

## IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES Y ARBITRAJE

SERGIO SÁNCHEZ GIMENO

Abogado\*

### Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje

El artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje da cobertura legal a la utilización del arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital, estableciendo, además, algunas reglas mínimas que permiten resolver parte de los problemas que se plantearon en el pasado. No obstante, existen todavía algunas cuestiones cuya solución sigue sin ser diáfana. Entre otras, destaca la problemática procesal que puede derivarse de la falta de vinculación a la cláusula arbitral de los terceros legitimados para impugnar los acuerdos.

#### PALABRAS CLAVE

Artículo 11 bis Ley de Arbitraje, Cláusula arbitral, Institución arbitral, Orden público, Estatutos, Pactos parasociales, Impugnación de acuerdos, Cosa juzgada, Litispendencia, Incidente de previo pronunciamiento.

### Challenging corporate resolutions and arbitration

The article 11 bis of Spanish Arbitration Law establishes the possibility of resorting to arbitration to challenge company resolutions and provides some minimum standards to solve some of the problems raised in the past. However, there are other issues for which a solution remains unclear. Among others, the procedural problems that could arise from third parties not bound by the arbitration clause who are entitled to challenge company resolutions.

#### KEY WORDS

Article 11 bis of the Spanish Arbitration Law, Arbitration clause, Arbitral institution, Public order, Articles of association, Shareholders' agreements, Challenging company resolutions, Res judicata, Lis pendens, Ruling on the pretrial motion.

Fecha de recepción: 4-10-2018

Fecha de aceptación: 10-10-2018

### 1 · INTRODUCCIÓN

Como punto de partida, es oportuno recordar que la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y la doctrina y jurisprudencia que la interpretó, terminando con una arraigada tradición existente en nuestro país, rechazaron la utilización del arbitraje en la impugnación de los acuerdos de las sociedades de capital<sup>1</sup>. No obstante, a finales del siglo pasado se produjo un cambio de planteamiento, cuyas muestras más destacables fueron la resolución de 19 de febrero de 1998 de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la fundamental sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, que reconoció la validez de una cláusula estatutaria que sometía a arbitraje de equidad la impugnación de los acuerdos sociales<sup>2</sup>. A dicha sentencia siguie-

ron algunos relevantes hitos normativos, entre los cuales figura la admisión por el Reglamento del Registro Mercantil de las cláusulas estatutarias de sumisión a arbitraje<sup>3</sup>.

La consagración legal del arbitraje en este ámbito vino de la mano del artículo 11 bis de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, introducido por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que despejó las dudas que suscitaba la figura y la dotó de unas reglas mínimas. Los apartados primero y segundo del citado artículo exigen que la cláusula arbitral figure en los estatutos sociales, bien en el momento fundacional, o bien mediante una modificación estatutaria que ha de contar con una mayoría mínima de los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones o acciones en que se divide el capital social. Además, en el caso de la impugnación de acuerdos sociales, el apartado tercero exige que tanto la administración del arbitraje como el nombramiento de los árbitros se someta a una institución arbitral. Aunque la citada reglamen-

\* Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje.

1 Los principales argumentos que se esgrimieron contra el arbitraje pueden verse en J. Garrigues y R. Uría: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1952, págs. 647-649. Igualmente, en contra del arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales estando en vigor el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, aunque haciéndose eco de las tesis más favorables a su implantación, R. Uría, A. Menéndez y J. M. Muñoz Planas: «La Junta General de Accionistas», en R. Uría y M. Olivencia (dirs.): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Madrid, 1991, págs. 364-368.

2 Un comentario de la citada sentencia puede verse en M. J. Carazo: «La aplicación del arbitraje a la impugnación de acuer-

dos societarios en las sociedades de capital. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 229, 1998, págs. 1211 y ss.

3 Vid. arts. 114.2.c y 175.2.c del Reglamento del Registro Mercantil, introducidos en virtud de la reforma operada por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

tación permite resolver algunas de las cuestiones que se suscitan en este ámbito, lo cierto es que siguen existiendo zonas de penumbra y algunos asuntos problemáticos cuya solución no es clara.

## 2 · CONSIDERACIONES GENERALES. LA ADMISIBILIDAD DEL ARBITRAJE EN LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Como es sabido, el arbitraje constituye un instrumento de resolución de controversias equivalente a la jurisdicción, que se fundamenta en la autonomía de la voluntad. No obstante, dicha autonomía solo puede tener juego dentro de los límites de lo disponible que, en última instancia, delimita el ámbito de lo arbitrable.

En otro tiempo se negó la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales con el argumento —al margen del razonamiento de derecho positivo fundado en el antiguo artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951— de que el carácter imperativo de la normativa reguladora de la impugnación de los acuerdos sociales determinaba la indisponibilidad de la materia.

La tesis fue definitivamente superada por el artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje. La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2008, a la que nos hemos referido anteriormente, apuntó la principal razón que justifica la admisibilidad del arbitraje en el ámbito que nos ocupa cuando señaló que, al margen del carácter imperativo del régimen de impugnación, los acuerdos sociales tienen un carácter negocial y, por lo tanto, disponible para las partes, y que el sometimiento a arbitraje no supone disposición sobre su normativa reguladora, sino sobre el cauce de resolución del conflicto.

En esta línea, ha de notarse que el poder de la mayoría, que se expresa a través de los acuerdos, y los límites a los que debe sujetarse tienen su fundamento en el mismo contrato de sociedad. Desde esta perspectiva, tal como se ha apuntado en nuestra doctrina, la impugnación de los acuerdos puede calificarse como acción de cumplimiento contractual. A partir de ahí, no es difícil concluir que los intereses que están en juego, cuya tutela se persigue a través de la acción de impugnación, tienen una naturaleza privada y patrimonial y son perfectamente disponibles. Lo dicho se manifiesta en el plano procesal por la aplicación del principio dispositivo, que faculta a los legitimados para ejercitar

libremente la acción, para configurar el objeto del procedimiento y, en su caso, para renunciar, transigir, desistir o allanarse, sin intervención de una instancia pública (Ministerio Fiscal)<sup>4</sup>.

Algún sector de la doctrina, aun admitiendo el arbitraje en el ámbito de los conflictos societarios, lo rechazó en el supuesto de la impugnación de acuerdos sociales fundada en la infracción del orden público<sup>5</sup>. Ha de notarse, sin embargo, que, siguiendo la afirmación generalizada en la materia, el orden público no delimita el ámbito de lo disponible, sin perjuicio de que deba ser respetado por el árbitro —de la misma forma que vincula al juez— a la hora de dictar el laudo y del control que pueda realizarse a través de la acción de anulación<sup>6</sup>.

