más allá, dicho sea de paso, del interés común de los socios. Estando todos sometidos a la cláusula estatutaria, no cabe negarles la capacidad de disponer sobre esos intereses.

Por el contrario, la disponibilidad de la materia queda excluida como objeto posible de arbitraje cuando la impugnación del acuerdo esté motivada por infracciones legales o estatutarias que afectan a intereses de terceros (como pueden ser las relativas al contenido de las cuentas anuales o al capital social), o bien porque los acuerdos vulneran los principios configuradores de la sociedad anónima o limitada, o sean, por su causa o contenido, contrarios al orden público o a las buenas costumbres. El carácter de los intereses lesionados en estos casos hace que la impugnación de los acuerdos infractores haya de resolverse por vía judicial, siendo improcedente, por tanto, la solución arbitral por defecto de disponibilidad.

7. Derecho o equidad

Otro tema discutido es el de si cabe acudir a un arbitraje de equidad. El artículo 11 bis LA nada dice. Tampoco lo hace la Ley de Sociedades profesionales, ni el Reglamento del Registro Mercantil, lo que ha llevado a algunos autores a señalar que es admisible e, incluso, a afirmar que, ante el silencio de la cláusula, la propia institución que tenga encomendada la administración del arbitraje podría decidir su naturaleza. Esta última posición no puede compartirse en modo alguno, pues la Ley de Arbitraje (art. 34) sólo

permite decidir en equidad si “las partes les han autorizado expresamente para ello”. Para dar cabida a ese arbitraje, la cláusula estatutaria habría de contemplarlo expresamente. ¿Es posible hacerlo?

Ante el silencio de la Ley, no puede excluirse en términos absolutos, pero en realidad a mi juicio, sí lo está. La mayoría de los litigios societarios atienden exclusivamente a la infracción de normas legales imperativas. Ocurre así en la práctica totalidad de impugnaciones de acuerdos sociales, en las que el recurso a la vulneración de los estatutos sociales (que además en nuestro país rara vez hacen algo más que repetir la Ley) es absolutamente excepcional a la vista de la jurisprudencia. Lo mismo cabe decir de las demandas de responsabilidad civil de administradores, que por su carácter sancionador no pueden ignorar lo previsto en la Ley. La decisión en equidad no tiene cabida³⁷, ni puede admitirse en vía de principio que el árbitro no sea jurista³⁸.

8. La necesidad de que el arbitraje sea institucional

Para concluir, voy a ocuparme de otra de las novedades que introdujo la reforma de la Ley de arbitraje, cual es la necesidad de que el arbitraje se encomiende a una institución arbitral. En concreto, el artículo 11 bis dice en su párrafo tercero que:

³⁷ Tampoco la tiene en el Derecho italiano (art. 36 D. Lgs. 5 de 17 de enero de 2003), donde se debe decidir en Derecho, aunque la cláusula prevea equidad, incluso cuando el arbitraje sea internacional. Tampoco cabe excluir la impugnación del laudo cuando se trate de impugnaciones de acuerdos sociales.

Nuestro Proyecto de Código Mercantil también exige, con buen criterio, que el arbitraje sea de Derecho:

Artículo 213-20. Arbitraje estatutario.

1. Salvo en el caso de las sociedades cotizadas, los estatutos podrán establecer que las controversias o conflictos que se susciten en la interpretación y en la aplicación de las normas en ellos contenidas, las impugnaciones de los acuerdos sociales por socios o por administradores, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad o por los socios contra los administradores o liquidadores o contra quienes hubieran ostentado cualquiera de estas condiciones y cualesquiera otros conflictos de naturaleza societaria se resolverán mediante arbitraje de Derecho por uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.

³⁸ Cuando es único. La Ley de arbitraje vigente, frente a su predecesora (art. 12 de la Ley de 1988, que lo reservaba a abogados en ejercicio), admite que los árbitros en Derecho no tengan la condición de juristas si lo acuerdan las partes. No me constan cláusulas arbitrales que hagan uso de tal facultad.

3. *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.*

La norma, revelando nuevamente la improvisación que rodeó su génesis, se refiere únicamente a las impugnaciones de acuerdos sociales, y no al resto de posibles litigios societarios, lo que carece de sentido. En una interpretación estricta, que es la que procede, tal exigencia no puede ser extendida sin embargo a todo arbitraje societario.

Yendo a su justificación, es cierto que la imparcialidad de los árbitros es una preocupación constante en todos los ordenamientos, que adquiere especial relevancia en el ámbito societario. En el derecho italiano, la cláusula estatutaria debe encomendar la designación de los árbitros a un tercero extraño a la sociedad, so pena de nulidad³⁹. Lo mismo ocurre en el alemán, donde uno de los impedimentos que la jurisprudencia del BGH reitera, es precisamente que todos los interesados puedan intervenir en el nombramiento del árbitro. La desconfianza hacia el poder de la mayoría es patente y no exenta de base.

