

No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias

Rafael ILLESCAS

Catedrático de Derecho mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

La aparición de una nueva revista científica es siempre motivo de satisfacción para la generalmente reducida comunidad compuesta por todos aquellos que se dedican a la materia concernida. En esta ocasión se trata de un nuevo medio dedicado al arbitraje en cuanto que instrumento de resolución de disputas, principalmente mercantiles. Con esta breve aportación pretendo, sin más, manifestar aquella satisfacción de un modo más útil que protocolario: los promotores de *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, sus editores y sus potenciales numerosos lectores, así como los diversos autores que irán manteniendo sus tesis a lo largo de las páginas que han de seguir, tienen en estas líneas testimonio efectivo de la satisfacción indicada.

Coincide –relativamente– en el tiempo la aparición del número 1 de *Arbitraje* con la publicación de una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de España sobre la otrora ardua cuestión de la arbitrabilidad societaria o de las cuestiones societarias, entendiéndose por tales las derivadas de las relaciones entre la sociedad y sus socios o entre los distintos órganos sociales entre sí, incluida muy relevantemente la impugnación de acuerdos sociales de las compañías. Me refiero a la sentencia de 9 de julio de 2007, dictada en el caso *Transportistas Abulenses Unidos*¹. A la vista de la relativa coincidencia, se dedica la ligera contribución ofrecida a tratar una vez más sobre la arbitrabilidad del Derecho de sociedades y, consiguientemente, la de las disputas entre compañías y socios.

¹ *Vid. infra*, pp. 231-235.

Como es bien conocido, el debate sobre la cuestión resulta ya duradero y ha dado origen a abundantes y meritorias aportaciones, reflejo tanto de las posiciones favorables a la arbitrabilidad de la materia cuanto de las contrarias a la misma. En realidad, no queda en la actualidad gran cosa por decir sobre el problema: todos los argumentos en favor y en contra del recurso al arbitraje para resolver las discrepancias intrasocietarias han sido esgrimidos por los más diversos autores en los más diversos medios a lo largo de casi los últimos 20 años².

Se había iniciado el debate con un predominio de las posturas contrarias a la arbitrabilidad societaria. A ello contribuyó decisivamente el peso excesivo de la concepción quasi-pública e institucionalista que de la Sociedad Anónima en particular legó a España la historia de la mayor parte de nuestro siglo XX así como las concomitantes interpretaciones predominantes de la no tan institucionalista su primera Ley reguladora de 1951. No menor contribución procedía de la vieja Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953 y el tratamiento significativamente restrictivo del instituto consagrado en su texto: el arbitraje, en efecto, fue contemplado con recelo por el poder en cuanto que competidor de la entonces denominada "función judicial" integrada en la "unidad de poder" establecida. El panorama paulatinamente cambió: la liberalización operada en el último cuarto de siglo de la vida española determinó la promulgación de una nueva Ley de Sociedades Anónimas y de una nueva —e intermedia— Ley de Arbitraje en 1989 y 1988 respectivamente. En el nuevo contexto así creado, una percepción más contractual de

² Los dos puntos equidistantes en la materia pueden personalizarse, dentro de la doctrina mercantilista española, en las aportaciones respectivas de M. Botana Agra, "Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas", *Derecho de los Negocios*, n.º 100, enero 1999, pp. 9 ss y P. Perales Viscasillas, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005, esp. pp. 116 ss: mientras que el primero de los autores citados se manifiesta poco decidido en favor de la arbitrabilidad, la segunda se esfuerza por extender al máximo el campo del arbitraje en el ámbito del derecho de sociedades de capital principalmente y lo hace con los matices y argumentaciones requeridos. Su aportación, por demás, supone una completa puesta al día de la dogmática en la materia, efectuada en reciente fecha.

las sociedades vino a recobrar pié; igualmente, una posición pública no ya reticente sino fomentadora del arbitraje, sobre todo a partir de la vigente Ley de 2003, se estableció de manera decidida. La consecuencia del nuevo ambiente fue la definitiva aceptación de la arbitrabilidad de las cuestiones societarias y, particularmente, la arbitrabilidad de las impugnaciones de los acuerdos sociales adoptados por las juntas generales de las SA y las SRL mediando, obviamente, un acuerdo arbitral de inserción estatutaria. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, la ha consagrado de una manera amplia en una pluralidad de resoluciones a lo largo de los últimos años³.

