

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA  
FACULTAD DE DERECHO**



**PROTOCOLO FAMILIAR Y ARBITRAJE SOCIETARIO**

**LUIS MONTILLA ARJONA**

**Programa de Doctorado en DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

Tesis Doctoral dirigida por la Catedrática

Doctora D<sup>a</sup> **MARÍA CORAZÓN MIRA ROS**

Madrid 2017



*A mi familia*



## **SUMARIO**

<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>8</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>11</b>

### **I PARTE.- CÓMO DEFINIR “EMPRESA FAMILIAR”**

<b>1) LA EMPRESA FAMILIAR COMO “REALIDAD ECONÓMICA” ..</b>	<b>16</b>
<b>2) CONCEPTO DE EMPRESA FAMILIAR Y NOTAS ESENCIALES. SU REGULACIÓN .....</b>	<b>19</b>
<b>3) LA EMPRESA FAMILIAR Y LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: EL PROTOCOLO FAMILIAR .....</b>	<b>27</b>
<b>4) LA SOCIEDAD DE CAPITAL COMO FORMA DE ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR .....</b>	<b>32</b>

### **II PARTE.- EL PROTOCOLO FAMILIAR.**

<b>1) ORIGEN DEL PROTOCOLO FAMILIAR .....</b>	<b>35</b>
<b>2) SU FUNDAMENTO EN RELACIÓN CON LA FUTURA SUCESIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR .....</b>	<b>39</b>
<b>3) PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA SU REGULACIÓN .....</b>	<b>41</b>
<b>4) CONCEPTO DE PROTOCOLO FAMILIAR .....</b>	<b>43</b>
<b>5) LA NATURALEZA JURÍDICA. DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS</b>	<b>51</b>
<b>A) SUPREMACÍA DEL PACTO EXTRAESTATUTARIO SOBRE LO CONVENIDO EN ESTATUTOS .....</b>	<b>58</b>
<b>B) PACTO PARASOCIAL .....</b>	<b>62</b>
<b>6) ELEMENTOS .....</b>	<b>70</b>
<b>A) CONTRATO DE SOCIEDAD INTERNA .....</b>	<b>70</b>
<b>B) ELEMENTOS SUBJETIVOS .....</b>	<b>71</b>
<b>C) ELEMENTOS FORMALES .....</b>	<b>74</b>
<b>D) ELEMENTOS OBJETIVOS .....</b>	<b>78</b>
<b>7) DELIMITACIÓN JURÍDICA DEL DESARROLLO DEL PROTOCOLO FAMILIAR .....</b>	<b>84</b>
<b>A) ESTATUTOS SOCIALES .....</b>	<b>85</b>
<b>B) CAPITULACIONES MATRIMONIALES .....</b>	<b>88</b>
<b>C) DISPOSICIONES HEREDITARIAS .....</b>	<b>94</b>
<b>8) Oponibilidad del protocolo familiar .....</b>	<b>103</b>
<b>A) PLANTEAMIENTO BÁSICO .....</b>	<b>103</b>
<b>B) FRENTE A LA SOCIEDAD Y FRENTE A TERCEROS .....</b>	<b>105</b>
<b>C) PUBLICIDAD REGISTRAL .....</b>	<b>112</b>

**III PARTE.- LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE EN EL PROTOCOLO FAMILIAR**

1)	<b>EL ARBITRAJE COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.</b>	<b>115</b>
A)	<b>CONCEPTO Y NORMAS ESENCIALES</b> .....	<b>115</b>
B)	<b>LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE</b> .....	<b>119</b>
C)	<b>CONFLICTOS SUSCEPTIBLES DE SOMETERSE A ARBITRAJE</b> .....	<b>124</b>
D)	<b>EL ARBITRAJE Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA</b> .....	<b>137</b>
E)	<b>ELEMENTOS DEL ARBITRAJE</b> .....	<b>147</b>
	a) <b>CONCEPTO</b> .....	<b>147</b>
	b) <b>REQUISITOS PARA SU VALIDEZ</b> .....	<b>154</b>
	c) <b>CONSECUENCIAS DEL CONVENIO</b> .....	<b>160</b>
F)	<b>LAS CLASES DE ARBITRAJE</b> .....	<b>163</b>
	a) <b>EL ARBITRAJE AD HOC Y EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL</b> .....	<b>163</b>
	b) <b>ARBITRAJE DE DERECHO Y ARBITRAJE DE EQUIDAD</b> .....	<b>167</b>
2)	<b>ARBITRAJE Y CONFLICTOS SOCIETARIOS</b> .....	<b>174</b>
A)	<b>EL MODELO DE CLÁUSULA ARBITRAL</b> .....	<b>174</b>
	a) <b>LA INCLUSIÓN DE LA CLÁUSULA DE SOMETIMIENTO A ARBITRAJE EN LOS ESTATUTOS DE LA SOCIEDAD</b> .....	<b>174</b>
	b) <b>LA INCLUSIÓN EN LOS PACTOS PARASOCIALES: LA INCLUSIÓN EN EL PROTOCOLO FAMILIAR</b> ....	<b>177</b>
B)	<b>NORMATIVA REGULADORA EN ESPAÑA</b> .....	<b>184</b>
	a) <b>LA LEY ESTATAL 27/1999, DE 16 DE JULIO, DE COOPERATIVAS Y LA LEY 8/2003, DE 24 DE MARZO, DE COOPERATIVAS DE LA COMUNIDAD VALENCIANA</b> .....	<b>185</b>
	b) <b>LOS ESTATUTOS ORIENTATIVOS DE LA SOCIEDAD LIMITADA NUEVA EMPRESA</b> .....	<b>189</b>
	c) <b>LA LEY 2/2007, DE 15 DE MARZO, DE SOCIEDADES PROFESIONALES</b> .....	<b>190</b>
	d) <b>EL R.D. 171/2007, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULA LA PUBLICIDAD DEL PROTOCOLO FAMILIAR</b> .....	<b>193</b>
C)	<b>LA NORMATIVA EN EL DERECHO</b> .....	<b>194</b>
D)	<b>REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL</b> .....	<b>200</b>
	a) <b>EXISTENCIA DE CONFLICTO Y SU DISPONIBILIDAD</b> .....	<b>200</b>
	b) <b>VOLUNTAD DE LAS PARTES</b> .....	<b>202</b>
	c) <b>EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA O SEPARABILIDAD QUE RIGE A LAS CLÁUSULAS ARBITRALES (KOMPETENZ-KOMPETENZ)</b> .....	<b>205</b>
E)	<b>LA INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL CON POSTERIORIDAD AL ESTATUTO</b> .....	<b>211</b>
F)	<b>EFICACIA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL</b> .....	<b>223</b>
	a) <b>EFICACIA SUBJETIVA</b> .....	<b>223</b>
	b) <b>VINCULACIÓN SOCIOS PRESENTES Y FUTUROS...</b> .....	<b>225</b>
	c) <b>LA ESPECIAL SITUACIÓN DEL HEREDERO</b> .....	<b>235</b>

	d)	<b>ESPECIAL RELACIÓN DE ADMINISTRADORES O AUDITORES CON LA CLÁUSULA ARBITRAL.....</b>	237
	e)	<b>ALCANCE SUBJETIVO A TERCEROS .....</b>	242
	f)	<b>ALCANCE A GRUPOS DE SOCIEDADES Y OBLIGACIONISTAS .....</b>	250
3)		<b>EL PROCESO ARBITRAL PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES .....</b>	253
	A)	<b>GARANTÍA DE LA JURISDICCIÓN: INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN EL ARBITRAJE .....</b>	253
	a)	<b>LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVIA AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL .....</b>	254
	a.1)	<b>NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS.....</b>	255
	a.2)	<b>ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.....</b>	256
	a.3)	<b>EJECUCIÓN JURISDICCIONAL DE LA RESOLUCIÓN ARBITRAL.....</b>	259
	a.4)	<b>LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL LAUDO</b>	262
	a.4.1)	<b>LA ACCIÓN DE NULIDAD.....</b>	262
	a.4.2)	<b>CONTROL DE MATERIA ARBITRABLE</b>	266
	a.4.3)	<b>LA REVISIÓN DEL LAUDO FIRME.....</b>	268
	a.4.4)	<b>EL RECURSO DE AMPARO .....</b>	270
	B)	<b>GARANTÍA DE LA PUBLICIDAD .....</b>	274
	a)	<b>LA INSCRIPCIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN EL REGISTRO MERCANTIL .....</b>	274
	b)	<b>LA INSCRIPCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL .....</b>	277
	c)	<b>LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE UNA JUNTA GENERAL DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL MEDIANTE ARBITRAJE INSTITUCIONAL .....</b>	278
	c.1)	<b>ACTUACIONES PREVIAS ANTE LA CORTE ARBITRAL .....</b>	278
	c.2)	<b>FASE DE ALEGACIONES .....</b>	281
	c.3)	<b>FASE DE PRUEBA .....</b>	282
	c.4)	<b>FASE DE DECISIÓN .....</b>	283
	c.5)	<b>ESPECIALIDADES EN EL PROCESO ARBITRAL PARA IMPUGNAR ACUERDOS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN .....</b>	285
	c.6)	<b>PROPUESTAS DE MEJORA DE LA LEY DE ARBITRAJE PARA SU APLICACIÓN AL ÁMBITO SOCIETARIO .....</b>	289
		<b><u>IV PARTE.- CONCLUSIONES</u> .....</b>	293
		<b><u>BIBLIOGRAFIA</u> .....</b>	315

## ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
AMAJE	Asociación de Jueces y Magistrados jubilados
Art(s)	Artículo (s)
BORME	Boletín Oficial Registro Mercantil Español
CBCA	Canada Business Corporation Act.
CC	Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCom.	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Coord.	Coordinador
D.Leg.	Decreto Legislativo
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
Dir.	Director
Edic.(ed.)	Edición
IVADP	Instituto Vasco de Derecho Procesal
LA	Ley de Arbitraje
LAIE	Ley de Agrupaciones de Interés Económico



LCE	Ley de Contratos del Estado
LECiv (LEC)	Ley de Enjuiciamiento Civil
LMV	Ley del Mercado de Valores
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSLNE	Ley Sociedades Limitadas Nueva Empresa
LSP	Ley de Sociedades Profesionales
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley Sociedades de Responsabilidad Limitada
Núm.	Número
Ob.cit.	Obra citada
Pág.	Página
PYMES	pequeñas y Medianas Empresas
RD	Real Decreto
RH	Reglamento Hipotecario
RRM	Reglameto Registro Mercantil
RSCEF	Responsabilidad Social Corporativa de la Empresa Familiar
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SSTC	Sentencia Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo

T.	Tomo
UNCITRAL	Reglamento de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
V.(vol.)	Volumen

## INTRODUCCIÓN

El contrato de Protocolo Familiar se viene estudiando tradicionalmente desde un enfoque mercantilista, y en contadas ocasiones se relaciona su estudio con su génesis, con su necesidad de responder a las exigencias funcionales de la “Empresa Familiar”. Los pronunciamientos sobre esta tipología de empresa son numerosos, sin que por ello podamos hablar de la existencia de una legislación específica, con matizaciones, que responda de sus necesidades.

Esta empresas son definidas por dicho componente en origen “familiar”, y, como en toda familia, su evolución enfatiza su esencia y singularidad, engendrando una problemática que se trata de resolver sin que trascienda fuera del núcleo interesado. Esta funcionalidad puede ser tratada por la vía de la confidencialidad a que el sistema ARBITRAL obliga, pero sin olvidar las estrechas interrelaciones que la empresa familiar, como núcleo de relaciones mercantiles con terceras empresas, y genera especiales relaciones que pueden verse alteradas por decisiones amparadas en LAUDOS arbitrales que pueden acarrear esenciales consecuencias cuando están sometidos a una especial ausencia de publicidad y confidencialidad, pero sobre los que no podemos dudar de su eficacia *inter partes* y debemos plantearnos su repercusión *erga omnes*.

Volviendo a la propia definición de “empresa familiar”, no observamos una definición unánime, fruto de la propia indefinición legal, y así se adapta a la legislación vigente conforme a su forma jurídica. Y aquí radica su especialidad derivada de la existencia de conflictos propios como “sociedad” y el encuadre de los “valores de familia” en su desarrollo.

Este estudio comienza con el análisis de dichas empresas, tratando de definir las más allá de su forma jurídica, porque en su fundación unipersonal, en el deseo del miembro fundador, existe ante todo un deseo de continuidad que ha de conjugar la propia estructura familiar y su adecuación como empresa al entramado legislativo. Ello me ha dirigido al análisis del denominado y reconocido documento contractual interno: PROTOCOLO FAMILIAR.

No estamos ante un documento de reciente acogimiento, pues lo más parecido podemos datarlo en el s. XIX, y sólo en legislaciones más contractualistas tuvo un reconocimiento remarcable. En Europa hemos de comenzar hablando de la

Comunicación de la Comisión Europea sobre transmisión de las pequeñas y medianas empresas de 7 de diciembre de 1994, donde se alertaba de la necesidad de utilizar este contrato para favorecer su mantenimiento y con ello la continuidad de este tipo de empresas. En España, será a través del Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa, y posteriormente con la Ley 7/2003, de 1 de abril, que regulaba la Sociedad Limitada Nueva Empresa que resurge su tratamiento. Dicha norma trasladaba su desarrollo a un reglamento posterior, lo que condujo años más tarde a la publicación del R.D. 171/2007, de 9 de febrero, relativo a la publicidad registral del Protocolo Familiar.

Tres son los pilares de estas sociedades: familia, propiedad y empresa. El Protocolo Familiar nace para relacionarlos, estableciendo un marco de relación interna, encuadrando los valores familiares a preservar con las obligaciones de organización, patrimoniales y económicas. Los principios y reglas que recoja contendrán reglas morales y jurídicas, con una base contractual. **Como procesalista, el cómo se armonizan y dan respuesta a las disputas internas componen el principal objetivo del presente estudio. Cómo el sometimiento a “arbitraje” puede conjugar la confidencialidad con la legalidad, que conlleva la publicidad.** Se estudia como el R.D. 171/2007, de 9 de febrero, para dotar del máximo contenido jurídico a sus disposiciones, establece formas de publicidad sobre la existencia de Protocolo Familiar. Y es que dicha publicidad sobre la existencia del mismo establece el marco de relación como sociedad inversora y de relación con terceras sociedades. Para ello se estudian también los estatutos sociales, puesto que toda sociedad, familiar o no, debe contar con este documento inscrito en el Registro Mercantil. Y en dicho documento es donde se deberá dar publicidad sobre la existencia, que no sobre el contenido, del Protocolo Familiar, dándose cabida al planteamiento de la eficacia *erga omnes* de dicho contrato.

Se analiza estrictamente la cláusula de sometimiento a arbitraje y el laudo, así como la descarga jurídica del pronunciamiento arbitral frente a terceros. Precisamente la ausencia de publicidad del contenido y la confidencialidad del mismo, así como del laudo, sin la existencia de recopilatorios, similares a los jurisprudenciales de alcance público, han limitado el alcance de este estudio ante las reiteradas negativas obtenidas al tratar de completar esta dogmática con una cuantificación ejemplarizante, más allá del acercamiento numérico. Y es que se me ha puesto de manifiesto quizás la característica principal del procedimiento arbitral: la confidencialidad.

En la primera parte del estudio he tratado de enmarcar una definición de “empresa familiar” para encuadrar todo el desarrollo posterior. Tras hacer un repaso a la

dificultad de encontrar una definición uniformemente adoptada, sí que llegamos a concretar elementos aglutinadores de sus características. La empresa familiar resulta un modelo socioeconómico que pretende armonizar dos importantes instituciones sociales, regidas por distintos valores, a veces antagónicos. Por un lado la “empresa” que se rige por la competencia, el rendimiento y los resultados. Y por otro, la “familia”, que se rige por la protección y la lealtad. Esto conlleva que carezca de un reflejo jurídico específico en la mayoría de los ordenamientos, lo cual no es equivalente a desregulación positiva. A consecuencia del contacto e intersección de ambas realidades surgen los problemas de la empresa familiar, al confundirse los roles empresariales y familiares. E introduzco la posibilidad de adopción de un contrato interno, el Protocolo Familiar, que regule y ampare el proteccionismo de estas empresas, tanto en su planificación, como en su funcionamiento y en el relevo generacional.

La segunda parte trato el desarrollo del Protocolo Familiar. Su contenido está formado por toda una serie de reglas morales, éticas y jurídicas, cuya finalidad ulterior es la transmisión generacional, y la armonía entre los miembros. Aquí es donde se estudia su estructura como pacto parasocial, con un claro contenido contractual, así como su encuadre societario. Se analiza la pretendida inoponibilidad de lo parasocial, frente a la sociedad y a terceros ajenos al contrato pero con relación directa o indirecta, para concluir con el reconocimiento actual de estos contenidos parasociales en base a la publicidad registral de la existencia de los mismos.

La tercera parte abre el campo del arbitraje dentro de las cláusulas tendentes a la búsqueda de la “paz familiar” sin trascendencia de los conflictos internos, y su encuadre en las relaciones del núcleo familiar con terceros ajenos a dicho núcleo pero que se pueden ver afectados por dichas soluciones laudadas. Analizamos más ampliamente dentro del derecho comparado, para terminar observando su control jurisdiccional. Analizamos sus características y su adopción como alternativa a la tutela judicial, con sus ventajas e inconvenientes, sus tipos y aspectos que le irriga validez entre las partes suscriptoras del convenio arbitral. Termino con el estudio del control jurisdiccional del arbitraje, y la importancia que subyace en un contrato con vocación de defensa de la familia cual es el Protocolo Familiar cuyas disputas no deberían trascender todo y ser societarias y a las que responde, por la propia estructura no publicista que la actual Ley de Arbitraje supone, el sistema arbitral.

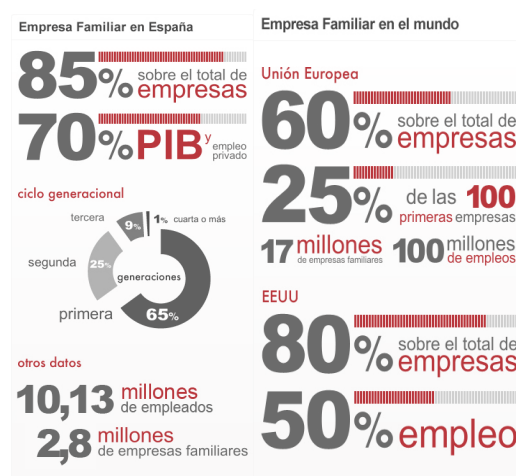
No quisiera concluir esta introducción sin dar constancia de mi más sincero agradecimiento a todas aquellas personas que en un momento determinado confiaron en mí o me han apollado, a lo largo no sólo de estos años de trabajo, sino con anterioridad cuando ya acunaba la idea, e iba recogiendo citas, artículos, libros y referencias sobre el Protocolo Familiar y sobre el Arbitraje. Mi especial reconocimiento al Departamento de Derecho Procesal de la UNED, cátedra de Don Vicente Gimeno Sendra, con la Dirección de la Catedrática Doctora María Corazón Mira Ros, quienes confiaron en el desarrollo de esta tesis, y quienes pacientemente aceptaron el reto de un profano y me dejaron trabajar en libertad. Y mi más sincero agradecimiento a la profesora Catedrática Remedios Morán y a su Departamento por la comprensión y ayuda de que he sido objeto. Sinceramente, Gracias.



## I PARTE.- CÓMO DEFINIR “EMPRESA FAMILIAR”

### 1) La empresa familiar como “realidad económica”.

Partamos de la idea de definir “empresa familiar”. La empresa familiar constituye una realidad que nace de dos conceptos aparentemente faltos de conexión: empresa y familia. Con gran importancia económica en España, el componente familiar hace que con cada cambio generacional deba someterse a tensiones que la hace peligrar. En datos del Instituto de Empresa familiar <sup>1</sup> constituye en la actualidad:



Buscar en la génesis para llegar a vislumbrar una definición en este campo resulta esencial y son múltiples los autores que han partido de su nacimiento como expresión para concluir sus características. Una aproximación interesante la hace TAIPÉS<sup>2</sup>, al estudiar su origen y su evolución. Las referencias históricas desde un punto de vista económico dan cuenta de la existencia formal de este tipo de entidades desde el año 578, incluso antes del siglo X<sup>3</sup>. Entre las empresas familiares más antiguas del mundo figuran Kongo Gumi Co., quien habría operado en el sector de construcción aproximadamente durante 1400 años, Hoshi Ryokan considerado el

<sup>1</sup> [http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras\\_familia.html](http://www.iefamiliar.com/web/es/cifras_familia.html), consultado 12 mayo de 2015

<sup>2</sup> TAIPÉS, J., “*Empresa Familiar: Ni tan pequeña, ni tan joven. Una renovada aproximación a la edad y el tamaño de la empresa familiar española*”, Fundación Jesús Serra, Barcelona 2009, pp. 12 y ss.

<sup>3</sup> ESPINOSA, F., “*La empresa familiar como problema*”, en “*Revista de Derecho Mercantil*”, 283 (2012), p.35.



hotel más antiguo del mundo, la Pontificia Fonderia Marinelli (1000) que realizaba trabajos artísticos en la fabricación de campanas que lucen en varias de las estructuras más emblemáticas del mundo, la Bodega Château Goulaine (1005), la tercera empresa familiar más antigua del mundo que ofrece servicios de hospedaje y herrería, o Aceites Barone Ricasoli (1141) dedicada desde sus orígenes a la producción de vinos y aceites, entre otras<sup>4</sup>.

DE ARQUER<sup>5</sup> defiende que las empresas familiares son instituciones connaturales al hombre y como tales se encuentran entre las instituciones más antiguas de la historia de los sistemas económicos, por lo que sólo el deseo o la exigencia de su desaparición podría evitar la probabilidad de su perdurabilidad.

Este carácter familiar impregna en la actualidad a algunas empresas cuya génesis las sitúa entre las más antiguas del mundo. Este es el caso de la empresa “Ford Motor Company” con 110 años de creación, gestionada por su cuarta generación y con sostenimiento en el mercado<sup>6</sup>. Como podemos intuir también en Europa existen antiquísimas empresas de origen familiar. Así, por ejemplo, en la industria automovilística francesa tiene especial importancia empresas como Peugeot, Renault, y, en otros sectores, Siemens, o el Grupo Rothschild<sup>7</sup>.

Jurídicamente debemos relacionar su origen con la vinculación de economía y matrimonio, con derivación del tratamiento del régimen matrimonial de la sociedad conyugal, aunque será precisamente este nacimiento del matrimonio la que marcará las diferencias por su naturaleza jurídica. El matrimonio ofrecía la posibilidad de articular las relaciones entre los cónyuges, entre éstos con sus hijos, eventualmente con sus ascendientes, ocasionalmente con sus hermanos, e incluyendo ciertamente las relaciones con terceros ajenos a la familia. Será el régimen de gananciales donde resultará posible encontrar una configuración primaria de la empresa familiar, identificándose como tal a toda unidad económica de producción, organización de capital y trabajo con fines de producción y de mediación en el mercado de bienes y servicios, o sólo de lo último. Esto

---

<sup>4</sup> PRESS, E., “*Empresas de familia: De conflicto a la eficiencia ¿Cómo se construyen y cómo se sostienen? ¿Condenadas a desaparecer? ¿Obligadas a subsistir?*”, Granica, Buenos Aires 2011, pp. 203-211. Algunos otros datos interesantes respecto de las historias de las empresas familiares en América Latina pueden encontrarse en CASANOVA, L., *Algunas claves de la longevidad de las empresas familiares brasileñas*, en “Apuntes: Revista de ciencia sociales”, 70 (2012), pp. 273-300.

<sup>5</sup> DE ARQUER ARMANGUÉ, J., “*La empresa familiar*”, Ediciones Universidad de Navarra, Barcelona 1979, p. 315.

<sup>6</sup> POZA, E., “*Empresas familiares*”, CENAGE Learning Editores, México D.F., 2011, 3.<sup>a</sup> ed., p. 23.

<sup>7</sup> GARCÍA CANTERO, G., “*Empresa familiar y sociedad de gananciales*”, en V. GARRIDO DE PALMA (dir.), *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Editorial Civitas, Madrid 1995, pp. 84-85.

explicaría por qué las primeras configuraciones en el Derecho positivo de la empresa familiar sería lo equiparable a las explotaciones industriales, ganaderas o agrícolas<sup>8</sup>.

El salto a la economía posterior dio lugar a esta tipología de empresas en otros sectores diferentes, fruto de la propia evolución de la economía de producción aunque no desligados de la relación familiar. Así por ejemplo existen empresas familiares que han desarrollado sus actividades en sectores como el textil, la alimentación o la hostelería. Actualmente, el hotel más antiguo del mundo se encuentra bajo la dirección de la familia Hoshi quien tras 1289 años de explotación continua llegó a la cuadragésima sexta generación. El apellido de la familia se mantiene y se verifica en el actual patriarca de la familia, que además dirige la empresa, Zengoro Hoshi<sup>9</sup>. También son connaturales al desarrollo natural del patrimonio, o la continuidad de una postura ideológica<sup>10</sup>. Tal es el caso de las empresas familiares que ha desarrollado su actividad en prensa, como sucede con la familia Sulzberger propietaria del diario *New York Times*, la familia Graham propietaria del *Washington Post*, o la familia Murdoch propietaria del *Wall Street Journal*.

En el ámbito más doméstico y cercano en el tiempo de nuestro ordenamiento, las primeras empresas familiares que aparecen reguladas como tales son las empresas familiares agrarias, las cuales fueron definidas a través de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes. Actualmente esta norma se encuentra derogada, sin embargo cabe resaltar que dicha norma fue desarrollada por el RD 419/1985, de 6 de marzo, por el que se desarrolla la modernización de las explotaciones familiares agrarias y otros aspectos de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre. Esta última ley fue derogada por Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias. El artículo 2 de la mencionada Ley definía lo que debía entenderse por una empresa familiar agraria señalando lo siguiente:

*“A los efectos de esta Ley, se entiende por explotación familiar agraria el conjunto de bienes y Derechos organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria, primordialmente con fines de mercado, siempre que constituya el medio de vida principal de la familia, pueda tener capacidad para proporcionarle un nivel socioeconómico análogo al de otros sectores y reúna las siguientes condiciones: a) Que el titular desarrolle la actividad empresarial agraria como principal, asumiendo directamente el riesgo inherente a la misma. b) Que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia, sin que la aportación de mano de obra asalariada fija, en su caso, supere en cómputo anual a la familiar en jornadas efectivas.”*

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>9</sup> PRESS, E., “*Empresas de familia: De conflicto a la eficiencia ¿Cómo se construyen y cómo se sostienen? ¿Condenadas a desaparecer? ¿Obligadas a subsistir?*”, Granica, Buenos Aires 2011, p. 207.

<sup>10</sup> POZA, E., “*Empresas familiares*”, CENAGE Learning Editores, México DF, 2011, 3ª ed., p. 4.

Deberemos plantearnos algunas consideraciones para generar un concepto o definición de empresa familiar, pero no pudiendo dejar de lado, pese a la dificultad de definirla, que la realidad jurídico-económica pasa por la presencia de una familia que ejerce el control sobre la empresa. POZA señala que en un estudio exhaustivo sobre empresas familiares se encontraron 21 definiciones diferentes de *empresas familiares* en la revisión que efectuaron a 250 artículos de investigación de donde podemos suponer en la búsqueda de una definición uniforme conclusiones distintas<sup>11</sup>.

## 2) Concepto de empresa familiar y notas esenciales. Su regulación.

El Derecho evoluciona de su adaptación sucesiva a la realidad, de la observación como una de las herramientas metodológicas más importantes en el estudio del Derecho<sup>12</sup>, y evidencia que la empresa familiar es un modelo de empresa socioeconómica que pretende armonizar dos importantes instituciones sociales, regidas por distintos valores, a veces antagónicos: por un lado, la empresa, que se rige por la competencia, el rendimiento y los resultados; y, por otro, la familia, que se rige por la protección y la lealtad<sup>13</sup>. Es por ello que esta forma de organización jurídico-económica carece de reflejo específico en la mayoría de los ordenamientos, donde no existe una definición legal que permita delimitar su ámbito de aplicación y entender de una manera eficiente su operatividad<sup>14</sup>. La única excepción está en el Derecho italiano. En este caso, la regulación de la empresa familiar fue introducida al ordenamiento por la Ley 151, de 19 de mayo de 1975, de reforma del Derecho de Familia. En esta norma se regula a la microempresa familiar como una empresa de titularidad individual y régimen societario imperativo, en el que participan todos los miembros de la familia dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, que aportan su trabajo, otorgando la norma a cada uno ellos una participación.

Esto no es equivalente a desregulación positiva, como ponen de manifiesto algunos pronunciamientos de los tribunales que han tenido que resolver las controversias

---

<sup>11</sup> POZA, J., “*Empresas...*”, cit., p. 4.

<sup>12</sup> GARRIGUES, J., “*Curso de Derecho mercantil*”, Editorial Temis, Bogotá 1987, 7.<sup>a</sup> ed. pp. 18, 25 y ss.

<sup>13</sup> CHULIÁ, F., “*Organización jurídica de la sociedad familiar*”, en A. Navarro Salinas (ed.) *et. alii*, *Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen IV, McGraw, Madrid 2002, p. 4536. Así también puede consultarse RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “*La empresa familiar en el ámbito mercantil*”, Edersa, Madrid 2000, p. 20.

<sup>14</sup> CHULIÁ, F., “*Organización jurídica de la sociedad familiar*”, en A. Navarro Salinas ed. *Et alii*, *Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen IV, McGraw, Madrid 2002, p. 4530.

planteadas en el seno de estas empresas. Según sostiene CERDÁ ALBERO, en alguna ocasión la jurisprudencia ha tenido en cuenta la circunstancia de tratarse de una sociedad familiar para mitigar las consecuencias del incumplimiento de ciertos deberes, como el de la llevanza de contabilidad. Y recoge algún ilustrativo ejemplo, como la Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de febrero del 2000 que rechaza la responsabilidad de los administradores pretendida a través del ejercicio de la acción social de responsabilidad. En esta sentencia se reconoce la antijuridicidad de la conducta de los administradores pero atenúa sus consecuencias, entre otras razones, porque se trata de una sociedad familiar que había vivido a espaldas de la normativa societaria con consentimiento y beneplácito de todos los socios<sup>15</sup>.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos por plantear una definición clara respecto de los límites objetivos y subjetivos de la empresa familiar, todavía existen dificultades formales para establecer un concepto dotado de suficiente alcance delimitador. Estas dificultades para alcanzar un concepto unívoco de “empresa familiar” encuentran su origen en la pluralidad de significados que, en el ámbito del Derecho, tienen tanto el concepto “empresa” como el de “familia”, individualmente considerados. En tal sentido, resulta interesante utilizar algunos rasgos proporcionados por otras áreas del conocimiento e intentar incorporarlos al mundo de lo jurídico, pero sin entrar en disquisiciones sobre ambos conceptos.

De recurrido ejemplo desde la perspectiva económica la delimitación de la empresa familiar tiene como referente el modelo de los “tres círculos”<sup>16</sup> mediante el cual es posible reflejar, gráficamente, los distintos intereses y la variedad de las relaciones que pueden establecerse entre los miembros de una familia y que además pertenecen a la empresa. Este modelo fue ideado por los norteamericanos Jonh Davis y Reante Tagiuri, y se ha convertido en un modelo clásico para explicar de forma gráfica las interrelaciones de carácter afectivo y material que se derivan de los tres grupos de personas involucrados en una empresa de tipo familiar<sup>17</sup>. El punto de partida es el reconocimiento de la empresa familiar como un macrosistema en cuyo interior se estructuran tres subsistemas: familia, propiedad y empresa, que se representan como círculos parcialmente superpuestos.

*“En el círculo familia se encuadran aquellos sujetos que son miembros de ésta, pero que, al mismo tiempo, pueden ser o no ser socios, directivos o trabajadores de la*

---

<sup>15</sup> CERDÁ ALBERO, F., “La empresa familiar: una noción relativa”, en VICENT CHULIÁ, F., “El buen gobierno de las empresas familiares”, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pp. 67-103.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A., BELLVER SÁNCHEZ, A., Y SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, A., “Empresa Familiar: Manual para empresarios, claves para su correcta organización y continuidad”, Ediciones Deusto, Barcelona, 2005, pp. 19 y ss.

<sup>17</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M., “Régimen Jurídico de la Empresa Familiar”, Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 15- 73.

*empresa familiar; se ponen de manifiesto, pues las relaciones que los miembros de la familia podrán entablar en esos distintos órdenes o roles.*

*En el círculo propiedad se integran los socios-titulares de partes sociales, quienes, en principio, pueden ser (o no) miembros de la familia, y simultáneamente, pueden ostentar (o no) cargos de administración y dirección en la empresa; en este contexto es esencial la configuración del reparto de capital, que suele estar total o mayoritariamente en manos de familia que ejerce el control de la sociedad o el grupo familiar, y que pretenderá mantenerlo restringiendo la posible transmisión de las partes de capital.*

*Finalmente, en el círculo empresa, quedarían englobados aquellos sujetos cuya participación en la empresa familiar se justifica, esencialmente, por su contribución a la gestión y el trabajo, debiendo resolverse cuestiones tales como la estructura organizativa de la gestión o administración, los requisitos para el acceso a cargos de gestión o funciones ejecutivas por parte de los miembros de la familia o de las distintas ramas familiares, las relaciones con los administradores que no sean familiares ni socios así como el delicado problema del trabajo familiar y la conveniencia de prefijar las condiciones para la incorporación a puestos de trabajo de los miembros de la familia.”*

La superposición de esos tres círculos muestra la existencia de distintos grupos de personas, cada uno con sus propios intereses. Como explica SÁNCHEZ-CRESPO, si los intereses de los integrantes del sistema convergen en la misma dirección, lo que no suele ser fácil, la empresa familiar no se verá afectada negativamente por este entramado de relaciones; si por el contrario, y como ocurre con frecuencia, esos intereses son divergentes, se crearán tensiones entre ellos que afectarán inevitable y negativamente a la empresa y deteriorarán las relaciones familiares<sup>18</sup>.

Bajo la perspectiva antes descrita lo importante es estudiar la empresa familiar como un sistema social, dinámico y complejo compuesto por los tres subsistemas descritos, en los cuales la integración se logra a través del ajuste recíproco entre dichos subsistemas<sup>19</sup>. La importancia de estas afirmaciones reside en tomar conciencia de que la interacción del concepto se enfoca en dos ámbitos, familia y empresa, que no son realidades estáticas sino en permanente evolución y adaptación. Para que la organización de la entidad sea correcta, los subsistemas deben integrarse de tal manera que todo el sistema funcione de manera unificada. Esta

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>19</sup> CASADO, F., *Prólogo*, en J. AMAT CORONA Y J. CORONA (ed.), “*El Protocolo Familiar: la experiencia de una década*”, Deusto, Barcelona 2007, p. 16.

interacción determinará los resultados de todo el sistema y brindará mutuos beneficios a todos sus integrantes<sup>20</sup>.

Como se ha puesto de manifiesto en Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, el cual tiene por finalidad regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad, la doctrina económica ha servido de base al mundo jurídico y ha planteado, aunque con ciertos matices, algunas definiciones que ha incorporado, posteriormente, a instrumentos jurídicos. En el fondo, el ser miembro de una familia y parte de una empresa no es sino una situación de hecho cuya relevancia se pone de manifiesto ante la ocurrencia de un efecto legal concreto.

Desde la década de los 90 la legislación de la Unión Europea ha mostrado un interés creciente por las empresas familiares, aunque la orientación de dicho interés provenía de las políticas de fomento de las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES), pues era usual identificar como una de las características de la empresa familiar su reducido tamaño. Sin embargo, es evidente que no debe confundirse el concepto PYME con el concepto de empresa familiar. En efecto, la primera supone unas limitaciones cuantitativas, en cuanto a número de trabajadores que, sustancialmente, no existen en la segunda que cubre el amplio espectro que va desde el pequeño ultramarino del pueblo, hasta la gran empresa que produce miles de millones de euros con una cantidad significativa de empleados. Con este y otros alcances, sobre todo estadísticos, en nuestros días resulta menos común hacer esta equiparación. Sobre el particular, TAIPÉS explica las proyecciones estadísticas desde el año 2005 que han permitido eliminar dos creencias populares bastante arraigadas, no sólo en las comunidades europeas, sino también en sectores de América Latina. En este sentido, es posible afirmar que la empresa familiar en España no es tan pequeña ni tan joven como se cree<sup>21</sup>.

Entre los documentos elaborados por las Instituciones europeas que mostraban la preocupación por la situación de la PYMES, e indirectamente por la empresa familiar, cabe referirse a los siguientes:

- Recomendación 1994/1069/CE, de 7 de diciembre, sobre transmisión de las pequeñas y medianas empresas, en el cual se afrontaba la problemática sobre la transmisión de la empresa y se pone de manifiesto la preocupación por la continuidad de las empresas y el otorgamiento de facilidades fiscales.
- Recomendaciones del Foro de Lille (Francia) del 3 y 4 de febrero de

---

<sup>20</sup> PRESS, E., “*Empresas de familia...*”, cit., pp. 71-74.

<sup>21</sup> TAIPÉS, J., “*Empresa Familiar...*”, cit., p. 10.

1997 el cual se reunió con la finalidad de conocer los avances de la Recomendación anterior, y al mismo tiempo con el propósito de invitar a los Estados miembros a adoptar medidas legislativas y soluciones de la práctica privada como pactos de empresa o protocolos familiares, cuyo detalle especifica EGEA FERNÁNDEZ<sup>22</sup>. En este foro se hizo el balance de los progresos que había experimentado la legislación comunitaria europea que entonces disponía de algunas recomendaciones y comunicaciones relativas a las empresas familiares sobre todo respecto de algunos beneficios en materia fiscal.

- Recomendación 96/280/CE, de 3 de abril de 1996, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas. En este documento se destaca el carácter familiar que suelen tener las medianas y pequeñas empresas planteando una equiparación entre uno y otro concepto. Dicha identificación se mantiene a largo de los siguientes años hasta el 2001, por lo que era usual utilizar la misma definición. En este año se publica el “*Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar*” y a partir de este documento se comienza a trabajar con mejores aciertos una definición. El éxito del proyecto no estaba garantizado y reflejo de ello es la superficial definición de empresa familiar que se emplea en la Exposición de Motivos del RD 171/2007 de 9 de febrero por el que regula la publicidad de los protocolos familiares.
- Comunicación de la Comisión de 28 de marzo de 1998, sobre Transmisión de las pequeñas y medianas empresas. En esta comunicación, específicamente se hace referencia a los protocolos familiares y se les reconoce como instrumentos capaces de garantizar la gestión de la empresa de una generación a otra.
- Informe final del Grupo de Expertos sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas, de mayo de 2002 en el cual resaltan las buenas prácticas que algunos países tienen respecto de los beneficios fiscales en el momento de la sucesión. CHULIÁ recoge como en los países europeos se proponía a los Estados introducir mejoras en las condiciones fiscales para facilitar la creación y desarrollo de este tipo de empresas<sup>23</sup>.

Todo y los diferentes intentos de estudiar metodológicamente la empresa familiar, en ninguno de los documentos resultantes se estableció un concepto legal uniforme, con sustantividad propia, independiente de su dimensión y de su forma. Así, hasta el año 2007, no era extraño que se recurriese en algunos casos a la Recomendación

---

<sup>22</sup> EGEA FERNÁNDEZ, J., “*Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos*”, en «Revista para el análisis del Derecho InDret», 3 (2007), pp. 4 y ss.

<sup>23</sup> CHULIÁ, F., “*Organización jurídica...*”, cit., p. 4553.

2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas. Sin embargo, en el contexto económico esta referencia se acepta cada vez menos ya que, como se ha indicado, el carácter familiar de una empresa no depende de su tamaño. Pero la doctrina no cesa en el empeño por encontrar un concepto<sup>24</sup>. Para lograr una mayor aproximación será necesario recurrir a la técnica que remarca QUIJANO GONZÁLEZ de “*sumar elementos típicos y lograr una definición a través de la suma de varios de sus caracteres*”<sup>25</sup>.

Y aquí es donde toma peso la tesis de Davis y Tagiuri de los tres círculos, y así es como la utilización de algunos otros elementos han permitido identificar algunas características que distinguen a este tipo de empresas; y bajo tales consideraciones se ha llegado a sostener que empresa familiar será aquella que reúna las siguientes características:

*“Participación (propiedad): Una familia con una participación importante, normalmente la mayoría del capital social.*

*Control: Como consecuencia de dicha participación la familiar debe ejercer el control de la empresa.*

*Gestión (administración): Al mismo tiempo que se ejerce el control, la familia debe participar de la gestión, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría en el Consejo de Administración.*

*Vocación de continuidad: El deseo de la familia de continuar con la empresa en el tiempo, incorporando a la propiedad, gestión o dirección, a las siguientes generaciones.”*

Esta tesis se encuentra recogida en el Informe de la *Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar* constituida en la Comisión de Hacienda del Senado en noviembre del 2001 en la cual se reconoció en consenso algunas de las

---

<sup>24</sup> Entre algunos autores que brindan algunas definiciones sobre “empresa familiar” pueden resaltar: DE ARQUER ARMANGUÉ, J., “*La Empresa...*”, cit., p. 18; FERNÁNDEZ GIMENO, J., Y REYES LÓPEZ, M., “*La Empresa Familiar*”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2000, pp. 57; GARRIDO DE PALMA, V., *2La empresa familiar ante el Derecho: el empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Editorial Civitas, Madrid 1995, pp. 87; RODRÍGUEZ DÍAS, I., “*La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*”. Edersa, Madrid 2000; ESPINOSA, F., “*La empresa familiar...*”, cit., pp. 33-75; F. NOGALES LOZANO, *Empresas familiares...*, cit., p. 37.; E. PRESS, *Empresas de familia...*, cit., pp. 58-61; P. LEACH, *La empresa...*, cit., pp. 35-38.; En los textos de F. VICENT CHULIÁ, *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Editorial Aranzadi, Navarra 2004 y en IDEM, *Organización jurídica de...*, cit., p. 4553 se encuentra una definición de “empresa familiar” con la identificación de “sociedad familiar”.

<sup>25</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J., “*Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar*”, constituida en la Comisión de Hacienda del Senado (Octubre 2000) en “*Revista de Derecho de Sociedades*”, (18) 2002, pp. 367-381.



características de las empresas familiares y éstas son las que se utilizarán como rasgos esenciales para definir nuestro objeto de estudio. Estas características son:

*“Que una familia, para el supuesto de empresa unifamiliar, tenga una participación importante, que normalmente es la mayoría, del capital social. Que en base a dicha participación la familia pueda ejercer el control de la empresa. Que la familia participe en la gestión y/o de la empresa, ocupando normalmente para el supuesto de empresas societarias la totalidad o la mayoría en el Consejo de Administración. Un factor temporal que prácticamente la totalidad de los autores especializados destaca, que es el deseo de la familia de que la empresa continúe en el tiempo, incorporando en la propiedad y/o en la gestión o dirección, a las siguientes generaciones de la familia”<sup>26</sup>.*

La doctrina ha identificado diversos elementos sobre los cuales hacer descansar un concepto de empresa familiar. Entre los más citados figuran las generaciones de la familia que intervienen en la empresa; el porcentaje de participación de la familia en el capital de la empresa; el desempeño de funciones ejecutivas o similares por la familia propietaria en la empresa; la intención de mantener la participación de la familia en la empresa; y que los descendientes del fundador tengan el control sobre la gestión y/o sobre el gobierno de la empresa. Sin embargo, esta identificación no ha sido del todo pacífica, y se han formulado algunas objeciones<sup>27</sup>. GARRIDO MELERO concluye que en la diversidad de definiciones se observa que los autores recogen elementos diversos para hacer descansar en ellos el concepto de empresa familiar, remarcando los indicados al principio de este párrafo como aglutinantes en las definiciones.

Se ha afirmado que la titularidad de la empresa debe pertenecer a personas vinculadas por parentesco, pero no es evidente qué nivel de participación en la propiedad es necesario, sobre todo cuando la familia no es propietaria de la totalidad de los bienes<sup>28</sup>. Tampoco es evidente cuál es el grado de participación en la dirección de la empresa que deben tener los miembros del grupo familiar. Para

---

<sup>26</sup> El 26 de septiembre del 2000 se acordó por el Pleno de la Cámara la creación, dentro de la Comisión de Hacienda, de una Ponencia de Estudio para la problemática de la Empresa Familiar; la cual ha venido desarrollando sus trabajos desde el día 10 de octubre de 2000. ÍDEM, p. 369.

<sup>27</sup> La variedad de elementos que integran la definición de empresa familiar puede encontrarse en ROCA JUNYET, M., *“La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”*, en GARRIDO MELERO, M., Y FUGARDO ESTIVILL, J., (coord.) *et alii*, *“El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos.”*, Tomo IV, Librería Bosch, Barcelona 2005, p. 30.

<sup>28</sup> CURIEL LORENTE, F., PARRA LUCÁN, M., Y YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA, J., *“La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés. Aspectos sustantivos”*, en Actas del XI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza (s.f.), p. 90.

algunos, tal participación ni siquiera se considera imprescindible<sup>29</sup>. En este sentido se ha llegado a considerar que la profesionalización de la gestión, encomendándola a expertos externos a la familia, puede ser beneficiosa para la empresa.

Llegados a este punto es posible sostener, aunque con un fin más descriptivo que científico, que la definición de la empresa familiar se basa en tres rasgos fundamentales: a) la tenencia de una participación importante o mayoritaria en el capital por parte de una familia, b) la posibilidad de ejercer el control, c) la participación en la gestión con vocación de permanencia en el tiempo.

En la Exposición de Motivos del RD 171/2007, del 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, se recoge una definición amplia de las empresas familiares describiéndola como: “*Aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenece, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí.*”.

De esta manera, la propia disposición, huyendo de plantear una definición de lo que debe entenderse por empresa familiar, se limita a sostener: “*En lo que interesa, a los efectos de este RD, será familiar una sociedad de personas o capital en la que existen un protocolo que pretende su publicidad.*”.

En cualquiera de los casos, se suele aceptar que una empresa familiar es una organización bajo la dirección de una familia en la que dos o más miembros de ésta trabajan en la organización. WONG CAM profundiza en encontrar una definición por sus características y concluye que, en su identidad como empresa, presenta las mismas características que cualquier otra, pero con la diferencia esencial de su íntima conexión con un grupo familiar<sup>30</sup>. Para SÁNCHEZ-CRESPO se trata de una institución que participa de la esencia de un contrato de sociedad pero que requiere de ciertas normas que es preciso cumplir a fin de superar y prevenir problemas<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> SÁNCHEZ RUIZ, M., “*Régimen Jurídico...*”, cit., pp. 15-21.

<sup>30</sup> WONG CAM, D., “*Empresas familiares: camino de exportación competitiva en mercados emergentes*”, Universidad del Pacífico, Lima 2010, pp. 12-17.

<sup>31</sup> SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A., BELLVER SÁNCHEZ, A., Y SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, A., “*Empresa Familiar: Manual para empresarios, claves para su correcta organización y su continuidad*”, Ediciones Deusto, Barcelona 2005, pp. 19 y ss. Coinciden con estas afirmaciones el profesor Peter Leach quien plantea la necesidad de crear un plan de *management* para que la empresa sea dirigida no sólo por descendientes de los fundadores, sino que además sean descendientes con cultura y formación empresarial. LEACH, P., “*La empresa familiar*”, Granica, Buenos Aires 2013, 1.<sup>a</sup> reimpr., pp. 125-150.

### 3) La empresa familiar y los sistemas de resolución de conflictos: el Protocolo Familiar.

Ya me he pronunciado anteriormente sobre que el desarrollo de la empresa familiar deriva de la interacción de dos de las más importantes instituciones sociales: la empresa y la familia. Mientras que la primera se rige por la búsqueda del beneficio, la segunda se rige por la idea de solidaridad, lealtad y afecto. A consecuencia del contacto e intersección de ambas realidades surgen los problemas de la empresa familiar<sup>32</sup>.

BIOSCA nos indica que los problemas por los que puede atravesar este tipo de empresa, sin ánimo de ser exhaustivos, son los siguientes: el nepotismo, el endeudamiento, la autocracia y paternalismo, la parálisis directiva y la resistencia al cambio, la manipulación familiar, la contratación de personal no cualificado, el exceso de seguridad<sup>33</sup>.

Con mayor exactitud, GALLO, a través de un esquema bastante dinámico, explica que si bien este tipo de empresa tiene un reconocido número de ventajas, es posible que se presenten situaciones de desavenencia que, debido a su particular carácter familiar, se conviertan en verdaderos cauces de extinción no sólo de la empresa, sino también de las relaciones familiares. En este sentido se identifican cuatro “trampas” de la empresa familiar: i) la confusión entre ser propietario de la empresa familiar y tener capacidad para dirigirla, ii) la confusión de flujos económicos, iii) la confusión de lazos de afecto, propios de la familia, con los lazos contractuales, propios de la empresa, iv) retrasar innecesariamente la sucesión<sup>34</sup>. A decir del mismo autor, estas cuatro trampas son realmente importantes pero resultan particularmente insignificantes si se les compara con una trampa mayor, y que consiste en “creerse inmunizado”, es decir, en pensar que no se caerá en ningún conflicto porque se poseen conocimientos adecuados y se tienen actitudes contrarias.

PRESS nos indica que los problemas de la empresa familiar pueden ser entendidos desde diversas ópticas y pueden ser tratados desde distintos enfoques<sup>35</sup>. NAVARRO nos indica que en el interior de este tipo de empresas los conflictos presentan ciertas peculiaridades debido a la coexistencia de dos sistemas de

---

<sup>32</sup> GOMÁ LUZÓN, I., “*El protocolo familiar*”, en GARRIDO MELERO, V., Y FUGARDO ESTIVILL, L., (coord.) *et alii*, “*El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*,” Tomo IV, Librería Bosch, Barcelona 2005, p. 656.

<sup>33</sup> BIOSCA, D., “*Empresa y Familia: Problemas y Soluciones*”, Ediciones Gestión 2000, Barcelona 2003, pp. 15- 59.

<sup>34</sup> GALLO, M., “*La empresa familiar*”, Ediciones Folio, Barcelona 1997, pp. 17-22.

<sup>35</sup> PRESS, E., “*Empresas de familia...2*, cit., pp. 103-134.

actuación conjunta: la empresa y la familia<sup>36</sup>. La gestión de la empresa familiar no se debe realizar como la gestión de cualquier empresa tradicional (ordinaria o común). Si esto fuera así, el éxito de la empresa se lograría con resolver los problemas de manera tradicional. Y para ello sería suficiente revisar la literatura especializada sobre particular. FERNÁNDEZ TRESGUERRES sostiene que la interacción de los diferentes elementos de la empresa familiar generan problemas de confusión y que de no ser resueltos conducirían a un eventual deterioro de las relaciones en particular y de la empresa familiar en general. Esta interacción de sistemas, en ocasiones, provoca una superposición de roles tanto familiares como empresariales, de manera que en la sociedad el cónyuge suele ser al mismo tiempo padre, gerente y accionista; y el hijo es a la vez director comercial, consejero y hermano<sup>37</sup>.

En este escenario, el conflicto organizacional típico entre el gerente y director comercial, toma una nueva dimensión derivada de los lazos de parentesco que agregan factores emocionales a los estrictamente profesionales, dejando de lado el aspecto puramente técnico. Esto sucede así porque los miembros de la familiar tienden a interactuar de la misma manera y bajo los mismos patrones que se dan en la familia, con independencia de los escenarios en que se encuentren.

