

EN TORNO A LA SOLUCIÓN ARBITRAL DE LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS Y DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Manuel Botana Agra (*)

Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DEBATE SOBRE LA ARBITRABILIDAD DE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES.- II.A. En el marco de las Leyes de 1951 (LSA) y 1953 (LSL).- II.B. En el marco del TRLSA (1989) y de la LSRL (1995).- II.C. Últimas posiciones jurisprudenciales: la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 18 de abril de 1998.- III. VALORACIÓN DE LA TESIS FAVORABLE A LA ARBITRABILIDAD DE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES.- III.A. La imperatividad de las normas rectoras de la impugnación de los acuerdos sociales y el cauce en ellas previsto.- III.B. El carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales.- IV. EPÍLOGO.

I. INTRODUCCIÓN

1. En la realidad viva de las sociedades mercantiles, personalistas o de capital (de éstas, en particular, las de estructura cerrada y familiar), es bastante usual la incorporación a sus escrituras fundacionales o estatutos de una cláusula de sumisión a arbitraje de cualesquiera o de concretos conflictos que se susciten en el ámbito societario. Con variantes que de ordinario no son sustanciales, tales cláusulas suelen presentar un texto análogo al siguiente: "todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la sociedad y sus administradores o socios, o entre aquéllos y éstos, o estos últimos entre sí, se someten al arbitraje (...), cuya decisión será de obligado cumplimiento. Se exceptúan de esta sumisión aquellas cuestiones que no sean de libre disposición" (1).

(*) Catedrático de Derecho Mercantil

(1) Este texto se toma en sustancia de la cláusula estatutaria enjuiciada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 19 de febrero de 1998 (AJ, 1118 (1998));

2. Ciertamente, la institución del arbitraje como vía de solución de contiendas surgidas en el marco societario, ha gozado tradicionalmente de un firme respaldo y de una generalizada aceptación en el Derecho mercantil español. Ese respaldo y aceptación tuvieron su expresión más álgida en la concepción del arbitraje como cauce "obligatorio" de solución de los conflictos societarios; concepción acogida ya en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 (2) y continuada en el Código de Comercio de 1829 (3) y en la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830 (4).

El talante liberal y primordialmente dispositivo del Código de Comercio de 1885 supuso la pérdida del carácter forzoso del arbitraje (5). Esto no obstante, la ausencia de cualquier tipo de prohibición o de restricción sobre la materia en este Código, y al amparo de la libertad de pactos proclamada en su artículo 125, se ha venido sosteniendo sin discrepancias la posibilidad de recurrir al arbitraje como forma de resolver conflictos nacidos en el seno de las sociedades. Con base precisamente en el espíritu liberal del Código de 1885 se ha escrito, pocos años después de su promulgación, que este Código "deja en completa libertad a las personas que constituyen una sociedad mercantil para que acuerden la manera de resolver sus diferencias como tengan por conveniente; y en la práctica y durante mucho tiempo, los notarios y letrados han tenido buen cuidado de consignar en las escrituras de constitución de compañías que toda duda, cuestión o diferencia surgidas, tanto por la interpretación como por el cumplimiento del contrato social, será resuelta por amigables componedores" (6).

y a similar esquema responde también, por ejemplo, el pacto compromisorio estatutario enjuiciado por la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 8 de octubre de 1993 (594 RGD 1994, 2512 y ss.), que en casación sometió a valoración el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de abril de 1998 (AJ, 2984 (9998)).

- (2) Capítulo 10, XVI. Para un completo y detallado estudio de la evolución de la institución del arbitraje en materia societaria, puede verse el trabajo de MUÑOZ PLANAS (con muy abundantes citas) titulado *Problemas de arbitraje en materia de sociedades mercantiles*, publicado en ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL EN HOMENAJE A RODRIGO URÍA, Madrid, 1978, 279 y ss.
- (3) V., por ejemplo, sus artículos 286, 323 a 325 y 345; para su análisis, MUÑOZ PLANAS, *loc. cit.*, 391 y 22.
- (4) V., en especial, su art. 255.
- (5) Apunta el prof. MUÑOZ PLANAS (art. cit., 399) que el espíritu de la Ley General de Sociedades de 1869, reacio a toda imposición, acogido también en las Bases (de 30 de septiembre de 1869) para la redacción del nuevo código, prepararon el terreno de la omisión en el Código de comercio de 1885 de cualquier alusión a la obligatoriedad del arbitraje en cuestiones societarias.
- (6) ESTASEN, *Cuestiones entre socios de una compañía mercantil*, 89 RGLJ 1896, 263 y ss (268).

Ahora bien, si desde el campo de la legislación mercantil no existían dificultades para dar cabida en las escrituras o estatutos sociales a cláusulas compromisorias, no ocurrió lo mismo desde el campo de la legislación adjetiva o procesal. En efecto, el estricto cumplimiento de las formalidades establecidas en los artículos 793 y 828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en punto al compromiso arbitral y, sobre todo, los escollos que con frecuencia planteaba la efectiva ejecución del pacto compromisorio, propiciaron una cierta desconfianza en la eficacia del arbitraje como instrumento de solución de contiendas societarias (7).

3. La apuntada desconfianza apenas encontró remedio en la Ley especial de Arbitrajes de Derecho privado, de 22 de diciembre de 1953 (8). De un lado, la concepción en esta Ley del contrato preliminar de arbitraje (arts. 7 a 9) y del compromiso (art. 12) como figuras independientes y, de otro, la atribución de efectos desiguales a cada una de ellas, contribuyó a que persistieran los recelos y vacilaciones respecto de la eficacia negativa (esto es, la exclusión de la competencia judicial) del contrato preliminar o pacto compromisorio. Así, frente a quienes no dudaban en reconocerle tal eficacia (9) se alzó con predominio la posición adversa (10).

Sin perjuicio de lo que antecede, acaso la mejor contribución de la mencionada Ley de 1953 a esta materia haya sido la relativa a la delimitación del ámbito objetivo de las cláusulas compromisorias societarias. Por contraste con la amplitud permitida en la etapa que le precedió, esa Ley (art. 14) dispuso que sólo podían ser objeto de compromiso arbitral “todas aquellas materias de Derecho privado sobre las que las partes puedan disponer válidamente”. La indisponibilidad, pues, de una materia por las partes se erigía en límite infranqueable a la arbitrabilidad de la misma.

El respeto a este límite, sin embargo, en ningún caso se ha alzado contra la admisión en general del arbitraje como medio de solución de litigios

(7) De las inseguridades surgidas en el campo procesal se hace eco (con ulteriores citas) MUÑOZ PLANAS, art. cit., 400-401.

(8) BOE, núm. 358, de 24 de diciembre de 1953.

(9) Por ejemplo, FENECH/CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, 455 y ss.

(10) Por ejemplo, OGAYAR y AYLLÓN, *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid, 1977, 154.

societarios. En este orden de cosas, se han considerado arbitrables las cuestiones, entre otras, atinentes a la valoración de las aportaciones no dinerarias, a la valoración de cuotas, acciones o participaciones sociales, a la retribución de los administradores, a la separación voluntaria de socios o a la interpretación de los estatutos (11).