La ya citada STS de 9 de julio de 2007 rechaza de manera tajante la arbitrabilidad en un asunto de discrepancia entre socios y sociedad derivado de la adopción de un acuerdo social de exclusión de socios por parte de la junta general de una SRL. Y lo hace alegando que los socios excluidos y discrepantes con el acuerdo no habían previamente a la irrupción del conflicto aceptado la cláusula arbitral contenida en los estatutos sociales sin que, por tanto, se les pudiera considerar como obligados por la misma. La Sala rechazó por consiguiente que el recurso al arbitraje resultase válido en la específica disputa entre la sociedad y sus socios por dicha causa suscitada.

El contenido de la sentencia, así pura y simplemente resumido como lo suelen hacer repertorios y otras obras de referencia, reviste extraordinaria gravedad: doble gravedad puede afirmarse. De una parte, supone sin más la vuelta a los viejos tiempos en los que se rechazaba la arbitrabilidad de las cuestiones societarias por la propia naturaleza de las sociedades, la subsiguiente indisponibilidad de las discrepancias sociales y la no obligación para los socios de las cláusulas estatutarias que ellos no hubieren perso-

³ Cf., por todas, la STS de 18 de abril de 1998 (*La Ley, Jurisprudencia*, 4466/1998) en la que se vino a acoger "la opinión doctrinal según la cual la LSA y la LSRL no excluyen la posibilidad de que por vía estatutaria los socios acuerden que la impugnación de los acuerdos sociales pueda hacerse por vía estatutaria (*sic, rectius* arbitral)", según la STS analizada de 9 de julio de 2007, 2º Fundamento de Derecho. Posteriormente a la primera de las resoluciones judiciales citadas, otras SSTS han confirmado en todo o en parte la doctrina reproducida —así, las SSTS de 30 de noviembre de 2001 y 15 de septiembre de 2004—.

nalmente consentido y casi firmado. Además, y de otra parte, la STS podría significar la negación de la incorporación a la acción o a la participación social de todos los elementos del *status* del socio o la intrasmisibilidad de algunos de los elementos configuradores de su situación societaria —en el caso el precepto de los Estatutos en el que se contiene la cláusula arbitral—. Así esos elementos adquieren la condición de personalísimos e intransferibles no obstante la circulación de la acción, de la participación social o, en suma, de la condición de socio. En este sentido, el fallo judicial podría trascender el campo del arbitraje y sus requisitos de hecho y derecho para que pueda practicarse: llegaría a afectar, por así decir, al Derecho de sociedades y en particular a los límites y condiciones de la transmisión y mercabilidad de la condición de socio, se halle esta documentada mediante participaciones sociales o incorporada a título o anotación electrónica negociable.

Si este hubiere sido el alcance de la sentencia, uno y otra habrían merecido el más absoluto de los rechazos. Por fortuna, sin embargo, parece que el posicionamiento judicial es fruto de una serie de circunstancias fácticas propias del caso sin cuya consideración el fallo no hubiere tenido el sentido criticado. Es más, precisamente a la vista de estas específicas circunstancias del caso, debe de concluirse que el fallo, en términos generales, acierta y establece apropiadamente los linderos de la arbitrabilidad de las impugnaciones sociales tomando en consideración a tal fin tanto el momento de la inclusión de las cláusulas arbitrales en los estatutos concernidos cuanto determinando el alcance de la subrogación de los socios derivados en los derechos y derechos estatutarios de los socios originarios. En el fallo llega a afirmarse en cuanto que *ratio decidendi* que

“... resulta evidente que la cláusula arbitral se adoptó sin el consentimiento de los demandantes, dos de los cuales habían sido excluidos como socios y otro votó en contra, por lo que frente a ellos no puede ser opuesta con buen éxito la excepción correspondiente, pues la cláusula arbitral que habían aceptado es la contenida en los estatutos originarios, la cual expresamente excluía la impugnación de los acuerdos sociales⁴.”

⁴ STS de 9 de julio de 2007 citada, Fundamento de Derecho 3º *in fine*.

