

# Tema XIV

Dr. Eduardo Gálvez Domínguez

## **Resolución extrajudicial de conflictos societarios: mediación y arbitraje societarios**

### **ESQUEMA DE CONTENIDOS**

#### **I. INTRODUCCIÓN. CONFLICTOS INTRASOCIETARIOS**

- El conflicto como realidad en la sociedad mercantil
- Transcendencia en la sociedades cerradas (familiares) y abiertas
- Función preventiva de la escritura y estatutos
- La solución jurisdiccional

#### **II. RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS: MASC O ADR**

##### **1. Naturaleza y ventajas frente a la solución jurisdiccional**

##### **2. Tipología y clasificación**

- Clasificación:
  - Autocompositivos vs. heterocompositivos
  - Obligatorios vs. voluntarios
  - Vinculantes vs. no vinculantes
  - Propiamente extrajudiciales (administrativos) vs. judiciales
- Tipología:
  - Negociación
  - Mediación
  - Conciliación
  - Arbitraje

#### **III. ARBITRAJE SOCIETARIO Y ARBITRAJE ESTATUTARIO. SU REGULACIÓN EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SITUACIÓN ACTUAL**

##### **1. Arbitraje societario y arbitraje estatutario**

- Delimitación terminológica

##### **2. Su regulación en España: evolución histórica y situación actual**

- De las Ordenanzas de Bilbao de 1737 al texto original de la LA 2003
- Su modificación por Ley 11/2011, de 20 de mayo

#### **IV. ARBITRABILIDAD SOCIETARIA**

- Materias susceptibles de someterse a arbitraje: la libre disponibilidad como criterio
- La impugnación de acuerdos sociales

#### **V. INTRODUCCIÓN DE LA CLÁUSULA ESTATUTARIA DE ARBITRAJE**

- La cláusula arbitral en los estatutos originales
- Su introducción mediante modificación estatutaria: problemática

#### **VI. ARBITRAJE ADMINISTRADO**

- El art. 11 *bis*. 3 LA 2003
- La encomienda a la institución arbitral como requisito
- La encomienda a la institución arbitral como opción

## **VII. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DEL LAUDO SOBRE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES INSCRIBIBLES**

### **VIII. LA MEDIACIÓN SOCIETARIA**

- Cláusulas mixtas

## Referencia legislativa y jurisprudencial

- Código de Comercio, publicado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885
- Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (d.a. décima)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (arts. 11. *bis.* y 11. *ter.*)
- Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (art. 18)
- Ley de Sociedades de Capital, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio
- 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
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, de Jurisdicción Social
- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
- Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio (arts. 114.2.c, 175.2.c)
- Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
- Orden del Ministerio de Justicia 1445/2003, 4 de junio, por la que se aprueban los Estatutos orientativos de la sociedad limitada Nueva Empresa (art. 15)
- STS de 18 de abril de 1998
- Resoluciones de la DGRN de 19 de febrero y de 18 de abril de 1998

## ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS

1.- Localice en Internet una cláusula tipo de arbitraje societario de una institución dedicada al arbitraje administrado y coméntela

2.- El Anteproyecto de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 dedicaba al arbitraje societario los arts. 213-20, 214-16 y 271-5 que transcribimos a continuación. Léalos, reflexione y comente las fundamentales diferencias de régimen que presenta con el vigente.

### 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.

### Artículo 214-16. *Inscripción en el Registro Mercantil de la sentencia o del laudo estimatorios.*

1. La declaración judicial o arbitral que estime la impugnación de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil.

2. Cuando el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia o el laudo que estime la acción determinará, además, la cancelación de la inscripción, así como la de todos los asientos posteriores que resulten manifiestamente contradictorios con ella.

### Artículo 271-5. *Causas específicas de separación en sociedades de capital.*

1. El socio podrá separarse en las sociedades de capital cuando hubiera votado en contra de alguno de los siguientes acuerdos:

[...]d) La introducción en los estatutos sociales de cláusulas de sumisión a arbitraje de las controversias o conflictos de naturaleza societaria.

## EJERCICIOS PRÁCTICOS

### 1) Comente la STS de 18 de abril de 1998

«[...] Los temas jurídicos que se plantean en el presente supuesto, que van a constituir el fundamento del fallo, partiendo de la sentencia de instancia y de los motivos de casación, son los siguientes: [...] segundo, validez de la sumisión a arbitraje en cláusula estatutaria; [...] cuarto, aplicabilidad de dicha cláusula y, en general, del convenio arbitral a la impugnación de acuerdos sociales.