4. Como pieza de cierre de este apunte introductorio procede examinar ahora, siquiera en sus trazos fundamentales, el marco jurídico que ofrece la vigente Ley 36/1988 de Arbitraje (12). En lo que aquí importa ese marco está integrado por las disposiciones contenidas en los artículos 1, 2 y 5 de la Ley. Los dos primeros delimitan, en positivo y en negativo, el ámbito objetivo del arbitraje. Así, según el artículo 1º, son materia susceptible de arbitraje las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de libre disposición de las partes conforme a Derecho. Esta "disposición" implica, de una parte, que la cuestión de que se trate sea en sí misma disponible y, de otra, que las partes del convenio arbitral tengan suficiente capacidad y libertad para disponer de la misma. La disponibilidad, pues, ha de ser contemplada desde una doble vertiente: con referencia a la materia o cuestión litigiosa en sí misma considerada (vertiente objetiva) y en relación con las partes del convenio arbitral (vertiente subjetiva). En punto a la primera de estas vertientes cabe acoger como regla general que toda materia es "disponible" en tanto no choque con una norma jurídica que la califique de "indisponible"; de donde resulta que la "disponibilidad" es la regla, en tanto que la excepción lo será la "indisponibilidad"; excepción que, por serlo, ha de estar claramente prevista y acotada por la norma de Derecho. Sobre esta base, hay que considerar como objetivamente indisponibles las materias contempladas en los siguientes artículos del Código Civil: 6.2 (materias contrarias al orden público o que perjudiquen a terceros), 1271 (las cosas que estén fuera del comercio o las herencias futuras salvo el supuesto del artículo 1056) y 1814 (el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales o sobre alimentos futuros) (13). Y por lo que concierne a la señalada vertiente

(11) Para un estudio reposado y con puntuales y oportunas apreciaciones críticas sobre la operatividad del arbitraje en estas cuestiones, v. MUÑOZ PLANAS, art. cit., 433 y ss.

(12) BOE, núm. 293, de 7 de diciembre de 1988. Para un análisis global de esta Ley pueden consultarse los *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por R. BERCOVITZ), Madrid, 1991.

(13) R. BERCOVITZ, comentario al art. 1º, en *Comentarios.*, cit., 20-21.

subjetiva, es de apuntar que sólo cabe la arbitrabilidad cuando la materia, además de ser en sí misma disponible, cae dentro de la libertad de disposición de las concretas partes intervinientes en el convenio arbitral; libertad y capacidad que ha de apreciarse de acuerdo con la ley personal de éstas. Declara en este sentido el artículo 60 de la Ley vigente de Arbitraje que la capacidad de las partes será la exigida por su ley personal para disponer en la materia controvertida (14).

A modo de reverso de la delimitación de la materia arbitrable que formula el artículo primero de la Ley 36/1988, el artículo 2 de ésta enuncia los supuestos de materias excluidas de aquélla. Declara como tales: a) las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución; b) las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición; c) las cuestiones en las que, conforme a las Leyes, haya de intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismas (15).

Finalmente, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje en vigor acoge la figura del convenio arbitral como instrumento único y sustitutivo de las dos piezas (el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso) de la precedente Ley de 1953. A tenor de este artículo, el convenio arbitral ha de expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión (16). Aunque se concibe por la Ley con una fisonomía que evoca la del pacto compromisorio, el convenio arbitral aparece claramente dotado de eficacia negativa y, a diferencia de aquél, tiene que incorporar de manera expresa la obligación de las partes de dar cumplimiento a la resolución arbitral (17).

(14) En cambio, el artículo 13.1º de la Ley de 1953 establecía que la capacidad era "la que se exige para enajenar, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes a que afecte el compromiso".

(15) Con más amplitud, v. PUIG FERROL, comentario al art. 2º en *Comentarios*, cit., 33 y ss.

(16) Para un estudio más detallado de este punto v. LÓPEZ LÓPEZ, comentario al art. 5 de la Ley de Arbitraje, en *Comentarios*, cit., 69 y 22.

(17) Así se infiere tanto del artículo 11 de la Ley de Arbitraje como del artículo 1464.10ª de la LEC (conforme a la redacción recibida por la Dis. Ad. 3ª de aquella Ley).

5. Al margen de las reservas que desde la perspectiva procesalista ha suscitado el denominado contrato preliminar de arbitraje, es indudable que bajo el imperio de la Ley de 1953 apenas hubo resistencias a la licitud de los pactos compomisorios incorporados a los estatutos de sociedades mercantiles; y cuando se planteaba algún litigio, éste se limitaba a aspectos concretos de tales pactos (18).

Con la adopción de la figura del convenio arbitral y la consiguiente supresión del binomio pacto compromisorio/compromiso, la Ley de Arbitraje en vigor ha fomentado una mayor diligencia y un más severo rigor en el examen y admisión, a los efectos de su inscripción, de pactos compromisorios incluidos en los estatutos de sociedades mercantiles. Son una buena muestra de ello los reparos alegados por el correspondiente Registrador Mercantil para denegar la inscripción de la cláusula arbitral –cuyo texto en su esencia es el reproducido en el número (1) de este apartado– objeto de enjuiciamiento por la Dirección General de los Registros y del Notariado (=DGRN) en su resolución de 19 de febrero de 1998 (19). He aquí sucintamente expuestos tales reparos: no cabe configurar una norma estatutaria como convenio arbitral a los efectos de la Ley 36/1988; la cláusula supone en sus términos una renuncia anticipada a la jurisdicción, por lo que contradice el orden público; el pacto compromisorio estatutario no puede vincular a los administradores que no ostenten la condición de socios; por último, la amplitud en que está concebida la cláusula conduce a una indeterminación de las relaciones jurídicas sobre las que ha de recaer el arbitraje (20).

No obstante el especial cuidado con que procede examinar la licitud de las cláusulas arbitrales estatutarias a la luz de la vigente Ley 36/1998, ese esmero en absoluto debe conducir al cierre, con carácter general, del Registro Mercantil para este tipo de cláusulas. Así lo ha entendido la DGRN en su citada resolución. En efecto, a la alegación de la idoneidad de una norma estatutaria para ser fuente de un convenio arbitral, la Dirección General

(18) Como pronto veremos, la litigiosidad se polarizaba en torno a la impugnación de los acuerdos sociales; no obstante, en la Resolución de la DGRN de 27 de abril de 1989 (AJ, 1023 (1989)) se estimó no inscribible un pacto compromisorio que sometía a arbitraje la solución de los empates que se produjeran en el Consejo de administración.

(19) AJ, 1118 (1998).

(20) V. *Hecho* segundo de la Resolución, *in fine*.

replica que un convenio de esta naturaleza “puede integrarse en los propios Estatutos para la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que pueda calificarse de regla paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más (...), que en la medida en que son objeto de publicidad registral vinculan y sujetan a quienes en cada momento lo estén al conjunto normativo constituido por los propios Estatutos” (21). Y frente a la aducida indeterminación de las relaciones jurídicas que se someten al arbitraje –con el consiguiente riesgo de someter a éste litigios sobre materias indisponibles– la DGRN argumenta que la “determinación” de tales relaciones requerida por la Ley, no debe extremarse hasta el punto de que tenga que concretarse qué controversias quedan sujetas al arbitraje y cuáles quedan excluidas, pues esto 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 agotarlos”. Pues bien, con base en esta argumentación, concluye la DGRN que una cláusula como la enjuiciada, cuyo texto se limita a sujetar a arbitraje las controversias societarias y a excluir de aquél las cuestiones que no sean de libre disposición, debe ser admitida a su inscripción en el Registro Mercantil (22).