Del texto judicial reproducido se infiere que (i) los demandantes en impugnación judicial de un acuerdo social de exclusión eran tres socios de la SRL demandada; (ii) que los estatutos contenían desde el inicio de la vida societaria una cláusula arbitral que excluía expresamente la impugnación por vía arbitral de acuerdos sociales y que la SRL excepcionó de conformidad con dicho pacto social; (iii) que dicha cláusula fue aceptada en su día por los socios impugnantes; (iv) que la cláusula en cuestión fue en un determinado momento modificada para eliminar la restricción arbitral mencionada; (v) que dos de los socios demandantes habían sido excluidos de la SRL anterior o simultáneamente a la modificación estatutaria en materia arbitral y que (vi) el tercer socio demandante votó en contra de la modificación expansiva de la cláusula estatutaria arbitral. Por todo ello, y tras divergentes entendimientos de la disputa por el tribunal de instancia y la apelación, el TS decidió finalmente, como ya se ha indicado, que “frente a ellos –los tres socios– no puede ser opuesta con buen éxito la excepción correspondiente –la arbitral por parte de la sociedad demandada judicialmente–”. En suma, el TS declara la inarbitrabilidad de la discrepancia y la necesidad de recurrir a la jurisdicción estatal a los fines de impugnación del acuerdo de exclusión.

Los hechos juzgados conciernen, así pues, a un debate judicial centrado sobre la cuestión de si el acuerdo de exclusión de varios socios de una SRL es susceptible de impugnación en un procedimiento arbitral: con lo dicho basta para hacerse patente que se están entrecruzando en el caso dos instituciones altamente conflictivas y, por así decir, marginales: probablemente nunca la exclusión de socios, ni siquiera en el caso de las SRL, debió de alcanzar rango y contemplación legales a la vista, principalmente de lo dispuesto en el art. 1256 Cc⁵; el arbitraje societario, por su

⁵ No se trata de entrar ahora en la polémica sobre la muy debatida cuestión de la mal llamada exclusión de socios por parte de la sociedad –art. 98 de la LSRL limitado en su aplicación a los socios administradores o a incumplidores de prestaciones accesorias cuando las hubiere- sino meramente dejar apuntado que en una concepción contractual de la compañía –y no puede ser de otro modo entendida la sociedad, tanto personalista como capitalista-, el artículo 1256 del Código Civil juega de manera decisiva e indispensable. La única alteración del mismo que se establece por la leyes de modo

parte y como ya se ha dicho, ha sido una disputada materia desde sus inicios y hasta fecha bien reciente.

En cualquier caso, la sentencia criticada se enfrenta con un asunto en el que ambos institutos aparecen entrelazados.

El lazo, además, se complica con la simultaneidad de la adopción en una misma junta general del acuerdo de exclusión de socios y el de modificación de los estatutos incluyendo, entre las disposiciones objeto de modificación, la cláusula arbitral. Obviamente, la exclusión se adoptó con anterioridad a la modificación de la cláusula arbitral estatutaria, aun cuando parece ser que en la misma junta. En tal situación, los sucesivos jueces del caso han entendido que los socios excluidos estaban vinculados por la cláusula compromisoria original y no por la modificada. En la original, de ahí el conflicto, expresamente se excluía del arbitraje toda impugnación de acuerdos sociales: la sociedad en cuestión había así venido respetando una vieja y reiterada jurisprudencia generada bajo la derogada Ley de Arbitraje de 1988 que, en una etapa de la evolución de la arbitrabilidad societaria, excluyó de ella la impugnación de los acuerdos sociales por cuanto que disciplinada imperativamente. Superada tal etapa mediante el esfuerzo combinado, diez años más tarde, de alguna Sentencia del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado⁶, vino a admitirse la plena arbitrabilidad de las disputas societarias, incluidas las impugnaciones de los acuerdos sociales.

Esta posición no debe ser modificada: por demás, a esa nueva encomiable realidad interpretativa, anterior incluso a la Ley de Arbitraje de 2003, respondía el nuevo tenor estatutario de la sociedad demandada relativa a la cláusula compromisoria redactada por la modificación estatutaria origen del contencioso.

general es la sustitución de la regla de la unanimidad por la de mayoría en punto a su cumplimiento y modificación. No cabe sin embargo que esa mayoría o un solo socio puedan disponer de la condición de parte en el contrato de otros socios. Cabe recordar que el citado precepto codificado determina que "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

⁶ A esta etapa hace referencia la propia STS 9 de julio de 2007, con expresa mención de las Resoluciones administrativas aludidas, en los primeros párrafos de su Fundamento de Derecho 3º.

