



Universidad  
Carlos III de Madrid

 - **Archivo**

Repositorio Institucional



Olivencia Ruiz, Manuel. Ley de arbitraje. Cláusula estatutaria arbitral y anteproyecto de código mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 716-725. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/21054>

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/)

**LEY DE ARBITRAJE.  
CLÁUSULA ESTATUTARIA ARBITRAL  
Y ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL**

MANUEL OLIVENCIA RUIZ\*

A Rafael Illescas,  
discípulo, compañero, amigo.

**Resumen**

La Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, encargada de elaborar una propuesta de nuevo Código Mercantil que integre la legislación especial vigente y delimite la materia mercantil, acordó no integrar la Ley de Arbitraje, por carecer de este carácter al ser aplicable a toda materia de libre disposición, aunque esté inspirada en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre “arbitraje comercial internacional”. Sí acordó la Sección incluir en el Libro Segundo, “De las Sociedades Mercantiles”, el tema del arbitraje estatutario, introducido por la Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje, 11/2011. El debate de la Sección enfrentó las posiciones de quienes mantenían que el principio mayoritario que rige las sociedades de capital permite la introducción de esa cláusula por vía de modificación de estatutos, aunque sea por una mayoría cualificada (entre ellos, el Prof. ILLESCAS), a la de quienes (como el autor de este artículo) defendían que el principio de libertad, fundamento constitucional del arbitraje, impide su imposición a la minoría ausente o disidente. Triunfó la primera tesis, pero limitada por la exclusión de las sociedades cotizadas y por la concesión de un derecho de separación a los disidentes del acuerdo.

**Contenido**

1. La dualidad civil-mercantil y el arbitraje de Derecho privado. – 1.1. Introducción. – 1.2. Antecedentes históricos. – 1.3. Derecho vigente. – 2. Las perspectivas del arbitraje en la elaboración de la Propuesta de Código Mercantil. – 2.1. Doble punto de vista. – 2.2. El contractual. – 2.3. El societario. – 3. La introducción de la cláusula de arbitraje por la vía de modificación de estatutos en las sociedades de capital. – 3.1. Posiciones doctrinales. – 3.2. El derecho de separación. – 3.3. La exclusión de las sociedades cotizadas.

---

\* Catedrático Emérito de la Universidad de Sevilla.

## 1. LA DUALIDAD CIVIL-MERCANTIL Y EL ARBITRAJE DE DERECHO PRIVADO

### 1.1. Introducción

En cumplimiento del encargo recibido del Ministro de Justicia JUAN FERNANDO LÓPEZ AGULAR (OMJ de 7 de noviembre de 2006) de elaborar un nuevo Código Mercantil en el que se integre y delimite la legislación mercantil existente, se modernice y complete la regulación vigente que afecta a las relaciones jurídico-privadas vinculadas a las exigencias de la unidad de mercado, la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación (CGC), hubo de decidir cuáles eran las normas de nuestro Ordenamiento de naturaleza mercantil que deberían incorporarse al nuevo Código.

El arbitraje, institución fundamental en el tráfico mercantil, venía regulado por la Ley 60/2003, que, aunque inspirada en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje *comercial internacional*, había adoptado en nuestro Ordenamiento el sistema “monista”, de regulación unitaria del arbitraje interno y del internacional, así como del arbitraje comercial y del no comercial.

La norma jurídico-privada surgida en el ámbito mercantil llega a perder este carácter cuando en su expansión deja de ser *especial* y se convierte en *común*. Es el caso de nuestra Ley 60/2003, inspirada en principios mercantiles, pero que puede tener por objeto relaciones jurídico-privadas de libre disposición, sean mercantiles o civiles. No siempre ha sido así en la historia de nuestro Derecho.

