



Universidad
Carlos III de Madrid

 - **Archivo**

Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Perales Viscasillas, Pilar. Arbitraje Estatutario. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 764-778. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/21044>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

ARBITRAJE ESTATUTARIO

PILAR PERALES VISCASILLAS*

Resumen

El presente trabajo analiza la disposición sobre arbitraje estatutario en el marco del proyectado Código Mercantil y particularmente su crítica y comparación con la regulación todavía vigente establecida en los artículos 11 bis y ter de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje. El proyectado precepto prohibirá el arbitraje en las sociedades cotizadas, el arbitraje de equidad, el arbitraje *ad hoc* y el nombramiento de árbitros por las partes. No exigirá unanimidad pero sí implicará la concesión de un derecho de separación al socio disconforme con la introducción de un convenio arbitral en los estatutos.

Contenido

1. Introducción. – 2. Breve repaso a la evolución normativa. – 3. El marco legal vigente: principios, problemas y soluciones. – 3.1. Arbitrabilidad de las disputas societarias – 3.2. Quórum necesario para la introducción sobrevenida de un convenio arbitral en los estatutos – 3.3. Medidas de defensa del socio disconforme – 3.4. La impugnación de acuerdos sociales – 3.5. Impugnación del laudo – 3.6. Arbitraje de Derecho v. equidad.

1. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (ALCM, mayo 2014) dedica una disposición al arbitraje estatutario. Se trata del Artículo 213-20:

Arbitraje estatutario.

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

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

* Catedrática de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid.

De aprobarse el futuro Código Mercantil nos encontraríamos ante un grave retroceso en el posible sometimiento al arbitraje societario en comparación con la vigente regulación del arbitraje para las sociedades de capital (arts.11 bis y ter Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (LA)).

La proyectada disposición, en muchos puntos influenciada por el derecho italiano, de claro marcado restrictivo y prohibicionista implicará constreñir gravemente la libertad de sometimiento al arbitraje de las disputas societarias al prohibir:

- El arbitraje en las sociedades cotizadas
- El arbitraje de equidad
- El arbitraje *ad hoc* y
- El nombramiento de árbitros por las partes

Si bien no se requiere la unanimidad para la introducción en los estatutos de una cláusula de sumisión a arbitraje en el caso de las sociedades de capital –sí se exige para las sociedades personalistas-, se ha acogido, al estilo del derecho italiano, un causal de separación legal del socio. Así el Artículo 271-5.1 d) ALCM considera que en las sociedades de capital el socio podrá separarse cuando hubiera votado en contra de la introducción en los estatutos sociales de cláusulas de sumisión a arbitraje de las controversias o conflictos de naturaleza societaria.¹

Curiosamente el legislador del Anteproyecto ha olvidado derogar de forma expresa el art.11 bis LA, aunque resultará de aplicación lo dispuesto en la derogatoria única (apartado 4º), esto es, la derogación de cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en el Código. No sucederá lo mismo con el art.11 bis ter que deberá entenderse vigente una vez que se apruebe el Código Mercantil, salvo que – y esperemos que así suceda- se elimine esta disposición en la fase de tramitación parlamentaria.

2. BREVE REPASO A LA EVOLUCIÓN NORMATIVA

El arbitraje societario tiene en España una muy antigua raigambre jurídica, aunque los vaivenes históricos nos llevarán a observar diferentes estadios en el proceso evolutivo del mismo, lo que incluye también como se ha indicado la proyectada disposición: desde la consideración y amplio reconocimiento del arbitraje societario, que incluso en sus orígenes se conceptuaba en parte con un carácter forzoso (Código de Comercio (CCo) de 1829), pasando por un desconocimiento de la institución a nivel legal y una clara actitud contraria y restringida del mismo por parte de la doctrina y la jurisprudencia (1885-1998), hasta el inicio y consolidación actual de la institución, donde el arbitraje societario vuelve a cobrar protagonismo en la legislación arbitral gracias a la modificación de la vigente Ley de Arbitraje de 23 diciembre 2003 (LA) que se llevó a cabo en el año 2011. Sin embargo, como se ha indicado el Anteproyecto presenta una regulación del arbitraje societario claramente restrictivo en comparación con el vigente artículo 11 bis LA.

¹ Vid. El número monográfico de *Giurisprudenza Italiana*, 2014, vol. 6, L'arbitrato societario in Spagna e in Italia. Un'analisi comparata. Recientemente también: CERRATO, S., *La Clausola Compromissoria nelle Società*. G. Giappichelli, Torino, 2012.

El CCo de 30 de mayo de 1829 fue el primer texto que con carácter sustantivo reguló el arbitraje societario estableciendo tanto un arbitraje voluntario como uno forzoso: el artículo 323 CCo señalaba que: *"Toda diferencia entre los socios se decidirá por jueces árbitros, háyase ó no estipulado así en el contrato de sociedad"*².

Pese a su antecedente inmediato, el CCo vigente de 1885 (Real Decreto de 22 agosto 1885) no regula el arbitraje societario ni, en general, el arbitraje mercantil. Ello no significa que la institución hubiese perdido su importancia, puesto que bajo el principio de libertad de pacto se dejaba a la autonomía de la voluntad de las partes la decisión acerca de la inclusión de una cláusula arbitral en los estatutos de las sociedades mercantiles, pero evidentemente la supresión del arbitraje forzoso significó que la institución perdiera peso específico. Por su parte, el Código Civil (CC) vigente de 1889 dedicaba dos preceptos al arbitraje en general, los artículos 1820 y 1821³, que fueron posteriormente derogados en 1953. Un poco antes se promulgó la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 que estableció un procedimiento judicial especial para la impugnación de los acuerdos sociales, lo que llevó a una interpretación doctrinal y jurisprudencial contraria al posible sometimiento a arbitraje de las cuestiones relativas a la impugnación de acuerdos sociales, especialmente problemática en el caso de los acuerdos nulos por la afectación de las normas imperativas.

Un hito relevante para el arbitraje se produjo en 1953 con la aprobación de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado (LADP) al tratarse ya de una Ley especial que reguló de forma general el arbitraje de derecho privado, aunque no hacía mención específica al arbitraje societario. Esta Ley presentaba numerosos problemas –prohibición del arbitraje institucional, y un excesivo rigor formalista, entre otros- que hicieron que el arbitraje en general pasara por una etapa de empobrecimiento a todos los niveles que afectó también al arbitraje societario.