El voluntarismo al que el título de este trabajito responde, no obstante, es suscitado más por los términos que por el fondo de la sentencia de 2007: correcto puede ser el entender que los socios excluidos por una junta se encuentran sometidos a la estipulación estatutaria compromisoria originaria y que se entiende vigente al momento de producirse la exclusión –conforme a la cual la disputa sobre tal acuerdo no es arbitrable–; correcto sin duda alguna es, además, negar que una modificación de los estatutos ulterior a la exclusión tenga fuerza suficiente como para alterar la precedente conclusión⁷. Es generadora de incertidumbre, por el contrario, la afirmación de la sentencia conforme a la cual

“... la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje para resolución de los conflictos sociales o una ampliación de su ámbito objetivo, en cuanto conforma una forma de restricción o limitación a la tutela judicial efectiva que puede hacerse valer por la vía del amparo, según la jurisprudencia constitucional (expuesta en la sentencia), exige el requisito de la aceptación de los afectados”⁸.

En efecto, en un contexto de negación de la eficacia de la cláusula arbitral pretendida por los afectados en cuestión, parece como si el Tribunal Supremo volviera a establecer que todo socio que no hubiere expresamente aceptado la cláusula arbitral no ha de verse obligado por ella ni para bien ni para mal. Tal conclusión no resulta sostenible: la posición de socio, sus derechos y

⁷ Con todo, la cuestión no deja de ser discutible y la STS que se estudia no ofrece mayores precisiones al respecto. Es discutible, en efecto, la cuestión porque una junta general de una sociedad de capitales se celebra en unidad de acto y por tanto puede negarse que el acuerdo adoptado bajo el punto primero de su orden del día resulte jurídicamente anterior al adoptado bajo el punto quinto o décimo del mismo: la unidad de acto permite, en efecto, concluir que todos los acuerdos son simultáneos y no es predicable respecto de ellos una prioridad temporal en función de su prioritaria inserción en el orden del día o de la hora previa en la que se adoptó el primero de ellos. En este entendimiento, conforme al que modificación expansiva de la cláusula estatutaria arbitral se lleva a cabo en el mismo acto –la junta general– que el acuerdo de exclusión de socios, no puede afirmarse sin una duda razonable que sea la vieja cláusula y no la nueva expandida la que resulte aplicable a una impugnación de un acuerdo simultáneo, por cuanto que adoptado en el mismo único acto, al de la expansión estatutaria arbitral.

⁸ *Ibid.* STS 9 de julio de 2007 citada, Fundamento de Derecho 3º *in fine*.

obligaciones contractuales o estatutarios en toda su extensión, son susceptibles de transmisión conforme a la regla de circulación del soporte jurídico y material de dicha condición social —se trate de una acción o de una participación social—. En consecuencia, el socio derivativo —el socio no fundador— se ha de considerar plenamente afectado por la estipulación arbitral contenida en los estatutos sociales en el momento en que se convirtió en socio por adquisición derivativa de dicha condición de socio. Y sin necesidad de aceptar específica ni expresamente ninguna de las cláusulas contenidas en el contrato de sociedad. En todas y cada una de ellas, en efecto, el nuevo socio se subroga íntegramente —todas las acepta— sin mayores formalidades que la transmisión a su nombre de la cuota social correspondiente. Esta regla de la subrogación íntegra del nuevo socio en la posición social de su predecesor constituye uno de los fundamentos elementales del Derecho de sociedades: su inaplicación, excepción u olvido no puede ser admitido.

Además, y ello resulta de gravedad superior, la STS de 2007 afirma, como ya se ha comprobado, que uno de los socios no se encuentra obligado por la cláusula arbitral derivativamente inserta en los estatutos sociales porque “votó en contra” de dicha inserción novatoria. Semejante entendimiento constituye una excepción, carente de fundamentación, a otra regla fundamental del Derecho de sociedades: la tan formidable como básica pauta establecida por el art. 43.2º LSRL vigente conforme a la cual “Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general”⁹. La argumentación del TS hace entender que dicha regla no es aplicable cuando se trata de incluir o modificar una cláusula arbitral en los estatutos sociales. En tal hipótesis, permite inferir el texto judicial, el socio que vota en contra no queda obligado por la nueva cláusula contractual. Tal entendimiento es incorrecto: la regla de la unanimidad solo se requiere en Derecho de sociedades para el momento fundacional de cualquier compañía, momento en el que todos sus socios han de prestar el respectivo consentimiento. A partir de dicho momento, la unanimidad es sustituida por la regla de la mayo-