### 1.2. Antecedentes históricos

La primera regulación española del arbitraje en la época de la codificación es la del arbitraje mercantil. El C. de c. de 1829, al establecer el arbitraje societario obligatorio (art. 323), dispuso que “los jueces árbitros procederán con arreglo a lo que se prescribe en el artículo 1.219 sobre el orden de enjuiciar en las causas de comercio”. El art. 1.219, a su vez, remitía a un futuro código de enjuiciamiento o a una ley provisional, hasta que éste se dictare.

En 30 de junio de 1830 se promulgó la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, redactada, como el C. de c., por PEDRO SAINZ DE ANDINO y sancionada por FERNANDO VII. Su Título VI trata “Del Juicio Arbitral”: “Toda contienda sobre *negocios mercantiles*” puede someterse al juicio de *árbitro de comercio* (art. 252), o al de “amigables componedores”, al que “los *comerciantes* podrán también comprometer la decisión de *sus contiendas*” (art. 296).

Conviven así en nuestro Ordenamiento dos arbitrajes distintos: el mercantil, para los negocios y causas de comercio, y el civil o común, que a partir del 5 de octubre de 1855 regula la primera Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en su Título VI.

La diferencia entre sus respectivas regulaciones es clara: la relativa al arbitraje mercantil, parca en formalismos y rápida en su tramitación; la de la LEC, regida por normas de carácter imperativo que imponían formas y trámites más rigurosos.

La convivencia de ambos arbitrajes duró hasta que el Decreto de refundición de fueros de 7 de diciembre de 1868, dictado por el Gobierno provisional que surge de la Revolución septembrina, no sólo suprimió la jurisdicción especial mercantil, llevado por su ideología anticlasista, sino que derogó la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio, que no contenía ningún privilegio de clase, sino una tramitación, judicial y arbitral, acorde con las exigencias de la actividad económica mercantil.

Fue una “contradicción” de los revolucionarios de 1868<sup>1</sup>, un error que les llevó a derogar el régimen más “liberal” del arbitraje, y que pronto reconocieron, precisamente cuando el Decreto de 20 de septiembre de 1869, de bases para la redacción de un proyecto de “Código comercial y de enjuiciamiento, ambos inspirados en los nuevos principios” –como dice su Exposición-, se propuso restablecer la regulación procesal mercantil y señaló en su Base 7ª y última que “*en el procedimiento mercantil se acudirá a los métodos más rápidos y expeditos*”. Ese Código no llegó a dictarse y los arbitrajes mercantiles pasaron a regularse por la LEC, primero por la de 1855 y después por la de 1881, una regulación “común” que no satisfacía las especialidades de la materia mercantil.

El problema no se soluciona con la aparición de la legislación especial de arbitraje. La Ley de 22 de diciembre de 1953 derogó la regulación del arbitraje contenida en la LEC, pero la sustituyó por normas concebidas “para la solución arbitral de conflictos de Derecho Civil en el más estricto sentido de la palabra”. La crítica entrecomillada es la que se contiene en la E. de M. de la Ley que la derogó, la de 8 de diciembre de 1988, que, más explícitamente, denunció la inadecuación de las normas anteriores al arbitraje mercantil: “la práctica ha demostrado, en cambio, que dicha Ley no sirve para solucionar mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen en el tráfico mercantil internacional”.

La apertura al arbitraje administrado, la mayor libertad en la designación de árbitro, la amplia aplicación del principio dispositivo en la regulación de procedimiento, sin más límite que el respeto a los de audiencia, contradicción e igualdad y a las pocas normas imperativas de la Ley, el menor formalismo y la mayor atención al arbitraje internacional (ejecución de laudos extranjeros y normas de Derecho internacional privado) son novedades de la Ley de 1988 en beneficio del arbitraje mercantil y del internacional.

---

<sup>1</sup> V. mi trabajo “Una contradicción de los revolucionarios de 1868: la regulación del arbitraje”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 39, Madrid, 2009; pp. 155-175.