Con alcance de regla general, pues, ha de considerarse jurídicamente admisible la inclusión, en los estatutos de sociedades mercantiles, de cláusulas, con valor de convenio arbitral, en las que se establezca la solución arbitral de controversias societarias atinentes a asuntos o materias de libre disposición de las partes. Más arriba (núm. 3 *in fine*) se ha hecho referencia

(21) Sin embargo, la propia DGRN en una Resolución de 10 de noviembre de 1993 (su texto figura recogido en *Doctrina Mercantil de la Dirección General de Registros y del Notariado*), obra elaborada por LÓPEZ ANGEL, II, Madrid, 1995, 1522 y ss.) parece poner en duda (a nuestro modo de ver, digámoslo ya, con razón) que “una norma estatutaria pueda configurarse como convenio arbitral a los efectos legales”.

(22) Hay que considerar cuando menos impropio e inoportuno invocar a favor de la admisión de la cláusula arbitral en las sociedades mercantiles, el que la Ley General de Cooperativas prevea en su artículo 163.1 b) el arbitraje cooperativo, pues las funciones, objetivos y sistema de control público de las Cooperativas difieren sustancialmente de los de aquellas sociedades.

Se escribe también en apoyo de la arbitrabilidad en materia de impugnación de acuerdos sociales, que la Ley de Cooperativas Valenciana de 25 de octubre de 1985 establecía en su artículo 35 que “toda impugnación de acuerdos podrá ser objeto de conciliación y arbitraje cooperativo”. Mas a esto hay que replicar que la vigente Ley 3/1995 de esa Comunidad Autónoma guarda un expresivo silencio (v. art. 35) sobre el particular.

ya a algunas de las cuestiones sobre las que no debe existir duda alguna respecto de su arbitrabilidad. Hay, sin embargo, otras materias cuya susceptibilidad de sumisión a arbitraje es más problemática. Tal ocurre en relación, por ejemplo, con el desembolso de los dividendos pasivos, la responsabilidad de los administradores, la exclusión de socios o la impugnación de acuerdos sociales.

Pues bien, del conjunto de controversias societarias cuya arbitrabilidad es tema polémico, centramos nuestra inmediata atención sobre las controversias atinentes a la validez de los acuerdos sociales (23).

II. EL DEBATE SOBRE LA ARBITRABILIDAD DE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES

II.A. En el marco de las Leyes de 1951 (LSA) y 1953 (LSL)

En la etapa anterior a la promulgación de las Leyes de régimen jurídico de las sociedades anónimas de 1951 y de responsabilidad limitada de 1953, se aceptó sin dificultad la posibilidad de resolver por vía arbitral los litigios suscitados en materia de impugnación de los acuerdos sociales; posibilidad que concordaba sin roces con el espíritu liberal y abstencionista que, también en este sector, eran patrimonio del Código de Comercio de 1885 (24). El debate, sin embargo, empezó a tomar cuerpo tras la aprobación de las mencionadas Leyes mercantiles y de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953. Sobre la base del procedimiento especial de impugnación de los acuerdos sociales instaurado por la LSA (25) y de la consideración de "indisponible" de la impugnación de estos acuerdos, tanto la doctrina científica (26) como la jurisprudencia del Tribunal Supremo tomaron decidido

(23) Entre estos otros supuestos problemáticos cabe mencionar los de nulidad de la sociedad, responsabilidad de los administradores o exclusión de socios; para su análisis y valoración puede verse MUÑOZ PLANAS, art. cit., 436, y ss., 446 y ss., 462 y ss., y 472 y ss.

(24) Así lo entendió también el Tribunal Supremo en sus sentencias de 26 de abril de 1905 y de 8 de julio de 1907.

(25) Artículo 70. Para un estudio pormenorizado de este artículo y colindantes que le anteceden v. URÍA en GARRIGUES/URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, 3ª ed. (rev. corr. y puesta al día por A. MENENDEZ/M. OLIVENCIA), Madrid, 1976, 771 y ss.

(26) Entre los mercantilistas cabe citar, entre otros, a RUBIO (*Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., Madrid, 1974, 263. 264) y VELASCO ALONSO (*La Ley de Sociedades*

partido en contra de la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales. Uno de los primeros y más cualificados comentaristas de la LSA de 1951, el maestro R. URÍA, ha escrito al respecto que sea cual fuere la naturaleza del derecho de impugnación, supuesto que la resolución de la contienda produce efectos para todos los accionistas, no cabe dejar en manos de los litigantes los derechos ajenos; por otro lado, añade este autor, no caben acuerdos puramente privados a base de concesiones recíprocas sobre cuestiones relativas a si un acuerdo se acomoda o no a la Ley o a los Estatutos, o si vulnera los intereses sociales (27). Por su parte, atraído muy probablemente por la autoridad del citado comentarista de la LSA, el Tribunal Supremo acogió la misma tesis en su sentencia de 14 de octubre de 1956, la primera en que hubo de enfrentarse con el tema que ahora nos ocupa (28). En esta sentencia, cuya posición fue reafirmada en otras posteriores (29), el alto Tribunal declaró lo siguiente: "la primera cuestión que debe resolverse es la relativa a la incompetencia de jurisdicción alegada por la entidad demandada invocando el artículo 26 de los Estatutos fundacionales por virtud del cual deben someterse a juicio de amigables compondores todas las cuestiones que se susciten entre ella y sus accionistas, o entre éstos; pero tal cuestión viene subordinada a la estimación que se haga sobre la validez de la cláusula compromisoria que se invoca, de la que carece en absoluto en cuanto a la materia que ahora se ventila consistente en la impugnación de unos acuerdos de la Junta General de accionistas, para lo cual establece la Ley de 17 de junio de 1951 un procedimiento especial, totalmente nuevo, en nuestro ordenamiento jurídico, de derecho necesario por el carácter público y social que lo informa, como la generalidad de los preceptos de dicha Ley, por la naturaleza de los motivos de impugnación a que se refiere, esgrimidos en este proceso, totalmente sustraídos a la libre disposición de las partes y en tal concepto, además, excluidos de materia apta para el arbitraje en cualquiera de sus modalidades, como de manera expresa determina el artículo

Anónimas, 3ª ed., Madrid, 1974, 333); y entre los procesalistas pueden verse FAIREN GUILLEN (*El proceso en la Ley de Sociedades Anónimas*, Barcelona, 1954, 82) y GÓMEZ ORBANEJA (*El proceso de impugnación de la Ley de Sociedades Anónimas*, RDP, 1955, 125 y ss.).

(27) Estas afirmaciones las hizo el maestro URÍA recién estrenada la LSA de 1951 (en GARRIGUES/URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, Madrid, 1952, 648).

(28) AJ, 3194 (1956).

(29) V. las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1968 (AJ, 550 (1968)), 21 de mayo de 1970 (AJ, 3584 (1970)) y de 15 de octubre de 1971 (AJ, 3956 (1971)).