La corrección de los razonamientos expuestos es evidente en las sociedades de capital cerradas, precisamente porque en ellas el aspecto contractual brilla con singular intensidad. Como es sabido, se trata de sociedades con un número relativamente reducido de socios que tienen vinculaciones estrechas entre ellos —en la mayoría de los casos, de carácter familiar— y una implicación relevante en el funcionamiento de la sociedad, lo que favorece la adopción de pactos adaptados a sus particulares intereses. A nivel normativo, tal circunstancia se ha traducido en una regulación relativamente más flexible. No es dudoso, en cualquier caso, que se trata de un ámbito especialmente adecuado para el arbitraje societario.

Mayores objeciones ha merecido, sin embargo, el encaje del arbitraje en las sociedades cotizadas. Algunos autores lo han rechazado invocando el orden público económico y el interés general —funcionamiento del mercado—, así como la necesidad de tutela de los pequeños accionistas<sup>7</sup>. Esta última razón parece estar detrás del planteamiento que lucía en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, que, como es sabido,

4 Vid. E. Gallego: «Sobre el arbitraje estatutario. En particular, el de equidad», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 32, 2009, págs. 55-56.

5 Vid. J. M. Muñoz Planas y J. M. Muñoz Paredes: «La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid: McGraw, 2002, pág. 2028.

6 E. Gallego: «Sobre el arbitraje estatutario...», *op. cit.*, pág. 72.

7 Vid. M. Olivencia: «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*, Madrid, págs. 716-725; J. M. Muñoz Planas y J. M. Muñoz Paredes: «La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje», *op. cit.*, págs. 977 y ss.

excluía expresamente a las sociedades cotizadas del ámbito del arbitraje, siguiendo, en este punto, a algunos modelos de Derecho comparado<sup>8</sup>.

No es ese, sin embargo, el criterio que sigue el artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje, que no distingue entre sociedades de capital, y que, por consiguiente, es aplicable también a las sociedades cotizadas<sup>9</sup>. La admisión del arbitraje puede defenderse, además, partiendo de la constatación de que los intereses de los accionistas de las sociedades cotizadas tienen un carácter privado y disponible<sup>10</sup>, lo que no es contradictorio con el hecho de que la normativa reguladora tenga un carácter generalmente imperativo<sup>11</sup> o con la atribución de una función de supervisión a determinados organismos públicos en algunos aspectos de su actividad<sup>12</sup>. Descendiendo a la cuestión del arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales, nada se gana en términos de buen gobierno y de tutela de los pequeños accionistas con su prohibición. No es previsible que los pequeños accionistas integrados en el llamado capital flotante, tradicionalmente desinteresados por el funcionamiento de la sociedad y por el ejercicio de sus derechos políticos, estén dispuestos a ejercitar, de forma efectiva, el derecho de impugnación de los acuerdos sociales. Y no parece que la opción del arbitraje pueda mejorar o empeorar esa situación. La realidad muestra que en las sociedades cotizadas los acuerdos sociales solo son impugnados por accionistas con una participación significativa. En ese ámbito, el arbitraje puede tener algunas venta-

jas, entre las que destacan la confidencialidad del procedimiento y la mayor celeridad en la resolución del conflicto. El problema, como veremos, no es de licitud, sino de posibilidad práctica a la vista del actual marco legal.

### 3 · EL CARÁCTER ESTATUTARIO DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

#### 3.1 · Introducción

El artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje —titulado, expresivamente, arbitraje estatutario— exige que la cláusula arbitral figure en los estatutos de la sociedad. Dicha cláusula, de naturaleza estatutaria, puede introducirse en el momento fundacional, en cuyo caso requiere de la aceptación de todos los socios fundadores, o a través de un ulterior acuerdo de modificación de los estatutos adoptado por la junta general.

#### 3.2 · La sumisión a arbitraje a través de la modificación estatutaria. Mayoría requerida

En contra de la inclusión de la cláusula a través de acuerdo de la junta general, se ha objetado que la sumisión a arbitraje afecta a un derecho individual de los socios que, además, tiene el rango de derecho fundamental, motivo por el cual debería ser necesario el consentimiento de todos ellos. Incluso se han llegado a manifestar dudas sobre la constitucionalidad del artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje<sup>13</sup>.

La realidad es que, aunque el arbitraje implique la renuncia a algunas de las garantías propias de la jurisdicción —juez predeterminado por la Ley, limitación en los medios de impugnación del laudo—, no por ello su acogimiento provoca indefensión y, en definitiva, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>14</sup>. Al respecto, procede recordar que el arbitraje es un medio idóneo de resolución de conflictos que cuenta con garantías legales sufi-

<sup>8</sup> Para un análisis más amplio, *vid.* M. T. Manga: «Pasado, presente y futuro del arbitraje estatutario», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 3, 2013, págs. 19-29.

<sup>9</sup> J. A. Rodríguez: «El arbitraje societario», *Anuario de Arbitraje 2016*, pág. 359.

<sup>10</sup> *Vid.* F. Olaizola: «El arbitraje societario en los tiempos de la globalización» en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, Barcelona, 2006, pág. 14.

<sup>11</sup> Como ha puesto de manifiesto E. Gallego, lo relevante no es que la materia esté regulada por disposiciones de carácter imperativo, sino que los derechos subjetivos sean disponibles, y no hay ninguna duda de que, en este caso, lo son (*vid.* de la autora, «Sobre el arbitraje estatutario», *op. cit.*, pág. 71).

<sup>12</sup> A estos efectos, es oportuno señalar que nuestro ordenamiento ha reconocido legitimación a determinados organismos públicos (CNMV y Banco de España) para impugnar acuerdos en supuestos muy determinados. La facultad se explica por la función pública de supervisión que se encomienda a tales organismos (*vid.* J. Massaguer: «Legitimación en materia de impugnación de acuerdos sociales», *Almacén del Derecho*, 29 mayo 2016). La admisibilidad del sometimiento a arbitraje opera solo en el ámbito de las impugnaciones planteadas por accionistas o administradores, que están sujetas al principio dispositivo y no afecta a la legitimación atribuida a tales organismos ni debilita su función de supervisión.

<sup>13</sup> Así lo sostiene A. González: «La inoponibilidad de las cláusulas estatutarias de sumisión a arbitraje a los socios disidentes o ausentes», *Revista de Derecho Procesal*, n.º 34, 2014. Se manifiesta en contra de esta conclusión, entre otros muchos, E. Gallego: «Sobre el arbitraje estatutario...», *op. cit.*, págs. 58-61, con una línea de argumentación similar a la que se sigue en este trabajo.

