

El arbitraje societario tras la última reforma*

JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO

Ex presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores

1 de diciembre de 2011



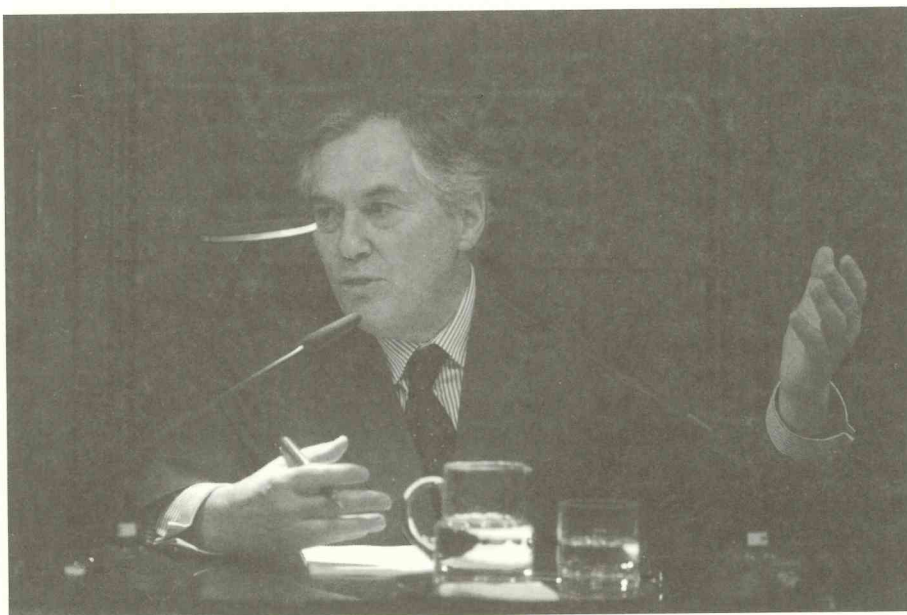
COLEGIO NOTARIAL DE MADRID

Anales de la Academia Matritense del Notariado

TOMO LII

Separata

* Este artículo es una versión corregida de la conferencia dada el 1 de diciembre de 2011 en la Academia Matritense del Notariado.



JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO

Ex presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores

El arbitraje societario tras la última reforma¹

1 de diciembre de 2011

¹ Este artículo es una versión corregida de la conferencia dada el 1 de diciembre de 2011 en la Academia Matritense del Notariado.

1. Para intervenir aquí esta noche he elegido un tema que espero pueda interesarles: el arbitraje societario², un tema que crea un puente entre mi labor profesional – la de actuar como árbitro – y la de los notarios; un tema que además es de rabiosa actualidad, porque el legislador, en la última reforma de la Ley de Arbitraje³, acaba de lanzar un mensaje claro y nítido: su predisposición, yo diría que incluso su preferencia, a que las disputas en las sociedades de capital se resuelvan no ante los tribunales de justicia, sino mediante arbitraje.

2. Lo más llamativo de esta nueva actitud del legislador español radica en que, en realidad, nos encontramos con una vuelta a los orígenes, ante la reintroducción de uno de los elementos más característicos del Derecho societario español en el siglo XIX: la apuesta legislativa por el arbitraje societario. El primigenio Código de Comercio, redactado de puño y letra por un insigne letrado, D. Pedro Sainz de Andino, y promulgado por el Rey Felón en el quizá único acierto de su nefasto reinado, impuso algo que hoy nos parece inaudito: las disputas entre los socios de las sociedades mercantiles debían obligatoriamente resolverse a través del arbitraje, incluso si los estatutos o pactos sociales no lo preveían. Así lo establecía el art. 323 del venerable Código:

«Toda diferencia entre socios se decidirá por árbitros, háyase o no estipulado así en el contrato social.»

Aunque hoy nos sorprenda, durante la mayor parte del siglo XIX el arbitraje fue pues la fórmula obligatoria para dirimir disputas societarias en España.

La situación cambió con el Código de Comercio de 1885, que abandonó la imposición de un arbitraje obligatorio, pero que siguió permi-

² Uso este término a sabiendas de que la Ley de Arbitraje se decanta por el concepto «arbitraje estatutario»; pero me decanto por seguir usando la expresión preferida en nuestra práctica.