La situación de conflicto surge cuando se confunden los roles empresariales y los roles familiares, y se carece de un objetivo común que, en la toma de decisiones, resulte priorizado respecto de los objetivos personales. Las mayores causas de mortandad de este tipo de empresas se originan en los conflictos familiares. La solución de estos conflictos internos por la idónea vía del acuerdo presenta especiales dificultades debido, fundamentalmente, al componente emocional del conflicto y a la confusión de intereses, por lo que es aconsejable la resolución de los conflictos mediante sistemas alternativos al judicial. De este modo, la persona u órgano encargado de resolverlos puede manejar conceptos, intereses y posiciones, no solo de carácter general, empresarial o comercial, sino también personales y familiares.

Con referencia a la actual legislación de las sociedades mercantiles españolas, MARTÍNEZ-MOYA explica algunas de las formas que puede tomar un conflicto en el interior de las sociedades familiares y señala como conflictos típicos los siguientes: falta de disposición a la celebración de juntas universales (en este supuesto, toda reunión de la Junta General pasa, de ser celebrada de manera informal

---

<sup>36</sup> Una apreciación bastante sistematizada sobre el particular puede encontrarse en NAVARRO, P., (ed.) *“Liderazgo y recursos humanos. Análisis del comportamiento organizacional”*, Bresca Editorial, Barcelona 2010.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., *“Esquema para la redacción de un protocolo familiar”*, en *“Revista de Derecho de Sociedades”*, 19 (2002), pp. 161-167.

y sobre la base de adopción de acuerdos en por consenso, a tener que ser convocada formalmente, lo que supone mayores inconvenientes y costes si, además, por la forma social elegida o por la falta de previsión estatutaria al respecto, la sociedad ha de acudir a la publicación de anuncios en periódicos y BORME); solicitudes de convocatoria de Junta General extraordinaria con extravagantes puntos del orden del día que los administradores se ven obligados a complementar, so pena de verse expuestos a un procedimiento de convocatoria judicial; ejercicio excesivo del Derecho de información en la Junta General, sometiendo a los administradores a extensos cuestionarios, antes y durante la celebración de la Junta, generando tensión entre los intereses de la sociedad y el de los propios socios; sistemática solicitud de levantamiento de acta notarial de la Junta General forzando la intervención del fedatario público en las reuniones, con el consiguiente coste económico y de gestión de su celebración; nombramiento de auditores en los casos en los que la sociedad no tiene la obligación de verificar sus cuentas anuales; entre otros. En la mayoría de estos casos el conflicto suele desembocar en sistemáticas impugnaciones de los acuerdos sociales adoptados por la mayoría que difícilmente podrán ser resueltas de forma completamente satisfactoria<sup>38</sup>.

Los tribunales procuran resolver la realidad extra societaria que subyace en el conflicto de la forma más adecuada, para lo que recurren a figuras tales como el abuso de Derecho, la buena fe, el levantamiento del velo, entre otras. Sin embargo el resultado no siempre es eficiente. Sobre el particular, la Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar propone tres interesantes métodos como mecanismos alternativos para la solución de conflictos en las sociedades de carácter familiar en los que no se cuenta con el adecuado consenso familiar, sosteniendo como ventajosa la posibilidad que la empresa familiar recurra a los diferentes mecanismos alternativos de solución de conflictos<sup>39</sup>.

La adopción de un PROTOCOLO FAMILIAR que regule los aspectos organizativos y de funcionamiento de la empresa familiar puede paliar algunos de estos problemas. Por ejemplo es posible plantearse la planificación de los órganos de gobierno, pasando por el acceso a los puestos de trabajo de miembros de la familia o externos a ella, o preveer medidas económicas para hacer frente a posibles situaciones que se planteen. Así, también se puede planificar el funcionamiento de la familia mediante el llamamiento a reuniones periódicas de la asamblea familiar con todos los miembros de la familia para tratarse, unir lazos y pasar ratos agradables juntos. O, en todo caso, se pueden establecer cláusulas testamentarias para la sucesión de la empresa familiar, o modelos de capitulaciones matrimoniales que prevean el régimen económico matrimonial y situación

---

<sup>38</sup> MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M., “*La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario*”, SÁNCHEZ RUIZ, M., (coord.) *et alii*, “*El régimen jurídico de la empresa familiar*”, Thomson Reuters, Navarra 2010, pp. 203-225.

<sup>39</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, *Guía para la... cit.*, pp. 93-102.

patrimonial en caso de ruptura del matrimonio. Para ello es importante distinguir los elementos personales y los elementos objetivos, tales como los instrumentos o acuerdos con contenidos dirigidos a la prevención y solución de las disputas empresariales que a su vez permiten configurar las funciones y requisitos de los elementos personales<sup>40</sup>.

Estas son algunas de las funciones del protocolo cuyo detalle explico más adelante. Debemos indicar que en los conflictos de familia, la mediación constituye una herramienta muy eficaz que permite resolver los conflictos que se producen entre sus miembros de una manera no rupturista, sino tendente a la recreación de vínculos y al asentamiento de bases para una convivencia respetuosa. Por ejemplo, en los casos de la separación de pareja, la mediación apunta a que esta ruptura no se traduzca en un rompimiento de la familia, sino que sea ella misma la que genere una nueva organización familiar sobre la base del respeto y el entendimiento. En las empresas familiares tiene especial importancia la adopción de métodos por el cual las disputas suscitadas dentro de ella se solucionen eficazmente<sup>41</sup>.

En el caso de las sociedades mercantiles, el protocolo permite prever instrumentos para gestionar los conflictos diferentes de los establecidos por el Derecho de sociedades. La característica del protocolo es, por tanto, la variabilidad de opciones que permite su contenido. Por ejemplo, en el protocolo puede designarse el nombramiento de un Consejo de Familia y distinguirlo como el máximo órgano de gobierno que, al mismo tiempo, desarrollará las funciones de nexo del grupo familiar con el órgano social encargado de la administración, y hasta el sometimiento a ARBITRAJE de las disputas internas.

Todas estas cuestiones fueron tratadas en el ya mencionado Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar, constituida en la Comisión de Hacienda del Senado, donde se reconoció la existencia de una íntima conexión entre el protocolo familiar y la sucesión en la empresa familiar debido a que ello materializaba la necesidad de prever con anterioridad la planificación estratégica de la empresa a fin que afronte con éxito situaciones como el cambio

---

<sup>40</sup> DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, P., “*El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar*,” en “Documento de trabajo Seminario permanente de Ciencias Sociales”, 11 (2009), pp. 5- 10.

<sup>41</sup> GARRIGA ALSINA, A., Y MARTÍNEZ, J., “*Las secuelas del divorcio: los efectos sobre los hijos a la luz de la sociología empírica*”, CEU Editores, Madrid 2009, pp. 35-58; y también en GARCÍA LONGORIA SERRANO, M., Y SÁNCHEZ URIOS, A., “*La Mediación familiar como forma de respuesta a los conflicto familiares*”, en “Portularia: Revista de Trabajo Social” 4 (2004), pp. 261-268.

generacional, la búsqueda del consenso en el ámbito de la familia y en el propio ámbito empresarial<sup>42</sup>.

Llegados a este punto creo es remarcable que cuando el protocolo no se haya anticipado a alguna de las situaciones es útil que, al menos, haya previsto mecanismos alternativos a la vía jurisdiccional para solucionar las discrepancias.

En tal sentido, DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ establece las recomendaciones respecto de la forma de esto último en el interior de la empresa familiar, cuando los socios están dispuestos a solventar las desavenencias de forma que la gestión de la empresa no se afecte, es la siguiente:

*“En primer lugar al Consejo de Familia, si no hubiere posibilidad de solución podría acudir a la intervención de un Mediador a la vez que puede solicitarse un Experto independiente para informar de algún extremo. Es habitual la existencia de pacto en el protocolo familiar mediante el cual los firmantes se comprometen a resolver sus conflictos con la intervención de un mediador y en última instancia a la decisión arbitral. Si a través del consejo de familia se ve imposibilitado la solución a un conflicto es importante seguir con un sistema de mediación con la finalidad de buscar una solución y si tampoco se encuentra, acudir al arbitraje”<sup>43</sup>.*

Para los tipos de sociedades familiares objeto de esta tesis una de las opciones viables para solucionar los conflictos es el ARBITRAJE. También es importante que el protocolo prevea estos mecanismos de solución, los cuales deben formar parte de la solución de controversias, debiendo ser respetados por los socios y no ser apelable. Este sistema alternativo de solución de conflictos cumple una función relevante en la medida que la dinámica propia de estas sociedades se articula para combatir los posibles antagonismos de las situaciones de conflicto a fin de mantener ese clima de armonía y confianza mutua<sup>44</sup>, tan indispensable para el óptimo desenvolvimiento del grupo humano familiar donde prima el acentuado carácter personal y la búsqueda de intereses comunes entre los socios<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar”, constituida en la comisión de hacienda del Senado (octubre 2000), en “Revista de Derecho e Sociedades”(18), Madrid, 2002, pp. 379-380.

<sup>43</sup> DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, P., “El arbitraje societario...”, cit., pp. 22-23.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ ALCAIDE, J., Y RODRÍGUEZ ZAPATERO, M., “El protocolo familiar. Un juego de promesas y una cascada de contrato”s. Ediciones Gráficas Vistalegre, Córdoba 2007, p. 12.

<sup>45</sup> SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A., “El Protocolo Familiar. Una aproximación práctica a su preparación y ejecución”, Imprenta Gofer, Madrid 2009, pp. 42-45.

#### **4) La Sociedad de Capital como forma de organización de la empresa familiar.**

En el marco de las relaciones económicas familiares, es posible afirmar que las sociedades de capital son una forma óptima para la organización de la empresa familiar.

La literatura económica especializada utiliza el término “empresa familiar” para referirse indistintamente a este fenómeno. En materia jurídica con mayor precisión se hace referencia a las sociedades familiares. Atendiendo a esto último, VICENT CHULIÀ plantea la siguiente definición:

*“La sociedad familiar se caracteriza por la existencia de vínculos familiares entre quienes disponen del poder de control sobre las decisiones empresariales y la gestión del negocio, de forma que la unidad de dirección en el ejercicio de la actividad se asegura precisamente, a través de estos vínculos.”*

En las sociedades mercantiles aparece la distinción entre sociedades de personas y de capitales. Un elemento diferenciador relativo entre una y otra reside en la relevancia de la condición personal y patrimonial de los socios. Mientras que en las sociedades personalistas las características personales de los socios que la constituyan tienen influencia directa en su organización, en las sociedades capitalistas este elemento es irrelevante, siendo verdaderamente importante que los socios no respondan por las deudas sociales.

No obstante, como señala SÁNCHEZ CALERO este criterio de distinción es relativo en cuanto existen sociedades de capitales en las que, además, la personalidad de sus socios es determinante<sup>46</sup>. Añade el autor citado que esta premisa se explica en la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, que regula las sociedades de responsabilidad limitada, la cual dice que éstas tienen un carácter “híbrido” en cuanto que dentro de la misma conviven elementos personalistas y capitalistas. Esto es útil para explicar por qué aun cuando en las sociedades de tipo familiar es importante la condición del socio que la integra, existe una marcada preferencia por los tipos sociales capitalistas.

---

<sup>46</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J., “Instituciones del Derecho Mercantil”, vol. I, 27 ed., McGraw-Hill, Madrid, 2006, pp. 228-231.



En la elección de la forma societaria de una empresa familiar rige el principio de libertad de forma, de manera que cada empresario o cada familia pueden escoger alguna de las formas jurídicas que permite el ordenamiento. No obstante, atendiendo a las particularidades de los diferentes tipos mercantiles, existen determinadas cuestiones relevantes para la elección de la forma jurídica.

Legalmente no se ha consagrado un tipo social específico para la sociedad familiar (en este extremo es razonable la opinión de quienes sostienen que no es necesario configurar legalmente un tipo social específico, porque existen razones justificativas de la no necesidad de ese nuevo tipo social.)<sup>47</sup>, sin embargo, en el estudio de la empresa familiar, las formas jurídicas de organización utilizadas con mayor frecuencia son las sociedades pluripersonales de capital, en la modalidad de sociedad de responsabilidad limitada o de sociedad anónima cerrada<sup>48</sup>. Esta afirmación tiene correlación con lo argumentado por la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa, en su *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*, del Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía, del año 2003. En este documento se precisa: “*por cada sociedad anónima existen cerca de seis sociedades limitadas. Esta proporción es mucho mayor si se analiza la constitución de sociedades; en la actualidad, aproximadamente, por cada sociedad anónima creada se constituyen veintidós sociedades limitadas*”. Aun así, es claro que no existen formas perfectas para esta realidad empresarial, sino que cada empresa familiar debe inclinarse hacia una forma jurídica propia que acomode el régimen legal dispositivo a las propias peculiaridades.

La sociedad de responsabilidad limitada es una sociedad con un fuerte componente personal pero en la cual no se pierde su condición de capitalista. El capital social se divide en participaciones sociales y los socios no responden personalmente de las deudas generadas. Numerosos estudios sobre el particular permiten sostener que la preferencia de este tipo societario por parte de los empresarios familiares reside en: a) flexibilidad de sus componentes capitales y personales que permite mantener vigentes los objetivos esenciales de la empresa familiar como son la preservación del negocio y el mantenimiento del control dentro de la familia, mediante mecanismos concretos tales como la posibilidad de incluir la desigualdad de voto, la restricción de la transmisión de la condición de socio o la regulación y reconocimiento expreso de la separación de socios, hacen de este tipo societario una forma atractiva para la mayoría de empresas familiares; b) las menores exigencias de capital social; c) los menores costes de constitución y mantenimiento; d) la mayor rapidez en su constitución, eso sí, siempre que la estructura y organización de la empresa familiar en cuestión permita adaptarse a las especiales requisitos de la

---

<sup>47</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J., “*Informe de la Ponencia...*”, cit., p. 379.

<sup>48</sup> Asimismo, estas afirmaciones son uniformes en la doctrina económica y jurídica, y de ellas podemos rescatar lo detallado en DE LA VEGA GARCÍA, F., “*Formas Societarias y Empresa Familiar*”, en M. SÁNCHEZ RUÍZ (coord.) , *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 28.

regulación<sup>49</sup>. Por último, los recientes cambios normativos a este tipo social, permite añadir la rapidez como ventaja adicional.

Por su parte, la sociedad anónima, prototipo de las sociedades capitalistas, también constituye un modelo atractivo para los empresarios familiares. Por regla general, en este tipo social no se considera relevante las condiciones personales de los socios para integrar el capital social, sino su aportación. Dicho capital está dividido y representado en acciones. Sus socios no responden personalmente de las deudas, quedando limitada su responsabilidad al desembolso del importe de las acciones suscritas. Debido a la exigencia del capital social mayor, se trata de un tipo social más complejo. Aun así, la configuración jurídica de este tipo social también aporta singulares ventajas para los empresarios familiares que necesitan un volumen importante de recursos, ya que además de contar con un capital más elevado, les permite recurrir a otras fórmulas de financiación y lograr mayor operatividad en los mercados.

Pues bien, de las sociedades anónimas familiares en general, la mayoría son sociedades anónimas cerradas que limitan la libre transmisibilidad de sus acciones a los socios, tanto por actos inter vivos, como por actos mortis causa. En general, como lo señalaba OTERO LASTRES, las sociedades anónimas de tipo familiar son relevantes, no por lo que la sociedad anónima es, sino por aquello que a futuro pretende ser<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> DÍAZ GÓMEZ, M., Y DÍAZ GÓMEZ, E., “Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de Febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos Familiares en las Sociedades Familiares”, en “Revista Pecunia”, 12 (2011), pp. 16-27.

<sup>50</sup> OTERO LASTRES, J., “Junta General de accionistas de la Sociedad Anónima Familiar”, en V. GARRIDO DE PALMA (dir.) et alii, *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Editorial Civitas, Madrid 1995, pp.253-279.

## **II PARTE.- EL PROTOCOLO FAMILIAR**

### **1) Origen del Protocolo Familiar**

Sentada una aproximación a la definición de “empresa familiar”, resulta interesante el estudiar como se documentan por escrito los compromisos asumidos por los miembros de una familia en relación con la empresa y fuera de los estatutos de la sociedad y su especial evolución histórica hasta lo que se reconoce como “Protocolo Familiar”. FERNÁNDEZ DEL POZO<sup>51</sup> cita como ejemplo característico en el moderno Japón la familia Mitsui, empresa con una presencia muy relevante en el mercado mundial de la fabricación de automóviles y en el sector textil, la cual documenta por escrito un pacto fundacional que data de antes de 1800. En Francia, la familia Muillez cuenta con su propio pacto de familia desde hace más de un siglo.

Pero, contemporáneamente, será en las últimas dos décadas del siglo XX en EEUU donde nos hemos de documentar sobre dicha práctica de gestión empresarial, donde bajo la fórmula de la “Constitución Familiar” (“Family Constitution” o ”Family Agreement”) o con otra denominación similar se puede reconocer lo que aquí hemos venido a denominar como Protocolo Familiar. De facto, hasta la segunda década del siglo XX, la validez de estos acuerdos internos fueron frecuentemente puestos en duda por los tribunales de los diferentes estados de Norteamérica. Sin duda su empleo como instrumento de gobierno corporativo generalizado se debe a la actitud y convencimiento de las activísimas asociaciones de la empresa familiar que allí se han constituido y que han recomendado siempre a sus asociados la adopción de tales pactos familiares como documento paliativo en la continuada conflictividad interna de los núcleos empresariales familiares, que vienen a poner en peligro la propia continuidad de la empresa. Ya en el estudio datado en 2002 *Survey of American Family Business*, revista trimestral del Family Firm Insitute Inc., podemos leer que el 35% de las empresas familiares en aquel país cuentan con alguna forma de pacto

---

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis; “*El protocolo familiar*”, pág. 17 y ss., Cuadernos Civitas, Ed. Aranzadi, 1ª edición 2008.

de familia (“Family Agreement”). Esta publicación es el ejemplo de la importancia de esta práctica empresarial que se ha manifestado en el crecimiento de las publicaciones especializadas que han contribuido al continuo estudio de la materia y evolución. Fruto de dicha evolución numerosos grupos familiares ponen por escrito sus derechos y deberes recíprocos constitutivos de un verdadero código de conducta, bajo la forma de “family business statements”, que se materializan en un documento que ha venido a ser designado como “Family Constitution”<sup>52</sup>. La diferente nomenclatura no ha sido impedimento para que las familias con nexos empresariales complementen un nuevo pacto al fundacional que devenga un protector interno de la sociedad y que, en palabras de un experto, “sets up a governance structure for a family business, and reduces to writing rights and responsibilities of family members, establishing a set of shared expectations for the entire family”<sup>53</sup>. A nivel procesal y mercantil, los pactos concluidos entre los miembros de una familia en relación con su sociedad encuentran cobertura adecuada en el marco de los llamados “Shareholder’s Agreements”<sup>54</sup>, que son típicos de las “sociedades cerradas” (“close corporations”)<sup>55</sup> y legalmente han evolucionado y han sido estudiados doctrinal y jurisprudencialmente, con la finalidad de favorecer la eficacia de tales pactos que nosotros conocemos, en terminología italiana, como “parasociales”; incluso garantizando su oponibilidad a tercero, pero siempre que quede asegurada legalmente su publicidad.

Retomando la afirmación del impulso clave evolucionista, en esos primeros años del siglo XX se formula la doctrina según la cual los pactos previos decaen cuando la sociedad se constituye porque el traje corporativo elegido es incompatible, que en

---

<sup>52</sup> Mc CLAIN, L.C., “Family Constitution and the (New) Constitution of the Family”, 75 Fordham Law Review, 833 (2006). Puede descargarse de [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)

<sup>53</sup> JURINSKI, J.J. & A.ZWICK, G., “How to Prevent and Solve Operating Problems in the Family Business”, Prac. Law., mar. 2001, at 38. (Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, “El protocolo familiar...”)

<sup>54</sup> O’Neal and Thompson’s, *Close Corporations and LLCs: Law and Practice*, 2004, Rev. 3ª ed., Thomson West. Vid., en lo que aquí interesa, el tomo I, chapter 5, Control Distributions Devices: Shareholders’ Agreements, Voting Trusts, Irrevocable Proxies, and Management Contracts. Quien esté interesado en examinar algunas cláusulas típicas de la práctica de los negocios norteamericana tiene a su alcance la información en la red en varias bases de datos de contratos. Recomiendo para los shareholders’ agreements la base de datos del *Contracting and Organizations Research Institute* en <http://cori.missouri.edu> (Cfr. Fernández del Pozo, L., “El Protocolo Familiar...”)

<sup>55</sup> VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la sociedad familiar”, en AA VV, *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V. Mc Graw Hill, 2002, pg. 4530. También: RODRÍGUEZ APARICIO, J. A., “El protocolo familiar”, en VICENT CHULIÁ y otros, “*El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*”, Cuatrecasas-Aranzadi, 2004, pgs. 288 y ss.

expresión inglesa encontramos como “*incorporation terminates partnership*”<sup>56</sup> (“*shareholders cannot be partners or joint adventures inter se*”). Ya veremos a lo largo de este trabajo que la evolución radica en la publicidad del pacto.

Sin movernos de América del Norte, desde 1975, a consecuencia del informe Dickerson (“Dickerson Report”)<sup>57</sup>, la Ley de sociedades canadiense (Canada Business Corporations Act, CBCA), con similares propósitos, regula los “pactos unánimes entre accionistas” (“Unanimous Shareholders' Agreements” section 146 CBCA), pactos firmados por todos los accionistas de sociedades “privadas” al objeto de regular el modo cómo habrá de regirse la sociedad mediante la restricción, total o parcial, de los poderes de gestión de los administradores (section 146.2 CBCA). Pasan a formar parte de las reglas de funcionamiento interno de la compañía como si se trataran de estatutos o reglamentos (by-laws).

En nuestro continente, en Europa, y sobre todo en Italia<sup>58</sup>, será en la última década del s. XX que se extiende la práctica fundacional de la firma de un pacto de familia, probablemente por influencia francesa<sup>59</sup>, prefiriéndose la calificación de estos pactos como “protocolo” o “*pacte de famille*”, y que ha venido a ser adoptado en España para denominarse al instituto “protocolo familiar”. Y ya he apuntado como los italianos beben de la doctrina mercantilista francesa, la cual tiene el mérito de haber sido la primera en reconocer la diversidad “contractual” de lo extraestatutario<sup>60</sup>. VICENT CHULIÀ<sup>61</sup> entiende que el protocolo familiar podría considerarse como un

---

<sup>56</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis; “*El protocolo familiar*”, pág. 23., Cuadernos Civitas, Ed. Aranzadi, 1ª edición 2008.

<sup>57</sup> B.WELLING, “*Corporate Law in Canada. The Governing Principles*” , 2ª ed., Butterworths, Toronto, 1991, pg. 481 (Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, “El protocolo familiar...”).

<sup>58</sup> MONTEMERLO, D., “*Il governo delle imprese familiari. Modelli e strumenti per gestire i rapporti tra proprietà e impresa*” , EGEA, Milán, 2000, passim. GALLO, M. A.-TOMASELLI, S., “Family Protocols in Spain: A Survey on 10 Years of Experience”, en TOMASELLI, S.-MELIN, L. (editors), *Family Firms in the Wind of Change* , FBN-IFERA, 2004 (Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, “El protocolo familiar...”).

<sup>59</sup> GARRIDO DE PALMA, V. M., “Lo destacable en la sociedad familiar. Especialidades en el órgano de administración de la anónima familiar”, en AA VV, *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar* , Civitas, 1995, pg. 296.

<sup>60</sup> VELARDOCCHIO-FLORES, “*Les accords extra-statutaires entre associés*” , Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1993; GUYON, Y., “*Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*” , 5ª ed., LGDJ, Paris, 2002, especialmente las pgs. 410 y ss. (Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, “El protocolo familiar...”).

<sup>61</sup> VICENT CHULIÀ, F., en “Organización jurídica de la sociedad familiar”, op. cit., pgs. 4555 y ss.

“acuerdo metaestatutario”, quizás por quedar como pactos reservados, como si se tratara de un negocio marginal societario.

Los autores franceses remarcan la idea de una génesis cuya fuerza obligacional se extiende más allá de la creación de la sociedad, en relación de supremacía funcional del protocolo sobre los estatutos y acostumbran a reservar el nombre de “protocolo” (“protocole d'accord”) a ese *pactum de ineunda societate* (“promesse de société”), separado y diferenciado del mero “projet de société”, encontrándonos un contrato que contiene a veces los requisitos esenciales del contrato de sociedad definitivo o prefigura su marco regulatorio y que necesita de su ejecución por la constitución propiamente dicha de la sociedad. Insisto nuevamente en que su fuerza radica, frente al “projet de société”, en que su fuerza obligacional se extiende más allá de la creación de la sociedad, en relación de supremacía funcional del protocolo sobre los estatutos. Por el hecho de su concreción previa a la propia constitución de la sociedad es necesario destacar la jurisprudencia francesa sobre la eficacia del pacto preliminar de sociedad que se conoce como “protocole de société”. Se plantea ésta el determinar si una vez constituida la sociedad en cuestión, debe entenderse que el protocolo agota sus efectos. Destaca la corriente a favor de esta opinión, caducidad del protocolo, y ponen como ejemplo el protocolo firmado en 1967 entre el grupo *Rivoire et Carret* con el grupo empresarial *Lustucru*. Dicho protocolo contemplaba la concreción de un “holding” derivado de la fusión entre sociedades de los dos grupos empresariales, con una participación de capital determinada de cada grupo y con un reparto previsto de los puestos en el órgano de administración y en el de control. La cuestión es que, realizada la fusión, se constituye el nuevo grupo de manera que en las cláusulas estatutarias pertinentes de la sociedad no se reproduce el sistema de reparto de puestos en los órganos sociales previsto en la convención (reparto igualitario no obstante una participación desequilibrada con un accionista titular del 60%). La disputa jurídica estaba servida siendo dirimida en ámbito judicial. Los tribunales franceses sostuvieron y así sentenciaron que habían de primar los estatutos sobre lo pactado en el protocolo. Un sector de la doctrina en base a la correspondiente sentencia sostiene que la definitiva constitución de la sociedad priva de su eficacia al protocolo, de suerte que, agotada en sus efectos la convención preliminar, deberían aplicarse solamente los estatutos. Otro sector de la doctrina argumenta, en cambio, que la cuestión debería resolverse mediante el recurso a la interpretación: se trata de determinar cuál es la verdadera voluntad de las partes, y para ello se confiere supremacía a lo pactado en convenio extraestatutario sobre los estatutos (a lo largo de este trabajo argumentaré a favor de este último

planteamiento). Se cita, por ejemplo, en contra de la doctrina anterior, el caso *Marine Scheneider*. Se trataba ahora de un protocolo que regulaba las relaciones entre diversas sociedades fundadoras de una filial común. Los jueces del Tribunal de París no dudaron en reconocer eficacia permanente a las cláusulas del mismo una vez constituida la sociedad y con el objeto de que pudieran regular el funcionamiento de la misma<sup>62</sup>.

Con este ejemplo de la disputa doctrinal francesa, el camino en Europa reside en clarificar cómo asegurar la continuidad de la empresa familiar en caso de sucesión en la misma, dado el posicionamiento contrario del Derecho civil francés, belga, el italiano o en el Derecho civil común español, a reconocer validez jurídica a los pactos sobre la herencia futura. El reconocimiento vía referencia con carácter extensivo y de implicación de la expresión “protocolo familiar” la encontramos en un “texto legal” en el Derecho de la Unión Europea en relación con la transmisión de las PYMES.

## 2) Su fundamento en relación con la futura sucesión de la empresa familiar

Después de que la *Recomendación de la Comisión 94/1069/CE, de 7 de diciembre de 1994*, sobre transmisión de las pequeñas y medianas empresas, mencionara oscuramente la necesidad de “*introducir en la legislación nacional cuando no se haya resuelto la posible contradicción entre el contrato de sociedad y las disposiciones testamentarias o las donaciones, una disposición que establezca que el contrato de sociedad prevalece sobre los actos unilaterales de uno de los socios*”, la misma Comisión patrocinó la celebración de un *Simposio en Lille* (Forum de Lille, los días 3 y 4 de febrero de 1997) con la finalidad de discutir los progresos realizados por los diferentes estados miembros en la materia, señal de que se extendía la necesidad de dicha regulación y clarificación de su avance y alcance legal. De sus conclusiones surgió la recomendación de adoptar medidas legislativas tales como la supresión de normas tendenciosas de Derecho de sucesiones que

---

<sup>62</sup> VELARDOCCHIO-FLORES, “*Les accords extra-statutaires...*”, op. cit., pgs. 38 y ss.; SCHILLER, S., “*Les limites de la liberté contractuelle en droit de sociétés. Les connexions radicales*”, LGDJ, Paris, 2002, pgs. 115 y ss (Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, “El protocolo familiar...”)

dificultan la sucesión de empresa, incidiendo en la posibilidad de adoptar soluciones de la práctica privada conocidas entonces en el Derecho de los negocios, como los “pactes d'entreprise” o protocolos familiares. Dichas recomendaciones tuvieron su plasmación en la *Comunicación de la Comisión sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas de 28 de marzo de 1998* en que se hace un examen del estado de la cuestión y de los progresos realizados por los diferentes estados miembros, materializándose la primera referencia expresa en texto comunitario a los protocolos familiares al señalarse en lugar preferente el “pacto de empresa/protocolos familiares” que se emplean, se dice, en alguna medida en Francia y en España, “*con el fin de paliar las consecuencias de la prohibición de los pactos sobre la futura sucesión*” (apartado 4, d). Ello no es óbice para señalar la verdadera ausencia de una profunda reforma del Derecho de Sucesiones en materia de empresa familiar. En nuestro Derecho civil común, nos hemos limitado a introducir una técnicamente muy defectuosa norma sobre pago de la legítima y conservación de empresa familiar en el CC (nueva redacción dada al artículo 1056, párrafo segundo del Código Civil) y en la, entiendo, poco acertada Ley sobre Sociedades Limitadas Nueva Empresa (Disp. Final Primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril). Mientras tanto, los pactos sucesorios son permitidos con toda generosidad en los Derechos forales, con anacrónica regulación que todavía tiene por paradigma las “sociedades” y “compañías familiares” preferentemente dedicadas a la explotación agropecuaria<sup>63</sup>. Parfraseando a la propia Comisión europea: “*No obstante (la recepción de la institución en el Derecho positivo de los estados), está claro que estos acuerdos seguirán siendo una solución insatisfactoria en relación con los pactos de sucesión admitido en la mayoría de los Estados miembros. Los Estados miembros que prohíben los pactos sobre la futura sucesión (Italia, Francia, Bélgica, España y Luxemburgo) deberían pensar en la posibilidad de autorizarlos, ya que esta prohibición complica innecesariamente la correcta gestión del patrimonio*”(Comunicación de 28 de marzo de 1998).

En esta materia, en Italia se ha reformado el Codice Civile en materia de Derecho de sucesiones por la Legge 14 febbraio 2006, núm. 55 al objeto de otorgar carta de naturaleza en ese sistema jurídico al *patto di famiglia* en relación con la *impresa familiare* (art. 230 bis CC). En Francia, por su parte, se ha hecho lo propio en la Loi núm. 2006-278 du 23-06-2006 *portant réforme des successions et des libéralités* en

---

<sup>63</sup> REYES LÓPEZ, M. J., “Retomando ideas en torno a la conservación y continuación de la empresa familiar”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, 2003, tomo IV, pgs. 5481 y ss.



que se vienen a consagrar todo tipo de pactos sobre la herencia futura familiar bajo las formas más diversas: *donation-partage*; *pacte successoral*; *pacte sur la succession future*; *pacte de famille*.

### 3) Problemática que plantea su regulación

En nuestro Derecho positivo, la generalización de su uso es reflejo de las diferentes asociaciones creadas al efecto y han dado su fruto en la institucionalización del Protocolo Familiar (el legislador llega a hablar en el Decreto de publicidad registral de una supuesta “cultura del protocolo familiar”); AMAT<sup>64</sup> cita a Fernando CASADO, Director del Instituto de la Empresa Familiar, quién afirma que el 56% de las empresas miembros del Instituto poseen Protocolo Familiar y un 25% más está en proceso de elaboración del mismo. Su justificación programática podría derivarse del *Informe de la ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar constituida en la comisión de Hacienda del Senado de octubre de 2000*<sup>65</sup>. Entre las recomendaciones incluidas en las conclusiones de aquel informe están, por un lado, la dirigida a las empresas familiares para que formalicen un Protocolo familiar cuyo contenido y naturaleza se describen en términos muy similares a lo que luego se recoge en el posterior Decreto (apartado VII, El protocolo familiar) y, por otro, la dirigida al gobierno para asegurar la “*apertura del Registro Mercantil a aquellos aspectos del Protocolo Familiar que afecten las relaciones de las empresas familiares con terceros*” . La Disposición Final Segunda, apartado 3, de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa dispuso que “*reglamentariamente se establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al registro mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción*”. En su ejecución, se ha dictado el Real Decreto 171/2007, de 9 de enero por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares .

---

<sup>64</sup> J. M. AMAT-J. F. CORONA (Eds.), “*El protocolo familiar. La experiencia de una década*”, Deusto, 2007

<sup>65</sup> Puede verse el informe con una nota introductoria de QUIJANO GONZÁLEZ, J., RdS, año 2002-1, núm. 18, pgs. 367 y ss.

No se me antoja muy acertada la regulación e incluso la podría apostillar alejada del mínimo rigor técnico y excesivamente formalista por la vertiente notarial que adopta con una obsesiva preocupación por los aspectos rituales. Entrando en el escrito, el contenido de nuestro Decreto es doble: de un lado se regula, con mucha displicencia, es cierto, la cuestión de la publicidad registral del protocolo familiar en sus diversas técnicas y finalidades (publicidad-noticia; publicidad material); de otro, se formula una mini-reforma del Reglamento del Registro Mercantil aplicable en general a todo tipo de sociedades (no sólo las familiares), en buena parte superflua, a ratos ininteligible, y con el declarado propósito de “*dotar de instrumentos que faciliten la autonomía negocial de este instituto*”. No observaremos que se tipifique una nueva especie de sociedad (la sociedad familiar) ni una definición de lo que se entiende por vínculos familiares (“familia”/“sociedad familiar”) a los efectos de aplicación del régimen de publicidad de protocolo familiar, que quizás era lo mínimamente carente de contenido hasta ese momento. Ello, asevero, ha añadido dudas y ha dado lugar a situaciones dudosas como ejemplo en el Registro Mercantil de Barcelona en donde, por ejemplo, se han dado publicidad a unos estatutos de una sociedad, Grupo BB Servicios Diversos SL, que incluye una prestación accesoria de cumplir un pacto parasocial que se depositó en el Registro y que se inserta en un contrato de franquicia.

Esto me hace ya de inicio aseverar que la publicidad registral ha venido a ayudar a resolver la efectividad societaria del contenido parasocial del protocolo familiar. Y quizás no debiera cerrar el tema para su aplicabilidad en el alcance del protocolo familiar y, por ende de la publicidad acreditable, hacerse extensiva a todo tipo de sociedades cerradas con vínculos personales subyacentes, como podría ser una joint-venture. He tomado el término “enforcement registral” sin una traducción por su uso generalizado y reconocible en la literatura sobre protocolo familiar, sin duda por la dificultad de acompañar su traducción con una sola palabra, por los matices que puede llegar a tener. FERNÁNDEZ DEL POZO<sup>66</sup> hace continuas referencias y se adentra en el estudio de este vocablo, e indica que por “enforcement” se entiende cualquier técnica, sistema o instrumento, público o privado, idóneos para asegurar la efectividad o cumplimiento de cualquier mandato, traiga éste causa de una Ley o de un contrato. La reputación, por ejemplo es un mecanismo de “enforcement” muy estudiado.

---

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “*El protocolo familiar*”, Cuadernos Civitas, Ed. Aranzadi, 1ª edición 2008.

#### 4) Concepto de Protocolo Familiar

Ya hemos podido observar que estamos ante un instrumento de orígenes foráneos que ha comenzado a ser objeto de algún, excepcional, pronunciamiento gubernativo y judicial<sup>67</sup>; el protocolo familiar es un instrumento contractual potestativo, regulador del buen gobierno (“Corporate Governance”) de la empresa familiar (“family business”)<sup>68</sup>. VICENT CHULIÁ, ha dedicado su atención al tema en varias ocasiones<sup>69</sup>. AMAT ha sido pionero con sus trabajos sobre el protocolo familiar pero es abundante la referencia sobre esta disciplina<sup>70</sup>. Contiene el protocolo las reglas y

---

<sup>67</sup> Vid. RDGRN de 4 de mayo de 2005 y la SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, de 8 de abril de 2002

<sup>68</sup> GARRIDO DE PALMA, V. M., “Lo destacable en la sociedad familiar. Especialidades en el órgano de administración de la anónima familiar”, en AA VV, *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Civitas, 1995, pg. 296.

<sup>69</sup> VICENT CHULIÁ, F., Además de en su artículo citado, “Organización jurídica de la sociedad familiar...”, op. cit., puede verse su introducción al libro colectivo, *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, op. cit., pgs. 17 y ss.

<sup>70</sup> Los trabajos pioneros sobre el protocolo son de: AMATJ. M., *La continuidad de la empresa familiar*, Gestión 2000, 2ª ed., 2001, pgs. 109 y ss.; BOSCH, A., “Publicidad y acceso a los registros del protocolo familiar”, en: *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, op. cit., pgs. 233 y ss.; CORONA, J. F., “Introducción a los aspectos legales del protocolo familiar”, en: *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, op. cit., pgs. 191 y ss.; FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, I., “La Asamblea y el consejo de familia: disfunciones del ensanchamiento corporativo de las sociedades de capital” (A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005) *RdS* núm. 26, año 2006-1, pgs. 475 y ss.; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., en la *RdS*, núm. 19, año 2002-2: “Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar”, pgs. 89 y ss. y “Esquema para la redacción de un Protocolo Familiar”, pgs. 161 y ss.; FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., “El Protocolo de la Empresa Familiar. Tratamiento individualizado de las cláusulas de control”, en FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.-REYES LÓPEZ, Mª J., *La empresa familiar*, Valencia, 2000, pgs. 199 y ss.; GOMA LANZÓN, I., “El protocolo familiar”, capítulo 14 del libro colectivo, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Pons, 2005, pgs. 655 y ss.; GORTÁZAR, C., “Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar”, en: *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, op. cit., pgs. 195 y ss.; GRIMA FERRADA, J., “Pactos entre socios familiares” en AA VV *El Buen Gobierno de la Empresa Familiar*, op. cit., pgs. 139 y ss.; NIETO, J., “Presente y futuro del protocolo familiar: hacia un estatuto de la empresa familiar”, *La Notaria*, mayo 2003; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Órganos de gobierno en la empresa familiar”, en *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial. Sus protocolos*, tomo VI. Bosch, Barcelona, 2005; RODRÍGUEZ APARICIO, J. A., “El Protocolo familiar”, en AA VV *El Buen Gobierno de la Empresa Familiar*, op. cit., pgs. 287 y ss.; SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 27, octubre 2003, pg. 91 y en VIERA GONZÁLEZ, A. J., voz “Protocolo Familiar” en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. por Carmen ALONSO LEDESMA, Iustel, 2006, pgs. 933 y ss.; Idem, en “Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Real Decreto regulador de la

convenciones preventivas sobre los potenciales conflictos inherentes a la dialéctica entre empresa y familia en orden al buen funcionamiento de la misma empresa familiar. En el primer apartado de este trabajo he tratado de definir el concepto de empresa familiar pero resulta complicado definir positivamente qué debe entenderse a estos efectos por “familia”. También se nos hace complicado definir a la sociedad como “familiar”, como he introducido en el indicado punto primero de este trabajo. En nuestra actual legislación, el legislador omite definir a estos efectos lo que deba entenderse por familia y la extensión normativa de la misma. Es cierto que la Exposición de Motivos del R.D. 171/2007 nos describe a la familia como “*grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí*”, pero no nos dice, por ejemplo, hasta qué grado. En la práctica, queda remitido a la autorregulación la determinación de la relación “familiar” relevante en relación con los supuestos “dudosos”: parientes por adopción, relaciones de convivencia no matrimoniales, parientes lejanos, etcétera.

Nuestro Derecho positivo trata de ilustrar y tipificar el protocolo familiar mediante una barroca descripción de sus funciones inspirada en el consabido modelo gerencial de los “tres círculos”<sup>71</sup> de la empresa familiar. En la década de los ochenta TAGIURI y DAVIS desarrollaron en Harvard, de donde eran profesores, en diversos trabajos publicados sobre todo en la revista especializada *Family Business Review*, un modelo más completo de tres círculos que luego se popularizó: la “Propiedad” (sistema de relaciones que vincula a los propietarios o socios de la empresa); la

---

publicidad de los protocolos familiares y la empresa familiar”, *RdS* núm. 26, año 2006-1, pgs. 147 y ss.

<sup>71</sup> Pueden verse, entre muchísimos otros: DAVIS, J. A., and Rita M. HERRERA. “The Social Psychology of Family Shareholder Dynamics”, *Family Business Review* (september 1998); DAVIS, J. A., J. SWARTZ, E. B. BLAKELY, and C. CHANG. “A “Comparison of Four Countries” Estate Laws and Their Influence on Family Companies”, *Family Business Review* (fall 1996); DAVIS, J. A., and R. TAGIURI. “Bivalent Attributes of the Family Firm”, *Family Business Review* (summer 1996); DAVIS, J. A., and R. TAGIURI. “On the Goals of Successful Family Companies”, *Family Business Review* (spring 1992); DAVIS, J. A., K. GERSICK, and I. LANSBERG. “The Impact of Family Dynamics on Structure and Process in Family Foundations”, *Family Business Review* (winter 1990); DAVIS, J. A., and R. TAGIURI. “The Influence of Life Stage on Father-Son Work Relationships in Family Companies”, *Family Business Review* (spring 1989); DAVIS, J. A. “Family Business Continuity from the Corporate Side”, *Family Business Review* (winter 1988). Entre nosotros, sin ánimo exhaustivo, por supuesto, puede verse: GALLO, M. A., *La sucesión en la empresa familiar*, Servicio de Estudios de la Caixa, núm. 12, 1998, pgs. 97 y ss.; RODRÍGUEZ APARICIO, J. A., “El protocolo familiar...”, op. cit., pgs. 290 y ss.

“Empresa” (el subsistema de quienes la gestionan y dirigen) y la “Familia”. Esos tres círculos secantes definen hasta siete áreas o sectores relevantes. Uno de ellos sería el central o nuclear formado por los miembros de la familia que simultáneamente son propietarios y además gestionan la empresa familiar. Esa referencia al más conocido de los modelos “gerenciales” es puramente ilustrativa y su cita en exclusiva no tiene mayor relevancia jurídica: la consagración legal no supone la postergación legal de otros posibles modelos alternativos. La lógica explicativa del modelo es muy simple; su exposición, un lugar común en la literatura especializada. El modelo conceptual “básico” de la Empresa Familiar supone la existencia de dos “subsistemas” intercomunicados: la Familia y la Empresa.

Así, viene a indicarse en su positivización: *“A los efectos de este real decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”* (art. 2. 1 RD 171/2007).

Derivado de esta definición de un “modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones” (cfr. art. 2 Decreto), la cuestión societaria más delicada es, precisamente, la relativa a la fijación del concreto marco de relaciones entre los órganos estrictamente “familiares”, creados en el protocolo, y los órganos societarios. De hecho, el informe del Senado contenía una Recomendación primera que decía así: *“Recomendar que por parte de las Administraciones Públicas se adopten las medidas necesarias para optimizar las políticas de información y comunicación para el desarrollo y mejora de la gestión de las empresas familiares, sugiriendo a las mismas, cuando sea posible, la adopción de formas societarias como fórmula que coopera a su continuidad y crecimiento”* .

Debo indicar y aventurar, siguiendo a FERNÁNDEZ DEL POZO<sup>72</sup>, que pactos parasociales y pactos societarios delimitarían cuerpos normativos y organizativos radicalmente diferentes que deberían funcionar a modo de compartimentos estancos.

---

<sup>72</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis; *“El protocolo familiar”*, pág. 41 y ss., Cuadernos Civitas, Ed. Aranzadi, 1ª edición 2008

Se trata de documentos, estatutos y protocolo familiar, que plantean problemas societarios delicados al deber delimitar y poner en relación el ámbito de lo estrictamente familiar y lo propiamente societario y entre los órganos respectivos familiares y societarios. El ámbito generalmente reconocido por una parte importante de nuestra doctrina, sobre todo mercantilista, a la autonomía de la voluntad en lo referente al diseño organizativo de la sociedad tiene difícil acomodo<sup>73</sup>. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA califica de ilegal lo que califica de “ensanchamiento corporativo de las sociedades de capital” y de “blindaje societario para la familia empresaria”. Pero, debo afirmar que ante el reconocimiento expreso de la autonomía de voluntad en la configuración societaria de anónimas y limitadas, falta fundamento para postular la existencia de una suerte de principio de tipicidad excluyente de la posible regulación estatutaria de órganos atípicos. En esta materia, la doctrina de la DGRN se ha mostrado siempre generosa (vid. por ejemplo, la Res. 24 mayo 1993 sobre la existencia de un órgano de coordinación carente de función ad extra). Con todo es forzoso reconocer aquí un ámbito posible a la autorregulación siempre que se respete el marco imperativo legal<sup>74</sup>. Y, sobre la afirmación aquí vertida, podemos tomar en consideración que:

a) Creo poder afirmar que en estatutos y fuera de estatutos pueden establecerse órganos distintos de los legales, sin que dichos inusuales órganos puedan sustituir a los legales ni vaciar de competencia y funciones a los órganos típicos; así, FARRANDO MIGUEL<sup>75</sup> analiza como en nuestro Derecho de sociedades es sobradamente conocido que: 1º) Ni siquiera en las sociedades familiares anónimas o limitadas que usualmente funcionan con juntas universales, podrá prescindirse de reunir este órgano social para la adopción de los acuerdos o decisiones sociales en el ámbito de su competencia; 2º) Es doctrina pacífica que la eventualmente lícita injerencia de la junta general en asuntos de gestión no puede ampliarse hasta llegar a vaciar absolutamente la posición y la función legal de los administradores. En

---

<sup>73</sup> FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, I., en un artículo recientemente publicado en esta misma revista critica duramente a la DGRN a propósito de la RDGRN de 4 de mayo de 2005 en que se consagraba la institucionalización del protocolo y la posibilidad de reflejar en estatutos otros órganos “atípicos”: “La Asamblea y el Consejo de Familia...”, *RdS* núm. 26, 2006, pgs. 475 y ss.

<sup>74</sup> GALÁN CORONA, E., “La Junta General” en BONARDELL LENZANO-MEJÍAS GÓMEZ-NIETO CAROL(Coords.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, pg. 495; GARCÍA VIDAL, A., *Las instrucciones de la Junta General a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*, Thomson Aranzadi, 2006, pgs. 78 y ss.

<sup>75</sup> FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente la regulación de la Junta Universal en la Ley de Sociedades Anónimas”, *RDM* núm. 262, 2006, pgs. 1309 y ss.

Derecho comparado, en Francia, bajo el régimen de la Société par Actions Simplifiée (SAS; CCom art. L. 227-9) o en el Derecho de sociedades de EE UU o de Canadá, bajo la técnica de los “shareholders' agreements”, de pactarse así por consentimiento unánime de los socios, es posible suprimir la dualidad de órganos (asamblea/órgano de administración) encomendando la gestión y representación de la sociedad directamente a los socios: cfr. &7.32 (a)(6) MBCA<sup>76</sup>.

b) Sobre la base de nuestra anterior afirmación, entiendo que puede establecerse, en estatutos y en protocolo, un cauce de relaciones entre dichos órganos siempre que dicha regulación no comprometa el sistema legal de responsabilidad de los titulares de órganos frente a sociedad, socios y terceros y, desde luego, no altere el ámbito predeterminado de la extensión de las facultades representativas en relación con terceros de buena fe (arts. 129 LSA y 63 LSRL).

Y fruto de estas afirmaciones, como derivación de lo pactado en el protocolo para el ámbito de la organización de la empresa familiar, éste puede entrañar lo siguiente:

a) La consagración sobre la base del pacto que supone el protocolo de órganos estrictamente “familiares” como son los conocidos como “Junta/Asamblea de Familia” o “Consejo de Familia”, entre otros muchos posibles. Así, en el informe del Senado, en el apartado de las recomendaciones, se hace abigarrada referencia al contenido usual del protocolo familiar (Recomendación 2<sup>a</sup>). En ese instrumento, se nos dice, está prevista, entre muchas otras cosas que allí se enumeraban, la “*creación de la Asamblea y el Consejo Familiar*”. En el apartado V. 2.B), la empresa familiar en Derecho mercantil, se menciona en el Informe la pretensión de algunos de los comparecientes de que el Consejo de Familia tuviera un reconocimiento legislativo. En el apartado VII del mismo Informe, se contiene una ulterior indicación relativa al hecho de que los protocolos familiares “*suelen establecer otros órganos como son la Junta de Familia y el Consejo Familia, el primero con carácter informativo o no decisorio, y el segundo con carácter decisorio*”. Aquí es remarcable el cambio de nombres de “Asamblea” por “Junta”. A continuación, se reconoce que “*existe un cierto cruce de informaciones y*

---

<sup>76</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “Acuerdos de la Junta General...”, op. cit., pg. 222; GARCÍA VIDAL, A., *Las instrucciones...*, op. cit., pgs. 65 y ss.)

*decisiones que afectan, se tratan o se adoptan indistintamente en unos u otros órganos (los societarios y los "familiares"), lo que no deja de plantear dificultades”.*

b) La preconfiguración en el mismo protocolo familiar de la estructura y régimen de funcionamiento de los mismos órganos de la sociedad o sociedades familiares: posibles *pactos parasociales* sobre estructura y reglas de funcionamiento de la Junta General de accionistas o socios y del correspondiente órgano de administración.

c) La eventual *articulación societaria*, tanto en estatutos como en protocolo, de sistemas o mecanismos de “injerencia familiar” en la gestión de la empresa familiar. Obviamente, no es irrelevante que tal sistema de relaciones encuentre su regulación en estatutos o en pactos parasociales: aquí debo afirmar que lo inscrito en el Registro es oponible a los socios presentes y futuros en relación con los administradores presentes y futuros.

Es plenamente afirmable, siguiendo a MORENO DEL VALLE<sup>77</sup>, que nada hay en la naturaleza de las cosas que impida a las partes firmantes de una sociedad interna o de cualquier contrato de colaboración de dotarse de una cierta organización para el cumplimiento de sus fines, en el bien entendido que esos órganos tendrán una proyección exclusivamente “interna” o “contractual”. Así sentada la cuestión, resulta habitual que el protocolo familiar regule la creación de órganos típica y exclusivamente familiares como son, entre otros posibles y lícitos, la Junta y el Consejo de Familia. A modo de ejemplo, suele contemplarse en protocolo la reunión periódica de los miembros de la familia, normalmente partes del protocolo familiar, en una asamblea u órgano deliberante denominado, a imitación del órgano similar en limitadas o anónimas, “Junta/Asamblea de Familia”. La completa delimitación del mismo en el protocolo exigiría la precisión de su competencia, composición y forma de adopción de acuerdos: sistema de convocatoria, régimen y derecho de asistencia y representación, mayorías y quórum. Suele atribuirse en general a la Junta de Familia la función propia de ser el órgano informativo de la familia sobre la marcha de la empresa familiar; debiendo aquélla en su caso pronunciarse sobre las cuestiones más relevantes o trascendentes. Como quiera que lo usual es que se estipule la posibilidad (obligatoriedad) de revisión periódica del contenido del protocolo familiar, suele

---

<sup>77</sup> MORENO DEL VALLE, M. A., “*La organización de las comunidades de bienes por los propios comuneros*”, Tirant lo Blanch, 1999,



contemplarse en él la novación del mismo por acuerdo no unánime en decisión adoptada en asamblea/junta convocada al efecto (se suelen prever mayorías reforzadas).

