

LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES MEDIANTE ARBITRAJE EN DERECHO DE ASOCIACIONES: ADMISIBILIDAD TEÓRICA Y VIABILIDAD PRÁCTICA

SUSANA PÉREZ ESCALONA
Doctora de Derecho. Profesora Ayudante.
Universidad de La Rioja

Resumen/Abstract: La sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales en Derecho de asociaciones plantea problemas específicos: por un lado, la disciplina procesal en materia de impugnación de acuerdos en ese ámbito no tiene en cuenta el interés afectado por la infracción (o el carácter del vicio del acuerdo susceptible de impugnación) ni en materia de *causas* de impugnabilidad, ni a la hora de regular los *plazos* para impugnar ni, finalmente, al establecer los *requisitos de legitimación*. Por otro, en Derecho de asociaciones la inscripción es una *carga*, no una exigencia fundacional del tipo como en el Derecho de las sociedades corporativas de capital, cuya omisión provocará la inoponibilidad a terceros de la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje (arts. 10.2.º LODA y 22.2.º CdC).

Sumario: I. OBJETIVO DEL ESTUDIO.-II. EL *STATUS QUAESTIONIS* EN EL DERECHO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.-II.1. El punto de partida contrario a la arbitrabilidad.-II.2. La STS de 18 de diciembre de 1998 y la RDGRN de 19 de febrero de 1998: la superación de la postura contraria a la arbitrabilidad.-II.3. Admisión generalizada Vs. admisión causalizada: distinción en función del interés afectado por la infracción y problemas pendientes.-III. DIFICULTADES ESPECÍFICAS DE LA ARBITRABILIDAD EN DERECHO DE ASOCIACIONES.-III.1. La disciplina procesal en materia de impugnación de acuerdos: algunas consideraciones críticas.-III.2. Estatutos no inscritos y cobertura causal de terceros.-IV. CONCLUSIONES.

I. OBJETIVO DEL ESTUDIO

El presente trabajo analiza si es posible resolver mediante un arbitraje (*ceteris paribus* de su modalidad) la impugnación de acuerdos sociales en Derecho de asociaciones. La trascendencia del tema es notable porque, recientemente, los Legisladores autonómicos de asociaciones catalán (LC) y canario (LCA) han contemplado expresamente esta posibilidad, estableciendo que pueden someterse a arbitraje las controversias derivadas de los acuerdos adoptados, siempre que se hubiera previsto estatutariamente esta posibilidad, o así se hubiera acordado en la Asamblea General (arts. 15.5.º LC y 23.3.º LCA)¹. La ausencia de una homónima previsión en la Legislación general de asociaciones (LODA), simétrica al silencio que el Legislador guarda al respecto en el Derecho de las sociedades corporativas de capital (LSA y LSL), y el convencimiento de que resulta valorativamente insoportable analizar el Derecho de asociaciones *como si* la Ley de asociaciones no fuera, en realidad, una Ley perteneciente al Derecho (privado contractual) de sociedades, invita a extrapolar al Derecho de asociaciones el *status quaestionis* surgido en torno al problema en el Derecho de las sociedades de capital (*Infra* II)².

¹ Cuestión distinta es, no obstante, que ambas normas resistan un eventual juicio de constitucionalidad por invasión de la competencia estatal sobre Legislación procesal (art. 149.1. 6.º CE). Debe recordarse, al respecto, que la STC 173/1998, de 23 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley vasca de asociaciones (LPV), afirmó para sostener la inconstitucionalidad del art. 12.3.º LPV [norma sobre la impugnación ante la jurisdicción de los acuerdos de las asociaciones] que «...la implantación o establecimiento de un sistema o mecanismo jurisdiccional como medio de resolución de controversias entre partes, mediante el cual los justiciables pueden obtener una decisión que ponga fin a los conflictos surgidos, es materia propia de la Legislación procesal, reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.º. 6.º CE...» (F.J. 16.º). En aquella ocasión, el juicio de constitucionalidad sobre el reparto de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de asociaciones se hizo interpretando la reserva material de Ley Orgánica (art. 81.1.º CE) y la competencia exclusiva del Estado para fijar las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad en el ejercicio del derecho (art. 149.1. 1.º CE), sin aludir, sin embargo, a la competencia exclusiva del Estado en materia de bases de las obligaciones contractuales (art. 149. 1.8.º CE) que, a nuestro juicio, constituye el título competencial más importante del Estado en materia de fuentes del derecho de asociación. V. al respecto, PÉREZ ESCALONA; « Las fuentes del derecho de asociación (Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio); *RCDI*, 659 (2000), pp.1979-2001, nota núm. 1, con ulteriores referencias.

² A nuestro juicio, la integración conceptual de la asociación en el Derecho de sociedades, concebido éste como el ordenamiento (funcionalmente neutral) de las diferentes técnicas de organización de personas utilizadas para la conjunta promoción del fin común acordado, constituye el único mecanismo que consigue expulsar el estudio del tipo social del abandono doctrinal (criterio de eficiencia interpretativa) en

Como veremos en las páginas que siguen, en la actualidad, no convencen las objeciones teóricas formuladas en contra de la posibilidad *teórica* de someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales en (cualquier tipo social perteneciente al) Derecho de sociedades, pero con ello no queda resuelta su viabilidad ni, por tanto, la posibilidad real de su articulación *práctica* (eficiencia), con o sin contemplación legislativa expresa, en el ámbito asociativo (*Infra* III).

II. EL STATUS QUAESTIONIS EN EL DERECHO DE LAS SOCIEDADES CORPORATIVAS DE CAPITAL

II.1. EL PUNTO DE PARTIDA CONTRARIO A LA ARBITRABILIDAD

Durante la vigencia de la LSA de 1951, doctrina y jurisprudencia rechazaban generalizadamente la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales en el Derecho de las sociedades corporativas de capital. La argumentación ofrecida para justificar el

el que la barrera conceptual del lucro (arts. 1665 Cc y 116 CdC) lo ha sumido respecto de la doctrina del Derecho de sociedades, para abordarlo despejadamente desde una concepción esencialmente contractual. Entre nosotros, las contribuciones doctrinales disponibles se han referido, fundamentalmente, al problema conceptual. Así, para una asimilación de la noción de asociación a la de sociedad. V., por ejemplo, GIRÓN; *Derecho de Sociedades*, Tomo I, Parte General, Madrid, 1976, pp. 25-39; PAZ-ARES; «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del art. 2.2.º LAIE)», en AA.VV.; *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios en homenaje al Prof. José Girón Tena)*; Madrid, 1991, pp. 729-753; Del mismo autor, en PAZ-ARES/BERCOVITZ/DÍEZ PICAZO/SAVADOR CODERCH (Dir.); *Comentario del Código civil*; Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, pp. 1299 y ss., especialmente pp. 1307 y ss.; Del mismo autor, «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad», en URÍA/ MENÉNDEZ; *Curso de Derecho Mercantil*; Madrid, 1999, pp. 429 y ss., especialmente pp. 429-435; PAZ-ARES/ALFARO ÁGUILA-REAL; *Manual Breve de Derecho Mercantil*, en preparación, Lección cuarta; PANTALEÓN; «Asociación y sociedad (a propósito de una errata en el Código civil)»; *ADC*, 1993, enero-marzo, pp. 5-56, especialmente pp. 26 y 39-40. No obstante han sido prácticamente anecdóticos los estudios que ubican concretamente el análisis del régimen jurídico de las asociaciones en la disciplina del Derecho de sociedades. Así, poniendo de manifiesto ese lamentable estado de incuria del Derecho de asociaciones, en relación con la expulsión de socios, ALFARO ÁGUILA-REAL; «La expulsión de asociados y la confianza en Derecho privado»; *ADC*, 1 (1997), pp. 155-186, especialmente pp. 158-159. Sobre la conceptualización de la asociación como *sociedad corporativa no capitalista* y la (racionalidad y eficiencia de la) ubicación de su régimen jurídico en el Derecho de sociedades, *in extenso*, PÉREZ ESCALONA; *La asociación y el Derecho de sociedades: una revisión en clave contractual*; en preparación, especialmente capítulo I. Una aproximación, también, de la misma autora, en «La asociación y el Derecho de sociedades: notas para un debate»; *REDUR*, 2 (2004), pp. 79 y ss.

rechazo giraba en torno, fundamentalmente, al *carácter indisponible de la materia* que parecía confirmarse por el tenor de la entonces vigente Ley de arbitraje de 22 de diciembre de 1953, así como por la existencia de un proceso especial, de carácter imperativo, de impugnación de acuerdos sociales³.

A partir de la promulgación de la LSA, de 22 de diciembre de 1989, sin embargo, la doctrina comienza a aceptar —con dos importante reflejos, como veremos, en la STS de 18 de abril de 1998 y en la RDGRN de 19 de febrero de 1998—, el posible sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos debido, fundamentalmente, a la reforma en el arbitraje operada por la Ley de Arbitraje, de 5 de diciembre 1988, a la supresión del proceso especial de impugnación de acuerdos sociales en la Legislación societaria y a la flexibilidad en la configuración de las categorías de invalidez de los acuerdos sociales que permiten inducir, ahora ya sí, la *disponibilidad* de la materia, al menos siempre que no se lesionen intereses de terceros o el límite del orden público⁴.

