

Arbitraje y resolución de conflictos (la institución arbitral como alternativa en la resolución de conflictos societarios)¹

(Arbitration and conflict resolutions (the arbitration institution as an alternative in the resolution of company conflicts))

PÉREZ MORIONES, Aránzazu
Univ. del País Vasco (UPV/EHU). E.U. Estudios Empresariales
Bilbao. Elcano, 21. 48008 Bilbao
aranzazu.perez@ehu.es

El arbitraje constituye una alternativa a la justicia ordinaria para la resolución de conflictos y, muy especialmente, de conflictos societarios como la impugnación de acuerdos sociales. La incertidumbre propia de toda reclamación, la excesiva duración de los procesos o los defectos de la regulación legal justifican una opinión claramente favorable al recurso a la institución arbitral en esta materia.

Palabras Clave: Arbitraje. Resolución de conflictos. Sociedades. Impugnación acuerdos sociales.

Arbitrajea justizia arruntaren alternatiba da gatazkak ebazteko; bereziki, enpresen akordioak inpugnatzen diren kasuetan. Erreklamazio orotan sortzen den ziurtasun ezak, prozesu judizialek hartzen duten denbora luzeak eta araudiko akatsek arbitrajearen bidea hartzera bul-tzatzen dute.

Giltza-Hitzak: Arbitrajea. Gatazken ebazpena. Sozietateak. Akordioen inpugnazioa.

L'arbitrage constitue une alternative à la justice ordinaire pour la résolution des conflits et, notamment, des conflits sociétaires tels que la contestation des accords sociaux. L'incertitude propre à toute réclamation, la durée excessive des processus ou les défauts de la réglementation légale justifient un avis nettement favorable à la présence de l'institution d'arbitrage dans cette affaire.

Mots Clés: Arbitrage. Résolution des conflits. Sociétés. Contestation des accords sociaux.

1. Desde la fecha de entrega de trabajo 30/10/2009, se han dado cambios jurídicamente importantes.

1. INTRODUCCIÓN

Una mera aproximación a la realidad práctica pone de manifiesto la existencia de un número muy elevado de sociedades de capital –sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada–², en cuyo seno suele ser habitual el planteamiento de conflictos de muy distinta naturaleza. Piénsese, por ejemplo, en la nulidad de la sociedad, en la interpretación de los estatutos sociales, en la valoración de las aportaciones in natura, en la responsabilidad de los administradores, en la separación y exclusión de socios, en la disolución y liquidación de la sociedad o –dado que constituye el objeto principal de estas reflexiones– en la impugnación de acuerdos sociales. Tales conflictos suelen ser resueltos mayoritariamente por los tribunales ordinarios, con las consecuencias que ello conlleva. En efecto, el número de procedimientos –no sólo los societarios, sino en general– se ha ido incrementando notablemente a lo largo de los años, lo que ha conducido a importantes retrasos en la Administración de Justicia, así como a un aumento de los costes de esta última.

Ante esta situación se han desarrollado sistemas alternativos de resolución de conflictos, que ya existían con carácter previo, pero que han tomado un nuevo impulso. Estos sistemas alternativos son conocidos como “Alternative Dispute Resolutions” –ADR–; expresión que comprende todos aquellos procesos distintos a un proceso judicial en el que un tercero imparcial o neutral interviene para ayudar a la resolución de controversias, tales como la evaluación neutral inicial, la mediación, el minijudicio y el arbitraje. Así, mediante el recurso a los sistemas alternativos de resolución de conflictos se hace frente a factores ya mencionados como el incremento de la litigiosidad, el retraso en la resolución de los procedimientos y el aumento de los gastos de la Administración de Justicia. Pero, además, estos sistemas presentan, en sí mismos considerados, importantes ventajas, tales como la rapidez, la especialidad, la flexibilidad y la confidencialidad. En definitiva, las ADR constituyen un mecanismo óptimo para satisfacer el derecho fundamental de acceso a la justicia. Ello explica, sin duda, los esfuerzos adoptados en el marco de la Unión Europea en aras de su desarrollo. Así, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere celebrada los días 15 y 16 de octubre de 1999, insta a los Estados miembros a establecer procedimientos alternativos de carácter extrajudicial con la finalidad de facilitar y mejorar el acceso a la justicia, dado que el principio de acceso a la misma es fundamental. En mayo de 2000, el Consejo adopta unas Conclusiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, en las que se insta a la definición de principios fundamentales en este ámbito de cara a permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de dichos procedimientos extrajudiciales, de modo que se simplifique y se mejore el acceso a la justicia. Posteriormente, el 19 de abril de 2002, la Comisión presenta un Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil³, aunque de él queda excluido el arbitraje⁴. El último e importante paso dado en esta materia ha sido la

2. A tales efectos, basta tener en cuenta las estadísticas del Registro Mercantil Central publicadas en su página web: www.rmc.es.

3. COM (2002) 196 final.

4. La razón de su exclusión es que el arbitraje es un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida en que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justifica (ver Libro Verde, nota nº 2).

elaboración de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵.

2. ARBITRAJE Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS. EN PARTICULAR, EL ARBITRAJE EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

2.1. Planteamiento

Como es conocido, el arbitraje constituye un mecanismo jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basado en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas, directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas, a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria que ponga fin a la diferencia entre ellas. De hecho, tal institución aparece como uno de los instrumentos más adecuados para poner fin a cuestiones litigiosas en general, ya que las ventajas que presenta son evidentes: las partes hacen frente a la lentitud del procedimiento ordinario y gozan de una mayor garantía y de una mayor especialidad en la decisión, al poder nombrar cada adversario sus propios jueces de común acuerdo, pudiendo actuar como tales personas determinadas, más idóneas para la emisión de una decisión que los jueces ordinarios, al ser especialistas en la materia de que se trata. Con todo, tal y como reconoce la doctrina, la práctica del arbitraje en España se encuentra poco desarrollada, debido, según aquella, a factores tanto legales como sociológicos. En este sentido, la anterior Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje⁶ –en adelante, LA 1988–, presentaba importantes deficiencias técnicas, algunas de las cuales han quedado solventadas en la actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre⁷ –en adelante, LA–. A ello se han de sumar circunstancias tales como la conveniencia de designación de árbitros “ad hoc”, en vez de recurrir a los árbitros designados por las Instituciones de Arbitraje –con los costes que ello conlleva–, la animadversión de parte de la judicatura y de la abogacía hacia esta institución, o el no ofrecer las garantías que sí presentan los procedimientos judiciales, como los recursos de apelación y de casación. Ahora bien, ello no es óbice para reconocer la conveniencia de incluir un convenio de arbitraje en materias “sensibles” como el Derecho de la propiedad intelectual, el Derecho de defensa de la competencia o el Derecho de sociedades. En buena lógica, las ventajas inherentes a todo procedimiento arbitral son extrapolables al caso concreto del arbitraje societario. En efecto, el arbitraje facilita la adopción de una decisión de forma rápida y ágil, lo que evita la paralización que supone para el funcionamiento de una sociedad el hecho de tener pendiente un procedimiento judicial, cuya última decisión puede tardar ocho años en adoptarse. Igualmente, las partes pueden evitar la publicidad propia de todo proceso judicial, obviando la repercusión pública de la existencia de controversias en el seno de la sociedad, con los daños que ello puede conllevar para esta última. Del mismo modo, los árbitros pueden ofrecer mayores garantías para una solución óptima del

5. DOCE L 136/3, de 24 de mayo de 2008. Por lo demás, ha de tenerse presente que esta Directiva no se aplica al arbitraje (ver considerando nº 11).

