

LA RESOLUCIÓN ARBITRAL DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE DERECHO DE SOCIEDADES

Pedro Jesús Baena Baena
Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Sevilla

La introducción del nuevo artículo 11 *bis* en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, realizada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que la reforma, nos hace replantearnos la discutida cuestión de la susceptibilidad de sometimiento a arbitraje de las materias relativas al Derecho de sociedades mercantiles.

Al respecto ha de tenerse presente que el criterio legal delimitador de las materias susceptibles de arbitraje, expresado en el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje, es su carácter negocial o dispositivo, que ha de entenderse en contraposición con lo imperativo. De manera que en la Ley se estatuye que *“Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”*. Si bien en el número II de su exposición de motivos se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que son de libre disposición, bastando con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes, por lo que, en principio, son cuestiones arbitrables las que son disponibles. No obstante es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que el legislador quiera excluir o limitar su carácter arbitrable, aunque no es algo que haga una Ley como ésta de carácter general, sino que habrá de ser objeto, en su caso, de normas específicas en otros textos legales.

Más allá de estas exclusiones y limitaciones corresponderá a la práctica arbitral y a la jurisprudencia la determinación casuística de las cuestiones arbitrables y las no arbitrables. Así, en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje, se declara la potestad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, lo que les llevará a no entrar a resolver sobre el fondo de la controversia si aprecian que ésta no es susceptible de

arbitraje; y si consideran que sí lo es el laudo que dicten puede ser controlado por la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde se pronuncie (nuevo número 5 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje), órgano judicial que puede anularlo, bien a solicitud de parte bien de oficio, si estima que el laudo está basado en un convenio arbitral al que no se ha sometido la parte y, por tanto, no existe para ella (artículo 41, apartados 1.a y 4 de la Ley de Arbitraje).

En concreto, en materia de Derecho de sociedades, durante decenios la opinión mayoritaria de la doctrina mercantil española, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (reflejada en sentencias como las de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1968, 21 de mayo de 1970 o 15 de octubre de 1971), entendió que el carácter imperativo de las normas que regulan la nulidad de la junta general y la impugnación de los acuerdos sociales impedía someter a arbitraje su validez, y que sólo eran admisibles las cláusulas arbitrales contenidas en los estatutos sociales en las que se hacía salvedad respecto de las acciones de impugnación de acuerdos sociales (baste, en este sentido, la cita de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de abril de 1989). Pero, con base en el precedente sentado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de febrero de 1998, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de abril de 1998, cambió de criterio al declarar que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral, las controversias sobre la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de los acuerdos sociales, pues si bien ambas materias están regidas por normas de «ius cogens» el convenio arbitral no alcanza a tales preceptos imperativos, sino al cauce procesal de resolver tales discrepancias; “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 ser anulado total o parcialmente su laudo”, pues “el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de los acuerdos sociales no empece de su carácter negocial y, por tanto, dispositivo”. Criterio también mantenido en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007.

En esta última sentencia se planteó la cuestión de si era admisible que una modificación de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada comportase una sumisión a arbitraje para la resolución de los conflictos sociales o una ampliación del ámbito

objetivo de las controversias susceptibles de resolución mediante arbitraje. A tal efecto el Alto Tribunal exigió, en cuanto que ello conlleva una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que puede hacerse valer por la vía del amparo, el requisito de aceptación de los afectados. Y, en el caso examinado, se apreció que la cláusula arbitral se adoptó sin el consentimiento de los demandantes, dos de los cuales habían sido excluidos como socios y otro había votado en contra, por lo que frente a ellos no podría ser opuesta con éxito la excepción de sometimiento a arbitraje, pues la cláusula arbitral que habían aceptado era la contenida en los estatutos originarios (la cual excluía expresamente la impugnación de los acuerdos sociales).