³ Así, con más referencias sobre la doctrina de la época, MUÑOZ PLANAS; «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades», en AA.VV.; *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 379-495, especialmente pp. 448-451 y nota núm. 115; URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS; «La Junta General», en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA; *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; Madrid, 1992, pp. 364-368.

⁴ Es abrumadoramente mayoritaria la doctrina que actualmente admite (al menos para determinado tipo de acuerdos) la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos. V. al respecto, por ejemplo, MUÑOZ PLANAS/ MUÑOZ PAREDES; «La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje»; *RDM*, 238 (2000), pp. 1411-1478, especialmente pp. 1447-1460; MARTÍNEZ MARTÍNEZ; «Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las sociedades anónimas y arbitraje (STS de 18 de abril de 1998)»; *RdS*, 11 (1999), pp. 335-362; PICO I JUNOY/ VÁZQUEZ ALBERT; «El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas»; *RdS* 11 (1999), pp. 183-204 [También publicado en *TJ*, 1998, pp. 535-573] VICENT-CHULIÀ; «El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales», *RGD*, 646-647 (1998), pp. 9355-9371; MARTÍN PASTOR; «Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales»; *PJ*, 59 (2000), pp. 237-299; LÓPEZ SÁNCHEZ; «El antiarbitraje pierde su primera batalla: los pactos estatutarios de sumisión arbitral en las sociedades mercantiles. Comentarios a la Resolución de la DGRN de 19 de febrero de 1998 revocando una nota del Registro Mercantil núm. 12 de Barcelona»; *RJCat*, 2 (1998), pp. 231 y ss.; Del mismo autor, «Arbitraje: posibilidad de someter estatutariamente a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales»; *TJ*, 1999/2, pp. 162-167; CAMPO VILLEGAS; «El arbitraje en las sociedades mercantiles»; *RJ Cat*, 2 (1998), pp. 313-349; CREMADÉS; «El arbitraje societario», *La Ley*, 5211 (2000), pp. 1-7; MUÑOZ SABATÉ; «La impugnación de acuerdos de la Junta General de una Sociedad Anónima puede dirimirse por arbitraje»; *RJCat*, 4 (1998), pp. 161 y ss.; DAMIÁN MORENO; «Aspectos generales en torno al proceso de impugnación de acuerdos sociales en las sociedades anónimas»; *RDProc*, 1(2000), pp. 49-76, especialmente pp. 53-55; GASPAREL LERA; *El ámbito de aplicación del arbitraje*; Tesis Doctoral, Pamplona, 1998, pp. 157-161; RODRÍGUEZ

Con todo, aun hoy subsisten posiciones radicalmente contrarias a la sumisión arbitral de la impugnación que continúan fundamentando la indisponibilidad de la misma bien en el *carácter imperativo del cauce procesal* de impugnación (*infra a*), o bien en la *indisponibilidad del derecho de impugnación* (*infra b*).

a) La indisponibilidad del cauce procesal de impugnación se ha sostenido merced a una interpretación rigorista del carácter de normas de *ius cogens* de las disposiciones relativas a la impugnación contenidas en la Ley (arts. 119 a 122 LSA). Así, se ha afirmado que, dado el indiscutible carácter imperativo de las normas procesales contenidas en la Ley no parece posible afirmar que los particulares puedan recurrir a la vía arbitral si el Legislador expresamente no lo ha permitido (todo lo que no está expresamente permitido, está prohibido)⁵. Al margen, se añade, la propia imperatividad de las normas impide que puedan ser modificadas o sustituidas por otras porque, si el cauce procesal de impugnación pudiera ser sustituido por otro, también el convenio arbitral podría establecer, por ejemplo, un sistema de legitimación o de caducidad de la acción distinto del legalmente previsto⁶.

Las discrepancias frente a estas consideraciones han pasado por recordar, por un lado, que la procedencia de la vía arbitral sólo depende de que sea disponible *la materia cuya lesión produce la invalidez* de un determinado acuerdo. Por otro lado, se afirma, de esa sustitución del cauce procesal no puede seguirse que trascienda a la regulación de otras piezas del sistema legal como la legitimación, las causas de impugnación o los plazos de caducidad de la acción que serán idénticos en uno y otro caso⁷.

A esas discrepancias, a nuestro juicio, cabe añadir que el planteamiento conforme al cual si el procedimiento arbitral no se encuentra expresamente previsto, hay que suponer que está prohibido, supone una injustificada concesión al paradigma institucional de

RUIZ DE VILLA; *Impugnación de acuerdos de las Juntas de accionistas*; Cizur Menor (Navarra) [2.^a ed]; 2002, pp. 425-237; CALAZA LÓPEZ; «El Arbitraje societario»; *BFD. UNED*, 21 (2003), pp. 193 y ss.

⁵ Así, sobre todo, NEILA NEILA; «A vueltas sobre la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales»; *BMAM*, 4 (1998), pp. 1 y ss. [También publicado en *La Ley*, 4827 (1999), pp. 2132 y ss.]

⁶ Así, sobre todo, BOTANA AGRA; «Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas»; *Der. Neg.*, 100 (1999), pp. 9 y ss.

⁷ Así, ampliamente, por ejemplo, MUÑOZ PLANAS/ MUÑOZ PAREDES; «La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje»; pp. 1434-1438; PICÓ I JUNOY/ VÁZQUEZ ALBERT; «El arbitraje en la impugnación»; pp. 193-194.

comprensión de los tipos sociales⁸. Como se ha demostrado sobradamente desde el paradigma contractual de entendimiento del Derecho de sociedades, pensar que, en Derecho de Sociedades, «la Ley hablará cuando quiera dejar un margen a la autonomía privada»⁹ (modelo de «imperatividad de fondo o difusa»¹⁰), entendiendo que está prohibido todo lo que no está expresamente permitido (e interpretando restrictivamente lo permitido), implica desconocer que la función del Legislador en éste ámbito (Derecho privado contractual) no es la de *dirigir* a las partes en la tarea de organizar sus intereses, sino la de *ayudarles*, facilitándoles modelos, dentro de los cuales, los socios gocen de la más amplia autonomía para adaptar la estructura del tipo a sus necesidades a través de los estatutos (arts. 1255 Cc y 22 CE)¹¹. La ausencia de previsión legal expresa no puede

⁸ La *precomprensión institucional de los tipos sociales* concibe a la sociedad «como máquina jurídica primorosamente diseñada y equilibrada por el Legislador, en la que las opciones al gusto del consumidor —que se supone inexperto en la planificación técnica de una cosa tan sofisticada— están restringidas (...) la autonomía privada sería algo así como la arena que arruina el engranaje (...) en la trastienda se oculta, sin duda, el terror a que cualquier manipulación no autorizada de la maquinaria legal la haga saltar en pedazos». (Lo específico del paradigma consiste, así, en que) «presupone la existencia detrás del texto legal de un arquetipo ideal de sociedad (...) expresivo de una ordenación objetivamente equilibrada de las relaciones entre socios y garante de la funcionalidad del orden societario, un arquetipo que naturalmente opera como guía de la comprensión y de la producción del Derecho e interpone una barrera infranqueable a la autonomía privada». Así, por todos, PAZ-ARES; «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades», en PAZ-ARES (Coord), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid, 1997, pp. 159-205, *cfr.* pp. 164-166 y 174.

⁹ *Cfr.* PAZ-ARES; *Ibidem*, p. 195.

¹⁰ *Cfr.* PAZ-ARES; *Ibidem*, p. 163.

¹¹ Naturalmente, la caracterización de la sociedad como contrato no significa que la autonomía estatutaria no esté sujeta a ningún tipo de limitación. Los límites a la libertad contractual en Derecho de sociedades se encuentran, genéricamente, en las normas tuteladoras de las minorías en las sociedades en las que rige el principio mayoritario como regla general de adopción de acuerdos y en las normas referentes a la responsabilidad social y a la protección de los terceros. Como es sabido, el planteamiento conforme al cual la sociedad es un contrato y, además, un mecanismo para contratar, proviene de la doctrina norteamericana. V., por ejemplo, EASTERBROOK/FISCHEL; «The Corporate Contract»; *Col. L. Rev.*, 89 (1989), pp. 1416 y ss., especialmente p. 1418, BECHUCK; «Limiting contractual freedom in Corporate Law: the desirable constrains on charter amendments»; *Harv. Law Rev.*, 102 (1989), pp. 1820 y ss. y notas núms.1 y 2; TREBILCOCK; *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge/London, 1993, pp. 147 y ss. Entre nosotros, por ejemplo, PAZ-ARES; en URÍA/MENÉNDEZ; *Curso de Derecho Mercantil*, I, 1999, pp. 509 y ss.; Del mismo autor, «La infracapitalización de sociedades: una aproximación contractual», *RdS*, núm. extraordinario (1994), pp. 253-269 [También publicado en AA.VV (ALONSO UREBA, Coord; ARTIGAS/ GARCÍA VILLAYERDE, Dirs); *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1996, pp. 65-86]; ALFARO; *Interés social y derecho de suscripción preferente*; Madrid, 1995, pp. 21-38; PERDICES; *Clausulas restrictivas de la*

artillarse como argumento en contra de la posibilidad de su inclusión estatutaria, en definitiva, por la inversión metodológica que entraña: si el «permiso» del Legislador se supone salvo que expresamente lo «retire» por razones de tutela de la minoría o de protección de terceros y el Legislador no lo ha *prohibido expresamente*, el único valor que cabe atribuir al silencio legislativo es, justamente, el contrario al que supone la objeción fundamentada en la imperatividad de los arts. 119 a 122 LSA, esto es, el de la admisibilidad *prima facie* del sometimiento a arbitraje de la impugnación (*in dubio pro libertate*)¹².