14 de la Ley reguladora de la institución de 22 de diciembre de 1953"; y concluye el Tribunal que "es indudable que aquella cláusula compromisoria, en cuanto se quiere hacer valer con el fin de privar de jurisdicción a los Tribunales para conocer de las impugnaciones que se establecen en el artículo 70 de la LSA, que es de lo que se trata, es improcedente y, por tanto, debe desestimarse la excepción de incompetencia alegada".

Aunque de forma minoritaria, un sector de la doctrina ha estimado excesivamente rígida la argumentación que sustentaba la tesis adversa a la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales. En esta línea se ha señalado que si bien esta posición se ajusta al esquema organizativo y de configuración de las sociedades abiertas y de base institucional, su mantenimiento se torna inconsistente con respecto a las sociedades cerradas y de clara contextura contractual. En este orden de cosas se ha escrito que, tratándose de sociedades cerradas en las que es factible que todos sus socios intervengan en la tramitación del arbitraje, no se aprecian motivos convincentes "para negar la posibilidad de someter a decisión arbitral, sea de derecho o de equidad, la validez o no de un acuerdo corporativo calificado de lesivo para el interés social (...) o bien cuando se estime que contradice normas estatutarias o legales predispuestas para tutelar, no ya posiciones individuales o de grupo, sino incluso intereses colectivos de los socios, porque si bien la disponibilidad de esa categoría de intereses está vedada al singular socio, en cambio parece excesivo negar ese poder de disposición a la colectividad de socios, todos parte en el arbitraje instaurado" (30).

II.B. En el marco del TRLSA (1989) y de la LSRL (1995)

Como bien se sabe, el TRLSA de 1989 contiene en sus artículos 115 a 122 el régimen de la impugnación de acuerdos sociales, el cual, por remisión del artículo 56 de su propia Ley de 1995, es el aplicable también a la impugnación de los acuerdos sociales en la sociedad de responsabilidad limitada (31). Sin perjuicio de algunas peculiaridades de cierta relevancia, la

(30) Así, por ejemplo, MUÑOZ PLANAS, art. cit., 460.

(31) Para un amplio estudio del régimen contenido en esos artículos v. por todos (con abundante bibliografía) MUÑOZ PLANAS en *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles* (Dirigidos por R. URÍA / A. MENENDEZ / M. OLIVENCIA), V, 1992, 299 y ss.

vigente LSA articula dicho régimen sobre pilares esencialmente coincidentes con los instaurados por la LSA de 1951 en sus artículos 67 a 70 (32).

Pues bien, con apoyo justamente en las peculiaridades que en esta materia presenta el régimen en vigor y sobre la base, también, de la nueva fisonomía del arbitraje recibida por la Ley 36/1988 de Arbitraje, empezaron a surgir voces que, cuando menos, pusieron en duda la fortaleza de la tesis, firmemente arraigada hasta entonces, defensora de la inarbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos de las sociedades mercantiles. La más arriba citada resolución de la DGRN, de 19 de febrero de 1998, se hace eco de este nuevo enfoque de la cuestión al declarar que si bien la exclusividad de la vía judicial para la impugnación de los acuerdos sociales goza de un reiterado respaldo jurisprudencial, este respaldo “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”.

El vigente marco normativo societario y arbitral ofrece, para un ya amplio sector de la doctrina científica y también para algunos pronunciamientos judiciales, una base argumental que se estima suficiente para sustentar la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales. Sin entrar en pormenores (33), tal base argumental se puede articular en los siguientes términos:

(32) Las novedades más significativas del régimen en vigor respecto del de 1951 están centradas sobre los aspectos más genuinamente procesales; por ejemplo, se subsume el proceso en el del juicio de menor cuantía (arts. 680 y ss. LEC) y se abre el recurso de casación para las sentencias que dicten las Audiencias Provinciales.

Para una exposición del proceso de impugnación de acuerdos de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, puede verse CORTES / GIMENO / MORENO, *Procesos civiles especiales*, Valencia, 1995, 253 y ss.

(33) Estos pueden verse desarrollados en CAMPO VILLEGAS, *El arbitraje en las sociedades mercantiles*, RJC 1998, 313 y ss. (en particular, 337 y ss.) y en *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*, Trib. Arb. de Barcelona, butll. n.º 10 (1997), r y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, *Sobre la arbitrariedad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales*, 609 RGD 1995, 6913 y ss.; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, *Impugnación de acuerdos de las juntas de accionistas*, Pamplona 1992, 197 y ss.; VELASCO SAN PEDRO en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (Dirigidos por SÁNCHEZ CALERO), I, Madrid, 1997, 324 y ss.

a) La imperatividad de las disposiciones rectoras de la impugnación de los acuerdos sociales no es obstáculo a la disponibilidad de los derechos subjetivos ni de las relaciones jurídicas regidas por aquélla, “pues simplemente lo único que se veda es que las mismas se infrinjan” (34). En abono de esta afirmación se aduce que, a pesar de la abundancia de normas imperativas en estos campos, se admite el arbitraje en el orden administrativo y en el ámbito de los arrendamientos urbanos.

b) El derecho de impugnación de acuerdos sociales constituye materia de libre disposición. En el convenio arbitral, en efecto, no se renuncia, abdica o transige el derecho sustantivo; tan sólo se dispone del derecho a que la tutela judicial del mismo “sea administrada por la jurisdicción ordinaria” (35). En esta línea de razonamiento, la Audiencia Provincial de Pontevedra ha declarado en su sentencia de 13 de junio de 1994 (36) que “tampoco puede argumentarse el que las partes carecen de disposición sobre el derecho que se supone violado: en el supuesto discutido no se trata de determinar si un acto o acuerdo social es contrario a la Ley, se opone a los Estatutos, atenta al Orden Público, a la moral o a las buenas costumbres, o vulnera los intereses sociales o de terceros, sino que la impugnación del acuerdo social está motivada por una supuesta lesión a los intereses de los socios que ejercitan la acción, por lo que no hay razón para estimar la materia indisponible”.

Por lo demás, la disponibilidad del derecho de impugnación se beneficia del mismo fundamento que la facultad reconocida a los socios (art. 115.3 LSA) de dejar sin efecto el acuerdo o sustituirlo por otro, lo que refuerza el carácter negocial de los acuerdos y su sujeción al dominio de la voluntad de los socios (37).

c) La existencia de normas típicamente de orden procesal referidas a la impugnación de los acuerdos sociales no cierra la posibilidad de someter a arbitraje las contiendas surgidas o que puedan surgir en esta materia. En

(34) Así, por ejemplo, CAMPO VILLEGAS, RJC 1998, 339.

(35) FERNÁNDEZ DEL POZO, 609 RGD 1995, 6927; consideran también “disponible” el derecho de impugnación GARCÍA LUENGO / SOTO VÁZQUEZ, *El nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, Granada, 1991, 546.

(36) Puede verse su texto en 600 RGD 1994, 10.176 y ss.