³ La última reforma de la Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje [en adelante, la «Ley de Arbitraje» o «LA»] se realizó mediante la Ley 11/2011, de 20 mayo.

tiendo que los estatutos incluyeran una cláusula de arbitraje. Y hasta la promulgación de la primera Ley de Sociedades Anónimas en 1951, ni la jurisprudencia ni la doctrina pusieron en duda la validez del arbitraje pactado en los estatutos de una sociedad de capital. La nueva Ley de Sociedades Anónimas tampoco contenía ningún precepto que se refiriera al arbitraje societario, pero en cambio creó un procedimiento judicial especial para la impugnación de acuerdos sociales. Mucho me temo que fueron los dos grandes maestros del Derecho mercantil, D. Joaquín Garrigues y D. Rodrigo Uría los que, con su indiscutida autoridad, sentaron el principio de que, creado el procedimiento, las impugnaciones de acuerdos sociales se tenían que dirimir en vía judicial. Esta conclusión no era más que el reflejo de la ideología de la época: un estado totalitario tenía que ser refractario al arbitraje privado y no podía permitir que las disputas societarias fueran resueltas por los propios empresarios al margen del control de los órganos judiciales. Y lo cierto es que a partir de 1956 el Tribunal Supremo aceptó esa misma línea⁴, arguyendo que al existir un procedimiento especial de impugnación, el arbitraje quedaba totalmente excluido.

Tuvo que pasar medio siglo, hasta que en 1998 la jurisprudencia por fin cambió y pasó a apoyar el arbitraje, aunque fuera tímidamente: el cambio se materializa en una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de febrero de 1998⁵, y en una sentencia del Tribunal Supremo de abril de ese mismo año⁶.

La Resolución merece un breve comentario: un vecino de Tarrasa quería constituir una sociedad limitada y –por razones que desconozco– pretendió incluir en los estatutos una cláusula arbitral bastante amplia. El Registrador Mercantil de Barcelona la echó atrás, con argumentos rancios y teñidos de prejuicios marcadamente anti arbitraje. Pero la Dirección General, con buen criterio, dio la razón al recurrente, permitió la inscripción de la cláusula, y sentó el principio que una cláusula arbitral inscrita en el Registro vinculaba tanto a los socios presentes como a los futuros, e incluso también a los administradores.

La STS también es de origen catalán: una sociedad anónima tenía en sus estatutos una antigua cláusula arbitral. En 1989 adoptó un acuerdo

⁴ Sentencia de 15 de octubre de 1956, C.L. octubre 1956, nº 82, pp. 855 a 878. Ponente Sr. Eyré Varela.

⁵ Resolución de 19 de febrero de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ref. EUDER: 3465/1998.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 18 de Abril de 1998. Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier. Nº de Recurso 455/1994. Ref. EUDER: 4466/1998.

en Junta General. Uno de los accionistas estuvo en desacuerdo y lo impugnó ante la justicia ordinaria. La sociedad excepcionó sumisión a arbitraje, el Juzgado de San Feliú de Llobregat aceptó la excepción, la Audiencia de Barcelona la desestimó, y entrando en el fondo anuló el acuerdo. Las partes terminaron en el Supremo, que a los ¡nueve años! acogió la excepción de arbitraje, casó la sentencia de instancia, y ordenó a las partes que comenzaran el arbitraje. En su decisión, el Alto Tribunal dejó sentado que la celebración de la junta de accionistas y la impugnación de acuerdos sociales están regidas por normas imperativas, pero que esa naturaleza no empece el carácter negocial y por tanto dispositivo de los derechos que se discuten. En resumen: las impugnaciones de acuerdos sociales son arbitrables, siempre que los estatutos lo prevean.

Así las cosas, en 2003 el legislador promulgó la actual Ley de Arbitraje, la primera marcadamente pro arbitraje. Esta Ley no contiene referencia alguna al arbitraje societario. Y creo que son dos las razones por las que mantuvo silencio:

- por un lado, porque adoptó el esquema de redacción de la Ley Modelo de UNCITRAL, que tampoco menciona el arbitraje societario;
- y por otro, porque el legislador quizá pensaba que con la jurisprudencia favorable de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo, el arbitraje societario ya estaba consolidado.