b) Una variante de la opinión doctrinal radicalmente contraria a la arbitrabilidad de la impugnación, sostiene que el objeto del que se dispone en el convenio arbitral es, en realidad, del derecho de impugnación de estos acuerdos que la Ley reconoce a los socios, administradores y terceros que acrediten un interés legítimo (art. 48.2.º c LSA). Así, se afirma que si se admite la disponibilidad del derecho a impugnar los acuerdos sociales mediante un convenio arbitral estatutario, hay que admitir que los fundadores, o quienes votaron a favor de la correspondiente modificación de estatutos, podrían disponer no sólo de sus respectivos derechos de impugnación, sino también de los derechos de impugnación de quienes no participaron en la incorporación del convenio a los estatutos¹³.

libre transmisibilidad de acciones y de participaciones sociales; Tesis Doctoral, Madrid, 1997, pp. 25-29; CAMPINS; *La sociedad profesional*; Tesis Doctoral, Madrid, 2000, especialmente pp. 111-116; MASSAGUER; «La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada»; *RGD*, 1994, pp. 12959 y ss.; LLEBOT MAJÓ; «Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho mercantil (una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)»; *RDM*, 220 (1996), pp. 319-388, especialmente pp. 354 y ss. No obstante, por ejemplo, contrario a la asimilación de los postulados contractualistas en nuestro Derecho, por todos, SÁNCHEZ CALERO; «La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades», en *Discurso leído el 26 de marzo de 2001 en el acto de su recepción como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*; Madrid, 2001, especialmente p. 105.

¹² No obstante, la doctrina lamenta generalizadamente la ausencia de una previsión legal expresa *autorizadora* de la arbitrabilidad de la impugnación. Así, por ejemplo, PICO I JUNOY/ VÁZQUEZ ALBERT; «El arbitraje en la impugnación», p. 203; MARTÍN PASTOR; «Arbitraje e impugnación», p. 299. Recuerdan no obstante no es precisa la existencia de un precepto autorizador, no obstante, CALZA LÓPEZ; «El arbitraje societario», p. 197.

¹³ Así, BOTANA AGRA; «Acerca de la sumisión a arbitraje», pp. 18-19. Y concluye que «es de todo punto inaceptable que alguno o algunos puedan disponer de un derecho legal, personal y fundamental que corresponde a otros sujetos sin que éstos presten explícito consentimiento. Y no se diga que de lo que se dispone es sólo del cauce procesal del ejercicio de ese derecho. Contra eso ha de aducirse que el derecho de impugnación, al igual que otros derechos, se atribuyen y reconocen de acuerdo, como declara el art. 48.2 LSA, con los términos establecidos en la Ley y esos términos

Frente a este modo de razonar, es preciso afirmar que resulta radicalmente inexacto sostener que la (supuesta) disponibilidad del derecho a impugnar sólo pueden llevarla a cabo quienes consintieron su inclusión en los estatutos, pero no quienes —como los futuros socios o los administradores— no participaron en su adopción, porque ello supone otorgar a la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje una naturaleza jurídica y una eficacia especial y exorbitante respecto al resto de cláusulas estatutarias absolutamente injustificada. Nada, salvo el desconocimiento de la naturaleza jurídica de los estatutos, puede explicar que se otorgue a la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje una eficacia tan sólo referida a los participantes —socios fundadores o quienes acuerdan la modificación estatutaria—, excluyendo su capacidad de vincular *naturalmente* a futuros socios o a administradores —sean o no socios— que mediante su ingreso manifiestan su voluntad de cumplir aquellos¹⁴.

En efecto, como es sabido, los estatutos sociales forman parte (origen contractual) del contenido del pacto fundacional y, por tanto, su obligatoriedad se funda en la voluntad de los socios. Pero aunque la naturaleza jurídica de los estatutos sea contractual (entendida *lato sensu* como pactada), poseen ciertos rasgos propios de las fuentes de Derecho objetivo como consecuencia o efecto de la vertiente *organizativa* del pacto fundacional. Los estatutos tienen origen negocial, en definitiva, dado que sobre ellos ha de recaer, al igual que sobre los restantes elementos del negocio fundacional, el consentimiento de los fundadores y constituyen un contrato obligatorio porque de ellos han de surgir derechos y obligaciones para las partes que los convienen. Pero al lado de esta eficacia obligacional *inter partes* (*dimensión obligacional*), los estatutos se acuer-

no son otros que los previstos en los arts. 115 y ss. LSA». También, por ejemplo, BUSTILLO SAIZ; *La subsanación de acuerdos sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima*; Tesis Doctoral, Pamplona, 1999, « la materia relativa a la impugnación de acuerdos no puede comprometerse. La LSA reserva la competencia exclusiva a los Tribunales de justicia y exige una solución judicial de la controversia. El artículo 48 limita la autonomía societaria en ordena a la configuración estatutaria de la posición jurídica del socio, provocando la nulidad de la cláusula estatutaria que recoja el convenio arbitral, por exceder los límites en que se reconoce la autonomía de la voluntad y contradecir el orden público (art. 10 LSA)» (p. 609).

¹⁴ Así, por ejemplo, MUÑOZ PLANAS/ MUÑOZ PAREDES; «La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje»; pp. 1440-1441; PICO I JUNOY/ VÁZQUEZ ALBERT; «El arbitraje en la impugnación», pp. 194-195; MUÑOZ PLANAS; «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles», pp. 414-415; MARTÍNEZ MARTÍNEZ; «Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales», pp. 353 y 355.

dan para regir la vida de la entidad y vincular a futuros socios (*dimensión organizativa*)¹⁵.

Por esa razón, los estatutos comparten con las normas de Derecho objetivo ciertos caracteres comunes (abstracción, generalidad y coercibilidad). Así, como conjunto de normas que regulan la organización de la agrupación, los estatutos constituyen —a diferencia de las cláusulas de los contratos— disposiciones abstractas, en el sentido de que su vinculatoriedad no se produce respecto de personas determinadas, sino respecto de las personas que ostenten la condición de socio en el momento de su aplicación. Ello tiene importantes implicaciones a la hora de delimitar, por ejemplo, los criterios de interpretación por los que habrán de regirse: desligados de la voluntad de sus redactores (socios fundadores), los estatutos habrán de interpretarse de conformidad con criterios objetivos. También a diferencia de los contratos, los estatutos van a contemplar un sistema colegiado y mayoritario de toma de decisiones a que queda sometida su modificación. Obviamente, ninguna de estas circunstancias autoriza a enervar su fundamento obligacional. Lo que sucede, y este posicionamiento doctrinal ignora, es que a dichos efectos obligacionales primarios se añaden (modalizándolos) los propios de la organización objetivada del fin común que los estatutos ponen en marcha¹⁶.

¹⁵ La consideración no puede ser más pacífica dentro de la doctrina. V., por ejemplo, GIRÓN; *Derecho de Sociedades*; Madrid, I, 1976, pp. 276-279; EMBID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ; «Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital»; *RdS*, 7 (1996), pp. 11-30, especialmente pp. 12 y 13; SAENZ GARCÍA DE ALBIZU; *El objeto social en la Sociedad Anónima*; Tesis Doctoral, Madrid, 1990, pp. 42-54; BLANQUER; «Escritura y estatutos» en *Tratando SL*, pp. 207 y ss., especialmente pp. 225 y 262; GARCÍA DE ENTERRÍA; «El régimen general de la modificación de estatutos en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en AA.VV.; *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Justino Duque*; Valladolid, 1998, pp. 365 y ss.; AVILA DE LA TORRE; *La modificación de estatutos de la Sociedad Anónima*; Tesis Doctoral, Valencia, 2001, pp. 133 y ss.

¹⁶ Nadie discute actualmente, en efecto, que el contrato de sociedad sea un *contrato de organización*. Como es sabido, la terminología de contrato de organización proviene de la evolución de la cuestión dogmática acerca de la naturaleza (contractual o no y de qué tipo) del negocio jurídico fundacional de la sociedad en la doctrina alemana. V. con información sobre las obras clásicas, por ejemplo; GIRÓN; *Derecho de Sociedades*; pp. 128-131; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; *La atipicidad en el Derecho de sociedades*; Zaragoza, 1978, pp. 227 y ss., especialmente p. 282; PAZ-ARES; en *Comentario Cc*, pp. 1316-1318; Del mismo autor, en URÍA/ MENENDEZ; *Curso de Derecho Mercantil*; pp. 445-446; SÁNCHEZ ÁLVAREZ; *La fundación de la Sociedad Anónima*, Tesis Doctoral, Madrid, 1996, pp. 48-57.