La situación mejoró con la LA (1988) al ser una regulación más moderna, aunque de nuevo no consideró de forma específica el arbitraje societario. De esta Ley, a efectos de este trabajo, destaca la preferencia por el arbitraje de equidad, al ser éste la regla general (art.4.2), frente a la vigente LA (art.34.2 que establece como regla general el arbitraje de derecho), lo que hizo que en la práctica se introdujeran convenios arbitrales en pactos estatutarios que especificaban este tipo de arbitraje y que todavía hoy subsisten.

A nivel jurisprudencial el año 1998 marcó un antes y un después en el arbitraje societario en España gracias a la STS 18 abril 1998⁴ y a la RDGRN 19 febrero 1998 donde se consagró la doctrina predominante en el moderno arbitraje societario según la cual el socio no fundador queda vinculado al convenio por la simple adhesión a los estatutos. Y,

² El arbitraje forzoso no era desconocido en otros países. Vid. también: artículo 51 CCo francés de 1807: *"Toute contestation entre associés, et pour raison de la société, sera jugée par des arbitres"*, y con idéntica redacción el artículo 51 del CCo Belga. Ambas disposiciones fueron derogadas respectivamente en 1856 y 1873. Sobre este particular: COHEN, D., *Arbitrage et société*, Paris, 1993, pp.7 y ss; y CAPRASSE, O., *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruxelles/Paris, 2002, pp.145-148.

³ El artículo 1820 CC indicaba que: *"Las mismas personas que pueden transigir, pueden comprometer en un tercero la decisión de sus controversias"*; y el art.1821 CC entendía que: *"Lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones, es aplicable a los compromisos. En cuanto al modo de proceder en los compromisos y a la extensión y efectos de éstos, se estará a lo que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil"*.

⁴ Confirmada parcialmente por las SSTS 30 noviembre 2001 (JUR 9855) y 15 septiembre 2004 (JUR 5476) en lo atinente a la validez de la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje.

además, se puso fin al erróneo argumento de que el carácter imperativo de la normativa societaria impide el sometimiento a arbitraje. Antes al contrario, hoy está plenamente asentada la diferencia entre la arbitrabilidad de la materia, incluso sobre cuestiones afectadas por el orden público, y la aplicación incorrecta de ese orden público que puede dar lugar a la anulación del laudo arbitral (art.41.1 f) LA)⁵, acogiéndose como regla general un control limitado de la arbitrabilidad con carácter *ex post*⁶. En definitiva, el principio general que se aplica es que la caracterización de una materia arbitrable como imperativa no impide el arbitraje, pues el procedimiento es disponible⁷. Al mismo tiempo, resulta perfectamente posible un arbitraje en equidad para dirimir disputas societarias, sin perjuicio de que los árbitros deban respetar las normas de orden público⁸.

3. EL MARCO LEGAL VIGENTE: PRINCIPIOS, PROBLEMAS Y SOLUCIONES

El 23 de diciembre de 2003 se aprobó la vigente Ley de Arbitraje que está basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (1985). La Ley Modelo, sin embargo, no se refiere a la arbitrabilidad de la materia que puede ser sometida a arbitraje –tema crucial en el arbitraje societario, como veremos- ni tampoco se refiere de forma específica a este tipo de arbitraje⁹.

Antes, sin embargo, de la reforma de 2011, una modificación normativa de importancia que, sin embargo, pasó inadvertida entre la doctrina, fue el reconocimiento del arbitraje estatutario en el Reglamento del Registro Mercantil (RRM) que expresamente confirmó en febrero de 2007 que en la escritura o en los estatutos de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada se podían incluir “el pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos”¹⁰.

⁵ STS 18 abril 1998: “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 se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje”. Por ejemplo, entre otras también: STS 22 marzo 2010; y SAP Madrid, 4 mayo 2012 (JUR 2013/534).

⁶ Vid. En relación con las cuestiones relativas al derecho de la competencia con referencia expresa y apoyo en la STS 18 abril 1998: SAP Madrid, 18 octubre 2013 (JUR 354923).

⁷ Así por ejemplo en el caso resuelto por la SAP Santa Cruz de Tenerife, 4 julio 2011 (JUR 378779) se cuestiona la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales por vulneración del derecho de información del socio por tener éste un carácter imperativo e inderogable.

⁸ STSJ Galicia, 10 mayo 2013 (JUR 4815). Entre otras: SAP Guipuzcoa, 16 abril 2009 (JUR 284126). Vid. PERALES VISCASILLAS, P., “Sociedades de capital y arbitraje (Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa”, *Spain Arbitration Review*, nº 13, 2012, pp.123-145.

⁹ Sobre la necesidad de cubrir este vacío normativo en la Ley Modelo: PERALES VISCASILLAS, P., “The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Interpretation, General Principles and arbitrability as a future topic”, con especial referencia al arbitraje societario. *The Journal of Law, Society and Development*, 2014 (en prensa).

¹⁰ Arts.114.2 y 175.2 c) RRM, Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, BOE, núm.65, 16 marzo 2007. Disposición Final Segunda por la que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil. Estas normas continúan vigentes.

Un mes después, en marzo 2007, el legislador societario de un tipo especial, la sociedad profesional¹¹, vino a reconocer expresamente el pacto estatutario arbitral¹². Pese a esta reforma, sin embargo, la STS 9 julio 2007, provocó un gran revuelo en la doctrina al exigir el consentimiento individual de los socios.

Con estos antecedentes, no sorprende que el legislador español decidiera consagrar legal y de forma general el arbitraje societario en España mediante la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE, núm.121, 21 mayo 2011), y que entró en vigor el día 10 de junio, al introducir disposiciones específicas sobre el arbitraje societario (artículos 11 bis y 11 ter).

En lo que ahora interesa el art.11 bis indica que:

Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario.

1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.
2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.
3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.