3. Bernardo Cremades escribió por entonces que «es de prever que una buena parte de las sociedades mercantiles españolas procedan gradualmente a incluir en sus estatutos convenios de arbitraje»⁷. Me temo que el presagio no se hizo realidad. Y la razón debe buscarse en que la Ley de Arbitraje no logró disipar todas las dudas y oscuridades que rodeaban el arbitraje societario:

- una parte importante de la doctrina seguía poniendo en duda que cierto tipo de disputas (aprobación de cuentas, convocatoria forzosa de la junta) pudieran ser arbitradas, o que ciertas personas (administradores, terceros) quedaran vinculados;
- y una Sentencia del Tribunal Supremo de julio de 2007⁸ no vino más que a azuzar las dudas, al establecer (aplicando aún la Ley de Arbi-

⁷ B. Cremades: «El arbitraje societario», en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2000-2001, p. 21.

⁸ Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Sentencia de 9 de julio de 2007 nº 776/2007, Ponente Xiol Ríos, Juan Antonio. Ref. EUDER: 125057/2007.

traje de 1988) que una cláusula de arbitraje introducida o ampliada por acuerdo de la mayoría de socios, no vincula a los disidentes.

Ante este mar de dudas, no es de extrañar que los empresarios reaccionaran con cautela y que al día de hoy sean pocas las sociedades de nueva creación que incluyan en sus estatutos cláusulas arbitrales, y aún son menos las sociedades ya constituidas que hayan decidido modificar sus estatutos para incluir un pacto arbitral, y que la forma preferida –diría yo casi universal– de resolver disputas dentro de las sociedades de capital siga siendo la de acudir a los juzgados de lo mercantil.

4. De esta forma llegamos a mayo de 2011, cuando el legislador decidió acometer una primera reforma de la Ley de Arbitraje –tras solo siete años de rodaje–. Y el legislador incluyó entre las materias reformadas el arbitraje estatutario en las sociedades de capital. La *ratio legis* se explica en la Exposición de Motivos: el legislador es consciente de que existen dudas, y pretende aclararlas⁹. Pero probablemente ésta no sea la única razón: en el ánimo del legislador sin duda también pesó el ejemplo italiano, que en 2003 introdujo una pormenorizada regulación para facilitar el arbitraje estatutario¹⁰.

El nuevo régimen del arbitraje societario es –en mi opinión– la más importante y la más feliz de las innovaciones que el legislador incluyó en la ley de reforma.

(Soy consciente que la nueva regulación incurre en un gran número de imprecisiones técnicas. Las voy a pasar por alto – no hay nada más aburrido que una pedante enumeración de los errores técnicos del legislador. Además, cuando la intención del legislador es buena, hay que disculpar las imperfecciones técnicas. Como Goethe hace decir a los ángeles que salvan el alma de Fausto en el final del *Fausto II*: «a quien siempre con denuedo se esfuerce, a ese podremos rescatarle»¹¹.)

⁹ Ley 11/2011 de 20 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, Preámbulo II: «La Ley también aclara, mediante la inclusión de dos nuevos preceptos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital». Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003, n. 5: «*Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonche' in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, N. 366. Titolo V Dell'arbitrato, arts. 34-37*».

¹⁰ Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003: «*Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonche' in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, N. 366. Titolo V Dell'arbitrato, arts. 34-37*».

¹¹ «*Wer immer strebend sich bemüht, den können wir erlösen*», Faust II, 11936–11937.

La reforma se plasma en dos nuevos artículos, que se adicionan a la Ley de Arbitraje, con los numerales 11 bis y 11 ter¹². Y estos dos nuevos preceptos enuncian un principio general y tres reglas especiales.

5. *El principio general* es breve y enormemente claro: las sociedades de capital (es decir las anónimas, limitadas y comanditarias por acciones¹³) pueden someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. La voluntad del legislador no ofrece duda: establece por fin, y de forma clara e indubitada, la arbitrabilidad de todos los conflictos que se planteen en el seno de una sociedad de capital, incluyendo expresamente¹⁴ la impugnación de acuerdos sociales.

El principio se expresa con la máxima amplitud: nótese que el art. 11 bis LA usa el concepto «conflicto» –no «controversia»–¹⁵, que es más restrictivo y jurídico; conflictos son todos aquellos actos en la vida de una sociedad de capital, en los que un juez es llamado a resolver una situación contenciosa o a tomar una decisión que el órgano social competente se niega a adoptar. Todos estos actos son arbitrables, y pueden ser encomendados por los estatutos a una solución arbitral; entre ellos se incluyen las impugnaciones de acuerdos sociales, la exclusión de socios, la aprobación de las cuentas anuales, la fijación de la ecuación de canje en las fusiones, la exigencia de responsabilidad a los administradores, la convocatoria de juntas y otros órganos. Subjetivamente, los conflictos pueden abarcar a la propia sociedad, a sus socios y antiguos socios, a sus administradores¹⁶.