II.2. LA STS DE 18 DE DICIEMBRE DE 1998 Y LA RDGRN DE 19 DE FEBRERO DE 1998: LA SUPERACIÓN DE LA POSTURA CONTRARIA A LA ARBITRABILIDAD

En 1998, la RDGRN de 19 de febrero, ante la denegación de inscripción de la escritura de constitución de una Sociedad Limitada, por la inclusión en ella de una cláusula en la que quedaban sometidas a arbitraje «todas las cuestiones societarias litigiosas que se susciten entre la sociedad y sus administradores o socios, o entre aquéllos y éstos o estos últimos entre sí», resolvió que «...*Un pacto compromisario extrasocial o no inscrito vinculará tan sólo a los contratantes y sus herederos, pero si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación sobre la del anterior(...) aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria. Los administradores, aunque no ostenten la condición de socio, no por ello, no por ello son terceros, desvinculados en su relación orgánica con la sociedad....*»¹⁷. Por su parte, la STS de 18 de abril de 1998, afirma que «...*esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas de arbitraje, y por tanto del convenio arbitral la nulidad de la Junta General de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente el laudo .Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de ius cogens pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal para resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema ni el artículo 22 LOPJ, ni el art. 118 LSA, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público como excluyente del arbitraje....*»¹⁸.

Ambos pronunciamientos admiten, por tanto, la posibilidad de configurar el convenio arbitral como cláusula estatutaria que, cuando se encuentra inscrita, vincula a la sociedad y a los socios presentes y futuros, así como a los administradores de la sociedad desde la

¹⁷ (RJ 1998/118).

¹⁸ (RJ 1998, 2984).

aceptación de su nombramiento¹⁹. A partir de aquí, el TS admite específicamente, además, que la impugnación de acuerdos sociales pueda someterse a arbitraje. Aunque en la actualidad, generalizadamente no se discuta la validez del convenio arbitral como cláusula estatutaria ni, por tanto, su capacidad para vincular a los socios presentes y futuros y a los administradores cuando se encuentre inscrito, el debate se centra en si la impugnación de acuerdos puede someterse a arbitraje, *con independencia del carácter de vicio que permite la impugnación*.

II.3. ADMISIÓN GENERALIZADA VS. ADMISIÓN CAUSALIZADA: DISTINCIÓN EN FUNCIÓN DEL INTERÉS AFECTADO POR LA INFRACCIÓN Y PROBLEMAS PENDIENTES

Frente a las opiniones doctrinales que admiten generalizadamente la arbitrabilidad de la impugnación²⁰, con independencia de la

¹⁹ Ello supone negar, en consecuencia, el planteamiento que otorgaba al convenio arbitral como cláusula estatutaria inscrita una eficacia especial respecto del resto de cláusulas estatutarias inscritas. La acogida favorable por parte de la doctrina, como no podía ser de otra forma, no se ha hecho esperar. V. al respecto, por ejemplo, MUÑOZ PLANAS/ MUÑOZ PAREDES; «La impugnación de acuerdos mediante arbitraje», pp. 1425-1430; PICO I JUNOY/ VÁZQUEZ ALBERT; «El arbitraje en la impugnación», pp. 194-195; MARTÍNEZ; «Impugnación de acuerdos», pp. 350-354; GÓMEZ PORRUA; «Comentario STS 18 de abril de 1998»; CCJC, 48 (1998), núm. 1306, pp. 1109-1131, especialmente pp.1128-1129; Del mismo autor, «La cláusula compromisaria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital», en AA.VV; *Estudios en homenaje al Prof. Sánchez Calero*; Madrid, 2002, II, pp. 1925 y ss.; CALAZA LÓPEZ; «El arbitraje societario», pp. 203-204; *Matizadamente*, MARTÍN PASTOR; «Arbitraje e impugnación», pp. 259-270.entiende, a nuestro juicio de modo incorrecto, que la cláusula estatutaria vincula a los futuros socios pero no a los terceros (por ejemplo a los administradores no socios) y, por tanto, que la inscripción de la cláusula en el Registro no implica su oponibilidad a terceros porque «no se puede obligar a ningún tercero que trafica con cientos de sociedades a conocer esos cientos de estatutos para saber si en sus relaciones con esas sociedades está sometido a la jurisdicción ordinaria o se ha visto sometido a un compromiso arbitral» (p. 266). El argumento no es atendible porque desconoce abiertamente el principio de publicidad negativa del Registro (art. 22. 2.º CdC). Como vamos a ver seguidamente, una cosa es que el convenio arbitral incluido en los estatutos sea oponible a terceros siempre que haya sido inscrito, como cualquier otra cláusula estatutaria (¿por qué no se puede obligar al tercero a que conozca esta cláusula y sí todas las demás?), y otra cosa muy diferente es que la eficacia subjetiva del laudo arbitral impida (o no) que despliegue efectos frente a terceros que ni fueron parte en convenio arbitral ni iniciaron el procedimiento arbitral.

²⁰ V. al respecto, por ejemplo, BERCOVITZ; «Impugnación de acuerdos sociales por medio de arbitraje»; *BMAM*, 3 (1998), pp. 1 y ss.; VICENT-CHULIÀ; «El arbitraje

causa de impugnabilidad, del acuerdo o, más técnicamente, del interés afectado por la infracción²¹, un sector doctrinal, fundamentándose en parte en la falta de precisión ofrecida en la argumentación ofrecida por el Tribunal Supremo, ha puesto de relieve la necesidad de valorar la naturaleza de los intereses afectados por los vicios determinantes de la impugnación que se pretende arbitrar. La razón se encuentra en que cualquiera que sea la naturaleza jurídica de los acuerdos sociales, lo cierto es que de la misma no puede derivarse su «disponibilidad», si por tal se entiende la de la materia que hace arbitrable su impugnación. En efecto, una cosa es que se entienda que la naturaleza jurídica del acuerdo social es negocial y otra cosa muy distinta es que el carácter «pactado» del mismo entrañe la disponibilidad de la materia sobre la que verse el acuerdo. Para esta postura, en definitiva, será el *interés afectado por la infracción* el que determine que la impugnación, en el caso concreto, pueda ser o no calificada de disponible y, por tanto, objeto de arbitraje²².

Al margen, aunque pudieran encontrarse y aceptarse argumentos que justifiquen que el interés afectado por el acuerdo impug-

en materia de impugnación», pp. 9355 y ss.; CAMPO VILLEGAS; «El arbitraje en las sociedades mercantiles», pp. 337 y ss.; Del mismo autor, «El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo»; *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*; 10 (1998), pp. 5-31, especialmente pp. 22-23.

²¹ Entre nosotros, un sector doctrinal ha negado la posibilidad de someter a arbitraje los acuerdos nulos. V. al respecto, por ejemplo, GIMENO SENDRA; *El proceso de impugnación de acuerdos en las Sociedades Anónimas y Cooperativas*; Madrid, 1981, especialmente pp. 22-27; POLO; «Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisaria en las sociedades mercantiles»; en *Boletín Arbitral de Barcelona*; 4 (1992), pp. 65 y ss., especialmente pp. 197-202; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA; *Impugnación de acuerdos*; pp. 425 y ss. El problema es que la enorme dificultad existente para deslindar los supuestos de nulidad de los de anulabilidad trunca la utilidad de la distinción. La exigencia de que los acuerdos sociales no puedan ser cuestionados sin límite de tiempo está a la base de la discusión, sobre todo, por la necesidad de protección de los terceros frente a las declaraciones de nulidad. V. al respecto, con más información, por ejemplo, GARRIGUES; «Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de la Junta General de la Sociedad Anónima»; *RDM*, I (1946), pp. 415 y ss., especialmente pp. 426-427; URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS; «Junta General», p. 318; DÍEZ PICAZO/DE LA OLIVA; «Los procedimientos judiciales en la nueva Legislación societaria», *La Ley*, I, 1990, pp.1049-1065, especialmente pp. 1054 y 1059-1061; ALCALÁ DÍAZ; *La impugnación de acuerdos sociales del Consejo de Administración*; Madrid, 1998, Tesis Doctoral, pp. 106 y ss.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ; «Orden del día, regularización de convocatoria defectuosa y nulidad de acuerdos sociales. Comentario a la SAP de Cáceres de 20 de noviembre de 1996»; *RdS*, 8 (1997), pp. 287 y ss., especialmente pp. 302-308.