6. BOE nº 293, de 7 de diciembre de 1988.

7. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, BOE nº 309, de 26 de diciembre.

conflicto, dado que suelen ser expertos en la materia. Por último, el laudo arbitral proporciona una solución definitiva del problema, de forma rápida y abocada a cumplirse, dado que las partes voluntariamente la han aceptado.

Pues bien, desde hace años, constituye práctica habitual la inserción en los estatutos sociales de una cláusula arbitral, aplicable a todas las materias para las que no exista un procedimiento legal imperativo. Por su parte, doctrina y jurisprudencia se han manifestado claramente a favor de recurrir a la institución arbitral en la resolución de controversias societarias, con la salvedad de la impugnación de acuerdos sociales. Sin embargo, la trascendencia de esta última materia se encuentra fuera de toda discusión. Así, la Junta general es el órgano soberano de la sociedad, encargado de tomar decisiones por mayoría acerca de las cuestiones incluidas dentro de su competencia. Sin embargo, la sumisión al voto de la mayoría nunca puede ser incondicional, sino que solamente debe predicarse respecto de acuerdos válidos e inatacables. De ahí que la impugnación de acuerdos sociales constituya uno de los mecanismos de que pueden servirse las minorías para su defensa frente al abuso de poder de la mayoría, pero también puede ser utilizado de forma torticera por aquellas dificultando el correcto funcionamiento de la sociedad. Obsérvese, además, que toda impugnación de acuerdos sociales conlleva una situación de incertidumbre, que, se acentúa, a nuestro juicio, en el marco del Derecho de sociedades español, debido a distintos factores, tales como la excesiva duración de estos procesos, la mejorable redacción de la Ley de Sociedades Anónimas –en adelante, LSA– y las criticables interpretaciones que ha realizado el Tribunal Supremo acerca de aspectos puntuales de dicha regulación.

2.2. Evolución histórica

El arbitraje en tanto vía de solución de disputas en materia societaria ha gozado, históricamente, de respaldo y aceptación en el Derecho mercantil español. De hecho, aquél constituye cauce forzoso de solución de conflictos para las compañías de comercio en las Ordenanzas de Bilbao de 1737, así como, posteriormente, en el Código de comercio de 1829 y en la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio de 1830. Con todo, la obligatoriedad del recurso al arbitraje desaparece en el Código de comercio de 1885, dado su silencio al respecto, aunque, en la práctica, la mayoría de las compañías mercantiles siguen incorporando la cláusula de sumisión a arbitraje, con base en la ausencia de cualquier tipo de prohibición y en el principio de libertad de pactos proclamado en el art. 1255 del Código Civil. Es más, a comienzos de siglo, el Tribunal Supremo se manifiesta a favor de la arbitrabilidad en materia de impugnación de acuerdos sociales, en sus Sentencias de 26 de abril de 1905 y de 9 de julio de 1907, e, incluso, posteriormente, también parece admitirla, al menos implícitamente, en su Sentencia de 9 de octubre de 1951.

Sin embargo, esta orientación proclive a la resolución de los conflictos suscitados en materia de impugnación de acuerdos sociales mediante el arbitraje quiebra en los años cincuenta, tras la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 y de la Ley de Arbitraje de 1953. En efecto, aun cuando ninguna de las mencionadas leyes alude al arbitraje societario ni tampoco, en particular, al arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales, la doctrina tanto procesalista como mercantilista mayoritariamente se pronuncia

en contra de la arbitrabilidad de dicha materia. En defensa de su opinión, una y otra doctrina aducen como argumentos la existencia de un procedimiento especial de impugnación de acuerdos sociales en el art. 70 LSA 1951⁸, que impide, a su juicio, el recurso al convenio arbitral, así como la indisponibilidad de esta materia, dado el carácter imperativo de las normas reguladoras de la impugnación de acuerdos sociales. A su vez, el Tribunal Supremo acoge esta misma opinión en la Sentencia de 15 de octubre de 1956, a la que, posteriormente, siguen las Sentencias de 27 de enero de 1969, de 21 de mayo de 1970 o de 15 de octubre de 1971. Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado no se pronuncia de manera expresa al respecto, aunque, indirectamente, adopta la misma solución contraria a la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales en sus Resoluciones de 26 de julio de 1988 o de 27 de abril de 1989. Tan sólo sectores minoritarios de la doctrina mercantilista y procesalista se manifiesta a favor de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales: así, MUÑOZ PLANAS, que la admite exclusivamente en el ámbito de sociedades familiares y cerradas, pero la excluye si la impugnación está motivada por la infracción de normas imperativas que deban ser calificadas de orden público, como son las predispuestas para tutelar los intereses patrimoniales de terceros respecto a la sociedad; VICENT CHULIÁ, que, desde la perspectiva del Derecho de cooperativas, rechaza la doctrina hostil al arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales por considerarla incorrecta y atentatoria a la Ley de Arbitraje y lo reconoce respecto de acuerdos nulos y anulables; o GIMENO SENDRA, que sostiene la admisibilidad del arbitraje en los supuestos de acuerdos anulables, ya que en estos casos no está empeñada cuestión distinta a la de las propias partes ni prevalece otro interés que el de los miembros que integran la persona jurídica. En buena lógica, este rechazo doctrinal y jurisprudencial conduce a la práctica por parte de ciertos Registradores mercantiles de exigir la exclusión expresa en las cláusulas estatutarias de sumisión a arbitraje de cuestiones litigiosas societarias de la impugnación de acuerdos sociales, aun cuando aquéllas son ampliamente utilizadas.

Ahora bien, esta orientación contraria a la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales se invierte años después. En efecto, en 1988 se promulga una nueva LA, que adopta una tendencia claramente expansiva de este instrumento de solución de conflictos, al remover buena parte de los factores que comprometían la eficacia operativa del arbitraje, tal y como queda reflejado en su propia Exposición de Motivos⁹. Consecuencia de ello es que, en la práctica, se produce una mayor utilización de este mecanismo de resolución de conflictos, se elabora doctrina sobre la materia y se normaliza la utilización de procedimientos judiciales de apoyo y control de aquél; si bien el texto legal contiene deficiencias, que frenan aquella tendencia. A su vez, en enero de 2001 entra en vigor la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁰ –en adelante, LEC–, cuyo art. 19.1 faculta a los litigantes para disponer del objeto del juicio y poder renunciar, desistir del mismo, allanarse, someterse a arbitra-

8. En efecto, el art. 70.2 LSA 1951 señalaba que “será juez competente para conocer del asunto, con exclusión de cualquier otro, el de Primera Instancia correspondiente al lugar donde se hubiese celebrado la Junta General de Accionistas”.