[...] En esta cláusula establece que el convenio arbitral, como sumisión a arbitraje, en los Estatutos de la sociedad anónima demandada, lo cual tiene una antigua raigambre y una contante y extendidísima práctica, con fórmulas muy semejantes entre sí, que llegan a ser verdaderas cláusulas de estilo. La sociedad es un contrato que no se agota con un cumplimiento de prestaciones en forma instantáneas, como ocurre con los contratos de tracto único, sino que nace una relación jurídica contractual duradera, como ocurre con otros contratos de tracto sucesivo. La posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los Estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato, es indudable pese a que en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido. La validez de la cláusula estatutaria que contiene el convenio arbitral que mantiene claramente esta Sala, también ha sido compartida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 19 febrero 1998, que emplea una argumentación que se acepta plenamente por esta Sala: ...si se configura como estatutario (el convenio arbitral) y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria.

[...] La posibilidad de someter a un arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en Sentencias de 26 abril 1905 y 9 julio 1907; la Sentencia de 15 octubre 1956 ( RJ 1956\3194) cambió el criterio y negó aquella posibilidad, que fue reiterado por las Sentencias de 27 enero 1968 ( RJ 1968\550), 21 mayo 1970 ( RJ 1970\3584) y 15 octubre 1971 ( RJ 1971\3956); actualmente, tras las reformas legales, tanto la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse confirmando la última doctrina o volviendo a la más antigua. Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de «ius cogens» pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal 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 el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ( RCL 1985\1578,

2635 y ApNDL 8375) que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas ( RCL 1989\2737 y RCL 1990\206) que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje».

2) Comente la SAP de Madrid de 1 de febrero de 2019

«[...] **TERCERO.-** El artículo 87 de los estatutos de la entidad demandada tiene el siguiente tenor: "*Cualquier cuestión litigiosa que, en relación con la interpretación o ejecución de estos Estatutos, o en relación con los acuerdos adoptados por el órgano de administración, o la Junta General de la Sociedad se plantee entre los socios, los administradores y la Sociedad o entre cualesquiera de ellos, sea cual sea la materia litigiosa, excluidas aquellas cuestiones, legalmente no susceptibles de ser sometidas a arbitraje; así como, en particular, todas las cuestiones que se planteen sobre reparto de beneficios, ampliaciones o disminuciones de capital, disolución y liquidación de la Sociedad, separación o exclusión de socios, impugnación de acuerdos sociales, exigencia de responsabilidad de los administradores por parte de los socios, serán sometidas a arbitraje de Derecho a emitir por un solo árbitro en el seno de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, por cuyos Reglamentos se regirá, tanto el nombramiento del Árbitro, como la administración del arbitraje. Si hubiera acuerdo entre los litigantes, podrá constituirse un Colegio Arbitral formado por tres árbitros. Las partes aceptan, expresamente, cumplir el laudo que, en su caso, se dicte*".

No se discute que la referida previsión estatutaria ya se incluyó en los estatutos aprobados en la Asamblea General de la entidad "CAJA CAMINOS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO", celebrada el día 29 de junio de 2007, con ocasión de la transformación de la cooperativa de crédito en sociedad anónima, con la denominación de "BANCO CAMINOS, S.A.". La parte apelante insiste en la ineficacia sobrevenida del convenio arbitral por infracción del artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje, añadido por 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. Bajo la rúbrica de "Arbitraje estatutario" el artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje establece: "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 arbitraje estatutario incluido en el artículo 87 de los estatutos de la entidad demanda -cuya legalidad no se cuestiona al tiempo de su aprobación y a los que votó favorablemente el demandante según indica la demandada, lo tampoco ha sido cuestionado- no infringe el artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje al haberse añadido este precepto por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que es posterior a la aprobación y plena eficacia de los estatutos de la entidad demandada, sin que la norma tenga efectos retroactivos (artículo 2.3 del Código Civil) y sin que su

entrada en vigor puede determinar la ineficacia sobrevenida del precepto estatutario.

[...] **CUARTO.-** La parte apelante alega que la resolución apelada infringe el artículo 2 de la Ley de Arbitraje toda vez que la disputa versa sobre una materia que resulta indisponible y, por tanto, no susceptible de arbitraje. En esencia, considera el recurrente que ejercitada la nulidad de los acuerdos impugnados por ser contrarios a normas imperativa -falta de quórum y falta de convocatoria por el presidente- no cabe someter la controversia a arbitraje. Con carácter general, la polémica sobre la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos societarios ha sido superada en sentido favorable tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de abril de 1998 tiene declarado que: "La posibilidad de someter a arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907 ; la sentencia de 15 de octubre de 1956 cambió el criterio y negó aquella posibilidad, que fue reiterado por las sentencias de 27 de enero de 1968 , 21 de mayo de 1970, 15 de octubre de 1971; actualmente, tras las reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse confirmando la última doctrina o volviendo a la más antigua. Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens* pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal 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 el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje".