(37) Así lo destaca CAMPO VILLEGAS, RJC 1998, 338.

efecto, han desaparecido del TRLSA las razones que en la etapa anterior sustentaban la consideración del procedimiento como un procedimiento necesario y especial, a saber: la supresión en el artículo 115.1 del TRLSA de la frase “según las normas y dentro de los plazos establecidos en los artículos siguientes” del artículo 67 de la LSA de 1951, y la descalificación de aquel procedimiento como “especial” y su subsunción, si bien con singularidades, en el marco del juicio ordinario de menor cuantía (38).

d) La declaración legal (art. 122.1 TRLSA) de que la sentencia estimatoria produce efectos frente a todos los accionistas, tiene igualmente cumplimiento en el caso de que se trate de un laudo arbitral dictado al amparo de un convenio arbitral estatutario. En efecto, este convenio, en su aspecto subjetivo, no sólo vincula a los socios fundadores sino también a la propia sociedad, al heredero del socio, a los administradores y a los nuevos socios (39).

e) La arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales es perfectamente conciliable con lo dispuesto en el artículo 22.1º de la Ley Orgánica 6/85 del Poder Judicial, puesto que la reserva que en el mismo se establece a favor de los Juzgados y Tribunales españoles en punto a materias relativas a los acuerdos y decisiones de los órganos de las sociedades, ha de entenderse sólo a los efectos de excluir tales materias de la competencia de los tribunales y juzgados extranjeros (40).

f) Aunque tanto el TRLSA como la LSRL guardan silencio sobre el tema ahora examinado, este silencio en absoluto ha interpretarse como indicativo de la inarbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales (41). La prueba de que en el ámbito societario en general no existen obstáculos para

(38) Como es sabido, ya la Disp. Adicional 8ª de la LOPJ de 1985 había privado de su carácter “especial” al procedimiento del artículo 70 de la LSA de 1951.

(39) V. con amplitud sobre este tema CAMPO VILLEGAS, RJC 1998, 319 y ss.

(40) En este sentido v. CAMPO VILLEGAS, RJC 1998, 340-341.

(41) Tanto en RJC 1998, 344, como en Trib. Arb. de Barcelona, Butll. nº 10, 28, CAMPO VILLEGAS se hace eco de la Enmienda presentada en el Senado por el G.P.P. de adición a la LSRL en tramitación parlamentaria; en la Enmienda se proponía incorporar un artículo en el que se previese de forma expresa la inclusión de cláusulas de arbitraje en los estatutos; pero la Enmienda se rechazó por innecesaria.

la sumisión de la validez o nulidad de acuerdos a decisión arbitral, la constituye el artículo 35.2 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, de 25 de octubre de 1985, según el cual toda impugnación de acuerdos podrá ser objeto de la conciliación y arbitraje cooperativo regulados en esta Ley (42).

g) Por último, se ve en la admisión del arbitraje en esta materia un instrumento de gran utilidad que permite imprimir a la resolución de los conflictos, especialmente en la esfera del tráfico mercantil, la agilidad, rapidez y eficacia que exige el buen funcionamiento corporativo de las sociedades (43).

II.C. Últimas posiciones jurisprudenciales: la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 18 de abril de 1998

Como más arriba se apuntó (II.A), bajo el imperio de las LSA de 1951 y la LSRL de 1953 nuestro Tribunal Supremo ha formulado y reiterado la tesis de la inarbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales. Esta tesis ha sido también respetada, con carácter general, por la denominada jurisprudencia menor. Sirva como muestra de ese respeto la siguiente declaración de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) contenida en su sentencia de 8 de octubre de 1993 (44): “la nulidad de las Juntas Generales e impugnación de acuerdos sociales está sustraída a la posibilidad del convenio de que hablan los artículos 1, 5 y 11 de la normativa citada, ya que los preceptos que regulan el procedimiento para la celebración de las Juntas en las Sociedades anónimas están dictados en garantía de los socios accionistas y minorías frente a posibles abusos e irregularidades de los administradores, y desde luego no pueden considerarse “asuntos sociales” de los que habla el artículo 16 de los Estatutos, y rigiéndose por normas de *ius cogens* constituye materia indisponible, según el espíritu que preside los artículos 1 y 2 letra b) de la Ley 36/88, pues el desarrollo futuro de las Juntas Generales, con sus normas sobre convocatoria, constitución, quorum o celebración de acuerdos, así como sobre representación y obtención de

(42) Destaca este extremo VELASCO SAN PEDRO, *lug. cit.*, 325.

(43) Hace hincapié en esta idea FERNÁNDEZ DEL POZO, 609, RGD 1995, 6916, 6922 y s.

(44) Puede consultarse en 594 RGD 1994, 2512 y ss.

mayorías, son materias regidas por estrictas formalidades legales, tanto de la Ley de 17 de julio de 1951, como de la nueva Ley de 22 de diciembre de 1989 sobre sociedades anónimas”.

De forma más bien excepcional, el referido respeto a la jurisprudencia mayor fue violado en parte por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) en su ya citada sentencia de 13 de junio de 1994. Con apoyo en algunos de los argumentos invocados a la sazón por el sector doctrinal partidario del arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales, ese tribunal sustentó que no existe impedimento alguno para que las cuestiones suscitadas en esta materia puedan ser objeto de arbitraje, máxime cuando se trata de una pequeña sociedad que se mantiene con los mismos miembros con los que se constituyó y, por tanto, la resolución sólo a ellos afectará (45).

Los nuevos aires que supusieron en la materia los vigentes marcos normativos societario y arbitral, así como los boquetes que con insistencia fue abriendo la corriente doctrinal impulsora de la tesis favorable a la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales, han estimulado el deseo de saber si nuestro Tribunal Supremo seguiría fiel a su posición anterior o si, por el contrario, daría también cabida en este campo a las soluciones arbitrales. Pues bien, ese deseo se ha visto colmado, al menos inicialmente, por la sentencia de la Sala Primera de ese Tribunal de 18 de abril de 1998 (46). Al resolver el recurso de casación interpuesto precisamente contra la mencionada sentencia de la Audiencia de Barcelona, de 8 de octubre de 1993, el alto Tribunal hizo propia la posición partidaria de la validez y eficacia de los convenios arbitrales con respecto a la impugnación de los acuerdos sociales. Aunque en términos más escuetos de los que cabría esperar (por lo que significa de ruptura con una línea suficientemente consolidada) el Tribunal razona que: “tras las reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria (...) 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

(45) Debe advertirse que en el caso ventilado por la Audiencia se trataba de una sociedad de pocos socios, todos ellos participantes en el arbitraje; la propia Audiencia destacó que en las sociedades abiertas “el ámbito de aplicación del arbitraje es muy reducido, por afectar normalmente los acuerdos al interés colectivo, indisponible para los accionistas”.

(46) AJ, 2984 (1998).

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 ser 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 para 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 LOPJ que se refiere a la jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 LSA que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público como excluyente del arbitraje”.

III. VALORACIÓN DE LA TESIS FAVORABLE A LA ARBITRABILIDAD DE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES

Han quedado resumidos más arriba (II.B) los argumentos (algunos de los cuales acoge el Tribunal Supremo en su citada sentencia de 18 de abril de 1998) que sirven de fundamento a la tesis partidaria de la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de los acuerdos sociales y de integrar el pertinente convenio arbitral en el contenido de los estatutos sociales. Esos argumentos se centran básicamente en desvirtuar los que se vienen esgrimiendo en defensa de la tesis contraria a la arbitrabilidad de las cuestiones sobre impugnación de acuerdos sociales.