9. “La Ley efectúa una reforma en profundidad del arbitraje para que esta institución resulte apta no sólo para resolver los litigios que se planteen en el marco de complejas relaciones mercantiles o de aisladas relaciones jurídico-civiles...”

10. BOE nº 7, de 8 de enero de 2000.

je y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, "...excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero". Es más, con ocasión de la elaboración de la LA actualmente en vigor, el grupo socialista presenta una enmienda de modificación de los arts. 120 LSA y 56 LSRL para hacer posible que la impugnación de acuerdos sociales pudiera ser sometida a arbitraje de derecho, la cual no prospera. La citada Ley, de fecha 23 de diciembre de 2003, constituye, a juicio de la mejor doctrina mercantilista, una "esperanza" para la expansión del arbitraje en España, dada su filosofía no procesalista, su calidad y su sencillez, a lo que se añade la exigencia creciente de que los conflictos sean resueltos mediante el recurso a procedimientos de ADR, entre los que se incluye el arbitraje. Ya desde el ámbito del Derecho societario, la LSA 1989 suprime el proceso especial de impugnación contenido en la LSA 1951 e instaura el procedimiento ordinario de menor cuantía para la resolución de las acciones de impugnación; proceso que también es de aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada por la remisión que realiza al mismo el art. 56 LSRL. Es más, incluso, durante la elaboración de esta última Ley se plantean propuestas no sólo de reconocimiento expreso de la licitud del arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales, sino también de una regulación exhaustiva del mismo¹¹, las cuales no se incluyen en la redacción definitiva de la LSRL no por rechazo al arbitraje, sino por entender innecesaria su constatación en el texto.

Los factores mencionados conducen a que un sector doctrinal cada vez más amplio se pronuncie de una manera favorable al arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales, bien respecto de todos los acuerdos sociales –nulos o anulables–, bien exclusivamente respecto de los acuerdos que no afecten al orden público o a los intereses de terceros. Con todo, el factor decisivo en defensa de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales ha sido el cambio de orientación adoptado tanto por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado como del Tribunal Supremo en el año 1998; si bien ya en una Resolución de fecha 10 de noviembre de 1993, la Dirección General únicamente rechaza la validez de una cláusula estatutaria en materia de impugnación de acuerdos sociales, porque obligaba a definir con carácter previo la diferencia a dilucidar en escritura pública.

En efecto, en su Resolución de 18 de febrero de 1998 –asunto "Julián Sanz Soria, S.L."–, la Dirección General de los Registros y del Notariado se pronuncia sobre la negativa del Registrador Mercantil de Barcelona nº XII a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada en la que se incluye una cláusula de sumisión a arbitraje¹², con base en que: i) una norma estatutaria no puede configurarse como convenio arbitral a los efectos legales, dado que no puede admitirse su inclusión en los estatutos sociales, queriendo vincular a los futuros socios de la sociedad; ii) en los términos en que se formula, implica una renuncia anticipada a la jurisdicción, contraria, por tanto, al orden público; iii) no es posible

11. Ver arts. 60, 61 y 62 del Anteproyecto de LSRL de 22 de octubre de 1992.

12. "Todas las cuestiones societarias litigiosas que se suscriben entre la sociedad y sus Administradores o socios, o entre aquéllos y éstos, o estos últimos entre sí, se someten al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Terrassa, de l'Associació per l'Arbitratge de Terrassa, encomendando al mismo la designación de árbitros y administración del arbitraje, de acuerdo con su Reglamento, cuya decisión arbitral será de obligado cumplimiento. Se exceptúan de esta sumisión aquellas cuestiones que no sean de libre disposición".

vincular con la cláusula a quienes no ostentan la cualidad de socios, como los administradores; y iv) dicha cláusula abarca incluso controversias entre socios ajenas a su condición de tales o motivadas por causas ajenas a tal condición o a la existencia de la sociedad, por lo que produce indeterminación de las relaciones jurídicas sobre que ha de recaer el arbitraje. Pues bien, la Dirección General adopta como premisa inicial la posibilidad de que, en el negocio constitutivo de la sociedad, los fundadores establezcan un convenio arbitral para la resolución de las controversias que se produzcan a futuro; convenio que puede ser extraestatutario, en cuyo caso únicamente vincula a los contratantes o sus herederos, o estatutario, de modo que vincula a los socios presentes y futuros. En este sentido, la Dirección General sostiene que:

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.

A su vez, en relación con la pretendida indeterminación del objeto de la cláusula, aquella entiende que:

Una concreción como la pretendida por el Registrador se torna excesiva, pues el determinar qué concretas controversias se han de entender sujetas y cuáles excluidas del arbitraje supondría tener que llevar a cabo un recorrido por todo el derecho de sociedades para ir casuísticamente incluyendo y excluyendo unos u otros supuestos, con el evidente riesgo de no agotarlas.

Además, añade que:

[...] no parece que todas las cuestiones que el Registrador considera de necesaria exclusión tengan necesariamente que serlo: ...la 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.

Con posterioridad, la Dirección General de los Registros y del Notariado se manifiesta a favor de la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil una cláusula tipo de sometimiento a arbitraje elaborada por la Corte Española de Arbitraje en Resolución de fecha 1 de octubre de 2001. Igualmente, en Resolución de 4 de mayo de 2005 se reitera la admisibilidad de una cláusula estatutaria de arbitraje, aunque la Dirección General reconoce la escasa operatividad práctica que puede tener el arbitraje previsto, debido a los elementos personales entre los que puede surgir el conflicto y a las materias que se pretenden someter a él "...la mayoría sujetas a decisión de la junta general cuyos acuerdos pueden impugnarse, pero no suplirse por la vía indirecta de provocar una controversia y sujetarla a una decisión arbitral"¹³.

13. Según dicha cláusula arbitral, "Salvo las excluidas legalmente, todas las cuestiones relacionadas con la interpretación y aplicación de los presentes estatutos, así como la resolución de cualquier tipo de conflicto que pueda surgir entre los socios, los administradores o entre unos y otros, siempre relacionada con el funcionamiento de la sociedad, incluyendo entre las mismas de modo expreso las cuestiones relativas a reparto de beneficios, ampliaciones o disminuciones de capital, disolución y liquidación social, separación o exclusión de socios, exigencia de responsabilidad a los administradores sociales, así como las impugnaciones de todo tipo de acuerdos sociales, quedan sometidos a arbitraje de equidad de aplicación obligatoria conforme a la Ley de Arbitraje 60/2003".