El vigente art.11 bis LA se aplica a toda sociedad de capital, esto es, sociedades anónimas, lo que incluye también a las sociedades anónimas cotizadas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones que están reguladas de forma unitaria en la Ley de Sociedades de Capital¹³, por lo que otros tipos sociales continuarán rigiéndose por las reglas generales de la Ley de Arbitraje y, en su caso, por

También ha de traerse a colación la *Orden JUS/1445/2003, 4 de junio, por la que se aprueban los Estatutos orientativos de la sociedad limitada Nueva Empresa que asimismo establece como modelo de cláusula en su art.15 el posible sometimiento a arbitraje*: “Toda cuestión que se suscite entre socios, o entre éstos y la sociedad, con motivo de las relaciones sociales, y sin perjuicio de las normas de procedimiento que sean legalmente de preferente aplicación, será resuelta ... (a elegir en el lugar del domicilio social y por arbitraje, formalizado con arreglo a las prescripciones legales)”.

¹¹ La Ley de Sociedades Profesionales (LSP) se aplica a toda sociedad civil y mercantil que tenga por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales (art.11).

¹² Art.18 de la vigente LSP: “El contrato social podrá establecer que las controversias derivadas del mismo que surjan entre los socios, entre socios y administradores, y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, sean sometidas a arbitraje, de acuerdo con las normas reguladoras de la institución”.

¹³ Art.1.1 Ley de Sociedades de Capital (LSC) aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio RCL 2010\1792, BOE núm.161, 3 julio 2010.

Vid. También considerando la inclusión de las sociedades cotizadas, a diferencia del derecho italiano: Informe sobre el Arbitraje Societario en España, incluyendo convenio arbitral tipo y artículo modelo para el reglamento de cortes arbitrales, elaborado por la Comisión para el estudio del arbitraje societario (22 febrero 2013), y en cuyo anexo B se contiene el convenio arbitral modelo. Disponible en: http://www.clubarbitraje.com/files/docs/cea_Arbitraje_Societario.pdf, nº23. Este convenio arbitral modelo deberá modificarse para adecuarse a los nuevos dictados del arbitraje estatutario si se aprueba finalmente la proyectada disposición del ALCM.

disposiciones específicas, como sucede por ejemplo para las sociedades cooperativas¹⁴.

El Anteproyecto, por el contrario, consagra una regulación unitaria del arbitraje estatutario que se aplica tanto a las sociedades de capital como las personalistas. Tanto en la regulación vigente como en la proyectada, el arbitraje estatutario se circunscribe únicamente a los pactos arbitrales contenidos en los estatutos, quedando fuera la sumisión a arbitraje en pactos parasociales, en protocolos familiares, o en los reglamentos de la Junta General o del órgano de administración¹⁵, sin perjuicio que el convenio arbitral estatutario pudiera extenderse a litigios surgidos de pactos parasociales que no contengan otra cláusula de sumisión incompatible¹⁶. Señalar, además, que está muy asentada en la jurisprudencia la diferencia entre el arbitraje que dirime una cuestión litigiosa entre las partes, y la figura del arbitrador que desempeña una función por encargo de las partes, por ejemplo determina el valor de las cuotas sociales, y por ello completa o integra una relación jurídica aún no definida completamente¹⁷.

El art.11 bis y también el art.213-20 del Anteproyecto –éste con la salvedad de la prohibición del arbitraje estatutario en sociedades cotizadas- parten de un principio general ampliamente reconocedor del arbitraje al establecer la libertad de las sociedades de someter los conflictos societarios a arbitraje¹⁸, lo que se enlaza con la materia arbitrable, regulando a continuación algunas cuestiones que el legislador ha considerado necesarias como la relativa al quórum necesario para la introducción sobrevenida de un convenio arbitral en los estatutos de la sociedad¹⁹, y lo que parece ser una limitación en cuanto al tipo de arbitraje y a la elección de los árbitros que si bien en el art.11 bis se circunscribe a la impugnación de acuerdos sociales, en el ALCM se extiende a toda la materia sujeta a arbitraje.

Antes de abordar dichas cuestiones conviene precisar que no toda cuestión societaria será susceptible de ser sometida a arbitraje, sino que ha de tratarse jurídicamente hablando de una *controversia* (art.11 bis 1º LA). Ello implica dejar fuera del arbitraje, por ejemplo, la solución dirimente relativa a los empates del órgano de administración²⁰.

¹⁴ Vid. Disposición Adicional Décima (Arbitraje) de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

¹⁵ Puede verse sobre estas y otras cuestiones las monografías específicas: RODRÍGUEZ ROBLERO, I., *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2010, 220 y ss.; CARAZO LIÉBANA, M.J., *El arbitraje societario*, Madrid, 2005; y PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho societario*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp.197-203. En el mismo sentido: Informe sobre el Arbitraje Societario del CEA, *op. cit.*, nº22.

¹⁶ Vid. Extendiendo la interpretación del convenio arbitral estatutario: “todas las cuestiones societarias litigiosas”: STSJC, 6 febrero 2014 (JUR 2014\1987).

¹⁷ STS 2 noviembre 2012 (JUR 10422), especificando que cabe el control de la actuación del auditor y su ajuste al mandato legal o estatutario consistente en fijar el valor razonable, de tal forma que su incumplimiento, además de la responsabilidad a que pudiera dar lugar, puede dar lugar a una impugnación sin necesidad de concurrir manifiesta iniquidad o una actuación de mala fe.

¹⁸ RDGRN 25 junio 2013 (BOE, nº178, 26 julio 2013) ratifica “la incontrovertida posibilidad de incluir en los estatutos una cláusula de arbitraje en general”. Idéntica consideración realiza la indicada Resolución en relación con la mediación.

¹⁹ Lógicamente si la introducción del convenio arbitral se realiza en el momento fundacional es obvio que existirá unanimidad de todos los socios en cuanto a su inclusión.

²⁰ Vid. Recientemente RDGRN 25 junio 2013 (BOE, nº178, 26 julio 2013) reiterando la doctrina de la DGRN en su Resolución de 27 abril 1989): “La segunda cuestión hace referencia a la sumisión a arbitraje

3.1. Arbitrabilidad de las disputas societarias

La vigente LA se refiere en el art.2.1 a la arbitrabilidad conforme al principio de la libre disposición de la materia²¹, que es un criterio comúnmente aceptado en numerosas leyes de arbitraje en el mundo.