Pues bien, el análisis de tales argumentos nos lleva a compartir algunos de ellos. Así sucede, en primer lugar, con la pretendida apoyatura que en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial quieren ver los defensores de la tesis antiarbitrista. Nos parece, en efecto, que la correcta lectura del número 1º de este artículo no es otra que la de tener por objeto la demarcación de la competencia de los jueces y tribunales españoles frente a los jueces y tribunales extranjeros. Se sitúa, pues, fuera de contexto relacionar ese precepto con la institución del arbitraje; no es su propósito definir qué materias son de exclusiva competencia de los jueces y tribunales y cuáles no lo son.

Hay que sumarse igualmente al razonamiento argumental ordenado a mostrar la irrelevancia que encierra el artículo 118 de la LSA en pro de la no arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales. Como atinadamente se ha puntualizado (47), este artículo se ocupa únicamente de acotar la competencia territorial del juez que ha de resolver sobre la acción de impugnación entablada; competencia que atribuye con carácter exclusivo al juez de primera instancia del lugar del domicilio social. Es equivocado, por tanto, inferir de la frase “con exclusión de cualquier otro”, inserta en ese artículo, que la misma veda el empleo de la vía arbitral para la solución de litigios sobre la validez de los acuerdos sociales.

En tercer lugar, estimamos perfectamente acogibles las apreciaciones a que se somete la pretensión de los antiarbitristas de elevar el procedimiento judicial regulado en los artículos 115 y siguientes de la LSA a impedimento de entrada al arbitraje en esta materia. En efecto, si la declaración “según las normas y dentro de los plazos establecidos...”, contenida en el texto del artículo 67 de la LSA de 1951, podía abonar el carácter necesario e ineludible del procedimiento judicial, los cambios introducidos en este punto por la LSA de 1989 (con supresión de aquella frase) conducen a tener por más seguro que la actual configuración del procedimiento judicial no cierra, por si mismo y a pesar de sus singularidades, la posibilidad de acudir a la vía arbitral.

Finalmente, el silencio de la LSRL de 1995 sobre el particular tampoco puede ser utilizado, en buena lógica, como elemento revelador de la posición del legislador contraria a la admisión del arbitraje como cauce de solución de contiendas sobre impugnación de acuerdos sociales (48).

Mas, llegados a este punto, no se piense que nuestras anteriores adhesiones nos colocan sin más en el grupo de los partidarios de la admisibilidad del arbitraje en cuestiones concernientes a la impugnación de acuerdos sociales. Antes bien, nuestra adhesión se torna frágil e incluso desaparece

(47) CAMPO VILLEGAS, RJC 1998, 341.

(48) De todos modos, a la vista de la posición jurisprudencial por entonces consolidada y a la mayoritaria de la doctrina científica, desfavorables a la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales, parece que el silencio del legislador supone una aceptación de aquellas posiciones; de ahí que, de querer marcar otro rumbo, debiera haberlo reflejado en algún texto legal.

tan pronto como sometemos a valoración otros argumentos –por cierto, los de mayor sustancia y calado– que se aducen también como fundamento de la tesis favorable a la arbitrabilidad de dichas cuestiones. Llevados de la mano del Tribunal Supremo, esos argumentos se pueden compendiar en los dos siguientes: la inocuidad del convenio arbitral a la naturaleza imperativa de las normas legales rectoras de la impugnación de los acuerdos sociales, y el carácter “disponible” del cauce procesal de impugnación de los acuerdos sociales (49).

III.A. La imperatividad de las normas rectoras de la impugnación de los acuerdos sociales y el cauce procesal en ellas previsto

Se acepta sin discrepancias que las disposiciones que la LSA dedica a la impugnación de acuerdos sociales tienen carácter imperativo o de *ius cogens*. Quiere esto decir, en principio al menos, que se trata de normas cuya observancia se impone a quienes deban cumplirlas, sin que quepa su modificación o sustitución en ejercicio de la autonomía de la voluntad, para conseguir el efecto o el resultado previsto en las mismas. En la referida sentencia de 18 de abril de 1998 el Tribunal Supremo no duda en atribuir la calificación de *ius cogens*, en general, a las normas que rigen la impugnación de acuerdos sociales, sin introducir matices o salvedades entre ellas. Así las cosas, hay que considerar comprendidas en el bloque normativo imperativo las disposiciones definidoras de los acuerdos nulos y los anulables (art. 115), las concernientes a la caducidad de la acción de impugnación (art. 116), a la legitimación (art. 117) o a la competencia judicial (art. 118). Justamente, por la naturaleza de Derecho necesario e imperativo que poseen estas normas, su contenido ha de ser escrupulosamente respetado por el convenio arbitral que se establezca sobre la materia; éste no podrá alterar lo más mínimo, so pena de nulidad, el concreto marco diseñado por la Ley en punto a qué acuerdos son nulos y cuáles anulables, a la caducidad de la acción, a la legitimación, etc.

Ahora bien, tras proclamar como integrantes del *ius cogens* las normas rectoras de la impugnación de los acuerdos sociales, el Tribunal Supremo

(49) Dado el tono y parquedad adoptados, bien pudo el Tribunal haber enunciado, siquiera para rechazarlos, otros argumentos de no menor peso.

puntualiza que “el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas” (*rectius*, de aplicarlas). Surge, pues, de inmediato la pregunta de si para el alto Tribunal quedan excluidas del conjunto normativo de *ius cogens* las disposiciones de carácter adjetivo o procesal (arts. 119 a 122) o si, aun perteneciendo a ese conjunto, su imperatividad no impide modificarlas o sustituirlas por otras. Pues bien, no se encuentra causa fundada alguna, con un mínimo de apoyatura, para excluir del *ius cogens* las disposiciones de naturaleza primordialmente procesal. A nuestro modo de ver, la dicción, el estilo y los vocablos que el legislador emplea en los preceptos que contienen estas disposiciones, son los típicos de cualesquiera otros preceptos cuya imperatividad no ofrece la menor duda. No otra cosa, en efecto, cabe inferir, de no querer incurrir en arbitrariedad, de locuciones como “se tramitarán”, “procederá”, “se sustanciarán”, “se acumularán”, etc. Por consiguiente, ha de atribuirse a las normas de carácter procesal sobre impugnación de acuerdos sociales el mismo rango de *ius cogens* que se otorga a las restantes. Y si, como queda apuntado, estas normas tienen que ser respetadas, sin variación, por el convenio arbitral, lo mismo habrá que predicar respecto de las de índole adjetiva o procesal. De ahí que, de admitir que el cauce procesal de impugnación previsto en la Ley puede ser reemplazado por otro en virtud del convenio arbitral, también habría que admitir que mediante este convenio se puede establecer un sistema de legitimación, de caducidad de la acción, etc. distinto del legalmente previsto; y si se coincide en considerar esto último como inaceptable, lo mismo habrá que decir en punto al cauce procesal.