Mayor interés presenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 –asunto “Sugem, S.A.”–, calificada por parte de cierto sector doctrinal como un “hito histórico” en materia de arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales. Dicho pronunciamiento tiene su origen en la demanda de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en una Junta general, presentada por un accionista de dicha sociedad, y la posterior contestación de la propia sociedad, oponiendo excepción dilatoria de falta de competencia por sumisión a arbitraje, con base en el art. 16 de sus estatutos sociales¹⁴. El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción y absuelve a la demandada; si bien, posteriormente, la Audiencia Provincial de Barcelona desestima dicha excepción por entender que la materia relativa a la nulidad de Juntas generales e impugnación de acuerdos sociales está sustraída a la posibilidad de un convenio arbitral. Recurrida la sentencia ante el Tribunal Supremo, éste afirma con rotundidad que “La posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los Estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato, es indudable pese a que en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido. La validez de la cláusula estatutaria que contiene el convenio arbitral que mantiene claramente esta Sala, también ha sido compartida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 19 febrero 1998, que emplea una argumentación que se acepta plenamente por esta Sala...”. Ahora bien, centrado el problema en la aplicabilidad del arbitraje a la impugnación de acuerdos sociales de una sociedad, el Alto Tribunal concluye 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 art. 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.

En buena lógica, esta sentencia es recibida con satisfacción por la doctrina mercantilista y procesalista partidaria del recurso al arbitraje para la resolución de este tipo de conflictos. De hecho, tal y como subrayó la mejor doctrina mercantilista, la sentencia mencionada pone fin a una doctrina legal hostil a la arbitrabilidad de estas cuestiones, pero, además, abre una nueva etapa, ya que la doctrina en ella conteni-

14. “Cualquier duda, cuestión o discrepancia que pudiera plantearse por asuntos sociales, entre la sociedad, los administradores o apoderados y los socios tanto durante la vida de la compañía, como en el período de su liquidación, sin más excepciones que las imperativamente establecidas por la ley, deberán ser sometidas a arbitraje de equidad que regula la Ley 22 diciembre 1953, a cuyo efecto vendrán obligadas las partes discrepantes a realizar cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto, y en particular, a la designación de los árbitros y determinación del tema controvertido”.

da es sencilla, clara y bien fundada: declara la validez de la cláusula de sumisión a arbitraje, rechaza todos los argumentos contrarios a ella, abandona expresamente su doctrina anterior y vuelve a la doctrina de principios del siglo XX, con lo que se consolida una verdadera jurisprudencia, y acoge los fundamentos de derecho de la RDGRN de 19 de febrero de 1998, en base, sobre todo, al principio de autonomía de la voluntad –art. 10 LSA–. La doctrina contenida en esta sentencia ha sido reiterada en las posteriores SSTs de 30 de noviembre de 2001 o de 9 de julio de 2007. Ahora bien, a pesar de la orientación doctrinal y jurisprudencia claramente a favor del arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales, este tema sigue suscitando problemas prácticos, aunque la doctrina favorable al arbitraje los entiende superables. A ellos nos referiremos a continuación, si bien con mayor brevedad de la deseada, debido a las limitaciones espaciales que debemos respetar.

2.3. Algunos problemas prácticos que suscita el arbitraje de impugnación de acuerdos sociales

Como ha quedado confirmado, la premisa de la que debemos partir es la indudable posibilidad de recurrir al arbitraje en tanto mecanismo de resolución de una impugnación de acuerdos sociales. Es más, no sólo es lícita tal posibilidad, sino que, además, es conveniente para la sociedad, dadas las ventajas que cualquier arbitraje presenta frente a la Justicia ordinaria. En este sentido, el art. 2.1 LA declara que “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”. Obsérvese, por tanto, que el art. 2.1 LA condiciona la utilización del arbitraje a que el mismo recaiga sobre materias “de libre disposición”. El problema que se suscita, por lo tanto, es determinar qué materias han de entenderse como de “libre disposición” o, en sentido contrario, qué materias no son de libre disposición. Pues bien, mientras que la LA 1988 enumeraba las materias no susceptibles de arbitraje –art. 2 LA–, la Ley actualmente en vigor no se pronuncia al respecto, ya que ni incluye un listado de lo que podrían calificarse como “materias arbitrables”, ni tampoco contiene un listado de cuestiones excluidas del mismo, lo que ha sido interpretado en tanto confirmación del fenómeno de ampliación del ámbito del arbitraje. Con todo, la doctrina procesalista no comparte la terminología utilizada legalmente, con base en dos argumentos: i) por un lado, porque las “materias” no son disponibles o indisponibles; y ii) porque ello conduce a la necesidad de examinar uno tras otro todos los sectores del ordenamiento jurídico, con las dificultades que implica y la circunstancia de que no existen sectores en los que todo sea disponible y otros sectores en los que nada está sujeto a la libre disposición. De ahí que aquella entienda que no es posible el arbitraje en los casos en que una consecuencia jurídica únicamente puede obtenerse por medio de sentencia, mientras que si los particulares pueden alcanzar dicha consecuencia por ellos mismos, sí cabe acudir al arbitraje. Precisamente, la Jurisprudencia contraria al arbitraje en esta materia ha confundido que el tema de la impugnación de acuerdos se encuentre regulado en la ley con que las consecuencias jurídicas previstas en la LSA tengan que declararse necesariamente por medio de sentencia y no puedan alcanzarse por acuerdo de las partes interesadas. Por otra parte, aceptada la disponibilidad de la materia cuestionada, si ésta se encuentra regida por normas de orden público, necesariamente tendrán que ser respetadas en la decisión adoptada por el árbitro. Por tanto, la circunstancia de que una determinada materia esté regulada por normas

de orden público no conlleva inexcusablemente su no arbitrabilidad, pero sí la obligación de respetar dichas normas por parte de los árbitros. Como resultado, en lo que respecta al Derecho mercantil en sentido amplio, puede afirmarse que son materias disponibles en general y, por tanto, susceptibles de constituir objeto de un convenio de arbitraje, todas las materias de Derecho privado patrimonial, tales como algunos contratos internacionales, los contratos de distribución y aquellos afectados por el Derecho de la competencia, el Derecho de la propiedad intelectual o el Derecho de sociedades, incluida, por tanto, la impugnación de acuerdos sociales.

Obsérvese, también, que la LA se sirve de la expresión “controversias”, aunque, como ha matizado la mejor doctrina, el objeto del arbitraje, en sentido estricto, es siempre una pretensión, la cual, a su vez, puede tener como origen la existencia de una controversia o conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos. Como consecuencia, la pretensión es una declaración de voluntad petitoria, que necesariamente ha de estar bien fundada. Con todo, cierto sector de la doctrina mercantilista ha dado un paso adelante y sostiene una opinión favorable a la extensión del arbitraje a la solución de situaciones no estrictamente litigiosas, sino conflictivas en sentido amplio, las cuales suelen ser habituales en contratos de larga duración, como es el contrato de sociedad. Quizás uno de los supuestos más graves de este tipo de situaciones que se puede plantear en una sociedad es el empate en la adopción de acuerdos sociales, que puede conducir a una situación de paralización del órgano social, y que aboca a la disolución de aquella en caso de que resulte imposible su funcionamiento. Pues bien, la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en contra de esta posibilidad en su Resolución de fecha 27 de abril de 1989, argumentando que “...no hay en los empates, todavía, contienda o conflicto litigioso ni pretensiones merecedoras de tutela judicial, y no procede, por tanto, la intervención de la jurisdicción, ni tampoco la aplicación de la institución de arbitraje...”¹⁵. En efecto, no sólo el empate no es una diferencia jurídica, por lo que no podría quedar, en principio, sometido a arbitraje, sino que el sometimiento a la decisión de un tercero supondría, en este caso, el vaciamiento de la competencia del órgano social afectado por el empate. De ahí que, en supuestos como el señalado, el empate pueda ser solucionado por algún procedimiento de ADR, que no sea arbitraje, de modo que el tercero imparcial o neutral participe en ayudar a la resolución del conflicto, pero sin adoptar él mismo el acuerdo, dado que es competencia del órgano social paralizado como consecuencia del empate.