¹² «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.»

«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.»

¹³ Cfr. art. 1 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital [en adelante, «LSC»].

¹⁴ Véase el art. 11 bis.3.

¹⁵ Que es el concepto preferido por la LA: véase su art. 2.1.

¹⁶ Si la cláusula estatutaria de arbitraje puede también alcanzar a terceros, como auditores y acreedores, es una cuestión trascendente, que a día de hoy no tiene respuesta clara.

6. *La primera regla especial*: la primera regla especial viene a solucionar un problema tradicional del arbitraje societario, la introducción de la cláusula arbitral en los estatutos de una sociedad ya existente.

La postura tradicional consistía en exigir la unanimidad de todos los socios, con el argumento de que la cláusula compromisoria únicamente podía vincular a aquellos accionistas que expresamente la aceptaran; el proyecto de ley que el Gobierno remitió a las Cortes aún partía de esta postura tradicional, y exigía la unanimidad¹⁷. Esta imposición era un sinsentido: desde el punto de vista societario, porque en las sociedades de capital repugna la idea de la unanimidad, pues rige siempre el principio de mayoría de capital; y desde el punto de vista arbitral, porque *de facto* equivalía a una prohibición (¿Quién iba a proponer la introducción de una cláusula arbitral, a sabiendas de que la objeción de cualquiera de los socios podía dar al traste con la propuesta y dejar en mal lugar al proponente?).

En la tramitación parlamentaria se corrigió el desaguado, se abandonó la exigencia de unanimidad y ésta se sustituyó por la exigencia de que la modificación se apruebe por dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital. Se trata de la misma mayoría legal reforzada que se exige para los cambios más radicales en la vida y organización de las sociedades limitadas¹⁸. El legislador ha tomado esta regla, que la LSC enuncia únicamente para las sociedades limitadas, y la ha extendido a la introducción de cláusulas estatutarias de arbitraje en todo tipo de sociedades de capital –incluyendo las anónimas y comanditarias por acciones¹⁹.

¹⁷ Ver Proyecto de Ley de 16 de julio de 2010, 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, Preámbulo II: «La ley también aclara, mediante la inclusión de dos nuevos preceptos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades mercantiles. Con la modificación se reconoce la arbitrabilidad de las impugnaciones de acuerdos sociales y en línea con la seguridad y transparencia que guía la reforma con carácter general, se exige unanimidad y la presencia de instituciones arbitrales». Ver también art. 3 del Proyecto que introduce un artículo 11 bis cuyo segundo párrafo establecía: «2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje para la impugnación de los acuerdos sociales requerirá el acuerdo de todos los socios.»

¹⁸ Ver art. 199 b) LSC.

¹⁹ La decisión del legislador es bastante original, pues las sociedades anónimas tienen un régimen propio para la aprobación de modificaciones estatutarias: el art. 194 LSC exige un quórum reforzado de constitución y el art. 201.2 LSC una mayoría reforzada, pero únicamente si en la segunda convocatoria concurren accionistas que representen el 25% o más del capital suscrito con derecho a voto sin alcanzar el 50%.

Nótese que la mayoría exigida por el art. 11 bis.2 se predica sobre el *número de votos existente*, no sobre el capital o los votos presentes en la junta²⁰; para calcular ese número de votos existente, en las sociedades limitadas habrá que tomar en cuenta las participaciones con varios votos²¹; y en las anónimas, el número máximo de votos que efectivamente se pueda emitir, teniendo en cuenta que acciones con nominales diferentes deben tener diferente número de votos²². Asumiendo la situación más normal, en la que el número de votos es proporcional al capital social y que los estatutos no establezcan ni quórum ni mayorías reforzadas²³, el art. 11 bis.2 LA exige que voten a favor de la inclusión del pacto estatutario socios que representen al menos dos tercios del capital social existente (no del presente en la junta). Esta exigencia de mayoría sobre el capital total existente presupone un quórum de asistencia al menos igual al de la mayoría exigida²⁴. La solución produce efectos extraños, pues a medida que sube el quórum de capital asistente, se reduce la mayoría de asistentes que debe votar a favor (para un quórum del 80%, se precisa una mayoría de asistentes del 83%, mientras que para un quórum del 95% la mayoría de asistentes se reduce al 70%).