<sup>14</sup> *Vid.* en sentido contrario, E. Gallego: «Sobre el arbitraje estatutario...», *op. cit.*, págs. 55-56; F. Olaizola: «El arbitraje societario en los tiempos de la globalización», *op. cit.*, pág. 48.

cientes y que tiene un valor equivalente al de la jurisdicción. La clave, en última instancia, reside en la voluntad de las partes, cuya decisión legitima el recurso al arbitraje y cuya ausencia puede determinar la vulneración de un derecho fundamental<sup>15</sup>. Pues bien, en una sociedad de capital dicha decisión no corresponde, individualmente, a cada uno de los socios, sino a la mayoría<sup>16</sup>, como se deduce del apartado segundo del artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje. Y es razonable que así sea porque en el acogimiento de la vía de resolución de los conflictos que puedan suscitarse en la sociedad y, en especial, de la impugnación de acuerdos sociales, no está implicado el interés de cada socio, en particular, sino el interés común de todos ellos en cuanto a miembros de la sociedad. No existe un derecho individual de los socios del que pueda derivarse la exigencia de un consentimiento unánime para la adopción del arbitraje<sup>17</sup>. De forma aún más evidente, tampoco estamos ante el supuesto de establecimiento de una nueva obligación a cargo de los socios<sup>18</sup>. En definitiva, con su entrada en la sociedad, cada socio acepta que la sumisión a arbitraje de los conflictos sociales —no de cualesquiera otros— puede ser decidida por la mayoría. En cierto modo, cabe entender que la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales constituye una manifestación de la facultad de organización cuyo ejercicio corresponde a la mayoría. Claro es que en el ejercicio de dicha facultad, la mayoría deberá respetar los límites generales a los que están sometidos los acuerdos sociales, cuya infracción podrá hacerse valer a través de su impugnación.

Con todo, si bien la afectación a los derechos de los socios no ha justificado la exigencia del consentimiento individual, al menos ha dado lugar a la exigencia de una mayoría muy cualificada. En particular, el apartado primero del artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje exige una mayoría mínima de dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divide el capital que pue-

de ser reforzada por los estatutos, sin llegar a exigir la unanimidad.

No es ocioso señalar que la mayoría exigida por el artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje viene a coincidir con la que, respecto a la sociedad de responsabilidad limitada —el tipo legal de la sociedad cerrada de capital—, exige el artículo 199 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, para la adopción de algunos acuerdos de especial relevancia.

La regla de mayoría establecida por el artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje resulta, sin embargo, extraña al sistema previsto para la sociedad anónima —tendencialmente, el tipo legal de la sociedad abierta— por los artículos 193, 194 y 201 de la Ley de Sociedades de Capital, que pivota sobre el *quorum* de constitución y la mayoría determinada sobre el capital con derecho a voto asistente a la junta general. Su aplicación en esta sede obliga a determinar el número total de votos posibles, tarea que puede ser más compleja en aquellas sociedades anónimas con acciones con derecho a voto de distinto valor nominal o que establezcan alguna de las limitaciones al derecho de voto previstas por el artículo 188.3 de la Ley de Sociedades de Capital<sup>19</sup>. Se trata, además, de una mayoría notablemente superior a la más elevada que en la sociedad anónima, y respecto a cualquier otro acuerdo podría resultar de la aplicación de las normas generales.

Es evidente, en cualquier caso, que la obtención de dicha mayoría en sociedades abiertas parece extraordinariamente difícil, lo que, en la práctica, y aun por una vía indirecta, aleja la posibilidad del arbitraje en las cotizadas.

A diferencia de lo que sucede en otras legislaciones, nuestra normativa no ha reconocido el derecho de separación a los socios disidentes en caso de adopción del acuerdo de sumisión a arbitraje<sup>20</sup>. Dicha opción fue contemplada, sin embargo, por el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, lo que suscitó agudas críticas en un sector de la doctrina por entender que podía suponer un obstáculo relevante para la adopción del arbitraje por nuestras sociedades.

15 Al respecto, STC 136/2010, de 2 de diciembre.

16 Vid. J. Olavarría: «Artículo 11 bis», en S. Barona (dir.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003 de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, Pamplona, 2011, pág. 600.

17 Desde una perspectiva general, sobre la noción de derecho individual puede verse R. Cabanas: «Sobre los derechos individuales del socio en la sociedad limitada y el alcance de la calificación registral. (Una reflexión pertinente al hilo de las últimas resoluciones de la DGRN)». *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 9266, 2018, págs. 1-20.

18 Vid. J. Olavarría: «Artículo 11 bis», *op. cit.*, pág. 600.

19 Vid. J. A. Rodríguez: «El arbitraje societario», *op. cit.*, pág. 366; e *Informe sobre el arbitraje societario en España*, CEA, 2013, párr. 65.

20 Vid. J. Olavarría: «Artículo 11 bis», *op. cit.*, pág. 601.

### 3.3 · La inscripción en el Registro Mercantil de la cláusula arbitral

No parece que la inscripción registral de la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje sea un requisito necesario para su eficacia.

El artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje no lo exige y, por otro lado, ha de recordarse que la inscripción registral de la modificación de estatutos tiene un carácter declarativo y que, de conformidad con el artículo 159.2 de la Ley de Sociedades de Capital, los acuerdos de la junta general vinculan a todos los socios<sup>21</sup>. Cuestión distinta es que, acogiendo alguno de los modelos que se han sugerido, la propia cláusula condicione su eficacia a la inscripción en el Registro Mercantil. Dicho esto, la doctrina mayoritaria entiende que la falta de inscripción determina que no queden vinculados los socios que se incorporen posteriormente a la sociedad<sup>22</sup>, aunque no faltan voces que sostienen un criterio distinto, partiendo de la premisa de que los socios que adquieren dicha condición derivativamente no son terceros<sup>23</sup>. Por otro lado, la falta de inscripción de la cláusula arbitral puede plantear problemas a la hora de solicitar la inscripción del laudo que anule acuerdos inscribibles y la cancelación de los asientos relativos a los acuerdos inscritos y aquellos que resulten contradictorios (art. 11 ter de la Ley de Arbitraje).