⁹ La norma transcrita es trasunto literal de la contenida en el art. 93.2º LSA.

ría para la adopción de los acuerdos sociales, si la sociedad es de capital. Si la sociedad es personalista, por su parte, la unanimidad se corrige parcialmente con la atribución del derecho de veto a cualquier socio de carácter colectivo asistente a la asamblea. Y en ningún caso, como se ha señalado, el voto en contra en las sociedades de capital produce efecto de veto o de ineficacia relativa respecto al disidente del acuerdo mayoritariamente adoptado.

Estas reglas, básicas en el Derecho societario, no deben venir a menos en el caso del arbitraje: no hay razones para hacer una excepción y en esta materia tratar a los socios como si de contratantes bilaterales se tratasen: la cláusula arbitral se adopta por mayoría en las SA y SRL; el acuerdo estatutario así adoptado es de aplicación a todos los socios y ni la ausencia ni el voto en contra excusan de su observancia al socio que así se condujo. El socio no es comprador ni vendedor ni las sociedades de capital son contratos de compraventa: en estos, si la cláusula compromisoria no se pacta, no llega a existir; en aquellas su existencia depende de la decisión de la mayoría sin que el socio que vote en contra quede excluido de la sumisión al acuerdo. Claramente lo dicen los citados arts. 43.2º y 93.2º LSRL y LSA respectivamente. Cuestión distinta es que se pacte la regla estatutaria con un contenido más permisivo en el que se incluyan salvaguardias a favor del socio ausente o discrepante; no obstante, como se indicó, ni la STS de julio de 2007 ofrece precisiones al respecto ni resulta clara la legalidad de una tal cláusula contractual.

En fin, los avances arbitrales en el campo del Derecho de sociedades no deben ser puestos en duda ni motivos para duda alguna deben ser dados. Largo camino ha habido que recorrer hasta su reconocimiento para que ahora puedan ser puestos gratuitamente en entredicho.

RESUMEN: En un contexto en el que durante muchos años la duda sobre la arbitrabilidad de las impugnaciones de los acuerdos sociales en las sociedades de capital la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007 ha estado muy próxima a suscitar de nuevo las dudas de hace una década. En la actualidad resulta claro que la impugnación de los acuerdos sociales es susceptible de someterse a arbitraje. En el caso disputado la vigencia de una

cláusula estatutaria en la que se prohibía dicho género de arbitraje ha conducido al Tribunal a negar la arbitrabilidad de la impugnación: la negativa se fundamenta adecuadamente en el pacto excluyente de arbitrabilidad. Un tercer impugnante, sin embargo, se le niega la arbitrabilidad porque no votó a favor de la eliminación de dicha cláusula prohibitiva. En este supuesto la doctrina es más criticable pues pone en entredicho la regla general de la sumisión de todos los socios –los que votaron a favor, en contra o se abstuvieron- a los acuerdos de junta general. Esta regla, al establecer la arbitrabilidad, debe resultar de aplicación a todos los socios sin necesidad de que cada uno de ellos expresamente la acepte.

PALABRAS CLAVE: Arbitrabilidad - Sociedades de capital -Cláusula estatutaria - Acuerdos sociales

ABSTRACT: During many years in Spain the arbitrability of the shareholders' meeting agreements was in hold due to a construction of the Corporations Act attributing only to the judges jurisdiction on any dispute arising from them. In the past ten years the arbitrability was accepted by the Supreme Court. However a recent judgement –Supreme Court of Spain, 9 July 2007- offers some elements for a coming back to the old regime. According to the judgement the bylaws of a corporation can actually and regularly exclude from the arbitration the disputes arising from the shareholder's meeting decision: this is correct. But on the other side, the judgement rules out the arbitration of the dispute when the claimant is a dissenting shareholder with regard to the corporate agreement deleting the prohibitive contractual rule excluding the arbitrability of the dispute arising from the shareholder's meeting agreements: this rule is inconsistent with Corporation Act.

KEY WORDS: Arbitrability - Corporations- By laws- Shareholders meeting agreement's.