### 1.3. Derecho vigente

El paso a favor de una regulación unitaria o monista del arbitraje, pero inspirada en principios mercantiles, lo dio la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, vigente a la fecha en que se desarrollan los trabajos de elaboración del nuevo Código Mercantil por la Sección Segunda de la CGC. Una Ley inspirada en el modelo “comercial internacional” de UNCITRAL, pero extendida a todo arbitraje de Derecho privado, civil o mercantil, nacional o internacional.

Durante esos trabajos, se produce la reforma de la Ley de Arbitraje de 2003 por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, elaborada al margen de la CGC y que la Sección Segunda hubo de tener en cuenta en la preparación del nuevo Código Mercantil.

Es en la Ley de Reforma en la que se introduce el arbitraje societario. El Proyecto de Ley del Gobierno exigía no ya acuerdo unánime sino “el acuerdo de todos los socios”, como lo había establecido la *Propuesta de Código de las Sociedades Mercantiles* de la CGC; pero en el debate parlamentario se enmendó el Proyecto de Ley en el sentido que pasó definitivamente al texto legal<sup>2</sup>.

## 2. LAS PERSPECTIVAS DEL ARBITRAJE EN LA ELABORACIÓN DE LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

### 2.1. Doble punto de vista

Desde un doble punto de vista consideró la Sección el tema del arbitraje: en primer lugar, el contractual, relativo a la naturaleza propia del convenio arbitral, ya sea cláusula de un contrato, ya sea un acuerdo independiente; en segundo, el arbitraje estatutario, aplicable a las sociedades mercantiles, aunque no en exclusiva, porque puede referirse también a otros entes colectivos, sean o no personas jurídicas (sociedades civiles, comunidades...).

### 2.2. El contractual

Hubo acuerdo en que la Ley de Arbitraje no era legislación mercantil integrable en el nuevo Código, sino una ley *general* de Derecho privado que, además, contiene aspectos procesales. Esa naturaleza heterogénea de la LA se refleja expresamente en los títulos competenciales que enuncia su disposición final segunda, en la que se invoca “la exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil”

---

<sup>2</sup> Sobre el debate parlamentario, v. especialmente mi artículo “El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de Reforma de la Ley 60/2003” en *Sessió Oberta sobre el “Arbitraje en España”*, en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, *RJC*, nº 4, 2012, pp. 87-113, donde lo califico de “ligero” por rápido y por superficial. Prevaleció un argumento pragmático, de mayor difusión del arbitraje, sobre los argumentos dogmáticos de principio, que fueron ignorados.

(art. 149.1, 6ª y 8ª). Su integración total en el nuevo Código quedaba, pues, excluida, porque solo la materia mercantil tiene en él cabida. Tampoco es mercantil el convenio del que nace el arbitraje, de naturaleza contractual, regido por la Ley de Arbitraje, que puede ser celebrado por cualquier persona y sobre cualquier materia de libre disposición; por tanto, no tiene la especialidad mercantil ni debe, en consecuencia, integrarse en el Libro Quinto del nuevo Código.

### 2.3. El societario

Sí hubo acuerdo en abordar la materia relativa al arbitraje estatutario que, en relación con las sociedades mercantiles de capital, había incluido en la Ley de Arbitraje la Ley de Reforma de 2011 (art. 11 bis y 11 ter). La sede propia del arbitraje societario ha de ser el Derecho de sociedades, por referirse a materias propias de éstas: estatutos sociales y cláusulas incorporables; modificación de estatutos para la supresión, extensión o incorporación de cláusulas de arbitraje y requisitos; acuerdos sociales e impugnación de éstos; especialidades que el arbitraje societario introduce en su tramitación. Temas todos ellos, propios del Derecho de Sociedades, más que especialidades del régimen regulador del arbitraje. La prueba es que la LM de UNCITRAL, inspiradora de la LA española de 2003, no contempla el arbitraje estatutario. Su inclusión en la LA, en virtud de la Ley de Reforma 11/2011, fue un injerto extraño. Su sede propia es la del Derecho de Sociedades, como la prestó la *Propuesta de Código de las Sociedades Mercantiles*, de la CGC, y como lo hace el ACM.