El supuesto de la cláusula estatutaria no inscrita puede plantearse, especialmente, en el caso de que el acuerdo impugnado sea el mismo de modificación de los estatutos que somete a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales. Se ha dicho que para este tipo de supuestos sería aconsejable una expresa previsión en la cláusula arbitral que, como excepción a la sumisión a arbitraje, permitiese la impugnación ante los tribunales de justicia<sup>24</sup>. Sin negar las ventajas del planteamiento en términos de seguridad jurí-

dica y de evitación de la continuación de la controversia relativa a la validez misma de la cláusula arbitral, lo cierto es que, salvo que otra cosa se haya dispuesto en el acuerdo, este último será eficaz desde que sea adoptado, lo que deberá ser apreciado por el árbitro en el ejercicio de la facultad que tiene para pronunciarse sobre su propia competencia.

### 3.4 · La sumisión a arbitraje a través de pactos parasociales

Resta por determinar si la sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales puede introducirse no ya a través de una cláusula estatutaria, sino a través de un pacto parasocial.

En principio, los pactos entre socios solo vinculan a los firmantes (art. 1257 Código Civil), lo que, *a priori*, los hace inidóneos a los fines expuestos.

No obstante, la respuesta no es tan evidente en el caso de los pactos omnilaterales porque, precisamente por haber sido suscritos por todos los socios, no pueden considerarse como reservados en el sentido del artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital y ha de entenderse que vinculan a la sociedad<sup>25</sup>. La razón es obvia: abstracción hecha de la personalidad jurídica, que tiene un carácter instrumental y no debe ser tenida en cuenta en el ámbito de las relaciones internas, la sociedad no es algo distinto de sus socios. Por ello, podría defenderse la validez del sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales en virtud de un pacto omnilateral al margen de los estatutos<sup>26</sup>.

La cuestión, sin embargo, no deja de ser problemática. Aunque la respuesta requeriría, probablemente, un análisis más detenido que excede el propósito de este trabajo, dejaremos apuntadas algunas consideraciones. La primera de ellas es que la sumisión a arbitraje a través de un pacto de socios está fuera de las previsiones del apartado segundo del artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje, que solo contempla el supuesto de la cláusula arbitral estatutaria, lo que, por cierto, ha dado lugar a que la mayoría de los reglamentos de cortes arbitrales que contienen disposiciones relativas al arbitraje societario exijan que el convenio

21 Vid. J. Quijano: «Comentario al art. 290», en A. Rojo y E. Beltrán (coords.): *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, T. II, Madrid: Civitas, 2011, pág. 2135.

22 Vid. RDGRN de 19 de febrero de 1998; igualmente, J. A. Rodríguez: «El arbitraje societario», *op. cit.*, pág. 367; F. Olaizola: «El arbitraje societario en los tiempos de la globalización», *op. cit.*, pág. 36; J. M. Calavia: «Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje en las sociedades de capital», en J. M. Calavia, D. Vázquez y J. Morales (coords.): *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, Cizur Menor, 2015, pág. 114; I. Arroyo: «El arbitraje en el Derecho societario español», *Anuario de Derecho Marítimo XXXIV*, n.º 34, 2017, págs. 314 y 321.

23 E. Gallego: «Sobre el arbitraje estatutario...», *op. cit.*, págs. 63-64.

24 Vid. *Informe sobre el arbitraje societario en España*, *op. cit.*, en especial, cláusula estatutaria tipo y párrafo 75 del informe.

25 Para una aproximación al tema, *vid.* C. Paz-Ares: «El enforcement de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 5, 2003, págs. 19-43.

26 A. Perdices: «Pactos parasociales omnilaterales y los grandes expresos europeos», *Almacén del Derecho*, 11 de marzo de 2016.

arbitral conste en los estatutos. El pacto al que nos referimos no es una cláusula estatutaria, lo que conlleva que su modificación requiera un nuevo consentimiento de todos los socios y que la vinculación de los nuevos socios exija, en todo caso, su adhesión<sup>27</sup>. La segunda, aunque vinculada a la anterior, es que las reglas del artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje carecen de sentido en el supuesto. La afirmación es evidente respecto a la exigencia de una mayoría cualificada para la introducción de la cláusula arbitral, pero no lo es menos respecto a la exigencia de intervención de una institución arbitral, garantía que pierde virtualidad desde el momento en el que la cláusula ha sido acordada por todos los socios. Dicho esto, podría defenderse la posibilidad apuntada partiendo de la idea de que estamos ante una materia disponible —como confirma el artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje— y de que el pacto omnilateral puede conseguir un efecto equivalente al que persigue la exigencia de constancia estatutaria de la cláusula, en la medida en que vincula a todos los socios —con la limitación de los futuros— y a la sociedad.

No obstante, el planteamiento puede entrar en colisión con la jurisprudencia existente en la materia, que, desde hace años, ha venido negando que la sociedad quede vinculada por los pactos omnilaterales. Ciertamente, la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016 suavizó esta doctrina al admitir que la impugnación de un acuerdo social fundada en la infracción de los estatutos sociales no debía prosperar porque era contraria a un pacto suscrito por todos los socios<sup>28</sup>. No obstante, dicha sentencia se fundó en la infracción del deber de buena fe del socio que había actuado en sentido contrario al pacto y no llegó a reconocer, de forma explícita, la vinculación de la sociedad.

#### 4 · LOS SUJETOS VINCULADOS POR LA CLÁUSULA ESTATUTARIA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE INSCRITA

No es dudoso que la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje de la impugnación de los acuer-

dos sociales, debidamente inscrita, vincula a la sociedad y a todos los socios, incluyendo a los ausentes y disidentes y a los futuros<sup>29</sup>, así como a los titulares del derecho de usufructo o prenda sobre acciones o participaciones cuando los estatutos les atribuyan el derecho a impugnar.

Dicha cláusula vincula, igualmente, a los administradores. Aunque no son parte del contrato de sociedad, tampoco son terceros, en sentido estricto. La vinculación se justifica, en este caso, por su condición de miembros del órgano de administración<sup>30</sup>, que determina que queden obligados por los estatutos sociales y por los acuerdos adoptados por los órganos de la sociedad, cuyo incumplimiento puede generar su responsabilidad<sup>31</sup>.

Como consecuencia de la citada cláusula, cualquier impugnación de acuerdos sociales planteada por socios o por administradores deberá articularse a través del cauce arbitral en los términos que figuren en ella. Lógicamente, de presentarse la demanda ante los tribunales, la sociedad deberá hacer valer la cláusula arbitral a través de la correspondiente declinatoria. De no interponerse en plazo, la impugnación deberá encauzarse a través del procedimiento judicial por aplicación de las reglas generales en la materia (art. 11.1 de la Ley de Arbitraje)<sup>32</sup>. La situación que puede plantearse es, sin embargo, problemática y no equiparable a la que se suscita en las controversias derivadas de relaciones jurídicas bilaterales. A estos efectos, es oportuno recordar, una vez más, que la sumisión a arbitraje está prevista en los estatutos sociales y que la legitimación para la impugnación corresponde a todos los socios y administradores, y no solo a los concretos demandantes.