*En relación con la Junta General de accionistas o de socios* , el protocolo familiar no sólo puede contener previsiones de naturaleza “parasocial” sobre cómo ha de regularse en estatutos el funcionamiento de la misma (sistemas de convocatoria, asistencia, régimen de mayorías y de adopción de acuerdos...) sino, también, el protocolo familiar puede funcionar, como un pacto parasocial, en relación con el ejercicio, incluso colectivo o “sindicado”, del derecho del voto de los familiares. Los estatutos sociales deberán estar adaptados a las previsiones del protocolo familiar y, eventualmente, pueden reconocer el carácter irrevocable de la delegación representativa (cfr. nuevo art. 186.5 RRM).

*En relación con el órgano de administración de la sociedad familiar* , el protocolo familiar no sólo puede contener previsiones sobre cómo ha de regularse en estatutos la composición y el funcionamiento de aquél sino que también puede legitimar la injerencia familiar en la gestión de las sociedades familiares. Esa posibilidad está implícita en la mini-reforma del Registro Mercantil en que se contempla expresamente los posibles pactos estatutarios de establecimiento de ciertos “comités consultivos” amén de cargos honoríficos de previsión estatutaria a los que luego me referiré [arts. 114.2 e); 124.2 d); 175.2.e) y 185.3 d) RRM].

EMBID IRUJO<sup>78</sup>, considera que nuestro Derecho positivo legitima la existencia de la figura del “grupo de sociedades”, lo cual es admitido de manera pacífica por doctrina y jurisprudencia, implícita en múltiples preceptos dispersos, y que presupone la consiguiente legitimidad del ejercicio de un poder de dirección sobre las sociedades integradas en aquél y la de las instrucciones (lícitas) que se imparten a los administradores de las sociedades filiales. Si se admite que un grupo de sociedades puede encontrar su fundamento en ciertos pactos contractuales extra-corporativos con energía jurídica suficiente para ello (grupos de base contractual)<sup>79</sup>, no debería haber inconveniente en reconocer que el protocolo familiar, como

---

<sup>78</sup> EMBID IRUJO, J. M., “Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo”, Ministerio de Justicia, 1987, esp. pgs. 65 y ss

<sup>79</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, “La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado”, Valencia, 2000, pg. 186.

instrumento de gobierno de la empresa familiar, puede servir para legitimar la eventual adopción de instrucciones que en interés de la empresa familiar vinculen a los titulares del órgano de administración de las sociedades familiares.

Debemos afirmar la semejanza con la singular posición de los administradores de la sociedad familiar que soportan la injerencia de la familia en la gestión de la propia empresa familiar no deja de plantear problemas análogos a los que presenta el administrador de una sociedad filial en relación con las instrucciones recibidas de la sociedad dominante y de sus administradores. También similar es la posición del administrador de sociedad limitada que, ex art. 44.2 LSRL, resulta ser destinatario de las instrucciones adoptadas por los socios reunidos en junta.

Pero aquí se introduce un problema de ámbito penal cual es cómo conciliar el principio de no-exoneración de responsabilidad ex art. 133.4 con la eventual sujeción al cumplimiento de instrucciones legítimamente impartidas por quien proceda y según lo previsto en el protocolo familiar. La ejecución de instrucciones impartidas por otro no enerva la responsabilidad de los administradores frente a socios y terceros por los daños y perjuicios causados conforme al régimen general (arts. 127 y ss. LSA; art. 133.4 LSA); de otra parte, ante instrucciones en principio legítimas y, en el plano interno, vinculantes (constituyen un acto debido), su incumplimiento genera responsabilidad frente al mandante<sup>80</sup>. Sobre este tema, el redactor de nuestro Decreto parece dar por supuesto que la injerencia legítima en las facultades de administración consiste en la simple formulación de meras opiniones “consultivas” o de carácter simplemente informativo, como demuestran los nuevos arts. 114.2 e) y 124.2.d) del Reglamento del Registro mercantil que consagran la existencia de los “comités consultivos”.

Respetando la regla del ámbito predeterminado de las facultades representativas de los administradores en relación con terceros (arts. 129.1 y 330.2 LSA, 63.1 LSRL), para que la intervención prevista en el protocolo familiar y, en la ejecución de éste, en los estatutos, entrañe la exigencia de un auténtico *placet*, forma de autorización previa o posterior, en relación con ciertos negocios o decisiones de singular trascendencia de modo similar a cómo acontece con el “sistema dual” previsto para la sociedad anónima europea domiciliada en España tras la Ley 19/2005 en relación

---

<sup>80</sup> ESTEBAN VELASCO, G., “Acuerdos de la Junta General de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y responsabilidad de los administradores”, *RdS*, 2002, núm. 18, pgs. 217 y ss.

con las operaciones sometidas a autorización previa del Consejo de control. Para reafirmar esta exposición, señalar que algo de esto intuye, no bien concretado, el redactor de la Exposición de Motivos del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero cuando nos dice que los “comités consultivos” en “*nada inciden en el binomio monista-dual, que se introdujo, limitadamente, en España por Ley 19/2005, de 14 de noviembre (.../...)*”. En este caso, se trataría de instrucciones internamente vinculantes cuya ejecución constituye un acto debido en los términos examinados anteriormente. De cualquier modo, y como ocurre con la propia sociedad anónima europea, la falta de autorización previa será inoponible a los terceros que hubieren actuado de buena fe (cfr. art. 334 LSA).

##### **5) La naturaleza jurídica. Diferencia con otras figuras.**

El estudio del protocolo familiar encuentra su acomodo en su conceptualización como un *negocio jurídico*, sin perjuicio de que pueda admitirse a priori la viabilidad de ciertos protocolos familiares que tan sólo son queridos por sus firmantes en su condición de meros “códigos de conducta”, y sin otra energía jurídica que la meramente moral (obligaciones morales). Y podemos reconocer que incluso en los protocolos más “estrictamente jurídicos” puede faltar algún contenido que podríamos calificar de “metajurídico”, como todo lo referente a la descripción de los valores, fines o axiología de la empresa familiar, la parte en que se relata la historia de aquella, el mismo “plan de negocio” que a veces se inserta en el protocolo. Debemos admitir la concurrencia de una “parte literaria” del protocolo, aunque sólo sea por su trascendencia a efectos interpretativos del resto. Nuestra actual regulación ha hecho que deje de ser, por lo menos parcialmente, un negocio *atípico* y, desde luego, sujeto al principio de libertad de forma. Se trata, además, de un negocio jurídico *complejo* o, si se prefiere, *compuesto* de varios negocios jurídicos “simples”. De hecho, el protocolo familiar es descrito, mejor que definido, tanto en la Exposición de Motivos como en el texto del Decreto como “*un conjunto de pactos*” (cfr. §7º Exp. Motivos y art. 2 RD).

Si atendemos a su etimología debemos apostillar la denominación utilizada, tomada de la práctica empresarial, y consagrada legalmente para la nueva institución. Da la

impresión que el legislador, verdaderamente obsesionado por la cuestión ciertamente menor de la forma en que se documenta el “protocolo”, está pensando en un negocio jurídico que habrá de instrumentarse, de manera natural, en documento público (escritura pública) o protocolizarse mediante acta notarial (cfr. arts. 5.2, 6 y 7 Decreto). Podríamos establecer en que por influencia estamos ante una probablemente desafortunada traducción literal del término francés “protocole d'accord”, término que la doctrina gala suele reservar a las diferentes formas de la contratación preliminar desde los meros tratos preliminares al auténtico precontrato. La doctrina mercantil francesa, por ejemplo, suele calificar de “protocolo” a la convención preparatoria de una sociedad mercantil y en el ámbito que nos ocupa de la empresa familiar se habla de “protocole de famille”.

El protocolo familiar se regula autónomamente e instrumenta mediante un *negocio jurídico complejo* o compuesto, por estructurado o articulado, en dos niveles negociales autónomos, pero vinculados entre sí:

1.- Por una parte, está el negocio principal que es el mismo protocolo familiar y que conforma lo que podríamos llamar el negocio “convenio-marco”. Así, expresamente, se califica al protocolo familiar en el Informe del Senado, apartado VII. Presenta, como veremos, la naturaleza jurídica del contrato de sociedad (“sociedad interna”);

2.- En ejecución del mismo, se han de producir los diversos negocios derivados regidos por aquél.

Estamos ante el examen como negocio complejo que disciplina una empresa (calificada de “familiar”) vertebrada en la relación de aquél con la sociedad o sociedades mercantiles (“familiares”) regidas por el mismo. Con esta base, ese negocio “societario” en sentido amplio que es el protocolo familiar carece de toda utilidad práctica sin su ejecución, sin conexión con la sociedad o sociedades mercantiles de referencia (o “afectadas” en los términos de lo que dice el art. 2.2 del Decreto). Aquí sí que debemos afirmar que el legislador acierta al no definir<sup>81</sup> lo que debe entenderse por sociedad familiar, ni siquiera se define lo que cabe entender

---

<sup>81</sup> Vid. Recomendación 4ª del Informe.

por *sociedad familiar* a los efectos de la normativa específica sobre publicidad registral del protocolo familiar. Téngase presente que, apartándose de la recomendación contenida en el Informe del Senado, el redactor del reglamento, con buen criterio, abandonó la idea de tipificar un tipo (o subtipo) de “sociedad familiar” que podría incluso ser reconocida en el tráfico mediante una sigla en la denominación (“F”). De la Exposición de Motivos y del Informe del Senado parece deducirse que sólo se consideran sociedades familiares aquellas en que el control o poder de decisión recae en exclusividad sobre un grupo familiar, aunque parte del capital social esté en poder de terceros. Con todo, no se ven las razones para impedir que un grupo familiar minoritario defienda de manera más efectiva su posición mediante la agrupación estable de su participación colectiva y con la cobertura de un protocolo familiar. CERDÁ ALBERO asevera que todo ello, además, de la posibilidad de control efectivo por un grupo familiar en las propias sociedades cotizadas que parecen quedar, indebidamente, excluidas de la regulación<sup>82</sup> y, desde luego, se prevé implícitamente la posibilidad de que la sociedad familiar esté participada en su capital por terceros ajenos a la familia. Además, el protocolo familiar puede referirse o crear consecuencias a varias sociedades mercantiles (“grupo societario familiar”). Es eventualmente posible que el protocolo se refiera a una empresa familiar articulada de forma pluricorporativa como grupo de sociedades (cfr. art. 2.2 Decreto y, oblicuamente, nuevos arts. 114.2 d) y 175.2.d) RRM; art. 1056, §II CC). En tales casos, aunque es perfectamente posible confeccionar un protocolo familiar diferente por cada sociedad mercantil “afectada”, lo habitual será que exista un solo protocolo para todo el grupo. El Decreto se limita a decirnos que el supuesto de que “*el protocolo afecte a varias sociedades*” (lo que típicamente sucederá en los casos de grupo de sociedades), éste podrá publicarse en cada una de ellas “*en la parte que le concierna*”. Esta posible fragmentación y separación del contenido del protocolo por cada sociedad afectada será en la práctica más teórica que real porque lo más habitual será que el mismo protocolo no pueda fraccionarse y en su integridad se refiera indistintamente a todas y a cada una de las sociedades del grupo. En cuyo caso, cabe publicarlo total o parcialmente en todas, en algunas de ellas o en ninguna (la publicidad es voluntaria). Quizás lo más lógico hubiera sido seguir mecanismo análogo al previsto para las cuentas consolidadas que se depositan en la sociedad dominante del grupo de suerte que en las dominadas sólo se hace constar una referencia al hecho del depósito en la matriz (cfr. arts. 372-4 RRM).

---

<sup>82</sup> CERDÁ ALBERO, F., “La empresa familiar: una noción relativa”, en *El buen gobierno de las empresas familiares*”, Cuatrecasas, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pgs. 67 y ss.

Sin formar parte de este estudio debo en este punto remarcar que el decreto trata de excluir sin argumentos sólidos la posibilidad de existencia de protocolos en sociedades cotizadas. He de incidir en que aunque está bastante extendida la asociación de la empresa familiar con la pequeña y mediana empresa, es perfectamente posible que el control de una sociedad cotizada pueda recaer en un grupo familiar. Si observamos la composición societaria de nuestro IBEX35 son varias de estas sociedades las que podrían clasificarse de “familiares” y nada ajeno a nuestro Derecho comparado. Más aun: aunque el grupo familiar no llegare a controlar la cotizada, el grupo familiar podría estar no obstante interesado en constituir un sindicato de defensa de la posición del minoritario mediante la “agrupación de las acciones”; agrupación que bien puede sustentarse en un protocolo familiar<sup>83</sup>. En la normativa fiscal aplicable a la empresa familiar suele ser indiferente al hecho de que la participada esté o no cotizada. No obstante lo anterior, pareciendo ignorar esta evidencia, el artículo 1 del Decreto deja fuera de su objeto la publicidad de los *protocolos familiares de las sociedades mercantiles cotizadas*. Para justificar el que tal norma no sea de aplicación a las sociedades anónimas cotizadas, el redactor de la Exposición de Motivos nos dice que éstas “*encontrarían su marco normativo en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas*” . El art. 112 LMV establece la obligatoria publicidad de ciertos pactos parasociales en sociedades cotizadas y en sociedades (no cotizadas) que sean dominantes a su vez de cotizadas. Se trata en concreto de aquellos pactos parasociales que incluyan la regulación del ejercicio del voto en las juntas generales o restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas cotizadas (art. 112.1 LMV). La técnica de publicidad de tales pactos es diferente que la prevista en el Decreto de protocolos: comunicación a la CNMV y subsiguiente publicidad en sus registros oficiales (y portal); depósito de una copia de las cláusulas del documento en que consten en el Registro Mercantil (cfr. art. 112.2 LMV). La publicidad registral no sólo es ahora obligatoria sino que su omisión se sanciona con una radical ineficacia civil: en tanto no se cumpla con la publicidad legal obligatoria, “el pacto parasocial no producirá efecto alguno en cuanto a las referidas materias, sin perjuicio de la restante normativa aplicable” (art. 112.2 §3 LMV). Ante la presente conexión y

---

<sup>83</sup> CERDÁ ALBERO, F., op. cit., pgs. 98 y ss.

evidencia, la exclusión de la publicidad de los protocolos familiares en sociedades cotizadas está mal construida en la norma y debemos cuestionar su fundamento. Una cosa es que las cotizadas y las dominantes de cotizadas ex art. 112.4 LMV, deban publicar ciertos pactos parasociales bajo sanción de ineficacia civil en la forma prevista en la legislación del mercado de valores, y otra muy distinta que debamos entender que haya de quedar prohibida la publicidad de los protocolos familiares en cotizadas o que los protocolos publicados en sociedad familiar aún no cotizada deban caducar o su publicidad registral cesar por el simple hecho de la salida a bolsa de la sociedad. Creo por evidente necesario cuestionar que las empresas “familiares” cotizadas no puedan hacer uso de las posibilidades previstas en el Decreto regulador de publicidad del protocolo familiar sin dejar de cumplir con ello las normas del mercado de valores. Existiendo acciones en manos de terceros ajenos a la familia será el órgano de administración de la cotizada quien deba ponderar la publicidad del protocolo familiar según establece el artículo del Decreto. Obviamente, el ser cotizada comporta otras limitaciones dado que la condición de sociedad cotizada es incompatible con cualquier restricción o limitación a la transmisibilidad de las acciones admitidas a cotización y que haya de ser eficaz contra terceros. Tampoco cabe en cotizadas una prestación accesoria de cumplimiento de protocolo familiar. Lo mismo ocurre incluso en ordenamientos societarios como los de EE UU en que se admite la oponibilidad a terceros de los “shareholders' agreements”, siempre que la sociedad afectada no cotice en mercados organizados. Por este motivo, cuando la sociedad cerrada familiar decide su salida a cotización en bolsa, habrán de modificarse los estatutos que contuvieran este tipo de cláusulas al objeto de su eliminación. Ahora bien: a menos que del protocolo resultare otra cosa, no existen razones para entender que caducan por este sólo motivo los compromisos parasociales asumidos en protocolo familiar y sin perjuicio de que hayan de comunicarse a la CNMV y depositarse en el Registro ex art. 112 LMV. Nuestra legislación del mercado de valores establece la regla general según la cual no cabe una admisión parcial a cotización. Obviamente, la “sindicación” o “bloqueo” de las acciones cotizadas pertenecientes al grupo familiar puede instrumentarse jurídicamente de muchas maneras de la que sólo una de ellas es la firma de un pacto parasocial.

En conclusión, he de defender, pese a lo expuesto en el RD que no existen razones válidas para argumentar que no pueda pactarse, y publicarse registralmente, un protocolo familiar de sociedad cotizada. Tampoco para que existan varios protocolos

familiares en relación con una misma sociedad mercantil (en lo que vendría a ser una sociedad multifamiliar). El Decreto establece el sorprendente requisito de la *publicidad de tan sólo un único protocolo* por sociedad, aunque dicho protocolo sea susceptible de diversas formas de publicidad (art. 2.2). La Exposición de Motivos trata insuficientemente de justificarlo: *“se considera que ésta es la fórmula que mejor garantiza la seguridad jurídica que debe presidir la publicidad que ofrece el Registro Mercantil, en aras a la certeza de los operadores y de los ciudadanos sobre el marco regulatorio de la entidad”*. Este redactado evidencia una obsesión de nuestro legislador por la forma, sin duda por la influencia de la DGRN en su redactado, tal y como se evidencia del RD, y parece ignorar o no plantearse que dentro de una sociedad familiar pueden coexistir distintos grupos familiares (sociedad multifamiliar) o distintas ramas de la misma familia interesadas en regular sus relaciones separadamente en protocolos distintos. En tales circunstancias, la prohibición que acabamos de describir no puede significar que haya de quedar excluida la publicidad de uno o más protocolos en favor de la de otro protocolo de mejor fortuna. Inclusive deberíamos plantearnos cuál sería el criterio de selección, entre el grupo de mayor peso en el capital o el del que primero presente el protocolo o el que elija el administrador, por poner algunos ejemplos. Creo necesario interpretar al redactor del RD, y sentar la base de que lo que subyace en la norma es que deben publicarse y actualizarse los compromisos asumidos por el grupo familiar en pactos “compilados” o “refundidos” en un único documento.

Estamos ante una técnica organizativa de unión de contratos, en la existencia de una estructura comercial articulada de un modo dual que algunos explican como de “doble negocio” o “doble sociedad”. Son contratos conexos entre sí funcionalmente, que no es precisamente desconocida en la práctica empresarial, la cual es la base de los denominados joint-venture en las que se distingue el “joint venture agreement” (unincorporated joint venture) de los respectivos contratos de sociedad (incorporated joint venture) que se conciertan, en su caso, en su ejecución.

Y discernida esta posibilidad de existencia y publicidad, ya podemos afirmar que la empresa familiar se configura como una realidad comercial conjunta vertebrada por la articulación de dos negocios autónomos en relación de supremacía-subordinación jerárquica; uno de los cuales (el protocolo familiar), funciona como “contrato básico” o “contrato marco” mientras que el otro (la sociedad mercantil), se articula en una relación de dependencia unilateral como contrato de desarrollo y dictado en



la ejecución de aquél, lo cual supone y exige:

- 1.- La articulación societaria del protocolo familiar que se consigue mediante la *configuración estatutaria* del contrato o contratos de sociedad o grupo de sociedades y sus respectivos reglamentos;
- 2.- El funcionamiento del protocolo en la parte que no aflora a estatutos como *pacto parasocial*.

Y vista esta característica de desarrollo, y confirmando a CARRASCO PERERA, creo haber fundamentado que en esta forma de articulación de negocios conexos es en principio indiferente cuál sea el negocio jurídico anterior en el tiempo: el protocolo familiar o la sociedad mercantil en cuestión<sup>84</sup>. En el *iter procedimental*, es perfectamente posible, aunque no necesario, que la firma del protocolo familiar preceda en el tiempo a la constitución de la sociedad regida por aquél. También puede que ocurra lo contrario: que el protocolo se firme una vez constituida ya la sociedad. El mismo protocolo familiar puede ser la fase postrera de un iter negocial específico que, como es habitual en la práctica internacional, quizás haya comenzado con una “carta” o “compromiso de intenciones” (“letter of intent”) sobre cuya naturaleza nuestra doctrina y jurisprudencia han tenido ocasión de pronunciarse en alguna ocasión (vid. entre otras, las SSTS de 4 de julio 1991 y de 3 de junio de 1998). La SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, de 8 de abril de 2002, trata de un caso de un Protocolo Familiar que quedó en “mera propuesta de intenciones”<sup>85</sup>.

No obstante, paso a delimitar y concretar lo afirmado.

---

<sup>84</sup> CARRASCO PERERA, A., “Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad *in contrahendo* y obligatoriedad de los tratos en la Jurisprudencia española”, *Aranzadi Civil*, núm. 21/2005, 2006

<sup>85</sup> MARTÍ MOYA, V., “La configuración de los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual en los procedimientos de fusión de sociedades”, *RDM*, núm. 258, 2005, pgs. 1641 y ss. Vid. también: GÁMEZ JIMÉNEZ, J. M., “Las cartas de intención en el comercio internacional. Una aproximación de su régimen jurídico desde el Derecho privado español”, *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 52/2003, pg. 19 y ss.

## **A) Supremacía del pacto extraestatutario sobre lo convenido en Estatutos**

Llegados a este momento de mi estudio, queda más delimitado el término “precontrato” utilizado en algún punto de este estudio; no resultaría justo, tras lo expuesto, identificar protocolo familiar con precontrato porque protocolo y sociedad pueden tener un muy diferente sustrato asociativo de suerte que no todos los socios de la sociedad sean simultáneamente parte del protocolo familiar, y además porque de estar ante un precontrato de sociedad, su virtualidad jurídica se agotaría por cumplimiento cuando se constituye la sociedad mercantil en cuestión. Sin embargo, lo que se pretende es precisamente lo contrario: que el protocolo siga funcionando y regulando, con su limitada eficacia interna, básicamente como pacto parasocial, la empresa familiar y en relación con las sociedades mercantiles constituidas.

Creo que existe en la génesis formal y filosófica del documento una voluntad negocial de “supremacía” o “prevalencia” del protocolo familiar sobre la sociedad familiar en cuestión (al menos en relación con los socios que sean firmantes del protocolo), que quizás se recoja expresamente en el protocolo mismo, y que reclama la supervivencia jurídica de aquél, hasta el punto que es habitual prever en protocolo una revisión periódica del mismo (vid. art. 3.3 Decreto), revisión con trascendencia societaria dado que obligará en su consecuencia a un ulterior reajuste de los estatutos por los que se rige la sociedad familiar.

Y consecuencia de la anterior afirmación podríamos considerar que es perfectamente irrelevante que el protocolo no se documente en escritura pública sino en documento privado, y volviendo sobre la doctrina francesa, se tildó al compromiso de *acuerdos o pactos “meta” o “supraestatutarios”*.

Conviene tener presente que nuestra Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido ciertamente generosa a la hora de admitir la supremacía del pacto extra-estatutario sobre lo convenido en estatutos, en relación con los socios firmantes del pacto, con la consiguiente pervivencia de aquél una vez constituida la sociedad y siempre que quede acreditada, por interpretación del contrato, que ésa era la verdadera intención

de las partes. Podemos concretarlo con los siguientes casos<sup>86</sup>:

a) Citemos en primer lugar el *caso Jeltex SA* (STS 15 julio de 1995). Tres empresarios pactan en documento privado la constitución a la mayor brevedad posible de una sociedad anónima. Uno de ellos había anticipado cierta cantidad para la puesta en marcha del negocio con el compromiso adicional de que, cuando la liquidez de la empresa lo permitiera, le sería reintegrada la suma anticipada, ostentando mientras tanto acciones por el 50% del capital social de la mercantil anónima que inmediatamente después se constituiría. Igualmente, en el pacto se decía que, cuando ese requisito de la restitución de los capitales avanzados por el socio se hiciera efectivo, las acciones de la anónima serían repartidas entre los mismos socios en tres partes iguales, *aunque la escritura (de constitución, se entiende) dijera otra cosa*. De hecho, se constituye la sociedad con una diferente distribución del capital entre los socios: un socio al 50% y los otros dos se repartían el resto, por partes iguales. Una vez constituida la sociedad se procede, por parte de la sociedad, al reintegro prometido al socio de la suma anticipada por él y, en cumplimiento de lo pactado en el contrato privado, se pide de los socios que se “modifique la escritura social en forma de que cada socio ostente una tercera parte de las acciones”. El socio mayoritario resiste la pretensión tratando de negar eficacia al documento privado por entenderlo superado por lo pactado en la escritura de constitución. Adviértase que estamos bajo la vigencia de la LSA/1951 y la de su artículo 6 que negaba eficacia a los pactos reservados entre accionistas. La doctrina sentada en la sentencia es clarísima e irreprochable. Los pactos reservados no deben reputarse nulos. El documento privado reconocido legalmente tiene el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieren suscrito ex art. 1255 CC y a tenor del art. 1901 CC las obligaciones que nacen del contrato tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes. En el aspecto estrictamente interno de las relaciones entre los socios, sin repercusión alguna frente a terceros, hay que otorgar eficacia a la previsión extra-estatutaria sobre lo pactado en escritura cuando resulta claramente acreditada ser ésta la intención de las partes. No puede argumentarse que constituida la sociedad queda anulado lo convenido en el pacto privado debiendo darse prevalencia al contenido de este documento atendiendo al principio positivo “*pacta sunt servanda*”.

---

<sup>86</sup> Extraído de FERNÁNDEZ DEL POZO, L. “El protocolo familiar”, Thomson- Civitas, Ed. Aranzadi, 2008, págs.. 54 y ss.

b) El caso de *Galaxia Televisión SA* (STS 23 marzo 2001) sienta similar doctrina en relación a una cláusula en estatutos que contemplaba el rescate de acciones por un precio (estatutario) distinto del precio pactado por los socios en un documento privado. Se trataba de lo siguiente: el organismo público IMPI del Ministerio de Industria tomó una participación temporal en el capital social de la mercantil reseñada bajo la fórmula empresarial conocida del “capital-riesgo”. Por estatuto legal, el Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial tenía limitada su participación financiera en el capital de la mercantil a un período máximo de tres años. Para regular la salida del organismo público de la sociedad participada se incluyó una cláusula en el artículo 7 de los estatutos según la cual el organismo ofrecería sus acciones para su venta a los demás socios y a prorrata entre ellos, estableciéndose a la sazón, en caso de disconformidad del valor de las acciones, un sistema de fijación pericial del precio cuyo examen no viene al caso. Dos meses antes de la escritura de modificación de estatutos en que se incluía la cláusula de salida de la sociedad citada, el IMPI había celebrado con cada uno de los siete restantes socios un contrato privado de idéntico contenido, en que estos últimos, sin perjuicio de lo establecido en el pacto estatutario, se comprometían a la recompra de las acciones del IMPI en una fecha determinada *por un precio equivalente al valor nominal*. Obsérvese que la cláusula estatutaria seguía el criterio de valoración “real” (se tenían en cuenta las plusvalías por el perito que determinaría el valor de la acción). Podríamos decir que las acciones del IMPI se configuraban en estatutos como “rescatables” a voluntad del socio (en una sociedad no cotizada separándose de lo dispuesto en el art. 92 bis LSA) por un precio de rescate “real”, cuando el precio pactado extra-estatutariamente era diferente, previsiblemente menor (rescate al nominal). Habida cuenta que la “doctrina” sentada de la DGRN tiene predilección por la defensa del canon del “valor real” en los supuestos de salida voluntaria o forzosa de los socios, es muy probable que el pacto extra-estatutario haya buscado huir de la calificación negativa del registrador (no en vano, vid. art. 123.6 RRM). A lo que se ve, el negocio fue mal y vino la empresa en pérdidas de las que interesaba, como es lógico, liberarse. El IMPI exigió el cumplimiento de lo pactado en el documento privado lo que fue resistido por los socios, entre otras cosas, so pretexto de que el “convenio parasocial” privado debe ceder ante el “convenio social” de los estatutos firmados inmediatamente después, como consecuencia de una novación. Como cabe esperar, el TS niega viabilidad a esta pretensión y desde luego, se niega a considerar constitutiva de abuso de Derecho la pretensión del IMPI de salir de una sociedad en pérdidas con recuperación del valor nominal de la inversión porque en eso consistía precisamente la razón de ser del pacto privado (cobertura del riesgo de

la inversión temporal por la opción de venta y el compromiso de recompra).

Ante tales ejemplos, si bien no podemos ni debemos admitir que la naturaleza del protocolo familiar no sea la de un simple precontrato de sociedad, no puede despreciarse por origen del mismo la posibilidad de que los firmantes del mismo obtengan un cumplimiento forzoso *in natura* del mismo por condena judicial y con fundamento en las previsiones en aquél contenidas. La sociedad familiar deberá constituirse y reformarse conforme a las estipulaciones contenidas en el protocolo original o revisado. Y debemos concluir que los firmantes del protocolo familiar pueden obtener el cumplimiento forzoso del contenido parasocial del protocolo familiar, inclusive frente a la sociedad.

Salvando excepciones<sup>87</sup>, nuestra ley procesal y de nuestra jurisprudencia en la materia, será muy difícil que pueda llegar a prosperar la pretensión de ejecución forzosa de constitución de sociedad con la emisión de declaración de voluntad sustitutoria de la de los rebeldes firmantes de un protocolo familiar por el propio juez, excepción que el mismo protocolo hubieran quedado perfectamente determinados todos los elementos del contrato de sociedad o que, de no estar predeterminados algunos elementos no esenciales, el tribunal pueda “integrar” el contrato por el recurso a lo que “sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico” (cfr. arts. 708.1 y 708.2 LCE)<sup>88</sup>. Todo ello, sin perjuicio, claro es, de que puede reclamarse, en su caso, la indemnización de perjuicios que proceda por culpa *in contrahendo* ex art. 708.2 §2 LECiv<sup>89</sup>.

Si la sociedad hubiera llegado a constituirse pero sus estatutos no estuvieran ajustados a las previsiones del protocolo familiar, por ejemplo se revisa el protocolo y no se reajustan los estatutos por falta de cooperación de los otros socios, topáramos con similares problemas a los ya señalados. A estos efectos, lo deseable será que la revisión del protocolo conlleve la precisa determinación de la reforma estatutaria necesaria con recomendable nueva redacción dada a los correspondientes artículos estatutarios.

---

<sup>87</sup> STS de 5 julio de 1940

<sup>88</sup> SSTs 9 julio 1940; 3 junio 1998; 24 julio 1998; 4 julio 1991

<sup>89</sup> SAP de Ciudad Real, sección primera, de 7 de diciembre de 2001

Diferente por concreta es la determinación de la doctrina en cuanto a la ejecución forzosa del contenido parasocial del protocolo familiar. No hay ya razones para negar la posibilidad de tal ejecución forzosa a la vista de la regulación procesal mencionada<sup>90</sup>.

## **B) Pacto parasocial**

La Exposición de Motivos del Real Decreto 171/2007, nos indica que no es su propósito regular el contenido del protocolo familiar, añade “*que será configurado por la autonomía de la voluntad, como pacto parasocial, en hipótesis más frecuente sin más límites que los establecidos, con carácter general en el ordenamiento civil y específico, en el societario*”. La misma Exposición de Motivos identifica al protocolo familiar con los “shareholders’ agreements” que ya hemos tenido la posibilidad de comentar en el presente trabajo de la cultura anglosajona del protocolo familiar.

La primera conclusión es que una vez inscritas las sociedades “familiares” el protocolo debe valer como pacto parasocial entre los socios firmantes del mismo. Así, quienes son partes del protocolo, sean o no socios, pero en contemplación de la cualidad de tal (o de la de administrador de una sociedad o grupo familiar), pueden aspirar a integrar, modalizar e incluso derogar o corregir el régimen estatutario<sup>91</sup>. La expresión de “pacto parasocial” fue acuñada en la literatura jurídica italiana y hasta hace poco desconocida en nuestro Derecho positivo, que prefería hablar de “pactos (reservados o privados) entre accionistas”, y en los que suelen agruparse operaciones negociales (no sólo contratos) entre los propios socios o con terceros destinadas a integrar o modificar la disciplina societaria (legal y estatutaria) en la que los firmantes del pacto se ven directamente afectados. El contenido de los pactos

---

<sup>90</sup> PAZ-ARES, “El enforcement de los Pactos Parasociales”, *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm. 5/2003, pgs. 22

<sup>91</sup> ALONSO LEDESMA, C., voz “Pactos Parasociales”, en *Diccionario de Derecho de sociedades*, dir. ALONSO LEDESMA, Iustel, 2006; ILLESCAS ORTIZ, R., “La transparencia de las sociedades anónimas cotizadas y los pactos parasociales”, en *Derecho de los negocios*, núm. 165, junio 2004, pgs. 5 y ss.; LEÓN SANZ, F. J., “La publicidad de los pactos parasociales por las sociedades cotizadas”, en *Derecho de Sociedades Anónimas cotizadas*, tomo II, Madrid, 2006; PAZ-ARES, C., “El enforcement de los pactos parasociales”, en *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez* núm. 5/2003

parasociales es potencialmente tan heterogéneo que los mismos se resisten a una clasificación exhaustiva. Los pactos cuya esfera de actuación queda exclusivamente limitada al círculo de los intervinientes en el acuerdo no se proyectan sobre la organización de la sociedad: generan obligaciones recíprocas e inmediatas entre las partes sin que trascienda ello a la sociedad. Muchos de ellos podrían haber aflorado a estatutos. Los pactos de atribución de ventajas a la sociedad como los compromisos de subvenir a la cobertura de pérdidas o los de realizar aportaciones a fondo perdido podrían haber encajado en estatutos dentro del marco de las prestaciones accesorias. El *enforcement* contractual, no obstante, no plantea problemas de especial consideración toda vez que cabe encuadrar esta figura dentro de la categoría de los contratos a favor del tercero ex art. 1257 II CC: la sociedad como beneficiaria del pacto puede exigir su derecho de quien corresponda; la aceptación sólo enerva la facultad revocatoria de quien contrata a favor de aquélla. La ausencia de cobertura estatutaria de tales pactos, sin embargo, impide, por ejemplo, vincular la prestación prometida a la titularidad de las acciones o participaciones afectadas por la misma y de manera que el tercero adquirente o subadquirente quede sujeto a su contenido (obligatoriedad absoluta “ob rem”).

Los problemas se plantean en aquellos pactos parasociales convenidos entre ciertos socios, o entre éstos y los titulares de la posición del órgano, que buscan de propósito incidir sobre la organización de la sociedad y que procuran el efecto de regular las relaciones internas o el ámbito competencial de los órganos societarios separándose de lo que se establece en la Ley y en los estatutos (reglamentos en su caso).

De la lectura del artículo 2 del Decreto, una parte sustancial del mismo incluye pactos como los que se describen:

1.- Cabe presuponer que es intención de las partes del protocolo familiar que, en su relación recíproca como socios de la sociedad o sociedades familiares en cuestión, el contenido del dicho protocolo familiar suministre una *base interpretativa de los estatutos de las dichas sociedad mercantiles*<sup>92</sup>. Lo que ha dado en llamarse principio

---

<sup>92</sup> RDGRN 4 mayo 2005 en relación a una referencia expresa en estatutos al protocolo como base interpretativa de los mismos

interpretativo “pro familia”<sup>93</sup>.

En no pocas ocasiones, los tribunales tienen en consideración el sustrato asociativo “familiar” de la sociedad mercantil en cuestión a relevantes efectos societarios (para dulcificar el rigor de los requisitos formales de convocatoria y de reunión de órganos, para levantar el velo contable etc.). Con mucha más razón habrán de acudir al sustrato negocial extra-societario a efectos de interpretar el contrato societario.

El protocolo puede servir como fuente externa (extra-estatutaria) de *interpretación* de los estatutos y de *integración* del negocio societario. Debe existir para ello una coincidencia entre el sustrato asociativo del protocolo y de la sociedad familiar. Por todo ello, a efectos interpretativos, puede muy bien ser societariamente relevante una buena parte del protocolo familiar que no podrá aflorar en estatutos por constituir materia objetivamente inidónea para ello. Así, en lo que tiene el protocolo de contenido histórico, axiológico o descriptivo de la familia y del negocio familiar. Lo que, eventualmente, y cuando coincida la base subjetiva del protocolo y de la sociedad, puede tener relevancia estrictamente societaria a los efectos, por ejemplo, del correcto entendimiento de las previsiones estatutarias e inscritas que se pactaron en ejecución del protocolo (normalmente el protocolo no contiene el tenor literal de las cláusulas estatutarias) e incluso, a los efectos de dictaminar que existe una modificación sustancial de objeto (cuando, por ejemplo, un negocio familiar deja de serlo) o una causa legal de disolución por conclusión de la empresa familiar ex arts. 260.1.3º LSA.

El legislador ha sido consciente de todo lo anterior cuando se preocupa de exigir en el art. 7 del Decreto que cuando los acuerdos sociales se hayan adoptado en ejecución del protocolo familiar en el título inscribible y en la inscripción se haga mención expresa de esa circunstancia.

2.- Parte del contenido del protocolo familiar pretende *enmarcar la gestión del órgano de administración*. Se legitima la injerencia familiar en la gestión de la

---

<sup>93</sup> FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, I., “La Asamblea y el Consejo de Familia: disfunciones del ensanchamiento corporativo de las sociedades de capital” (a propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005), Rds núm. 26, 2006, pgs. 491 y ss.



sociedad<sup>94</sup>. No es inhabitual que se contengan en protocolo criterios orientativos, más o menos precisos, y referentes a la implementación de las diversas políticas de la empresa: la financiera, la de personal<sup>95</sup>, entre otras. Con ello se pretende que los administradores ajusten su actuación a lo en ellas contemplado a modo de otras tantas “limitaciones” no estatutarias de sus facultades. El modo más completo de vincular la gestión de los administradores es la inclusión del denominado “Plan de Negocio”<sup>96</sup>. A la vista de este desarrollo, debe replantearse la tesis tradicional de nuestra doctrina mercantilista según la cual deberían rechazarse por ilegales los pactos parasociales que buscan regular la conducta que deben adoptar los miembros del órgano de administración<sup>97</sup>. Se supone que tales pactos ponen en riesgo la noción de orden público y modifican el marco organizativo institucional al comprometer el ejercicio de la libertad de decisión de los titulares del órgano en cumplimiento de su potestad-función en defensa del interés social. Sin embargo, tal tesis nos llevaría a negar legitimidad a las instrucciones, externas a la sociedad, eventualmente emanadas de los órganos familiares, y dirigidas a los administradores de la sociedad.

3.- Una buena porción del contenido del protocolo familiar puede trasladarse a otros tantos pactos sobre el *ejercicio del derecho del voto en la Junta General* y en atención a los correspondientes acuerdos sociales (futuros) contemplados. El pacto de unanimidad o el de similar alcance, de concesión de derecho de voto a un socio, algo que contraviene el carácter colegiado de la junta de accionistas y por ende no sería inscribible como pacto estatutario, puede, sin embargo, convenirse en el protocolo familiar como pacto parasocial, por poner un ejemplo. Los ejemplos son múltiples: el pacto de reparto familiar de cargos en el consejo por ramas de familia, por ejemplo, obliga a votar en determinado sentido en la junta que decide los nombramientos para el consejo; el de financiar la sociedad con recursos propios a votar de manera consistente con lo previsto en las juntas que decidan sobre los correspondientes aumentos de capital; el de dar salida a ciertos socios exigirá por su parte votar favorablemente en los correspondientes acuerdos de reducción de capital ex art. 164.3 LSA; el de auditar voluntariamente las cuentas de la sociedad a votar

---

<sup>94</sup> artículo 44.2 LSRL

<sup>95</sup> vid. por ejemplo el pacto parasocial que examinó la STSJ Madrid, Sala de lo Social, sección 5ª, 21 junio 2004

<sup>96</sup> R. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 9 de enero de 2002.

<sup>97</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima”, en *Estudios en homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, pgs. 351 y ss.

favorablemente el nombramiento de un auditor independiente, etcétera.

4.- Otros pactos del protocolo entrañan la *contratación sobre algunas de las otras facultades y derechos integrantes de la posición de socio* distintas del derecho de voto (*status socii*). Aquí caber citar los referentes a transmisión de acciones/participaciones en términos distintos a los previstos en la Ley o/y en los estatutos; los relativos al derecho sobre el dividendo futuro acordado; acerca del derecho de información del socio, el derecho de asistencia del socio o accionista, el derecho de suscripción o asunción preferente de acciones o participaciones en futuros aumentos del capital, el derecho al precio de rescate o a la cuota de liquidación, el de ejercicio de los demás derechos del minoritario, entre otros. Puede contratarse sobre cualquiera de las facultades que conforman la posición del socio. Por ejemplo, sobre el derecho de asistencia del socio para establecer a su cargo una obligación extra-estatutaria<sup>98</sup>. Puede contratarse sobre los dividendos que pudieran acordarse en acuerdos de aplicación de resultados futuros (una cesión anticipada de dividendos futuros que no entraña un desdoblamiento prohibido del título); sobre el derecho de suscripción o asunción preferente (para dar entrada a socios familiares, por ejemplo); sobre el precio de rescate que le correspondería según estatutos o ley reguladora por separación, exclusión o aplicación de la limitación de la transmisibilidad de acciones o participaciones (renunciando por ejemplo al derecho a obtener el valor razonable de la participación), y así innumerables ejemplos. Delimitado en estatutos y en la Ley el régimen de transmisibilidad de las acciones o participaciones, dicho régimen puede modalizarse e incluso derogarse en protocolo. Así, por ejemplo, el pacto de permanencia en la sociedad puede entrañar una prohibición absoluta de enajenar; en protocolo puede limitarse la transmisibilidad de las acciones de una sociedad cotizada que por naturaleza son libremente negociables. Puede incluso pactarse legítimamente la renuncia a los derechos reconocidos en la ley a la minoría tales como el derecho a solicitar el nombramiento de auditor o el levantamiento de acta notarial de la junta.

Llegado al punto de este análisis<sup>99</sup>, hoy puede darse por superada la *cuestión* referente a la discutida *legalidad o legitimidad de los pactos parasociales*, con más interés histórico que actual, puesto que el propio legislador, apartándose de la

---

<sup>98</sup> vid. sobre la posibilidad de pactar tal cosa en estatutos la discutible RDGRN de 30 de marzo de 1999

<sup>99</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L, “El protocolo familiar”, vid. Págs. 166 y ss.

sanción de nulidad contenida en el viejo artículo 6 LSA/1951, presupone la legalidad en múltiples ocasiones de los “pactos (reservados) entre los socios”<sup>100</sup>. Así, el reconocimiento de ciertos derechos cuando queda subordinado a la titularidad de cierto porcentaje de capital o número mínimo de acciones (asistencia, voto, representación proporcional, canje de acciones etc.) presupone inexcusablemente la legítima “agrupación” para su ejercicio “colectivo”<sup>101</sup>.

El legislador ya opta por dar una existencia lícita a dichos pactos parasociales, por ejemplo cuando diseña la definición legal de grupo de sociedades en sede de consolidación contable<sup>102</sup> o para imponer a las sociedades cotizadas un deber riguroso de publicidad de los mismos<sup>103</sup>, así como elemento de uno de los presupuestos legales del deber de formular una oferta pública de adquisición<sup>104</sup> y, ahora para habilitar instrumento de publicidad registral del protocolo familiar. En esto, en reconocer la legalidad de lo parasocial, el Decreto regulador de los protocolos familiares innova poco. Nada se resuelve, no obstante, sobre un tema de capital importancia para la eficacia de los pactos parasociales cual es el relativo a su duración<sup>105</sup>. Será el tratamiento procesal de dichos pactos el que los devenga nulos: vicio de consentimiento, causa ilícita, infracción de normas imperativas contenidas en la legislación de defensa de la competencia, violación de la prohibición de pactos sobre la herencia futura, entre otros. Lo que ocurre es que no puede enjuiciarse la legalidad de lo parasocial sencillamente cohonstando su contenido con lo establecido en la Ley (de sociedades) o con lo pactado en estatutos para indagar de la posible existencia de contradicciones. Así lo dice, malamente expresado, el legislador en la Exposición de Motivos del Decreto objeto de examen cuando indica que el contenido parasocial del protocolo familiar será configurado por la autonomía negocial “sin más límites que los establecidos, con carácter general, en el ordenamiento civil y específico, en el societario”. La validez se encandina en nuestro art. 1.255 del CC: los pactos son válidos y exigibles incluso judicialmente entre las partes (ejecución forzosa en forma específica) siempre que no desborden los límites “naturales” impuestos a la autonomía de la voluntad: la ley, la moral o el orden

---

<sup>100</sup> arts. 119.III CCom; art. 7.1.II LSA; art. 11.2 LSRL

<sup>101</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La transparencia de los sindicatos de voto...”, op. cit., pgs. 94 y ss.; JUSTE MENCÍA, J., *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, Rds monografía, núm. 3, 1995, pgs. 193 y ss.

<sup>102</sup> art. 42.1.c) CCom

<sup>103</sup> art. 112 LMV

<sup>104</sup> art. 60.1.b LMV en la redacción dada por la Ley 6/2007, de 12 de abril y disposiciones concordantes del reglamento que lo desarrolla

<sup>105</sup> no caben vinculaciones ilimitadas: SAP Ávila 5 junio 2003

público<sup>106</sup>.

El protocolo, en lo que tiene de parasocial, no estará en relación jerárquica con lo estatutario: sendos negocios “societarios” en sentido amplio, protocolo y sociedad mercantil, funcionan en planos distintos aunque funcionalmente conectados. El alcance de la desviación querida en protocolo respecto de lo previsto en el régimen normativo societario aplicable al caso depende en definitiva de la configuración que haya decidido darse a la empresa familiar en su conjunto, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. En protocolo familiar puede legítimamente comprometerse, con eficacia en principio inter-partes, una conducta que se separa de lo pactado en estatutos y lo previsto en la Ley por diferentes razones que modemos ejemplificar sin carácter exhaustivo en:

- a) La principal razón es que, a veces, las partes de uno y otro negocio jurídico (protocolo y sociedad) pueden muy bien no coincidir: el protocolo se pacta entre algunos, no todos, los socios de la sociedad en cuestión (socios externos al protocolo, quizás no miembros de la familia) o/y con no-socios (por ejemplo, titulares de cargos).
- b) Aunque coincidiera la base subjetiva del protocolo y de la sociedad, un pacto del protocolo familiar susceptible de aflorar en estatutos puede quererse fuera de ellos por legítimas razones voluntariamente asumidas de reserva o confidencialidad (familiar).
- c) Con carácter necesario, habrán de quedar como extra-estatutarios los pactos, eventualmente lícitos, del protocolo familiar que no tengan posible cabida estatutaria. Según el Decreto regulador de su publicidad, la conveniencia de la transparencia registral de lo pactado en un pacto parasocial, así como la selección de la técnica registral escogida para ello, deben ser enjuiciadas por los administradores, quienes deben también cuestionarse la conformidad de tales prácticas con el interés social (art. 3.1 Decreto en relación con lo que se establece en el art. 127 bis LSA). Todo lo anterior presupone lógicamente, aunque el legislador no lo diga

---

<sup>106</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L, “El protocolo familiar”, vid. Págs. 168 .

así expresamente (el art. 3.2 sólo contempla la opacidad de las previsiones “sensibles” por afectar a la intimidad de las personas) que los interesados previamente no han excluido de la publicidad registral el protocolo firmado. Obviamente, los firmantes del protocolo pueden convenir el secreto de todo o parte del mismo, y declarar cuáles pactos tienen carácter reservado. Entiendo que, so pretexto de la conformidad con el interés social, el administrador no podrá divulgar los pactos del protocolo que los propios firmantes desean mantener reservados. En todo caso, el administrador de la sociedad deberá contar con el consentimiento expreso de los afectados cuyos datos sensibles, susceptibles de divulgación registral, hubieran sido incluidos en el protocolo ex art. 3.2 Decreto. La Exposición de Motivos del Decreto ilustra esta situación con algunos ejemplos prácticos: pactos sobre el régimen personal de la familia, prohibiciones u obligaciones personales como casarse en régimen de separación de bienes o que el consorte pueda o no ser socio o que los hijos deban estudiar en tal o cual universidad. En tales circunstancias, se requiere que el acceso a la publicidad de la concreta cláusula cuente con el consentimiento expreso y cualificado a que se refiere la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, con el alcance y los efectos que dicha ley atribuye a dicho consentimiento. A la vista de la eventualidad legal de su publicidad registral, lo recomendable será que los firmantes del protocolo se pronuncien con claridad en el mismo protocolo a través de una cláusula sobre este particular o, al menos, señalen cuáles son las cláusulas que se mantendrán reservadas por cualquier causa legítima. Puede ser útil referir la cuestión sobre la eventual publicidad, total o parcial, del protocolo familiar a una decisión ulterior del consejo o de la junta de familia. En todo caso, la voluntad de secreto de todo o parte del protocolo deberá ser respetada por el administrador de la sociedad mercantil. Supuesta la posibilidad de publicar total o parcialmente el protocolo familiar en el Registro Mercantil (porque existe una previsión expresa en ese sentido dentro del protocolo familiar o porque, en caso de silencio, los pactos no contienen datos sensibles o conteniéndolos los propios afectados consienten), el administrador, bajo su responsabilidad, decidirá sobre la publicidad registral y elegirá el o los instrumentos idóneos de la misma, entre las alternativas previstas en los arts. 4 y ss. del Decreto. La eventual decisión del grupo familiar de publicar el protocolo firmado en

principio no vincula al administrador. El administrador de la sociedad debe contrastar en todo caso y bajo su responsabilidad si tal potestativa divulgación de la parte publicable del protocolo está recomendada por el interés social. Algo que hubiera sido innecesario decir dado que se infiere de lo previsto en régimen general de lo que se establece en el art. 127 bis LSA. Obviamente, el problema no se planteará usualmente cuando todos los socios sean firmantes del protocolo familiar y todos deseen su publicidad. El problema es más delicado cuando los firmantes del protocolo no se pronuncian sobre la conveniencia de divulgarlo o cuando existan dentro de la sociedad socios no familiares y en general socios no firmantes del protocolo. Si el administrador divulgara el protocolo no debiendo hacerlo (porque no cumple con los requisitos de la Ley de protección de datos o porque la divulgación no satisface el interés social) podrá incurrir en responsabilidad con arreglo al régimen general ex arts. 127 y ss. LSA y 69 LSRL. Por el contrario, es perfectamente posible, lo contempla el redactor de la Exposición de Motivos, que ante la falta de divulgación del protocolo familiar por inacción del administrador, los socios firmantes puedan instar judicialmente esta pretensión para obtener una condena a publicar el reglamento en el Registro susceptible de ejecución forzosa ex art.708 LECiv. Recaída sentencia de condena, el ejecutante podrá pedir que se libere mandamiento ordenando la publicidad en el Registro Mercantil.