En relación con la arbitrabilidad societaria, la cuestión más importante que se suscita es la relación entre la regla o principio general del art.11 bis 1º y el art.2.1 LA, pues resultan posibles dos interpretaciones, que se reproducen también si se aprobara el art.213-20(1) del Anteproyecto de Código Mercantil:

(i) Sin perjuicio de la regla general establecida en el art.11 bis.1º, la cuestión relacionada con la arbitrabilidad de las cuestiones societarias debe sujetarse también al criterio general del art.2.1 LA, aunque la elevación a norma legal del principio general de sometimiento a arbitraje societario sin limitaciones abona una interpretación restringida de la inarbitrabilidad al tiempo que una aplicación generosa del principio del *favor arbitris*²².

(ii) El devenir histórico de la arbitrabilidad societaria evidencia que el propósito del legislador, como se resalta en la propia Exposición de Motivos de “eliminar las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital” y “reconocer la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas se planteen”, junto al hecho de que la reforma se incardina en la propia Ley de Arbitraje, es el de reconocer sin excepciones, salvo violación del orden público que siempre sería indisponible, el posible sometimiento a arbitraje de toda disputa societaria. En otras palabras, la ubicación de esta cuestión en la Ley de Arbitraje supone reforzar la arbitrabilidad societaria²³ sin limitaciones, por lo que en esta interpretación el art.2.1 LA no sería de aplicación y, en consecuencia, se desterrarían por completo los argumentos basados en la indisponibilidad de la materia societaria para negar su sometimiento a arbitraje.

Es esta la interpretación que desde nuestro punto de vista debe prevalecer, impidiendo que se incurra en el círculo vicioso de la STS 18 abril 1998 y RDGRN 19 febrero 1998 que, aunque favorables al arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales, dejan a salvo y por lo tanto abren la puerta a que se cuestione la arbitrabilidad de aquellos extremos que estén fuera del poder de disposición de las partes. De esta

y mediación de los conflictos que puedan surgir entre administradores. Es cierto como pone de relieve la nota de defectos que esta Dirección General afirmó en la Resolución de 27 de abril de 1989 que la sumisión a arbitraje, en un caso en el que el sistema de administración era de consejo y se preveía como fórmula para solucionar las situaciones de empate, se aviene mal con el sistema de formación de la voluntad del órgano así configurado pues no puede afirmarse en puridad que la situación de empate de votos constituya un conflicto susceptible de ser conocido por los Tribunales de Justicia o, por pacto de sumisión, por un árbitro nombrado al efecto. Este razonamiento sigue siendo válido pues no todo conflicto en el ámbito societario tiene naturaleza litigiosa y el ordenamiento prevé soluciones cuando resulta imposible alcanzar acuerdos dentro de la sociedad, soluciones que si bien traumáticas (artículo 363.1.d de la Ley de Sociedades de Capital) responden rigurosamente a su base contractual”.

²¹ Art.2.1 LA: “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”. Era un criterio que estableció también de forma general el art.14 LADP y que se mantuvo en art.1 LA (1988).

²² Se ha señalado que el art.11 bis en relación con el art.9 LA son disposiciones “en pro del arbitraje societario”: STSJ Valencia, 12 febrero 2013 (JUR 6377).

²³ Parece entender lo contrario: ALONSO PUIG, J.M., “La reforma de la Ley de Arbitraje: avances y retrocesos”, *Otrosí*, nº 8, 2011, p.19.

forma se elevaría la seguridad jurídica en esta materia, así como la transparencia, como objetivos perseguidos y declarados por el legislador en el arbitraje societario (véase Exposición de Motivos Ley 11/2011). Por ello, podemos indicar que, a nuestro juicio, la nueva regulación acoge con rango legal y sin limitaciones como regla general el posible sometimiento a arbitraje de los conflictos que se planteen en sede de sociedades de capital. Como se ha indicado así debe también entenderse si se aprobara el art.213-20 ALCM.

3.2. Quórum necesario para la introducción sobrevenida de un convenio arbitral en los estatutos

La Ley de Arbitraje en su redacción final rebaja el requisito para la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de arbitraje societario, pasando de la unanimidad prevista en proyectos anteriores (art.11 bis 2 Proyecto de Ley 8 septiembre 2010) al 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. Idéntica solución acoge el art.213-20(2) ALCM para las sociedades de capital, aunque no para las personalistas donde el criterio es la unanimidad.

Se trata de una cuestión que está resultando muy discutida entre la doctrina española, que viene a considerar incluso la inconstitucionalidad del precepto por ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 Constitución Española)²⁴. Se aduce, además, que el Tribunal Supremo ya consagró la unanimidad en su sentencia de 9 julio 2007 al establecer la necesaria aceptación de los afectados por el convenio arbitral y por ello considerar que el arbitraje implica una restricción de la tutela judicial efectiva²⁵.

²⁴ La norma también es criticada en cuanto a la mayoría exigida, pues se entiende que debería haberse seguido la mayoría ordinaria establecida para la modificación de estatutos, y ello porque en definitiva, las exigentes mayorías requeridas van a hacer inviable que las grandes sociedades con capital disperso –las sociedades anónimas cotizadas, sin duda, estarían en esta categoría- puedan modificar sus estatutos para incluir una cláusula de arbitraje estatutario. Vid. PERALES VISCASILLAS, “Sociedades de capital y arbitraje”, *op.cit.*, p.123.

²⁵ No está de más, sin embargo, recordar que la Ley de Arbitraje aplicable era la de 1988 y no la vigente, y que trataba un supuesto muy particular. Vid. Con críticas a la STS 9 julio 2007, considerando que la regla debía ser la de la mayoría: ILLESCAS ORTIZ, R., “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societaria”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, nº 1, 2008, p.40; MONTERO, F., “Impartiality of Arbitrators and Conflicts of interest”, *Spain Arbitration Review*, nº 7, 2010, pp.17-18; RODRÍGUEZ ROBLERO, *op.cit.*, 252-263. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 julio 2007 está disponible en: *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2010 (2), vol.III, pp.576-585, con nota de Iribarren, crítico en algún punto, aunque considerando acertada la necesaria aceptación de los socios tanto bajo la LA (1988) como bajo la vigente. Vid. Considerando inaplicable la STS 9 julio 2007 dado que en la modificación estatutaria examinada, en los estatutos originales no existía limitación a la actuación arbitral, lo que sí sucedía en la STS donde se excluía del arbitraje la impugnación de acuerdos sociales. Vid. SAP Murcia, 27 septiembre 2011 (JUR 362703).