La cláusula arbitral no vincula a los terceros legitimados para impugnar un acuerdo social, bien por ser titulares de un interés legítimo, bien por invocar la infracción del orden público como fundamento de la acción (art. 206 de la Ley de Sociedades de Capital). Lo dicho resulta diáfano no ya solo por la

<sup>29</sup> Sobre su fundamento, *vid.* E. Gallego: «Sobre el arbitraje estatutario...», *op. cit.*, págs. 50 y ss.

<sup>30</sup> *Vid.* RDGRN de 19 de febrero de 1988.

<sup>31</sup> E. Gallego: «Sobre el arbitraje estatutario...», *op. cit.*, págs. 53-54.

<sup>32</sup> Como es sabido, la falta de jurisdicción por sumisión a arbitraje debe hacerse valer a través de la declinatoria y no es apreciable de oficio; en este sentido, F. Cordón: «Declinatoria por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje: el alcance del enjuiciamiento por el juez del convenio arbitral en que se fundamenta», *Análisis GAPO*, julio 2017, pág. 1, y la reciente Sentencia número 83/2018, de 27 de febrero, de la Sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid.

<sup>27</sup> *Vid.* J. Alfaro: «Los pactos parasociales omnilaterales. A propósito de Noval Pato», *Almacén del Derecho*, 18 de noviembre de 2013.

<sup>28</sup> Puede verse un análisis de la citada sentencia y, en general, de la jurisprudencia existente en este ámbito en P. J. Vela: «Impugnación de acuerdos y revocación o sustitución de los mismos. Buena fe e impugnación de acuerdos conformes con un pacto parasocial», en *Derecho de Sociedades*, Valencia, 2018, págs. 1449 y ss.

literalidad del artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje, que solo se refiere a los socios y administradores, sino porque los terceros no pueden quedar vinculados por un negocio del que no son parte, sin que tal afirmación pueda resultar contradicha por los efectos de la publicidad registral<sup>33</sup>. En definitiva, la acción de impugnación ejercitada por un tercero deberá articularse a través del cauce judicial. Cuestión distinta es que, suscitado el conflicto, las partes —tercero y sociedad— acuerden someter la controversia a arbitraje, sin que sea aplicable al caso el artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje ni los estatutos. Es posible, además, que habiéndose iniciado un arbitraje por un socio o administrador, sea admitida la intervención del tercero con sujeción a las reglas que, a tal efecto, haya establecido la institución arbitral.

En el caso del socio que pierde dicha condición antes del ejercicio de la acción —lo que exige que funde su legitimación para la impugnación en la existencia de un interés legítimo— parece razonable entender que, como tercero, no está vinculado por la cláusula arbitral. Puede suceder, sin embargo, que sea el mismo acuerdo impugnado el que determine la pérdida de la condición de socio del actor, supuesto en el que ha de admitirse la competencia del árbitro para resolver la cuestión<sup>34</sup>. El caso no guarda paralelismo con aquel del socio impugnante que ha entrado en la sociedad en un momento posterior a la adopción del acuerdo impugnado. Aun cuando su legitimación deba fundarse, en este caso, en la existencia de un interés legítimo distinto de la mera condición de socio, la cláusula arbitral será aplicable por el mero hecho de que, en el momento de la impugnación, el actor es socio y, por consiguiente, está vinculado por los estatutos.

Relacionado con lo anterior, es oportuna la referencia a aquellos supuestos en los que, iniciado el procedimiento, el actor pierde la condición de socio, generalmente como consecuencia de la transmisión o amortización de su participación. En líneas gene-

rales, en este tipo de casos, se ha considerado que el actor inicial puede mantener su legitimación siempre y cuando sea titular de un interés legítimo en la impugnación distinta a la condición de socio<sup>35</sup>. Pues bien, suponiendo que la impugnación se haya articulado a través del cauce arbitral, el procedimiento deberá continuar hasta su conclusión, a pesar de ya no tenga la condición de socio y, por consiguiente, no venga vinculado por la cláusula arbitral.

## 5 · SOBRE EL CONTENIDO DE LA CLÁUSULA ESTATUTARIA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE

### 5.1 · El carácter institucional del arbitraje y la designación de los árbitros

El apartado tercero del artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje dispone que los estatutos sociales podrán someter la impugnación de los acuerdos sociales a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral<sup>36</sup>.

La doctrina suele coincidir en que la imposición del arbitraje institucional en la impugnación de los acuerdos sociales tiene el objetivo de favorecer la igualdad de las partes<sup>37</sup>. El razonamiento parte de la constatación de la situación inicial de desigualdad de las partes en la impugnación de los acuerdos sociales sometida a arbitraje, que deriva del hecho de que, al fin y al cabo, la cláusula arbitral ha sido establecida por la parte demandada —la sociedad— a través de un acuerdo mayoritario. En este punto es oportuno tener en cuenta que la impugnación de acuerdos sociales suele ser manifestación de un conflicto entre la mayoría de control —normalmente, la que impuso la cláusula arbitral y posteriormente adoptó el acuerdo impugnado— y la minoría —la que impugna el acuerdo—. Por ello, es razonable que se establezcan algunas limitacio-

33 J. Olavarría: «Arbitraje estatutario e intrasocietario: su reconocimiento legal», en AA. VV.: *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pág. 478.

34 I. Arroyo hace referencia al supuesto de la exclusión, en el que lo que se debate es la propia condición de socio del impugnante, señalando que el árbitro, en ejercicio de la facultad que tiene para determinar su propia competencia, podrá valorar si el socio está vinculado por la cláusula arbitral para, a continuación, entrar en el fondo y decidir si el impugnante tiene la condición de socio y, en consecuencia, está sometido al arbitraje (vid. del autor, «El arbitraje en el Derecho societario español», op. cit., pág. 315).

35 Vid. J. Massaguer: «Artículo 206. Legitimación para impugnar», en J. Mencía (coord.): *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Cizur Menor, 2015, págs. 248-269.

36 En nuestra doctrina, J. Fernández-Armesto ha mostrado una clara preferencia por el arbitraje institucional en la resolución de conflictos societarios por considerar que presenta más garantías (vid. «El arbitraje societario tras la última reforma», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. LII, diciembre 2011, pág. 150).