Recayó el acuerdo de la Sección sobre temas básicos:

- La inclusión del arbitraje estatutario en la propuesta de Código Mercantil, dentro de su Libro Segundo (“De las Sociedades Mercantiles”), Título I (Disposiciones aplicables a todas las sociedades mercantiles), Capítulo III (“De la constitución de Sociedades Mercantiles”), Sección 3ª (“De la escritura pública de constitución”), Subsección 3ª (“De la cláusula estatutaria de arbitraje”; art. 213-20).
- Esa ubicación sistemática significa que el arbitraje estatutario se considera común a todas las sociedades mercantiles, mientras que la Ley de Reforma solo lo refiere expresamente en su art. 11 bis a las sociedades de capital. Se aclara así la duda creada por esa norma;
- La precisión de que el arbitraje societario ha de ser de Derecho;
- La mayor especificación de las materias societarias arbitrales; frente a la lacónica expresión “los conflictos que en ellas [las sociedades] se planteen”, sin más referencia concreta que a la impugnación de acuerdos, el art. 213-20 del ACM detalla las materias arbitrables y cierra con una cláusula general: “... 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 ostentando cualquiera de estas condiciones y cualesquiera otros conflictos de naturaleza societaria”;*

- La extensión del régimen de arbitraje administrado a todo arbitraje societario, con designación de los árbitros por la institución arbitral; frente a la reducción de esta exigencia a la impugnación de acuerdos sociales del art. 11 bis LA; la norma propuesta la amplía con carácter imperativo a todo arbitraje estatutario, de modo que los socios son libres de establecerlo (“podrán”, Derecho dispositivo), pero si lo establecen, están obligados (“encomendándose”, Derecho imperativo) a encomendar su administración y el nombramiento de árbitros a una institución arbitral.

Hasta aquí, el acuerdo de la Sección fue pacífico; la polémica surgió en el tema de la introducción de cláusula arbitral en estatutos. Respecto de los estatutos fundacionales, en la escritura de constitución de la sociedad, no había problema, ya que necesariamente han de acordarse por unanimidad de los fundadores y, una vez inscrita la sociedad, surten efectos respecto de terceros, como son los posteriores adquirentes de acciones o aceptantes de cargos de administración de la sociedad inscrita.

La cuestión se planteó respecto de la introducción de una cláusula arbitral en estatutos por la vía de modificación de éstos, en las sociedades de capital, porque en las personalistas se admitió sin reservas que solo podría hacerse con “el consentimiento de todos los socios”.

### **3. LA INTRODUCCIÓN DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE POR LA VÍA DE MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

#### **3.1. Posiciones doctrinales**

El régimen de introducción de la cláusula en las sociedades capitalistas careció de regulación legal expresa en nuestro Derecho hasta que la Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje introdujo en ésta el art. 11 bis. Hasta entonces, la doctrina estaba dividida. Frente a quienes mantenían que el principio de libertad que inspira el arbitraje y sobre el que reposa su constitucionalidad impide imponerlo a quienes no lo hayan consentido, por lo que el acuerdo social de introducción ha de ser adoptado no ya por unanimidad, sino con el consentimiento de todos los socios<sup>3</sup>, se alzaba la tesis de aquellos que

<sup>3</sup> MUÑOZ PLANAS, J.M<sup>a</sup>., “Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a RODRIGO URÍA*, Madrid, 1978, pp. 381-498. Me declaré “corifeo” de esta doctrina en mi nota necrológica a «José María Muñoz Panas. “In memoriam”», en RDM, n<sup>o</sup> 283, 2012, pp. 17-21, especialmente pp. 19-20. V. también, en coautoría con José M<sup>a</sup> MUÑOZ PAREDES, “La impugnación de acuerdos de la Junta general mediante arbitraje”, en *Estudios en homenaje al Prof. Fernando Sánchez Calero*, II, Madrid, 2002, pp. 1977-2029; POLO, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles”, en *Tribunal Arbitral de Barcelona, Seminario sobre Arbitraje en las Sociedades*

invocaban el principio de mayoría como rector del funcionamiento de las sociedades de capital, al que han de someterse todos los socios, incluso los disidentes y los ausentes (art. 159 LSC)<sup>4</sup>.