Una posición más favorable a la STS: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007)”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº1, 2008, pp.437 y ss.

Vid. Considerando la aplicación de la mayoría con anterioridad a la STS 9 julio 2007: CAMPO VILLEGAS, F., “Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva Ley. Discurso de ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya”, disponible en:

3.3. Medidas de defensa del socio disconforme

El relajamiento durante la tramitación parlamentaria de la LA en cuanto al quórum necesario –de la unanimidad a la mayoría- según la vigente redacción no lleva aparejada la concesión de medidas de defensa/protección para el socio que vota en contra. La consecuencia es que un sector de la doctrina española que se muestra muy crítica con la regla vigente ha iniciado un debate acerca de la constitucionalidad de la norma por la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE)²⁶. La respuesta a esta difícil cuestión va a estar principalmente influenciada por la concepción que se tenga acerca del arbitraje y/o acerca del consentimiento en el arbitraje que puede verse modulado en función de la sede específica en la que se debate esta cuestión: los contratos plurilaterales de organización, por diferencia con los contratos bilaterales, consensuales y sinalagmáticos típicos, y el hecho de que los socios de las sociedades no tienen la consideración de consumidores por lo que no precisan medidas especiales de protección.

En relación con el todavía derecho vigente y con las medidas de defensa que se articulan típicamente en la LSC consideramos que no resulta de aplicación lo dispuesto en el art.292 LSC, que requiere en sede de SRL el consentimiento de los afectados cuando la modificación estatutaria afecte a los derechos individuales de cualquier socio, ya que los derechos de los socios permanecen inalterados por la introducción del convenio arbitral que es un acto neutro y por ello el socio no se coloca en peor situación²⁷. Tampoco puede considerarse de aplicación el art.291 LSC que requiere el consentimiento de los afectados cuando la modificación de los estatutos implique nuevas obligaciones para los socios. Sin embargo, el socio disconforme tiene abierta la vía de impugnación de los acuerdos sociales (arts.204-208 LSC)²⁸ pero no tanto porque

<http://www.ajilc.cat/pdf/discursos/Discurs%20Campo%20Villegas.pdf>, pp.20-21 (última consulta 30 octubre 2014).

²⁶ Singularmente el profesor Olivencia al considerar que estaríamos ante un arbitraje forzoso; OLIVENCIA, M., “La cláusula de arbitraje introducida por vía de modificación de los estatutos sociales”, en AA.VV., *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa*, 2013, pp.11-20. También: VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p.740; GONZÁLEZ NAVARRO, A. ¿Cuáles son las condiciones de validez de una cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje no institucional?, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 40, 2013, pp.325-331, al hilo de la actual doctrina del Tribunal Constitucional puesto que no existiría una renuncia a la tutela judicial efectiva clara, terminante e inequívoca, si bien entiende que si se planteara un recurso de inconstitucionalidad, el TC debería revisar su posición. Por el contrario, considerando que no se vulnera dicho principio constitucional: OLAVARRÍA IGLESIA, J., “Artículo 11 bis”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Valencia, 2011, p.690, y ESCALER BASCOMPTE, R., “La injustificada reforma de la Ley de Arbitraje por los escasos cambios sustanciales que aporta: un mensaje contraproducente para el fomento del arbitraje”, *Justicia, Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 2012, pp.400-401, pues estamos ante sociedades de capital que se rigen por la mayoría.

Vid. además acerca del encaje constitucional del arbitraje en el art.1.1: OTERO LASTRES, J.M., “La incardinación del arbitraje en el sistema constitucional de Administración de Justicia y el derecho fundamental a la tutela “arbitral” efectiva, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum al Prof. Dr. Francisco Vicent Chuliá*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 93-98.

²⁷ En este sentido, PERALES VISCASILLAS, “Arbitrabilidad y convenio”, *op. cit.*, p.214. Vid. también, RODRÍGUEZ ROBLERO, *op. cit.*, p.256 y la doctrina ahí citada.

²⁸ Si bien estrictamente hablando esta acción debería desarrollarse ante los árbitros, el Informe de Arbitraje Societario del CEA, *op. cit.*, nº74, por motivos de seguridad jurídica considera que los disidentes deberían poder acudir a la vía judicial.

la introducción de un convenio arbitral pueda considerarse contrario a ley, los estatutos o lesionen el interés social, sino porque podría argumentarse su contrariedad con el orden público; acción que bajo el derecho de sociedades es imprescriptible (art.205.1 LSC). Por este motivo, entendemos que el transcurso de los plazos de impugnación de los acuerdos sociales previstos en la LSC (1 año o cuarenta días según los casos) no implica aquiescencia del socio si lo que se pretende es la nulidad del acuerdo de modificación de estatutos por contrariedad con el orden público constitucional.

El legislador español, a diferencia del italiano, no ha considerado preciso establecer un derecho de separación de los socios disconformes con la introducción de un convenio arbitral, aunque un sector de la doctrina ha considerado conveniente su introducción²⁹. De hecho, es la medida que adopta el Anteproyecto incorporando un causal específico de separación en las sociedades de capital (art.271-5(1) d) ALCM). Lo anterior, sin perjuicio, claro está, de que en el todavía derecho vigente pueda establecerse estatutariamente un derecho de separación para el socio disconforme al amparo del art.347 LSC aplicable a toda sociedad de capital, ya sea por este motivo o porque se haya establecido un derecho de separación por justa causa, lo que en este último caso obligaría a discutir si por justa causa de separación tendría cabida el supuesto que nos ocupa.

3.4. La impugnación de acuerdos sociales

Especial mención realiza el legislador a la impugnación de acuerdos sociales en el art.11 bis 3º LA, adoptando soluciones particulares para este caso que se han extendido en el Anteproyecto a toda materia sujeta a arbitraje estatutario, a saber: la prohibición del arbitraje *ad hoc* y el nombramiento de todos los árbitros por la institución arbitral. A ellas se suman la prohibición del arbitraje en equidad.