[...] **QUINTO.-** [...] Por lo demás, la diligente tramitación y resolución de la solicitud cautelar con fecha 29 de junio de 2017 y, en consecuencia, antes incluso de que el demandado promoviera en plazo la declinatoria, lo que tuvo lugar por escrito presentado el día 3 de julio de 2017, no impide al juez apreciar su falta de jurisdicción por estar sometida la cuestión litigiosa a arbitraje. Tratándose de medidas cautelares coetáneas a la demanda, no resulta de aplicación el artículo 725 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referido a las medidas cautelares previas, ni tiene sentido que el juez analice de forma autónoma su jurisdicción y competencia objetiva en el seno de la petición cautelar, lo que debe hacerse, en su caso, en los autos principales de los que son accesorias las medidas cautelares. El juzgador al resolver sobre la petición cautelar no podía declarar su falta de jurisdicción por estar sometida la cuestión a arbitraje porque se trataba de una cuestión a resolver en los autos principales y siempre que el demandado la planteara en forma (artículo 11 de la Ley de Arbitraje). A la sumo y la vista de las alegaciones de la parte demandada en la

vista de medidas cautelares -dado que ni siquiera se había aún promovido la declinatoria- podría haber tenido en cuenta la cuestión como un elemento más para analizar la apariencia de buen derecho, lo que no tuvo lugar al rechazarse la petición cautelar por falta de peligro por la mora procesal. Los razonamientos expuestos determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución apelada».



## PREGUNTAS DE AUTOCOMPROBACIÓN

- 1.- Explique las diferencias que existen entre la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.
- 2.- ¿Es lo mismo el arbitraje societario que el estatutario? Justifique su respuesta
- 3.- ¿Qué problemas, de los que pueden plantearse en una sociedad mercantil, pueden someterse a arbitraje?
- 4.- ¿Qué entendemos por arbitraje administrado? ¿se da esta circunstancia en el arbitraje estatutario?
- 5.- ¿Qué entendemos por una cláusula estatutaria *mixta* mediación-arbitraje?

## PREGUNTAS DE RESPUESTAS ALTERNATIVAS

- 1.- Las principales ventajas que presentan los métodos alternativos de resolución de conflictos heterocompositivos frente a la solución judicial de los mismos son:
  - a) Su mayor celeridad y economía, así como la mayor especialización por razón de la materia del tercero llamado a resolver.
  - b) Casi exclusivamente su mayor economía.
  - c) Su mayor adecuación a la solución del conflicto.
  - d) La posibilidad de seguir el procedimiento por medios electrónicos y el hecho de que la solución obtenida equivale a la solución judicial.
- 2.- Indique cuál de los siguientes métodos alternativos de resolución de conflictos no tiene naturaleza autocompositiva:
  - a) La mediación.
  - b) El arbitraje.
  - c) La negociación.
  - d) La conciliación.
- 3.- El arbitraje...
  - a) ...no constituye, en propiedad, un método alternativo para la resolución de conflictos.
  - b) ...societario no se ha regulado en España hasta el s. XXI
  - c) ...se manifiesta como el método alternativo para la resolución de conflictos que mejor se acomoda a la resolución de las controversias surgidas en sede societaria
  - d) ...estatutario es necesariamente arbitraje *ad hoc*.
- 4.- Hablamos de arbitraje estatutario para referirnos...
  - a) ...al que tiene lugar conforme a los términos establecidos en los estatutos de la institución arbitral.
  - b) ...a la circunstancia de que el convenio arbitral esté comprendido mediante una cláusula en los estatutos de la sociedad.
  - c) ...al arbitraje administrado.
  - d) ...al arbitraje societario.
- 5.- Los estatutos sociales...

- a) ...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
- b) ...no podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros
- c) ...podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, sin que pueda encomendarse la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral
- d) ...no podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, ni encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral

6.- La cláusula estatutaria de arbitraje...

- a) ...puede incluirse en los estatutos originarios de la sociedad o mediante modificación estatutaria aprobada con la mayoría reforzada establecida legalmente.
- b) ...no puede incluirse en las sociedades de personas
- c) ...sólo es válida en las sociedades de capital.
- d) ...sólo es válida en las sociedades limitadas.

7.- La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje...

- a) ...sólo es válida en las sociedades de capital
- b) ...no es válida en las sociedades de personas
- c) ...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
- d) ...requerirá el voto favorable de la totalidad de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.

8.- No pueden someterse a arbitraje...

- a) ...la nulidad de la junta socios o de accionistas
- b) ...los conflictos entre los administradores de una sociedad de capital
- c) ...los acuerdos sociales que lesionen los intereses de terceros legitimados para impugnarlos
- d) ...los acuerdos sociales aprobados por unanimidad

9.- La mediación estatutaria...

- a) ...no está permitida por nuestro ordenamiento jurídico.
- b) ...tan sólo está permitida en nuestro ordenamiento jurídico si va unida a la cláusula de arbitraje (cláusula *mixta*).
- c) ...está regulada en la LA 2003.
- d) ...suele incluirse junto con la cláusula de arbitraje (cláusula *mixta*).

10.- En nuestro ordenamiento jurídico...

- a) ...no es válida mediación estatutaria
- b) ...sólo es posible incluir una cláusula de mediación estatutaria si va anudada a una de arbitraje
- c) ...es válida la mediación estatutaria
- d) Ninguna de las restantes opciones es correcta