Ambas posturas estaban representadas en el seno de la Sección. Me refiero aquí solamente a quienes las habíamos expresado en publicaciones anteriores al debate en la Sección. La posición “mayoritaria” (la que invoca el principio de mayoría) había sido defendida por los Vocales RAFAEL ILLESCAS<sup>5</sup> y ESPERANZA GALLEGO<sup>6</sup>. El primero critica la STS de 9 de julio de 2007 porque “supone la vuelta a los viejos tiempos en que se rechazaba la arbitrabilidad de las cuestiones societarias” y “es generadora de incertidumbre la afirmación de la Sentencia conforme a la cual ‘la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje... exige el requisito de la aceptación de los afectados’ ”. Conforme a la teoría de ILLESCAS, la “regla básica” de la mayoría no admite tal excepción en el caso de incorporación de cláusula arbitral a los estatutos sociales. En coincidente término se había manifestado la Prof. ENCARNA GALLEGO.

Mi parecer contrario<sup>7</sup> argumentaba sobre la base de la doctrina del TC y de la STS criticada por ILLESCAS, para concluir que el principio de mayoría tiene sus

*mercantiles*, nº 4, Barcelona, 1992, pp. 64-100; VICENT CHULIA, F., *Compendio de Derecho Mercantil*, I-1º, 3ª ed., Barcelona 1991, pp. 616 y ss. V. también mi artículo “Las aportaciones del Prof. Vicent Chuliá al arbitraje societario”, en *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*”; Tirant lo blanch, 2013, pp. 491-498; GÓMEZ PORRÚA, J.M., “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor FERNANDO SÁNCHEZ CALERO*, vol. II, Madrid, 2002, pp. 1925-1975.

<sup>4</sup> V. FERNÁNDEZ DEL POZO, E., “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”, en RCDI, LXVIII, sept-oct., nº 612, 1992, pp. 2033-2053, especialmente p. 2045; CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, en RJC, nº 2, 1998, pp. 9-45, especialmente, pp. 28-12; PICÓ Y VAZQUEZ, A., “El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas”, en *RdS*, nº 11, 1999, pp. 183-203, especialmente, pp. 196-197; CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, nº 21, 2003, pp. 193-214; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Cizur Menor, 2005, especialmente, pp. 213 y ss.; RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., *Impugnación de acuerdos sociales y Arbitraje*, Barcelona, 2010, especialmente, pp. 252. y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas de arbitraje societario vistos por un notario”, en *La Notaría*, nº 47-48, 2007, pp. 13-56; ILLESCAS ORTIZ, R., “No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias”, en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, nº 1, 2008, pp. 40 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, *RdS*, nº 32, 2009, pp. 2-51; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 10, 2010, pp. 11-65; PERALES VISCASILLAS, P., “La reforma de la Ley de Arbitraje y el arbitraje societario”, en *Derecho de los Negocios*, nº 243, 2010, pp. 21-23; PIZARRO MORENO, E., “Reflexiones en torno a la evolución del arbitraje en las sociedades mercantiles. Crónica de un problema resuelto”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 25, 2010, pp. 25-45, y por el Tribunal Arbitral de Barcelona, “El posicionamiento del Tribunal Arbitral de Barcelona ante el proyecto de Ley de Reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 10, 2010, pp. 299-301.

<sup>5</sup> *Op. cit.* en Nota 4.

<sup>6</sup> *Op. cit.* en Nota 4.