²² Así, sobre todo, MUÑOZ PLANAS/MUÑOZ PAREDES; «La impugnación de acuerdos mediante arbitraje», pp. 1461-1467.

nable no obsta la arbitrabilidad teórica de la impugnación²³, parece que los intereses afectados por los vicios determinantes de la infracción pueden revelarse como relevantes para condicionar su operatividad práctica, porque no queda claro que la apertura del procedimiento arbitral impida, *per se*, la actualización del riesgo de duplicidad de procedimientos y, muy particularmente, el supuesto de que un tercero con interés legítimo, respecto del que es discutible que se pueda extender la eficacia de cosa juzgada de un laudo firme, decida iniciar un procedimiento judicial de impugnación del acuerdo social objeto de arbitraje. Si, como parece, es muy discutible que la eficacia subjetiva del laudo —no del convenio arbitral como cláusula estatutaria inscrita— cubra a todos los sujetos eventualmente legitimados para impugnar el acuerdo social, lo cierto es que el riesgo de contradicción de pronunciamientos y/o de duplicidad de procedimientos puede terminar dando al traste con la bondad de la arbitrabilidad por empobrecer, en términos de litigiosidad

²³ Así, PICO I JUNOY/VÁZQUEZ ALBERT; «El Arbitraje en la impugnación» alegan que aunque el orden público (y por tanto la necesidad de distinguir en función del interés afectado por la infracción) constituya un límite al arbitraje, «no opera restringiendo el ámbito de lo arbitrable, sino sometiendo el laudo al control de los tribunales (porque) el carácter disponible de esta materia se fundamenta, en general, en la vigencia del principio de autonomía de la voluntad como principio rector del Derecho de sociedades y, en especial, en el carácter negocial de los acuerdos sociales». No obstante, a renglón seguido afirman que «al respecto debe aclararse que la materia societaria no sólo se halla sujeta al orden público general, referido a los valores constitucionales, sino también al orden público societario, representado por los principios configuradores de la LSA y de la LSL (arts. 10 LSA y 12.3.º LSL)» (p. 194). La alusión a los principios configuradores de tipo, desgraciadamente vigente también en Derecho de asociaciones *ex art. 7.2.º LODA*, como conformadores del «orden público societario» enturbia considerablemente la virtualidad de la objeción. En la actualidad, hay poderosas razones para afirmar que los principios configuradores del tipo y el Derecho imperativo no constituyen límites diferentes ni tampoco se pueden extraer del Derecho dispositivo para recortar *aun más* el ámbito de la libertad de configuración estatutaria. En realidad, no son más que una reminiscencia normativa de la superada doctrina de *las bases esenciales* de la sociedad (institucionalismo societario) y, como tal, a través suyo se pretende erradamente configurar la esencia de la forma social (cualquiera que sea la delimitación de su contenido) como una especie de cláusula general (deducida del Derecho dispositivo o que no se funde con el Derecho imperativo, pero que nunca se concreta) omnicompreensiva de hipotéticas vulneraciones del tipo social al margen de la infracción de normas imperativas concretas. Caracterizándolos como expedientes para «economizar argumentación» dentro del paradigma de comprensión institucional de los tipos sociales, por todos, PAZ-ARÉS; *Tratando SL*, pp. 192-194. *Contra*, concibiéndolos como un límite diferente del Derecho imperativo, por todos, JIMÉNEZ SÁNCHEZ/VIGUERA RUBIO/DÍAZ MORENO; en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*; Tomo XIV, vol. 1.º, Madrid, 1999, pp. 371-375.

de los acuerdos, la eficiencia de la solución arbitral de las impugnaciones²⁴.

Dada la *polivalencia funcional* de los tipos sociales en nuestro Derecho²⁵, además, no es difícil imaginar que la actualización del riesgo de duplicidad de procedimientos tenderá a incrementarse exponencialmente en sociedades *abiertas* (piénsese en SA cotizadas) o, como en el caso de las asociaciones, conformadas por una amplia base subjetiva (piénsese en asociaciones como *Green Peace*)²⁶, sin contar con que quedan pendientes de solución, además, otros tantos problemas como los relativos a la elección del arbitraje de Derecho o de equidad o a la determinación del procedimiento de nombramiento de árbitros²⁷.

III. DIFICULTADES ESPECÍFICAS DE LA ARBITRABILIDAD EN DERECHO DE ASOCIACIONES

A las dificultades expuestas para sostener tanto la admisibilidad teórica como la viabilidad práctica de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales en el Derecho de las sociedades corporativas de capital, el Derecho de asociaciones añade las suyas propias. Si, en el Derecho de las sociedades corporativas de capital la doctrina se divide a la hora de sostener la arbitrabilidad de los acuerdos nulos y/ o de ponderar la relevancia del interés afectado por el vicio determinante de la infracción como criterio discriminador de la arbitrabilidad de la impugnación, en Derecho de asociaciones el problema se complica aun más por la falta de distinción (o de homogeneidad en la distinción) entre causas de impugnabilidad, requisitos de legitimación y plazo para impugnar, a la hora de disciplinar el carác-

²⁴ Destacan la eficacia relativa del laudo arbitral, vinculado al problema del alcance y la eficacia de cosa juzgada del mismo, por ejemplo, MARTÍN PASTOR; «Arbitraje e impugnación», p. 286; PICO I JUNOY/VÁZQUEZ ALBERT; «El arbitraje en la impugnación», pp. 195 y 200; MUÑOZ PLANAS/MUÑOZ PAREDES; «La impugnación mediante arbitraje», pp. 1474-1475; POLO; «Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisaria», p. 77; URÍA/ MENÉNDEZ/ MUÑOZ PLANAS; «Junta General», p. 366; CALAZA LÓPEZ; «El arbitraje societario», pp. 209-210.

²⁵ V. por todos, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; *Atipicidad*, p. 18.

²⁶ V. en el ámbito societario, por todos, MUÑOZ PLANAS/MUÑOZ PAREDES; «La impugnación mediante arbitraje», pp. 1468-1474.

²⁷ Se pronuncian a favor de la admisibilidad del arbitraje de Derecho, por ejemplo, PICO I JUNOY/VÁZQUEZ ALBERT; «El arbitraje en la impugnación», p. 198. Admiten ambas posibilidades, por ejemplo, VICENT CHULIÀ; «El arbitraje en materia de impugnación», pp. 9368-9369; MARTÍNEZ; «Impugnación de acuerdos», pp. 361-362.

ter del vicio que permite la impugnación de acuerdos [*infra* 1]. Al margen, es preciso tener en cuenta que en Derecho de asociaciones la inscripción no constituye una exigencia fundacional del tipo, por lo que la ausencia de inscripción puede prolongarse indefinidamente, con las únicas consecuencias de agravamiento de la responsabilidad de los actuantes y la inoponibilidad a terceros de los pactos entre los socios que se aparten de la ordenación (dispositiva) del tipo [*infra* 2].

III.1. LA DISCIPLINA PROCESAL EN MATERIA DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS EN DERECHO DE ASOCIACIONES: ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS

La LODA carece de una distinción expresa entre vicios de nulidad y de anulabilidad como causas de impugnabilidad, limitándose a recoger, con cierto laconismo, el derecho de los asociados a «impugnar los acuerdos de los órganos de la asociación que estimen contrarios a la Ley o a los estatutos» (art. 21 d LODA). Además, el Legislador Orgánico atribuye la legitimación para impugnar los acuerdos sociales «contrarios al ordenamiento jurídico» a los asociados o personas que acrediten un interés legítimo, sin prever un plazo para el ejercicio de la acción (art. 40.2.º LODA). Por su parte, atribuye la legitimación para impugnar los acuerdos contrarios a los estatutos a los asociados, fijando un plazo de caducidad de la acción de cuarenta días desde su adopción (art. 40.3.º LODA).

En el ámbito autonómico, el Legislador catalán sin consagrar tampoco expresamente dicha distinción, declara la impugnabilidad de los acuerdos «contrarios a las Leyes o a los estatutos y los que lesionen, en beneficio de uno o más asociados o de terceras personas, los intereses de la asociación» (arts. 15.1.º y 20.3.º LC). Al margen, por un lado, atribuye la legitimación para impugnar los acuerdos contrarios a la Leyes a los asociados y a cualquier persona que acredite un interés legítimo, estableciendo un plazo de caducidad de la acción de un año desde la adopción del acuerdo (art. 15.2.º LC). Por otro, atribuye la legitimación para impugnar los acuerdos por otra razón distinta a su contrariedad a la Ley, a los asociados asistentes a la Asamblea General que hayan hecho constar en el acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hayan sido privados ilegítimamente del derecho de voto y los miembros del órgano de administración, estableciendo un plazo de caducidad de la acción de cuarenta días desde la adopción del acuerdo (art. 15.3.º LC).

La falta de distinción entre causas de impugnabilidad o la ausencia de homogeneidad a la hora de disciplinar el carácter del vicio que permite la impugnación del acuerdo y, en todo caso, la intrascendencia del interés afectado por la infracción que dimana de las normas, resulta criticable por varios motivos:

En primer lugar, no resulta suficiente distinguir, como hace la LODA, entre acuerdos que meramente contravengan las Leyes (resultando posible equiparar el carácter del vicio a la nulidad) y acuerdos que contravengan los estatutos (resultando posible equiparar el carácter del vicio a la anulabilidad) porque, como puso de manifiesto la doctrina ya bajo la vigencia de la LSA de 1951, sometiendo a nulidad (radical e imprescriptible) todo acuerdo que (sustancial o procedimentalmente) haya infringido una norma legal (aunque su objeto sea poco trascendente) se crea una inseguridad jurídica difícilmente conciliable con las necesidades de certeza que demanda la protección del tráfico en el funcionamiento de la entidad²⁸.