Afirmada la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales, la ubicación del concreto convenio arbitral tiene importantes consecuencias desde el punto de vista de su eficacia subjetiva, tal y como apuntó la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de fecha 18 de febrero de 1998. Así, los socios pueden optar entre incluir dicho convenio en los estatutos sociales –bien desde el momento fundacional, bien desde un momento posterior– o en un pacto extraestatu-

15. Ver, igualmente, la ya citada RDGRN de 4 de mayo de 2005, en la que, de modo colateral, puesto que la cuestión queda al margen del recurso, se reconoce la “escasa operatividad práctica” de una cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje “...tanto por razón de los elementos personales entre los que pueda surgir el conflicto, como por las materias que se pretenden someter a él, la mayoría sujetas a decisión de la junta general cuyos acuerdos pueden impugnarse, pero no suplirse por la vía indirecta de provocar una controversia y sujetarla a una decisión arbitral”.

tario. La inclusión del convenio arbitral en los estatutos sociales encuentra su fundamento en el art. 10 LSA, a tenor del cual “en la escritura 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 de la sociedad anónima”. Obsérvese que esta previsión conlleva un amplio margen de libertad de los socios a la hora de redactar sus estatutos sociales, con el único límite de las leyes y los principios configuradores del mencionado tipo social, por lo que no cabe dudar de la posibilidad de insertar en los estatutos sociales una cláusula como la analizada, al no inculcar los límites establecidos en dicho precepto. Consecuencia de dicha inclusión es que la cláusula arbitral vinculará a todos los socios, es decir, no sólo a quienes ostentan la condición de socio en el momento de su inserción en los estatutos, sino también, en su caso, a los socios futuros, dado que aquella presenta una eficacia “erga omnes”. Con todo, el principal interrogante a resolver no es otro que determinar la mayoría exigida para adoptar la decisión en caso de que el convenio arbitral sea incluido con posterioridad a la constitución de la sociedad mediante una modificación de estatutos. De hecho, la práctica notarial confirma la habitualidad de este tipo de prácticas, bien para introducir una cláusula arbitral donde no existía, bien para modificar o suprimir las ya existentes. Así, un sector doctrinal sostiene que la inclusión de una cláusula arbitral vía modificación de estatutos debe ser adoptada por unanimidad de los socios, con base en el argumento de que la inclusión de una cláusula de arbitraje implica privar a aquéllos de su derecho a la tutela judicial efectiva. En cambio, para la supresión de una cláusula de arbitraje ya existente entienden suficiente el voto concurrente de la mayoría de los socios. Sin embargo, el principal argumento de que se sirve este sector en defensa de su opinión decae por sí mismo, dado que, como hemos afirmado anteriormente, resulta erróneo identificar arbitraje con privación del derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, el recurso al arbitraje supone sustituir la jurisdicción ordinaria por la de los árbitros, pero no que el socio vea conculcado su derecho a la tutela judicial efectiva. Por otra parte, en sede de sociedad anónima, la adopción de acuerdos se realiza por mayoría, dado el tenor del art. 93.1 LSA, que alude a que los socios “...decidirán por mayoría”. Esta fórmula significa que hay acuerdo cuando a favor de una de las posiciones se manifiesta una proporción mayoritaria de los miembros cuya voluntad concurre en la adopción de las decisiones, es decir, mayoría absoluta –o más de la mitad– del capital concurrente a Junta. Recuértese, además, que la mayoría constituye uno de los principios configuradores de la sociedad anónima a que se refiere el art. 10 LSA¹⁶, de modo que actúa en tanto límite a la autonomía de la voluntad de la que disfrutaban los socios en la fijación del contenido de los estatutos sociales. Como consecuencia, es nula una eventual exigencia de unanimidad, aunque sea únicamente de los accionistas asistentes a la Junta, por ser contraria al principio democrático o mayoritario; si bien es posible reforzar la mayoría por vía estatutaria, si ello se estima oportuno. Igualmente, la exigencia de unanimidad para la adopción de decisiones supondría en la práctica el reconocimiento de una suerte de “derecho de veto” generalizado, que, a su vez, podría conducir a la paralización del órgano social en la toma de aquellas. Por tanto, a nuestro juicio, para la inclusión en los estatutos de una cláusula arbitral será suficiente con el voto favorable de la

16. Así, RRDGRN de 10 de noviembre de 1993, y de 25 de abril de 1997.

mayoría de accionistas reunidos en Junta –o, en su caso, la mayoría reforzada prevista en los estatutos sociales–, siempre teniendo en cuenta los requisitos previstos en el art. 144 LSA para la modificación de estatutos. Es cierto, sin embargo, que un sector doctrinal ha entendido exigible la unanimidad con base en el art. 5.1 LA 1988 y en los arts. 145 y 148 LSA. Así, a tenor del primero de ellos, “El convenio arbitral deberá...expresarla obligación de cumplir tal decisión”; precisión que es innecesaria, dado que la voluntad de cumplir la decisión emitida por el laudo constituye la esencia del arbitraje mismo, lo que explica que tal declaración haya desaparecido del texto legal actualmente en vigor. A su vez, en el art. 145 LSA se exige la aquiescencia de los interesados en caso de que la modificación de estatutos implique nuevas obligaciones para los accionistas y en caso de creación, modificación y extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, mientras que el art. 148 LSA condiciona la modificación perjudicial a una clase de acciones a la concurrencia del consentimiento de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada. A nuestro juicio, no sólo la inclusión de una cláusula arbitral no puede ser subsumida en ninguno de los supuestos previstos en los preceptos anteriores, sino que, además, en ninguno de ellos se exige unanimidad, sino en un caso “aquiescencia” de los interesados, es decir, consentimiento –sin que sea necesaria la unanimidad, porque el acuerdo únicamente es eficaz para quienes lo consientan– y en el otro literalmente “mayoría”. A pesar de ello, ha de tenerse presente que nuestra opinión no se ajusta a la tesis sostenida por el Tribunal Supremo, que se ha pronunciado sobre la cuestión en Sentencia de 9 de julio de 2007. En efecto, en este pronunciamiento, el citado Tribunal parte de la premisa de que los estatutos sociales pueden contener un convenio arbitral para la resolución de controversias de carácter social, el cual se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más y vincular no sólo a los firmantes, sino mediante su inscripción en el Registro Mercantil, a los socios presentes y futuros. Ahora bien, el Alto Tribunal recuerda que el art. 5 LA 1988 exige que el convenio arbitral exprese la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de ellas a la decisión de uno o más árbitros. Pues bien, estas consideraciones llevan a aquél a concluir que “...la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje para resolución de los conflictos sociales o una ampliación de su ámbito objetivo, en cuanto comporta una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva...exige el requisito de la aceptación de los afectados”.