¿*Quid* cuando los estatutos limiten el número máximo de votos de los que disponga un mismo accionista? Podría pensarse que en estos casos la mayoría se debe continuar calculando sobre la totalidad de los votos correspondientes a las acciones en que se divida el capital social, por así establecerlo la literalidad del art. 11 bis.2. Sin embargo, esta solución puede llevar a resultados absurdos, y, en consecuencia, parece más razonable entender que en estos casos la mayoría de dos tercios se predica con respecto al número de votos realmente existentes, teniendo en cuenta la limitación de voto²⁵.

²⁰ En cuanto a la voluntad del legislador en este punto no puede haber duda: el art. 11 bis.2. LA se refiere a los «votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social».

²¹ Cfr. art. 188.1 LSC, que permite que los estatutos concedan más de un voto a ciertas participaciones sociales.

²² Art. 188.2 LSC.

²³ Si lo hicieran, el acuerdo deberá cumplir con estos requisitos estatutarios.

²⁴ Este quórum es muy superior al que el art. 194.1 LSC exige para la modificación de estatutos en sociedades anónimas; el art. 194.1 LSC nunca llegará a ser de aplicación.

²⁵ Cfr. art. 188.3 LSC; este artículo (reformado recientemente por la Disposición Adicional Primera de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital) permite que se limite estatutariamente en las sociedades anónimas el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista, un mismo grupo o quienes actúen con-

7. *La segunda regla especial*: la regla general enunciada en el art. 11 bis.1 LA permite que todos los conflictos societarios se sometan a arbitraje; esta regla, sin embargo, está sometida a una doble restricción, pues la ley no permite que las sociedades se sometan a cualquier tipo de arbitraje; la ley

– impone que el procedimiento esté administrado por una institución arbitral; es decir, prohíbe el arbitraje *ad hoc* en los conflictos societarios;

– y en segundo lugar, impone que sea la institución arbitral –no las partes– quien designe a los árbitros.

Me voy a detener un momento en estas restricciones, que son una auténtica innovación del legislador español. No soy consciente de ninguna norma en ningún ordenamiento que imponga el arbitraje institucional y proscriba el arbitraje *ad hoc*. Y tampoco hay precedentes de una norma prohibiendo que sean las partes las que designen a los árbitros, e imponiendo que todos los árbitros sean nombrados por la institución arbitral. Al revés: el principio que cada parte designe a su árbitro, y estos dos nombres al presidente es el principio general enunciado por la propia Ley de Arbitraje²⁶ y por la mayoría de los reglamentos de instituciones arbitrales.

He sido y soy muy crítico con los árbitros de parte. Aunque la ley exige que sean independientes e imparciales, en la práctica es frecuente que se comporten como verdaderos abogados de la parte que los designó. Y que el colegio arbitral se convierta en una reproducción a menor escala del pleito, con cada árbitro de parte defendiendo –las veces con más vehemencia que los propios abogados– las pretensiones de quien lo nombró.

Estos comportamientos socavan la confianza en el sistema arbitral. ¿Quién puede confiar en un sistema en el que se designan como árbitros

tadamente con los anteriores. La determinación del número de votos existentes a efectos del art. 11 bis.2 LA exigirá determinar previamente cuáles son los grupos accionariales a los que afecte esta limitación estatutaria. Si una sociedad anónima tiene p.e. 1000 votos, sus estatutos establecen que ningún grupo accionista puede votar más del 20% del total, y un grupo tiene 600 votos, el número máximo de votos posible –sobre el que se aplicará el art. 11 bis.2 LA– será igual a 600 (los 400 votos restantes más los 200 a los que quedará reducida la participación del grupo). De no interpretarse la LA en la forma que propongo, se produciría el sinsentido de que en una sociedad de este tipo no se podría aprobar la sumisión a arbitraje, ni aun con la unanimidad de todos los socios (los 400 votos restantes más los 200 votos a los que ha quedado reducido el accionista son menos de dos tercios del número total de votos).

²⁶ Art. 15.2. b) LA.

de parte a personas que formalmente cumplirán las exigencias de independencia e imparcialidad, pero que en la realidad de los hechos abogan con parcialidad y vehemencia defendiendo las pretensiones de quien les ha designado?

Por esta razón, porque la institución del árbitro de parte está entrelazada con hipocresía, he venido defendiendo que todos los árbitros sean designados por las instituciones arbitrales –eso sí, articulando un sistema que permita a las partes vetar candidatos que no les satisfagan y expresar sus preferencias.