En segundo lugar, a los efectos de obviar el rigor de la sanción de nulidad radical e imprescriptible que resulta de la genérica alusión contenida en la LODA, tampoco resulta acertado imponer, como hace la LC, una misma categoría de ineficacia caducable (al cabo de un año desde la fecha de adopción del acuerdo) para los acuerdos

²⁸ Como es sabido, los arts. 67 y 68 LSA configuraban la nulidad como causa de impugnación de acuerdos, circunscribiéndola a la infracción de Ley y omitiendo toda referencia a la contravención del orden público. Al margen, no se establecían plazos para su ejercicio ni requisitos específicos de legitimación (cualquier persona con interés legítimo). Como causas de anulabilidad, por su parte, se recogía la oposición a los estatutos y la lesión, en beneficio de uno o de varios accionistas, de los intereses de la sociedad, estableciéndose el plazo de cuarenta días para el ejercicio de la acción a partir de la fecha de la adopción del acuerdo y de treinta días a partir de la inscripción si fueran inscribibles. Doctrinalmente, se interpretó generalizadamente como deficiente la delimitación de la nulidad. V. al respecto, dentro de la doctrina de la época, por ejemplo, GARRIGUES; «Nulidad e impugnabilidad»; pp. 415 y ss.; GIRÓN; *Derecho de sociedades anónimas*; pp. 371-372 FAIRÉN GUILLEN; *El proceso en la Ley de Sociedades Anónima. Estudios sobre los artículos 67 a 70 de la Ley de Sociedades Anónimas*; Barcelona, 1954, especialmente pp. 54 y ss. Por ello, tras la reforma, la vigente LSA acoge literalmente dos supuestos distintos de nulidad: la nulidad por infracción de Ley imperativa y la nulidad por contravención del orden público. Al margen, la Ley configura como causas de anulabilidad la infracción de los estatutos y la lesión al interés social en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros (arts. 115 y 116 LSA). Incluso tras la reforma, la doctrina señala que la formulación de la contravención de Ley como supuesto de nulidad (caducable) puede dar lugar a interpretaciones excesivamente literales poco acordes con la protección del tráfico. V. al respecto, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA; *La impugnación de acuerdos*, pp. 26 y ss.; URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS; «Junta General», pp. 316-317, con una ejemplificación de los supuestos de nulidad en pp. 329-334.

que contravengan cualquier tipo de Ley (imperativa o dispositiva) y reservar una ineficacia caducable (a los cuarenta días desde la adopción del acuerdo) para los acuerdos sociales viciados por infracción de los estatutos. La razón se encuentra en que la equiparación de la infracción de Ley imperativa con la vulneración de Ley dispositiva distinguiéndolas, al tiempo, de la infracción estatutaria, contenida tanto en la LODA como en la LC, significa, entre otras cosas, ignorar manifiestamente la identidad de razón que media entre el Derecho dispositivo y las normas estatutarias —que no supongan la traslación de una norma de Derecho imperativo— a efectos de ponderar la relevancia de su infracción como causa de impugnabilidad²⁹.

Sentado lo anterior, parece claro que el problema crucial que plantea la disciplina procesal en materia de impugnación de acuerdos en Derecho de asociaciones consiste en que no tiene en cuenta el interés afectado por la infracción (o el carácter del vicio del acuerdo susceptible de impugnación) ni en materia de *causas de impugnabilidad*, ni a la hora de regular los *plazos para impugnar* ni, finalmente, al establecer los *requisitos de legitimación*. A nuestro juicio, las «lagunas de colisión»³⁰ con el Derecho de las sociedades corporativas de capital en estas materias habrán de solventarse, supuesta la conceptualización de la asociación como sociedad corporativa no capitalista, aprovechando el caudal dogmático de las soluciones aportadas por el Derecho de las sociedades corporativas de capital³¹.

- a) Así las cosas, parece razonable sostener que en el ámbito asociativo —al igual que en el societario *ex* 115.1.º y 2.º LSA— es preciso introducir la distinción entre un tipo de invalidez radical provista de los mismos efectos que lleva aparejada la nulidad radical en el Derecho común para los supuestos de contravención del orden público, la moral y las buenas costumbres (arts. 1255 Cc) y otro tipo de invalidez relativa (bien se conceptualice como nulidad caducable o bien como anulabilidad reforzada) para sancionar los supuestos de contravención de norma imperativa que no suponga lesión del orden público³². Al margen, quedaría la configuración de una sanción

²⁹ V. al respecto, ALCALÁ DÍAZ; *La impugnación*, pp. 281 y ss., especialmente p. 283; URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS; «Junta General», p. 334.

³⁰ CANARIS (trad. esp); *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, 1998, pp. 138 y ss.

³¹ V. *supra* nota núm. 1. *In extenso*, PÉREZ ESCALONA; *La asociación y el Derecho de sociedades: una revisión en clave contractual*; en preparación, especialmente Capítulo VI.

³² Obviamente, la caracterización de la sanción de nulidad imprescriptible se enfrenta a la delicada cuestión de delimitar conceptualmente la noción de orden público como objeto de la infracción. En la misma, debe dejarse claro que carece de sen-

de anulabilidad aparejada a la contravención estatutaria, del Derecho dispositivo o los acuerdos que lesionen, en beneficio de los asociados o de terceros, el interés social, sometida a plazos más breves de ejercicio que la anulabilidad reforzada (o nulidad caducable) inherente a la contravención de norma imperativa. La distinción entre impugnación por infracción de Ley (imprescriptible o sometida a los plazos de Derecho común) y por infracción de estatutos (plazo de caducidad de cuarenta días) no puede pervivir, en suma, porque ignora que ni todas las infracciones de Ley lo son de Leyes imperativas, ni todas las infracciones de Leyes imperativas provocan un vicio de nulidad *a radice* ni, finalmente, la infracción de un precepto estatutario —cuando no reproduce una norma impera-

tido identificarla con la infracción de cualquier norma imperativa (incluso contraída a la Ley reguladora del tipo), porque con ese planteamiento la única nulidad sometida a plazo sería la resultante de la vulneración de normas dispositivas lo que, claramente, carece de respaldo expreso (art. 116.1.º y 2.º LSA) y constituye, justamente, el efecto que se pretendió eludir con la reforma de 1989. V. al respecto, por ejemplo, DIEZ PÍCAZO/DE LA OLIVA; «Los procedimientos judiciales», pp. 1059-1060; URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA; *Comentario*, pp. 333 y ss.; GIMENO SENDRA; *El proceso de impugnación*, pp. 272 y ss.; BUSTILLO; *La subsanación*, p. 340 y 349-350. Pero la necesidad de delimitar la infracción del orden público societario (que origina la nulidad radical) y la infracción de Ley imperativa (como supuesto de hecho de la nulidad temporal) no puede despejarse trasvasando el problema al campo de los principios configuradores del tipo (arts. 10 LSA y 12.3.º LSL) si, como parece, dicho inocuo expediente únicamente ha servido para hacer reverdecer todo tipo de intentos doctrinales de configurar la esencia de las formas sociales —plasmadas en normas dispositivas o que, en todo caso, no se funden con el Derecho imperativo— como límite a la libertad de configuración estatutaria. Así, no obstante, URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS; «Junta General», pp. 326-327; ALCALÁ DÍAZ; *La impugnación*, p. 231; PICO I JUNOY/VÁZQUEZ ALBERT; «El arbitraje en la impugnación», p. 194. A nuestro juicio, dicha asimilación provoca resultados perniciosos porque si toda infracción de un principio configurador del tipo lo es, exclusivamente, de una norma imperativa concreta, la identificación entre orden público societario y principios configuradores del tipo priva de cualquier sentido significativo a la nulidad temporal por infracción de Ley imperativa y, colateralmente, diluye la demarcación conceptual entre esta clase de ineficacia y la de la anulabilidad por infracción del Derecho dispositivo o estatutario. En concreto, pensamos que si lo que lesiona el acuerdo es un mandato imperativo relativo a su procedimiento de adopción, el vicio de ineficacia correspondiente será el de nulidad caducable, en la medida en que la infracción no prejuzga intereses diversos a los que poseen quienes ostentan, en ese momento, la cualidad de socio y sin perjuicio, naturalmente, de que el acuerdo adoptado vulnerando mandatos procedimentales imperativos sea susceptible de causar daño a personas no legitimadas para impugnarlo. En sentido crítico con la asimilación, por ejemplo, SÁNCHEZ ÁLVAREZ; «Orden del día», pp. 304-305 [No obstante, téngase en cuenta que en su trabajo de Tesis Doctoral este autor sostiene que la categoría de principios configuradores del tipo no siempre se confunde con el Derecho imperativo. Así, en *La fundación de la Sociedad Anónima*, p. 184].