Por su parte, la inclusión del convenio arbitral en un pacto extraestatutario conlleva que el mismo únicamente obligue a los participantes en dicho convenio. No puede olvidarse la claridad con la que se pronuncia el art. 7.1.II LSA, que señala que “Los pactos que se mantengan reservados entre los socios, no serán oponibles a la sociedad”. En efecto, dicho convenio se ubicaría en la categoría de los contratos parasociales, iniciada en la doctrina italiana por OPPO; si bien, posteriormente, ha sido adoptada prácticamente de forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia europeas. Así, se entiende por contrato parasocial todo aquel acuerdo o convenio celebrado entre socios, aunque al margen del contrato de sociedad, que se dirige a integrar o modificar la disciplina legal o estatutaria en aspectos de la relación jurídico-societaria en los que los firmantes del pacto se ven directamente afectados. Como puede observarse, tal sería el caso del sometimiento a arbitraje de la materia

relativa a la impugnación de acuerdos sociales. La admisibilidad de los contratos parasociales se encuentra fuera de toda duda, con base, desde un punto de vista legal, en la autonomía de la voluntad y, desde un punto de vista técnico, en la posibilidad de diferenciar en la posición jurídica del socio entre vínculos contraídos en el ámbito de las relaciones societarias y vínculos individuales. Es más, la propia previsión del art. 7.1.II LSA en el sentido de declarar inoponibles a la sociedad los pactos que se mantengan secretos entre socios constituye un argumento determinante a favor de su admisibilidad. Ahora bien, el carácter obligacional de un contrato parasocial conlleva que su eficacia se limite a quienes han participado en el mismo, quedando al margen, por tanto, la sociedad, los otros socios que no han tomado parte en aquel y los terceros que entran en relación con esta última. De ahí que el convenio arbitral previsto en un pacto extraestatutario presente una eficacia meramente obligacional, a diferencia de la eficacia real propia del convenio arbitral recogido estatutariamente. Por ello, las ventajas propias del arbitraje configurado como pacto extraestatutario –sencillez, flexibilidad, capacidad de adaptación y confidencialidad, dada su ausencia de publicidad– quedan indudablemente atenuadas por la limitada eficacia subjetiva característica de todo contrato parasocial.

En cuanto al convenio arbitral, el art. 9.1 LA establece que el mismo “...deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica...”. Por tanto, los socios deben concretar en el convenio arbitral la relación jurídica de la que se derivan las controversias, así como las propias controversias objeto de arbitraje. Esta exigencia legal responde, en general, a una doble justificación: por un lado, evitar una renuncia “a priori” al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y, por otro lado, saber si la materia es o no arbitrable. Evidentemente, la exigencia de la determinación de la relación jurídica queda satisfecha siempre que la misma se fije de modo directo y nominal, si bien la mejor doctrina procesalista también entiende que dicho requisito se cumple si se establecen datos suficientes para determinarla sin necesidad de llegar a un nuevo acuerdo. Por otra parte, que la relación jurídica deba ser determinada no conlleva que tenga que ser presente, de modo que no existe obstáculo alguno a admitir que la relación jurídica cuyas controversias se sometan a arbitraje sea futura. Igualmente, a tenor del art. 9.1 LA, las controversias sometidas a arbitraje pueden ser todas o algunas de las que han surgido o pueden surgir en el futuro respecto de la relación jurídica determinada. Es más, cierto sector doctrinal sostiene que, en caso de que se determine la relación jurídica de la que pueden surgir las controversias pero se guarde silencio respecto de estas últimas, debe entenderse que todas las controversias pueden ser objeto de arbitraje. Cuestión distinta es que los socios deseen someter a arbitraje únicamente algunas de las controversias que nacen en el marco del contrato de sociedad, en cuyo caso será necesario proceder a su especificación. A tal efecto, tan admisible es concretar las controversias en sentido positivo, indicando las concretas controversias objeto de arbitraje, como en sentido negativo, es decir, excluyendo aquellas que se desea no queden sometidas. Ahora bien, la concreción ha de ser clara e inequívoca. Por lo demás, las partes –en nuestro caso, los socios– disponen de amplias facultades en materia de contenido del convenio arbitral, dado que la LA reconoce en su Exposición de Motivos que “....parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de

la voluntad de las partes”¹⁷. Ello no implica, sin embargo, que las partes se vean compelidas a prever todos y cada uno de los extremos permitidos legalmente, dado que la LA contiene criterios supletorios o sustitutorios para el caso en que aquellas no hayan decidido sobre ciertas cuestiones. A ello se ha de sumar otra circunstancia como es que, en la práctica, suele ser habitual la utilización de ciertas cláusulas de estilo comunes a buena parte de las sociedades, al ser propuestas por instituciones como el Consejo Superior de Cámaras de Comercio¹⁸ o la Asociación Europea de Arbitraje –AEADE–¹⁹. Ahora bien, en el supuesto de que las partes hagan uso de esta amplia autonomía de la voluntad en materia de contenido del convenio, deben ser sumamente cuidadosas para evitar imprecisiones, vicios, errores o ambigüedades, que darían lugar a las conocidas como “cláusulas patológicas”, cuya gravedad pueden determinar la ineficacia del pacto. En efecto, la inclusión en el convenio arbitral de una cláusula como las señaladas obligaría a interpretar el convenio arbitral para

17. Nos referimos a cuestiones como las notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos en el procedimiento arbitral; el número de árbitros, el procedimiento para su designación y recusación y los requisitos que deben cumplir; la exclusión de la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares; el procedimiento que deben seguir los árbitros en su actuación; el lugar del arbitraje; el idioma o idiomas del arbitraje; reglas sobre el nombramiento de peritos; el plazo para la decisión; las costas del arbitraje; la forma y el plazo de notificación del laudo; el plazo en el que cesa la obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento; el plazo para solicitar la corrección de errores en el laudo en materia de cálculo, copia, tipografía o similar, la aclaración de un punto o una parte concreta del laudo o el complemento del mismo, entre otras.

18. “1) Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente mediante arbitraje de derecho por uno o más árbitros, en el marco de la Corte Española de Arbitraje del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, de conformidad con su Reglamento y Estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación del árbitro o del tribunal arbitral.

2) Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad, se sustanciarán y decidirán en un mismo procedimiento arbitral”.

3) La Corte Española de Arbitraje no nombrará árbitro o árbitros en su caso, en los procedimientos arbitrales de impugnación de acuerdos o de decisiones hasta transcurridos cuarenta días desde la fecha de adopción del acuerdo o decisión impugnada y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

4) En los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales la propia Corte Española de Arbitraje fijará el número de árbitros y designará y nombrará a todos ellos.

5) Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen, hacen constar como futuras partes, su compromiso de cumplir el laudo que se dicte.”

19. “1. Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad, se sustanciarán y decidirán en un mismo procedimiento arbitral.

2. AEADE no nombrará árbitro o árbitros en su caso, en los procedimientos arbitrales de impugnación de acuerdos o de decisiones hasta transcurridos cuarenta días desde la fecha de adopción del acuerdo o decisión impugnada y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

3. En los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales la propia AEADE fijará el número de árbitros y designará y nombrará a todos ellos.

4. Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen, hacen constar como futuras partes su compromiso de cumplir el laudo que se dicte.”

determinar si puede producir sus efectos o si, por el contrario, la patología es de tal importancia que conduce a la ineficacia del convenio arbitral.

El art. 9 LA también se pronuncia sobre la forma del convenio arbitral. Así, en su párrafo 3, aquel señala que “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. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo”. Como resultado, la regla general es la obligatoria constancia por escrito del convenio arbitral; requisito que responde a la necesidad de certeza de la existencia del mismo. Con todo, la enumeración legal es meramente ejemplificativa, de tal manera que resulta admisible cualquier otro medio, siempre que permita dejar constancia del acuerdo de sumisión a arbitraje. Téngase en cuenta, sin embargo, que la inclusión del convenio arbitral en una cláusula estatutaria requiere necesariamente la intervención de notario de cara a su posterior inscripción en el Registro Mercantil, de modo que, en este caso, no sería suficiente con su mera constancia por escrito. No ocurriría lo mismo, en buena lógica, caso de tratarse de un convenio arbitral extraestatutario.

Otra cuestión importante que se planteaba en sede de arbitraje societario y que ha sido definitivamente resuelta por la Ley de Arbitraje de 2003 ha sido la adopción de medidas cautelares en el marco de un procedimiento arbitral. No se trata, desde luego, de una cuestión baladí, dado que precisamente este tema se había convertido en uno de los grandes inconvenientes del arbitraje. Como es conocido, las medidas cautelares son instrumentos que garantizan el ejercicio de la tutela judicial efectiva, ya que protegen el interés del litigante, al asegurar la ejecución de la eventual sentencia estimatoria que pueda recaer en el proceso o la obtención de una tutela interina del derecho afirmado por el actor. En buena lógica, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado no se satisface de modo automático, sino que requiere de un período más o menos largo de tiempo, que puede conducir a la inutilidad de la futura resolución; circunstancia, por otra parte, que también concurre en un proceso arbitral. Con todo, la LA 1988 no se pronunciaba expresamente sobre esta cuestión, ya que únicamente se refería a la posible adopción de medidas cautelares en fase de anulación, omitiendo toda referencia a la adopción de las mismas durante la tramitación del proceso arbitral. Esta circunstancia explica que cierto sector procesalista negara la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el marco de un procedimiento arbitral, con base en dos argumentos: i) el silencio de la propia Ley, que únicamente preveía la adopción de medidas cautelares una vez dictado el laudo; y ii) las dificultades que planteaba la legislación registral. Con todo, otro sector doctrinal rechazaba esta interpretación literal del texto legal con base en que este último vaciaba de significado la tutela cautelar en el proceso arbitral en cuya regulación también se encontraba presente el fundamento esencial de las medidas cautelares, es decir, el peligro de duración del proceso. Sin embargo, al menos la posibilidad de servirse de medidas cautelares queda solventada, posteriormente, en el art. 722 LEC, que señala que “podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el art. 38 de la Ley de Arbitraje; o, en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento”. También la LEC es meridianamente clara al

pronunciarse en su art. 724 acerca del órgano competente para resolver la admisión de aquéllas, que no es otro que un tribunal ordinario²⁰; si bien cierto sector doctrinal sostenía su adopción por los árbitros, alegando la instrumentalidad y accesoriadad de la medida cautelar respecto del fondo del asunto o el carácter excepcional de la intervención de los tribunales en la jurisdicción arbitral, entre otros argumentos. Ahora bien, esta cuestión ha quedado zanjada en la LA actualmente en vigor, ya que no existe duda alguna de que los árbitros pueden adoptar medidas cautelares. En efecto, de la lectura del art. 23 LA²¹ se deduce: i) por un lado, la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante la tramitación de un proceso arbitral; y ii) por otro lado, la atribución de la potestad de adoptar medidas cautelares a los árbitros, aunque en caso de que sea necesaria su ejecución habrá que acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado. Como resultado, la pretensión de adoptar medidas cautelares puede ejercitarse bien ante un juez –art. 11.3 LA en conexión con el art. 8.3 LA–, bien ante los árbitros –art. 23 LA–. Dicho de otro modo, la potestad arbitral y la potestad jurisdiccional son alternativas, aunque siempre desde un comportamiento de buena fe procesal, no siendo admisible ejercerlas en perjuicio de una de las partes del proceso o en tanto medio para obtener la petición cautelar que interesa a una de las partes, con independencia de la vía por la que se opte. En buena lógica, las previsiones contenidas en la LA 2003 han puesto fin a los debates planteados previamente en materia de medidas cautelares en el marco de un procedimiento arbitral, por lo que han sido bien recibidas por la doctrina, que ha subrayado el avance que suponen hacia una concepción moderna de la tutela cautelar en el arbitraje. Por lo demás, la LA no contiene mayores previsiones en esta materia, salvo las ya señaladas y algunas “pautas-marco” en el ejercicio de la potestad arbitral cautelar²². De ahí que resulte necesario acudir a la regulación de las medidas cautelares contenida en los arts. 721 a 747 LEC, aunque siempre teniendo presente el espíritu de la institución arbitral y las previsiones contenidas en el art. 23 LA.

Pero, ¿cuáles son las medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas pendiente un procedimiento arbitral en materia de impugnación de acuerdos sociales? Hasta principios de enero de 2001 y en tanto medidas cautelares específicas del procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, la LSA regulaba en sus arts. 120 y 121 la suspensión del acuerdo impugnado y la anotación preventiva de la demanda de impugnación; sin perjuicio de otras medidas cautelares permitidas por el art. 1428 LEC 1881. La primera de ellas ya se encontraba prevista en la LSA 1951 y fue mantenida en la LSA 1989 con algunas modificaciones de indudable interés. En cambio, la anotación preventiva de demanda tiene un origen particular, ya que

20. “Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia...”.