## **6) Elementos**

### **A) Contrato de sociedad interna**

La Ponencia de estudio del Senado, al comenzar a preparar el actual RD, hacía mención a “acuerdo documentado” y a “acuerdo marco o base que necesita ser desarrollado en otra serie de documentos”, evitando la calificación de “contrato” al referirse al protocolo familiar. El RD mantuvo esta ausencia de calificación contractual, cuando me resultaría asimilable su calificación como tal. Inclusive, siguiendo con la defensa que hago de un concepto amplio de sociedad, el protocolo

familiar podría ser calificado, siguiendo a GIRÓN TENA, de “sociedad” (interna)<sup>107</sup> puesto que se dan en aquél las notas definatorias:

- Origen voluntario o negocial: el protocolo es el resultado de una asociación voluntaria de personas y sin perjuicio de admitir en teoría la posibilidad de un protocolo unipersonal;
- La índole común del fin: la regulación, en interés común, de las relaciones entre familia y empresa.

De hecho, negar el poder denominarlo “sociedad”, su calificación de “atípico” lo recubriría de interés por su calificación inicial por analogía con las normas de la sociedad común evitando la desregulación a que está sometido. Nos encontramos, sin duda, ante un negocio de colaboración asociativa que viene a funcionar como una “sociedad interna”, derivada de la voluntad de los firmantes de establecer un orden interno de funcionamiento de la empresa familiar. Hemos de ser adaptativos, y entender que la sociedad civil interna deberá regirse por las reglas comunes del contrato de sociedad que son las contenidas con “carácter residual” en el CC, dado que el Código Mercantil regula las sociedades externas. El legislador en su RD, en su Exposición de Motivos, viene a remarcar que no es su propósito regular lo tocante a los aspectos subjetivo, objetivo, formal y de contenido del protocolo familiar.

## **B) Elementos subjetivos**

En cuanto a los **elementos personales**, suele indicarse en los protocolos familiares conocidos, que son parte del negocio plurilateral que conocemos como “protocolo familiar” los miembros del “grupo familiar” originariamente firmantes del mismo, así como quienes, miembros de la misma familia, posteriormente se adhieran a su contenido. Ha faltado concreción en la definición de “grupo familiar”, de ahí el intento delimitador del inicio de este estudio, y qué relaciones son las que debemos

---

<sup>107</sup> GIRÓN TENA. Vid. Idem, “*Derecho de sociedades anónimas*”, Valladolid, 1952, pgs. 313. Es la tesis que sigue PAZ-ARES, quien, por ejemplo, entiende que la naturaleza del “joint venture agreement” es la de una sociedad civil interna. Vid. “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en URÍA-MENÉNDEZ, “*Curso de Derecho Mercantil*”, 2ª ed., vol. I, pg. 1474. También en EIZAGUIRRE, J. M. “*Derecho de sociedades*”, Civitas, 2001, pgs. 67 y ss.

adaptar a la definición, al poder existir, por razones prácticas, miembros familiares por consanguinidad excluidos como parte en el protocolo, e inclusive se puede dar entrada a terceros (por ejemplo en su cualidad de socio de la sociedad familiar). Es más, podríamos encontrarnos con un “negocio unilateral” de puesta en funcionamiento por el cabeza de familia con la idea de desarrollarlo en previsión de su futura sucesión y en relación con las sociedades del grupo familiar (que pueden ser unipersonales). La posibilidad de que el causante incluya en su testamento disposiciones relativas al ejercicio del voto inherente a las acciones transmitidas de la sociedad familiar es una realidad conocida y admitida en Derecho norteamericano de sociedades (“testamentary direction on voting of shares”)<sup>108</sup> y está, incluso, implícita en el nuevo art. 188.5 RRM cuando permite expresamente el pacto estatutario por el que se dé reconocimiento a un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria, dado que dicho representante o administrador puede muy bien haber sido nombrado por el causante (vid. el supuesto de la RDGRN 17 marzo de 1986).

Lo más frecuente será que el protocolo constituya un negocio plurilateral en línea con el modelo ya explicado de “los tres círculos”, asignándose a nuestra institución la función de “*regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad*” (art. 2.1 Decreto), las posiciones jurídicas que pueden contemplarse son muy diversas, lo que eventualmente justifica distintos conceptos o títulos de intervención.

Básicamente, los más relevantes son: a) socios (de la sociedad familiar) y miembros de la familia que, por fin, trabajan en la empresa; b) socios que trabajan en la empresa pero no son miembros de la familia; c) miembros de la familia que no son socios de la sociedad familiar pero que trabajan en la empresa; d) miembros de la familia que también son socios pero que no trabajan en la empresa. Quedan fuera, sin que me parezca necesario, de su regulación las siguientes situaciones: e) trabajadores en la empresa que ni son socios ni son miembros de la familia; f) miembros de la familia que ni son socios ni trabajan en la empresa; g) socios que ni son miembros de la familia ni trabajan en la empresa. Y falta la regulación de

---

<sup>108</sup> O'NEAL and THOMPSON's , “Close corporations and LLCs: Law and practice”, 2004, Revised 3ª ed., Thompson West, I, &5:39. (Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, “El protocolo familiar....”)



aquellos miembros de la familia que pueden llegar a serlo en el futuro por cualquier título, típicamente en caso de sucesión.

La regulación legal no parece contemplar el hecho de que el protocolo sea suscrito por un “tercero no familiar”. El artículo 2 del Decreto señala que el protocolo está suscrito por personas que “*guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada en la que tengan un interés común (.../...)*”. En realidad, no habría ningún inconveniente a que esos “terceros” ajenos a la familia puedan suscribir el protocolo familiar siempre que ello les interese, sin que por ello la sociedad deje de ser “familiar”. La propia Exposición de Motivos contempla la posibilidad de que sólo parte del capital esté en manos de la familia.

Por contra, el citado precepto de nuestro Decreto contempla expresamente la posibilidad de que el protocolo pueda ser suscrito por un “familiar-tercero”: un ajeno a la sociedad en cuestión (no es socio o accionista) aunque sea miembro del grupo familiar y firmante del protocolo ( familiar no socio ). La participación de ese familiar en el compromiso pactado en protocolo puede interesar al grupo familiar por cualquier motivo: en la medida, por ejemplo, que se contemple su entrada futura en el capital de la sociedad o la participación del mismo en la gestión de la sociedad etcétera.

Siguiendo con la actual regulación el Decreto parece dar a entender que todos los familiares socios suscriben el protocolo familiar (vid. art. 2.2 Decreto) cuando es perfectamente posible que sólo ciertos familiares-socios suscriban el protocolo familiar y haya familiares que no sean parte del protocolo familiar. Más aún, es teóricamente posible la existencia de una “sociedad multifamiliar” con varios grupos familiares o ramas de familia distinta que se organizan separadamente. Esta posibilidad suele ser recogida en los protocolos en la práctica y también buscan la vinculación entre la condición de parte en el protocolo y la de socio de la sociedad familiar afectada por el mismo: suele condicionarse la adquisición de acciones o participaciones de la sociedad familiar a la suscripción del nuevo socio del protocolo.

Aquí debemos abrir paso a una idea destacable por su importancia: una de las finalidades básicas del protocolo es asegurar la estabilidad en caso de sucesión

familiar, no interesa que por la muerte de alguno de los firmantes del protocolo se produzca su terminación como ocurre, a falta de pacto en contrario, en las sociedades personalistas por la muerte de uno de los socios (cfr. arts. 1704.II CC y 222.1ª CCom). De hecho, siempre se contempla la continuación del protocolo con los herederos del difunto, pacto expresamente permitido en la Ley, de manera que por causa del fallecimiento del firmante del protocolo se produce la apertura de la sucesión hereditaria en su posición jurídica, con lo que el sucesor no es tercero a los efectos del artículo 1257 CC. En principio, no incorporando la posición del firmante, derechos y obligaciones personalísimos, cabe admitir la transmisión *mortis causa* de la posición de parte en el contrato.

### C) Elementos formales

El protocolo está sujeto al principio de **libertad de forma** imperante en nuestro Derecho contractual y, en particular, en nuestro Derecho de sociedades. Por lo tanto, no es necesario que se instrumente en escritura pública o que se protocolice mediante acta notarial.

Hay que entender, con toda nuestra doctrina, que rige aquí también, como en todo el Derecho de obligaciones y en sede común de sociedades, *el principio de libertad de forma* (arts. 1278-1280 CC). Así se establece expresamente, tanto en el artículo 1667 CC respecto de la sociedad civil, como en el artículo 117 CCom respecto de las sociedades mercantiles. El contrato de protocolo familiar no requiere para su validez sino la concurrencia de los requisitos esenciales del derecho que no son otros que el consentimiento, el objeto y la causa (art. 1261 CC). Como es lógico, ello no es óbice a que para la inscripción registral de las cláusulas (inscribibles) del protocolo ex art. 7 Decreto, se exija la escritura pública como título idóneo para la inmatriculación en el Registro o que se exija el mismo título para la inscripción de la escritura de modificación de estatutos. Todo ello conforme a la regla general contenida en el principio registral de titulación pública (cfr. arts. 18.1 CCom y 5 RRM). Por lo demás, si se pretende que el protocolo valga como pacto sucesorio allá donde se admita, en el Derecho foral en que se permita, deberán cumplirse con los requisitos de forma predispuestos: la regla general es la formalización en documento público del pacto sucesorio.

Ahora bien, la titulación pública no rige cuando se trata de mero depósito registral por lo que no puede entenderse (contra lo que parece deducirse de una lectura superficial del art. 6 Decreto) que la formalización pública es imprescindible para la publicidad registral del mismo protocolo por el sistema o técnica del “depósito”.

En la Exposición de Motivos se dice querer desentenderse del aspecto formal del protocolo que no va a ser objeto de regulación, pero lo cierto es que se detecta una obsesión por este aspecto, con una preferencia marcadísima por la instrumentación pública. Vid. arts. 5.1 (sobre legitimación notarial de la instancia); 5.2 (sobre la identificación del protocolo formalizado en instrumento público notarial); 6.1 (sobre el título idóneo notarial para el depósito del protocolo con las cuentas); art. 7.1 (sobre la escritura pública de ejecución del protocolo familiar que contiene cláusulas inscribibles).

La preferencia por la forma pública llega al punto que parece el legislador querer condicionar la posibilidad del depósito (registral) del protocolo mismo a que éste haya sido formalizado en documento público ex art. 6.1 Decreto. En realidad, fuera del caso de la inscripción de cláusulas ex art. 7 Decreto, la instrumentación en forma pública es sólo potestativa. Tan potestativa como su publicidad registral. Como es lógico, cuando se formaliza en un documento intervenido por fedatario público se identificará el protocolo de la forma usual por referencia al funcionario autorizante, la fecha de otorgamiento y demás datos relevantes (cfr. art. 5.2 Decreto). De formalizarse públicamente, el administrador podrá presentar copia o testimonio del mismo a su depósito ex art. 6 Decreto. La referencia al testimonio notarial es reveladora de que no existe un requisito de instrumentación pública como exigencia previa para el depósito registral: el testimonio es un documento privado sin firmas auténticas; la firma que debe ser auténtica es la del administrador que suscribe la instancia del depósito (cfr. art. 6 Decreto en relación con lo que se establece en el art. 5.1 Decreto y en el art. 366 RRM). La firma puede ponerse en presencia del Registrador ex art. 64.2 RRM.

Un aspecto fundamental del protocolo familiar es el relativo a la **duración del contrato** . De hecho, la duración (limitada) de los pactos parasociales es una de las preocupaciones habituales del legislador comparado que se ha ocupado de la

cuestión.

La perdurabilidad de lo convenido en el protocolo familiar, su estabilidad, debe conciliarse con el principio de no perpetuidad de las relaciones obligatorias; principio reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y que se induce de múltiples preceptos dispersos, entre otros, de lo previsto en el art. 1680 CC<sup>109</sup>. Hemos de prever que el contrato sea “denunciable” unilateralmente, principio que rige en nuestro ordenamiento como rechazo a las vinculaciones perpetuas o gravosas en relaciones que puede resultar de larga duración<sup>110</sup>. Lo habitual es pactar una duración inicial y la susceptibilidad de ulteriores prórrogas (cfr. art. 1702 CC).

Aunque la propia sociedad familiar pueda tener una duración indeterminada, no cabe pactar un protocolo familiar con duración indefinida, por la falta del reconocimiento del derecho de denuncia o separación de sus componentes. Por aplicación analógica de lo previsto para la sociedad civil, de no haberse fijado un plazo determinado de duración para el protocolo familiar, hay que reconocer el derecho de denuncia con buena fe de los firmantes (cfr. arts. 1700.1.4º CC, 1705 y 1706 CC; art. 13 Ley Sociedades Profesionales). Caducado el protocolo familiar, queda extinguida la eventual prestación accesoria contenida en estatutos relativa al cumplimiento del mismo y sin necesidad de proceder para ello a una modificación de estatutos. El Código de Comercio y no obstante reconocer al socio el derecho a instar unilateralmente la disolución (cfr. arts. 224 y 225 CCom), parece contemplar al propio tiempo el derecho de separarse de la sociedad. Es notorio que en el primer inciso del artículo 225 CCom se menciona expresamente la separación junto con la disolución. En igual sentido, la Ley 12/1991, de 19 de abril, de agrupaciones de interés económico (cfr. art. 15 LAIE). En las sociedades personalistas, civiles o mercantiles, se distingue en nuestra Ley, por una parte, una denuncia “ordinaria” que no precisa de alegar fundamentación material de su legitimación, también conocida como separación “ad nutum”; y, de otra, la denuncia “extraordinaria” que debe fundarse en motivos justificados (art. 1707 CC) o *causa justa* (art. 218 CCom;

---

<sup>109</sup> SAP Ávila de 5 junio 2003, en relación con un pacto parasocial de “sindicación de voto”

<sup>110</sup> DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos de Derecho civil patrimonial”, II, *Las relaciones obligatorias*”, 4ª ed., pg. 887; GIRÓN, I., “Derecho de sociedades”, I, Madrid, 1976, pg. 633; PAZ-ARES, en “Comentario del Código Civil”, pgs. 1506 y ss.; ALFARO-ÁGUILA-REAL, “Conflictos intrasocietarios...”, op. cit., pgs. 1079 y ss.

art. 15.1 LAIE). En Derecho se trabaja la línea de separación entre ambas especies de denuncia del contrato societario en atención a si la sociedad constituida tiene o no previsto un plazo indefinido de duración. A falta de expresa previsión sobre el particular en el Código de Comercio, la mejor doctrina entiende que también en las sociedades mercantiles personalistas constituidas por tiempo determinado cabe reconocer el derecho del socio a la separación por justa causa aunque sólo sea porque procede traer en esta sede (por aplicación subsidiaria o supletoria del CC o por integración analógica de las normas) lo previsto en el CC, en sede común de sociedades, en su artículo 1707 CC. La denuncia “extraordinaria” debe quedar reservada a supuestos de especial gravedad o de importante “entidad cualitativa y cuantitativa” so pena de desproporcionalidad entre causa y remedio. No obstante lo anterior, es mayoritaria la doctrina favorable a un generoso entendimiento del concepto jurídico indeterminado “justa causa”. Suele entenderse que constituye justa causa cualesquiera incumplimientos graves de las obligaciones sociales aunque sean incumplimientos parciales o no reiterados *y aunque tales incumplimientos no sean culpables o dolosos*. No sólo eso: se entiende que, en general, procede reconocer justa causa para la separación en todas aquellas situaciones en que deba convenirse en la inexigibilidad de la permanencia del socio dentro de la sociedad. La doctrina es partidaria de otorgar relevancia causal a aquellos supuestos que se encuentran fuera de la “fenomenología del incumplimiento” como la aparición sobrevenida de hechos objetivos no imputables al comportamiento de los socios y que supongan alteraciones importantes sobrevenidas de las bases negociales y hasta circunstancias subjetivas del socio que se separa o, incluso, la existencia de desavenencias irreconciliables y permanentes entre los socios que hacen quebrar la *affectio societatis* y ante los cuales la disolución parcial del vínculo es la más idónea, si no la única, solución.

En la misma línea, cabe modificar el contenido del protocolo originariamente pactado. En principio, como ocurre con la sociedad civil, el contrato de protocolo familiar sólo podrá ser modificado con el consentimiento de todos los firmantes y por unanimidad (cfr. art. 1702 CC). Sin embargo, la mayor parte de la doctrina que se ocupa de la sociedad civil admite un pacto de mayorías para la modificación<sup>111</sup>. Ese pacto no es inhabitual en los protocolos examinados que también contemplan la actuación a estos propósitos de una asamblea o junta de socios con competencia en la materia. De hecho, suele contemplarse la revisión periódica del protocolo.

---

<sup>111</sup> DE EIZAGUIRRE, J. M<sup>a</sup>, “Derecho de sociedades”, Civitas, 2001, pgs. 144 y ss.

## D) Elementos objetivos

El **contenido del protocolo familiar** puede ser muy heterogéneo. El Informe del Senado contiene una descripción del contenido posible en la Recomendación 2ª. Se nos dice allí que el Protocolo Familiar es el instrumento más adecuado, para entre otras finalidades: delimitar el acceso de los miembros de la familia a la Empresa y definir los puestos de responsabilidad tanto en la gestión como en el gobierno de las mismas; delimitar las políticas de dividendos activos y pasivos y la política de financiación en relación a los miembros de la familia; posibilidad de crear fondos internos de financiación para situaciones puntuales; regular la transmisión de acciones; definir a los interlocutores a nivel del grupo familiar con los gestores de la empresa, determinar la información a suministrar a los equipos familiares, creación de la Asamblea y el Consejo Familiar y, en general, prever la sucesión de los fundadores de dichas empresas.

De facto puede incluirse en él cualquier pacto, cualquiera que sea su naturaleza (incluso la extra-societaria) que tienda a lograr “un modelo de comunicaciones y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”.

En la práctica se utilizan ciertos “modelos” que se ajustan a las recomendaciones de prácticos<sup>112</sup>, consultores, asociaciones de empresas familiares etc.<sup>113</sup>. La propia Dirección General de la PYME<sup>114</sup> ha elaborado recomendaciones al efecto.

---

<sup>112</sup> AMAT, J.M.-CORONA, J.F., “*El protocolo familiar*, la experiencia de una década”, Deusto, 2007, pgs. 251 y ss.

<sup>113</sup> Puede verse el modelo de Protocolo Familiar de la Asociación madrileña de la empresa familiar que puede descargarse de su web: [www.efamiliar.org](http://www.efamiliar.org).

<sup>114</sup> Editó, y publica en la web, la Dirección General de política de la PYME, ahora incardinada en el Ministerio de Industria, antes en Economía, una *Guía para la pequeña y mediana empresa familiar* muy necesitada de revisión y en que se trata con detalle del contenido del protocolo familiar. Puede obtenerse en [www.ipyme.org](http://www.ipyme.org).

Por tipicidad contrastada, el modelo puede responder a aquel que se inicia con un Preámbulo que incluya, por ejemplo, la historia familiar y eventualmente un catálogo de valores asumidos o axiología de la empresa familiar. La familia suele describirse por ramas familiares con inclusión o exclusión de afines, los que mantienen relaciones convivenciales, etc. Pueden incluirse pactos de naturaleza estrictamente familiar o sucesoria como son los referentes al marco previsto del régimen económico matrimonial de los miembros de la familia casados; la educación de la familia; los pactos de orden sucesorio o referentes a testamentos otorgados o a confeccionar.

Tras el preámbulo, un articulado dividido en diversos capítulos. Entre ellos puede servir de mera indicación la clasificación siguiente:

- a) Un posible capítulo I sobre **el ámbito de aplicación del protocolo** en que se determine el *ámbito subjetivo* (partes firmantes del protocolo, sucesores, adherentes, compromiso de asegurar que los socios de la sociedad familiar suscriban el protocolo con eventual previsión de una prestación accesoria al efecto...); el *ámbito objetivo* (identificación de sociedades y demás entidades que conforman el grupo empresarial) y, por fin, el *ámbito temporal* (duración del protocolo, previsión de su actualización periódica, régimen de mayorías para su modificación, entre otras cláusulas posibles).
  
- b) Un capítulo II sobre **gobierno y dirección de la empresa familiar** en que se contemplen, por ejemplo, los órganos estrictamente familiares o extra-estatutarios con sus funciones y reglas de funcionamiento (Consejo de familia, Junta de familia, comité de nombramientos, comité de seguimiento del protocolo...) así como los pactos de naturaleza parasocial relativos a la composición y estructura de los órganos de administración de las sociedades familiares y marco de su actuación en las correspondientes áreas directivas: política de personal y contratación laboral, política financiera y de dividendos etcétera.

- c) Un capítulo III sobre la **propiedad de la empresa familiar** en que se trate de precisar el régimen de acceso a la condición de socio, los derechos del mismo en el aspecto económico y político, el régimen de limitación a la transmisibilidad de las acciones, participaciones en que se configure el carácter cerrado de la sociedad familiar, el régimen de pérdida de la condición de socio (separación, exclusión), política de salida a bolsa, criterios para la fijación del reembolso de las participaciones etcétera.
  
- d) Un posible capítulo IV sobre **conducta familiar y compromiso social** en que puedan tratarse cuestiones tales como el régimen de marcas y signos distintivos, concesión de garantías y préstamos a miembros de la empresa familiar, régimen contemplado para sustanciar los conflictos de intereses y mediación familiar, fomento de la investigación y desarrollo, filantropía familiar (fundaciones familiares) y marco de actuación de las políticas de responsabilidad social corporativa de la empresa familiar (RSCEF).
  
- e) A veces se adiciona un eventual capítulo final con la equívoca rúbrica de **“cláusulas de orden”** en que se establecen cuestiones “residuales” tales como las cláusulas penales por incumplimiento del convenio, las reglas de interpretación del protocolo (por decisión del consejo o el recurso a un dictamen de profesional), la cláusula de actualización y revisión del protocolo, el régimen de mayorías para su modificación (suele establecerse una mayoría muy reforzada de los votos del grupo familiar; nunca la unanimidad), la que determina el alcance de su publicidad incluso la registral (determinando el marco de las reservadas y las publicables), la determinación de la Ley aplicable, el pacto que contiene un convenio arbitral como mecanismo para resolver los conflictos que derivan de la aplicación del protocolo etcétera.

Suelen incorporarse a los protocolos memorias con organigramas, estados contables, planes de negocio, y otros documentos enunciativos.

El protocolo familiar descrito se ejecuta mediante la adecuada configuración



estatutaria de las sociedades mercantiles que estructuran la empresa familiar. A tales efectos, deberá procederse a la fundación de sociedades o/y a la modificación estatutaria de las que estuvieran ya constituidas a lo que hace referencia el artículo 7 del Decreto. Aquí el legislador aprovecha la ocasión para crear en el precepto citado un nuevo y específico requisito formal del documento inscribible. Se trata de la exigencia, puramente formal, de que en el dicho título, no sólo en el cuerpo de la escritura pública sino también en la “denominación” que recibe el negocio intervenido en su calificación jurídica, exista una mención expresa de que el *“acuerdo social inscribible se ha adoptado en ejecución del protocolo familiar publicado”*. Se supone que esa mención constituirá una de las circunstancias del asiento de inscripción en la hoja registral de la sociedad afectada.

Es más, se nos aclara en la Exposición de Motivos que no se modifica en este punto el régimen registral en lo que hace a los títulos inscribibles en el Registro (principio de titulación auténtica; la regla general es la escritura pública); ni tampoco el régimen sustantivo-procedimental de los requisitos para la válida adopción de acuerdos y su documentación. Hemos de creer que este nuevo requisito formal, cuyo cumplimiento hasta parece preverse debe controlar el Registrador en su calificación, sólo entraña una modificación de la denominación de la escritura pública con el más que modesto propósito de *“visualizar el protocolo al que puede responder el acuerdo social y permitir con ello una más adecuada interpretación de los acuerdos adoptados”* (Exposición de Motivos). La expresión en la comparecencia de la naturaleza jurídica del negocio que se documenta ex art. 156.9º RN en la redacción dada por el RD 45/2007, de 19 de enero, creo importa muy poco. Parece que debemos pensar que lo que el legislador pretende es que se suspenda o deniegue la inscripción por el Registrador calificador por el solo hecho de que se detecte la falta en el título, por lo demás perfecto y completo, de alguna mención ritual sobre su naturaleza jurídica o “denominación” del negocio jurídico que se publica. La omisión de una correcta indicación en la “denominación de la escritura” normalmente constituirá un defecto de técnica notarial no impeditivo de la inscripción. Cosa muy distinta es que se pretenda inscribir en el Registro un negocio que se dice celebrado en ejecución de un protocolo familiar cuando dicho protocolo no se sujeta a publicidad simultánea o previa. Y en ese sentido debería haberse regulado haciendo de su protocolización notarial en título inscribible la razón de la participación notarial y la revisión de su publicidad la razón de la intervención del registrador mercantil.

Una buena técnica notarial parece exigir que cuando la escritura pública de constitución de sociedades o de modificación de estatutos se otorgue en ejecución de un protocolo familiar previamente adoptado, el contenido de ese protocolo familiar, en la parte relevante, esté debida y suficientemente referenciado en el mismo título. Dicha referencia se hará mediante un testimonio, incluso parcial, de su contenido, en lo que no esté reservado o fuere secreto, en el cuerpo de la escritura o mediante una simple indicación en ella de los datos registrales del que hubiera sido depositado en el Registro con carácter previo. Debe incluirse una indicación de los datos de notario autorizante, lugar, fecha y número de protocolo si el protocolo familiar se hubiere formalizado en documento público notarial (escritura pública o acta de protocolización de documento privado ex art. 215 RN). En otro caso y, especialmente si como ocurre habitualmente, el protocolo familiar no se formalizó notarialmente, la solución idónea será la protocolización del documento privado que recoge el protocolo familiar en la misma escritura de ejecución. Cualquiera que sea la forma de documentación notarial, si del título inscribible resulta que su otorgamiento se produce en ejecución de un protocolo familiar, el Registrador suspenderá la inscripción a menos que quede simultánea o previamente asegurada la publicidad registral de su contenido. Precisamente por eso el artículo 7 del Decreto se refiere a la calificación del Registrador del “protocolo familiar publicado”. Por simple exigencia de cumplimiento del principio registral de tracto sucesivo (cfr. art. 11 RRM por analogía), no debería el Registrador Mercantil hacer constar en el asiento de inscripción que ésta se produce en méritos de un documento adoptado en ejecución de un protocolo familiar, si el contenido de éste no se publica (registralmente, se entiende) de manera simultánea o anterior. Esto se deduce del propio precepto citado cuando se refiere a un “*protocolo familiar publicado*”. Por supuesto que no basta a estos efectos con la simple constancia registral de la existencia del protocolo familiar ex art. 5 del Decreto. Sólo mediante un soporte publicitario registral completo (escritura complementada con protocolo en la parte no reservada) se proporciona una base informativa suficiente. En particular, no puede pactarse en estatutos una prestación accesoria de cumplimiento de protocolo con su eventual cláusula penal estatutaria si no se publica en protocolo en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> cfr. art. 114.2 a) RRM y 175.2.a) RRM que excluyen significativamente la mención de pobre sistema de constancia registral de la simple existencia ex art. 5 Decreto

Nada impide que el administrador, ex art. 3 Decreto, interese el depósito, en su caso parcial, del mismo protocolo familiar de forma simultánea a la presentación del documento inscribible. Es decir: con ocasión de la inmatriculación de la sociedad familiar en cuestión o con la inscripción de la modificación de estatutos, puede, muy bien interesarse el depósito simultáneo del protocolo familiar sin esperar, como es lógico, a que se depositen las próximas cuentas anuales, ex art. 6 Decreto. De hecho, lo usual no será que el protocolo se deposite junto con las cuentas y confundido con ellas sino que se practique con la inscripción de cláusulas inscribibles en ejecución y según resulta en el correspondiente documento protocolizado o acompañado a la escritura de fundación o de modificación de estatutos.

Pudiera parecer que la publicidad deriva de una simple selección por los interesados de las cláusulas del protocolo mismo que tengan el carácter de “inscribibles” en el Registro Mercantil tal y como parece dar a entender el redactor del art. 7 del Decreto. Habrá que seleccionar el tipo social idóneo para cada una de las sociedades mercantiles en cuestión (anónima, limitada o de otro tipo social), configurar estatutariamente cada sociedad mercantil y diseñar la misma estructura articulada del grupo societario. Habrá que precisar el contenido concreto de las cláusulas estatutarias de cada sociedad con motivo del otorgamiento de las correspondientes escrituras de constitución o de modificación de estatutos. Todo ello dentro del marco concedido por nuestro legislador a la autonomía de la voluntad: se podrán incluir en estatutos todos aquellos pactos y condiciones que exija o recomiende la ejecución del protocolo siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo elegido: arts. 11 LSA y 11.3 LSRL; arts. 114.2 y 175.2 RRM.

Nuestro Derecho positivo de sociedades reconoce un amplísimo juego a la autonomía de la voluntad para la configuración societaria de las sociedades familiares y, en general, la de todas las sociedades “cerradas” (como dice la Exposición de Motivos del Decreto y la de la LSRL) o “de base personalista”. A diferencia de lo que ha ocurrido en otros ordenamientos<sup>116</sup>, como en el caso de las SAS francesas, dada la polivalencia de los tipos societarios de “anónima” o “limitada”, no se ha sentido la necesidad de habilitar un tipo o subtipo social específico de sociedad de capitales para dar curso libre a una más profunda

---

<sup>116</sup> CHARVÉRIAT, A.-COURET, A. “*Société par actions simplifiée*2”, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 3ª ed., 2001, esp. pgs. 11 y ss

“contractualización” de su régimen societario. De hecho, es de advertir en la práctica calificadora de los Registradores y en la jurisprudencia una clarísima tendencia “aperturista”<sup>117</sup>. Ejemplo de ello la regulación de la sociedad profesional en la Ley 2/2007, de 15 de marzo. Y aquí comienzo ya a hablar sobre la admisibilidad del convenio arbitral en estatutos de una sociedad anónima o limitada incluso cuando se trata de la arbitrabilidad de controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales. Y fruto de este juego de autonomía contractual, es de recibo mencionar la mini-reforma del RRM que el propio Decreto acomete con mejor intención que acierto. La reforma vale para todo tipo de sociedades (no sólo las familiares; anónimas y limitadas) y se traduce en el reconocimiento expreso de posibles pactos estatutarios que la práctica registral venía admitiendo sin demasiados problemas tales como las *cláusulas penales* por incumplimiento de obligaciones societarias<sup>118</sup>; *los pactos de sujetar a arbitraje las controversias societarias*<sup>119</sup>; o las propias *prestaciones accesorias* cuyo régimen reglamentario se modifica ligera, pero muy significativamente (art. 187.1 RRM). También se regulan en preceptos técnicamente difíciles las posibles cláusulas estatutarias que establecen “*sistemas de determinación previa*” del precio de reembolso o rescate para las que se exige “pacto unánime de los socios” en los nuevos arts. 114.2.b) y 175.2 b) RRM; los de establecimiento de “*comités consultivos*” y *cargos meramente honoríficos*<sup>120</sup>.

## 7) Delimitación jurídica del desarrollo del Protocolo Familiar.

Hecha una aproximación historicista al protocolo familiar, su concepto, su naturaleza jurídica, y elementos, ya podemos afirmar que estamos ante un documento de organización presente con vocación protectora de la empresa familiar, lo que en ámbito societario le acerca a otras figuras no ajenas a dicha materia, como son los estatutos sociales, y del ámbito civil, como son los testamentos y capitulaciones matrimoniales. Dicha similitud apriorística no entra en conflicto con dichos documentos, sino con el concepto que se ha venido observando como solución

---

<sup>117</sup> YANES YANES, P. Comentario a la Ley de sociedades profesionales, Tirant lo Blanch, 2007, esp. pgs. 41 y ss., 209 y ss

<sup>118</sup> arts. 114.2 a) y 175.2.a) RRM

<sup>119</sup> arts. 114.2 c) y 174.2 c) RRM

<sup>120</sup> arts. 114.2 e); 124.2 d); 175.2.e) y 185.3 d) RRM

global dado al protocolo familiar<sup>121</sup>. Y aquí es donde ha radicado la problemática para su adopción, tanto por la dificultad de concebirlo unánimemente como por su incapacidad de regular aspectos que el propio Derecho positivo hace regular en otros documentos, tales como los testamentos, capitulaciones o actos societarios inscribibles en el Registro Mercantil, al hallarnos ante aspectos de *ius cogens* sujetos a formalidades.

Estamos por tanto abordando la complementariedad del protocolo con otros documentos que afectan al ámbito de la realidad de la empresa familiar, pues sólo de la conjunción de contratos y acuerdos se formará, con la situación jurídica regulatoria acutal, el verdadero régimen jurídico de la empresa familiar, dado que, a la vista de los documentos que hemos avanzado como complementarios necesariamente, buena parte de los pactos que se protocolicen tendrán relación con el régimen económico matrimonial de los socios y con la ordenación de la sucesión<sup>122</sup>.

Como se puede intuir, la aparición de estas figuras autónomas se deriva de la poca autonomía de la voluntad que permite nuestro Derecho de sociedades y que ha dado lugar a la coexistencia de ambas realidades: la regulación erga omnes (escrituras y estatutos) y la regulación inter partes (pactos parasociales)<sup>123</sup>.

#### **A) Estatutos sociales**

Atendiendo al art. 121 CCom y al art. 23 LSC estamos ante un documento obligatorio en la existencia de las sociedades mercantiles que está incluido en la escritura fundacional<sup>124</sup>. No es, por tanto, un documento autónomo pero sí encontramos su similitud con la esencia del protocolo familiar al regular los

---

<sup>121</sup> GOMÁ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, en GARRIDO MELERO, M./FULGARDO ESTIVILL, J.M.: “El protocolo familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2005, pág. 63

<sup>122</sup> ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, en GARRIDO MELERO, M./FULGARDO ESTIVILL, J.M.: “El protocolo familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 200”, pág 35-36

<sup>123</sup> GARRIDO DE PALMA, J.P.: “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, en IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.): “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez”, tomo II, Civitas, Madrid 1996, pág. 1.869

<sup>124</sup> GIRÓN TENA, J.: “Derecho de sociedades”, tomo I, Madrid, 1976, pág 181

aspectos básicos y el funcionamiento de la sociedad<sup>125</sup>. Tienen un origen voluntarista de establecer normas imperativas pero consensuadas de una sociedad, por lo que se extiende su alcance a todas las personas relacionadas con la misma, y en los que por ley se establecen unos contenidos mínimos de organización y direccionamiento y se faculta para la inclusión de otros<sup>126</sup>. Pero dado el carácter atemporal, no limitado de su regulación en el tiempo, es básicamente de organización para los supuestos que puedan darse en el devenir societario.

Hasta aquí el concepto está asociado al concepto del protocolo familiar en origen, en tanto que conjunto de reglas de organización para relaciones intersocietarias. Pero no así en el objeto que regulan, al tratar el protocolo la relación entre familia y empresa, en lo fundamental, y con extensión de sus efectos sobre terceros que no están relacionados con la sociedad (familiares que no tengan la condición de socios). Y también encontramos paralelismo por el origen negocial de ambos documentos<sup>127</sup>, nacidos de la voluntad de las partes, y en ambos casos supeditados al tipo societario elegido<sup>128</sup> al que no pueden contradecir, tal y como ha venido reconociendo la DGRN<sup>129</sup>. Y es que aquí, en materia de protocolo familiar, si bien vengo reconociendo que éste puede establecer normas divergentes, éstas tendrán un alcance meramente *inter partes* para los firmantes y difícilmente con alcance societario externo. Por ejemplarizar, el art. 200.1 LSC establece que los estatutos de una sociedad limitada no pueden exigir la unanimidad para la adopción de acuerdos en la junta general, algo que sí se suele establecer en los protocolos familiares.

Asmiladas las figuras, cabría interrogarse sobre la necesidad del protocolo. Para ello debo señalar las diferencias entre ambos documentos. Básico es indicar el carácter vinculante de los estatutos y potestativo del protocolo. No existe ninguna norma que obligue a la adopción de un protocolo familiar, y sí, como hemos indicado, a la inclusión de los estatutos en la escritura fundacional (art. 22 LSC). De hecho el RD

---

<sup>125</sup> MOYA, J. "Artículo 23. Estatutos sociales", en ROJO, A./BELTRÁN, E.: "Comentario de la...", Tomo I, ob. cit., pág. 354.

<sup>126</sup> VICENT CHULIÁ, F.: "Introducción al Derecho Mercantil", 21ª edic. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pág. 349.

<sup>127</sup> GIRÓN TENA, J.: "Derecho de sociedades", ob. cit. pág. 135

<sup>128</sup> FERNÁNDEZ MAESTU, J.L.: "Reglamento del Registro Mercantil", La Ley, Madrid, 2008, pág. 1.213.

<sup>129</sup> A modo de ejemplo RDGRN de 30 de marzo de 1999 sobre la obligación del socio de acudir a las juntas,

171/2007 establece que incluso su acceso al Registro es potestativo<sup>130</sup>.

Diferencia notable encontramos también en la amplitud de los contenidos admisibles en el protocolo familiar frente a la concreción de los estatutos (indicados en el art. 23 LSC, a modo enunciativo y mínimos, y no de *numerus clausus*)<sup>131</sup>. El contenido del protocolo familiar no está limitado, siendo elaborado por cada familia según el objetivo buscado y la necesidad a cubrir<sup>132</sup>, al no estar sujeto a la regulación societaria. Ello nos hace nuevamente incidir en que los límites estarán en la posible calificación del Registrador de dichas cláusulas y con ello el carácter de extensión limitada a los firmantes, que pasan a ser meros pactos entre socios, que en muchos casos he observado es lo que se pretende al referirse a cuestiones propias de la familia (como veremos podemos poner el ejemplo de las recomendaciones acerca de las capitulaciones matrimoniales o los pactos sucesorios).

Ante esta situación, la inscripción de los pactos inscribibles con plenitud vinculante *erga omnes* se pueden articular trasladándolos a los estatutos para que gocen de publicidad registral<sup>133</sup>. Y es que en los estatutos sólo tendrán cabida las cláusulas inscribibles, pudiendo ser rechazadas por el Registrador, vía calificación, cualquier cláusula que pudiera poner en entredicho el principio de legalidad imperante en este ámbito<sup>134</sup>.

Resumiendo, podemos encontrarnos en el protocolo con cláusulas inscribibles, cláusulas no inscribibles pero con eficacia contractual para los firmantes, y meras recomendaciones al tratarse de cláusulas no inscribibles pero que además no podrían alcanzar eficacia jurídica por contradecir directamente al Derecho positivo, pero que viene a constituir lo que la literatura sobre el tema ha denominado “*pacto entre caballeros*”<sup>135</sup>.

---

<sup>130</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar”, ob. cit. pág. 12

<sup>131</sup> MOYA, J.: “Artículo 23. Estatutos sociales”, ob. cit. pág. 353.

<sup>132</sup> GIMENO, A. /BAULENAS, G.: “Contenido y tipos de protocolo en la empresa familiar española”, en AMAT, J./CORONA, J. (eds.): “El protocolo familiar”, Deusto, Barcelona, 2007, pág.102.

<sup>133</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar”, ob. cit. pág. 172

<sup>134</sup> GARRIDO CERDÁ, E.: “La calificación registral mercantil”, en AAMN, tomo XXXI, 1992, pág. 30.

<sup>135</sup> GOMÀ LANZÓN, I.: “El protocolo familiar”, ob. cit. pág. 682.

## **B) Capitulaciones matrimoniales.**

Anticipo que nos encontramos ante una figura jurídica en la práctica, y fuera de éste ámbito, en franco abandono, recogida en los artículos 1.315 y 1.325 a 1.335 del CC. En materia de protocolo, estamos ante un negocio jurídico de familia, de naturaleza contractual, y que podemos afirmar está en la base de la planificación de la empresa familiar<sup>136</sup>, y por el que se tratan de instaurar disposiciones relativas al régimen matrimonial y particularidades entre los cónyuges, bien por vecindad civil o por elección<sup>137</sup>.

No obstante, estamos ante una figura tasada por el artículo 1.315 del CC, el cual recoge la sociedad de gananciales, participación y separación de bienes, que son los regulados en los Capítulos IV, V y VI, del Título III del Libro IV del CC, articulándose el de gananciales por defecto, artículo 1.316, y salvando las estipulaciones al respecto de los derechos civiles catalán y balear<sup>138</sup>.

En materia de protocolo nos interesa analizar la vertiente patrimonial, en la que se enmarca el capital social de la empresa familiar. Estamos ante un negocio jurídico que puede celebrarse antes de contraer matrimonio, en su celebración, o con posterioridad al mismo. Por vía del protocolo familiar se pueden establecer pactos expresos que regulen el régimen seleccionado. Se va a poder establecer cualquier disposición entre los cónyuges, y a modo de ejemplo podemos citar la posibilidad de establecerse donaciones a efectuarse entre sí, o la posibilidad de regular estipulaciones de carácter sucesorio, como lo serían las mejoras, con la particularidad en este caso de que serán irrevocables, de conformidad con el artículo 827 CC.

Estamos ante un campo en que la libertad resulta casi absoluta, al poder, en aras del

---

<sup>136</sup> DEL VAS GONZÁLEZ, J.M.: “Regímenes económico matrimoniales y empresa familiar”, en SÁNCHEZ RUÍZ, M. (coord.): “Régimen jurídico de la empresa familiar”, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010 pág. 125.

<sup>137</sup> GUTIÉRREZ BARRENGOA, A.: “El instrumento de autorregulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges: las capitulaciones matrimoniales”, en LLEDÓ YAGÜE, F (dir.), “compendio de Derecho civil. Derecho de Familia”, tomo IV, 2ª edic. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 157-158.

<sup>138</sup> En Cataluña los regímenes matrimoniales están regulados en los artículos 232-1 a 232-8 y ss. del CCCat, y las Capitulaciones matrimoniales en los artículos 231-19 a 231-26 del CCCat.



artículo 1.325 CC, no sólo estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial, sino establecer disposiciones particulares a aplicar en el mismo<sup>139</sup>. El único límite será el marcado en el artículo 1.328 del CC: “*Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge*”. Es decir, serán nulas las disposiciones contrarias al Derecho o aquellas que pudieran contravenir la buena fe, o produzcan un claro desequilibrio en los derechos de los cónyuges, lo que delimita la apuntada autonomía de la voluntad<sup>140</sup>. Ello no resulta incongruente con la figura del “matrimonio” como contrato privado, hasta el punto que es posible que las capitulaciones trasciendan el ámbito formal para pasarse a otorgar con la sola intención de pactar elementos atípicos<sup>141</sup>, estando en la parte contractual tipificada al régimen que corresponda por vecindad civil.

Trasladado al estudio que estamos realizando del protocolo familiar, la elección de un régimen matrimonial tendrá especiales efectos sobre la participación de los cónyuges en la empresa familiar, dada la trascendencia patrimonial del matrimonio<sup>142</sup>, contando con un instrumento preventivo de conflicto en casos de posterior crisis matrimonial.

En el régimen de gananciales, se deberá ser cuidadoso en cuál ha sido el modo en que se han adquirido las acciones o participaciones, por cuanto de dicho origen dependerá la inclusión de las mismas en alguna de las tres masas patrimoniales independientes del matrimonio: los bienes gananciales, los privativos de un cónyuge y los privativos del otro cónyuge. Así establecen los artículos 1.346 y 1.347 del CC que integran el patrimonio ganancial los bienes y derechos adquiridos por los cónyuges con su trabajo o profesión durante la vigencia del régimen, mientras que forman parte de los patrimonios privativos los bienes que tuviesen los cónyuges antes del establecimiento de la sociedad de gananciales entre ellos y los que adquieren después a título gratuito. Destaca del artículo 1.346 del CC el que

---

<sup>139</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Artículo 1.325”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs): “Código civil comentado”, volumen III, ob. cit. pág. 869.

<sup>140</sup> Díez-Picazo, L./Gullón, A.: “Sistema de Derecho civil”, 9ª edic. volumen IV, Tecnos, Madrid 2004, págs.. 154-155.

<sup>141</sup> O’Callaghan, X.: “Código Civil. Comentado y con jurisprudencia”, La Ley, Madrid, 2004, pág. 1.345.

<sup>142</sup> Barral Viñals, I.: “Las relaciones patrimoniales entre cónyuges”, en Maluquer de Motes Bernal, C.J. (coord.): “Derecho de Familia”, 2ª edic., Bosch. Barcelona, 2005, págs.. 111-136.

establezca un principio *intuitu personae*, al establecer que unos determinados bienes se mantengan con carácter privativo. Esta concepción personalista, en materia de empresa familiar, hace que las acciones o participaciones que un cónyuge recibe a título gratuito (herencia, donación o legado), nunca se integrarán en la sociedad de gananciales. A *sensu* contrario, establecen el artículo 1.347 del CC que aquellas adquisiciones de acciones o participaciones producidas durante la vigencia de la sociedad a título oneroso, a costa del caudal común (por este artículo o por haberlo pactado así los cónyuges), se integran en la sociedad ganancial. Esto es relevante en caso de disolución de dicha sociedad ganancial, siendo susceptible de división esa participación en el capital social, y es que establece el artículo 1.344 del CC su atribución inicial por mitades. No obstante, se deberá estar a la posible existencia de pactos restrictivos<sup>143</sup>.

Este es el motivo, para evitar fugas del capital social ante crisis y liquidación del régimen ganancial que resulta habitual que los protocolos familiares contengan previsiones sobre el régimen matrimonial, optándose por el régimen de separación de bienes<sup>144</sup>. No podemos olvidar que estamos ante una sociedad de carácter cerrado, que en primer lugar tratará de limitar el acceso de los familiares políticos al capital social, para evitar que éstos puedan ejercer derechos políticos como socios o puedan acceder a tenerlos por la vía de la atribución en caso de liquidación del régimen. Pero, tal y como ya hemos apuntado, estas previsiones sólo pueden alcanzar el ámbito de mera recomendación, no pudiendo imponerse *ab initio* las características propias del matrimonio<sup>145</sup>.

Resulta en este punto aclaratorio el artículo 1.352 del CC según el cual las acciones o participaciones que adquiera un cónyuge, en virtud de un derecho de suscripción preferente generado por otras acciones o participaciones de titularidad privativa, tendrán también carácter privativo, aún cuando dicha adquisición se haga a expensas de la sociedad ganancial. Ello se deriva de su concepción como “*cualidad y no fruto de la cuota social*”<sup>146</sup>, y ello operará no sólo como derivación de un derecho de suscripción sino cuando su adquisición se derive de su emisión con cargo a

---

<sup>143</sup> BEAUS CODES, A.: “Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles”, en AAMN, Tomo XVI, 1985, pág. 252.

<sup>144</sup> DEL VAS GONZÁLEZ, J.M.: “Regímenes económicos matrimoniales...”, ob. cit. págs. 132-133

<sup>145</sup> CORONA, J./MARTÍ N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, en CORONA, J.: “Manual de la empresa familiar”, Ediciones Deusto, Barcelona 2007, pág. 481

<sup>146</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Código civil comentado y con jurisprudencia”, La Ley, Madrid 2004, págs. 1.374

beneficios al tratarse de capitalización de la sociedad y no de percepción de dividendo<sup>147</sup>.

En el régimen de separación de bienes hemos de acudir al artículo 1.437 del CC que consagra el principio de separación de titularidades de cada cónyuge<sup>148</sup>, de forma que la titularidad de las acciones o participaciones será del cónyuge que las haya adquirido por cualquier título, y con independencia del momento de adquisición, antes del matrimonio o durante el mismo. Parece el más apropiado para cualquier empresario al permanecer una parte del patrimonio bajo la titularidad del cónyuge que no asume riesgos empresariales, protegiéndose el mismo.

En el ámbito de la empresa familiar, la permanencia de las acciones o participaciones de la empresa en el patrimonio privativo del miembro de la familia societaria aporta garantías de que, en caso de la disolución del matrimonio, puedan mantenerse las mismas en el núcleo empresarial primigenio, evitando la entrada de exfamiliares políticos en el capital de la sociedad mercantil familiar. Decimos que significa a priori una protección porque no podemos olvidar que la crisis matrimonial conlleva una liquidación<sup>149</sup>, con lo que dicho capital puede acabar en manos del otro cónyuge.

Pero en nuestro Derecho cabe un tercer régimen matrimonial, el de participación, vigente desde la Ley 11/1981 de 13 de mayo. Es el régimen matrimonial menos implantado y más desconocido. Su singularidad radica en que sólo opera para la disolución del matrimonio o del régimen anterior por capitulaciones. Está previsto en el artículo 1.411 del CC, el cual le da un carácter mixto, al combinar elementos del régimen de separación de bienes y del régimen de gananciales, de forma que la disolución termina con el reparto de las ganancias obtenidas durante la vigencia del anterior régimen en lo que se ha denominado “crédito de participación” que se genera a favor del cónyuge que menos haya ganado durante ese tiempo, o bien, si

---

<sup>147</sup> SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Artículo 1.352”, en CAÑIZARES LASO, A. et al.(dirs.), “Código Civil comentado”, volumen III, ob. cit. pág. 982.

<sup>148</sup> GUILLEM CARRAU, J.: “Artículo 1.437”, en CAÑIZARES LASO, A. et al.(dirs): código civil comentado, volumen III, ob. cit. pág. 1.288.

<sup>149</sup> ASUA GONZÁLEZ, C.I.: “El régimen de de separación de bienes”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): “Tratado de Derecho de familia”, Volumen IV, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs.. 110-112.

no existe es diferencia, con un reparto por mitades, regla generalista<sup>150</sup> acorde al artículo 1.427 y 1.428 del CC.

Llevado al ámbito de la empresa familiar, la propiedad de las acciones o participaciones será del cónyuge que las tuviera antes del matrimonio, artículo 1.412 del CC, o de ambos si se adquieren durante el mismo, artículo 1.414 del CC. Pero en conjunción con lo indicado sobre como opera éste régimen, el cónyuge no titular tendrá derecho a los dividendos que las mismas generen durante el matrimonio, que se integran en el cómputo de la liquidación. Pero fuera de ello, por lo indicado en el artículo 1.412 del CC corresponderá a cada cónyuge la administración de sus bienes privativos, lo que incluye el capital social<sup>151</sup>, y con ello los derechos políticos, así como su administración, lo que incluye la enajenación. Todo ello salvo pacto, que carecería de sentido en la empresa familiar. En definitiva el miembro mantiene los derechos políticos, que es el bien a proteger en estas sociedades, pero sin olvidar, como ya hemos apuntado, que el riesgo de incorporación del otro miembro, ajeno al núcleo familiar, se deriva de la liquidación, y en esto el protocolo familiar sólo puede establecer recomendaciones, como ya he apuntado.

La conclusión, tras analizar los tres regímenes existentes, es que el protocolo familiar, por ser el más adecuado para preservar la empresa familiar, deberá recomendar el optar por el régimen de separación de bienes. En Cataluña y Baleares es el régimen supletorio y como tal la recomendación irá en este sentido, no debiéndose establecer capitulaciones matrimoniales en este concreto aspecto, dejándose para cuestiones más concretas la capitulación. En el resto del Estado sí sería necesario capitular al respecto, evitándose la aplicación del régimen supletorio, gananciales, o las particularidades forales. Se trataría de favorecer vía capitulación matrimonial el que los familiares políticos se integren en el capital social, pudiendo llegar a decidir sobre la gestión y futuro de la empresa.

Pero hemos de concretar que protocolo familiar y capitulaciones son documentos complementarios. El protocolo tratará de determinar la relación a establecer el

---

<sup>150</sup> ALGARRA PRATS, E.: “El régimen de participación”, YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): “Tratado de Derecho de familia”, Volumen IV, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 275.