¿Hacia falta llegar tan lejos para garantizar esa imparcialidad? Digamos de principio que la institucionalización del arbitraje resulta positiva en cuanto que, además de garantizar una tramitación ágil del proceso, permite completar, con sus normas internas, las lagunas que las cláusulas contienen. Ninguna de ellas se detiene en cuestiones de trámite que a la postre tienen importancia en el buen desarrollo del proceso. En contraprestación, lógicamente, la institución percibirá unos honorarios que encarecen los costes del procedimiento, aumentando así uno de los inconvenientes que generalmente se opone a la sumisión a arbitraje, por mucho que en términos globales no responda a la realidad las más de las veces.

³⁹ Artículo 34, 2 del D. Lgs. 5 de 2003 ya citado: *“La clausola deve prevedere il numero e le modalita' di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullita', il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla societa'.* Ove il soggetto designato non provveda, la nomina e' richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la societa' ha la sede legale.”

A mi juicio, la necesidad de garantizar que el árbitro sea imparcial no justifica la institucionalización imperativa del arbitraje societario, ni tampoco logra siempre su objetivo. La propia Ley contiene ya mecanismos de salvaguarda suficientes⁴⁰, como es la designación judicial, y las cuestiones de procedimiento serán resueltas por el propio árbitro al elaborar el acta de misión⁴¹. La misma autonomía que se esgrime para dar entrada al arbitraje debería concederse también a las partes para decidir si prefieren un arbitraje privado o uno institucional, por mucho que, en mi opinión, a veces sea más conveniente el segundo, también en términos de costes⁴². Además, como se ha puesto de relieve con acierto, numerosas instituciones arbitrales contemplan, como primer criterio para la designación, el acuerdo de las partes o, en caso de tres árbitros, la decisión de cada una de ellas, u otorgan la posibilidad de vetar al escogido, por lo que no siempre se logra una designación totalmente ajena a las partes⁴³. Ésa, la designación por un tercero independiente, debió ser la solución adoptada.

¿Qué ocurre, mientras tanto, con los cientos de cláusulas estatutarias anteriores a 2011 que someten a arbitraje los conflictos que se susciten en su seno, pero sin encomendarse a una institución arbitral? ¿Deben reputarse nulas? Este problema no fue advertido durante la reforma, que no contiene ninguna disposición transitoria. Recordemos, por principio, que la Ley de arbitraje únicamente impone el arbitraje institucional en las impugnaciones de acuerdos sociales, lo que permite salvar la vigencia de las cláusulas que no lo

⁴⁰ Artículo 15 LA

⁴¹ Artículo 25 LA. Determinación del procedimiento.

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones.
2. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.

⁴² También en materia de costes, pues permite estimarlos de antemano, lo que no ocurre en los arbitrajes *ad hoc*, en los que no se pueden predecir los honorarios arbitrales.

⁴³ Así se manifiesta A. DÍAZ MORENO: "Reflexiones críticas sobre la imposición del arbitraje administrado en caso de que estatutariamente se someta a la decisión de árbitros la impugnación de los acuerdos sociales", en AA.VV: *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, Valencia, 2018, págs.. 1531-1564, en part. 1559 y sigs. También, del mismo autor, "Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje administrado (alcance, lógica e implicaciones de una relación controvertida)", en *RdS*, N° 50, 2017, págs. 27 a 65.

prevean para cualesquiera otros conflictos. Para los de impugnación, me temo que, no habiéndose producido la oportuna adecuación a la nueva redacción de la Ley, resultarán ineficaces, sin perjuicio de la posibilidad de los socios de completarlas al surgir las diferencias. Esto demuestra también las fatales consecuencias que conlleva la regla de mayoría reforzada de 2/3, pues podría darse el caso de que una de las partes del conflicto se viera arrastrada a un institución arbitral que no desea, lo que resulta inadmisibles, y me lleva a abogar de nuevo por la regla de la unanimidad⁴⁴.

Existen, sin duda, otras cuestiones abiertas, pero habrá ocasión de tratarlas en el futuro, sin abusar más de su paciencia, que nuevamente agradezco.

He dicho.

⁴⁴ SCHWAB (en *Aktiengesetz Kommentar*, cit., sub § 246, n 50, pág. 3337) considera que cuando solamente se trata de adecuar una cláusula arbitral ya establecida es suficiente con la mayoría cualificada que se exige para la modificación de estatutos.