En este contexto, con el propósito de impulsar el arbitraje, en el nuevo artículo 11 *bis* de la Ley de Arbitraje, rotulado como “*Arbitraje societario*” y añadido por la Ley 11/2011, se establece de manera clara, entre otros, que: “*Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen*” (apartado 1.º); y que: “*La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social*” (apartado 2.º). Pero esta apuesta por el arbitraje como medio para resolver cualquier conflicto societario propiciando la incorporación sobrevenida de cláusulas arbitrales a los estatutos (o, analógicamente, su ampliación objetiva) con base en el principio mayoritario (que en otros Ordenamientos, como el italiano, es acompañada del reconocimiento del derecho de separación a los socios disidentes, expediente cuya oportunidad se había defendido por parte de la doctrina española) choca abiertamente con el criterio ya expuesto del Tribunal Supremo (recogido en su sentencia de 9 de julio de 2007), sustentado en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en nuestra Constitución. Por lo que, si la sumisión a arbitraje no se produjo en el momento constitutivo de la sociedad, sino por medio de la modificación de sus estatutos sociales, y ésta no fue aceptada por *todos* los socios (como se recogía en el Proyecto del Ley presentado a las Cortes el 16 de julio de 2010, que dio origen a la Ley 25/2011, proyecto en el que se expresaba el criterio mantenido por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación), sino sólo por la mayoría requerida, se está contraviniendo aquella doctrina, lo cual no tendría mayor trascendencia (habida cuenta del sometimiento de

jueces y tribunales a la ley) si no fuera porque está basada no en una ley (derogable por otra) sino en la propia Constitución Española.

En tales supuestos los que no apoyasen la modificación estatutaria con su voto (los que votaran en contra, se abstuvieran o no estuvieran presentes en la junta general en la que se hubiera aprobado) podrán oponerse a este arbitraje no consentido (forzoso). Para ello, en caso de resultar definitivamente rechazada la correspondiente acción de anulación del laudo por los tribunales (artículos 40 a 44 de la Ley de Arbitraje), pueden solicitar al Tribunal Constitucional, mediante un recurso de amparo, que declare la nulidad de la sentencia en la que se rechazó la pretensión de anulación del laudo arbitral en el que los árbitros reconocieron su competencia para decidir sobre la controversia societaria desencadenada, por estar basado en una cláusula estatutaria viciada de nulidad en cuanto restringía o limitaba el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española. O, en su caso, pueden pedir al Tribunal Constitucional el amparo ante la sentencia que puso fin a la vía judicial procedente que negó su solicitud de nulidad del acuerdo social impugnado o que resolvió el recurso presentado frente al auto judicial en el que se admitió la excepción declinatoria basada en la pretendida sumisión a arbitraje de las controversias sociales.

Estas vías que llevan al recurso de amparo, que culminará, si así se juzga oportuno, mediante el planteamiento de la conocida como “autocuestión”, elevada por la Sala o, en su caso, Sección al Pleno del Tribunal Constitucional (artículo 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, introducido por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que modifica a aquélla), además de la cuestión de constitucionalidad que puedan plantear los jueces o tribunales -de oficio o a instancia de parte-, son los únicos cauces por los que en la actualidad el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad del transcrito apartado 2.º del artículo 11 *bis* de la Ley de Arbitraje, habida cuenta de que no se presentó en el momento hábil para ello ningún recurso de inconstitucionalidad por quienes estaban legitimados a hacerlo.

Y, por último, conviene tener muy presente que solo el Pleno del Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de dicho mandato legal (y posiblemente así lo hará si mantiene el criterio contrario a los arbitrajes no consentidos

expresado en sus sentencias 174/1995, de 23 de noviembre, y 75/1996, de 30 de abril), que mientras tanto obliga a jueces y tribunales, así como a los árbitros que antes de decidir sobre la controversia a ellos planteada han de resolver sobre su propia competencia (aunque esta decisión puede hacerse pública a la vez que las relativas al fondo del asunto).

Por ello, pese a las inseguridades jurídicas expuestas, en los próximos años es muy posible que se pronuncien laudos basados en cláusulas arbitrales introducidas en estatutos sociales por la vía de la modificación de estatutos, nacidas del acuerdo mayoritario de los socios de las sociedades de capital, por aplicación de lo dispuesto en el nuevo artículo 11 *bis* de la Ley de Arbitraje. Pero si el Tribunal Constitucional declara que esta norma es contraria al principio de tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de nuestra Constitución, y es algo altamente probable, el torrente de laudos a anular, responsabilidades a depurar e indemnizaciones a satisfacer puede ser tan grande que lleve a los promotores de la norma a lamentarse por no haber querido escuchar las opiniones de quienes les advirtieron de la inconveniencia jurídica de que unos socios impongan a otros un arbitraje no consentido.