Frente al discurso que antecede cabe replicar que el carácter imperativo o de *ius cogens* de las normas legales no implica necesariamente que lo ordenado en ellas quede fuera, al menos en determinados casos, de la capacidad de “disposición” o acomodación de los destinatarios de las mismas. Se ha subrayado en este sentido que existen otras parcelas del Derecho (por ejemplo, en materia de arrendamientos urbanos o en el campo del Derecho administrativo) en las que abundan disposiciones de naturaleza imperativa y, sin embargo, se da entrada en ellas al instituto del arbitraje (50). Pues bien, no podemos sino compartir la idea de que la imperatividad de las normas no

(50) En este sentido CAMPO VILLEGAS, RJC 1998, 3e9; FERNÁNDEZ DEL POZO, 609 RGD 1995, 6929-6930.

está reñida *per se* con la posibilidad de modulación o cambio del contenido de las mismas por parte de quienes deban cumplirlas. Dicho en otros términos, la "imperatividad" admite grados en intensidad, pero será el legislador quien determine el nivel de rigor imperativo que imprime a la norma; labor que realiza el legislador a través de normas de "flexibilización" de aquel rigor. Y esto es precisamente lo que sucede en las parcelas jurídicas antes mencionadas. Se acepta, en efecto, que abundan normas imperativas en el ámbito de la legislación de arrendamientos urbanos y del Derecho administrativo, pero también hay que aceptar que la entrada en estos sectores del instituto del arbitraje se produce de la mano de esas normas de "flexibilización" de la imperatividad. Así lo hace el artículo 39.5 de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos (51), o el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común (52). Significa esto, por consiguiente, que a menos que el legislador expresamente prevea su "suavización", la imperatividad de las normas despliega sus propios efectos, que no son otros que los de tener que cumplir, conforme al tenor de sus términos, lo ordenado por ella si se quiere alcanzar el objetivo o resultado al que sirven y que motivó su adopción por el legislador.

En definitiva, nos parece débil y artificioso sustentar, en el actual estado de nuestro Derecho, que el convenio arbitral puede alcanzar el cauce procesal previsto en la LSA para la impugnación de acuerdos sociales. Y a la vista del razonamiento que antecede creemos que la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales tropieza con el obstáculo de la imperatividad o naturaleza de *ius cogens* que adorna también a las normas sobre el cauce procesal de esa impugnación; imperatividad que, como la de las restantes normas, despliega sus efectos en plenitud, sin que puedan ser enervados o variados mediante el convenio arbitral.

(51) Según este precepto, las partes podrán pactar el sometimiento de los litigios a los tribunales arbitrales, de conformidad con lo establecido en la Ley 36/1988.

(52) Dispone esta norma que "las leyes podrán sustituir el recurso ordinario en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje".

III.B. El carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales

Otro argumento enunciado por el Tribunal Supremo en su mencionada sentencia de abril de 1998 es el de que “el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de los acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por ende, dispositivo de los mismos”. Una de las reacciones en frase pronta a esta afirmación podría expresarse así: ¿y qué?. Si lo que se quiere subrayar por el alto Tribunal es que los acuerdos sociales tienen su origen en la voluntad de los socios que con sus votos participan en la formación de aquellos y que, por tanto, en la fase de esta formación no interfieren las normas imperativas rectoras de la impugnación, se está echando mano de una obviedad que nada aporta a favor ni en contra de la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales. Y es que la cuestión que ahora nos ocupa no se emplaza en la fase de gestación de los acuerdos sociales, sino en la que sucede a su adopción, en la que han dejado de ser acuerdos de los socios convirtiéndose en acuerdos de la sociedad e independizándose de sus progenitores. Ciertamente, ha de admitirse que la sustantividad y autonomía del acuerdo social adoptado respecto de los socios no es ilimitada, pero ha de reconocérsele su propia esfera de efectividad, la cual tiene su expresión más culminante en someter a su cumplimiento a “todos” los socios, incluidos los disidentes y los ausentes (art. 93.2 LSA).

La autonomía que *ope legis* adquieren los acuerdos sociales respecto de los socios conduce a que las injerencias e intervenciones de éstos en aquéllos, a menos que se trate de darles cumplimiento, se tengan que efectuar de conformidad con las previsiones de la Ley. Será pues ésta la única que pueda definir en qué supuestos y en qué condiciones los socios pueden incidir en la vida propia de los acuerdos sociales. En este orden de cosas, una ojeada a la Ley permite catalogar como posibles supuestos de irrupción de los socios en la vida de los acuerdos sociales los siguientes: la defecación por otro acuerdo, la sustitución por otro (art. 115.2) y la impugnación. Pues bien, sin poder entrar aquí en el estudio de los supuestos de defecación o de sustitución de unos acuerdos por otros (53), no nos parece dudoso que la impugnación

(53) Sobre estas cuestiones v. el detallado y monográfico trabajo de TATO PLAZA, *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables*, Madrid, 1997, en especial, 41 y ss.

de acuerdos sociales por los socios ha de sustanciarse con sujeción a la normativa, que es de *ius cogens*, establecida por la Ley. Por supuesto, los socios son muy libres de decidir si impugnan o no un acuerdo social; pero si deciden impugnarlo no son “negociables” por ellos (en el sentido de que dependan de su voluntad) la forma, condiciones, etc. de la impugnación. La imperatividad de las normas que la Ley destina a esta materia sustrae de la voluntad de aquellos la facultad de “disponer” cualquiera de los asuntos o aspectos de la impugnación, incluido el cauce procesal, comprendidos en el ámbito de dicha imperatividad; y para que existiera alguna fisura por la que pudiera tener entrada la “negociación” de la impugnación por los socios, debería haberla contemplado expresamente el legislador.

En suma, pues, tampoco el carácter negocial y, por ende, dispositivo de los acuerdos sociales es argumento presentable para fundamentar la tesis favorable a la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales. En la fase de impugnabilidad de éstos, aquel carácter limita sus efectos a la decisión de los socios de impugnar o no; tomada la decisión de impugnar, el conjunto de aspectos anudados al desarrollo de la impugnación, comprendido el concerniente al cauce procesal a seguir, se encuentran imperativamente ordenados por la Ley.

Hemos, pues, de concluir que el argumento basado en el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los acuerdos sociales se muestra inservible para fundamentar la tesis favorable a la admisión del arbitraje como cauce de solución de las contiendas que surjan o puedan surgir en materia de impugnación de acuerdos sociales. Obviamente, al igual que señalamos al enjuiciar el argumento anterior, esa ineptitud que atribuimos al argumento ahora valorado hay que entenderla también referida al estado actual de nuestro Derecho, pues bien se sabe que la virtud creadora del legislador es capaz de lo que se proponga.

IV. EPÍLOGO

Las valoraciones que quedan expuestas en los apartados III.A y B revelan suficientemente que en el marco del vigente Derecho de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada es, a nuestro entender, de muy difícil

encaje, por no decir imposible, el arbitraje como cauce de solución de contiendas que se planteen en materia de impugnación de acuerdos sociales. Y nos parece que esta conclusión se encuentra sólidamente respaldada por la idea, de alcance ya más general, de que los estatutos sociales no sirven para integrar en su contenido un convenio arbitral propiamente dicho. Por eso estimamos oportuno destinar las reflexiones de cierre al desarrollo de esta idea.