- tiva— tiene una entidad sustancialmente diferente a la infracción de una Ley dispositiva.
- b) Por ello, también será preciso integrar analógicamente el Derecho general de asociaciones con el plazo de un año previsto en el Derecho de Sociedades de capital para la impugnación de acuerdos sociales aquejados de un vicio de nulidad por infracción de Ley que no constituya, simultáneamente, una infracción del orden público (*arg. ex art. 116.1.º LSA*). La anulabilidad de los acuerdos contrarios a los estatutos —cuando no reproduzcan una Ley imperativa— y por identidad de *ratio* a una Ley dispositiva quedará sometida, así, al plazo de caducidad de cuarenta días contados desde su adopción (*arg. ex art. 116.2.º LSA*)³³.
- c) Finalmente, parece razonable entender también que todos los asociados estarán legitimados para impugnar los acuerdos

³³ La materia del plazo para impugnar los acuerdos sociales estuvo sujeta a una notable controversia bajo la vigencia de la Ley de Asociaciones de 1964 que, sorprendentemente, ha sido ignorada en la LODA. Así, el art. 12 del RD 1440/1965, que desarrollaba la LA, establecía que «sin perjuicio de las acciones de nulidad de los acuerdos sociales contrarios a la Ley que puedan formularse, no sujetas a la caducidad que luego se establece, podrán los asociados impugnar los acuerdos y actuaciones de la asociación que sean contrarios a los estatutos dentro del plazo de cuarenta días a partir de la fecha de su adopción». Esta redacción, dio pie para entender que la anulación de acuerdos por infracción de los estatutos se sometía al plazo de cuarenta días, mientras que la impugnación por infracción de Ley se sometía a los plazos generales del Derecho común, considerándose aplicable el plazo de quince años previsto para las acciones personales en el art. 1964 Cc. V. al respecto, BERMEJO VERA; «La dimensión constitucional del derecho de asociación»; *RAP*, 136 (1995), pp. 119 y ss., especialmente pp. 139 y ss. La inconsistencia de esta interpretación se ha puesto doctrinalmente de manifiesto sobre la base de los siguientes argumentos: por una parte, se ha hecho notar que el establecimiento de un plazo de prescripción tan dilatado acarrea una ingente inseguridad jurídica respecto de la multiplicidad de actos realizados por los órganos de gobierno de la asociación. Por otra, se estima erróneo considerar como acción personal la impugnación de acuerdos, al tiempo que se alega la injustificada equiparación entre las infracciones meramente formales y las materiales. Así, BERMEJO; *Ibidem*, p. 142; GONZÁLEZ PÉREZ/FERNÁNDEZ FARRERES; *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley 1/2002, de 22 de marzo*; Madrid, 2002, pp. 303-304 y pp. 441 y ss. A pesar de las críticas, no obstante, la jurisprudencia ha entendido, generalizadamente, que sólo existen dos clases de acuerdos sociales, los contrarios a la Ley y los contrarios a los estatutos. V. al respecto, por ejemplo, STS de 26 de octubre de 1995 [RJ 1995/7849]; STS de 15 de noviembre de 1993 [RJ 1993/8912]; Dentro de las Sentencias de Audiencias, por ejemplo, SAP de Ciudad Real, de 18 de marzo de 2003 [JUR 2003/142194]; SAP de Madrid, de 15 de mayo de 1996 [AC 1996/962]; SAP de Guipúzcoa, de 26 de enero de 2001 [JUR 2001/ 256777]; SAP de Tuel, de 30 de junio de 2000 [AC 2000/1581]; SAP de Asturias, de 13 de enero de 2003 [AC 2003/161].

nulos (bien sea por nulidad radical o bien por nulidad sometida a plazo), así como para impugnar los acuerdos anulables, siempre que no hubieren votado favorablemente al acuerdo (*arg. ex arts. 117.2.º LSA y 15 LC*). La legitimación para impugnar la nulidad se extiende, conforme a las normas generales, a cualquier tercero que alegue un interés legítimo (art. 40.2.º LODA), así como a los administradores (*arg. ex art. 117.1.º LSA*)³⁴.

III.2. ESTATUTOS NO INSCRITOS Y COBERTURA CAUSAL DE TERCEROS

Un problema añadido a la discusión sobre la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos en Derecho de asociaciones pasa por constatar que, a diferencia de los contratos (solemnes) de sociedades de capital, ni la forma pública constituye un elemento estructural del contrato de asociación (arts. 5.2.º LODA, 5.3.º LPV y 4.3.º LC)³⁵, ni la inscripción de la asociación tiene los mismos efectos (constitutivos) que la inscripción de una sociedad capitalista (arts. 7 LSA y 11 LSL)³⁶.

³⁴ Parece sensato, en efecto, vincular la configuración de la legitimación en atención al interés de las personas que puedan sufrir algún daño como consecuencia de acuerdo impugnabile. V. al respecto, por ejemplo, GIMENO SENDRA; *El proceso de impugnación*, pp. 80 y ss.; ALCALÁ DÍAZ; *La impugnación*, pp. 397 y ss. En dicho interés sustentó la STS de 23 de mayo de 1994 [RJ 1994/3732], la legitimación para impugnar los acuerdos de la Asamblea General de unos asociados que pagaban las cuotas exigidas, pese a la inexistencia de su constancia en el libro registro de socios. A favor de la legitimación pública de los socios que ingresaron con posterioridad a la adopción del acuerdo viciado de nulidad que pretenden impugnar, por ejemplo, DORADO MUÑOZ; *CCJC*, 51 (1999), pp. 959 y ss. *Contra*, por ejemplo, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA; *Impugnación de acuerdos*, p. 195.

³⁵ Con todo, la LC dispone que la inscripción de la asociación requerirá escritura pública cuando exista aportación de bienes inmuebles, alguno de los integrantes de la asociación sea persona jurídica y, finalmente, cuando la asociación obtenga recursos mediante la captación pública de fondos (art. 9.4.º LC). Al margen de suscitar problemas de constitucionalidad por vulnerar la competencia exclusiva del Estado en materia de bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8.º CE), en el plano sustantivo, además, sostener la necesidad de forma pública cuando se aporten inmuebles como exigencia *ad solemnitatem* y no *ad probationem* contraviene la interpretación doctrinal mayoritaria de su homónimo art. 1667 Cc. V. al respecto, por todos, PAZ-ARES; en *Comentario Cc.*, art. 1667 Cc, pp. 1338 y ss.; Del mismo autor, en URÍA/MENÉNDEZ; *Curso de Derecho Mercantil*, I, pp. 476-477.

³⁶ V. en el ámbito de las sociedades de capital, SAEZ LACAVE; *La sociedad mercantil en formación*; Madrid, 2001, Tesis Doctoral, pp. 39, 63 y ss. y 89 y ss. Tomando como presupuesto de partida que la forma notarial cumple una función de existencia

La función del Registro de asociaciones consiste, en este sentido, en *dar publicidad* de la existencia de la asociación y de sus estatutos. Por ello, el Legislador de asociaciones consagra el principio de *publicidad negativa del Registro* al disponer que «la inscripción hace pública la constitución y los estatutos de las asociaciones y es garantía tanto para los terceros que con ella se relacionan, como para sus propios miembros» (arts. 10.2.º LOA, 9 LPV, 11.2.º LC y 4 RRN). Al practicarse la inscripción «a los solos efectos de publicidad» (art. 22.3.º CE), por tanto, no podrán ser opuestos a terceros de buena fe los pactos entre los socios no inscritos, lo que, en lo que a nosotros ahora interesa, es susceptible de afectar a la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje de la impugnación en asociaciones no inscritas (arts. 21.1.º CdC)³⁷.

En ausencia de inscripción, así, el Legislador de asociaciones sostiene el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de la asociación no inscrita (art. 5.2.º LODA), la validez de sus relaciones externas (art. 10.2.º y 3.º LODA) y la responsabilidad solidaria de los administradores o gestores, como responsabilidad añadida a la de la propia entidad (art. 10.4.º LODA)³⁸. Ello significa, en lo que aquí

y validez del contrato de sociedad de capital, es decir, que es un elemento constitutivo del negocio fundacional, esta autora considera incorrecta la doctrina que reconduce los defectos formales de constitución a la irregularidad y no a la nulidad (p. 93). Al margen, concluye que el paradigma de la inscripción constitutiva en el que nos movemos en el ámbito de las sociedades corporativas de capital debe ser objeto de revisión (pp. 61-62 y 455-471). V. también, PAZ-ARES; en *Comentario Cc*, pp. 1329-1333. V. como ejemplo de la doctrina que reconduce la falta de forma pública a la irregularidad, por todos, VALPUESTA GASTAMINZA; *La Sociedad irregular*; Pamplona, 1995, Tesis Doctoral, pp. 119 y ss.

³⁷ Al igual que el art. 21.1.º CdC, los arts. 10.2.º LODA, 9 LPV y 9.2.º LC regulan los efectos de la falta de inscripción de las asociaciones en el ámbito de las relaciones externas contraídas por la asociación, no inscrita frente a terceros. Aquí como allí, en definitiva, estos preceptos regulan las relaciones externas de la asociación no inscrita no en términos de validez sino en términos de oponibilidad: las asociaciones no inscritas no pueden oponer a los terceros (la inscripción hace pública la constitución y los estatutos) aquellas cláusulas estatutarias no inscritas que alteren la ordenación legal (dispositiva) del tipo. V. sobre el art. 21.1.º CdC, como precepto que disciplina el tratamiento de los actos y contratos celebrados por la sociedad antes de su inscripción, PAZ-ARES, en URÍA/MENÉNDEZ; *Curso*, I, pp. 516-518.