<sup>7</sup> Mi posición a favor de la tesis de la unanimidad, como mantenían la Propuesta de Código de las Sociedades Mercantiles y el propio Proyecto de la Ley de Reforma de la LA, se formula como crítica a la introducción del art. 11 bis por vía de enmienda, que considero inconstitucional. V. mis trabajos: “Company Arbitration in Spanish Law”, en *Homenaje al Prof. José Mª Abascal, World Arbitration*

límites y no es competencia de la Junta imponer el arbitraje a quienes no lo aceptan libre y voluntariamente, ni vedarles el acceso a la tutela judicial efectiva por la vía directa de acudir a los tribunales ordinarios y al juez natural, ni obligarles a seguir el cauce de un “equivalente”<sup>8</sup>, por lo que la norma del art. 11 bis de la LA puede considerarse “inconstitucional”.

Pero, tras el interesante debate que siguió a la exposición de las tesis encontradas, triunfó la favorable a respetar el principio de mayoría, acogido por la Ley de Reforma. Se reprodujo incluso el régimen de mayoría cualificada del art. 11 bis.2 LA (dos tercios de los votos existentes), lo que sólo disminuye, pero no resuelve el problema constitucional. Mientras exista un solo socio que pueda ser obligado a un arbitraje sin o contra su voluntad, existirá la lesión de derechos fundamentales como son los de libertad y acceso a la tutela judicial.

---

& *Mediation Review*, Vol. 6, nº 2, 2012, pp. 369-384; “La cláusula de arbitraje introducida por vía de modificación de los estatutos sociales”, en *Actas XI Congreso Asociación Sainz de Andino. Homenaje al Prof. Juan Manuel Gómez Porrúa*, Madrid, 2012, pp. 11-20; Discurso de contestación al de ingreso de CARMEN MOYA SANABRIA en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, *Evolución histórica y estudio de la voluntad como fundamento de la institución arbitral. Capacidad y legitimación de la partes*, Sevilla, 2011, pp. 75-79; “Cláusula estatutaria de arbitraje impuesta por acuerdo mayoritario en las sociedades de capital (art. 11 bis.2 de la Ley de Arbitraje)”, en *Estudios*, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012; “El arbitraje y la Constitución de 1812”, acto conmemorativo del CC aniversario de ésta organizado por la CIMA, Madrid, mayo 2012; “El arbitraje en España. Impacto de la Ley 11/2011, de Reforma de la Ley 60/2003”, en *Sessió Oberta* de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, sobre el “*Arbitraje en España*”, *RJC*, nº 4, 2012, pp. 87-113.

He mantenido también esta tesis en el Congreso de la Asociación Andaluza de Profesores de Derecho Mercantil PEDRO SAINZ DE ANDINO: “Constitución y Arbitraje”, Cádiz, 2012 (en prensa); en foros como el III Congreso de Instituciones Arbitrales: *La reforma de la Ley de Arbitraje*, organizado por la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara de Comercio, 2011. Jornada sobre *Arbitraje y Mediación. Métodos alternativos eficaces para la resolución de conflictos*, organizado por CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, OLIVENCIA-BALLESTER, en el Instituto de Estudios Cajasol, el 16 de marzo de 2012; IX Curso de Arbitraje de la Universidad Rey Juan Carlos, 11 febrero de 2014; “El arbitraje en el Anteproyecto de Código Mercantil”; Curso de Verano El Arbitraje civil y mercantil, organizado por la Universidad de Almería.