37 J. A. Rodríguez: «El arbitraje societario», op. cit., pág. 370; J. Olavarría: «Artículo 11 bis», op. cit., pág. 602.

nes tendentes a asegurar que aquellos aspectos que tienen una mayor incidencia en las garantías del procedimiento no queden a la discreción de la mayoría<sup>38</sup>. Esa es, aparentemente, la finalidad que late en el apartado tercero del artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje.

Lo que puede ser más discutible es que para conseguir dicha finalidad sea preciso atribuir a una institución arbitral las facultades de administración del arbitraje y del nombramiento de los árbitros. De entrada, la doctrina ha puesto de manifiesto que el requisito realmente relevante a estos efectos es el relativo a la designación de árbitros y no tanto el relativo a la administración del arbitraje<sup>39</sup>. En efecto, y sin que esto suponga negar las ventajas que se derivan de la intervención de la institución arbitral, no es claro que el procedimiento que pueda seguirse en un arbitraje *ad hoc* reúna menos garantías que el que pueda desarrollarse a través de un arbitraje administrado; en ambos casos, rigen los mismos principios. A partir de ahí se ha señalado que en el ámbito de la impugnación de los acuerdos sociales sería admisible que se limitara la intervención de la institución arbitral al nombramiento de los árbitros<sup>40</sup>. Es más, teniendo en cuenta la finalidad de la norma, se ha llegado a sugerir que bastaría con que los árbitros fueran designados por un tercero imparcial —no necesariamente por una institución arbitral—<sup>41</sup>. No parece, sin embargo, que ninguna de las dos propuestas respete el tenor de la norma, lo que hace desaconsejable su adopción en la cláusula arbitral en la medida en que podría generar el riesgo de su nulidad.

Se ha indicado, por otro lado, que si bien en un momento inicial las partes están en situación de desigualdad, esta última se disipa cuando aparece el conflicto en concreto. De ahí que, en ese caso, ya no sea necesaria la previsión legal, siendo admisible, por el contrario, que las partes del procedimiento pacten libremente sobre la designación de los árbitros sin intervención de la institución arbi-

tral<sup>42</sup>. Sobre la base expuesta, los reglamentos de algunas de las instituciones arbitrales más relevantes en nuestro país contemplan expresamente dicha posibilidad.

Ese planteamiento no resuelve, sin embargo, el problema que, según algún autor, explica la exigencia legal<sup>43</sup>. Así, ha de notarse que el inicio de un procedimiento de impugnación impide el inicio por otro legitimado de un procedimiento ulterior contra el mismo acuerdo —a ello nos referiremos posteriormente—. A lo sumo, podrá plantearse la acumulación de la nueva impugnación al procedimiento iniciado o la intervención en él de cualquier otro legitimado. De ello se sigue que, en el caso de no adoptarse la cautela que establece el apartado tercero del artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje, los demás legitimados tendrán que asumir la designación del árbitro realizada por las partes iniciales, lo que puede dar lugar a situaciones abusivas. En definitiva, según este planteamiento, la intervención de la institución arbitral —tercero imparcial— en la designación de árbitros tiene el propósito de evitar que las partes del procedimiento impongan un árbitro de su designación a todos los demás legitimados para impugnar el acuerdo en sede de arbitraje. De ser correcto el razonamiento, habrá que concluir que los árbitros deben ser designados, en todo caso, por la institución arbitral, sin que esta última pueda limitarse a una mera ratificación de la designación de los árbitros realizada por las partes. No obstante, la designación por las partes no plantea ningún problema si todos los legitimados son parte del procedimiento o renuncian al ejercicio de la acción.

La necesaria intervención de una institución arbitral favorece el adecuado tratamiento de los problemas específicos que suscita la impugnación de acuerdos sociales. En efecto, como consecuencia de las reglas en materia de legitimación aplicables en este ámbito, es perfectamente posible que varios legitimados —socios y administradores— ejerciten la misma acción a través de demandas diferentes, lo que aconseja que sea una misma institución arbitral la encargada de conocer de todas ellas.

## 5.2 · El contenido facultativo de la cláusula arbitral

Fuera de las limitaciones expuestas anteriormente, el margen que se confiere a la autonomía estatutaria es considerable.

38 En la doctrina anterior a la reforma de la LA, se puso de manifiesto el riesgo de actuaciones abusivas o fraudulentas de la mayoría y de los administradores en la designación de los árbitros como posible objeción al arbitraje estatutario; *vid.* J. Picó y A. Vázquez: «El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 11, 1999, pág. 200.

39 *Vid.* A. Díaz: «Reflexiones críticas sobre la imposición del arbitraje administrado en el caso de que estatutariamente se someta a la decisión de árbitros la impugnación de los acuerdos sociales», en *Derecho de sociedades*, Valencia, 2018, págs. 1537-1538.

40 A. Díaz: «Reflexiones críticas...», *op. cit.*, pág. 1561.

41 A. Díaz: «Reflexiones críticas...», *op. cit.*, *loc. cit.*

42 J. A. Rodríguez: «El arbitraje societario», *op. cit.*, pág. 370.

43 *Vid.* A. Díaz: «Reflexiones críticas...», *op. cit.*, págs. 535 y ss.

La cláusula estatutaria puede optar tanto por un arbitraje de derecho, que es lo usual en el ámbito que nos ocupa, como por el arbitraje en equidad. Esta última opción ha tenido que hacer frente a la resistencia de un sector de la doctrina que consideraba que el arbitraje en equidad no era adecuado para resolver conflictos a los que resultarían de aplicación normas imperativas —como sucede en el caso de la impugnación de acuerdos sociales—. A día de hoy, sin embargo, está ampliamente admitida la figura<sup>44</sup>, a lo que ha contribuido el propio artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje<sup>45</sup>.

Por otro lado, la cláusula arbitral puede determinar el número de árbitros y las condiciones genéricas que deben reunir, así como cualesquiera otros aspectos del procedimiento, siempre que con ello no establezca obstáculos injustificados para el ejercicio de la acción ni atente contra los principios generales del procedimiento arbitral —igualdad, audiencia y contradicción—.