<sup>151</sup> ALGARRA PRATS, E.: “El régimen de participación”, ob. cit. pág. 201.

núcleo familiar con los familiares afines, y dicha relación se instrumentará jurídicamente vía capítulo matrimonial. La duda estriba en la eficacia obligacional, dado que entronca con nuestro Derecho civil y societario.

Así, la posible prohibición de acceso a la junta general del familiar político, estaría contrapuesto al derecho de cualquier socio en una sociedad de responsabilidad limitada, aunque en la anónima podría estar condicionado a la tenencia de un porcentaje del capital social mínimo<sup>152</sup>. El protocolo familiar no puede establecer coercitivamente la prohibición de acceso de quién tiene los derechos políticos (por el artículo 126 de la LSC corresponderá a los propios socios-cónyuges determinar cuál de ellos ejercerá los derechos como socio, entre los que está la asistencia a juntas), no estando prohibido el regular normas que lo permita, a tenor del artículo 181 de la LSC, favoreciéndose el acceso de toda la familia a las decisiones.

Entrando en el verdadero problema, el protocolo no puede obligar a ningún miembro de la familia y socio a adoptar en su matrimonio un determinado régimen económico. No puede ser objeto de contrato<sup>153</sup> incorporado con fuerza obligacional en el protocolo, y apelarse a la voluntad de las partes de otorgar capitulaciones en este sentido para adoptar el régimen de separación de bienes, para no caer en la nulidad de la cláusula por ser contraria a Derecho, donde la familia y las sucesiones gozan de extrema protección<sup>154</sup>. Lo único que el protocolo puede establecer son meras recomendaciones respecto a las capitulaciones de los socios.

No obstante el RD 171/2007, que tuvo la oportunidad de concretar, enturbia al admitir la posibilidad de que el protocolo familiar contenga normas y no sólo recomendaciones sobre este particular. En su Exposición de Motivos habla de “*casarse en régimen de separación de bienes*”, que califica como “*prohibiciones u obligaciones personales*”, dando por sentado el posible contenido regulatorio del protocolo familiar en esta materia, algo que considero no se debe admitir por cuanto

---

<sup>152</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.: “La junta general en las sociedades de capital”, Thomson Civitas, Cizur Menor 2007, págs.. 528-529.

<sup>153</sup> ROCA JUNYENT, M./MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios del protocolo familiar: testamento, capitulaciones matrimoniales y modificaciones estatutarias”, en AMAT, J.(CORONA, J.: “El protocolo familiar”, Deusto, Barcelona, 2007, págs.. 220-221.

<sup>154</sup> LLOPIS GINER, J.M.: “La libertad del testador, su facultad de repartir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en REYES LÓPEZ, M.J. (COORD.): “La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales.”, Thomson Aranzadi, Cizur menor 2004, pág. 51.

no se puede romper el carácter disponible para los propios cónyuges de esta materia acorde con nuestro Derecho civil<sup>155</sup>. Con ello debemos señalar que los mecanismos de refuerzo interno del protocolo en esta materia pasarían por la inclusión de cláusulas restrictivas de la libre transmisión de acciones y participaciones, y la inclusión de cláusulas penales por incumplimiento, plenamente válidas y que vendrían a evitar los efectos no deseados de la adopción de regímenes no “recomendados” y que el protocolo no puede condicionar con carácter obligatorio.

### **C) Disposiciones hereditarias**

Paso a analizar un momento especialmente crítico en la perdurabilidad de la empresa familiar al darse una transmisión del capital social, en un ámbito donde se puede poner en cuestión la esencia de la propia empresa, y donde nuevamente lo articulado vía protocolo debe ser trasladado a otros documentos más adecuados previstos por nuestro derecho civil, bien a través de un testamento o una donación<sup>156</sup>. Volvemos a estar en la problemática derivada de la indisponibilidad por razón de materia; el protocolo nuevamente deberá recurrir a un sistema de recomendaciones respetándose la libertad del testador<sup>157</sup>. No podemos obviar que el testamento, como documento que recoge la voluntad con efectos jurídicos del causahabiente de establecer el destino de sus bienes y derechos tras su muerte, deberá aunar, en esta materia la libertad del causante, con lo establecido en la Ley, pero condicionado por las previsiones que al respecto se hayan establecido en el protocolo familiar.

Nuestros artículos 669 y 670 del CC no se abren a dudas al calificar el testamento como un acto unilateral y personalísimo, así como revocable<sup>158</sup>, característica ésta última, dado que estamos ante un derecho que opera a futuro, y como tal en esencia debe defender la voluntad de un hecho no acontecido y como tal cambiante. Por ello debemos añadir que está revestido de formalidades, exigidas en el artículo 687 del

---

<sup>155</sup> Resolución DGRN de 15 de marzo de 1974, que anula cláusula que obligaba a viuda de una accionista a transmitir todas las acciones heredadas de su marido si contraía nuevo matrimonio.

<sup>156</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: “Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio de la Sociedad Limitada Familiar”. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 145.

<sup>157</sup> ROCA JUNYENT, M./CORONA, J./MARTÍ, N.: “Protocolo familiar”, ob. cit. pág. 479

<sup>158</sup> ROMERO PAREJA, A.: “El testamento en España”, Ediciones Cinca, Madrid 2007, pág. 25.

CC.

Dichas características aportan una consecuencia inmediata: la proscripción de los pactos sobre herencia futura<sup>159</sup>. Deberá ser el testador quien decida en total libertad sobre sus herederos o legatarios, no sometido a pactos, como los que eventualmente podrían aparecer en un protocolo familiar, lo que, por el artículo 673 del CC, podría constituir un vicio del consentimiento y acarrear la nulidad del testamento, algo refrendado en la doctrina<sup>160</sup>. Y debemos incidir en el carácter revocable del testamento, entroncado con la sucesión contractual que aportaría un carácter irrevocable<sup>161</sup> al contrato, dado que no podemos dejar a un lado la prohibición general respecto a los pactos sucesorios que establece el artículo 1.271 del CC.

Por la materia que aquí se está analizando, el protocolo familiar, me refiero a “pacto sucesorio” en su afeción de “sucesión contractual”, dada la amplitud terminológica que incluiría el pacto sucesorio, siendo relevante en esta materia el estudio del legado o contrato de institución. Y es que ya anticipo que la prohibición de los pactos sucesorios de nuestro Derecho civil común añade dificultades a la hora de preparar una ordenada sucesión en la empresa familiar<sup>162</sup> al impedirse pactos o contratos que garanticen su conservación o continuidad, al menos jurídicamente. En el núcleo de la prohibición estaría la figura del *pactum hereditate tertii*, al permitirse que dos o más sujetos pactaran sobre la herencia de un tercero que no participa del pacto. No obstante, junto a esta prohibición del artículo 1.271 del CC debemos revisar lo que los derechos forales han ido trabajando en la superación de dicha prohibición absoluta.

Este artículo excluye la posibilidad de establecer contratos que obliguen al testador a otorgar un testamento dirigido, tanto sobre los bienes de libre disposición como en materia de legítimas<sup>163</sup>, protegiéndose tanto los derechos del causante como del legitimario. Pero ello no debe desvirtuar el sentido de que el protocolo familiar

---

<sup>159</sup> LARRONDO LIZÁRRAGA, J.: “El nuevo derecho sucesorio catalán”, Ed. Bosch, Barcelona 2008, pág. 145.

<sup>160</sup> DÍEZ PICAZO, L./ULLÓN, A.: “Sistema de Derecho...”, ob. cit, págs.. 332-333.

<sup>161</sup> ROMERO COLOMA, A.: “Derecho de sucesiones”, Bosch, 2009, pág. 143.

<sup>162</sup> FERNÁNDEZ GIMENO, J.P.: “Notas sobre el tratamiento jurídico de la empresa familiar”, en BLASCO, F. Et alt. (coord.): “Estudios jurídicos en homenaje a Vicent L. Montés Penadés”, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pág. 1.058.

<sup>163</sup> TORRES GARCÍA, T./DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La legítima en el Código Civil (I)”. En TORRES GARCÍA, T. (coord.): “Tratdo de legítimas”, Atelier, Barcelona, 2012, págs.. 34-35.

“recomiende” sobre la materia, dado que puede ser clave en la interpretación de la voluntad del testador cuando pudieran surgir conflictos respecto al sentido de su testamento y mantiene la idea de cultura de empresa familiar, bajo la pretensión de regular los testamentos en el seno de la familia<sup>164</sup>, y de establecer un código de conducta.

Con la regulación actual, entiendo que no se puede ir más allá de una pretensión dada la mencionada y expresa prohibición sobre la herencia futura del 1.271 del CC. Los expertos que trabajaron para el Senado en su Ponencia del 2001<sup>165</sup> ya mencionaban la necesidad de avanzar en la línea de armonizar el Derecho común con el foral y con las propias indicaciones en esta materia de la comunidad Europea, para romper con la colisión entre normas de *ius cogens* del Derecho común español, que condiciona la autonomía de la voluntad<sup>166</sup>.

En definitiva, creo conveniente avanzar en permitir el pactar cuando lo que se trata de transmitir, por la vía sucesoria, sean las acciones o participaciones sociales, como tipo especial, reforzándose con ello el sentido del protocolo familiar en su esencia, sin que se resienta nuestro actual sistema de Derecho de Sucesiones. Y ello basándome no sólo en el sentido de dicho contrato, protocolo, sino en el propio Código civil que establece en sus artículos 825 a 827 y 1.341 la posibilidad de pactar en materia de mejoras y donaciones dentro del matrimonio<sup>167</sup>, y la modificación del artículo 1.056 del CC introducida por la LSLNE en el 2003, al permitir que se paguen las legítimas con bienes extrahereditarios y hasta en cinco años de aplazamiento, para preservar la empresa o explotación económica familiar. La única duda sobre este último movimiento regulatorio es que apertura la posibilidad de que la empresa se acabe adjudicando a un tercero y resultado poco útil e incluso entroncada con el artículo 841 del CC que también permite el pago en metálico de legítimas pero sólo para el supuesto de que los bienes vayan a descendientes. Estaríamos confrontando la previsión del 1.056 de conservación de la empresa, frente al art. 841 de conservación de la empresa pero en poder de una rama familiar o estirpe.

---

<sup>164</sup> ROCA JUNYENT, M./MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios”, ob. cit., pág. 219.

<sup>165</sup> Ponencia del Senado del 2001, pág. 9

<sup>166</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J.: “Derecho civil español, común y foral”, tomo VI, volumen 1º, 10ª edic., Editorial Reus, Madrid 2010, pág. 80.

<sup>167</sup> MOLINA PORCEL, M.: “Derecho de sucesiones”, Dijusa, Madrid, 2007, pág. 579



Para incrementar las dudas sobre el asunto, el artículo 1704.1 del CC permite pactar la continuidad de la empresa sólo entre los sobrevivientes, separándose la participación económica del fallecido, que se integrará a su herencia, en clara referencia al carácter apuntado *intuitu personae* del contrato de sociedad<sup>168</sup>, incorporado a nuestro ordenamiento en materia societaria como artículo 15 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales<sup>169</sup>. La diferencia con la doctrina tradicional es que aquí estaríamos pactando *inter vivos*, aunque siempre con el problema indicado que debe afrontar el protocolo de preservar el respeto a la autonomía de la voluntad, no pudiéndose frozar a testar en un sentido concreto.

La solución la concibo nuevamente mediante las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones y participaciones incorporadas en los estatutos societarios, evitando el que las “recomendaciones” en vía protocolo pudieran traspasarse. Debemos insistir en los efectos que el protocolo tiene como contrato privado, con lo que incido en la idea de que todo lo trasladable a otros documentos de más fácil calificación debe tener acceso para completarse la idea de protección de empresa familiar que se busca. Se trataría de establecer derechos de adquisición preferente *inter vivos* y *mortis causa* en estatutos, como prolongación del propio protocolo familiar, que obliguen al heredero o legatario receptor por título hereditario a enajenar a favor de los titulares de los derechos, siendo cláusulas plenamente válidas en nuestro ordenamiento y que podrían dar fuerza vinculante a las “recomendaciones” del protocolo<sup>170</sup>. Estoy defendiendo, en tanto nuestro derecho civil no evolucione, lo que la doctrina ha denominado “*huída hacia el Derecho de Sociedades*”<sup>171</sup>, que trata de hacer confluir la libertad de testar con la libertad contractual.

Sin tratarlo exhaustivamente, por no ser el objeto de este trabajo, no podemos mantenernos ajenos a las legislaciones forales, con un origen común de regular las transmisiones agrícolas, y por derivación plenamente aplicables hoy a la empresa

---

<sup>168</sup> HERNÁNDEZ GIL, F.: “Artículo 1.704”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: “comentario del Código...”, volumen 8, ob. cit. pág. 425.

<sup>169</sup> GARCÍA RUBIO, M.P./HERRERO OVIEDO, M.: “Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Leyde Derecho Civil de Galicia”, en GETE-ALONSO CALERA, M.C. (dir.): “Tratado de Derecho de Sucesiones”, Tomo I, Thomson Reuters, cizur Menor, 2011, págs.. 1.278-1.279.

<sup>170</sup> CORONA, J./MARTÍN, N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, ob. cit. pág. 479.

<sup>171</sup> HIERRO ANIBARRO, S. (dir): “Simplificar el derecho de sociedades”, Marcial Pons, Madrid 2010.

familiar como “comunidad funcional”<sup>172</sup>, resultando proclives en su mayoría a admitir la sucesión contractual.

En el Derecho foral de Cataluña los pactos sucesorios están regulados en el Libro IV del CCCat, aprobado por Ley 4/2008, de 10 de julio, e históricamente se encontraban bajo la forma del “*heretament*”, que venía a introducir en nuestro ordenamiento los pactos sobre herencia futura, regulada en los artículos 67 a 100 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, que establecía el Código de Sucesiones de Cataluña, y hoy recogida en los artículos 431-18 a 431-28 del CCCat. que ha venido a cambiar y dar una nueva dimensión a lo regulado dado que “*el pacto sucesorio viene a ser el género y el heredamiento una especie*”<sup>173</sup>. La actual regulación ha aperturado el régimen del Código de Sucesiones a la posibilidad de establecer pactos con el cónyuge o pareja, con la familia de éste o con la propia familia, artículo 431-2 del CCCat., contemplados como excepción al principio general de prohibición de los mismos del artículo 411-7 del CCCat.

Dicho articulado resulta importante en nuestra materia objeto de estudio dado que permiten mantener el carácter cerrado de la sociedad mercantil que se busca con el protocolo familiar. Se reconoce en el Preámbulo de la Ley 4/2008 el servicio que se presta con la nueva regulación a dar cobertura a los pactos en sociedades familiares. Se concreta en el artículo 431-7 al indicarse expresamente que la escritura de pacto sucesorio podrá contener estipulaciones propias del protocolo familiar, unificando disposiciones sucesorias con las propias de un pacto de socios o accionistas<sup>174</sup>. El libro IV del CCCat habla abiertamente de “sucesión contractual” dentro y fuera del ámbito matrimonial, trascendiendo la institución de heredero, siendo especialmente destacable la posibilidad de que se establezcan los llamados pactos sucesorios de atribución particular, por los que se atribuyen elementos particulares al margen de que se instituya o no heredero<sup>175</sup>, y de carácter irrevocable, lo que lo separa radicadamente del legado. Radica su eficacia en que estamos ante un negocio jurídico

---

<sup>172</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del derecho civil catalán”, en RDM, núm. 284, 2012, pág. 52.

<sup>173</sup> MOLL DE ALBA, C./ALONSO HEVIA, M.A.: “Derecho de sucesiones catalán y español. Concordancias y discondancias”, Difusión jurídica, Madrid 2009, pág. 229.

<sup>174</sup> BOSCH CARRERA, A.: “Aspectos civiles de los pactos sucesorios”, en VALLE ZAYAS, J./PÉREZ RIVARÉS, J.A./SALELLES, J.R. (dirs.): “Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código Civil de Cataluña”, Bosch, Barcelona, 2013, págs. 108-109

<sup>175</sup> NAVAS NAVARRO, S.: “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código Civil de Catalunya”, en Indret, núm. 2/2009, pág. 7.

*inter vivos* convenido por causa de muerte, de disposición sin traslación y con la obligación de conservar, artículo 431-12 del CCCat., gestándose sobre bienes concretos, lo que llevado al campo de la transmisión de acciones o participaciones entiendo que éstas deberán de figurar debidamente identificadas en el pacto sucesorio<sup>176</sup>.

Manteniendo la correlación con nuestro estudio sobre protocolo familiar, debemos destacar que el art. 431-6 del CCCat contempla la posibilidad de hacer constar la finalidad del pacto sucesorio. En el caso de la empresa familiar, cuando estos pactos se realicen en ejecución de lo previsto en el protocolo familiar, será aconsejable hacerlo constar como ejemplo de unidad en la actuación familiar, acreditándose el interés directo en la ordenación contractual de la sucesión, lo que reforzaría la ejecutoriedad del pacto<sup>177</sup>. Continúa el art. 431-8 CCCat preveyendo la publicidad del pacto en el Registro Mercantil “*con el alcance y de la forma que la ley establece para la publicidad de los potocolos familiares, sin perjuicio de que consten, además, las cláusulas estatutarias que se refieran al mismo*”. Concretando con el Derecho civil común, entiendo que lo único que se permite es dejar noticia de la existencia del pacto<sup>178</sup>, por cuanto no será objeto de la calificación registral que sería necesaria para acceder a la publicidad material. Como en el siguiente epígrafe detallo, quizás sería conveniente hacerlos aflorar como pactos parasociales o en los estatutos de la sociedad familiar si son permisibles por su naturaleza<sup>179</sup>.

Nuevamente vemos como en materia de protocolo se debe recoger y avanzar en la idea de que no queden reducidos a meras recomendaciones, buscándose la complementación en otros documentos donde lo que se busca como objetivo es la transmisión ordenada y dirigida de las empresas familiares.

En el Derechos de Aragón las posibilidades de sucesión contractual son amplias y están recogidos en la Ley 1/1999 que ampliaba la Compilación de 1967. Se parte de

---

<sup>176</sup> BRANCÓS NUÑEZ, E.: “Artículo 432-29. Modalidades”, en ROCA TRÍAS, E. (coord.): “Sucesiones Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña”, Sepin, Madrid, 2011, págs.. 918-919.

<sup>177</sup> EGEA FERNÁNDEZ, J.: “El nou règim jurídic de la successió contractual”, en RJC, número 1/2009, págs.. 18-19.

<sup>178</sup> ESCUTIA ABAD, M.M.: “Els pactes successoris”, en LUCAS ESTEVE, A. (dir.): “Dret civil Català. Dret de Successions”, Vol. III, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 350

<sup>179</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio...”, ob. cit. págs.. 76-77.

la base de “*libertad total para pactar la sucesión*”<sup>180</sup>. El único requisito formal, artículo 62, es la escritura pública, desvinculado de la prestación de capitulaciones, prescindiendo de la relación y vecindad de los vinculados por el pacto e incluso atendiendo a la posibilidad de sucesión contractual mediante la donación universal de bienes presentes y futuros<sup>181</sup>. Destaca el carácter irrevocable de dichos pactos, salvo pacto sucesorio que incorpore el mútuo disenso entre las partes (art. 400 del Código foral). No obstante también cabe la revocación por causa de indignidad y desheredación o por causa prevista en el propio contrato que podría provocar la revocación unilateral. Para el supuesto de pacto entre cónyuges, éstos podrán quedar sin efecto en caso de nulidad, separación o divorcio<sup>182</sup>.

En lo que nos interesa sobre sucesión pactada en la empresa familiar, permitiría la transmisión paulatina *inter vivos* de la empresa, y con ello la sucesión ordenada en el negocio, y todo ello con el único requisito de la escritura pública, requisito de carácter formal.

En cuanto al Derecho foral de las Islas Baleares, viene marcado en materia de sucesión pactada por la heterogeneidad de su regulación: no se admite en Menorca, sí muy ampliamente en Ibiza y Formentera y más limitado en Mallorca, a través de la donación universal de bienes presentes y futuros<sup>183</sup>, con carácter irrevocable.

Figura propia de este Derecho foral en materia de pactos sucesorios lo constituye la llamada “*definición*”<sup>184</sup>, por la que los descendientes legitimarios y emancipados renuncian a todos sus derechos sucesorios o sólo a la legítima, a cambio de donación, atribución o compensación que reciban en vida. Es una figura propia de Mallorca, que se acepta en Ibiza y Formentera, islas éstas últimas que aceptan los pactos sucesorios en capitulaciones matrimoniales (“*espólits*”). En conclusión, siempre que conste en escritura pública, la Compilación Balear permite los pactos sucesorios *mortis causa*, a título universal o singular, con las sustituciones,

---

<sup>180</sup> BAYOD LÓPEZ, C.: “Las novedades en materia de pactos sucesorios en la Ley Aragonesa de Sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999, de 24 de febrero), en AAVV: Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, tomo IV, Thomson Civitas, Madrid 2003, pág. 5.126

<sup>181</sup> ROMERO COLOMA, A.M.: “Derecho de sucesiones”, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 145

<sup>182</sup> GOMÀ SALCEDO, J.E.: “Instituciones de Derecho civil común y foral”, vol. 3, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 2010, pág. 3.436

<sup>183</sup> ROMERO COLOMA, A.M.: “Derecho de sucesiones”, ob. cit. pág. 146

<sup>184</sup> MOLINA PORCEL, M.: “Derecho de sucesiones”, Dijusa, Madrid, 2007, pág. 596

modalidades, reservas, renunciaciones, cláusulas de reversión, cargas y obligaciones que los otorgantes estimen oportunas<sup>185</sup>.

La regulación actual de los pactos sucesorios en el Derecho foral gallego está en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, artículos 209 a 227. Como figuras clave en nuestra materia hemos de destacar el “*petrucio*” o casa petrucial, que permitía (regulación anterior en Compilación de 1963) al causante la adjudicación de la explotación por actos *motis causa*, lo que comporta la admisibilidad tácita del pacto sucesorio, que actualmente está recogida en el “*derecho de labrar y poseer*”, que nos incide en la posibilidad de ordenar la sucesión en la empresa familiar<sup>186</sup>. Es revocable si el beneficiario abandonara durante dos años la explotación de los bienes ejecutados. En materia de transmisión de empresa lo que se busca es la continuidad, que el sucesor mantenga la explotación de la empresa<sup>187</sup>.

La Compilación de Navarra, aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo, recoge la sucesión contractual de forma amplia, recogida en escritura pública, siendo utilizados de forma más amplia incluso que los testamentos<sup>188</sup>. Se pueden conceder incluso en capitulaciones matrimoniales. La figura que nos resulta más interesante es el pacto que permite atribuir la herencia a un tercero, negocio jurídico trilateral en que el heredero presunto dispone a favor de tercero que debe aceptar, así como el *cuius*, o persona cuya herencia constituye el objeto del contrato. En el supuesto de la empresa familiar, esta figura podría aplicarse a supuestos en que los descendientes del fundador decidieran entre sí, con el consentimiento de éste, de qué forma ordenaban la sucesión al frente de la empresa, garantizando una mejor sucesión al ser consensuada y ordenada.

En el análisis del Derecho foral del País Vasco, sorprende, como en el caso Balear, la gran diversidad interterritorial. No obstante, la figura clave en pactos sucesorios radica en la atribución del *caserío* a uno de los herederos (similar a los *mayorazgos*), con el objetivo de continuidad de la explotación económica, y normalmente

---

<sup>185</sup> GOMÀ SALCEDO, J.E.: “Instituciones de Derecho...” ob. cit. pág. 3.436.

<sup>186</sup> FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: “Teoría general de la sucesión. Sucesión legítima y contractual”, Comares, Granada, 2007, pág. 497

<sup>187</sup> ROCA JUNYENT, M.: “la empresa familiar...”, ob. cit. pág. 30

<sup>188</sup> LUQUIN BERGARECHE, R.: “la donación propter nuptias en el régimen común y foral: sus retos en el actual contexto social”, en RJN, núm. 50/2010, pág. 63 y ss.

asimilada a la celebración del matrimonio<sup>189</sup>, pero constituyendo una donación y no una disposición de carácter matrimonial. Sería asimilable a la pretención de la creación de un protocolo familiar con idea de continuidad, tratando de ordenar el futuro económico de la familia. La ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Foral del País Vasco, reconoció esta figura. No obstante, reconociéndose la figura en todo el territorio, ésta se configura diferente en cada fuero interno, no computándose para el cálculo de las legítimas en Guipúzcoa si el caserío se ha atribuido a uno sólo de los hijos. A fin de evitar conflictos posteriores con los demás legitimarios, tanto en Vizcaya como en Guipúzcoa se establece en el propio pacto sucesorio el pago en metálico a favor de dichos legitimarios a cambio de que renuncien éstos a sus derechos, con el objetivo de consolidar la transmisión íntegra de la explotación económica<sup>190</sup>.

No obstante el acercamiento a estos derechos forales, con un origen romano o germánico, dependiendo de la comunidad, pero que han tenido presente la idea de transmisión unipersonal de la explotación agrícola como base de los pactos sucesorios, he de apostillar que la actual sociedad mercantil no nace para estar concentrada en una sola persona<sup>191</sup>, sino para desarrollarse colectivamente, con lo que podemos entender superada la problemática que se pudiera derivar del pago de la legítima. La idea de transmisión unitaria se asemejaría más a la idea de administrador de la sociedad, con lo que resultará primordial la regualción vía protocolo de los requisitos específicos que en los puestos de dirección se debe tener, con independencia de la propiedad del capital social entre los legitimarios, propietarios pero no por ello adecuados para la gestión.

---

<sup>189</sup> IMAZ ZUBIAUR, L.: “Pactos sucesorios en el País Vasco”, en GETE-ALONSO CALERA, M.C. (dir.): “Tratado de Derecho de sucesiones”, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pág. 1.476

<sup>190</sup> MONASTERIO ASPIRI, I.”El pacto sucesorio y la disposición de herencia a favor del sucesor único”, Vasconia, núms. 28/1999, págs. 225-226.

<sup>191</sup> FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A.: “Transmisión moritis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar”, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 31

## 8) Oponibilidad del Protocolo Familiar

### A) Planteamiento básico

Debo insistir en que se da por superada la tendencia histórica a determinar como ilegales los pactos parasociales, al amparo del ya superado artículo 6 de la vieja LSA de 1951. La sanción radical de nulidad de lo no publicado (inscrito en el Registro) era propia de la tradición francesa y venía del Código de Comercio que restableció las prescripciones de la Ordenanza de 1673. En este sentido GIRÓN TENA<sup>192</sup> se hace eco del cambio de regulación positiva que trae consigo la nueva LSA que supera el viejo artículo 6 LSA/1951, precepto que condenaba a la nulidad los pactos reservados. El principal problema actual es de índole práctico en lo que hace referencia a su efectividad, a su eficacia o ineficacia externa, por su posible inoponibilidad frente a la sociedad y frente a terceros, lo cual podemos intuirlo del art. 119. III CCom, o del 11.2 LSRL en relación con lo establecido en el art. 1257 CC. A este respecto RODRÍGUEZ GONZÁLEZ<sup>193</sup> y en especial PAU PEDRÓN<sup>194</sup> quienes razonan sobre qué debe entenderse por “oponibilidad”. La oponibilidad de lo pactado en el pacto parasocial sólo debe plantearse en relación con situaciones jurídicas que se construyen como absolutas o “erga omnes” en donde la oponibilidad es el “complemento”. Hace referencia a la posible incidencia de la situación jurídica que trae causa de ese contrato en el ámbito de terceros y, en particular, en relación con la misma sociedad (y sus órganos), los socios que no entraron en dicho pacto (originarios o subadquierentes) y los demás extraños (acreedores sociales etc.). La Ley es la última fuente de la oponibilidad pero existen diversos medios, técnicas o instrumentos de la misma. Una de ellas, no la única, es la publicidad registral y siempre y cuando dicha publicidad está adornada de dicha eficacia (cfr. art. 21 CCom y demás concordantes).

Hasta este momento he tratado de ir desgranando y marcando, como PÉREZ

---

<sup>192</sup> GIRÓN TENA, “*Derecho de sociedades*”, t. I, Madrid 1976, pgs. 227 y ss. La STS de 15 de julio de 1995 (caso Jeltex SA)

<sup>193</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., “*El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*”, Colex, 2000, pgs. 232 y ss

<sup>194</sup> PAU PEDRÓN, A., “*Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*”, Madrid, 2001

MORIONES<sup>195</sup>, la aparente fragilidad del pacto parasocial frente al pacto estatutarios, y he tratado de responder a su integración jurídica como una primaria obligación moral, e ir desgranando si lo pactado fuera de estatutos es legal o ilegal, para acabar discutiendo de la posible y plena oponibilidad de lo parasocial<sup>196</sup>.

En conclusión hasta este punto debemos matizar la correlación entre lo estatutario e inscrito y lo oponible a terceros, dado que ni siempre lo estatutario, aún lo inscrito en el Registro, es oponible a terceros (ej. a contrario: lo que ocurre con las limitaciones inscritas en el Registro de las facultades de los administradores en las sociedades de capital que no son oponibles a terceros ex arts. 129.2 LSA y 63.2 LSA), ni tampoco lo parasocial es, por necesidad, inoponible a la sociedad y a terceros<sup>197</sup>.

Centrándonos en esta conclusión, la doctrina tradicional<sup>198</sup> suele dar por supuesta una separación radical entre el contrato de sociedad y el pacto parasocial, de manera que la voluntad de las partes de convenir fuera de estatutos significaría, una renuncia a la oponibilidad de lo pactado frente a terceros y frente a la sociedad. Hay quien llama a esto “inoponibilidad” o “relatividad objetiva”. La idea que se defiende en esta argumentación “tradicional” es muy simple: no parece lógico que los compromisos voluntariamente asumidos bajo el régimen jurídico de lo parasocial puedan hacerse valer fuera de ese riguroso cauce jurídico (por vía societaria, se entiende). O más concretamente, no puede recurrir a la tutela societaria quien pactó fuera de ella, porque entonces se iría contra los propios actos. En el extremo de la argumentación digamos que no puede permitirse que se utilice el contrato parasocial para amparar un infracción de la Ley o de los estatutos.

En su trasfondo debemos debatir esta tendencia doctrinal porque se parte de aceptar que existe siempre una eficacia interna implícita por el mero hecho de convenir fuera

---

<sup>195</sup> PÉREZ MORIONES, A., op. cit., pg. 434.

<sup>196</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La transparencia de los sindicatos de voto...”, op. cit., pgs. 88 y ss.; PAZ-ARES, C., “El enforcement de los pactos...”, op. cit., especialmente en las pgs. 30 y ss.

<sup>197</sup> PAU PEDRÓN, A., “*Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*”, Madrid, 2001, pgs. 79 y ss.

<sup>198</sup> URÍA, R.-MENÉNDEZ, A.-OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, vol. VII, Madrid, 1997, pgs. 172 y ss.; VICENT CHULIÁ, *Estudios Girón*, op. cit., pg. 284; GARRIDO DE PALMA, “La sociedad anónima y los pactos reservados...”, op. cit., pg. 78; PÉREZ MORIONES, A., “*Los sindicatos de voto*”, op. cit. pgs. 429 y ss.; PAZ-ARES, C., “El enforcement de los pactos parasociales”, op. cit., pgs. 30 y ss.



de estatutos, para acto seguido negar la oponibilidad de lo parasocial. En este sentido ATIENZA<sup>199</sup> quien define pacto parasocial como convenio con eficacia “en las relaciones internas” para luego mantener su oponibilidad frente a terceros y frente a la sociedad.

### **B) Frente a la sociedad y frente a terceros.**

Son muchos tipos de sociedades los que se dotan de reglas en forma de estatutos, o reglamentos, con la idea de oponibilidad interna y frente a terceros. Figuras tan simples como la comunidad de bienes o el régimen de Propiedad Horizontal, tratan de regularse y protegerse no sólo internamente sino frente a los adquirentes de derechos sobre el bien en común. El socio de una sociedad mercantil, sin duda más compleja forma que las comentadas, actúa en respeto con el Derecho positivo y con los estatutos. Y en la práctica la oponibilidad de los pactos parasociales sería la forma más sencilla que se me antoja de darle reconocimiento. Cabe conjeturar que pueda interesar a las partes firmantes del convenio extra estatutario el dotar a lo parasocial de la cualidad jurídica que cierto sector de la doctrina italiana describe como “inherencia” (ser inherente o no separable), y *que en Derecho de sociedades caracteriza a cierto tipo de prestaciones accesorias “vinculadas” a ciertas y concretas participaciones* (arts. 22.2 y 24.1 LSRL). El mismo efecto práctico también se consigue cuando se estipula que, sin necesaria inherencia real de la prestación accesorias, la transmisibilidad de las acciones o participaciones queda condicionada a autorización de la sociedad que sólo se concederá a quienes, terceros adquirentes, suscriban el pacto parasocial (cfr. arts. 63 y 65 LSA; 24 LSRL). En definitiva, tiene sentido que las partes del contrato parasocial pretendan conseguir que la posición jurídica de vinculado por el mismo contrato (ese complejo haz de derechos y obligaciones que configura un peculiar *status socii*) siga la suerte de la acción o participación a la que se refiere y con independencia de quien en su momento sea su titular.

Creo defendible el poder constituir a los titulares de los órganos sociales en la obligación de respetar sus previsiones. Se ha de valorar que por su especial carácter “interno”, los pactos entre los socios puedan resultar irrelevantes para con la sociedad y que los titulares de los correspondientes órganos sociales no están sujetos

---

<sup>199</sup> ATIENZA, M., “*El Derecho como argumentación*”, Ariel, 2006, pg. 274

a su cumplimiento ni responden por su infracción (arts. 7.1 LSA y 11.2 LSRL en relación con lo que establece el art. 133.1 LSA a contrario). Lo parasocial quedaría entonces privado de la eficacia organizativa del contrato de sociedad: la sociedad y sus órganos, en su condición de terceros, no sólo pueden, sino que más bien deben, desconocer lo pactado fuera de estatutos. El socio firmante del protocolo, incluso aunque hubiere dado la representación, puede asistir a junta y votar en contra de lo comprometido en pacto parasocial (cfr. art. 106.3 LSA).

Dicho todo lo anterior, se observa una interesantísima evolución en el Derecho de sociedades de ciertos países como Estados Unidos o Canadá, hacia el reconocimiento pleno en Derecho positivo de sociedades de la oponibilidad de lo parasocial publicado mediante técnicas o instrumentos que aseguran su cognoscibilidad. En nuestro Derecho, la publicidad (registral) de lo parasocial constituye el instrumento técnico idóneo para conseguir ese propósito.

En nuestro Derecho, el modelo básico en que piensa nuestro legislador del decreto regulador de la publicidad del protocolo familiar es, por frecuente, aquel en que todos los socios de la sociedad sean simultáneamente partes de un convenio parasocial. Tal es la situación habitual en las “sociedades conjuntas” (filiales comunes) y contratos de joint venture. En estos supuestos la regla de la inoponibilidad rige opuestamente, rechazándose la pretensión de quien, siendo parte en el contrato parasocial, pretende escapar del mismo en su relación con los que son partes del “pacto reservado” amparándose en la normativa societaria y en los estatutos, tratando de separar el plano societario del parasocial, en franca asimilación con la regla del “levantamiento del velo”<sup>200</sup>, fraude de ley, abuso de derecho,...

La sociedad no sólo puede sino que debe actuar en conformidad con lo pactado entre todos los socios y partes del pacto. Así, podrá exigir lo pactado en un acuerdo de socios en cuya virtud éstos asumen una carga u obligación societarias sin necesidad de cumplir para ello con los requisitos de modificación de los estatutos ex art. 144 y 145.1 LSA (cfr. STS 18 marzo 2002). Se habla entonces de una “derogación

---

<sup>200</sup> KÜBLER, F., “*Derecho de sociedades*”, 5ª ed., trad. Española de la Fundación cultural del notariado, 2001, pgs. 512 y ss. Entre nosotros: PAZ-ARESENURÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, 2ª ed., op. cit., pgs. 596 y ss.

singular” de los estatutos por pacto parasocial<sup>201</sup>. Por poner algún ejemplo, entre las mismas partes, si ésa es su voluntad, prevalece el régimen parasocial de transmisibilidad sobre el estatutario (cfr. SAP Barcelona, secc. 15ª, 18 noviembre 1996) o el precio de rescate pactado sobre el estatutario (STS 23 marzo 2001). Así, debemos señalar que nuestra doctrina recoge en estos supuestos la posibilidad de una impugnación de los acuerdos sociales adoptados en Junta o en Consejo cuyas decisiones infrinjan lo convenido en el pacto parasocial o protocolo familiar ex art. 115 LSA y en el bien entendido que tales acuerdos serían anulables como si se tratara de una infracción de estatutos o de reglamentos de régimen interior (doctrina que puede seguirse de las SSTS de 24 septiembre de 1987, *caso Hotel Atlantis Playa* ; 26 febrero 1991 y 10 febrero 1992, *caso Munaka* ; 18 de marzo de 2002, *caso Villar de Olaya Golf SA* ; la RDGRN 26 octubre de 1989, *caso Promociones Keops* )<sup>202</sup>.

Nuestro legislador ha establecido como mecanismo técnico privilegiado de oponibilidad, para salvar el efecto relativo de los contratos, la publicidad material que suministra el registro, lo que nos obliga a examinar si es posible utilizar los estatutos inscritos para reforzar la eficacia del contrato extra estatutario. Ya he comentado que para la doctrina tradicional, como hemos apuntado antes, es sencillamente impensable el “anclaje societario” de lo parasocial: que las partes de un contrato parasocial puedan conseguir su efectividad (el “enforcement”) por un cauce societario. NASARRE AZNAR<sup>203</sup> centra su estudio en los motivos por los se destinan tantos esfuerzos dogmáticos al estudio de los diferentes mecanismos de *enforcement* contractual contra la sociedad y contra terceros mediante “estrategias” y argucias contractuales, más o menos robustos, tales como la prenda de acciones sindicadas, constitución de una cotitularidad a estos efectos, interposición de una persona jurídica que administra los derechos, transmisión fiduciaria de la propiedad, etc.

Me posiciono en contra de dicha doctrina, y debemos considerar que no cabe rechazar radicalmente el posible anclaje estatutario de lo parasocial. Por un lado,

---

<sup>201</sup> CAMPING VARGAS, A., “Derogación singular de los estatutos sociales”, *RDM*, núm. 242, 2001, pgs. 1703 y ss

<sup>202</sup> PÉREZ MORIONES, A. “*Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima*”, op. cit., pgs. 483 y ss.; PAZ-ARES, C., “El enforcement de los pactos...”, op. cit., pgs. 33 y ss. VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la sociedad familiar”, op. cit., pg. 4554

<sup>203</sup> NASARRE AZNAR, S.-GARRIDO MELERO, M. (coords.), “*Los patrimonios fiduciarios y el trust*”, monografías La Notaría, Pons, 2006

desde siempre se han admitidos los pactos estatutarios que *indirectamente* persiguen la autotutela societaria de las previsiones contenidas en el pacto parasocial frente a terceros adquirente de acciones o participaciones. Precisamente, los tradicionales pactos estatutarios que limitan la transmisibilidad de acciones o participaciones en sus múltiples modalidades persiguen mantener el *estatuto quo* societario de suerte que no aparezcan terceros indeseables, legitimados frente a la sociedad, que puedan desconocer lo pactado entre los socios comunes.

Así, sin necesidad de construcciones *ad hoc* (como la constitución en prenda de las acciones o participaciones etc.), no debe haber inconveniente al reconocimiento en estatutos de la posible atribución de la legitimación exclusiva para el ejercicio del derecho de voto a un solo representante que actuará en interés colectivo de todos los que sean parte del protocolo familiar, en relación con las acciones o participaciones de que sean titular, y de suerte que dicha atribución no sea revocable por los propios firmantes del protocolo en los términos previstos en el artículo 106 LSA. La sindicación o “agrupación”, en terminología preferida por el legislador cuando se trata de reconocer derechos al minoritario, produce una situación jurídica de cotitularidad análoga a la de copropiedad, en relación con las correspondientes cuotas de socio, y de suerte que vendrá en aplicación lo que se establece en el artículo 66 LSA y 35 LSRL (cfr. apartados 2 in fine de sendos artículos). Supuesto el cumplimiento de la carga de designar un representante único frente a la sociedad, *esta designación queda sujeta a las reglas de la comunidad respectiva* (cfr. RDGRN 17 marzo 1986)<sup>204</sup>. En caso de comunidad hereditaria, se estará a lo que se disponga en el título sucesorio y el régimen legal supletorio (vid. ahora el art. 188.5 RRM). Será entonces el protocolo familiar o pacto parasocial, no los estatutos, el “cuerpo regulatorio” que determine el mecanismo o sistema negocial para conferir la representación de los miembros del grupo familiar firmantes del mismo en la cabeza de un socio o de un extraño, siempre, claro es, que se respete el requisito legal de que el designado sea una sola persona. La designación podrá producirse, por ejemplo, mediante decisión adoptada en asamblea o junta de familia, o el poder ser concedido por acuerdo del consejo de familia si en el protocolo se le atribuye tal competencia.

---

<sup>204</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., en comentario al artículo 66 LSA, en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA, “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”, Civitas, 1992, pgs. 43 y ss.

Por voluntad de los consorciados puede conferirse la representación con el carácter de “irrevocable” y contra lo que dispone el artículo 106.3 LSA (“*la representación es siempre revocable*”)<sup>205</sup>. Estamos ante una irrevocabilidad pactada del poder de representación en que el protocolo familiar funciona como negocio causal de cobertura (justa causa). Por lo demás, esa misma posibilidad de poder irrevocable por causa de un pacto entre accionistas no debe plantear problemas en nuestro Derecho civil (cfr. art. 1692 CC; Ley 52 Fuero Navarra; art. 132 CCom; art. 234.1º RH; sobre la posibilidad de un poder irrevocable vid. entre otras las SSTS de 20 abril 1981; 31 octubre 1987; 27 abril 1989; 26 de noviembre 1991 y otras; en la «jurisprudencia registral» vid. RDGRN 29 octubre 1987).

FERNÁNDEZ DEL POZO defiende el que en estatutos puede darse cobertura societaria a esta forma de legitimación única de los firmantes del protocolo frente a la sociedad (arg. ex nuevo art. 188.5 RRM).

Con todo lo expuesto, debemos dilucidar si es posible otorgar cobertura estatutaria directa al pacto parasocial frente a terceros adquirentes de las acciones o participaciones.

Tradicionalmente, se ha defendido la imposibilidad del encaje obligatorio y oponible societario directo de lo parasocial. Se sostiene que:

- 1) Ni puede sujetarse estatutariamente a todos o a parte de los socios al cumplimiento de una prestación accesoria de observar lo comprometido en pacto parasocial por su condición de extra-estatutario;
- 2) Ni puede sancionarse societariamente al incumplidor mediante la correspondiente cláusula penal estatutaria o, peor aún, mediante la exclusión de la sociedad.

Pretender la cobertura estatutaria de lo parasocial mediante una cláusula estatutaria

---

<sup>205</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “*La representación de los accionistas en la Junta General de la sociedad anónima*”, Civitas, 1990, pg. 69; PAZ-ARES, “El enforcement...”, op. cit., pg. 40.

*ad hoc de* prestación accesoria, constituiría para muchos autores una contradicción en sus términos. Sería tanto como reconocer viabilidad a la mixtificación de lo parasocial en societario. Una aventura hacia el fraude de Ley o de los estatutos. Frente a esta forma, creo lícito obligar societariamente (es decir: con causa en el contrato de sociedad) al cumplimiento de una prestación parasocial de acatamiento de un cuerpo normativo extra-estatutario y como tal prestación parasocial (obligación accesoria de la cualidad de socio) y sin por ello desnaturalizar el contrato parasocial: contrato que no se convertiría o confunde con el de sociedad por este motivo<sup>206</sup>.

No obstante, debemos remarcar que si bien la prestación accesoria de los correspondientes servicios profesionales en una sociedad mercantil profesional ex art. 17.2 de la Ley 2/2007 no convierte al correspondiente contrato (normalmente, un arrendamiento de servicios) en contrato de sociedad, tampoco la prestación estatutaria de cumplir con lo parasocial ha de convertir lo pactado en societario o confundirse con ello. El incumplimiento puede, no obstante, ser societariamente relevante y, consecuentemente, puede ser también sancionado societariamente (cfr. ahora: arts. 114.2 a) y 175.2 a) RRM).

Aunque no con la claridad que sería deseable dada la trascendencia que tiene el hecho, el Real Decreto 171/2007 parece dar por supuesto el posible encaje obligacional societario y registral de lo parasocial que se contiene en un protocolo familiar. De hecho, se admite expresamente pactar en los estatutos de una anónima o de una limitada una cláusula penal en garantía de las obligaciones “pactadas e inscritas” contenidas en protocolo familiar debidamente publicado (cfr. arts. 114.2 a) RRM y 175.2 a) RRM). Se contempla la posible sanción estatutaria para el incumplimiento de las obligaciones contenidas en protocolo publicado “*en la forma prevista en el artículo 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares*”. Por lo tanto: no sólo las que, aflorando a estatutos, acceden al registro mediante la inscripción ex art. 7 del Real Decreto sino también las que no se inscriben pero al menos se publican por la vía de su depósito ex art. 6.

No obstante no se aprovecha la reforma del RRM para decir expresamente que es lícita la prestación accesoria de dar cumplimiento a lo pactado en el protocolo

---

<sup>206</sup> GARRIDO, M.-FUGARDO, J. M.-GARRIDO DE PALMA, M. (coords.), “*El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*”, Barcelona 2005, tomo IV, pgs. 433 y ss

familiar. Con todo, la cláusula penal en estatutos viene usualmente asociada, en la legislación de sociedades, como mecanismo de “garantía de cumplimiento”, a la regulación de las prestaciones accesorias estatutarias (cfr. art. 9.1 LSA, art. 127 RRM y, ahora, el art. 187.1 RRM). Por lo demás, difícilmente se entiende el deseo del legislador de reformar el régimen reglamentario de las prestaciones accesorias si no es con la no bien declarada intención de permitir la cobertura de los pactos del protocolo familiar. El nuevo art. 187.1 RRM cuida de remarcar que su contenido, el de las prestaciones accesorias, “*podrá ser económico o en general cualquier obligación de dar, hacer y no hacer*”.

Es más, la posibilidad de pactar en estatutos la prestación accesoria de cumplir el protocolo familiar permite un radical robustecimiento de la eficacia del pacto parasocial: puede de una parte estimularse su cumplimiento (societariamente) por la vía de la exclusión del incumplidor y, de otra parte, puede vincularse la prestación a la acción o participación de manera que obligue al tercero adquirente o subadquirente de las acciones o participaciones vinculadas.

Ahora bien: si el protocolo termina en su eficacia (por simple caducidad, por ejemplo) o si el que pactó quedase liberado del mismo por cualquier causa (porque desistió unilateralmente al no fijarse término al cumplimiento de las obligaciones, por ejemplo), la prestación accesoria en cuestión no podrá exigirse del que en su día la pactó, por mucha cobertura estatutaria que hubiese llegado a tener. Por otra parte, las reglas estatutarias son susceptibles de modificación con los requisitos previstos para ello y las del contrato parasocial o protocolo familiar se modifican por unanimidad (o por mayoría si se hubiere decidido así).

Lo mismo puede decirse de los otros posibles pactos parasociales: un compromiso de reparto de cargos dentro del consejo y por ramas de familia (lo que supone un pacto sobre el ejercicio en el futuro del derecho del voto); una sindicación del voto de los agrupados (que entraña una delegación anticipada de la representación mediante una suerte de mandato irrevocable); una promesa de aceptación del cargo deferido para ser administrador bajo promesa de una cierta retribución etc. Quien es parte en el protocolo renuncia legítima y anticipadamente a algunos de tales “derechos” o “facultades” de contenido patrimonial que la Ley califica de “individuales” y para cuya cesión o renuncia se necesita el consentimiento *uti singuli* del socio afectado (cfr. art. 71.1 §2 LSRL; art. 145.1 LSA). Esa cesión o renuncia anticipada de

derechos corporativos futuros cabe dentro de lo previsto en el art. 6.2 del CC y no entraña una infracción de la regla de indivisión de la acción o participación (inescindibilidad de la acción)<sup>207</sup>. Hemos de pensar que dicha renuncia puede muy bien interesar a la sociedad en cuestión (no sólo a los agrupados de la familia) porque, por ejemplo, estabiliza el control o mando de la sociedad familiar o contribuya a hacer posible la supervivencia de la misma. En esas condiciones descritas, sobre todo cuando existen socios no familiares (ajenos al protocolo pero no al contrato societario) o cuando quepa conjeturar que aparezcan terceros adquirentes, es perfectamente razonable que convenga aflorar en estatutos el cumplimiento de ese tipo de pactos bajo la forma de prestación accesoria exigible de ciertos socios e, incluso, inherente a ciertas acciones o participaciones. Como es lógico, esos pactos parasociales siguen obligando en su condición de tales (como pactos accesorios a los societarios): por el período por el que se hayan convenido, a los obligados por ellos, y mientras no se modifique su contenido en los términos previstos en el propio protocolo familiar.

### **C) Publicidad registral**

Si hasta ahora he tratado el tema de la oponibilidad del protocolo familiar, y con él la necesaria publicidad del mismo, el depósito del protocolo familiar puede conseguirse no sólo por la vía del artículo 6 del Decreto, juntamente con las cuentas anuales y con ocasión del depósito de las mismas en el Registro Mercantil, sino también con motivo y ocasión de la inscripción registral de las cláusulas estatutarias susceptibles de inscripción (cláusulas inscribibles) ex art. 7 Decreto. En particular, cuando se pacta en estatutos una prestación accesoria de cumplimiento del protocolo familiar y, en general, cuando se pretende sujetar estatutariamente la transmisibilidad de las acciones o participaciones de la sociedad familiar a extraños, no firmantes del protocolo familiar, a la autorización por la sociedad condicionada a que el entrante suscriba el protocolo familiar (cfr. arts. 22 y 24 LSRL; 9.1), 63 y 65 LSA). Pero creo que el depósito del protocolo familiar puede ser conveniente en cualquier momento, sin necesidad de esperar a depositar las cuentas anuales. No puedo ver inconveniente

---

<sup>207</sup>PANTALEÓN, F., en su comentario al artículo 66 en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA, “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”, tomo IV, vol. 3º, Civitas, 1992, pgs. 27 y ss.



a un depósito separado del protocolo familiar. Aunque sólo sea porque se solicita, en virtud de la correspondiente instancia, como ocurre a veces, que se incluyan nuevos documentos en las últimas cuentas depositadas porque conviene así por cualquier motivo (porque se han cometido errores u omisiones, porque se modifican las cuentas aprobadas...). Creo nuestro legislador debería haber dado un sentido más aperturista y asumir la posible voluntariedad de su publicidad, atendiendo a la libertad formal y a su condición de potestativo, por lo que no rige el principio de titulación auténtica. En realidad, el depósito del protocolo familiar puede conseguirse no sólo por la vía del artículo 6 del Decreto (juntamente con las cuentas anuales y con ocasión del depósito de las mismas en el Registro Mercantil), sino, también, por la vía del artículo 7 del Decreto. De manera simultánea a la inscripción registral de cláusulas inscribibles puede instarse el depósito de las no inscribibles (parasociales) contenidas en protocolo.