Me siento enormemente solidario con el legislador, que al modificar la LA para permitir el arbitraje societario, se ha hecho eco de las disfunciones del sistema tradicional de designación de árbitros, y que ha impuesto –aunque solo sea en el arbitraje societario– el sistema que he venido defendiendo²⁷.

8. ¿Cuáles son las razones que han llevado al legislador a adoptar una medida tan radicalmente innovadora precisamente en el arbitraje societario? Creo que son dos, una técnica y otra política:

– la técnica radica en que los arbitrajes societarios frecuentemente serán plurilaterales; en situaciones así, la designación de árbitros de parte plantea numerosos problemas y es especialmente dificultosa²⁸;

– pero creo que también existe una razón política: en los arbitrajes societarios se enfrenta un socio frente a la sociedad, un minoritario frente a la mayoría, una parte frente al todo; existe pues una situación substancial de desigualdad. Al legislador le preocupa esta desigualdad. Y para contrarrestarla, exige que los tres árbitros sean designados por la institución, y refuerza la imparcialidad e independencia del colegio arbitral.

²⁷ En puridad, las exigencias de que el arbitraje sea *ad hoc* y que los árbitros sean designados por la institución solo se exige para las impugnaciones de acuerdos sociales por socios o administradores –según la literalidad del art. 11 bis.3 LA–. Es difícil entender por qué el legislador solo enuncia estos requisitos para los arbitrajes de impugnación de acuerdos sociales, y no para los restantes arbitrajes societarios, en los que se diriman otros conflictos que se planteen en sociedades de capital (cfr. art. 11 bis.1 LA). Soy incapaz de imaginar una justificación para este trato desigual y me temo que nos encontramos ante una simple imperfección técnica en la redacción. En la práctica, la cuestión no debería tener mayor trascendencia, porque no parece razonable que los estatutos enuncien un sistema de arbitraje para las impugnaciones, y otro totalmente diferente para los restantes conflictos. Por ello, en la práctica lo que ocurrirá es que las cláusulas estatutarias que se introduzcan, extenderán a todo tipo de arbitraje societario la exigencia de arbitraje administrado y la designación de los árbitros por la institución.

²⁸ Cfr. la regla especial contenida en el art. 15.2.b) III LA.

9. Existe finalmente una *tercera regla especial* que va dirigida a los Registradores Mercantiles. Uno de los varios problemas que han dificultado el arbitraje societario era de carácter registral. Recaído un laudo que anula un acuerdo social inscribible, debe cancelarse la inscripción registral –posibilidad no regulada en la normativa anterior. La reforma de la Ley de Arbitraje ha venido a solventar esta dificultad, y ahora proclama que los laudos deben gozar del mismo tratamiento que las sentencias judiciales: se deben inscribir en el Registro Mercantil y todos los asientos que resulten contradictorios se deben cancelar.

10. Hasta aquí mi resumen de la reforma en materia de arbitraje societario. El mensaje que el legislador nos quiere transmitir – apenas enturbiado por algún error de técnica legislativa – llega franco y claro; es un mensaje de aliento y de cautela.

Por un lado aliento: el legislador anima al uso del arbitraje como método para resolver las disputas en el seno de las sociedades. Este apoyo al arbitraje no es nada nuevo: es un eslabón más en una larga línea de actos legislativos y de decisiones jurisprudenciales pro arbitraje, que a partir del advenimiento de la democracia y la promulgación de nuestra Constitución pusieron fin a la anterior desconfianza. Porque a fin de cuentas, arbitraje es sinónimo de libertad, es el reconocimiento de que los ciudadanos tenemos el derecho para someter nuestras disputas, no a un poder del estado, sino a la libre decisión de otros ciudadanos por nosotros elegidos.

Pero el apoyo al arbitraje no solo es ideológico. No me hago ilusiones que el legislador se mueva únicamente por motivos tan altruistas: existen también causas mucho más pragmáticas. El desbordamiento de los tribunales de justicia, la lentitud exasperante de los procedimientos, favorecen un sistema alternativo, que prometa reducir la carga de trabajo judicial y ofrecer mejor servicio a los ciudadanos.

Me parece interesante resaltar algo que el legislador español no ha hecho: la reciente reforma italiana prohíbe el arbitraje societario en las sociedades cotizadas²⁹. No es ésa la vía adoptada en España: la Ley de Arbitraje no distingue y todas las sociedades de capital, anónimas o limitadas³⁰, cerradas o cotizadas, se pueden acoger al arbitraje estatutario.