## 6 · CUESTIONES PROCESALES

### 6.1 · Cosa juzgada, litispendencia e intervención en el procedimiento arbitral de los sujetos vinculados por la cláusula arbitral

Como es sabido, las sentencias firmes que se dictan en los procedimientos de impugnación judicial de los acuerdos sociales afectan a todos los socios, aunque no hayan litigado (art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Lo dicho supone que el efecto de cosa juzgada de la sentencia, tanto en su aspecto positivo como negativo, alcanzará a todos los socios, de lo que, a su vez, deriva la imposibilidad de planteamiento de una nueva impugnación de un mismo acuerdo por socios distintos de aquellos que inicialmente impugnaron. De ahí se sigue, además, que la pendencia de un procedimiento previo de impugnación de un acuerdo social podrá hacerse valer frente a otro iniciado posteriormente por otro socio a través de la excepción de litispendencia. A estos efectos procede recordar que el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone

que el actor debe alegar en su demanda cuantos hechos y fundamentos o títulos jurídicos le resulten conocidos o pueda invocar al tiempo de interponerla, que deberán tenerse en cuenta a los efectos de aplicación de los institutos de la litispendencia y la cosa juzgada. Dicho de otra forma, la cosa juzgada afecta no solo al objeto real del procedimiento sino también al llamado objeto virtual<sup>46</sup>. Aunque la cuestión no es totalmente diáfana, se ha sostenido que, por aplicación de la citada norma, los socios no pueden impugnar un acuerdo que ya ha sido objeto de impugnación por otros socios con fundamento en un motivo de impugnación distinto<sup>47</sup>. Los socios pueden, sin embargo, intervenir en el procedimiento al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>48</sup>. La citada norma confiere al sujeto interviniente una posición procesal autónoma en el procedimiento y le faculta para plantear pretensiones distintas a las de su litisconsorte (intervención litisconsorcial). Con ello, sin embargo, no queda resuelto el problema de tutela de los socios no litigantes, dado que no está previsto un mecanismo de llamamiento de finalidad parecida al que, respecto a los consumidores, prevé el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>49</sup>.

Las reglas aplicables a la impugnación judicial que se acaban de exponer son trasladables, con algunos matices, al arbitraje, aunque en este caso, lógicamente, no por aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Ley de Arbitraje no contiene una disposición equivalente a la del artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero ello no impide afirmar que el efecto de cosa juzgada del laudo (art.

46 A. de la Oliva: *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Cizur Menor: Aranzadi, 2005, págs. 78 y ss.

47 Sostienen este planteamiento J. Picó: «Cuestiones procesales de la impugnación de acuerdos de sociedades de capital», en *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, op. cit., pág. 107, y J. M. Ariza: «Extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada del laudo resolutorio de la impugnación de acuerdos sociales», en *Derecho de Sociedades*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 1575 y ss. Aparentemente en contra, J. Garnica: «Efectos de la sentencia recaída en materia de impugnación de acuerdos sociales», en R. Gimeno-Bayón y L. Garrido (coords.): *Órganos de la Sociedad de Capital*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pág. 558. Por su parte, A. Díaz se limita a apuntar el problema, pero no se pronuncia sobre él (vid. «Reflexiones críticas sobre la imposición del arbitraje administrado», op. cit., pág. 1554, nota 37).

48 Ha de recordarse que la intervención a la que se refiere el artículo 206.4 LSC está limitada a los socios que votaron a favor del acuerdo y se plantea a los solos efectos de sostener su validez.

49 En la doctrina se ha sostenido la conveniencia de una reforma legislativa que contemple este punto (vid. J. M. Ariza: «Extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada del laudo», op. cit., pág. 1577, nota 21).

44 Vid. por todos, E. Gallego: «Sobre el arbitraje estatutario...», op. cit., págs. 72 y ss.

45 En este punto ha de notarse que en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la LA que posteriormente dio lugar a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, solo se contemplaba el arbitraje de derecho, limitación que, sin embargo, fue suprimida en la tramitación posterior con la finalidad de admitir el arbitraje en equidad.

43 de la Ley de Arbitraje), tanto en su vertiente positiva como negativa, debe extenderse a todos los socios<sup>50</sup>. La existencia de cosa juzgada puede ser alegada por las partes —normalmente por la sociedad demandada en el momento de contestación a la solicitud de arbitraje— y debe ser apreciada por el árbitro; en caso contrario, el laudo podría ser contrario al orden público<sup>51</sup>. No es claro, sin embargo, si la cosa juzgada abarca todos los motivos de impugnación que pudieron haberse hecho valer en la fase de alegaciones o si, en cambio, se limita a los concretamente alegados. En sede de arbitraje se ha defendido la aplicación de una regla parecida a la que figura en el artículo 400.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>52</sup>, aunque la ausencia de norma acrecienta las dudas en este ámbito. En cualquier caso, puede sostenerse que la solución en sede de arbitraje debe ser la misma que se acoja en sede judicial, y ello por la sencilla razón de que la elección de uno u otro cauce de impugnación no puede suponer una ampliación o un recorte en las posibilidades de impugnación de los socios.

La Ley de Arbitraje no contempla el instituto de la litispendencia, lo que no obsta para su aplicabilidad en el arbitraje como anticipo preventivo del efecto de cosa juzgada del laudo. Parece razonable, en todo caso, que la institución arbitral efectúe un control tendente a evitar la tramitación en paralelo de procedimientos arbitrales con objetos idénticos, aunque iniciados por socios distintos, sin perjuicio de la posibilidad de que la sociedad demandada pueda ponerlo de manifiesto tan pronto como tenga ocasión para ello, normalmente en el momento de contestación a la solicitud de arbitraje y antes de la designación de los árbitros.

En realidad, al igual que sucede en el caso de la impugnación judicial, el instrumento idóneo para encauzar las pretensiones de impugnación por otros socios igualmente legitimados es el de la intervención en el procedimiento. Los reglamentos de algunas instituciones arbitrales contemplan esta posibilidad, cuya admisión corresponde a la propia institución antes de la designación de los árbitros, y a estos últimos, una vez designados<sup>53</sup>. Algunos reglamentos prevén, igualmente, la posibilidad de que la institución difiera el nombramiento de árbi-

tros en aquellos casos en los que sea previsible que el mismo conflicto —en este caso, la impugnación de acuerdos— pueda dar lugar a varias solicitudes de arbitraje<sup>54</sup>. En todo caso, convendría que, para el supuesto específico de la impugnación de acuerdos sociales, tales disposiciones se completaran con una previsión relativa al llamamiento a todos los socios una vez planteada la solicitud de arbitraje<sup>55</sup>, sin perjuicio de esta misma opción pueda ser expresamente prevista por la cláusula arbitral estatutaria.

## 6.2 · La problemática de la impugnación de acuerdos por los terceros legitimados

De acuerdo con lo que ya se ha indicado, el cauce de impugnación del que, *a priori*, disponen los terceros legitimados es el judicial.