No podemos admitir que por derivación del art. 1273 del CC que es posible una determinabilidad extra-tabular del concreto contenido de las prestaciones accesorias pactadas en estatutos por simple “mención” de su existencia y con eventual identificación del documento en que constan. Como ocurriría, por ejemplo, si en estatutos se pacta sencillamente cumplir con lo pactado en un protocolo familiar y la determinabilidad del contenido de dicha obligación se sustancia con referencia a un documento debidamente identificado (de tal o cual fecha, de tal o cual notario, en tal web) y no publicado registralmente, lo cual es defendido por PAZ-ARES<sup>208</sup> y PEÑAS MOYANO<sup>209</sup>. Frente a dicha tesis y en consonancia con lo aquí defendido VICENT CHULIÁ<sup>210</sup> o VIERA GONZÁLEZ<sup>211</sup>.

De hecho, hay que entender que el requisito de la determinación del contenido de la prestación accesoria de cumplimiento del protocolo familiar significa su determinabilidad registral (aunque sea extra-estatutaria). O dicho de otra manera: la oponibilidad a tercero adquirente o subadquirente de las acciones o participaciones queda condicionada a la publicidad registral del protocolo mismo. De esta manera, queda satisfecha la elemental exigencia de seguridad jurídica en su aspecto dinámico

---

<sup>208</sup> PAZ-ARES, C., “El enforcement de los pactos parasociales”, op. cit., pg. 41

<sup>209</sup> M. J. PEÑAS MOYANO, *Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima*, Pamplona, 1996, pg. 208

<sup>210</sup> VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la sociedad familiar”, op. cit., pg. 4563,

<sup>211</sup> VIERA GONZÁLEZ, A. J. en “Algunas reflexiones sobre el proyecto de Real Decreto...”, en *diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pg. 155

y de conformidad con las reglas generales vigentes en nuestro Derecho: arts. 22.1 LSRL; 9.1) LSA; 187.1 RRM leídos a la luz de lo que establecen los arts. 21 CCom; 7 y ss. RRM. A estos nuestros efectos, el pacto parasocial deja de ser “reservado”.

En conclusión y por elementales razones de seguridad jurídica es razonable exigir que quede asegurada la publicidad legal del protocolo como condición inexcusable de su oponibilidad a terceros<sup>212</sup>. Esto es precisamente lo que quiere expresar el Decreto cuando se refiere a cláusulas penales estatutarias, pactadas en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto (cfr. arts. 114.2 a) y 175.2 a) RRM).

La mera determinabilidad extra-registral del contenido del protocolo familiar, como la que resulta por referencia a lo publicado en un web corporativa ex art. 5 Decreto, no es suficiente. Al menos, el protocolo debe haber sido previamente depositado en el Registro con las cuentas anuales ex artículo 6 Decreto o haber sido traído a depósito con ocasión de la ejecución del protocolo familiar mediante la inscripción de la escritura de constitución o de modificación de estatutos ex art. 7 Decreto. En ambos supuestos, el protocolo familiar tiene asegurada su publicidad formal. Pero, el contenido parasocial del protocolo familiar no debe confundirse con lo societario inscribible del mismo. En caso de prestación accesoria de su cumplimiento, mediante la determinabilidad del contenido instrumentada bajo forma de depósito registral, y no de inscripción en la hoja de la sociedad integrando protocolo en estatutos, queda marcada con visibilidad a terceros una diferencia técnica de régimen jurídico para evitar la confusión. Los terceros quedan de esta manera mejor avisados de la diferente naturaleza del contenido del protocolo (cláusulas inscribibles/depositables) sin perder por ello publicidad registral.

En definitiva, el Decreto, aunque con una redacción mejorable, no ha desaprovechado la ocasión para hacer posible la oponibilidad a terceros y frente a la sociedad de los pactos parasociales publicados registralmente, como exigía cierto sector de la doctrina y recomiendan similares soluciones en Derecho de sociedades comparado.

---

<sup>212</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, “La transparencia de los sindicatos de voto...”, op. cit., pg. 102

### **III PARTE.- LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE EN EL PROTOCOLO FAMILIAR**

#### **1) El Arbitraje como método de resolución de conflictos**

##### **A) Concepto y normas esenciales**

Hemos visto cómo tratar de determinar qué son “empresas familiares” y la vinculación entre “pactos estatutarios” y “pactos parasociales” a través de la figura del Protocolo Familiar. Y el tema genera aún mayor cautela y necesidad de reflexión cuando la cláusula de sometimiento a Arbitraje de las cuestiones internas se incorpora como pacto parasocial en el Protocolo Familiar.

El arbitraje es la institución de Derecho privado por la que los litigios, por voluntad de las partes, son sustraídos a la justicia estatal para ser resueltos por individuos revestidos de la potestad para juzgarlos<sup>213</sup>.

Es un medio, entre los muchos alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos, que busca la pacificación de los problemas con ciertas ventajas sobre el procedimiento judicial<sup>214</sup>. No obstante, Aunque encuentra cabida generalmente

---

<sup>213</sup> JARROSSON, CH., “Les frontières de l’arbitrage”, en Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage, Paris, 2001, pág. 20.

<sup>214</sup> BARONA VILAR, S., “Introducción”, en Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre), coord. S. Barona Vilar, Thomson, Cívitas, Barcelona, 2004, pág. 61; MONTERO AROCA, J., “Artículo 2. Materias Objeto de Arbitraje”, en Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre), coord. S. Barona Vilar, Thomson, Cívitas, Barcelona, 2004, pág. 104; CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, 2ª ed., Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1991, pág. 28; LORCA NAVARRETE, A., “Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre”, en Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2004, pág. 1; CORDÓN MORENO, F., El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 1995, pág. 19; BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial

dentro de esta clasificación, el Libro Verde, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil (presentado por la Comisión de la Unión Europea, en Bruselas, 19/04/2002, pág. 6), lo excluye expresamente, porque considera que requiere de una regulación propia. El Libro Verde ha dado lugar a la Directiva 2008/52 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, convirtiéndose en la primera norma europea que regula un modo de solución de litigios que prescinde de la intervención de un Juez.

Con el fin de comprender mejor el concepto y el alcance del arbitraje como instituto de Derecho procesal, a continuación analizo los elementos en los que puede desglosarse su definición, haciendo hincapié en lo que lo diferencia de un procedimiento judicial.

El primero de los elementos del concepto del arbitraje que estudiaremos es su carácter de “justicia consensuada”. El arbitraje tiene su origen en un convenio privado, a través del cual las partes de dicho convenio han expresado su consentimiento para someter las diferencias que puedan surgir o que ya hayan surgido a un tercero, conforme a la autonomía contractual, pero dentro de los límites impuestos por la Ley. Esta implicación de las partes, en la solución de los posibles litigios, genera una expectativa de eficacia del resultado mayor que la que se alcanzaría a través de una sentencia<sup>215</sup>.

En segundo lugar, se trata de un método heterocompositivo para resolver controversias jurídicas ya que el árbitro, como tercero imparcial, es quien debe resolver el conflicto, no los afectados mismos, en palabras de GARBERÍ<sup>216</sup>. Los conflictos jurídicos pueden resolverse mediante tres formas. En primer lugar está la

---

de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 214.

<sup>215</sup> XIOL RIOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, La Notaría, Especial Derecho Privado y Arbitraje, Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, núm. 47-48. Col·legi de Notaris de Barcelona, 2007, pág. 72.

<sup>216</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Tomo I, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004, pág. 445. BARONA VILAR, S., “Introducción”, ob.cit., págs. 60 y ss. ; CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, pág. 26; MONTESINOS GARCÍA, A., Arbitraje y nuevas tecnologías, Thomson Cívitas, Estudios sobre Arbitraje, Navarra, 2007, pág. 29; VELARDE ARAMAYO, M., SASTRE IBARRECHE, R., “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los “ADR”, en Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación, coord. M. Velarde Aramayo, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2006, pág. 59; MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional, Madrid, 2002, pág. 16.

autotutela, que consiste en la forma más primitiva de resolver litigios, mediante la cual las partes hacen justicia “por su propia mano”. En segundo lugar está la autocomposición. Las partes mismas son quienes “componen” su conflicto, como podría ser la conciliación o la mediación. Y por último la heterocomposición, como la forma más evolucionada de solución de los litigios. En ella interviene un tercero imparcial, resolviendo el conflicto entre las partes, a través de un instrumento que se denomina “proceso”, que se haya regulado en la propia ley. Son dos los cauces heterocompositivos que reconoce el sistema: la Jurisdicción y el Arbitraje. Es una vía rápida que pretende que el remedio llegue en el momento preciso, con el fin de dar una respuesta más adecuada a las necesidades de los ciudadanos.

GARCÍA PAREDES en su ponencia “*Dos vías de solución de conflictos: el arbitraje y los Tribunales*”, afirma también que el arbitraje es un medio alternativo a la jurisdicción<sup>217</sup>, y vino a asegurar que no existe ningún tipo de competencia ni de rivalidad entre el arbitraje y la jurisdicción. Las ve como dos instituciones dentro del Derecho que luchan por la justicia con medios diferentes, pero con el mismo fin: la pacificación de conflictos; tesis que fundamentaba también en la historia que este instituto ha tenido desde tiempos de Grecia y Roma.

Esto quiere decir que las partes de un litigio disponen de la vía por medio de la cual buscan resolver el conflicto y alcanzar los mismos objetivos, de justicia y de seguridad jurídica, que se obtendrían a través de un procedimiento judicial<sup>218</sup>. CREMADES cree importante resaltar que a través del arbitraje no se busca obtener una solución de “segunda clase” con relación a una sentencia, sino que las partes de un conflicto pretenden que éste sea solucionado dentro del ambiente contractual en el que se desenvuelven<sup>219</sup>. Y continúa resaltando que hay quien afirma que el arbitraje no debe ser visto como un sustituto o un mecanismo alternativo a la jurisdicción, sino como una “*forma de solución de controversias*,

---

<sup>217</sup> GARCÍA PAREDES, A., en su ponencia “*Dos vías de solución de conflictos: el arbitraje y los Tribunales*”, ob.cit., en la que aseguró que no existe ningún tipo de competencia ni de rivalidad entre el arbitraje y la jurisdicción. Las ve como dos instituciones dentro del Derecho que luchan por la justicia con medios diferentes, pero con el mismo fin: la pacificación de conflictos; tesis que fundamentaba también en la historia que este instituto ha tenido desde tiempos de Grecia y Roma.

<sup>218</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales”, en *Revista general de Derecho*, N° 609/1995, pág. 6930; GIMENO SENDRA, V., “Parte Sexta”, en *Procesos Civiles Especiales*, dir. V. Cortés Domínguez y otros, Editorial Colex, Madrid, 1996, pág. 455; CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., pág. 28; GASPAS LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 56; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XXI, n° 5211, 22 de diciembre de 2000, pág. 6;

<sup>219</sup> CREMADES, B., *Estudios sobre arbitraje*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1977, pág. 191; XIOL RÍOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, ob.cit., pág. 83.

*adecuada al nuevo lenguaje de la ponderación de intereses y de la negociación, fundada en el principio de autonomía de la voluntad y apta para aportar soluciones en determinado tipo de conflictos y determinados momentos y sectores de la actividad de la vida económica”.*

Este método de resolución de conflictos es a su vez un procedimiento previsto en el ordenamiento para la aplicación objetiva del Derecho en cada caso concreto, que busca resolver una controversia con las garantías propias del proceso civil, propuesta que sigue PRADA PRESA<sup>220</sup>. Este sostuvo que el “*arbitraje es el contrapunto imprescindible para el Poder Judicial, que propicia y fomenta la seguridad jurídica en las relaciones comerciales*”, así como que “*el arbitraje es una variante cualificada de los medios de resolución de conflictos que combina las garantías de los derechos de los ciudadanos con la flexibilidad propia de este proceso*”. Se fundamenta en la libertad y en la autonomía de la voluntad de los particulares, por lo que los titulares de los derechos subjetivos privados pueden disponer de ellos realizando, modificando o extinguiendo las relaciones jurídicas. Sin embargo, esto no quiere decir que se intente presentar al arbitraje como el remedio o la panacea para todos los males de los Tribunales, sino que se ve como una vía más, dentro de muchas otras con las cuales convive e intenta contribuir a que la justicia llegue a los ciudadanos de una forma más rápida y eficaz, de lo que es firme defensor LORCA NAVARRETE<sup>221</sup>.

Por último, pero sin lo cual no podría llevarse a cabo un arbitraje, la función encomendada a un árbitro será la resolución de conflictos, es decir, debe existir una controversia entre derechos enfrentados que las partes suponen tener y que van a tratar de resolver a través de un arbitraje. Por lo tanto, tal y como se verá más adelante, no se puede confundir este instituto de Derecho procesal con valoraciones de hechos o con la determinación de un elemento de un contrato, sino que es indispensable el elemento de litigiosidad o discrepancia de las partes sobre su propia conducta en relación con el contrato o negocio jurídico principal, ya sea sobre su existencia, eficacia, validez, interpretación o cumplimiento<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> PRADA PRESA, A., en su Ponencia de apertura de la Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007.

<sup>221</sup> LORCA NAVARRETE, A., “La naturaleza jurídica del arbitraje”, en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/estrado.php>, 18 enero 2006; BARONA VILAR, S., “Introducción”, ob.cit., pág. 59; GASPAS LERA, S., El ámbito de aplicación del arbitraje, ob.cit., pág. 60.

<sup>222</sup> HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 54; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El arbitraje en Derecho sucesorio”, en La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, nº 47-48, Collegi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, pág. 57.

## **B) La naturaleza jurídica del arbitraje**

La naturaleza jurídica del arbitraje se explica a través de varias teorías que giran en torno a alguna de sus características propias.

Históricamente se ha defendido su naturaleza contractual, porque son las mismas partes de un contrato quienes organizan voluntariamente la forma de resolver sus conflictos sobre materias de libre disposición, permitiéndoles adecuar el proceso a los tiempos y a las necesidades del tráfico, convirtiéndolo en un instituto de Derecho dinámico<sup>223</sup>.

Pero también existe otra posición doctrinal, como BARONA VILLAR<sup>224</sup>, que hemos de tildar de jurisdiccionalista o de procesalista. Aún cuando tienen mucho en común, debe considerarse que mientras que con la primera se pone el acento en la función ejercida por los árbitros, que no es otra que la manifestación declarativa del artículo 117.3 CE, y los efectos de la decisión que culmina la función arbitral (efectos de cosa juzgada), la concepción procesalista del arbitraje responde a la consideración de que el proceso arbitral es como un proceso judicial, con lo que se incide en el instrumento a través del cual se ejercita la función jurisdiccional. Ciertamente que sólo hay proceso cuando se ejercita la función jurisdiccional, de ahí la proximidad, pero la consideración semántica de los términos obedece a respuestas conceptuales diversas. La defensa de su carácter jurisdiccional se sustenta sobre la base de que estamos ante un instituto de carácter procesal, que se ejecuta a través de un procedimiento regulado, donde el árbitro ejerce una función equivalente a la judicial y su decisión tiene los mismos efectos de una sentencia, vinculando a todas las partes del proceso.

Pero la postura que cuenta con más adeptos es la teoría mixta o ecléctica, en la cual se acepta que en su origen el arbitraje tiene una naturaleza contractual, pero que en su desarrollo y eficacia tiene una naturaleza jurisdiccional, defendida por

---

<sup>223</sup> ROBER T, J., “L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé”, 6° edic. Éditions Dalloz, París 1993, pág. 4;

<sup>224</sup> BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en Arbitraje y Justicia en el siglo XXI, dir. S. Barona Vilar, Thomson Cívitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, pág. 45; BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal, ob.cit., págs. 226 y ss.

CORDÓN MORENO<sup>225</sup>. Los defensores de esta teoría mixta del arbitraje lo conciben como una justicia “privada” en la que el Estado brinda su poder coercitivo para reforzar el proceso arbitral en sus puntos débiles<sup>226</sup>. Por su origen contractual, las partes deberán pasar por lo acordado de buena fe; y por su carácter jurisdiccional, tendrá como efectos la interrupción de la prescripción de la acción y la incompetencia de los Tribunales para conocer del asunto<sup>227</sup>.

Como principal efecto de su carácter jurisdiccional, tal y como mencionamos en el párrafo anterior, el juez deberá declararse incompetente para conocer de la disputa cuando exista un convenio arbitral (artículo 7 LA), incluso si el Tribunal arbitral no se ha constituido todavía, a menos que el convenio sea manifiestamente nulo. Pero en todo caso, el juez no puede declararse de oficio incompetente si ambas partes le requieren para la solución del conflicto, sino que es necesario que la parte interesada en hacer cumplir el acuerdo arbitral haga valer dicho convenio de forma oportuna, ya que de no hacerlo se consideraría una renuncia implícita a la vía arbitral que habían acordado previamente (artículo 11 LA). En sentido inverso, el carácter voluntario del arbitraje hace que las partes de forma conjunta siempre puedan acudir ante un Tribunal arbitral aunque el proceso judicial se encuentre en curso, renunciando al procedimiento judicial y optando por la vía arbitral, como bien ha estudiado XIOL RIOS<sup>228</sup>.

Por otra parte, también como consecuencia de su carácter jurisdiccional, el árbitro tendrá competencia para conocer y llevar a cabo el procedimiento. El árbitro está jurídicamente habilitado para solucionar el conflicto (artículo 22 LA), por ser un delegado de los poderes judiciales conferidos por el Estado, con la

---

<sup>225</sup> CORDÓN MORENO, F., *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob.cit., págs. 28 y ss; PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., págs. 68 y ss.; REGLERO CAMPOS, L., *El Arbitraje* (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1988), Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991, pág. 66; TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 22; GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ob.cit., pág. 56; BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ob.cit., pág. 215; XIOL RÍOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, ob.cit., pág. 77.

<sup>226</sup> GARCÍA LAGARES, J., Ponencia: “Arbitraje, seguridad jurídica y empresa”, en *Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa*, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007

<sup>227</sup> ROBER T, J., *Arbitrage civil et commercial: droit interne et droit international privé*, 4º ed., Librairie Dalloz, Paris, 1967, pág. 121 y ss.

<sup>228</sup> XIOL RIOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, ob.cit., págs. 73 y ss.; Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1991, fundamento de Derecho segundo y STS de 19 de octubre de 1992, fundamento de Derecho segundo; RAMOS MÉNDEZ, F., “Eficacia de un convenio arbitral en el caso de acumulación de acciones (Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granollers de 26 de febrero 2001)”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 3/2002, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 121 y ss.



autoridad de la cosa juzgada entre las partes del convenio (artículo 43 LA), según FERNÁNDEZ BALLESTEROS<sup>229</sup>.

Para NIEVA FENOLLI existe una única cosa juzgada para toda la jurisdicción como rasgo indispensable para lograr la seguridad jurídica requerida por el tráfico, evitando posibles resoluciones paralelas o sucesivas que resulten contradictorias<sup>230</sup>. De esta forma, precisamente por ser el laudo un equivalente jurisdiccional a través del cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que por medio de la jurisdicción civil<sup>231</sup>, éste producirá los efectos de la cosa juzgada material<sup>232</sup> (*“La cosa juzgada material designa el efecto jurídico-procesal de la sentencia consistente en que ningún otro órgano jurisdiccional puede dictar una nueva en relación con el mismo asunto, sobre el cual no puede ya renovarse la contienda. (...) La situación juzgada deviene inatacable y no sólo no puede ser objeto de un nuevo juicio o discusión entre las partes sino que debe también ser respetada en otros procesos. El instituto de la cosa juzgada cumple así una función negativa, que excluye toda decisión judicial futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, y además otra función positiva o prejudicial, por la cual la decisión anterior sobre un determinado asunto vincula en la decisión judicial de otro asunto distinto que tenga a aquél por condicionante o prejudicial”*), excluyendo cualquier proceso posterior cuyos sujetos, objeto y causa sean idénticos a los del proceso en el cual ya se haya dictado un laudo (artículo 222 de la LEC). La cosa juzgada de una sentencia, al igual que la de un laudo, no tiene la intención de afectar los derechos de terceros, sino que sus efectos son relativos para las partes del proceso. A pesar de esto, como efecto natural de la misma tendrá una serie de consecuencias en la esfera jurídica de terceros al tener que respetar lo así decidido. Entre las partes tendrá una eficacia directa, pero con respecto a terceros será una especie de eficacia “refleja”.

Y, como última consecuencia del carácter jurisdiccional del arbitraje, el poder de ejecución del laudo y su control son parte del proceso arbitral porque pertenece al

---

<sup>229</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., “Artículo 11: Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal”, en Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, coord. J. González Soria, Corte de Arbitraje de Madrid, Cámara de Madrid, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 116.

<sup>230</sup> NIEVA FENOLLI, J., “La cosa juzgada”, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 119, 228 y ss.

<sup>231</sup> MERINO MERCHÁN, J., “El equivalente jurisdiccional en el Derecho público español”, ob.cit., pág. 45; Sentencia del Tribunal Constitucional, de 4 de octubre de 1993, fundamento jurídico tercero.

<sup>232</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, E., “Extensión y límites de la cosa juzgada en el contencioso-administrativo”, en Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada, dir. F. Sospedra Navas, Cuadernos de Derecho Judicial, nº XIII/2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 374; SAP de Valencia nº 214/2007, de 12 de abril, fundamento jurídico segundo; STS 1069/1997 de 1 de diciembre, fundamento de Derecho cuarto; STS 452/1998 de 19 de mayo, fundamento de Derecho primero; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 140.

Estado (artículo 517 LEC), incluso si ha sido llevado a cabo por medio de un acuerdo privado, ya que el Estado tiene el derecho y el deber de asegurar que todo proceso se desarrolle de acuerdo con las normas sobre las que él mismo se asienta. El laudo deberá ser capaz de pronunciarse sobre sus consecuencias jurídicas, tendrá carácter vinculante y deberá respetar los principios básicos de todo proceso, tales como el principio de contradicción o el de defensa (artículo 24 LA)<sup>233</sup>.

Pero a pesar de estas posturas doctrinales que intentan encuadrarlo dentro de los sistemas comunes, también hay quienes defienden que el arbitraje tiene una naturaleza y un carácter procesal autónomo y que el “arbitraje” sólo es lo que su palabra indica: “arbitraje”; y que esa es su naturaleza, por lo que puede considerarse como un instituto independiente y con una naturaleza jurídica propia, como reivindica BARONA VILAR<sup>234</sup>.

Esta naturaleza autónoma del arbitraje se justifica en su independencia legislativa y en sus notas esenciales, tales como son el predominio de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección y la regulación del proceso, la eficacia de sus resoluciones y la flexibilidad que permite adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias, con la intención de que el proceso sea más sencillo y menos costoso que el judicial<sup>235</sup>.

Coincido con esta última postura, ya que el arbitraje no tiene porqué tomar su naturaleza “prestada” de otras instituciones jurídicas, sino que es evidente que, por sus propias características, estamos ante una institución de Derecho autónoma, con una regulación y efectos propios frente a las demás figuras normativas, que más adelante diferenciaremos con el fin de evitar confusiones.

---

<sup>233</sup> MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., pág. 49. XIOL RIOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, ob.cit., pág. 78.

<sup>234</sup> BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, ob.cit., pág. 46; ESPLUGUES MOTA, C., “Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa”, en Arbitraje y Justicia en el siglo XXI, dir. S. Barona Vilar, Thomson Aranzadi, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, pág. 183.

<sup>235</sup> BARONA VILAR, S., “Introducción”, ob.cit., pág. 57 y ss.; BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, ob.cit., pág. 47; EMBID IRUJO, J.M., “Cuestiones tipológicas en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, coord. R. Bonardell, J. Mejías, U. Nieto, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 1994, pág. 122

Es importante señalar que las teorías en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje han evolucionado y hoy por hoy existen tendencias opuestas entre los ordenamientos latinos y los anglosajones en cuanto a su concepción.

En Europa continental, por ejemplo en Italia o Francia, predomina actualmente la postura conforme a la cual el procedimiento arbitral cuenta con un carácter más jurisdiccional que negocial<sup>236</sup>. Sostienen que, aunque en su origen el arbitraje tenga una naturaleza negocial, en el sentido de que son las partes las que han acordado someter a este procedimiento los conflictos que surjan o puedan surgir con motivo de su relación, no se puede entender un arbitraje con una naturaleza puramente negocial, en el que la Ley, por ejemplo en el arbitraje societario italiano (artículos 35.2 del Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, en adelante D. Leg. 5/2003, y 105, 106 y 107 del Código Procesal Civil italiano, en adelante C.p.c.) ha previsto expresamente la posibilidad de la intervención voluntaria de terceros y forzada de los otros socios hasta antes de la primera audiencia<sup>237</sup>. Además, la posibilidad de adoptar medidas cautelares y que el laudo tenga la misma eficacia que una sentencia judicial son otros de los argumentos esgrimidos a favor de la concepción jurisdiccional del arbitraje en el Derecho continental europeo<sup>238</sup>.

Al contrario de esta “jurisdiccionalización” del procedimiento arbitral, la tendencia de los ordenamientos anglosajones es a una “contractualización” del mismo. Por ejemplo, en Estados Unidos se pone el acento en el elemento contractual de la institución, permitiendo a las partes adaptarlo a sus necesidades comerciales particulares, con el fin de comprender y traducir mejor su voluntad<sup>239</sup>. Incluso la Corte Suprema de ese país ha dicho que el objetivo

---

<sup>236</sup> GOUIFFRÈS, L., “L’arbitrage international propose-t-il un modèle original de Justice?”, ob.cit., págs. 27 y ss.

<sup>237</sup> TARZIA, G., “L’intervento di terzi nell’arbitrato societario”, en Rivista di Diritto Processuale, I/2004, Milano, pág. 350. Ver páginas 124 y siguientes. Ob. Cfr. “Impugnacion de acuerdos sociales y Arbitraje”, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores)

<sup>238</sup> RICCI, E., “Il nuovo arbitrato societario”, en [http://www.judicium.it/focus/focus\\_glo.html](http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html), 4 de junio de 2003, [fecha de consulta 28 junio 2006], pág.11. Ob. Cfr. “Impugnacion de acuerdos sociales y Arbitraje”, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores)

<sup>239</sup> RAU, A., PEDAMON, C., “La contractualisation de l’arbitrage: le modèle américain”, ob.cit., págs. 451 y ss.; CARBONNEAU, T., “L’arbitrage en droit américain”, en Revue de l’arbitrage. Bulletin du

Comité Français de l’arbitrage, Paris, 1988, págs. 3 y ss.; GOLDMAN, L., “Contractually Expanded Review of Arbitration Awards”, en Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution, Vol. 8, Massachusetts, 2003, pág. 171; DODGE BYRNES, J., POLLMAN, E., “Arbitration, Consent and Contractual Theory: The implications of EEOC v. Waffle House”, en Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution, Vol. 8, Massachusetts, 2003, págs. 289 y ss.; Ob. Cfr. “Impugnacion de acuerdos sociales y Arbitraje”, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores)

final del arbitraje no es la resolución rápida de los litigios, sino el respeto a la voluntad de las partes tal y como se ha expresado en el convenio arbitral, aunque esto vaya en detrimento de la rapidez. En este sentido OLAIZOLA MARTÍNEZ<sup>240</sup>, cuando afirma que: “... *nuestros planteamientos favorables al arbitraje en general y a la arbitrabilidad de la materia societaria en particular nos definan como juristas bien ubicados en nuestra época y sintonizados con nuestra circunstancia, amantes de la libertad y defensores, servidores y encauzadores de esa expresión de la misma que es el principio de autonomía de la voluntad*”.

Estas tendencias han creado una nueva serie de ventajas y desventajas en torno a esta alternativa a la jurisdicción, que se analizarán posteriormente, pero adelanto que incluso han hecho que las ventajas que tanto se habían defendido y que eran la consigna del arbitraje, tales como la celeridad o la especialización de los árbitros, ya no tengan tanto sentido, producto de las reformas del procedimiento general así como del “entorpecimiento” del procedimiento arbitral al intentar asemejarlo, exageradamente, tal vez en aras de una mayor seguridad jurídica, al procedimiento jurisdiccional.

### **C) Conflictos susceptibles de someterse a Arbitraje**

La arbitrabilidad puede determinarse, más que a través de una forma negativa o restrictiva de la materia que pueda ser sustraída a la vía jurisdiccional, como una aplicación de la libertad contractual para el tratamiento de los litigios (disponibilidad de la relación jurídica). Según asevera CAMPO VILLEGAS<sup>241</sup>, hay quien considera que el concepto de disponibilidad hay que tomarlo del Derecho civil, de la contraposición de los negocios de disposición y los de mera administración o conservatorios. “*Relaciones jurídicas y derechos arbitrables serán aquéllos susceptibles de los primeros. Cuando el derecho subjetivo acepte que se realicen respecto del mismo transmisiones, renunciaciones, modificaciones gravosas, etc., en principio podrá ser calificado de “disponible” y por ende, de arbitrable. Pero al mismo tiempo hemos de completar ese concepto anunciando sus límites, pues la*

---

<sup>240</sup> OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, en Anuario de Justicia Alternativa, Derecho arbitral, núm. 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M.Bosch Ed., pág. 64, Ver páginas 203 y siguientes.

<sup>241</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, en Anuario de Justicia Alternativa, nº 8/2007, Tribunal Arbitral de Barcelona, Barcelona, 2007, pág. 73. CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 21.

*indisponibilidad puede provenir tanto del Derecho positivo como de la propia naturaleza de la relación jurídica”.*

De esta forma, la arbitrabilidad de la materia deberá ser tenida como regla y la no arbitrabilidad como excepción, por el principio de la autonomía de la voluntad que rige el Derecho privado. A pesar lo anterior, desde la promulgación de la Ley de Arbitraje de 1988, ya no es necesario que el arbitraje verse únicamente sobre cuestiones de Derecho privado, por lo que esto significa que cabe el arbitraje en materias de Derecho público, en el campo administrativo (RODRIGO LAVILLA<sup>242</sup>, afirma que *“en efecto, si bien es cierto que no estaría justificado someter todas las controversias jurídicas que se pudieran plantear entre la Administración del Estado y las personas físicas o jurídicas a arbitraje, la difusión de la práctica arbitral podría permitir la resolución de conflictos jurídicos relevantes que exijan una rápida solución, ya sea por su trascendencia social, o económica, con un importante ahorro de costes de carácter temporal y de carácter económico”*.) y en el Derecho de familia. Únicamente se consideran inarbitrables, de forma unánime, la materia penal o las cuestiones de estado civil de una persona, las cuestiones matrimoniales o de alimentos futuros, ya que en estos supuestos el orden público impide a los árbitros conocer de esta materia, no importa la decisión que puedan tomar, por ser materia intransigible y por tanto indisponible por las partes interesadas, así regulada en el artículo 1814 CC. Esto es lo que se conoce como orden público jurisdiccional, y que MUÑOZ PÉREZ aclara al indicar que en la Ley de Arbitraje, *“debe ser considerado aquello que pueda ser conseguido sin acudir ante un proceso ante un Juez. Lo “indisponible”, por tanto, sería lo que precisa ineludiblemente de una declaración judicial para ser conseguido”*.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> RODRIGO LAVILLA, J., “Arbitraje y Administración del Estado”, en <http://www.diariolaley.es>, 15 de abril de 2009.

<sup>243</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, en Anuario de Justicia Alternativa, nº 8/2007, Tribunal Arbitral de Barcelona, Barcelona, 2007, pág. 74; BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal, ob.cit., págs. 215 y ss.; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, en Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 413. NIEVA FENOLL, J., “Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 3/2002, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 24; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 19; CUCARELLA GALIANA, L., El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje), ob.cit., pág. 111.

En primer lugar podría afirmarse que prácticamente todos los conflictos privados pueden ser sometidos a arbitraje. Pero es el Estado quien a través de sus leyes establece una serie de materias o conflictos que requieren de una tutela especial por el ordenamiento y por el sistema en general, las cuales sustrae del poder de disposición de las partes ya que considera que de ser posible su disposición se podría afectar a los ciudadanos y especialmente al orden público. Este razonamiento también es compartido por la Directiva 2008/52/CE que regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles, artículo 1.2, al afirmar que “La presente Directiva se aplicará, en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente”. Esta es una forma de definir lo que debe entenderse por materia de libre disposición, estableciendo el límite en la materia que la Ley expresamente considere como no disponible por las partes de un contrato.

De acuerdo a este razonamiento, y por ser responsabilidad de cada ordenamiento jurídico determinar qué controversias deben ser resueltas de forma obligatoria por los jueces, el artículo 2.1 LA, al igual que lo hacía la anterior Ley de Arbitraje de 1988, se limita a establecer un marco legal para el intérprete, estableciendo únicamente que será arbitrable aquello que sea disponible conforme a Derecho. Si bien es cierto que este marco legal deja muy amplios sus márgenes, no era posible hacerlo de forma diferente, ya que en su momento el legislador consideró innecesario que la Ley de Arbitraje contuviese una relación de las materias que se considerarían como de no libre disposición por los particulares, ya que se generaría una especie de enumeración infinita de posibilidades sin llegar efectivamente a abarcar todas las posibles situaciones que no serían arbitrables, permitiéndole de esta forma a la Ley de Arbitraje adaptarse a los cambios de la sociedad y al mercado sin ser necesarias constantes reformas legales<sup>244</sup>.

En segundo lugar, el objeto de un arbitraje deberá ser un verdadero litigio entre las partes. Para saber su alcance es indispensable estudiar el convenio o la cláusula que lo regula, la cual es recomendable que sea lo más amplia posible con el fin de que a través de ella pueda resolverse el mayor número de litigios<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J., “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje”, en La nueva Ley de arbitraje, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 77 y ss.

<sup>245</sup> MUNNE CATARINA, F., “Artículo 27. Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 111.

En tercer lugar, un derecho será disponible cuando no exista una prohibición expresa, implícita o proveniente de su propia naturaleza, para renunciar o realizarlo de una forma diversa a aquella prevista por la Ley. El ordenamiento jurídico en su conjunto es quien establece los límites al arbitraje. Cada normativa se encargará de darnos unas pautas para saber si la materia que regula se podrá considerar o no disponible, pero por lo mismo será necesario hacer un análisis para cada caso en concreto, ya que no es posible hacer, tal y como decíamos, una enumeración de todas las materias que se podrían considerar no arbitrables en un sólo documento. En este sentido FERNÁNDEZ DE BUJÁN<sup>246</sup> y sus comentarios historicistas sobre la génesis del Arbitraje. Ya en el Digesto se establecía como parámetro de la materia arbitrable, la disponibilidad de la materia, y excluían de forma expresa los asuntos de infamia, las acciones públicas, como por ejemplo por un homicidio, las cuestiones de libertad o cuando se diera lugar a una acción popular, que se daba en aquellos supuestos en los que, además de la acción del interesado, el Estado podía perseguir el hecho por ser una ofensa para la comunidad y por tanto cualquiera podía ejercerla.

A pesar de lo anterior, la misma Ley de Arbitraje, artículo 1.4, sí nos marca una pauta clara que no es posible ignorar: “*quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley los arbitrajes laborales*”.

La Ley de Arbitraje excluye expresamente la posibilidad de acudir ante un árbitro para resolver los conflictos individuales de trabajo, por ser materia no disponible así establecida por Ley. Los trabajadores se consideran sujetos dignos de tutela por parte del ordenamiento y no se les puede imponer cargas económicas o procesales que les dificulten acudir a la jurisdicción o que les generen un estado de desventaja con respecto a los empresarios en sus relaciones individuales. Otra cosa distinta es el arbitraje para determinar un derecho pecuniario proveniente de una relación laboral ya extinta, ya que en este momento las partes en conflicto se encuentran en una situación de igualdad procesal que no existe durante la relación laboral, en la que el empresario siempre cuenta con la facultad de despedirlo, estando en una clara situación de supremacía; además de que el objeto del proceso será ahora un derecho patrimonial y, por tanto, disponible<sup>247</sup>.

---

<sup>246</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Ponencia: “Fundamentos históricos del arbitraje moderno”, Curso de Verano: L resolución de conflictos: arbitraje y Mediación. Entre la tradición y la innovación dir. D.Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 30 de junio de 2008.

<sup>247</sup> GONZALO QUIROGA, M., “Tesis: Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional,” Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional Público, Recurso electrónico, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2004, págs. 395 y ss

En cuarto lugar, específicamente para la materia societaria, el objeto del arbitraje deberá ser un derecho disponible relativo a la relación societaria. Se considerarán derechos relativos a la relación societaria aquellos que tengan por objeto la sociedad o un derecho que nazca o sea conexo a ella. El nexo lo constituye la materia societaria y no los sujetos-socios o el sujeto-sociedad. Esto quiere decir que los derechos que importan para determinar si estamos o no ante un arbitraje societario, y por tanto su arbitrabilidad, no son los derechos extra-societarios (por ejemplo, los derechos de un socio como acreedor de la sociedad), aunque evidentemente sean socios los titulares de los mismos, sino que estos derechos deben tener su origen en las relaciones que surgen del contrato social<sup>248</sup>.

Como ejemplo de que el objeto del arbitraje debe ser un derecho disponible relativo a la relación societaria, la doctrina italiana afirma, interpretando su Ley, que la cláusula compromisoria inserta en los estatutos de las sociedades de capital podrá tener como objeto las controversias relativas a la existencia/inexistencia, la calificación o la disciplina de la relación social; además de las relativas a los derechos que tienen su causa en ella, aún cuando los titulares no sean socios, como sería por ejemplo la sucesión de los derechos o de las obligaciones de los cuales era originariamente titular un socio<sup>249</sup>.

Continuando con el análisis de los elementos que configuran el límite objetivo del arbitraje, podemos afirmar que tradicionalmente, tanto en España como en los ordenamientos vecinos, se ha asociado los derechos disponibles con su patrimonialidad<sup>250</sup>, y, por tanto, cuando el conflicto verse sobre cuestiones susceptibles de ser reducidas a términos pecuniarios, como pueden ser la cuota de liquidación de un socio o la responsabilidad de los administradores, no hay ninguna traba para su arbitrabilidad. En este sentido CALAVIA MOLINERO<sup>251</sup>

---

<sup>248</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 2/2001, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 137; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, en IV Jornada sobre el Arbitraje Mercantil, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Toledo, Corte de Arbitraje y Mediación, Toledo, 21 de octubre de 2009;

<sup>249</sup> LUISO, F., “Appunti sull’arbitrato societario”, en [http://judicium.it/focus/focus\\_glo.html](http://judicium.it/focus/focus_glo.html), 30 marzo 2003, [fecha de consulta 24 julio 2006], pág. 7; ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, ob.cit., pág. 385.

<sup>250</sup> BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal, ob.cit., pág. 215; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 431.

<sup>251</sup> CALAVIA MOLINERO, J., Ponencia: “El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles”, en Curso de Verano: La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 2 julio 2008; MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos problemas de arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit.,



cuando afirma la acción de responsabilidad contra los administradores afecta al patrimonio social en general, entonces se tratará de materia arbitrable siempre y cuando se haya contemplado de manera clara en la cláusula arbitral; pero al igual que la acción individual de responsabilidad, el socio afectado en su patrimonio directamente podrá acudir al arbitraje, porque está vinculado por los estatutos, pero esa acción también la pueden ejercitar los acreedores, los cuales no estarán vinculados por la cláusula arbitral y el juez de lo mercantil será el único competente, salvo acuerdo expreso para el caso concreto de someter el asunto a un arbitraje ad hoc y no con causa en la cláusula arbitral.

De igual modo, los derechos no patrimoniales pero que puedan generar una obligación resarcitoria serán disponibles y por tanto transigibles y arbitrables.

En este análisis es necesario también estudiar las normas propias del Derecho comparado para saber si estamos frente a materia arbitrable o no, ya que existen ciertas particularidades que permiten o prohíben expresamente determinados asuntos para ser sometidos a arbitraje, sin que sean del todo uniformes entre ellos.

En Francia, por ejemplo, hay que tener presente la prohibición absoluta de incluir una cláusula de este tipo en los contratos civiles entre particulares<sup>252</sup>; ya que se permite el arbitraje mediante cláusula compromisoria únicamente para los supuestos expresamente enumerados en el artículo L721-3 de su Código de Comercio, que son específica y taxativamente aquellos competencia de los Tribunales de Comercio<sup>253</sup>, siendo esto una particularidad suya frente a los demás ordenamientos estudiados. Las sociedades mercantiles son comerciantes por definición y, por tanto, tienen la facultad de introducir cláusulas compromisorias en sus estatutos, mientras que lo que acuerden someter a arbitraje no vaya en contra del orden público<sup>254</sup>, y no se trate de sociedades unipersonales; ya que la cláusula compromisoria debe por lo menos vincular a dos partes para que sea posible que pueda existir un conflicto entre ellas. Un contrato no podrá efectivamente contener una cláusula compromisoria a menos que exista la

---

págs. 462 y ss., al afirmar que es unánime la doctrina en reconocer la arbitrabilidad, tanto de acción social como de la acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales, porque la LSA admite la transacción en este género

<sup>252</sup> ROBERT, J., "L'arbitrage : droit interne, droit international privé", Librairie Dalloz, Paris, 1967, 6<sup>o</sup> ed., pág. 60; Ob. Cfr. "Impugnación de acuerdos sociales y Arbitraje", Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores).

<sup>253</sup> CREMADES, J., "Cuatro lustros de la Ley francesa de Arbitraje Comercial Internacional", en anuario de Justicia Alternativa, Derecho Arbitral, núm. 1, dir. L.Muñoz Sabaté, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M. Bosch Ed. Barcelona, 2001, pág. 16.

<sup>254</sup> LANDRAU, M., L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés, ob.cit., pág. 36.; Ob. Cfr. "Impugnación de acuerdos sociales y Arbitraje", Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores).

posibilidad de devenir sinalagmático<sup>255</sup>. Por tanto, la cláusula compromisoria solamente será posible acordarla o en el seno de las sociedades mercantiles o para resolver los conflictos que surjan por razón de una actividad profesional (artículo 2061 Código Civil francés)<sup>256</sup>, excluyendo a las Sociedades civiles, las cuales, en cambio, sí podrán acudir al arbitraje pero únicamente mediante un compromiso arbitral para el caso concreto<sup>257</sup>.

Siguiendo estos principios, en Francia, el control se efectuará a nivel del laudo en lugar de en los convenios de arbitraje, ya que aquél puede ser anulado o ver denegada su ejecución si es contrario al orden público<sup>258</sup>. El artículo 1484 del Nuevo Código Procesal Civil francés establece las causas taxativas por las que un laudo puede ser anulado y entre ellas se encuentra la violación del orden público<sup>259</sup>. Un norma de Derecho privado es de orden público cuando está motivada en la protección de un “bien” general, que se vería comprometido si las partes pudieran derogarlo. En una comunidad en la que la iniciativa privada es de gran importancia, el legislador no limita esta libertad de los individuos sino únicamente cuando es incompatible con las ideas esenciales sobre las que reposa, necesario para el mantenimiento del orden social. Pero estas normas constituyen la excepción. Si la libre disponibilidad de un derecho supone la posibilidad de renunciar a él y las normas de orden público constituyen el límite a la libre disponibilidad, por tanto no es posible renunciar a ellas (artículo 2060 Código Civil francés)<sup>260</sup>, y en un arbitraje deberán respetarse siempre.

---

<sup>255</sup> COHEN, D., Arbitrage et société, ob.cit., pág. 27; ROBERT, J., L'arbitrage : droit interne, droit international privé, 6<sup>o</sup> ed., ob.cit., pág. 62.; Ob. Cfr. “Impugnacion de acuerdos sociales y Arbitraje”, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores).

<sup>256</sup> MOREAU, B., SIHVOLA, S., “L'application dans le temps de la loi NRE en matière d'arbitrage”,

ob.cit., pág. 1929.; Ob. Cfr. “Impugnacion de acuerdos sociales y Arbitraje”, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores).

<sup>257</sup> COHEN, D., “Arbitrage et société”, ob.cit., pág. 39; NAMMOUR, F., Droit et pratique de l'arbitrage interne et international, 2<sup>a</sup> ed., Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, EJA, Paris, Emile Bruylant, SA, Bruxelles, Éditions Delta, Beyrouth, 2005, págs. 155 y ss.; FOUCHARD, PH., “La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001”, ob.cit., pág. 399; VOGEL, L., “L'arbitrage commercial”, ob.cit., pág. 318.; Ob. Cfr. “Impugnacion de acuerdos sociales y Arbitraje”, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores).

<sup>258</sup> COHEN, D., Arbitrage et société, ob.cit., págs. 117 y ss.; CAPRASSE, O., Les sociétés et l'arbitrage, ob.cit., págs. 59, 97 y 496 y ss.; LEVEL, P., “L'arbitrabilité”, ob.cit., pág. 237; LAGARDE, X., “Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges”, ob.cit., pág. 425.; Ob. Cfr. “Impugnacion de acuerdos sociales y Arbitraje”, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores).

<sup>259</sup> DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 18.

<sup>260</sup> CAPRASSE, O., Les sociétés et l'arbitrage, ob.cit., págs. 44, 105 y ss.; COHEN, D., Arbitrage et société, ob.cit., págs. 112 y ss.; FESTI, F., La clausola compromissoria, ob.cit., pág. 150; BOISSESON, M., Le droit français de l'arbitrage interne et international, ob.cit., pág. 127;

En Inglaterra, por otro lado, las partes pueden someter a arbitraje los litigios que afecten a sus intereses civiles, es decir, aquellos en los que se reclamen daños de carácter eminentemente patrimonial; aunque también se podrá arbitrar determinada materia penal o no patrimonial en cuanto que ésta sea comprometible. En general se acepta que cualquier asunto que pueda ser decidido de forma privada por las partes, o cualquier derecho sobre el cual tengan libre disposición, puede ser arbitrado, siempre que no se viole la competencia exclusiva de los Tribunales<sup>261</sup>. Quedan fuera de la materia arbitrable los asuntos concernientes a las causas criminales, las transacciones ilegales o los fraudes, los asuntos de familia, el estado civil de las personas, cuando exista una regulación especial sobre determinada materia (por ejemplo, el Derecho de consumo) y en general todo aquello en contra del orden público<sup>262</sup>.

En cambio, en Estados Unidos existe una presunción a favor de la arbitrabilidad de una cuestión y está permitido arbitrar incluso cuestiones que en otros ordenamientos cuentan con una protección especial por parte del Estado, tal y como son el Derecho laboral o los derechos del consumidor (Moses H. Cone Hospital v. Mercury Construction Corp., 460 U.S. 1, 24-25 (1983)-USA)<sup>263</sup>.

---

LANDRAU, M., L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés, ob.cit., pág. 39 y ss.; AA.VV., "Rédaction des statuts et anticipation des risques de conflits", ob.cit., pág. 11; Artículo 2060 Código Civil francés (Ley nº 75-596 de 9 de julio de 1975 Diario Oficial de 10 de julio de 1975). No se pueden establecer compromisos sobre las cuestiones de estado y de capacidad de personas, sobre las relativas al divorcio y la separación de cuerpos o sobre las disputas que interesen a las colectividades públicas y los establecimientos públicos y más generalmente en todas las materias que interesen al orden público. Sin embargo, determinadas categorías de establecimientos públicos de carácter industrial y comercial pueden ser autorizadas por decreto a comprometer.

<sup>261</sup> HWANG, M., MUTTATH, R., "Arbitration in Company Matters", ob.cit., pág. 556; WALTON, A., VITORIA, M., Russell on the Law of Arbitration, ob.cit., pág. 64.; Ob. Cfr. "Impugnación de acuerdos sociales y Arbitraje", Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores).

<sup>262</sup> WALTON, A., VITORIA, M., Russell on the Law of Arbitration, ob.cit., pág. 23; FESTI, F., La clausola compromissoria, ob.cit., pág. 151; LANDRAU, M., L'arbitrage dans le droit anglais et français comparés, ob.cit., pág. 31; MUSTILL, M., BOYD, S., Commercial Arbitration, ob.cit., pág. 117 y ss.; Ob. Cfr. "Impugnación de acuerdos sociales y Arbitraje", Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores).

<sup>263</sup> MAISONNEUVE, M., « Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'unconscionability », en Revue de l'arbitrage, nº 1/2005, Comité Français de l'arbitrage, Éditions Litec, Paris, págs. 102 y ss.; Ob. Cfr. "Impugnación de acuerdos sociales y Arbitraje", Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores).

Por su parte, en Alemania, el arbitraje tiene como límites objetivos la patrimonialidad y la disponibilidad de la materia<sup>264</sup>. Un conflicto tiene naturaleza patrimonial cuando tiene por objeto una suma de dinero o cuando es cuantificable en dinero. Y estamos frente a materia disponible cuando las partes pueden efectuar un contrato de transacción sobre dicha materia (§ 1030.1 ZPO)<sup>265</sup>. La materia inarbitrable será únicamente aquella excluida por la Ley y por tanto exclusiva de los Tribunales, sin que, en todo caso, la atribución a un determinado Tribunal sea producto de una mera organización administrativa de competencias del Poder Judicial, sino que esta sea hecha porque el objeto de regulación merece dicha tutela. Por ejemplo, quedan totalmente excluidos de la posibilidad de arbitraje los asuntos de patentes, de arrendamientos, los procesos concursales o las relaciones individuales de trabajo, así como los asuntos de divorcio, filiación y cualquier otro que tenga que ver con el estado civil de las personas. En cambio, al ser muchos de los conflictos societarios de naturaleza patrimonial, la doctrina alemana la considera como materia susceptible de ser arbitrada, salvo aquellos conflictos societarios que hayan sido excluidos de esta posibilidad<sup>266</sup>.

Continuando con la delimitación objetiva de lo arbitrable es importante estudiar el equilibrio que se intenta alcanzar entre la inderogabilidad del Derecho, los aspectos de orden público y la autonomía de la voluntad. Por esto, es necesario en este apartado distinguir también, en concreto, la inderogabilidad que caracteriza la normativa de las sociedades de capital de la disponibilidad de un derecho, ya que aunque un socio pueda disponer de sus derechos, el árbitro no puede dejar de aplicar el orden público y las normas imperativas, al igual que el juez<sup>267</sup>.

BARTOLOMÉ CENZANO indica que es necesario aclarar que los conceptos de orden público y de norma imperativa no son sinónimos. El primero protege los

---

<sup>264</sup> MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, Capítulo 63, en: Derecho de Sociedades: Libro en Homenaje a Fernando Sánchez Calero, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid 2002, pág. 2015; LAPIEDRA ALCAMI, R., «Comentario a la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998», en Revista Española de Derecho Internacional, vol. L, nº 2/1998, Madrid, pág. 313.

<sup>265</sup> PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit. pág. 141; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 431.

<sup>266</sup> NIGGEMANN, F., “Le nouveau droit allemand de l’arbitrage”, ob.cit., pág. 645.; Ob. Cfr. “Impugnación de acuerdos sociales y Arbitraje”, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores).

<sup>267</sup> Las normas inderogables, en sentido estricto, son aquellas que fijan los límites insuperables dentro de los cuales la autonomía privada es libre para determinarse. SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 16 de septiembre de 2004, fundamento de Derecho tercero.

intereses generales de la comunidad sobre los intereses individuales o colectivos, bien sean los estrictamente estatales o aquellos sobre los que reposa el orden económico o moral de una sociedad; mientras que una norma imperativa puede mirar a proteger intereses privados. De esta forma, el ámbito de la Ley imperativa es mayor que el del orden público<sup>268</sup>.

Las normas imperativas tienen como función proteger determinados intereses y por tanto no puede renunciarse a ellas, a menos que ya no sea necesaria dicha protección o tutela sobre un hecho o sobre una situación jurídica concreta. Como ejemplo de una norma imperativa podríamos señalar el artículo 1449 del CC, que dice que el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. En cambio, los derechos que resultan de normas de orden público no pueden, bajo ninguna circunstancia, ser objeto de renuncia, como por ejemplo serían los derechos que se derivan del estado civil o del derecho de filiación (artículos 108 y siguientes CC)<sup>269</sup>.