³⁸ Desde el planteramiento integrador de la noción de asociación en el concepto de sociedad, parecería casi una obviedad afirmar que la asociación se constituye mediante contrato y es el *contrato* de asociación el que origina el nacimiento de su *personalidad jurídica*, si no fuera porque la promulgación de la LODA ha reabierto el debate sobre la adquisición de la personalidad jurídica, provocando que un sector doctrinal la anude a la formalización del acta fundacional (art. 5.2.º LODA). Así, por ejemplo, GONZÁLEZ PÉREZ/FERNÁNDEZ FARRERES; *Comentario*, pp. 187-190. A nuestro juicio, la vinculación del nacimiento de la personalidad jurídica a cualquier

concierno, que el régimen jurídico de la asociación no inscrita se fundamenta en el *mantenimiento del tipo social* elegido por las partes, con dos modificaciones sustanciales en el ámbito de las relaciones entre la asociación no inscrita y los terceros: la responsabilidad solidaria adicional (y no sustitutiva) de los que actúen en nombre de la asociación (art. 10.4.º LODA) y la inoponibilidad a terceros de las cláusulas estatutarias que se desvíen del Derecho dispositivo (ordenación del tipo) (art. 10.2.º LODA)³⁹.

forma de publicación de la misma —bien sea la proporcionada por la inscripción, tal y como se cuestionó bajo la vigencia de la Ley de asociaciones de 1964, o bien sea la proporcionada por la formalización del acta, tal y como puede deducirse de la LODA—, no es más que la aciaga consecuencia a la que ha conducido, entre nosotros, la desvinculación existente con el tratamiento del mismo problema en sede de irregularidad societaria (art. 16 LSA). A nuestro juicio, no debería ofrecer ninguna duda en la actualidad que es la celebración del acuerdo constitutivo (acuerdo de voluntades) la que origina (dimensión organizativa) el nacimiento de la personalidad jurídica y no su ulterior formalización que sólo provocará su oponibilidad a la asociación en caso de inscripción porque, también aquí, «sería absurdo hacer depender una calificación jurídicamente decisiva de un hecho sucesivo, extrínseco y accidental (la publicidad) y no de un hecho constitutivo, intrínseco y esencial (la voluntad contractual»; en PAZ-ARES; *Curso*, I, pp. 448; Del mismo autor, en *Comentario Cc*, pp. 1339-3340, 1358 y 1408. Curiosamente, la desconexión con el Derecho de sociedades en esta materia ha pervivido a la hora de analizar los efectos que provoca la falta de inscripción en materia de responsabilidad de los asociados (no actuantes) y, por tanto, de *separación patrimonial omo contenido de dicha personalidad jurídica*. Si hay personalidad jurídica con anterioridad a la inscripción, se viene a decir, no se comprende porqué el Legislador agrava la responsabilidad de los asociados no actuantes (art. 10.4.º LODA). Así, por ejemplo, ARGUDO PÉREZ; «Ley Orgánica del Derecho de Asociación: aspectos sociales y económicos»; *RJESC*, 14 (2003), pp. 183 y ss., especialmente pp.190-191; GONZÁLEZ PÉREZ/FERNÁNDEZ FARRERES; *Comentario*, pp. 215-217. A nuestro juicio, supeditar la limitación de la responsabilidad de los asociados al control registral no resulta coherente con la ausencia de carácter constitutivo de la inscripción registral. Pero además, debe tenerse presente que ni siquiera allí donde la inscripción es constitutiva, la limitación de la responsabilidad requiere de la publicidad registral para que sea válida frente a terceros (art. 15.2.º LSA). La limitación de la responsabilidad a la aportación en ausencia de inscripción para los asociados no actuantes es, a la postre, la solución que mejor se compadece con las expectativas normativas de quienes consenten el tipo asociación en el contrato. Así se entiende unánimemente en Alemania, debido a la superación del tenor literal del parágrafo 54 BGB. V. al respecto, por ejemplo, HABSCHEID; «Der nicht rechtsfähige Verein Zwischen juristischer Person und Gessellschaft»; *AcP*, 155 (1956), pp. 376-419, especialmente pp. 405 y ss.; SCHMIDT; *Verbandsweck und Rechtsfähigkeit nichtwirtschaftlicher und Wirtschaftlicher Vereine*; Heidelberg, 1984, pp. 47-51; Del mismo autor, *Gesellschaftsrecht*, Köln/Berlin/Bonn/ München, 1994, pp. 628-629; REUTER; *Münchener Kommentar*, München, 1993, parágrafo 54, RdNr. 26 y ss., pp. 600 y ss.; KÜBLER; (trad. esp); *Derecho de Sociedades*, Madrid, 2002, pp. 232-233.

³⁹ El Legislador de asociaciones acoge, así, las tres piezas básicas en las que se descompone la doctrina de la irregularidad societaria. No obstante, como es sobradamente conocido, el problema de la irregularidad societaria en sentido estricto es ex-

Dado que la inscripción no constituye una exigencia fundacional del tipo, la ausencia de inscripción puede prolongarse indefinidamente porque, si la inscripción *no es obligatoria*, no puede haber transitoriedad en su falta ni, en consecuencia, la transformación por frustración del tipo (debido al incumplimiento de las exigencias fundacionales) propia de las sociedades corporativas de capital (art. 16 LSA)⁴⁰.

En asociaciones no inscritas, así, nada impide que un tercero con interés legítimo decida iniciar un procedimiento judicial abierto el procedimiento arbitral porque, para evitar la duplicidad procedimental, la asociación no podría excepcionar nunca el arbitraje, en la medida en que no hay manera de que el tercero esté vinculado por el convenio arbitral *si no puede conocerlo*. En estos casos, en definitiva, el riesgo de duplicidad de procedimientos, como argumento susceptible de restar eficiencia y operatividad práctica a la arbitrabilidad de la impugnación, se *incrementa* por el carácter de *carga* y no de obligación que tiene la inscripción registral en Derecho de asociaciones y *se anticipa* desde el plano de la extensión subjetiva del laudo, donde se encuentra la principal dificultad en el Derecho de las sociedades corporativas de capital, a un momento anterior: el de la propia extensión subjetiva del convenio arbitral que será para los terceros (sean o no socios) *res inter alios acta* (art. 22.2.º CdC)⁴¹. Si, como parece, en Derecho de asociaciones el arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales sólo tiene sentido en asociaciones inscritas y nada *obliga* a practicar la inscripción, no deja de resultar un tanto sorprendente, en suma, que haya sido justamente en este ámbito y no en el Derecho de las sociedades corporativas de capital donde el Legislador lo haya previsto expresamente.

clusivo de las sociedades mercantiles. La irregularidad societaria no es un problema de forma sino de (ausencia de) publicidad legal del Registro. En esa medida, dado que las sociedades civiles no son sujetos inscribibles, no puede ser irregulares. V. al respecto, PAZ-ARES; *Comentario Cc*, art. 1667 Cc, pp. 1339 y 1340. Del mismo autor, sobre los tres puntos en los que se descompone la doctrina de la irregularidad societaria, en *Curso I*, pp. 515-519. Sobre el encuadre sistemático de la doctrina de la irregularidad societaria en el art. 15 LSA, pp. 520-522. También muy especialmente, SAEZ LACAVE; *La sociedad mercantil en formación*, pp. 103-104, 147, 311-212 y 405-407.

⁴⁰ V. al respecto, SAEZ LACAVE; *Ibidem*, pp. 401y ss., especialmente p. 406.

⁴¹ Dado que la inscripción tan sólo provoca la oponibilidad de las cláusulas que se desvíen de la ordenación (dispositiva) del tipo (art. 10.2.º LODA), parece sensato reconducir la inscripción a la categoría jurídica de carga y no de obligación. Así lo ha confirmado, por ejemplo, la STS de 30 de junio de 1994 [RJ 1994/5207]. El TC ha precisado, además, que la inscripción constituye una prestación debida por la Administración, de tal suerte que su denegación requiere de una resolución expresa y motivada. Así, STC 291/1993 [F.J. 2.º] y STC 219/2001 [F.J. 5.º]

IV. CONCLUSIONES

- 1.^a En el Derecho de las sociedades corporativas de capital, el único valor que cabe atribuir al silencio del legislador a la hora de omitir pronunciarse expresamente sobre la admisibilidad de la sumisión arbitral de la impugnación de acuerdos (arts. 119 a 122 LSA) es (*in dubio pro libertate*) el de su admisibilidad *prima facie* (arts. 1255 Cc y 22 CE).
- 2.^a El riesgo de duplicidad de procedimientos, como argumento que frena la eficiencia (no la validez) de la arbitrabilidad de la impugnación, es más elevado en Derecho de asociaciones (donde el Legislador la ha contemplado expresamente) que en el Derecho de las sociedades corporativas de capital (donde no lo ha hecho), porque allí la inscripción es una *carga* (no una exigencia fundacional del tipo) cuya omisión provocará la inoponibilidad a terceros de la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje (art. 10.2.º LODA y 22.2.º CdC).
- 3.^a La impugnación de acuerdos en Derecho de asociaciones, bien se resuelva mediante arbitraje o bien se resuelva judicialmente, se enfrenta al problema, en todo caso, de que la disciplina contenida en las Leyes no tiene en cuenta (o no homogéneamente) el interés afectado por la infracción que provoca el acuerdo impugnado ni en materia de *causas* de impugnabilidad, ni a la hora de prever los *plazos* para impugnar ni, finalmente, al establecer los requisitos de *legitimación*. Nos encontramos, en fin, ante otra de las lamentables consecuencias a las que ha conducido el abandono de la asociación por parte de los estudiosos del Derecho de sociedades.

Quintiliano