21. “Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante”

22. Piénsese, por ejemplo, en la tutela cautelar *ante causam*; en la acentuación de la instrumentalidad respecto del proceso principal; en la posibilidad de exigir caución suficiente al solicitante de la medida cautelar, en caso de que las medidas cautelares se adopten por los árbitros; a la denominación de la resolución cautelar como “laudo parcial”; o a la aplicación de las normas de la anulación y la ejecución forzosa del laudo.

aparece de la mano de la Dirección General de los Registros y del Notariado²³ y sólo, posteriormente, es objeto de reconocimiento normativo, primero en el RRM 1956 –arts. 111 y 112– y, después, en la LSA 1989 –arts. 121 y 122.3–, así como en el RRM actualmente en vigor –arts. 155 y 156–. A partir de aquella fecha, los arts. 120 y 121 LSA quedan derogados por el párrafo segundo, inciso segundo, de la Disposición Derogatoria Única LEC. Por tanto, en el momento presente, la cuestión relativa a la adopción de medidas cautelares en el marco de un proceso de impugnación de acuerdos sociales queda reconducida a la regulación general de las medidas cautelares contenida en la LEC, y, por lo que respecta a las concretas medidas susceptibles de adoptar, al art. 727 LEC. Consecuencia de ello es que, en el momento presente, únicamente subsiste la medida cautelar de suspensión del acuerdo, mientras que desaparece la de anotación preventiva de la demanda, ya que esta última no se refiere a “bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos”. Es cierto, sin embargo, que como reconoce la mejor doctrina mercantilista, el tema sigue siendo discutido.

Por lo demás, el art. 727.10^a LEC señala que la suspensión de la ejecución ha de ser solicitada por el demandante o demandantes que representen, al menos, un cinco por ciento del capital social o un uno por ciento del capital social en el caso particular de que la sociedad demandada haya emitido valores que, en el momento de la impugnación, estén admitidos a negociación en mercado secundario oficial. La justificación última de esta exigencia no es otra que evitar que accionistas titulares de un porcentaje inferior de capital social se sirvan de la previsión legal con una finalidad torticera. Dado que, además, la norma tiene un carácter imperativo, no cabe duda alguna de que la solicitud de esta medida cautelar en un proceso arbitral debe ser respaldada por tales porcentajes de capital. Por otra parte, la redacción del art. 727.10^a LEC no resuelve el interrogante, ya suscitado bajo aplicación del art. 120.1 LSA 1989, de si el porcentaje exigido a efectos de solicitar la suspensión de la ejecución del acuerdo se refiere a capital suscrito o a capital desembolsado. La doctrina mayoritariamente ha sostenido que la Ley se refiere a capital suscrito y no al desembolsado, con base en una interpretación sistemática de los arts. 100, 102 y 103 LSA; solución que, a nuestro juicio, debe seguir manteniéndose. A su vez, el cómputo del mencionado porcentaje tiene que llevarse a cabo en el momento temporal de celebración de la Junta cuyo acuerdo se impugna, aunque debe mantenerse durante toda la vigencia de la suspensión. De ahí que una reducción del porcentaje de capital representado por debajo del cinco por ciento, como consecuencia de una enajenación de acciones, privaría al accionista o accionistas de legitimación para continuar la medida cautelar, aunque la doctrina procesalista ya defendió que el alzamiento de la suspensión no se produciría de modo automático, puesto que la sucesión procesal lo impedía. Esta solución, sin embargo, no es predicable en el supuesto de disminución del porcentaje debido a un aumento de capital social: así, ha de entenderse que la legitimación activa subsiste, ya que, en caso contrario, resultaría sencillo enmascarar acuerdos nulos o anulables cuya ejecución produjera beneficios a corto plazo, evitando la suspensión mediante la inclusión en los mismos de acuerdos de ampliación de capital dirigidos a silenciar a las minorías. A su vez, en el caso particular de impugnación de acuerdos de fusión, absorción o escisión, un

23. Ver RDGRN de 20 de febrero de 1954.

sector de la doctrina mercantil ha defendido que el cómputo del cinco por ciento debe realizarse sobre la base del capital de la sociedad cuyo acuerdo se impugna, cuando dicha impugnación es previa al momento de la inscripción en el Registro Mercantil del acuerdo de fusión, absorción o escisión, y sobre la base del capital de la nueva sociedad derivada de cualquiera de las modificaciones estructurales indicadas, cuando la impugnación es posterior a la inscripción.

3. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 60-2003, de 23 de diciembre*, Madrid: Thomson-Civitas, 2004.

AA.VV. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005.

AA.VV. *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60-2003, de 23 de diciembre*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2004.

BARONA VILAR, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2006.

BARONA VILAR, Silvia. (directora), *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

BOTANA AGRA, Manuel. "Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas". En: *Derecho de los Negocios*, enero 1999, pp. 9-20.

CALAZA LÓPEZ, Sonia. *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.

—. "El arbitraje societario". En: *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, nº 21, 2003, pp. 193 y ss.

CAMPO VILLEGAS, Elías. "Temas del arbitraje societario vistos por un notario". En: *La Notaría*, nº 47-48, noviembre 2007, pp. 13-56.

—. "El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo". En: *La Notaría*, nº 6, junio 1998.

—. "El arbitraje en las sociedades mercantiles". En: *Revista Jurídica de Cataluña*, 1998, pp. 313-349.

CARAZO LIÉBANA, M^a. José., *El arbitraje societario*, Madrid: Marcial Pons, 2005.

—. "La aplicación del arbitraje a la impugnación de acuerdos societarios en las sociedades de capital (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998)". En: *Revista de Derecho Mercantil*, 1998, pp. 1211 y ss.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. "Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales". En: *Revista General de Derecho*, 1995, pp. 6913-6955.

—. "Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, pp. 2033-2053.

GÓMEZ PORRÚA, J. M., "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 Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, Madrid: Mc Graw-Hill, 2002, pp. 1925 y ss.

MARTÍN PASTOR, J., *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles*, Granada: Comares, 1997.

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M^a Teresa. “*Impugnación de acuerdos de las Juntas generales de las sociedades anónimas y arbitraje (STS de 18 de abril de 1998)*”. En: Revista de Derecho de Sociedades, nº 11, 1999, pp. 335-362.
- MUÑOZ PLANAS, José M^a. “*Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles*”. En: Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Madrid: Civitas, 1978, pp. 380-495.
- MUÑOZ PLANAS, José M^a; MUÑOZ PAREDES, José M^a. “*La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje*”. En: Derecho de sociedades: Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Volumen II, Madrid: Mc Graw-Hill, 2002, pp. 1977 y ss.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis. “*La impugnación de acuerdos de la Junta general de una sociedad anónima puede dirimirse por arbitraje*”. En: Revista Jurídica de Cataluña, 1998, pp. 781-783.
- . “*El antiarbitraje pierde su primera batalla: los pactos estatutarios de sumisión arbitral en las sociedades mercantiles. Comentarios a la Resolución de la D.G.R.N. de 19 de febrero de 1998 revocando una nota del Registro Mercantil nº 12 de Barcelona*”. En: Revista Jurídica de Cataluña, 1998, pp. 535-539.
- PERALES VISCASILLAS, M^a Pilar. *Arbitrabilidad y convenio arbitral: ley 60-2003 de arbitraje y Derecho societario*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2005.
- PICÓ i JUNOY, Joan; VÁZQUEZ ALBERT, Daniel. “*El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas*”. En: Revista de Derecho de Sociedades, nº 11, 1999, pp. 183-204.
- VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho mercantil*, 21^o ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- . “*Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Punto final*”. En: Anuario Justicia Alternativa. Derecho arbitral, nº 1, 2001, pp. 91-120.
- . “*El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales*”. En: Revista General de Derecho, 1998, pp. 9355-9372.