Éste es el primer mensaje del legislador. Pero existe también un segundo mensaje de cautela: el arbitraje societario plantea riesgos especiales, porque la situación de partida, entre el socio que reclama y la sociedad que se defiende, es siempre de desigualdad; además, la

²⁹ Decreto legislativo de 17 de enero de 2003, n. 5, art. 34.1, *op. cit.* nota nº 9.

³⁰ E incluso las escasísimas comanditarias por acciones.

sociedad no es un ente abstracto, sino que está representada por sus administradores, cuyos objetivos pueden divergir del auténtico interés social.

Para contrarrestar estos riesgos, el legislador rodea el arbitraje societario de especiales medidas de seguridad, desconocidas en otras clases de arbitrajes: impone que participe una institución arbitral y que sea ésta y no las partes las que designen a todos los árbitros.

11. Promulgada la Ley, creado el marco jurídico, el gran interrogante que se plantea es si el arbitraje societario realmente alcanzará aceptación social. En mi opinión, representaría un gran fracaso si este objetivo no se alcanzara. Porque el arbitraje societario se me antoja como el instrumento ideal para dinamizar el *enforcement*³¹ de la normativa societaria en España, para paliar las muchas injusticias que los socios sufren, ante la imposibilidad de obtener por vía judicial una defensa efectiva y real de los derechos que la ley y los estatutos les reconocen. Pero para que esto ocurra, es preciso que se adopten iniciativas. Y creo que las iniciativas corresponden sobre todo a tres instituciones: los notarios, la CNMV y las instituciones arbitrales.

Empecemos con los notarios: el notario es el asesor jurídico por antonomasia en la constitución de sociedades mercantiles. Su opinión es fundamental a la hora de redactar los estatutos. Si el notariado no está convencido de que el arbitraje es la fórmula más efectiva para resolver disputas societarias, el arbitraje está condenado a fracasar. El primer objetivo debe ser convencer a los propios notarios de la bondad de la propuesta. Y una vez convencidos, serán ellos los que recomienden a las partes la inserción de cláusulas arbitrales. En el pasado, ya se adoptaron iniciativas y se llegó a preparar, con el beneplácito de la Dirección General de los Registros, una cláusula arbitral tipo³². Hoy esa cláusula ha quedado totalmente desfasada. Quizá se pudiera comenzar poniendo al día el trabajo que en su día se realizó —y ya se han adoptado las primeras iniciativas³³.

³¹ Uso la expresión inglesa, porque no encuentro ningún vocablo en español que describa la acción de los órganos públicos de hacer cumplir la normativa; el que más se aproxima es coerción.

³² Cfr. L. Fernández del Pozo: «XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos», en *Revista de Derecho de Sociedades* n.º 24, pp. 244 y 245.

³³ El Club Español del Arbitraje ha creado el 21 de febrero de 2011 una Comisión *ad hoc* para el estudio del arbitraje societario, que redactará uno o varios convenios arbitrales tipo para su recomendación a cortes arbitrales, colegios notariales y de registradores y CNMV; en ella participan representantes de la CNMV, de los Registros Mercantiles, del Notariado y de Emisores Españoles.

Pasemos a la CNMV. La CNMV incluye dentro de sus funciones la de regular y supervisar el buen gobierno de las sociedades cotizadas. Y lo hace aplicando el método de «cumplir o explicar». En 2006 promulgó el Código Unificado de Buen Gobierno, que recoge 58 recomendaciones, y cada año exige a las empresas cotizadas que publiquen un informe, explicando cuáles son las recomendaciones que aplican y razonando el incumplimiento de las restantes.

El Código Unificado (también conocido como Código Conthe) carece de toda referencia al arbitraje societario –lo que es totalmente congruente, porque en el año 2006, cuando fue promulgado, el arbitraje societario no tenía aún respaldo legislativo y estaba rodeado de graves incertidumbres–. No se podía recomendar a empresas cotizadas que adoptaran soluciones con elevado riesgo jurídico. Las tornas han cambiado en 2011, pues el riesgo jurídico ha desaparecido, y el legislador ha lanzado un claro mensaje a favor del arbitraje societario.

¿Es conveniente que las empresas cotizadas se decanten por el arbitraje societario?