Con posterioridad al debate en la Sección Segunda de la CGC, he publicado: “Las aportaciones del Prof. Vicent Chuliá al arbitraje societario”, en *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*; Tirant lo blanch, 2013, pp. 491-498; “Quórum y mayorías en las sociedades de capital. A propósito del artículo 11.bis.2 de la Ley de Arbitraje”, en *Liber Amicorum al Prof. Juan Luis Iglesias*; ed. Thomson-Reuters, 2014, pp. 799-817; Ponencia en el XII Congreso de la Asociación Andaluza de Profesores de Derecho Mercantil PEDRO SAINZ DE ANDINO, “Constitución y arbitraje”, Cádiz, 2012 (en prensa); en foros como el III Congreso de Instituciones Arbitrales: *La reforma de la Ley de Arbitraje*, organizado por la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara de Comercio, 2011; Jornada sobre *Arbitraje y Mediación. Métodos alternativos eficaces para la resolución de conflictos*, organizado por CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, OLIVENCIA-BALLESTER, en el Instituto de Estudios CAJASOL, el 16 de marzo de 2012; X Curso de Arbitraje de la Universidad Rey Juan Carlos, 11 febrero 2014; “El arbitraje en el Anteproyecto de Código Mercantil”; Curso de Verano “El Arbitraje civil y mercantil”, organizado por la Universidad de Almería (en prensa).

<sup>8</sup> El argumento del “equivalente”, invocado en el Preámbulo de la Ley de Reforma, es polémico. V. , CRUZ VILLALÓN (antiguo Presidente del TC), “Arbitraje y Constitución en España”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios Homenaje a HÉCTOR FIX-ZAMUDIO*, XI, México, 2008, pp. 421-435, especialmente, p. 432.

Nuestro homenajeado en este libro vio acogida su tesis. Quedé yo “en minoría” en mi “defensa de la minoría”. Pero, conseguí, al menos, por vía transaccional, que puesto que el modelo de la reforma de la LA había sido el italiano, se acogiesen los límites y exclusiones que éste reconoce.

### 3.2. El derecho de separación

Resulta que la reforma introducida en esta materia por la Ley 11/2011 se inspiró en el Decreto Legislativo italiano de 17 de enero de 2003 (art. 34)<sup>9</sup>, pero sin las garantías que para los socios ausentes o disidentes establece su apartado 6: el derecho de separación, introducido precisamente para evitar la inconstitucionalidad de la norma. El socio no conforme con la cláusula estatutaria arbitral tiene la salida de la separación para no verse imponer un arbitraje por la mayoría.

Se trata de una solución “garantista”, pero que estimo inadecuada al supuesto de hecho. La separación es siempre una medida quirúrgica, que amputa un miembro a la sociedad y le obliga a liquidar su cuota y a reducir el capital, a no ser que se evite mediante la adquisición de aquella por los restantes socios o por la sociedad (art. 271-19 ACM), una novedad del ACM que tiende a paliar, en lo posible, ese trauma. Para el socio, también puede resultar excesivo el remedio de la separación en previsión de un eventual futuro arbitraje, cuando se encuentre cómodo en la sociedad. Pero la fórmula italiana es hábil como coartada para eludir el reproche de inconstitucionalidad: el socio puede evitar la imposición del arbitraje; si no lo hace, se presume que lo consiente, aunque no haya votado a favor del acuerdo.

La regla de la mayoría sin ese remedio resulta, pues, inconstitucional. Así lo he considerado y he señalado los medios para llegar a obtener del TC esa declaración<sup>10</sup> La incorporación del modelo italiano, como ya se había recomendado en nuestra doctrina<sup>11</sup>, evita el riesgo de inseguridad jurídica que padece nuestro Derecho vigente.

El ACM ha acogido el derecho de separación en el art. 271.5, “Causas específicas de separación en sociedades de capital”, d), “La introducción en los estatutos sociales de cláusulas de sumisión a arbitraje de las controversias o conflictos de naturaleza societaria”.

---

<sup>9</sup> Sobre el modelo italiano, V. GENNARI, F., “L’arbitrato societario”, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto pubblico dell’economia*, dirigido por GALGANO, F., vol. 51, 2009, pp. 100-108.