El orden público constituye un límite negativo extralegal e inmanente a la autonomía de la voluntad, que debe ser determinado en cada caso concreto por la jurisprudencia conforme a la Constitución y a las leyes, a través de una interpretación restrictiva, porque de lo contrario se crearía una inseguridad del tráfico jurídico por la posibilidad de impugnación durante un tiempo indefinido<sup>270</sup>. Para CAMPO VILLEGAS la elección de la vía arbitral lo que comporta es una disposición de la acción y no del Derecho, por tanto no va en contra del carácter imperativo o de orden público de la norma<sup>271</sup>. Las partes podrán, en materia societaria, disponer de la vía por medio de la cual quieren resolver sus controversias, no así de la normativa que ha de ser aplicada de igual modo tanto en el proceso jurisdiccional como en el arbitral<sup>272</sup>, ya que las normas inderogables no pueden ser eliminadas a través de un acuerdo privado<sup>273</sup>.

---

<sup>268</sup> DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades, ob.cit., pág. 292; ROVIRA, A., Pactos de socios, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 107.

<sup>269</sup> ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 424; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, en Revista de Derecho de Sociedades, nº 30/2008, Editorial Aranzadi, Navarra, págs. 523 y ss.

<sup>270</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, ob.cit., págs. 518

<sup>271</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 20 y ss.;

<sup>272</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) 72/2005, de 16 de marzo, en su fundamento de Derecho tercero sostiene que el único límite a la arbitrabilidad en el Derecho societario es la impugnación de acuerdos sociales contrarios al orden público. Dice que *“este límite del orden público no puede identificarse con normas imperativas, y por tanto no dispositivas, pues en ese caso, sobre todo en materia de sociedades, apenas tendría aplicación el arbitraje siempre que se discutiera la vulneración de una norma de ius cogens, ya que casi toda la Ley de Sociedades Anónimas goza de este carácter imperativo. La concurrencia de normas imperativas en la controversia, lejos que excluir el arbitraje lo que impide es que la controversia sea resuelta por los jueces o, en su caso, por los árbitros al margen de dichas normas o contrariándolas. Y así, mientras quepa el desistimiento, la renuncia o la transacción dentro del proceso, cuyo límite viene marcado no solo por el art. 1814 CC sino también por el interés u orden público y el perjuicio para tercero (art. 6.2 CC), cabe imaginar una disposición anticipada para que esta controversia se dirima por medio de arbitraje. Por otra parte, en la medida en que el pacto arbitral afecta al medio a través del cual se va a resolver la controversia, y no a la regla aplicable al caso, carece de relevancia que el acuerdo sea impugnado por ser nulo o anulable. El único caso de indisponibilidad previsible, al que se refieren el art. 2.1 LAP, la STS 18 abril de 1998, y los propios estatutos de la sociedad, afectaría a la impugnación de acuerdos nulos por ser contrarios al orden público, pues en este caso la acción no estaría sujeta a ningún plazo de caducidad ni existiría restricción en la legitimación”*.

Por estas razones es que en el Derecho italiano se prevé como única posibilidad para el arbitraje societario el arbitraje de Derecho (artículo 36 Decreto Legislativo

---

a normas imperativas”, ob.cit., pág. 76; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. págs. 151 y ss.; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 27 de abril de 2005, fundamento jurídico segundo; ENCISO ALONSO- MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 429; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 26 y ss.

<sup>273</sup> IVARS RUIZ, J., “Jurisprudencia en torno al artículo 45.5 de Ley arbitral. Anulación del laudo contrario al orden público”, ob.cit., pág. 6; STS de 19 de octubre de 1991, fundamento de Derecho segundo; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades, ob.cit., págs. 293 y ss.; CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 288; GÓMEZ JENE, M., “Crónica de Jurisprudencia”, ob.cit., pág. 175.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 31; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, en Revista de Derecho de Sociedades, nº 32, Thomson Reuters, 2009, pág. 70.

5/2003), ya que consideran que si se pudiera acudir en esta materia a un arbitraje de equidad podría eludirse la aplicación estricta de la Ley y podrían (aunque de acuerdo a los principios que rigen esta materia no deberían) darse violaciones manifiestas de las normas imperativas, generando o reconociendo derechos inexistentes, tal y como ocurrió aquí en España en la sentencia del Tribunal Constitucional 9/2005, de 17 de enero, en la que se reconoció un derecho de separación inexistente de un accionista de una Sociedad Anónima, tras un recurso de amparo presentado contra un recurso de anulación de un laudo. El Tribunal Constitucional sostuvo que únicamente tiene competencia para conocer en la medida en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al laudo, si existió una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, superando su competencia las pretensiones del recurrente de declarar como arbitrario el contenido del laudo dictado en equidad (fundamentos jurídicos segundo y tercero).

Esta sentencia ha sido criticada por la doctrina y su máximo representante ha dicho que *“la interpretación según la cual el arbitraje de equidad permite al árbitro no aplicar (derogar) normas imperativas es aberrante. Es contraria a nuestro sistema de fuentes del Derecho y no puede encontrar fundamento en el artículo 3.2 CC. Si entendiéramos que en méritos de lo pactado en el convenio arbitral se autoriza al árbitro de equidad a prescindir del Derecho imperativo estaríamos infringiendo las prohibiciones contenidas en los artículos 6.2 y 6.3 del CC (renuncia inadmisibles a la Ley imperativa)”*<sup>274</sup>.

Determinar el orden público es un proceso en el que participan la jurisprudencia y el legislador de forma conjunta. A pesar de que es la jurisprudencia la encargada de ir determinando qué se entiende por orden público en cada momento, es el legislador el que marca el punto de partida de una nueva etapa de lo que ha de entenderse por orden público; pero éste último lo que hace en realidad es traducir, dentro de la legislación, los cambios constatados en los usos comunes y las necesidades de los ciudadanos. Por lo tanto, existe reciprocidad entre el orden público y la Ley, ya que las variaciones del orden público exigen cambios legislativos, que a su vez afectan a la vida en comunidad<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 298. En el mismo sentido CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 27 y ss.

<sup>275</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, ob.cit., págs. 513 y ss.

En concreto en el Derecho societario, la jurisprudencia ha dado un salto cualitativo y reconoce actualmente la disponibilidad y la arbitrabilidad de las cuestiones societarias, además de la eficacia de las cláusulas arbitrales estatutarias. A la par de este reconocimiento, la jurisprudencia también se ha interesado en diferenciar conceptos que generalmente suelen llevar a equívocos, como son las normas imperativas o de ius cogens, propias del Derecho societario, la arbitrabilidad de la materia como disponible entre las partes del conflicto, o el cauce procesal escogido para la resolución de sus controversias<sup>276</sup>.

Por consiguiente, a pesar de que el orden público constituye un límite al ejercicio de los derechos de los ciudadanos, se trata de un concepto jurídico indeterminado, pero determinable. Esta determinación de su contenido es indispensable al momento de su aplicación a un caso concreto<sup>277</sup>.

Es necesario aclarar que el orden público que debe ser respetado no es cualquier orden público (artículo 41.1.f LA), sino que se refiere al orden público interno español y, dentro de este, se centra en el orden público constitucional, es decir, en los principios, valores y derechos fundamentales que resultan inderogables ante la autonomía de la voluntad<sup>278</sup>. DE BARTOLOMÉ CENZANO indica al respecto que *“El hecho de que aparezca el concepto de orden público junto al de la Ley, limitando la autonomía de la voluntad, también es indicativo de que el orden público no puede referirse a otra cosa distinta que al propio orden constitucional, toda vez, que éste es el único que puede anteponerse a la propia Ley, para limitar, entre otras cosas, la autonomía de la voluntad”*<sup>279</sup>.

---

<sup>276</sup> HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3- 8)”, ob.cit. pág. 153.

<sup>277</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., La cláusula de orden público como límite – impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos, Cuadernos Civitas, Madrid, 1975, pág. 33; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades, ob.cit., pág. 74.

<sup>278</sup> MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., págs. 43 y ss.; STC 43/1986, de 15 de abril, fundamento jurídico cuarto; SAP de Ourense (Sección 2ª) nº 15/2001, de 10 de enero, fundamento jurídico segundo; SAP de Burgos (Sección 3ª) nº 575/2002, de 30 de octubre, fundamento de Derecho tercero; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 27 de abril de 2005, fundamento jurídico segundo; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades, ob.cit., págs. 45 y ss.; REMÓN, J., “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, ob.cit., págs. 128 y ss.

<sup>279</sup> DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades, ob.cit., pág. 296.



En el Derecho societario en específico, sólo es posible clasificar de orden público aquellos, y no todos, principios configuradores de la Sociedad Anónima o Limitada que recojan, plasmen o concreten, en palabras de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *“los principios ideológicos, políticos y económicos que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico e informan el entero sistema del ordenamiento jurídico”*<sup>280</sup>.

Por tanto será solamente orden público societario, aquellas normas que configuren la estructura institucional societaria, tales como aquellas que regulen el reconocimiento del carácter de sujeto de Derecho de la Sociedad mercantil y los requisitos propios de los tipos sociales en cuanto que de ellos se derivan consecuencias importantes para la organización de los derechos y obligaciones de la persona colectiva, en aras de la seguridad jurídica requerida por el ordenamiento y por el tráfico comercial.

El resto de las normas que regulen esta materia se tendrán como imperativas, pero no como normas de orden público societario<sup>281</sup>.

#### **D) El Arbitraje y el derecho a la tutela judicial efectiva**

El arbitraje es un procedimiento que pretende resolver con garantías una controversia jurídica. A pesar de esto, ha habido sectores doctrinales que lo han considerado como una amenaza o como una forma de burlar la justicia. Pero aunque el arbitraje es producto del ejercicio de la libertad de los ciudadanos frente al Estado, es el mismo Estado quien *“asegura a los ciudadanos el derecho a la tutela judicial efectiva, no como un derecho de libertad, pero sí como un derecho prestacional, pero no puede imponer a los ciudadanos el ejercitar ese derecho y tampoco puede limitar la libertad de esos ciudadanos para acudir a otros sistemas de decisión de sus controversias”*<sup>282</sup>.

---

<sup>280</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, ob.cit., pág. 528.

<sup>281</sup> ROVIRA, A., “Pactos de socios”, ob.cit., pág. 107; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 27.

<sup>282</sup> MONTERO AROCA, J., “Artículo 2. Materias Objeto de Arbitraje”, ob.cit., pág. 107

En este sentido se pronuncia MERINO<sup>283</sup> quien indica que debe escogerse esta vía de una forma totalmente voluntaria y no puede ser impuesta a las partes, como los arbitrajes forzosos que existieron pero que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha encargado en enmendar, declarando la consiguiente nulidad de dichos preceptos. Tal es el caso del artículo 38.2, párrafo primero, de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. La Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Pleno, nº 174/1995, de 23 de noviembre, fundamentos de Derecho tercero y cuarto, declaró inconstitucional este artículo, ya que establecía un sistema de arbitraje imperativo e institucional, al ser necesario para acceder a la jurisdicción el consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia. Establece la sentencia que el fin del arbitraje es ser un medio idóneo para descargar a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa y obtener una mayor agilidad en la solución de controversias, pero “al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre todos los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al Derecho de todas las personas “a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus Derechos e intereses legítimos”. En el mismo sentido se encuentra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), de 17 mayo de 1996, AC 1996/833, cuando dice en su fundamento de Derecho segundo, refiriéndose a la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional, que es nulo el precepto que determina la imposición de un arbitraje obligatorio ex lege siempre que la cuantía del litigio no exceda de 500 pesetas (artículo párrafo 1º Ley 16/1987), y no a través de su causa natural que sería la propia voluntad de los interesados.

El artículo 24 de la Constitución española (en adelante CE), garantiza el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>284</sup>. Este es un derecho básico que se protege a través de diversas leyes, dentro de las cuales está la Ley de Arbitraje (artículo 24.1 LA). Quienes optan por la vía arbitral no están renunciando a la tutela judicial efectiva de los tribunales del Estado en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino que se están poniendo de acuerdo para utilizar una vía alternativa al proceso estatal. Esto es reflejo directo de la libertad, valor superior del ordenamiento jurídico, junto con la justicia y la igualdad (artículo 1.1 CE). La Constitución española no impone acudir a la jurisdicción de forma exclusiva y excluyente, sino que admite la solución

---

<sup>283</sup> MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., pág. 60.

<sup>284</sup> STC (Sala segunda), 334/1993, de 15 de noviembre, fundamento jurídico segundo; STC (Sala primera), 76/1999, de 26 de abril, fundamento jurídico tercero; SAP de Madrid (Sección 11ª) de 23 de septiembre de 2000, fundamento de Derecho segundo.

extrajudicial de los conflictos que se fundamenten en la propia voluntad de los interesados<sup>285</sup>.

El artículo 24 CE expresamente dice:

*“Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.*

Los derechos subjetivos consagrados en el artículo 24 CE tienen naturaleza procesal y garantizan ciertas reglas y principios básicos. El ámbito de este derecho a la tutela judicial efectiva es universal, es decir, comprende todo tipo de intereses y derechos legítimos, garantizando que toda situación jurídica tenga una tutela jurisdiccional<sup>286</sup>. Esto no excluye que la resolución de un conflicto se lleve a cabo mediante árbitros, ya que esta es otra posibilidad legalmente contemplada y por tanto permitida. A través del arbitraje se ejerce también el derecho fundamental a la tutela de los tribunales, ya que el árbitro debe prestar dicha tutela igual que un juez, aplicando unas mismas garantías constitucionales (artículo 24 LA)<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> GASPAR LERA, S., El ámbito de aplicación del arbitraje, ob.cit., pág. 58; MONTERO AROCA, J., “Artículo 2. Materias Objeto de Arbitraje”, ob.cit., pág. 104; MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., pág. 21; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 15 y ss.; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El arbitraje en Derecho sucesorio”, ob.cit., pág. 61; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 20.

<sup>286</sup> MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., pág. 46.

<sup>287</sup> LORCA NAVARRETE, A., “Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre”, ob.cit., pág. 13; GARCÍA LAGARES, J., “Arbitraje, seguridad jurídica y empresa”, ob.cit.; BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal, ob.cit., pág. 212; IVARS RUIZ, J., “Jurisprudencia en torno al artículo 45.5 de Ley arbitral. Anulación del laudo contrario al orden público”, ob.cit., pág. 2; MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., pág. 47; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 2 y ss.

El artículo 24 de la Ley de Arbitraje, regula los principios de igualdad, audiencia y contradicción y dice:

*“Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.*

*Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”.*

Según la propia Exposición de Motivos de la anterior Ley de Arbitraje (1988), *“el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Por ello, el Título VII regula un recurso de anulación del laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustan a lo establecido en la Ley”.* Aunque en la actual Ley de Arbitraje (2003) no se haga ninguna referencia de este estilo, se considera que en ella se encuentra asumida su legitimidad constitucional.

CHILLÓN MEDINA, entre otros, defiende su uso al indicar que con base al principio de autonomía de la voluntad, consagrado como valor supremo del ordenamiento jurídico, los ciudadanos van a tener varias opciones de instrumentos para resolver sus controversias, por lo que podrán lícitamente optar por la vía arbitral cuando esta ofrezca garantías análogas al proceso jurisdiccional<sup>288</sup>. Cuando se escoge la vía arbitral no se está abdicando al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que se está sustituyendo, voluntariamente, el sujeto con el deber de prestarla. Y FERNÁNDEZ DEL POZO y CORDÓN MORENO defienden al respecto que el arbitraje debe considerarse como una manifestación del, igualmente constitucional, derecho de escoger la vía más conveniente para las partes por medio de la cual quieren resolver sus controversias<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, ob.cit., pág. 34; STC, Sala Primera, 9/2005, de 17 de enero de 2005, fundamento jurídico segundo. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6947; LORCA NAVARRETE, A., “Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre”, ob.cit., pág. 1; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 27.

<sup>289</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6947; CORDÓN MORENO, F., El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional, ob.cit., pág. 61.

En una línea similar, el Tribunal Constitucional ha definido reiteradamente al arbitraje como un “equivalente jurisdiccional”, garantizando la tutela de los derechos de los ciudadanos por el Estado, afirmando su constitucionalidad y otorgándole al laudo el mismo valor y eficacia que a una sentencia, aunque sea un procedimiento desarrollado de forma privada<sup>290</sup>. *“La fuerza jurídica que el ordenamiento jurídico ha venido otorgando y otorga a la decisión arbitral, las garantías de los principios esenciales del proceso que se predicen y exigen del sistema arbitral en su conjunto, abogan por la consideración del arbitraje como uno de los medios de tutela que los ordenamientos jurídicos han querido presentar a los ciudadanos. Ese medio de tutela, al que se acude por ejercicio de la libertad, es controlado por el Estado, tanto desde el punto de vista legislativo (es el Poder Legislativo el que aprueba la Ley de Arbitraje) como desde el punto de vista del Poder Judicial, a través del ejercicio de la posible anulación del laudo firme (...), o a través de la función de ejecutar lo juzgado por los árbitros”*<sup>291</sup>.

Por ejemplo, la Sentencia nº 176/1996 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, afirma en su fundamento jurídico cuarto, tras el recurso de amparo presentado alegando menoscabo al derecho de tutela judicial efectiva garantizado en la Constitución por no haber entrado el órgano jurisdiccional a valorar el fondo del asunto, ante una acción de anulación del laudo, que *“tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 C.E.). De manera que*

---

<sup>290</sup> STC 62/1991, de 22 de marzo, fundamento jurídico quinto; MONTERO AROCA, J., “Artículo 2. Materias Objeto de Arbitraje”, ob.cit., pág. 106; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, en Revista Derecho de Sociedades, nº 26, 2006-1, pág. 296; BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, ob.cit., págs. 53 y ss.; IVARS RUIZ, J., “Jurisprudencia en torno al artículo 45.5 de Ley arbitral. Anulación del laudo contrario al orden público”, ob.cit., págs. 4 y ss.; MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., pág. 47.

<sup>291</sup> BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, ob.cit., pág. 57; MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., págs. 38 y ss.; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I.

Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. págs. 49 y ss.; STC 9/2005 (Sala Primera), de 17 de enero, fundamento jurídico nº 5; XIOL RÍOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, ob.cit., pág. 76; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 202.

*no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción, pero no su “equivalente jurisdiccional” arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995, legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)”.*

La acción de anulación del laudo tiene una naturaleza jurídica propia, de carácter extraordinario y con los motivos tasados por el legislador, con el fin de que no se convierta en una segunda instancia contra el laudo arbitral y sin que se pueda admitir, bajo ningún supuesto, la renuncia anticipada a una posible impugnación del laudo, al ser este recurso garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (artículos 40 y siguientes LA)<sup>292</sup>.

La SAP de Burgos (Sección 2ª), de 7 de octubre de 1999, resume el carácter de extraordinario de este recurso (sin serlo), así como la incapacidad del órgano judicial de entrar a revisar el fondo del asunto, cuando dice en su fundamento jurídico segundo que “*el recurso de anulación no permite al órgano jurisdiccional ordinario entrar a conocer del fondo de la decisión arbitral, y así lo había venido declarando de forma constante y reiterada el Tribunal Supremo (...), definiendo (...) el recurso de nulidad como un juicio externo por cuanto el Tribunal Jurisdiccional es sólo Juez de la forma del juicio o de sus garantías procesales, sin que en ningún caso pueda pronunciarse sobre el fondo de la controversia, que ha quedado sustraída al conocimiento de los Tribunales precisamente por el efecto propio del compromiso*”.

---

<sup>292</sup> CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 22; MARTÍN BRAÑAS, C., “La anulación del laudo arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 4/2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 145; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 76. Ver páginas 375 y siguientes.

En el mismo sentido, la SAP de Castellón (Sección 1ª), de 14 de noviembre de 2001, en su fundamento de Derecho primero, aclara que la función de la acción de anulación, que se ejercita a través del Juicio verbal (artículos 40 y siguientes LA, 250, 399, 437 y siguientes LEC), *“es garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajustan a lo establecido en la Ley; articulando para ello unos motivos taxativos de anulación, sin que el Tribunal pueda sustituir o suplir al árbitro en la resolución del tema de fondo planteado, es decir, cuestionar el acierto o desacierto de los árbitros, pues únicamente cabe reclamar la nulidad y dejar sin efecto el Laudo, en su caso, de tal manera que el recurso de anulación no devuelve al Tribunal la jurisdicción originaria, al ser la facultad de decidir la controversia exclusiva de los árbitros. Por tanto, al Tribunal no le compete otro enjuiciamiento que el concerniente a la anulación del Laudo, sin que pueda disponer otro tipo de pronunciamiento”*.

La nueva Ley de Arbitraje de 2003 deja sentada definitivamente la naturaleza de la acción de anulación como un auténtico proceso, y no como un recurso, y se deduce además que se trata de un proceso declarativo a través del cual se pretende tan solo que el tribunal se pronuncie acerca de la validez o no del laudo, como simple declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, sin crear, modificar o extinguir una situación jurídica, ni imponer a la parte contraria obligación alguna. Además, el tribunal tiene vedado sustituir la decisión de los árbitros, en cuanto al fondo, por la suya propia<sup>293</sup>.

Si el laudo arbitral se impugna por ser contrario al orden público, no se trata de una violación de cualquier orden público, sino que se trata del orden público material y procesal, como se deduce de los principios constitucionales. Existe el orden público material y el orden público procesal. El primero consiste en el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad, en un pueblo y en una época determinada. Y el segundo consiste en el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal. En

---

<sup>293</sup> STS de 16 de marzo de 1988, fundamento jurídico quinto; STC 20 de marzo de 1990, fundamento de Derecho segundo; SAP de Zamora 54/2001, de 8 de febrero, fundamento de Derecho primero; HINOJOSA SEGOVIA, R., “Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40-43)”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 507 y ss.; REMÓN, J., “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, en Spain Arbitration Review, Revista del Club español del Arbitraje, nº 1/2008, Wolters Kluwer, Madrid, págs. 119 y ss.; GÓMEZ JENE, M., “Crónica de Jurisprudencia”, en Spain Arbitration Review, Revista del Club español del Arbitraje, nº 1/2008, Wolters Kluwer, Madrid, pág. 177; CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L., Ponencia: “La anulación del laudo arbitral”, en Curso de Verano: La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 3 julio 2008.

este sentido se encuentran las SSTC 15/1987, de 11 de febrero, fundamento jurídico cuarto SSTC 116/1988, de 20 de junio, fundamento jurídico tercero y SSTC 54/1989, de 23 de febrero, fundamento jurídico cuarto<sup>294</sup>.

El orden público gira en torno a las garantías procesales fundamentales, tales como el derecho de defensa, de prueba, motivación del laudo y congruencia de acuerdo con la interpretación constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de la indefensión (artículo 24.1 CE)<sup>295</sup>. En este caso el órgano jurisdiccional que conozca de la acción de anulación sí deberá entrar a examinar la aplicación que ha hecho el árbitro de la Ley, controlando el enjuiciamiento de fondo que hizo el árbitro, a diferencia de los otros supuestos del artículo 41 LA<sup>296</sup>.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1ª) nº 25/2005 de 7 de febrero de 2005, en su fundamento de Derecho segundo resume de forma muy clara lo que es el debido proceso y el orden público procesal. Argumenta que *“el principio constitucional del proceso debido o con garantías, inherente al orden público procesal, exige que todo procedimiento sea coherente con las exigencias del derecho de defensa, evitando todo escenario jurídico permeable a un contexto de indefensión. La jurisprudencia constitucional (por todas STC 19/2004) ha diseñado los contornos del derecho de defensa. Mantiene que debe garantizar el derecho a acceder al proceso y los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales. Esta consideración impone a los órganos decisorios, entre otras exigencias, un deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa (por todas, STC 18/2002). Sólo de esta manera se preserva un conocimiento, por parte de quienes ostentan algún derecho o*

---

<sup>294</sup> IVARS RUIZ, J., “Jurisprudencia en torno al artículo 45.5 de Ley arbitral. Anulación del laudo contrario al orden público”, ob.cit., pág. 8; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 125; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades, ob.cit., págs. 257 y ss.; HINOJOSA SEGOVIA, R., “Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40-43)”, ob.cit., págs. 548 y ss.

<sup>295</sup> MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., págs. 44 y ss.; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 236; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 6 y ss.; SAP Girona (Sección 1ª) nº 352/2004, de 17 de noviembre, fundamento de Derecho Primero.

<sup>296</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 27.



*interés, de la existencia de un proceso, permitiendo con ello que se encuentren en condiciones idóneas de impetrar la protección de sus posiciones jurídicas (por todas, STC 26/1999). En la Ley de Arbitraje existe un acogimiento explícito de esta doctrina jurisprudencial. En su artículo 24 se hace referencia concreta a la vigencia en el procedimiento arbitral de los principios de igualdad, audiencia y contradicción, reseñando que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos”.*

A modo de síntesis, la vulneración del orden público podría ser únicamente a través de tres vías: en primer lugar cuando se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva y por consiguiente se produzca indefensión; en segundo lugar cuando se incumpla el derecho a un juez o árbitro “ordinario”, que en el caso del arbitraje sería cuando el árbitro no ha sido designado libremente por las partes; y, por último, cuando se ha quebrantado el derecho de acceso a la jurisdicción y en el convenio se contenga algún tipo de cláusula que impida a las partes acceder a la anulación del laudo. Siguiendo a REMÓN<sup>297</sup>, la acción de anulación no puede libremente disponerse por las partes, ya que “*es un remedio procesal creado por la Ley de Arbitraje y que forma parte del contenido del derecho a la tutela (STC 176/1996, de 11 de noviembre, Fundamento Jurídico Tercero). Su exclusión voluntaria por las partes del convenio arbitral no sería válida*”. Estas tres vías representan una misma idea, manifestada de tres formas diferentes; es decir, el árbitro no puede quebrantar el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a la tutela efectiva cuando recurre a estos medios heterocompositivos de resolución de conflictos reconocidos en la Ley<sup>298</sup>.

Pasando ahora a otro argumento distinto que pretende excluir el arbitraje como un modo eficaz de tutela judicial, en el caso específico de la materia societaria, se ha pretendido alegar la existencia de conflictos de competencia con la jurisdicción ordinaria, en virtud del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)<sup>299</sup> y que no exista norma expresa en la legislación societaria que lo permita.

---

<sup>297</sup> REMÓN, J., “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, ob.cit., pág. 126

<sup>298</sup> MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., pág. 46; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 26.

<sup>299</sup> Artículo 22.1 Ley Orgánica del Poder Judicial: En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1º Con carácter exclusivo, (...) en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos (...).

La pretendida competencia judicial exclusiva no puede oponerse como argumento antiarbitral, ya que como la doctrina ha recalcado, una cosa son las reglas de competencia objetivas entre los tribunales del Estado, que las partes no pueden disponer y otra, muy diferente, la libertad de las partes de introducir un pacto arbitral estatutario para resolver sus conflictos. Se ha confundido también los derechos sustantivos en discusión con las vías adjetivas en que los mismos han de ventilarse, confundiendo el Derecho material con el procedimental, argumento defendido por CAMPO VILLEGAS<sup>300</sup>.

Pero este argumento antiarbitral ha perdido su validez, principalmente por ser un argumento exclusivamente formalista y por la supresión de las expresiones que pretendían que el proceso impugnatorio se debía de realizar a través de un proceso especial y otorgando una competencia exclusiva a determinados tribunales “con exclusión de cualquier otro” (artículos 118 y siguientes LSA según redacción anterior a Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). Las normas procesales de la jurisdicción ordinaria, como en este caso las normas de competencia territorial, no le son aplicables al arbitraje, ya que el arbitraje lo que hace es alterar el cauce “normal” procesal para resolver controversias, mientras que la sumisión a un determinado órgano jurisdiccional no altera ese cauce procesal, sino que solamente concreta la competencia territorial en sede jurisdiccional<sup>301</sup>.

Por su parte, no es apropiado citar el artículo 22.1 LOPJ en este contexto, debido a que este artículo regula la extensión y los límites de la jurisdicción española con respecto a la extranjera, determinando qué materias corresponden de forma exclusiva a nuestra jurisdicción, sin que en ningún caso se refiera a la relación entre la competencia de los tribunales con respecto a la arbitral, la cual ha sido expresamente admitida por la Ley de Arbitraje<sup>302</sup>.

---

<sup>300</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 22.

<sup>301</sup> MERINO MERCHÁN, J., CHILLÓN MEDINA, J., Tratado de Derecho Arbitral, ob.cit., pág. 279; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, en Revista de Derecho de Sociedades, nº 30/2008, Editorial Aranzadi, Navarra, pág. 445; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, ob.cit., pág. 75; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 23

<sup>302</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, en Revista Jurídica de Catalunya, nº 2/1998, Barcelona, pág. 341; PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., págs. 154 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 24.

Y, por último, el argumento de que cada Ley debería decir expresamente si admite o no el arbitraje no es correcto tampoco, ya que es a la Ley de Arbitraje a la que corresponde definir qué es lo arbitrable, y ya ésta lo hace al determinar que será arbitrable la materia de libre disposición conforme a Derecho (artículo 2.1 LA). Además, el artículo 19.1 LEC, permite expresamente a los litigantes someter a arbitraje el objeto de un juicio, exceptuando únicamente las materias que la Ley así lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de terceros<sup>303</sup>.

## **E) Elementos del Arbitraje**

### **a) Concepto**

El convenio arbitral es el presupuesto indispensable para que un arbitraje pueda llevarse a cabo. Es la expresión de la voluntad de las partes de optar por este medio alternativo a la jurisdicción para resolver sus litigios a través de un tercero o terceros imparciales que decidirán de acuerdo al procedimiento escogido, pero con todas las garantías procesales para que el laudo tenga los mismos efectos que una sentencia. La SAP de Murcia, de 22 de junio de 2005, fundamento jurídico segundo, expresa el carácter indispensable del convenio arbitral, afirmando que *“el arbitraje, por tanto, considerado como un equivalente jurisdiccional y como un medio para la solución de los conflictos, requiere ineludiblemente la existencia de un convenio arbitral, entendido como la expresa exteriorización de la voluntad de las partes de someter a la decisión de árbitros las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materias de su libre disposición conforme a Derecho”*.

El convenio arbitral y sus efectos se regulan en el Título II LA. CREMADES sustancia que es el contrato o pacto por el que dos o más personas, físicas o jurídicas, se comprometen para someter a arbitraje todos o algunos de los conflictos (presentes o futuros) sobre materia de libre disposición (artículo 2

---

<sup>303</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 343; LORCA NAVARRETE, A., “Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre”, ob.cit., pág. 6.

LA), con base a una determinada relación contractual o no entre ellas<sup>304</sup>. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, de 27 de abril de 2005, en el fundamento jurídico segundo, aclara a qué se refiere el artículo 2 LA y dice que *“la exclusión viene determinada por la materia y no por el procedimiento, y si bien no precisa, cuáles no son de libre disposición, podemos entender que son las comprendidas en el artículo 1814 del Código Civil, a cuyo tenor, no se puede transigir sobre él.”*

El acuerdo entre las partes se puede exteriorizar a través de dos formas expresamente reguladas (artículo 9.1 LA). En primer lugar podrá optarse por la vía arbitral a través de una cláusula compromisoria inserta en un contrato o acuerdo principal; y en segundo lugar se podrá expresar mediante un acuerdo autónomo adoptado en el mismo momento en que surge la controversia, que será el compromiso arbitral. Existen diferencias entre ellas, y la más significativa es, tal y como acabamos de remarcar, el momento de su adopción<sup>305</sup>.

La cláusula compromisoria es el convenio por el que las partes se comprometen a someter a un árbitro los litigios futuros que puedan surgir entre ellos, que tengan su causa en el contrato en el que se encuentra inserta. El compromiso, en cambio, se perfecciona cuando existe un conflicto actual, que ya ha surgido<sup>306</sup>.

Aunque la Ley de Arbitraje sigue el principio “antiformalista”, es a su vez “garantista”, siendo necesarios ciertos requisitos para la validez del convenio arbitral (artículos 1255 CC y 9 LA). Dentro de sus aspectos “antiformalistas” podemos destacar la primacía de la voluntad de las partes de la existencia del convenio arbitral sobre los requisitos de forma<sup>307</sup>; se acepta la cláusula arbitral por referencia<sup>308</sup>, o sea la que no consta en el documento contractual principal,

---

<sup>304</sup> CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 278; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 4; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 435.

<sup>305</sup> ROBERT, J., “L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé”, ob.cit., pág. 49, 79.

<sup>306</sup> BOISSESON, M. de, “Le droit français de l’arbitrage interne et international”, ob.cit., pág. 113 y ss.; MOTULSKY, H., “Écrits: Études et notes sur l’arbitrage”, ob.cit., pág. 160.

<sup>307</sup> PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., pág. 204; GONZALO QUIROGA, M., “Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos”, ob.cit., pág. 215; CREMADES, B., “Título Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 276.

<sup>308</sup> BOISSESON, M., Le droit français de l’arbitrage interne et international, ob.cit., pág. 62; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 39.

sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo (artículo 9.4 LA). La cláusula arbitral por referencia es aquella que no se encuentra en el contrato principal, sino en algún documento anexo que se conviene en el contrato principal. La referencia a otros documentos contractuales anexos no comporta, por ella misma, ningún efecto automático. Su eficacia se basa en el conocimiento que tenga el contratante de su integración y contenido. En Derecho mercantil, el arbitraje aparece como un modo normal de resolución de conflictos, y en concreto la cláusula arbitral por referencia no tiene nada de excepcional ni de peligroso. Tanto el arbitraje como la utilización de documentos contractuales anexos son una práctica normal, y no existe por tanto ninguna incompatibilidad fundamental entre la cláusula compromisoria por referencia y el orden jurídico, mientras que sea una forma leal y segura para el tráfico jurídico. GAVIDIA defiende acertadamente que además de que se considera también válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia (artículo 10 LA)<sup>309</sup>. *“El arbitraje será testamentario cuando haya sido instituido por el testador, en el sentido de que, desde la apertura de la sucesión regida por ese testamento, ha quedado excluido el planteamiento judicial de las controversias relativas a esa sucesión. No lo será cuando el testamento haya contemplado la mera posibilidad de que los sucesores acudan al arbitraje para resolver sus controversias, proporcionando sólo un modelo opcional de convenio arbitral, que pueden no seguir los sucesores, aunque decidan resolver arbitralmente sus contiendas”*. Y a favor de esta forma se encuentra O’CALLAGHAN<sup>310</sup> al decir que el testador sí está legitimado para establecer una cláusula arbitral en el testamento, en primer lugar porque la Ley así lo prevé, y en segundo lugar porque tiene un poder de disposición muy amplio, como por ejemplo la posibilidad de incluir condiciones, que lo faculta a incluir la cláusula arbitral para resolver las controversias entre herederos no forzosos o legatarios. Esta última forma de instituirlo también genera

---

<sup>309</sup> GAVIDIA SÁNCHEZ, J., CORRAL GARCÍA, E., “El arbitraje testamentario”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 1028.

<sup>310</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., Ponencia: “El arbitraje en Derecho sucesorio”, en Curso de Verano: La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 4 julio 2008; También ha dicho el mismo autor en otro estudio, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El arbitraje en Derecho sucesorio”, ob.cit. pág. 61, que “si el testador pudo, unilateralmente, dejar o no bienes a sus herederos, también unilateralmente les puede imponer que sus discrepancias se resuelvan mediante arbitraje”. Además, sostiene que la constitucionalidad de esta forma de resolver los conflictos testamentarios radica en que “no se priva de nada a los herederos o legatarios, sino que se proporciona a quienes benefició, que pueden tener diferencias entre ellos, una justicia más rápida y ágil (...) y porque no se trata de un arbitraje obligatorio, sino que los herederos o legatarios pueden aceptar o repudiar la herencia o legado y en este último caso se liberarían del arbitraje impuesto por el testador”.

controversia, tal y como se puso de manifiesto por ROGEL VIDE<sup>311</sup>, Hay quien está en contra de permitir el arbitraje como medio válido para resolver los conflictos que surjan por un testamento, ya que consideran que el testador, que es quien lo instituye como medio para resolver dichos conflictos, no participará del procedimiento, y los que sí deberán acogerse a él no han expresado su voluntad de hacerlo, teniendo en cuenta el factor de voluntariedad que es indispensable para el procedimiento arbitral.

Pero su fase “garantista” se refleja, en primer lugar, en que es requisito esencial para la validez del convenio arbitral la necesidad de que conste por escrito (artículo 9.3 LA)<sup>312</sup>, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo<sup>313</sup>, como requisito *ad probationem* y no *ad solemnitatem*<sup>314</sup>. Además, se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (artículo 3.8 Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma electrónica), porque de esta forma se hace prueba de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias existentes entre ellas, así como la determinación de éstas<sup>315</sup>. También se ha afirmado que, “*como punto de partida, debemos tener en cuenta que, a pesar de la exigencia escrita del convenio arbitral, será posible acudir al arbitraje mediante un convenio arbitral celebrado por medio del intercambio de mensajes de correo electrónico, sistemas SMS o MMS de mensajes a móviles e incluso a través de una página web, ya que la nueva ley con este artículo, lo que hace es reforzar el criterio antiformalista del convenio, y aunque mantiene la exigencia de que éste conste por escrito, amplía el cumplimiento del requisito de la forma escrita a los convenios arbitrales pactados en soporte electrónico, óptico o de otro tipo que dejen constancia de*

---

<sup>311</sup> ROGEL VIDE, C., Ponencia: “El contrato de compromiso. El convenio arbitral”, en Curso de Verano: La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 1 julio 2008.

<sup>312</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 39. Este autor sostiene que a pesar de que se exija la forma escrita, no tiene este requisito un carácter solemne, pues debe admitirse la viabilidad del convenio verbal o no escrito, conforme a la tradición histórica y al sistema propio del Código Civil.

<sup>313</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral”, en Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, coord. J. González Soria, Corte de Arbitraje de Madrid, Cámara de Madrid, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 107.

<sup>314</sup> CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 291. En este sentido, ROGEL VIDE, C., Ponencia: “El contrato de compromiso. El convenio arbitral”, ob.cit., critica que para un convenio arbitral se requiere más que una legitimación normal, como podría ser un poder general, sino que se necesita una autorización expresa para el caso concreto, por lo que considera que no basta con el mero intercambio de documentos sin la firma de las partes.

<sup>315</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Tomo I, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004, pág. 184. MONTESINOS GARCÍA, A., Arbitraje y nuevas tecnologías, ob.cit., pág. 165; GONZALO QUIROGA, M., “Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos”, ob.cit., pág. 219.

*su contenido y que permitan su consulta posterior, sin establecer restricciones a los medios de telecomunicación utilizables”.* Para CREMADES “*Lo importante es que haya cruce de oferta y aceptación de arbitraje por las partes. Cuestión ésta que, como es lógico, el tribunal tendrá que verificar al comienzo de su actuación, pues sólo existiendo convenio arbitral válido y vinculante cabe hablar de jurisdicción arbitral*”<sup>316</sup>.

En este sentido, ROGEL VIDE<sup>317</sup> critica que para un convenio arbitral se requiere más que una legitimación normal, como podría ser un poder general, sino que se necesita una autorización expresa para el caso concreto, por lo que considera que no basta con el mero intercambio de documentos sin la firma de las partes.

En concreto en Derecho societario, si la cláusula compromisoria se encuentra en el pacto constitutivo o en los estatutos de una sociedad se regirá por sus normas y, por tanto, además de ser escrita se deberá inscribir en el Registro Mercantil junto con el resto de estipulaciones (artículos 1 LSA y 11 LSRL). El convenio arbitral puede constar en un documento privado, pero si se pretende que sea eficaz frente a terceros deberá inscribirse y, a pesar de regirse por los principios de libertad de forma, cuando las relaciones jurídicas deban acceder al Registro Mercantil será necesario que se encuentre en escritura notarial (artículo 5.1 RRM)<sup>318</sup>.

Si la cláusula arbitral fuera parte de un contrato de adhesión, su validez e interpretación se regirán por las normas aplicables a este tipo de contratos (artículo 9.2 LA)<sup>319</sup>. VERDERA SERVER defiende que si se encontrara la cláusula arbitral como estipulación dentro de un contrato de adhesión (artículo 9.2

---

<sup>316</sup> CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 279.

<sup>317</sup> ROGEL VIDE, C., Ponencia: “El contrato de compromiso. El convenio arbitral”, ob.cit.

<sup>318</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “La función notarial en el arbitraje”, en Butlletí, nº 7, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l'arbitrage, Barcelona, 1995, pág. 36; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 971; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 47; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., pág. 455; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 52.

<sup>319</sup> VERDERA SERVER, R., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, ob.cit., pág. 365; GARBERÍ LLOBREGAT, J., Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ob.cit., págs. 174 y ss.; CORDÓN MORENO, F., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, en Comentario breve a la Ley de Arbitraje, dir. J. Montero Aroca, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1990, pág. 50; SAP de Vizcaya (Sección 4ª) 249/2003, de 8 de abril, fundamento jurídico tercero; SAP de Madrid (Sección 25ª) 390/2003, de 11 de julio, fundamento de Derecho segundo.

LA) se aplicará la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, que en su artículo 10.1.c exige para las cláusulas generales unilaterales de adhesión los requisitos de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, excluyendo en todo caso la utilización de cláusulas abusivas. Para la interpretación de éstas cláusulas, por el hecho que el contenido contractual se halla unilateralmente redactado impedirá la aplicación de los criterios subjetivos de interpretación, ya que la interpretación del contrato de adhesión debe hacerse siempre atendiendo a criterios objetivos. Además, se requiere que sea claro y explícito y que reúna los requisitos que para su validez exigen las leyes. A pesar de lo anterior, el arbitraje societario deberá interpretarse conforme a los criterios que más adelante se expondrán y no conforme ni a las normas que regulan los contratos de adhesión ni a la Ley que regula las condiciones generales de la contratación. Ésta última excluye expresamente los contratos de constitución de sociedades, “*por la materia que tratan y por la alienidad de la idea de predisposición contractual*” (Exposición de Motivos y artículo 4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación)<sup>320</sup>.

Aún así, la sociedad es un contrato y se deberá interpretar el convenio arbitral conforme a sus reglas básicas<sup>321</sup>. Se deberá interpretar con base a los criterios de buena fe, sin “*restringir los efectos que naturalmente se derivan del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones*” (artículos 57 del Código de Comercio, en adelante CCom, 1258 y 1665 CC). Deberá contener la voluntad de las partes con la menor ambigüedad posible, el consentimiento deberá ser expreso y no podrá incurrir en vicios en su adopción<sup>322</sup>, además de que deberá constar por escrito, tal y como adelantábamos (artículo 9.3 LA).

El criterio de exigencia de forma escrita se ve reforzado o apoyado por los artículos 51 y 52 CCom, además del artículo 1280 del CC, que prescriben la forma escrita, aunque sea en un documento privado, cuando “*la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1500 pesetas*”; y estos contratos o cláusulas es de esperar que superen ese importe. Esta forma brinda certeza al procedimiento, porque al ser un medio análogo al jurisdiccional y que se puede prolongar en el tiempo, los árbitros o los jueces podrán tener la

---

<sup>320</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 135.

<sup>321</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral”, ob.cit., pág. 101; TYAN, E., Le droit de l’arbitrage, ob.cit., pág. 90;

<sup>322</sup> BOISSESON, M. de, Le droit français de l’arbitrage interne et international, ob.cit., págs. 15 y 139.



necesidad de revisar los términos del convenio en momentos sucesivos<sup>323</sup>. Además, la forma escrita busca proteger los intereses de las partes del convenio y dar a conocer a los posibles terceros afectados que dentro de las reglas que rigen un determinado contrato, una sociedad, o un acuerdo específico, se encuentra la vía arbitral como medio de resolución de conflictos. Además se pretende que la exclusión del procedimiento jurisdiccional sea clara y resulte de forma evidente de la cláusula o del compromiso.

En segundo lugar, como mecanismo para garantizar la validez del convenio arbitral, es necesario que la voluntad de las partes vinculadas por este convenio se exprese de forma “efectiva” o “suficiente”, en lugar de “inequívoca” como se requería en la antigua Ley de Arbitraje (1988), ya que se consideraba que, en algunas ocasiones, su interpretación conllevaba exigencias demasiado rigurosas<sup>324</sup>.

CORDÓN MORENO defiende que por estas características propias de la aceptación del convenio, le será aplicable *“la doctrina de los vicios del consentimiento (arts. 1265 y ss. CC), que pueden ser autónomos o los mismos que afectan al contrato principal en caso (normal y más frecuente) de que dicho convenio esté incorporado al mismo como una cláusula o estipulación más”*<sup>325</sup>.

Hay que tener en cuenta aquí, aunque sea mediante una breve referencia, el principio de autonomía de la cláusula arbitral como elemento esencial del arbitraje, que sostiene que la validez y eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la del contrato que la contiene. Esto último a pesar de la afirmación anterior, que se justifica en cuanto que son generalmente las mismas partes y en un mismo acto quienes se someten a dicho contrato y por consiguiente a la cláusula arbitral, pudiendo, tal y como se decía, estar afectados ambos (el contrato y la cláusula arbitral) del mismo vicio del consentimiento, aunque efectivamente sean autónomos. Se trataría de una forma de invalidez aparentemente dependiente, pero en realidad sería una invalidez distinta pero por violación de la misma norma legal.

---

<sup>323</sup> ROBERT, J., L'arbitrage. Droit interne. Droit international privé, ob.cit., pág. 67 y ss.; TYAN, E., Le droit de l'arbitrage, ob.cit., pág. 96, 97 y 192; BOISSESON, M. de, Le droit français de l'arbitrage interne et international, ob.cit., pág. 59 y ss.

<sup>324</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., págs. 289 y ss.; STS 490/1999, de 1 de junio, fundamento de Derecho segundo; MONTESINOS GARCÍA, A., Arbitraje y nuevas tecnologías, ob.cit., pág. 172.

<sup>325</sup> CORDÓN MORENO, F., “Del convenio arbitral y sus efectos”, ob.cit., pág. 47.

## **b) Requisitos para su validez**

Estamos analizando el encuadre de la cláusula arbitral en el ámbito societario y por ende en los que hemos venido denominando “pactos parasociales” que constituye el Protocolo Familiar. En los últimos decenios, en el mundo empresarial principalmente, se ha generalizado la tendencia a solucionar los conflictos por medios alternativos a la jurisdicción, entre los cuales el arbitraje ocupa un papel destacado. Este medio de solución de controversias presenta muchas ventajas frente a la forma convencional o de justicia estatal, aunque tiene también ciertos inconvenientes, que serán analizados posteriormente.

En el procedimiento arbitral hay un amplio respeto por la libertad contractual, además de por la imparcialidad requerida tanto a los jueces como a los árbitros, el respeto al juego limpio o debido proceso (principio de contradicción y garantías de defensa), así como el valor de cosa juzgada tanto de la sentencia como del laudo (artículo 43 LA)<sup>326</sup>. Pero precisamente por estas similitudes, en el procedimiento arbitral las partes pueden encontrar una serie de ventajas sobre el proceso jurisdiccional que benefician sus relaciones y les permiten alcanzar los mismos objetivos. Esta es también la conclusión a la que se llegó en la en la Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007, en la que se defendía que las ventajas del arbitraje hay que estudiarlas junto a la jurisdicción y no frente a ella.

Como principales ventajas del arbitraje frente a un proceso judicial podríamos citar que en él no sólo se respetan las garantías básicas, sino que incluso se mejoran. Tal es el caso de los principios de celeridad o de especialización de los árbitros en la materia que ha de ser resuelta en el conflicto, que benefician la seguridad jurídica al resolver el problema en el menor plazo posible (dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación, si las partes no han dispuesto otra cosa, artículo 37.2 LA) y promueven que el acuerdo adquiera firmeza, favoreciendo a su vez el principio de estabilidad de las resoluciones, principalmente a través de la enunciación taxativa de los motivos por los cuales se puede solicitar la acción de anulación del laudo (artículo 41 LA)<sup>327</sup>.

---

<sup>326</sup> GARCÍA PAREDES, A., “Dos vías de solución de conflictos: el arbitraje y los Tribunales”, ob.cit.

<sup>327</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6948; HINOJOSA SEGOVIA, R., “Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40-43)”, ob.cit., págs. 515 y ss; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 410.

En materia societaria, en concreto, se recurre al cauce arbitral principalmente por la rapidez del procedimiento, el mayor control del tiempo y de los costes<sup>328</sup>, así como por la menor publicidad que conlleva (artículo 24.2 LA)<sup>329</sup>.

Las ventajas del arbitraje sobre el proceso judicial son esenciales, tal y como se verá más adelante, ya que ayudan a las sociedades mercantiles a resolver sus controversias sin interrumpir su funcionamiento normal, contando además con las mismas garantías que se tendrían en un proceso judicial, tales como la independencia e imparcialidad de los árbitros (artículo 17 LA), la igualdad de las partes (artículo 24.1 LA) o el principio de contradicción, entre otras<sup>330</sup>. Esta postura ha sido defendida por muchos abogados y Asociaciones de Arbitraje, alegando que *“un tejido empresarial como el español, formado en su mayoría por pequeños y medianos empresarios no puede perder tiempo y dinero pleiteando en los tribunales, ya de por sí colapsados”*.

Sus ventajas provienen principalmente del principio de autonomía de la voluntad que rige estos procedimientos y del compromiso e implicación que las partes previamente han adquirido<sup>331</sup>.

La celeridad se ha presentando siempre como emblema del arbitraje. Esta beneficia directamente al tráfico comercial sin entorpecerlo, al contrario de la jurisdicción con una duración significativamente más larga. Esto ha llevado a afirmar que si las partes realmente están interesadas en alcanzar una solución rápida, ellas mismas acelerarán su tramitación, convirtiéndolo en un instrumento realmente ágil. Esta rapidez con relación al proceso judicial se debe

---

<sup>328</sup> COLINA GAREA, R., Ponencia: “El futuro del arbitraje”, en Curso de Verano: La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 30 junio 2008.

<sup>329</sup> LINDER, A., “El coste real del arbitraje”, en Expansión, Martes 6 de marzo de 2007; GONZALO QUIROGA, M., “Introducción a los MASC: Diagnóstico de la situación general”, en Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: perspectiva multidisciplinar, dir. M. Gonzalo Quiroga, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 28 y ss.

<sup>330</sup> GARCÍA LAGARES, J., “Arbitraje, seguridad jurídica y empresa”, ob.cit.; GIMENO, M., “Tribuna de opinión: Es necesario un consenso global en nuestra sociedad para que se implante el sistema arbitral en nuestro país”, en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, [http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/tribuna\\_opinion.php](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/tribuna_opinion.php), 1 junio 2004.

<sup>331</sup> CORDÓN MORENO, F., El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional, ob.cit., págs. 21 y ss.; REMÓN, J., “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, ob.cit., pág. 115.

principalmente a la simplificación del procedimiento, eliminando formalismos y reduciendo los trámites burocráticos<sup>332</sup>.

Otra ventaja que tiene el arbitraje frente a un proceso estatal es la posibilidad de nombrar a un árbitro especialista en la materia, cumpliendo con los requisitos exigidos en función de si se trata de un arbitraje de Derecho o de equidad (artículos 13 y 15 LA). Se considera una ventaja del árbitro frente al juez que, cargado de asuntos y carente de tiempo, puede que no conozca o no sea especialista en todas y cada una de las materias que se le someten a estudio. Esta ventaja genera a su vez otras más con respecto a la jurisdicción, ya que en caso de ser el árbitro también especialista en la materia en discusión no será necesario solicitar dictámenes y consultas a expertos, las cuales además de incrementar los costes, generan demoras y atrasos innecesarios<sup>333</sup>. CORDÓN MORENO, al respecto indica que *“Sin duda, quien conozca y viva a fondo las costumbres del sector profesional en cuestión podrá resolver el conflicto adaptándose mucho mejor a la mentalidad de los profesionales del ramo”*<sup>334</sup>.