Recordar que fue precisamente la cuestión relativa a la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales, especialmente cuando se trataba de acuerdo nulos, la que provocó una situación contraria a la arbitrabilidad societaria durante buena parte del siglo XIX. En este sentido, nótese que la norma no distingue entre acuerdos nulos y anulables y, por lo tanto, se aplica a todos, lo que supone aclarar las dudas que existían entre la doctrina en torno a su aplicación a los acuerdos nulos³⁰.

Sin embargo, la redacción de la vigente norma suscita ahora otras cuestiones creando nuevos problemas de interpretación y aplicación. Efectivamente, el legislador parece prohibir el arbitraje *ad hoc* así como impedir la libre elección de árbitros por las

²⁹ RODRÍGUEZ ROBLERO, *op. cit.*, pp.260-262, considerando además de *lege ferenda* el modelo italiano apto para que fuera seguido por el legislador español. También estimando que debería haberse concedido un derecho de separación: VÁZQUEZ LEPINETTE, T., “La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas: análisis del art.348 bis de la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2012, pfo.45, ya que ello puede dar lugar a la opresión de la minoría, y nota 69 considerando el art.11 bis LA de constitucionalidad dudosa a la vista de la STS 9 julio 2007.

³⁰ Vid. Sin embargo, considerando que no serían arbitrables las impugnaciones de acuerdos nulos que lesionen intereses de terceros: OLIVENCIA, M., “Artículo 11 bis”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2011, pp.178-179.

partes, pues parece encomendar imperativamente dicha designación a la institución arbitral.

La confusa dicción del precepto, unida a la discrepancia entre el texto de la Exposición de Motivos, que parece exigir por motivos de seguridad y transparencia que el sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos societarios sea mediante un arbitraje administrado, y el propio texto de la norma que meramente reconoce la posibilidad de que dicha impugnación de acuerdos sociales se pueda realizar bajo un arbitraje administrado, han propiciado interpretaciones divergentes. Tres son las posibles interpretaciones que se están desarrollando en la doctrina española en relación con el art.11 bis LA:

- 1) Sólo cabe el arbitraje institucional, estando vetado el arbitraje *ad hoc*, y los árbitros sólo pueden ser designados por una institución de arbitraje³¹.
- 2) Sólo es posible el arbitraje institucional, pero el procedimiento de designación de los árbitros será el que establece el Reglamento institucional pactado, siendo que éstos suelen dejar libertad a las partes para efectuar el nombramiento o designación de los árbitros, aunque sujeta dicha designación a la confirmación por la propia institución (argumento ex art.14.1 LA).
- 3) Es posible tanto el arbitraje institucional como el arbitraje *ad hoc*³².

³¹ FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., “El arbitraje societario tras la última reforma”, LXII, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2011, pp.150-152; OLIVENCIA, M., “Company Arbitration in Spanish Law”, en *Liber Amicorum Abascal, World Arbitration & Mediation Review*, nº 6, 2012, p.382. Id., *Artículo 11 bis, op. cit.*, pp.176-179, considerando que la medida garantiza la objetividad e independencia de los árbitros y PICÓ i JUNOY, J/VÁZQUEZ ALBERT, D., “La revitalización del arbitraje societario”, en AAVV., *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant, Valencia, 2013, p.112; ARMAS, “La condición de jurista del árbitro en Derecho”, en AA.VV., *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant, Valencia, 2013, p.186; MIRÓ, “L’arbitratge institucional”, en AA.VV., *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant, Valencia, 2013, pp.227-228; ALONSO, *op. cit.*, 19; y SÁNCHEZ POS, La validez y eficacia del laudo arbitral a la luz de la reforma de la Ley de Arbitraje, n.º 7707, *La Ley*, 3 octubre 2011, p. 2, considerando, aunque de forma crítica, que la Ley de Arbitraje excluye de forma imperativa los arbitrajes *ad hoc* en materia de impugnación de acuerdos sociales.

Contrasta claramente esta interpretación con la ya lejana y arcaica prohibición de deferir el nombramiento de árbitros a una de las partes o a un tercero bajo el art. 22.2 LADP, donde el art.22 indicaba que: “Los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo. No será válido el pacto de deferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de ellos”.

³² Vid. PERALES VISCASILLAS, P., “La reforma de la Ley de Arbitraje (Ley 11/2011, de 20 de mayo)”, *Arbitraje (Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones)*, nº 3, 2011, pp.667-704. Considera también que cabe el arbitraje *ad hoc* en materia de impugnación: VICENTE-ALMAZÁN, “El notario del Siglo XXI”, *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, 2011, nº 38, pp. 21-22, aduciendo no sólo el tenor literal de la norma sino además la proclamación en la Exposición de Motivos relativa al “mayor acoplamiento a la libre competencia que reclaman las instituciones de la Unión Europea pues sería contradictorio ampliar la competencia por un lado y restringirla por otro. En definitiva, en su opinión, el art.11 bis 3 se limita a favorecer el arbitraje institucional pero no a su imposición. Siguiendo a este autor: MERINO MERCHÁN, F., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 39, 2013, pp.32-33. Asimismo a favor: GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, pp.321-324.

Estima que deben prevalecer las normas generales de la Ley de Arbitraje relativas a la designación de árbitros, decidiendo las partes si prefieren un arbitraje institucional o de otro tipo. ESCALER BASCOMPTE, *op.cit.*, pp.400-401.

La SAP Santa Cruz de Tenerife, 4 julio 2011 (JUR 378779) *obiter dicta* ha indicado en relación con el art.11 bis 3º que la impugnación de acuerdos sociales son cuestiones plenamente arbitrables “sin ningún tipo de limitación”. Destacar que el convenio arbitral parece acoger un arbitraje *ad hoc* y de equidad.

Como solución práctica y deseable para evitar la inseguridad jurídica que deriva de las distintas interpretaciones del art.11 bis LA, la propuesta de convenio arbitral tipo para su inclusión en los estatutos de las sociedades de capital recientemente propuesto por el CEA, se decanta por uniformizar la misma solución para todas las disputas societarias incluidas en el convenio arbitral a favor de un arbitraje institucional, con un sistema de lista para el nombramiento de árbitros, así como por un arbitraje de Derecho³³.