El gran riesgo del sistema actual de buen gobierno es el «fachadismo»: la adopción formal de las recomendaciones, pero sin una voluntad real de cumplirlas. Todas las promesas de buen gobierno se quedan en aguas de borrajas, si no existe un sistema efectivo de coerción. Lo cómodo es predicar, lo arduo es dar trigo. Y, en mi opinión, el arbitraje, con su rapidez, con la facilidad para obtener medidas cautelares, con la limitación de recursos, promete ser un instrumento mucho más eficaz para que los accionistas puedan ejercer sus derechos, que el lento pleitear ante la justicia. Si una sociedad cotizada adopta el arbitraje, lanza un poderoso mensaje al mercado: sus promesas de buen gobierno no son pura fachada, está realmente dispuesta a respetar los derechos de sus accionistas.

En consecuencia, me atrevo a proponer que en la próxima revisión del Código se incluya la recomendación de las sociedades cotizadas, se doten de cláusulas estatutarias imponiendo el arbitraje para solventar disputas. La reforma debería abordarse sin mayores dilaciones, pues los cambios en el buen gobierno se están precipitando. Y mientras tanto sería conveniente que el informe anual de buen gobierno –que también está a punto de ser revisado– ya incluya información sobre el sistema de resolución de conflictos que cada sociedad haya adoptado en sus estatutos.

Con esto llego al tercer destinatario de mis reflexiones: las instituciones arbitrales. Sobre ellas recae el peso y la responsabilidad de la reforma. La nueva Ley de Arbitraje les ha encomendado la designación

de árbitros en los arbitrajes societarios y la administración del procedimiento³⁴; y la nueva Ley también ha reforzado su responsabilidad: el nuevo art. 14.3 LA exige que el procedimiento de designación sea transparente, y obliga a las instituciones a velar por la independencia de los árbitros.

La aceptación generalizada del arbitraje estatutario pasa por que las instituciones arbitrales sean capaces de diseñar y administrar un sistema arbitral específico para las disputas societarias. Creo que será necesario adaptar los procedimientos ya existentes, en al menos en tres aspectos:

– En primer lugar, en la designación de árbitros, que ahora se hará por las propias instituciones; pero es importante que en esta designación no se excluya totalmente la voz de las partes; habrá que articular medidas para que las partes puedan influir en la elección de árbitro o para que al menos puedan vetar a candidatos con los que se sienten incompatibles³⁵.

– En segundo lugar, en la multiplicidad de partes, será frecuente que varios socios por separado o conjuntamente planteen impugnaciones de un mismo acuerdo social; habrá pues que arbitrar soluciones para consolidar todos los procedimientos en uno solo y para que los restantes socios puedan participar en él, bien como demandantes o bien como coadyuvantes apoyando al demandado.

– Finalmente, la confidencialidad del arbitraje quedará totalmente desdibujada; será necesario que todos los socios sean informados de la interposición de la demanda, y el laudo –si afecta a cuestiones inscribibles– será accesible a todos a través del Registro Mercantil.

Pero todo esto son cuestiones técnicas, que como tales se podrán resolver. No es esa mi principal preocupación, sino otra. Para que el arbitraje societario triunfe tiene que inspirar confianza:

– confianza a las propias sociedades, pues sin ella nunca lo adoptarían;

– confianza a notarios y abogados, pues sin ella nunca lo recomendarían;

– confianza a los socios y accionistas, pues si desconfían, encontrarán mil recovecos, mil argumentos leguleyos para escaparse del arbitraje y recurrir a la jurisdicción.

³⁴ El art. 11 bis.3 LA literalmente solo impone este requisito para los arbitrajes de impugnación de acuerdos sociales; pero, en mi opinión, los reglamentos de instituciones arbitrales deberían extender el régimen a todos los arbitrajes societarios.

³⁵ El modelo a seguir debería ser, en mi opinión, el procedimiento de listas, basado en el art. 8.2 del Reglamento de Arbitraje de CNUDMI-UNCITRAL.

¿Y cómo se gana la confianza?

Solo conozco una respuesta: a través de la designación de árbitros verdaderamente independientes e imparciales. A los jueces, la independencia e imparcialidad se les supone. Los árbitros, en cambio, se la tienen que ganar día a día, laudo a laudo. El arbitraje societario triunfará si somos capaces de armar un sistema imparcial e independiente, inmune a la captura por intereses partidistas, que dispense soluciones justas en plazos cortos y con costes razonables; y si no lo somos, dos artículos en la Ley de Arbitraje, que el legislador esperanzadamente promulgó, languidecerán en el baúl de las normas olvidadas.