Por ello, pueden darse situaciones en las que un mismo acuerdo sea simultáneamente impugnado en sede judicial por un tercero y en sede arbitral por los socios o los administradores, lo que genera el riesgo de resoluciones contradictorias. La doctrina ha propuesto diversas soluciones que, sin embargo, carecen de base legal<sup>56</sup>. Desde luego, no cabe en este caso la acumulación, dada la diferente naturaleza de los procedimientos. Tampoco es aplicable al caso la excepción de litispendencia, y ello tanto porque dicho instituto no es aplicable cuando un procedimiento tiene carácter judicial y el otro arbitral como por la falta de la necesaria identidad de partes. Finalmente, tampoco parece posible que, salvo acuerdo de ambas partes, el juez o el árbitro acuerden la suspensión del segundo procedimiento<sup>57</sup>.

Dicho esto, la correcta comprensión del supuesto aconseja realizar un sucinto análisis de las diversas situaciones que pueden plantearse. No cabe duda de que la declaración por sentencia firme de la

54 Vid. art. 52.4 del Reglamento de la CEA y art. 4.4 del Reglamento de la CIMA.

55 Sobre la posibilidad de llamamiento a los socios, aunque en referencia al arbitraje *ad hoc*, vid. J. Picó y A. Vázquez: «El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 11, 1999, pág. 201; A. Díaz: «Reflexiones críticas...», *op. cit.*, pág. 1557.

56 Para un análisis general de la cuestión, vid. E. Gallego: «Sobre el arbitraje estatutario...», *op. cit.*, págs. 55-56, y J. Olavarría: «Arbitraje estatutario e intrasocietario: su reconocimiento legal», *op. cit.*, págs. 478-479.

57 Ha de notarse que, en sede de arbitraje, la suspensión del procedimiento podría conllevar la responsabilidad del árbitro; en este sentido, J. Picó y A. Vázquez: «El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales», *op. cit.*, pág. 200.

50 AA. VV.: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Barcelona: Bosch, 2004, pág. 1226.

51 *Comentarios a la Ley 60/2003, op. cit.*, pág. 1229.

52 *Comentarios a la Ley 60/2003, op. cit.*, pág. 1223.

53 Vid. art. 40.6 del Reglamento de la CEA 40.6 y art. 52.5 de la Corte Arbitraje de Madrid.

nulidad del acuerdo deberá conllevar el fin del arbitraje, pero ello no porque el tercero se vea afectado por la cosa juzgada de la sentencia, sino, simple y sencillamente, porque la nulidad del acuerdo impugnado lo privará de objeto. En el caso opuesto, esto es, nulidad del acuerdo en virtud de laudo, la conclusión será la misma: deberá ponerse fin al procedimiento judicial por desaparición sobrevenida de su objeto. Aparentemente, la cuestión es más delicada en aquellos casos en los que el procedimiento que concluye primero desestima la demanda —lo que presupone que considera válido el acuerdo— y, posteriormente, el segundo la estima, declarando la nulidad del acuerdo. Ciertamente se producirá en ese caso una contradicción entre las resoluciones que, sin embargo, no las hace incompatibles. La declaración de validez implícitamente contenida en la primera resolución tendrá efectos limitados a los sujetos litigantes y, en su caso, a aquellos a los que extiende la cosa juzgada (art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No obstante, la segunda resolución producirá un efecto sustantivo —la nulidad y consiguiente desaparición del acuerdo— que, finalmente, acaba afectando a todos<sup>58</sup>.

### 6.3 · La cuestión del incidente de previo pronunciamiento en la impugnación de acuerdos sociales

El apartado 3 del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital, introducido en virtud de la reforma realizada por la Ley 31/2014, de 23 de diciembre, señala una serie de supuestos en los que el defecto del acuerdo no puede provocar su ineficacia por carecer de relevancia suficiente y, en consecuencia, no pueden fundamentar la impugnación. Se refiere, en particular, a los defectos procedimentales en la adopción del acuerdo de carácter no relevante, a la privación de información que no es esencial para el

ejercicio razonable del derecho de voto, a la participación en la reunión del órgano de personas no legitimadas, salvo que sea relevante para la regular constitución del órgano y al cómputo erróneo o invalidez de los votos emitidos, salvo que hubieran sido determinantes para alcanzar la mayoría requerida.

La previsión tiene un carácter inequívocamente sustantivo y, en consecuencia, debe ser aplicada en toda impugnación de acuerdos sociales, con independencia de que se plantee en sede judicial o arbitral.

La norma se complementa con una disposición que exige que la cuestión relativa al carácter esencial o determinante del motivo de impugnación se plantee como cuestión incidental de previo pronunciamiento<sup>59</sup>.

Parece razonable entender que dicha disposición, de naturaleza procesal, solo es aplicable a la impugnación judicial y no a la que puede plantearse en sede arbitral<sup>60</sup>. Ello no impide que el reglamento de la institución arbitral contemple un trámite específico con una finalidad equivalente o que las partes pacten su introducción en el procedimiento, facultando al árbitro para que, tras la debida contradicción, pueda acordar la terminación del arbitraje si estima que el motivo de impugnación no supera el canon de relevancia que exige el apartado 3 del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital. Con ello puede evitarse, en beneficio de ambas partes, la tramitación de un procedimiento más largo y costoso que, en cualquier caso, estaría abocado a la desestimación. Ahora bien, precisamente porque esa debe ser su finalidad y, al igual que se ha puesto de manifiesto en relación con la impugnación judicial, dicho trámite solo tiene sentido si la impugnación se funda en exclusiva en alguno de los defectos que, eventualmente, pueden considerarse de carácter no esencial<sup>61</sup>. En otro caso, su previsión será superflua y poco eficiente.

<sup>58</sup> Sobre el particular, es de especial interés la diferencia que traza J. Garnica entre el efecto de cosa juzgada que producen indistintamente las sentencias estimatorias y las desestimatorias y los efectos sustantivos de la nulidad del acuerdo, que solo se produce en las estimatorias (vid. del autor, «Efectos de la sentencia recaída en materia de impugnación de acuerdos sociales», *op. cit.*, págs. 555 y ss.).

<sup>59</sup> Para una aproximación, *vid.* J. Picó: «Cuestiones procesales de la impugnación de acuerdos de sociedades de capital», *op. cit.*, págs. 97 y ss., y N. González: «La cuestión incidental de previo pronunciamiento en los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.3 LSC)», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 48, 2016, págs. 1 y ss.

<sup>60</sup> J. M. Ariza: «Extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada», *op. cit.*, pág. 1568.

<sup>61</sup> N. González: «La cuestión incidental», *op. cit.*, págs. 10-11.