V. también, PIERALLI, A., “El nuevo arbitraje societario en Italia, análisis comparativo con España”, en *Anales de Justicia Alternativa*, nº 5, 2005, pp. 204-220, que proponía la ayuda de las normas italianas para la regulación en España de esta figura; RUFFINI, G., “Il nuovo arbitrato per le controversie societarie”, en *Riv. trim. dir. e pro. civ.*, vol. 58, nº 2, 2004, pp. 495-532; ZUCCONI, E., “La convenzione arbitrale nella società dopo la riforma”, en la misma Revista, vol. 57, nº 3, 2005, pp. 929-972, y “Modelli arbitrali e controversia societarie”, *ibidem*, vol. 60, nº 2, 2006, pp. 513-538.

<sup>10</sup> V. mi artículo “Quórum y mayorías...”, cit., especialmente, IV. *Los remedios*, pp. 815-817.

<sup>11</sup> Por VICENT CHULIÁ, especialmente; v. mi artículo “Las aportaciones del Prof. Vicent Chuliá...”, *op. et. loc. cit.*, p. 496.

Como dice la E. de M. del ACM (III, 75 a 79), a partir de una cláusula general de atribución al socio del derecho de separación “por justa causa”, el texto introduce la separación en sociedades de duración indefinida, un listado común de causas y listados específicos para las sociedades de personas y para las de capital. Es en este último en el que se inserta la norma que concede derecho de separación al socio “que hubiera votado en contra” del acuerdo de introducción en los estatutos de la cláusula de arbitraje societario.

Pero la norma del ACM se diferencia todavía del modelo italiano. En primer lugar, con ventaja española, porque el régimen de mayoría en la introducción de la cláusula estatutaria sólo se contempla para las sociedades de capital, mientras que para las personalistas el ACM exige el consentimiento de todos los socios.

La segunda diferencia ya no es a favor de la norma española, porque mientras la italiana concede derechos de separación a los socios “ausentes o disidentes” (art. 34.6 del DL), el ACM solo lo concede al que “hubiere votado en contra”. Parece una aplicación de la máxima “*vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*”. Se requiere una posición activa y expresamente contraria a la introducción de la cláusula para poder ejercer el derecho de separación. Pero tampoco el ausente presta su libre consentimiento al arbitraje.

Por lo demás, no cabe duda de que el ACM he seguido ahora fielmente el modelo italiano, con las limitaciones y contrapesos que lo acompañan.

### 3.3. La exclusión de las sociedades cotizadas

La exclusión de las sociedades cotizadas es una limitación fundada del arbitraje estatutario. El ACM la expresa en la salvedad con que inicia el texto de la norma de admisión del arbitraje estatutario: el art. 213.20, cuyo apartado 1 comienza con estas palabras: “*Salvo en el caso de las sociedades cotizadas...*”. Las sociedades abiertas, de gran número de socios y accionariado “flotante” en un porcentaje considerable, se adecuan mal al arbitraje como forma de solución de conflictos sociales. De otra parte, existe en éstos un ingrediente de interés público o general que normalmente cuestiona el carácter de disponibilidad que ha de tener el conflicto arbitrable. Nuestra doctrina ya había excluido a las cotizadas del ámbito del arbitraje societario<sup>12</sup>; en el Derecho comparado, el modelo alemán<sup>13</sup> excluye de éste a todas las anónimas, no sólo a las cotizadas, y el italiano prohíbe expresamente la cláusula compromisoria no sólo a las cotizadas sino a todas aquellas que tengan su capital repartido en el público en “medida relevante”.

<sup>12</sup> V. MUÑOZ PLANAS, J. M<sup>a</sup> y MUÑOZ PAREDES, J.M<sup>a</sup>, “El arbitraje en las sociedades profesionales”, en *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Prof. ANIBAL SÁNCHEZ ANDRÉS*, Madrid, 2010, pp. 991-1001, especialmente pp. 1000 y 1001.

<sup>13</sup> En la s.a. (art. 23.5 *AktGesetz*) no se prevé la cláusula de arbitraje entre las que pueden pactarse en los estatutos sociales. La Ley alemana de s.a. no permite más pactos estatutarios que los expresamente autorizados en ella, y el de arbitraje no se contempla.