En todo caso, debe advertirse que las restricciones previstas en el art.11 bis 3º no tiene aplicación retroactiva por lo que las cláusulas que con anterioridad hayan previsto un arbitraje *ad hoc* continúan siendo plenamente válidas. En este sentido resulta interesante la STJ Cataluña de 28 noviembre 2013 (JUR 2014/159) analizando un convenio arbitral que indicaba que: "Cualquier duda o diferencia que surja entre los socios a causa de la interpretación de estos estatutos o en el ejercicio de los derechos y obligaciones dimanantes de este contrato de sociedad, se someterá al laudo arbitral de la forma que se expresa en la legislación vigente, salvo los casos en que por ley se establezcan procedimientos especiales con carácter imperativo". A juicio del Tribunal, existiendo convenio arbitral en los estatutos de la sociedad y pretendiendo la actora la impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la Junta General y Ordinaria procede, por ende y por mor de lo dispuesto en el artículo 11 bis. 3 en relación con el artículo 15.3 de la Ley de Arbitraje, el nombramiento judicial de una institución arbitral.

3.5. Inscripción del laudo

La última de las normas introducidas en la reforma de mayo de 2011 en la Ley de Arbitraje se refiere a un aspecto práctico de importancia en relación con el arbitraje societario. Se trata del art.11 ter que exige, con buen criterio, que el laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible se inscriba en el Registro Mercantil y que el BORM (Boletín Oficial del Registro Mercantil) publique un extracto coherentemente con el art.208 LSC para las sentencias estimatorias de impugnación³⁴. Dicho precepto, que tal y como hemos señalado deberá entenderse vigente aunque se apruebe el art.213-20 ALCM indica que:

Artículo 11 ter. Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles.

1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El "Boletín Oficial del Registro Mercantil" publicará un extracto.

2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

³³ Vid. Informe sobre el Arbitraje Societario en España, *op. cit.*

³⁴ Así lo propuso la Enmienda núm.19 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. BOCG, IX Legislatura, 22 diciembre 2010, Serie A, núm.85-15. La norma está en línea con lo dispuesto por el art.208 LSC. Solución que ya había propuesto la doctrina: PERALES VISCASILLAS, "Arbitrabilidad y convenio arbitral", *op. cit.*, 177-183.

Indicar que queda a salvo lo dispuesto en el art.37.8 LA, esto es, que el laudo podrá ser protocolizado notarialmente.

Se prescinde de la necesaria protocolización del laudo para su inscripción en el registro cuando el acuerdo anulado constara en documento notarial como al efecto exigía el Proyecto de Ley de 8 septiembre 2010. Ello parece resultar coherente con la regulación en esta materia y, en consecuencia, entenderse que estamos ante una excepción legal como requiere el art.18.1 CCo y el art.5.1 RRM³⁵.

Igualmente atendible es la regla prevista en el párrafo segundo del art.11 ter que señala que cuando el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella³⁶.

3.6. Arbitraje de Derecho v. equidad

Entre las materias objeto de reforma por la Ley 11/2011 de modificación de la Ley de Arbitraje, no se encontraba finalmente, pese a estar inicialmente proyectada, la eliminación del arbitraje en equidad en el ámbito del arbitraje doméstico, lo que debe considerarse un acierto, y posibilita que podamos realizar una reflexión sobre esta cuestión que tiene particular importancia en el marco del arbitraje societario, sobre todo porque el Anteproyecto retoma esta cuestión y toma partido prohibiendo el arbitraje de equidad en el marco del arbitraje estatutario.

Desde nuestro punto de vista la supresión del arbitraje de equidad en el arbitraje estatutario resulta incoherente con la subsistencia del arbitraje de consumo en equidad³⁷ y con la regulación del arbitraje en el ámbito internacional. Su eliminación implica la

³⁵ Artículo 18.1 CCo: La inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público. Sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en el Reglamento del Registro Mercantil.

Artículo 5 RRM: 1. La inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público. 2. La inscripción sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en este Reglamento.

³⁶ En relación con las buenas prácticas sobre esta cuestión se aconseja la lectura del Informe sobre Arbitraje Societario del CEA, *op. cit.*, nº90-93.

³⁷ Vid. Artículo 33.1 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo: “El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho”.

Apela precisamente a este argumento también en un caso de arbitraje societario en equidad: STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), 9 marzo 2012 (JUR 183203). La sentencia utiliza el criterio del “segundo vistazo” en esta materia, es decir, se traslada el control del orden público a sede de anulación o, en su caso, exequátur: “Más aún, ha de considerarse la existencia de la cláusula general de orden público como causa de impugnación del laudo (que obviamente afecta a toda forma de arbitraje), lo que determina que el árbitro de equidad, al dictar el laudo, deberá resolver con absoluta libertad de criterio cuando se trate de materias no regidas por normas imperativas, si bien, en la medida en que haya intereses de terceros o quede comprometido el interés general o el orden público, los laudos han de ser respetuosos con las exigencias más rígidas del ordenamiento jurídico: dicho de otro modo, la eventualidad de una afectación del orden público o del interés de terceros no constituye impedimento para la constitución judicial del arbitraje, sino que recibe su tratamiento adecuado en sede de impugnación del laudo que finalmente se dicte”. Añade también como argumento que la vigente regulación del art.11 bis LA en modo alguno lo prohíbe, aunque sí sería conveniente que el árbitro sea un jurista. Vid. Los argumentos en PERALES VISCASILLAS, Sociedades de capital y arbitraje, *op.cit.*, pp.127 y ss. En torno al orden público, PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad y convenio arbitral, *op.cit.*, pp.161 y ss.

desaparición de una institución de gran tradición en nuestro sistema jurídico al haber sido la regla general hasta la Ley 60/2003³⁸ y que además goza de absoluto respaldo a nivel internacional especialmente en la Ley Modelo CNUDMI (art.28), interfiriendo de forma grave en el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

En materia de arbitraje societario es clásica la discusión acerca de si debe restringirse a los arbitrajes únicamente de derecho, quedando vedado en este marco el arbitraje de equidad. La discusión se enlaza con cuestiones relacionadas con el contexto normativo, imperativo en muchos casos, en que se mueve el derecho societario, que haría poco aconsejable e incluso altamente inconveniente el arbitraje de equidad.