Según se sabe, los estatutos sociales son formalmente un conjunto de normas que, con sometimiento al Derecho general imperativo, tienen su origen en la voluntad de los socios (en la fundación o en una modificación estatutaria) y regulan aspectos de organización y funcionamiento de la sociedad; al propio tiempo, los estatutos constituyen el instrumento de manifestación *ad extra* de normas que acoplan y acomodan en cada sociedad las disposiciones abstractas y genéricas de la Ley (54). Como hace ya algún tiempo ha subrayado el maestro GIRÓN (55), los estatutos, si bien tienen un origen negocial, con la constitución del ente se independizan de la voluntad que les dio vida para convertirse en Derecho objetivo, cuyas normas rigen la sociedad en todo lo en ellos previsto que no sea contrario al Derecho imperativo del Estado. Justamente, la independencia y el carácter de Derecho objetivo que adquieren los estatutos con la constitución de la sociedad, tiene como principal consecuencia que los mismos pasen a ser los estatutos de la sociedad, esto es, de un sujeto autónomo y diferenciado de los socios; de ahí que cada norma estatutaria lo sea de la *sociedad* como único centro de imputación jurídica. Así las cosas, la incorporación de un convenio arbitral en los estatutos sociales implicará que aquél sea una norma de la sociedad que, además de vincular a ésta, proyecta su eficacia hacia otros sujetos (socios, administradores, etc.).

Pues bien, si, en cuanto norma estatutaria, el convenio lo es de la sociedad –no de los socios– no se acierta a ver cómo puede concurrir en él la pluralidad de voluntades que ineludiblemente exige el artículo 5.1 de la

(54) DUQUE DOMÍNGUEZ, en *Derecho de Sociedades Anónimas* (Coordinado por ALONSO UREBA / DUQUE / ESTEBAN VELASCO / GARCÍA VILLAVERDE / SÁNCHEZ CALERO), I, Madrid, 1991, 27-28; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *La fundación de la sociedad anónima*, Madrid, 1996, 131 y ss.

(55) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, 278-278.

Ley de Arbitraje para que se esté ante un convenio arbitral; la referencia a “partes” que se contiene en este precepto, presupone la participación de al menos dos voluntades en el convenio arbitral; presupuesto que no puede cumplirse mediante una cláusula inserta en los estatutos pues, por definición, éstos sólo pueden ser expresión de una única voluntad: la de la sociedad. De ahí que, a la luz de esto, consideremos desacertada la afirmación que realiza la DGRN (resolución de 19 de febrero de 1998) de que “puede el convenio arbitral integrarse en los propios Estatutos para la solución de las controversias de carácter social”.

Obviamente, la falta de aptitud de los estatutos sociales para incorporar en ellos un convenio arbitral no es obstáculo para admitir la validez de la integración en los mismos de una cláusula, expresión de la voluntad de la sociedad, conforme a la cual “todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la sociedad y sus administradores o socios, o entre aquéllos y éstos, o estos últimos entre sí, se someten a arbitraje del..., cuya decisión arbitral será de obligado cumplimiento. Se exceptúan de esta sumisión aquellas cuestiones que no sean de libre disposición”. Ahora bien, 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 contiendas societarias a través del arbitraje; pero esta cláusula arbitral no dispensa de celebrar y formalizar el “convenio arbitral” como pieza distinta de aquélla. Precisamente, porque este convenio presupone la pluralidad de voluntades en su génesis (distinta de la pluralidad de voluntades de los socios que participaron en la gestación y aprobación de la norma estatutaria), estimamos desatinado que la DGRN atribuya la misma identidad de razón al convenio arbitral y a las cláusulas de restricción de la transmisión de participaciones sociales o a la obligación de realizar prestaciones accesorias, etc. La obligatoriedad de estas cláusulas tiene el mismo origen que la de la referida cláusula arbitral, a saber, la voluntad social manifestada en los estatutos; en cambio, el origen de la obligatoriedad del convenio arbitral reside en las voluntades de “las partes” que lo estipulan.

El establecimiento en los estatutos de una cláusula compromisoria o arbitral para la solución de contiendas societarias –cuya validez, en términos generales, no se pone en duda– posee, por formar parte de aquéllos, el rango de norma que ha de ser cumplida por todos los que de uno u otro modo se

vean afectados por el régimen estatutario; en consecuencia, todos estos sujetos (incluida la sociedad) tienen la obligación de canalizar la solución de las contiendas en que se vean o puedan verse implicados a través del arbitraje; y para ello han de concurrir a la celebración y formalización del pertinente convenio arbitral. Mas, ¿qué ocurre cuando, a pesar de la cláusula compromisoria, alguno de estos sujetos acude directamente a la vía judicial?. En buena lógica hay que pensar que la desobediencia a la norma estatutaria no puede impedir ni paralizar esta vía; dicha cláusula no constituye base suficiente para que se estime la excepción dilatoria que recoge el artículo 533 de la LEC en su número 8º; para esta estimación será preciso acreditar la existencia del convenio arbitral por cuya virtud la cuestión litigiosa está sometida a arbitraje por las partes.

Por lo demás, aun admitiendo la posibilidad de un convenio arbitral estatutario, ocurre –con referencia en concreto a la impugnación de los acuerdos sociales– que de ese convenio habría que excluir esta materia, por no ser “de libre disposición” de las partes. Es de señalar a este respecto que en relación a la impugnación de acuerdos sociales el objeto del que se “dispone” en el convenio arbitral es el derecho de impugnación de estos acuerdos que la Ley reconoce, según los casos, a los socios, administradores y a terceros que acrediten un interés legítimo. Aunque se ha escrito que este derecho, tal como aparece regulado en la Ley, ni es un verdadero derecho, ni es privativo del socio ni se refiere a acuerdos sociales (56), en una valoración serena no se acierta a encontrar mejor cualificación del mismo que la de considerarlo un verdadero derecho de origen legal, que integra la posición jurídica o *status* de los sujetos a los que se atribuye, al modo que lo hacen otros derechos cuya naturaleza de tales nadie discute. Pues bien, si se admitiese la “disponibilidad” del derecho de impugnar los acuerdos sociales mediante un convenio arbitral estatutario, habría que admitir que los fundadores, o quienes votaron a favor de la correspondiente modificación de estatutos, podían disponer no sólo de sus respectivos derechos de impugnación sino también de los derechos de impugnación de quienes no participaron en la incorporación del convenio a los estatutos (por ejemplo, de los futuros socios).

(56) Así SÁNCHEZ ANDRÉS en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (Dirigidos por R. URÍA / A. MENÉNDEZ / M. OLIVENCIA) IV-1º, Madrid, 1994, 142.

Así las cosas, es de todo punto inaceptable que alguien o algunos puedan disponer de un derecho legal, personal y fundamental que corresponde a otros sujetos sin que éstos presten explícito consentimiento. Y no se diga que de lo que se “dispone” por el convenio arbitral es sólo del cauce procesal del ejercicio de ese derecho. Contra esto ha de aducirse que el derecho de impugnación, al igual que otros derechos, se atribuyen y reconocen de acuerdo, como declara el artículo 48.2 de la LSA, con los términos “establecidos en esta Ley”; y estos términos no son otros que los previstos en los artículos 115 y siguientes de la LSA.

En consecuencia, aun aceptando que el derecho de impugnación de acuerdos sociales es “disponible”, a lo sumo lo podría ser el derecho que pertenece a quienes se constituyen en partes del convenio arbitral, pero nunca el que corresponde a quienes no son partes de éste. De donde resulta que si la norma estatutaria se caracteriza por extender su aplicación a sujetos que no intervinieron en su adopción, forzoso es concluir que el convenio arbitral no puede tener entrada en los estatutos sociales; y de dársela, siempre habría que excluir del mismo, por ser materia indisponible, las cuestiones relativas a la impugnación de acuerdos sociales.