Entendemos, sin embargo, que en nuestro ordenamiento jurídico es posible un arbitraje de equidad para dirimir controversias societarias. Laudar en equidad no significa arbitrariedad³⁹, sino decidir “*conforme al leal saber y entender de los árbitros*”⁴⁰, lo cual implica, sencillamente, la posibilidad de apartarse de las normas legales de aplicación, siempre dentro de los límites de la norma imperativa y sobre todo el orden público⁴¹. En este sentido resulta paradigmática la normativa en materia de consumo donde como hemos indicado la regla general es la del arbitraje en equidad pese a que la normativa en materia de consumidores es altamente imperativa y así el art.34.2 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, señala que: “Las normas jurídicas aplicables y las estipulaciones del contrato servirán de apoyo a la decisión en equidad que, en todo caso, deberá ser motivada”.

Existe también acuerdo en que laudar en equidad no puede en modo alguno implicar arbitrariedad en la decisión⁴², y sí requiere un “*fallo congruente por parte de los árbitros que no pueden desatender lo pactado por las partes*”⁴³.

³⁸ De hecho un sector doctrinal criticó duramente la preferencia de la Ley 60/2003 por el arbitraje de derecho frente al de equidad. Vid. BARONA VILAR, S., “Artículo 37”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Thomson/Civitas, 2004, pp.1204-1210.

³⁹ Además como recientemente ha señalado la SAP Madrid, 30 junio 2011 (sección 12) (RA 347818) en relación con la independencia e imparcialidad de los árbitros que: “*la exigencia, tanto formal como efectiva, de la imparcialidad e independencia de los árbitros debe ser aún más acusada en los arbitrajes de equidad, y ello, en primer término, porque, si bien con sujeción al marco normativo que las partes puedan señalar a los árbitros, en todo caso, al someter la decisión de la controversia a la equidad, es decir, y en esencia, al sentido de justicia que los árbitros tengan, obviamente será la confianza de las partes en su plena objetividad el pilar básico sobre el que descansa la aceptación de que el resultado del litigio habrá obedecido a una decisión correctamente adoptada; en segundo lugar, al someter la resolución de la controversia a equidad el ámbito del arbitrio del juzgador es más intenso en los arbitrajes de equidad que en los de derecho, lo cual refuerza la necesidad de que los árbitros carezcan de vínculos o relaciones con las partes que permitan cuestionar su independencia e imparcialidad*”.

⁴⁰ Por todos: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Si puede anularse el laudo de Derecho por infracción de normas y el de equidad por ser inequitativo*. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid: Fundación Registral, 2010, p.20. Indica la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 de Arbitraje que son sinónimos a la equidad los términos “en conciencia”, “ex aequo et bono” y “amiable compositeur”. Vid. Considerando perfectamente posible el arbitraje de equidad para disputas societarias: SAP Guipúzcoa (Sección 2), 16 abril 2009 (RA 284126).

⁴¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, nº18-91.

⁴² HIERRO/HINOJOSA, “Artículo 34”, *op.cit.*, p.384.

⁴³ ESPLUGUES, “Artículo 34”, *op.cit.*, p.1117.

Esa decisión tomada según su leal saber y entender significa que en materia de arbitraje societario los árbitros no podrán desconocer el marco legal societario porque, como señala el art.34.3 LA, aplicable también a los arbitrajes de equidad⁴⁴:

"En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables" (subrayado nuestro)⁴⁵.

Es decir, la decisión en equidad ha de estar en consonancia con las estipulaciones del contrato, lo cual es lógico ya que evidencia la voluntad de las partes. En el caso del arbitraje societario, ello significa tener en cuenta las previsiones de la escritura y de los estatutos⁴⁶, los cuales, generalmente incorporarán directa o indirectamente las leyes societarias españolas.

Entendido así el arbitraje de equidad, nos parece un grave error su prohibición en el arbitraje estatutario al restringir el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que podría así diseñar su convenio arbitral en función de la tipología societaria.

⁴⁴ Es apreciación común considerar que el art.34.3 Ley de Arbitraje se aplica al arbitraje de equidad (MANTILLA-SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Iustel, Madrid, 2005, p.193), como lo es también en el ámbito del art.28.3 Ley Modelo (LEW/MISTELIS/KRÖLL, *op. cit.*, nº18-86). Vid. También: ESPLUGUES, Artículo 34, p.1133, al referirse al citado precepto de la Ley de Arbitraje, indica que: *"La referencia a las estipulaciones del contrato es lógica dado que en el mismo se refleja en toda su plenitud la voluntad de las partes, vinculándose las mismas a su cumplimiento de acuerdo con el principio pacta sunt servanda"*. O como indica MANTILLA-SERRANO, *op. cit.*, p.193, en relación con el mismo precepto: *"se consagra la importancia del principio de pacta sunt servanda, de tal manera que en ningún caso, ni siquiera cuando disponga del poder de decidir en equidad, podrá el árbitro ignorar las estipulaciones contractuales entre las partes o modificarlas"* (subrayados y negrita nuestros).

⁴⁵ Se trata por lo demás de una disposición plenamente admitida en el arbitraje comercial internacional pues deriva del art.28.3 Ley Modelo de la CNUDMI. Vid. Igualmente: Art. 15 OHADA Uniform Act on Arbitration; Art. 17.5 Reglas Arbitraje ICC; y Art. 33.3 Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (1976) o art.35.3 (2010). En todos ellos se ordena a los árbitros que observen las estipulaciones del contrato. Vid. Considerando que en el arbitraje de equidad los árbitros no pueden prescindir del contrato entre las partes: LEW/MISTELIS/KRÖLL, *op.cit.*, nº18-88, quienes, incluso, consideran que: *"amicable compositeurs must comply with the provisions of the contract, even if that could lead to an inequitable result"* (id., nº18-93).

⁴⁶ Posición adoptada por la doctrina que ha estudiado el tema. Vid. PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad y convenio arbitral, *op.cit.*, pp.230-231 en igual sentido que en el texto; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por "justa causa" en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005", *RDS*, nº26, p.298: "Resolver en equidad no equivale desde luego a disfrutar de una dispensa para inaplicar la ley imperativa cuando parezca oportuno al árbitro. Tampoco autoriza al árbitro para eludir las normas contenidas en estatutos o en un pacto parasocial".