El clima de confidencialidad y discreción en el que se desarrolla el arbitraje (artículo 24.2 LA), así como la adaptación del proceso a los contendientes y a sus necesidades (artículo 25 LA)<sup>335</sup>, son otros dos motivos por los que en el Derecho societario se elige esta vía, evitando la publicidad innecesaria de los conflictos, tan negativa para el funcionamiento social y de los negocios, manteniendo el clima de confianza y armonía que constituyen el alma de la sociedad. Aunque este beneficio se verá neutralizado cuando alguna de las

---

<sup>332</sup> CALAZA LÓPEZ, M., “El arbitraje societario”, en Boletín de la Facultad de Derecho, nº 21, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2003, pág. 198; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6948; CORDÓN MORENO, F., El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional, ob.cit., pág. 20.

<sup>333</sup> GONZALO QUIROGA, M., “Introducción a los MASC: Diagnóstico de la situación general”, ob.cit., pág. 29.

<sup>334</sup> CORDÓN MORENO, F., El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional, ob.cit., pág. 21; CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, ob.cit., pág. 39; BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal, ob.cit., pág. 82; MULLERAT, R., “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 3/2002, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 52 y ss.

<sup>335</sup> Artículo 25 Ley de Arbitraje. Determinación del procedimiento. 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones. 2. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración

partes impugne el laudo, ya que al llevar el proceso ante la jurisdicción éste devendrá público (artículos 185 y 440 LEC)<sup>336</sup>.

El arbitraje contribuye también a calmar el estado de ánimo de las partes en conflicto disminuyendo la agresividad y favoreciendo la conciliación, sin poner en peligro especialmente a las pequeñas sociedades, las cuales pueden incluso desaparecer por conflictos que generan estancamientos y desunión entre sus miembros<sup>337</sup>.

Por último, en términos generales, se puede afirmar que el proceso arbitral resulta más económico que un juicio ordinario, ya que los costes reales se ven disminuidos principalmente por el ahorro de tiempo y, especialmente en los asuntos de mayor complejidad, al reducir los honorarios de abogados, además del desgaste físico y emocional, así como el no requerir el servicio de procuradores, por su carácter menos formalista y más flexible que, en definitiva, aunque sean las partes quienes deban hacerse cargo de los gastos de la administración del procedimiento (cosa que no ocurre en un procedimiento judicial), hacen del proceso arbitral un medio más atractivo y adecuado a sus necesidades<sup>338</sup>.

Pero al igual que en todo procedimiento, el arbitraje también podría contar con algunos inconvenientes. Entre estos están la dependencia de la justicia ordinaria, por ejemplo en el momento de la ejecución del laudo o para la ejecución de las medidas cautelares, por tener únicamente los árbitros el poder de jurisdicción, pero no cuentan con el poder de imperium o fuerza ejecutiva

---

<sup>336</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 314; COHEN, D., Arbitrage et société, ob.cit., pág. 17; CAPRASSE, O., Les sociétés et l’arbitrage, ob.cit., pág. 148; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 384; CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, ob.cit., pág. 39; CORDÓN MORENO, F., El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional, ob.cit., pág. 21.

<sup>337</sup> TYAN, E., Le droit de l’arbitrage, ob.cit., pág. 4 y ss.; CARBONNEAU, T., Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds, ob.cit., pág. 1; COHEN, D., Arbitrage et société, ob.cit., págs. 17 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y Derecho de Sociedades”, Capítulo 65, en Derecho de Sociedades – Libro en Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pág. 2043.

<sup>338</sup> LINDER, A., “El coste real del arbitraje”, en Expansión, Martes 6 de marzo de 2007; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 384; CORDÓN MORENO, F., El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional, ob.cit., pág. 20; REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKBY, N., PARTASIDES, C., Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 81 y ss.; MULLERAT, R., “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, ob.cit., págs. 52 y ss.

(artículos 23, 44 y 45 LA); lo que lleva a que no se elimine totalmente la excesiva duración del proceso, ni la agresividad de las partes, ya que ésta reaparecerá en la fase de ejecución (artículos 538 y siguientes LEC)<sup>339</sup>.

Esta desventaja ha llevado a afirmar que para que el arbitraje pueda desarrollarse adecuadamente, es necesario que la Administración de justicia funcione bien, ya que el arbitraje necesita de esta última para su eficacia<sup>340</sup>. Conforme con esto, puede hacerse una analogía en cuanto a la interacción entre la jurisdicción y el arbitraje con una relación de simbiosis o mutualismo biológico, en la que todos salen beneficiados a través de una relación ventajosa y necesaria para ambos, sin que sea dañina para ninguno de los dos.

Tal y como adelantábamos, a pesar de que se citen tradicionalmente el menor coste del proceso y la rapidez como ventajas importantes del arbitraje sobre el procedimiento jurisdiccional, en los últimos tiempos, en la práctica y de acuerdo a unos nuevos planteamientos doctrinales estadounidenses o ingleses, por ejemplo, no siempre es así. En determinadas circunstancias se ha comprobado que recurrir a un arbitraje puede resultar mucho más caro que acudir a un proceso jurisdiccional, ante jueces también especializados en la materia y cuyas resoluciones llegan en el momento oportuno, equiparable totalmente al proceso arbitral<sup>341</sup>. Además, estamos siendo testigos de un ralentizamiento del procedimiento arbitral al intentar asemejarlo al procedimiento judicial, cargándolo de elementos burocráticos con el fin de aumentar sus garantías.

En cuanto a los costes del proceso, será más económico en ciertos casos, dependiendo de la complejidad del asunto y de los árbitros escogidos. Pero en determinadas cuestiones podría resultar más caro que la justicia estatal por los gastos personales (honorarios de los árbitros y de los mismos defensores o representantes de las partes) y procesales en que se haya incurrido<sup>342</sup>.

Otra desventaja, pero que pasa a convertirse en la principal defensa de su uso para la resolución de conflictos en el ámbito de las relaciones de la empresa familiar, que proviene a su vez de una de las ventajas intrínsecas al arbitraje, es la confidencialidad del procedimiento y del laudo arbitral. La confidencialidad se busca principalmente por resguardar el buen nombre, los secretos importantes

---

<sup>339</sup> TYAN, E., *Le droit de l'arbitrage*, ob.cit., pág. 5; GONZALO QUIROGA, M., "Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos", ob.cit., pág. 216.

<sup>340</sup> COLINA GAREA, R., Ponencia: "El futuro del arbitraje", ob.cit..

<sup>341</sup> ROBINSON, M., "Arbitration and Alternative Dispute Resolution", ob.cit., pág. 6;

<sup>342</sup> MOLINERO, J., Ponencia: "El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles", ob.cit.;

(personales o de empresa), así como las relaciones de las partes implicadas; pero se ha sostenido que esta falta de transparencia genera a su vez incertidumbre y desconfianza en quienes no son parte del conflicto pero que se relacionan con las partes involucradas en un arbitraje.

Una última desventaja resulta de la posible parcialidad de los árbitros. Cuando se trata de un tribunal arbitral, si las partes no han establecido otro procedimiento para designarlos (artículo 15.2.b LA), serán ellas mismas quienes nombrarán cada una a un árbitro, y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero. Esto podría generar problemas de parcialidad en cuanto que cada uno de los árbitros nombrados por las partes se podría considerar defensor de quien lo ha elegido (lo que se conoce también como “árbitro de parte”), descartando la imparcialidad como una de las garantías que debe regir este proceso<sup>343</sup>.

Para evitar esta desventaja, que traería como consecuencia la falta de credibilidad de todo el sistema arbitral, se podría tomar como modelo la legislación italiana, que al haber estudiado los efectos negativos que tenía esta forma de nombrar a los árbitros, que ellos conocen como la clausula binaria, específicamente en el ámbito societario, optaron por establecer, de forma obligatoria, que el nombramiento de los árbitros debía de ser encomendado a un tercero, bajo pena de nulidad, con el fin de garantizar la independencia e imparcialidad del tribunal arbitral (artículo 34.2 DL.5/2003). En este sentido LÓPEZ-MUÑIZ<sup>344</sup>. Es indispensable fortalecer la imparcialidad de los árbitros, ya que la menor duda en este campo podría acabar con todo el procedimiento al quitar la autoridad a los árbitros. Por esto es que la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados propone como idóneos para llevar a cabo la función de árbitros, a sus propios miembros, ya que cuentan con la costumbre de resolver cuestiones muy complejas, además de que brindan la imparcialidad y la ciencia requerida para dar seguridad a las partes.

---

<sup>343</sup> MUÑOZ SABATÉ, L., “Título III. De los Árbitros (Arts. 12, 13, 15-21)”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 346; TORRES ESCÁMEZ, S., “Un año de la nueva Ley de Arbitraje: reflexiones tras un coloquio”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 248.

<sup>344</sup> LÓPEZ- MUÑIZ GOÑI, M., Ponencia: “Un modelo de arbitraje profesionalizado”, en Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa, Madrid, 7 de noviembre del 2007.

### c) Consecuencias del convenio arbitral

Es importante recalcar que el convenio arbitral tiene dos efectos jurídicos muy importantes, sin los cuales se frustraría la voluntad y la finalidad del arbitraje. Éstos hacen alusión a su naturaleza mixta, es decir, tendrá un efecto contractual o positivo y un efecto procesal o negativo<sup>345</sup>.

El efecto contractual o positivo consiste en la obligatoriedad de las partes de estar y pasar por el contenido del contrato, por lo que si alguna parte del convenio arbitral no lo cumpliera, quedaría sujeto a indemnizar a la otra parte por los daños y perjuicios causados (artículos 1091, 1098 y 1101 CC)<sup>346</sup>. Como efectos positivos del convenio arbitral se destacan la facultad y la correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias; el deber de cooperar en el nombramiento de los árbitros, en el desarrollo del procedimiento arbitral y de aceptar de antemano la sumisión al laudo que se dicte<sup>347</sup>; todo esto conforme a los principios de autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC), de reciprocidad (artículo 1256 CC), de relatividad (artículo 1257 CC) y de buena fe (artículo 1258 CC)<sup>348</sup>.

El ordenamiento jurídico ha otorgado a la voluntad de las partes de acudir a arbitraje una categoría equivalente a la Ley. CREMADES indica que *“Si alguien ha sometido a la decisión de uno o varios árbitros cuestiones litigiosas, no puede cuando surjan éstas negarse a cumplir lo pactado y por ello frente a quien ha suscrito un convenio arbitral se puede iniciar un procedimiento que finalice en su caso con un laudo vinculante”*<sup>349</sup>. La competencia objetiva para resolver esta cuestión será de los árbitros; pero para que este efecto positivo del convenio

---

<sup>345</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 14.

<sup>346</sup> CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, ob.cit., pág. 252; CORDÓN MORENO, F., Proceso Civil de Declaración, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1996, pág. 31; CORDÓN MORENO, F., El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional, ob.cit., pág. 71; MONTESINOS GARCÍA, A., Arbitraje y nuevas tecnologías, ob.cit., pág. 190; BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal, ob.cit., pág. 221; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 435; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 58.

<sup>347</sup> CALVO CARAVACA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., El arbitraje comercial internacional, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1989, pág. 87.

<sup>348</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ob.cit., pág. 245.

<sup>349</sup> CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 304.



arbitral se origine es necesario que éste sea válido y eficaz de acuerdo a las normas sobre validez de los contratos: consentimiento, objeto cierto y determinado y causa lícita (artículos 1261 y siguientes CC). En caso contrario, el convenio no sería eficaz y la obligación de acudir al arbitraje dejaría de existir<sup>350</sup>.

El segundo efecto es el procesal o negativo, que sustrae al juez del conocimiento de la controversia, excluyendo a la jurisdicción y otorgando el poder para resolverlo a los árbitros (artículo 11.1 LA)<sup>351</sup>.

Esto es lo que expresamente regula el artículo 11.1 de Ley de Arbitraje:

*“1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”.*

Este mismo artículo en su inciso tercero afirma que optar por la vía arbitral no impide a las partes del convenio que, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, soliciten de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste a concederlas (artículo 11.3 LA). Con esta prerrogativa no se está afectando el efecto negativo del convenio arbitral, ya que el fin es acudir al auxilio judicial en relación con los medios de prueba o para garantizar el cumplimiento definitivo del laudo que eventualmente se dicte,

---

<sup>350</sup> CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 304; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 4.

<sup>351</sup> GÓMEZ PORRÚA, J., “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, Capítulo 62, en Derecho de Sociedades – Libro en Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pág. 1956; CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, ob.cit., pág. 252; CALVO CARAVACA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., El arbitraje comercial internacional, ob.cit., pág. 87; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., “Artículo 11: Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal”, ob.cit., pág. 119; GARBERÍ LLOBREGAT, J., Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ob.cit., pág. 140; BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal, ob.cit., pág. 221; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 435; CORDÓN MORENO, F., Proceso Civil de Declaración, ob.cit., págs. 31 y ss.; CORDÓN MORENO, F., El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional, ob.cit., págs. 71 y ss.; MONTESINOS GARCÍA, A., Arbitraje y nuevas tecnologías, ob.cit., pág. 192; CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., págs. 303 y ss.; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 17; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 61; CUCARELLA GALIANA, L., El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje), ob.cit., pág. 119.

como defiende DÍEZ-PICAZO<sup>352</sup>. A pesar de lo anterior, las partes pueden solicitar a los árbitros que adopten las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio, durante la pendencia del procedimiento arbitral<sup>353</sup>, para lo que el o los árbitros podrán exigir la caución suficiente al solicitante (artículo 23.1 LA). Para CREMADES *“Este tipo de medidas cautelares solicitadas del Tribunal Arbitral son muy frecuentes y son cumplidas voluntariamente por las partes afectadas en función de la gran autoridad que el convenio arbitral otorga a los árbitros. No obstante lo anterior, al carecer los árbitros de potestad jurisdiccional que les permita ejecutar sus decisiones, para la ejecución de las medidas cautelares adoptadas por éstos y que no sean cumplidas voluntariamente por las partes, será necesario recurrir a la autoridad judicial”*<sup>354</sup>.

Por tanto, la existencia de un convenio arbitral, no es causa de inadmisibilidad de la demanda por sí sola, ni tampoco produce la falta de jurisdicción de los jueces civiles. Esta inadmisión sólo es posible a través de un acto procesal de denuncia por parte del demandado, en el plazo oportuno, es decir, en la contestación de demanda a través de una excepción declinatoria (artículos 39, 63 y siguientes LEC). Para FERNÁNDEZ BALLESTEROS de no hacerlo de esta forma, se entenderá que las partes renuncian al cauce arbitral y optan por la vía judicial<sup>355</sup>.

---

<sup>352</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Título IV. De la Competencia de los Árbitros (Arts. 22-23)”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 404.

<sup>353</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Título IV. De la Competencia de los Árbitros (Arts. 22-23)”, ob.cit., pág. 406; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 65.

<sup>354</sup> CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 319.

<sup>355</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., “Artículo 11: Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal”, ob.cit., págs. 119 y ss.; MONTESINOS GARCÍA, A., Arbitraje y nuevas tecnologías, ob.cit., pág. 193; CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., págs. 308 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Título V. De la sustanciación de las actuaciones arbitrales (Arts. 24-33)”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 432; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 61. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 4 de junio de 2002, razonamiento jurídico segundo; STS (Sección 1ª), 1139/2001, de 30 de noviembre, fundamento de Derecho tercero; CUCARELLA GALIANA, L., El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje), ob.cit., pág. 119.

## **F) Las clases de arbitraje**

### **a) El arbitraje ad hoc y el arbitraje institucional**

Según la organización del arbitraje éste podrá ser ad hoc o institucional. El primero se organiza para el caso concreto, con una total flexibilidad<sup>356</sup>. Las partes establecen las normas que han de cumplirse en cuanto al fondo y a la forma y no cuenta con ningún tipo de estructura o infraestructura predeterminada que lo apoye en su desarrollo. En cambio, en el segundo existe una institución que se encarga de forma permanente de llevar a cabo arbitrajes, para lo cual cuenta con una estructura y organización propias.

El arbitraje ad hoc es aquél que no será administrado por alguna institución arbitral, sino que será fruto de la libertad contractual de las partes. Ellas han especificado por escrito el pacto o convenio arbitral y la forma en que se desarrollará el proceso, de manera más o menos pormenorizada. A falta de esto deberán atenerse a las normas legales. Esta es la forma tradicional de arbitraje, gobernado por los intereses de las partes del convenio, las cuales confían su gestión a árbitros expertos en la materia objeto del litigio<sup>357</sup>. En este, los árbitros serán los protagonistas del desarrollo procedimental, contando con la ventaja frente al arbitraje institucional de que el proceso se adaptará totalmente a las exigencias de los interesados, evitando todo lo que no les beneficie o atrase. Pero será necesario un mínimo de acuerdo entre las partes del convenio y el árbitro, por lo que es bastante común que aunque no se encomiende el arbitraje a una institución arbitral, se remita para su desarrollo procedimental al reglamento de una institución arbitral o al Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), ya que éstos incorporan una detallada regulación del funcionamiento arbitral<sup>358</sup>.

La Ley de Arbitraje de Derecho privado de 1953 prohibía el arbitraje institucional<sup>359</sup>. En 1961, el Convenio europeo sobre Arbitraje comercial internacional de Ginebra regulaba la posibilidad de las partes de optar por la organización del procedimiento arbitral a través de una institución permanente de arbitraje; pero no es hasta la Ley de Arbitraje de 1988 que se permite en España el arbitraje institucional. Al contrario de la situación precedente en la que el

---

<sup>356</sup> HÖMBERG, R., “El arbitraje institucional y sus retos en el inicio del siglo XXI. El ejemplo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”, en Arbitraje y Justicia en el siglo XXI, dir. S. Barona Vilar, Thomson Aranzadi, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, pág. 69.

<sup>357</sup> CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., pág. 71.

<sup>358</sup> CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., pág. 72.

<sup>359</sup> GASPAR LERA, S., El ámbito de aplicación del arbitraje, ob.cit., págs. 45 y ss.

arbitraje ad hoc era el único, con el cambio legislativo se convirtió en una excepción, y la práctica general pasó a ser el arbitraje institucional<sup>360</sup>.

El arbitraje institucional o administrado, permite a las partes solicitar a un tercero, sea este una persona física o jurídica, la designación de los árbitros y la administración en general del proceso arbitral. Estos terceros encargados de la administración del arbitraje pueden ser corporaciones de Derecho público, asociaciones o entidades sin ánimo de lucro (artículo 14 LA)<sup>361</sup>. La Ley de Arbitraje lo que hace es distinguir entre dos tipos de instituciones, las de índole privado sin ánimo de lucro, y las de carácter público a las que denomina “Corporaciones de Derecho Público”. *“La constitución de la institución arbitral se hace depender de la aprobación de unos Estatutos en los que se deben prever la realización de funciones arbitrales y en los que, en los casos de asociaciones y entidades sin ánimo de lucro, su constitución y aprobación de Estatutos se condiciona a la normativa vigente sobre asociaciones. Tratándose de Corporaciones de Derecho Público la constitución y aprobación de Estatutos depende de sus normativas específicas como puede ser la de determinados colectivos como son los Colegios de Abogados, Cámaras de Comercio, etc.”*

Esta aportación de la Ley de 1988 fue una de sus contribuciones más decisivas para la difusión del arbitraje en España, ya que el legislador entendió que para la designación de los árbitros y para la administración del procedimiento arbitral, recurrir a estas instituciones no debía de ser “causa de alarma social ni vulneraba el principio de la tutela judicial efectiva”<sup>362</sup>.

---

<sup>360</sup> CREMADES, B., “L’Espagne étrenne une nouvelle loi sur l’arbitrage”, en *Revue de l’arbitrage*, Paris, 1989, pág. 193; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., págs. 54 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 16.

<sup>361</sup> VERDERA Y TUELLS, E., “La Ley 60/2003, de Arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España”, ob.cit., pág. 22; GIMENO, M., “Tribuna de opinión: Es necesario un consenso global en nuestra sociedad para que se implante el sistema arbitral en nuestro país”, ob.cit., pág. 2; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, ob.cit., pág. 78.. GISBERT POMATA, M., “Título III. De los árbitros”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, coord. R. Hinojosa Segovia, Grupo Difusión, Barcelona, 2004, pág. 86; ALONSO PUIG, J., “El arbitraje institucional (Art. 14)”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 696 y ss.

<sup>362</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J., “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje”, en *La nueva Ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 105.

La actual Ley de Arbitraje, en su artículo 14, regula expresamente el arbitraje institucional<sup>363</sup>, al indicar:

*“Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:*

*Corporaciones de Derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia.*

*Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.*

*Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos”.*

Por tanto, un arbitraje será institucional cuando se solicite a una Cámara de Comercio<sup>364</sup>, a una Institución o a una Asociación arbitral que lleve a cabo el procedimiento de acuerdo a su propio reglamento<sup>365</sup> y a través de su propia estructura material y humana<sup>366</sup>. La elección de un arbitraje institucional implica la intervención de la institución arbitral que administra el proceso con la aplicación de su sistema de normas, a las cuales remite la misma cláusula<sup>367</sup>; pero la persona jurídica no podrá ser el árbitro, sino que únicamente podrá encargarse de administrar y gestionar el arbitraje conforme a sus reglamentos, ya que los árbitros deben ser personas físicas (artículo 13 LA). La Red de Cortes de Arbitraje de las Cámaras de Comercio propone un convenio arbitral tipo que recomiendan incluir en los Estatutos Sociales para su inscripción en el Registro Mercantil. Dice: *“1. Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad,*

---

<sup>363</sup> En Francia se establece en el artículo 1451 del Nuevo Código Procesal Civil, como norma común tanto para la cláusula arbitral como para el compromiso, que solamente podrán ser nombrados árbitros las personas físicas, en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Y que en caso de que se designase a una persona jurídica, ésta solamente dispone del poder de organizar el arbitraje. En Italia se regula por primera vez de forma expresa el arbitraje institucional o de acuerdo a un procedimiento preconstituido (tal y como lo llama la Ley) en el artículo 832 del Código Procesal Civil, introducido mediante el artículo 25 del Decreto Legislativo 40/2006.

<sup>364</sup> La Ley 3/1993, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, en su artículo 2.1.i) regula la posibilidad de las Cámaras de “desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente”.

<sup>365</sup> ALONSO PUIG, J., “El arbitraje institucional (Art. 14)”, ob.cit., págs. 679 y ss.

<sup>366</sup> CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., pág. 72. En la propia Exposición de Motivos de la actual Ley de Arbitraje de 2003, “la expresión institución arbitral hace referencia a cualquier entidad, centro u organización de las características previstas que tenga un reglamento de arbitraje y, conforme a él, se dedique a la administración de arbitrajes”.

<sup>367</sup> En: [http://www.camaras.org/publicado/arbitraje/clausula\\_625.html](http://www.camaras.org/publicado/arbitraje/clausula_625.html).

*cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente mediante arbitraje de Derecho por uno o más árbitros, en el marco de la Corte Española de Arbitraje del Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, de conformidad con su Reglamento y Estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación del árbitro o del tribunal arbitral. 2. Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad, se substanciarán y decidirán en un mismo procedimiento arbitral. 3. La Corte Española de Arbitraje no nombrará árbitro o árbitros en su caso, en los procedimientos arbitrales de impugnación de acuerdos o decisiones hasta transcurridos cuarenta días desde la fecha de su adopción del acuerdo o decisión impugnada y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. 4. En los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales la propia Corte Española de Arbitraje fijará el número de árbitros y designará y nombrará a todos ellos. 5. Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen, hacen constar como futuras partes, su compromiso de cumplir el laudo que se dicte”.*

La institución a la que se dirigen las partes deberá ser “seria”, en el sentido de garantizarles el debido proceso (imparcialidad, contradicción, etc.), brindar estabilidad, actuar a través de normas preestablecidas y públicas, con miembros competentes y una estructura logística y organizativa adecuada. El laudo siempre podrá contar con el control judicial que el ordenamiento asegura a través de la acción de anulación y demás recursos procesales pertinentes<sup>368</sup>.

Es necesario aclarar, en este contexto, el principio de primacía de la voluntad de las partes del convenio, e incluso en caso de conflicto entre el convenio arbitral y el reglamento de la institución arbitral, prevalecerá aquél, y solamente se aplicarán las normas de éste último en los aspectos no previstos expresamente por las partes del convenio, o cuando las partes así lo hayan querido (artículo 4.a LA)<sup>369</sup>.

Es indispensable que la cláusula arbitral cumpla con los requisitos tanto de forma como de fondo para su validez, ya que sin ellos no podría acogerse al procedimiento arbitral. Por ello, es buena y recomendable la práctica de acogerse

---

<sup>368</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J., “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje”, ob.cit., págs. 107 y ss.; Ver páginas 375 y siguientes.

<sup>369</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, J., Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ob.cit., pág. 77.

a las cláusulas arbitrales y a las sugerencias para su redacción hechas por los tribunales o instituciones arbitrales de reconocido prestigio. Esto es una clara exhortación al arbitraje institucional, pero en el caso del arbitraje societario considero que éste brinda una mayor seguridad jurídica y garantiza mejor (en relación con el arbitraje ad hoc) el rigor en el cumplimiento de los requisitos y principios del procedimiento arbitral<sup>370</sup>.

En este sentido existen un gran número de Tribunales o Cortes Arbitrales que representan muy bien lo que es el arbitraje institucional. Como ejemplo en España podemos hablar de las Cortes de Arbitraje de las Cámaras de Comercio e Industria o el Tribunal Arbitral de Barcelona; y en otros países de la American Arbitration Association, la Camera Arbitrale nazionale e internazionale di Milano o la Chambre Arbitrale de Paris. Todas estas instituciones, además de llevar a cabo arbitrajes de muy variadas materias, se dedican a la expansión de la cultura arbitral mediante foros, concursos, publicaciones, entre otros. Son instituciones que cuentan con un gran prestigio a nivel nacional e internacional y brindan seguridad a las partes de un conflicto por su seriedad y rigor.

## **b) Arbitraje de Derecho y el arbitraje de equidad**

El arbitraje, como instrumento para la resolución de controversias alternativo a la jurisdicción, presenta una serie de ventajas que permiten flexibilizar el proceso en aras a una mejor adecuación a las necesidades de las partes de un conflicto.

En función del fin y de los requerimientos del procedimiento podrá optarse por un arbitraje de Derecho o por un arbitraje de equidad; aunque existe en la Ley de

---

<sup>370</sup> JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, en III Jornadas sobre Arbitraje Mercantil, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Toledo, Corte de Arbitraje y Mediación, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 16 de octubre de 2008. De acuerdo a un estudio publicado en el Boletín ADR Resources, en <http://www.aryme.com>, 30 de marzo de 2009, , el número de arbitrajes administrados por las Cámaras de Comercio de España aumentó en un 30% en el año 2008 en relación con el año precedente, para un total de 547 arbitrajes. De los arbitrajes administrados, la mayoría de los arbitrajes mercantiles tuvieron como sede Madrid, el 84% se desarrollaron conforme a Derecho, el 85% fueron entre empresas y sostienen que tras el estudio es evidente el crecimiento paulatino del arbitraje societario, en concreto, de la impugnación de acuerdos sociales y de los actos derivados del tráfico mercantil de las propias empresas.

Arbitraje una presunción de que éste será conforme a Derecho salvo que las partes hayan autorizado a los árbitros a resolver conforme a criterios de equidad (artículos 3.2 CC y 34.1 LA). Tal y como establece la Exposición de Motivos de la actual Ley de Arbitraje (2003), *“se invierte la regla que la ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad. La preferencia por el arbitraje de Derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un Tribunal”*.

El artículo 34, inciso primero, de la Ley de Arbitraje dice:

*“Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello”*.

Cuando el arbitraje deba desarrollarse conforme a Derecho, como su nombre lo indica, los árbitros decidirán y llevarán a cabo el procedimiento aplicando estrictamente las normas sobre la controversia. En este caso, el árbitro deberá ser un abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario (artículo 15.1 LA). Esta será la norma y la excepción será cuando las partes quieran que el árbitro resuelva como amigable componedor, en cuyo caso no será necesario que sea abogado, aunque esto no es excluyente. Si se le solicita que actúe conforme a Derecho deberá aplicar la Ley, tanto en cuanto al fondo como a la forma, tal y como se haría en sede judicial<sup>371</sup>.

Creo que la última parte del inciso primero del artículo 15 LA podría redactarse de una forma positiva para su mejor entendimiento. Tal y como está redactado regula la posibilidad de realizar un arbitraje de Derecho por personas que no sean abogados en ejercicio si las partes así lo han acordado, pero de una forma confusa.

En primer lugar, el ordenamiento cuenta con una presunción a favor del arbitraje de Derecho. Esto quiere decir que se presume que todo arbitraje deberá resolverse en Derecho, salvo autorización expresa de las partes para resolver en equidad (artículo 34.1 LA).

---

<sup>371</sup> ROBERT, J., L'arbitrage : droit interne, droit international privé, ob.cit., pág. 156; MUÑOZ SABATE, L., “Título III. De los Árbitros (Arts. 12, 13, 15-21)”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 336.



En segundo lugar, se requiere que los árbitros, salvo en aquellos casos en los que “*deba decidirse en equidad*” porque las partes así lo han querido, sean abogados en ejercicio. A favor autores como COLINA GAREA<sup>372</sup> quien sostiene que requerir a un abogado en ejercicio desarrollar la función arbitral garantiza que esté en contacto con el tejido empresarial y además podrá ser especialista en la materia que se somete a su conocimiento, garantizando la inmediatez entre las partes y una mayor accesibilidad al árbitro. Por otro lado, para RUÍZ MORENO el requisito de que sea el árbitro un abogado en ejercicio, no es una garantía imprescindible para que el arbitraje refleje realmente o alcance un resultado plenamente adecuado al Derecho<sup>373</sup>. Este resultado se podría alcanzar también si el árbitro fuera un juez jubilado o un catedrático de Derecho de reconocido prestigio que sea capaz, a la vez que está autorizado para interpretar el Derecho, de resolver el conflicto conforme a las normas requeridas. En las enmiendas del Senado, publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 170 (c), de 2 de diciembre de 2003, pág. 35, en la enmienda nº 43 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), se solicitaba exigir una experiencia de al menos cinco años de ejercicio ininterrumpido de la profesión o con una especialización en la materia a la que el arbitraje se refiera acreditada por el Colegio de Abogados al que pertenezca o por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, a los abogados que habrían de ser árbitros. Justificaban esta modificación diciendo que *“es esencial que la Ley determine expresamente que sólo los profesionales en Derecho pueden decidir con arreglo a Derecho y, además, que dentro de las distintas profesiones jurídicas, la capacidad para ser árbitro se limite a quienes ejercen la abogacía, con un mínimo de experiencia. El silencio de la Ley sobre este particular puede tener efectos muy negativos porque posibilitaría que otros profesionales jurídicos distintos de los abogados pudieran ser nombrados árbitros. Esta posibilidad, ciertamente, estaría vedada para los Jueces y Magistrados, pero no por razón de la propia Ley de Arbitraje, sino por la legislación específicamente aplicable al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Pero no estaría vedada a aquellos otros profesionales jurídicos que ejercitan funciones públicas, como es el caso de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Se trata de dos Cuerpos extraordinariamente prestigiosos, pero, precisamente por esta razón, es necesario adoptar aquellas medidas oportunas para impedir, por ejemplo, que el Notario autorizante de las escrituras sugiera a las partes y obtenga de ellas la aquiescencia para introducir una cláusula por cuya virtud las controversias que se planteen en la interpretación o en la ejecución de lo pactado sean resueltas por el propio Notario. Este tipo de cláusulas podrían ir en demérito de la independencia que*

---

<sup>372</sup> COLINA GAREA, R., Ponencia: “El futuro del arbitraje”, ob.cit

<sup>373</sup> RUIZ MORENO, JM., “Nombramiento y aceptación de los árbitros. Imparcialidad, abstención y recusación”, en Estudios sobre el arbitraje: los temas claves, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, págs. 75 y ss.

*corresponde a los prestadores de la fe pública, y de ahí la oportunidad de que la Ley contenga una norma que limite a los abogados la capacidad para ser árbitros en los arbitrajes de Derecho. Al mismo tiempo, resulta igualmente oportuno exigir algún grado de experiencia profesional. De entre las distintas técnicas a las que puede recurrir la legislación, se propone exigir un mínimo ejercicio de esa profesión de abogado o la especialización, siempre que la misma resulte acreditada*". En el mismo sentido, enmienda nº 60 del Grupo Parlamentario Socialista, pág. 42, y enmienda nº 97 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió, pág. 55, en el que justifican la necesidad de que en los arbitrajes basados en Derecho, los árbitros sean profesionales cualificados en Derecho por la función cuasi-jurisdiccional del arbitraje, siendo necesario dotarlo de las mejores garantías de profesionalidad.

Por tanto, considero que otra forma de redactar este inciso sería afirmando que: para los arbitrajes internos que deban decidirse conforme a Derecho se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo que las partes consideren que otra persona, cualificada en Derecho, es igualmente idónea para resolver el conflicto. En España por el artículo 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es posible que los jueces sean árbitros, ya que su función es incompatible con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción ajena a la del Poder Judicial. En cambio, en Francia no se dice nada acerca de otro tipo de requisitos que deba tener el árbitro, pero la doctrina francesa se ha encargado de aclarar que pueden ser árbitros también los magistrados, previa autorización de su superior jerárquico, siempre y cuando sea compatible con sus funciones y con carácter excepcional<sup>374</sup>. Ya en el Digesto se prohibía a los jueces ser árbitros, por considerar que ambas funciones eran incompatibles, y en ese sentido FERNÁNDEZ BUJÁN<sup>375</sup>.

Cuando se les permita a los árbitros llevar el proceso y dictar el laudo conforme a criterios de equidad, éstos se guiarán por su propio sentido de justicia, por criterios de prudencia y de oportunidad, y dictarán y justificarán el laudo de acuerdo con su conciencia en consideración al caso concreto.

Que un laudo se deba dictar en conciencia por el árbitro no significa que sea una forma arbitraria de resolver conflictos, sino que deberá basarse, y estar así motivado, en las reglas preestablecidas y reconocidas objetivamente, que

---

<sup>374</sup> FOUCHARD, PH., "La compatibilité des fonctions de magistrat et d'un arbitre, ou le fin d'une mauvaise querelle", en Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage, Paris, 1994, págs. 662 y ss.; FERNÁNDEZ FARALDO, M., Ponencia: "Interés judicial del arbitraje", en Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007

<sup>375</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Ponencia: "Fundamentos históricos del arbitraje moderno", ob. cit.;

aunque no se encuentren tipificadas, serán pautas determinadas que reflejen el común sentir, los valores y las costumbres de una determinada sociedad y que se aplicarán en todas las situaciones futuras que tengan las mismas características. Esta es una forma ideal para resolver conflictos para los que el Derecho codificado no tiene solución. No se trata de ir en contra de las normas instituidas, sino que simplemente es una forma diferente de llegar a un resultado igualmente legal, adaptando las normas de la cultura económica y social de su ambiente al caso concreto<sup>376</sup>.

Aunque el árbitro de equidad decidirá sin ceñirse exclusivamente a las normas de Derecho, tiene la obligación de justificar su decisión conforme a los criterios de equidad. Éste deberá verificar que la solución adoptada se adecue a los criterios de equidad, a los usos del comercio y especialmente a las circunstancias particulares contractuales de las partes, entre otros. Por lo que el laudo deberá, al igual que un laudo conforme a Derecho, ser congruente y razonable. De no ser así, el laudo podrá ser anulado<sup>377</sup>.

Este punto en concreto ha sido ampliamente discutido en la jurisprudencia francesa, llegando a conclusiones trasladables a nuestro sistema jurídico. En primer lugar se considera que acudir a un arbitraje de equidad no merma los derechos de las partes recurrentes, sino que en cambio les da más herramientas a los árbitros para que dicten una solución más “justa”. En segundo lugar, la jurisprudencia recientemente ha aclarado que justificar un laudo conforme a criterios de equidad no implica la mención explícita de que éste está siendo decidido conforme a equidad, como en otros momentos se exigía como requisito formal, sino que debe desprenderse del mismo como requisito de fondo. Y, en tercer lugar, que aunque el árbitro de equidad opte por aplicar las normas legales o contractuales que rigen el conflicto por considerar que son las que lo resuelven mejor, éstas deberán confrontarse con los criterios de equidad, con el fin que el laudo sea válido, ya que si no el árbitro no estaría actuando conforme al mandato recibido y el laudo sería anulable.

Asimismo, que el árbitro de equidad o amigable componedor no deba aplicar estrictamente las reglas de Derecho, no quiere decir que pueda eximirse de la

---

<sup>376</sup> CORDÓN MORENO, F., “El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional”, ob.cit., págs. 22, 48 y ss.

<sup>377</sup> MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., pág. 57; BLASCO GASCÓ, F., Ponencia: “El arbitraje de equidad”, ob.cit.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) 2142/2000, de 18 de abril, fundamento de Derecho tercero.

aplicación de las normas de orden público, ya que a nadie le está permitido<sup>378</sup>. Por el contrario, las normas de orden público deberán aplicarse tanto en cuanto al fondo, como a la forma; por lo que deberá, además de motivar su decisión, BARTOLOMÉ CENZANO<sup>379</sup>, respetar los principios que rigen cualquier proceso y principalmente el de contradictorio (artículo 24 LA)<sup>380</sup>. Lo que no se encuentra motivado se considera ya por este sólo hecho, arbitrario y, afirma que, *“la motivación es además, no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificios de derechos, una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en Derecho (STC de 11 de julio de 1983)”*.

Esto es así porque en los juicios de equidad el sujeto encargado de dirimir el conflicto se coloca frente al hecho, no frente a la norma que ha de ser aplicada, como sería el caso del arbitraje de Derecho, y toma en cuenta otras circunstancias del caso concreto con un alto grado de subjetivismo. Pero en palabras de BLASCO GASCÓ *“hay que tener cuidado con las ideas platónicas de la justicia y del Derecho, ya que en un Estado de Derecho, la Ley es la justicia y no otra cosa”*<sup>381</sup>.

En cuanto al arbitraje societario en concreto, en Italia el arbitraje de Derecho es el que está expresamente requerido por la Ley (artículo 36 D. Leg. 5/2003) para resolver las controversias societarias, ya que consideran que en una sociedad de capital están involucradas muchas personas y una diversidad de intereses protegidos por normas imperativas que requieren claridad y seguridad para su buen funcionamiento. La equidad, criterio para el caso concreto, no da la seguridad que se requiere en este contexto, aunque en determinados casos ayude a adecuar mejor la normativa existente a las circunstancias propias de cada sociedad.

---

<sup>378</sup> MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., pág. 58.

<sup>379</sup> DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., “El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades”, ob.cit., pág. 82.

<sup>380</sup> CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 1 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 28 y ss.; RONTCHEVSKY, N., “L’obligation pour l’arbitre amiable compositeur de statuer en équité”, ob.cit., pág. 2782; ROBERT, J., “L’arbitrage: droit interne, droit international privé”, ob.cit., pág. 158; MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., pág. 49. SAP de Madrid (Sección 21ª), de 24 de septiembre de 2002, fundamento de Derecho quinto; GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 73

<sup>381</sup> BLASCO GASCÓ, F., Ponencia: “El arbitraje de equidad”, ob.cit.

En Derecho español, en cambio, no contamos con una norma análoga a la italiana, existiendo criterios doctrinales que aceptan tanto uno como otro tipo de arbitraje. Sin embargo, la doctrina coincide en que cuando el árbitro deba resolver una impugnación de acuerdos sociales deberá decidir conforme la normativa imperativa que rige a dicha sociedad (convocatoria, mayorías y celebración de la junta), sea el arbitraje de Derecho o de equidad<sup>382</sup>.

A pesar de esta postura ambivalente de la doctrina española, aunque no sea de una forma imperativa, con respecto a la materia societaria se prefiere el arbitraje de Derecho, brindando así una solución, tanto desde el punto de vista jurídico como técnico, perfectamente equivalente a la que se obtendría por medio de un procedimiento judicial ordinario, en aras de la seguridad jurídica y de la previsibilidad de las decisiones<sup>383</sup>. En las enmiendas al Proyecto de Ley de Arbitraje por el Senado, publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 170 (c), de 2 de diciembre de 2003, pág. 38, en la Enmienda nº 52 se proponía la adición de una nueva Disposición final modificando el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, con el fin de introducir la cláusula estatutaria de arbitraje para resolver la impugnación de acuerdos sociales, pero siempre conforme a Derecho. Se justificaba en que *“el tema del arbitraje societario resulta extraordinariamente complicado. En primer lugar, porque está fuera de toda duda que los terceros legitimados para impugnar los acuerdos nulos no quedan sometidos al arbitraje estatutario; y, en segundo lugar, y sobre todo, porque, como consecuencia de la inexistencia de normas legales sobre el particular, en la práctica comienzan a introducirse cláusulas de arbitraje de equidad para resolver los conflictos societarios que, objetivamente, no son las más adecuadas en organizaciones de carácter mercantil (...)”*.

---

<sup>382</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 43; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 30 y ss.; DAMIÁN MORENO, J., ARIZA COLMENAREJO, M., Impugnación de Acuerdos de Sociedades Anónimas (adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil), nº 46, Editorial Colex, Madrid, 2000, pág. 15; PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., pág. 230; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 74.

<sup>383</sup> MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., pág. 2027; GARCÍA PAREDES, A., “Dos vías de solución de conflictos: el arbitraje y los Tribunales”, ob.cit.; BLASCO GASCÓ, F., Ponencia: “El arbitraje de equidad”, en Curso de Verano: La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 3 julio 2008; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, ob.cit.; CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 212; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., pág. 462; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 28 y ss.

Pero en cuanto a este tema, existen también opiniones recientes, aunque no mayoritarias, que defienden que el arbitraje de asuntos societarios también puede llevarse a cabo de forma eficaz conforme a criterios de equidad, siempre que por lo menos uno de los miembros del tribunal sea un experto jurista o, en caso contrario, que se nombre a peritos juristas para asesorar a los miembros del Tribunal<sup>384</sup>. Otros sostienen que optar por el arbitraje de equidad para la resolución de las impugnaciones de acuerdos sociales permite aplicar otros criterios en la decisión, además de las normas imperativas, brindando la oportunidad de llegar a una solución más justa<sup>385</sup>.

A pesar de estos razonamientos, considero que estas posturas demuestran que para asegurar una adecuada solución de este tipo de conflictos societarios es indispensable la participación de expertos en Derecho, ya que se trata de asuntos que requieren de conocimientos específicos que un técnico o especialista en otra materia no sería capaz de aplicar y, por tanto, no podría brindar una solución realmente eficaz para las partes del conflicto.

## **2) Arbitraje y conflictos societarios**

### **A) El modelo de cláusula arbitral**

#### **a) La inclusión de la cláusula de sometimiento a Arbitraje en los Estatutos de la Sociedad.**

El arbitraje como instrumento para resolver conflictos societarios presenta una serie de ventajas, que ya las hemos analizado en un capítulo precedente, pero para que éstas puedan ser realmente efectivas se deben de cumplir una serie de presupuestos, máxime cuando lo que nos planteamos es su uso dentro del Protocolo Familiar, entendido como contrato parasocial.

---

<sup>384</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 298 y ss.; PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., págs. 229 y ss.

<sup>385</sup> CALAVIA MOLINERO, J., Ponencia: “El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles”, ob.cit.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 74

Dentro de estos presupuestos está la preferencia, e incluso la necesidad (cuando se pretenda realizar mediante arbitraje la impugnación de acuerdos sociales) por la cláusula arbitral inserta en los estatutos de una sociedad de capital para dirimir eficazmente los problemas intrasocietarios, aún cuando dichos problemas estén dentro de la órbita del contrato interfamiliar que supone el Protocolo Familiar. En cambio, para solucionar los conflictos entre sociedades o entre la sociedad u otras personas físicas o jurídicas, como por ejemplo sería la acción de responsabilidad contra un administrador o un auditor, resultaría factible y conveniente optar por el convenio arbitral ad hoc.

Aunque el Derecho español no lo exija de forma expresa, optar por una cláusula arbitral estatutaria tiene ventajas evidentes con respecto al compromiso arbitral ad hoc a la hora de tener que elegir por una u otra vía para solucionar los conflictos que surjan en el seno de una sociedad de capital y evidente también resulta su uso dentro del especial ámbito del Protocolo Familiar y su halo de privacidad entre partes incorporadas. Estas ventajas son, por ejemplo, la previsibilidad y la vinculación de todos los socios y los órganos sociales a ella si se cumple con todos los requisitos que la Ley establece, e indudablemente la reserva de las cuestiones intrafamiliares cuando se dirimen las contiendas con la privacidad y falta de publicidad que supone el procedimiento arbitral, donde no existe ni registro de sentencias.

La materia de libre disposición, tal y como se analizó en la parte general de esta Tesis, es un requisito indispensable de arbitrabilidad. En el Derecho societario en particular también será necesario determinar cuál es la materia de libre disposición por los socios y por la sociedad, para comprender cuál es la materia susceptible de ser arbitrada.

En este apartado me refiero a la normativa legal existente que fomenta o faculta a una sociedad a incluir una cláusula arbitral en sus estatutos para resolver de esta forma sus conflictos internos, y como tal sociedad debemos adoptar el término para referirnos a la sociedad familiar que se articula alrededor del Protocolo Familiar. Esta referencia la haremos con una visión crítica, evaluando su oportunidad y resaltando las posibles objeciones que encontremos para su plena eficacia.

También estudiaremos la divergencia de opiniones en torno a la posibilidad de adoptar una cláusula arbitral por una sociedad ya constituida, sobre la mayoría

requerida para ello, así como la vinculación que ésta tendrá con respecto a la sociedad y a los socios presentes y futuros. Habrá también un apartado específico que se referirá a los efectos que tiene la cláusula arbitral frente a los terceros, máxime en nuestro supuesto de contrato parasocial con relaciones intrasocietarias, ya que como es evidente no pueden verse vinculados por una cláusula arbitral estatutaria por no ser parte de la misma, pero analizaremos cómo sí se verán afectados, al menos de una forma refleja, por sus efectos, ya que se trata de un hecho jurídico que deben reconocer aunque no los vincule.

Este capítulo tiene como finalidad despejar el panorama en el que se desenvolverá o que será el fundamento de nuestro posterior análisis, aclarando conceptos y tomando posición en cuanto a estas diferentes formas de afrontar la cláusula arbitral como legitimadora del arbitraje para resolver los conflictos que surjan en el ámbito interno de las sociedades de capital y de las sociedades familiares.

La cláusula compromisoria inserta en los estatutos de una sociedad y en el Protocolo Familiar es el acuerdo por el que los socios se comprometen a someter a un árbitro los futuros conflictos que puedan surgir entre ellos, o entre ellos y la sociedad, por razón de ésta<sup>386</sup>. Así, el límite objetivo de la cláusula arbitral lo constituyen todas las controversias jurídicas que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad, que versen sobre derechos disponibles relativos a la relación societaria (artículos 2.1 y 9.1 LA)<sup>387</sup>.

La cláusula arbitral en éstas sociedades puede estar presente desde el inicio en los estatutos originarios o puede ser introducida posteriormente, ya sea de manera preventiva o cuando se haya producido una controversia y se acuerde expresamente su inclusión en los estatutos o en el Protocolo para solucionar dicho conflicto por esta vía.

Aunque no se exija la adopción de una cláusula arbitral en los estatutos originarios de una sociedad como único medio eficaz para la resolución de las controversias intrasocietarias, es preferible, principalmente por tres razones.

En primer lugar, incorporar una cláusula arbitral antes de que surja el conflicto permite a los socios regular mejor todos los aspectos posibles del procedimiento a seguir en caso de controversias, así como existe también la posibilidad de que

---

<sup>386</sup> COHEN, D., “Arbitrage et société”, ob.cit., págs. 26, 66 y ss.

<sup>387</sup> COHEN, D., “Arbitrage et société”, ob.cit., pág. 67.



en dicha cláusula se remita para su regulación a una institución especializada, ambas posibilidades de difícil realización en el momento de un conflicto latente.

En segundo lugar, y como principal argumento en favor de la introducción de una cláusula arbitral en los estatutos de una sociedad de capital, se sostiene que se prefiere la cláusula arbitral estatutaria al convenio arbitral ad hoc por la amplitud de su eficacia subjetiva, especialmente cuando ésta está en los estatutos de una sociedad familiar, vinculando a las mismas personas que vincularía una sentencia judicial de impugnación de acuerdos sociales: a la sociedad y a sus órganos, así como a todos los socios, hayan votado o no a favor del acuerdo o lo hayan impugnado o no.

Y, en tercer lugar, es además un instrumento recomendable para relaciones que se pretende que sean duraderas, ya que fomenta una actitud positiva para continuar con la marcha de una sociedad, aunque exista algún tipo de conflicto, ya que se podrá solucionar mientras se continúa con el desarrollo normal del negocio<sup>388</sup>.

En resumen, la cláusula arbitral estatutaria es la forma de convenio arbitral que más conviene a éste tipo de sociedades cuando quieren resolver a través de este medio alternativo a la jurisdicción las futuras disputas intrasocietarias, ya que su eficacia subjetiva será realmente la misma que la de una sentencia, algo que no se conseguiría cuando la cláusula arbitral se encuentra en otros documentos societarios o parasocietarios sin su misma eficacia. Asimismo será también necesario que la cláusula esté correctamente estipulada y en ella se comprendan todos los conflictos posibles, aunque sin ser demasiado general o “vaga”.

#### **b) La inclusión en los pactos parasociales: la inclusión en el Protocolo Familiar**

La cláusula arbitral como instrumento esencial para el arbitraje intrasocietario también se puede encontrar en otros documentos societarios, tales como los pactos parasociales o el reglamento interno de la junta general; pero las cláusulas de este tipo carecerán, en principio, de la eficacia subjetiva que tiene aquella que se encuentra en los estatutos de una sociedad. JUSTE MENCÍA afirma que la eficacia

---

<sup>388</sup> CAPRASSE, O., “Les sociétés et l’arbitrage”, ob.cit., pág. 368

de la cláusula arbitral inserta en un pacto parasocial no es la misma de aquella inserta en los estatutos sociales. Pero cuando todos los socios sean parte de dicho pacto, sí tendrá la misma eficacia, como sería por ejemplo el caso del Protocolo Familiar<sup>389</sup>.

Los pactos parasociales, como hemos tenido ocasión de analizar, son aquellos *“celebrados fuera de la escritura constitutiva entre todos los socios o entre grupos de socios orientados a la derogación o modulación de aspectos corporativos materialmente estatutarios, estableciendo un ordenamiento social paralelo de diverso alcance, generalmente praeter legem y a veces secundum legem, con la finalidad de ocultar pactos generadores de obligaciones accesorias del socio frente a la sociedad y así sustraerlas de eventuales pretensiones de terceros, e incluso contra legem, en contradicción con normas imperativas, con el orden público o con los principios de información del tipo. En sustancia, los intervinientes disponen con carácter reservado de los derechos inherentes a la condición de socio, obligándose recíprocamente a ejercitarlos en un sentido determinado”*<sup>390</sup>.

El artículo 112, inciso primero, de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, que regula la publicidad de los pactos parasociales y de otros pactos que afecten a una sociedad cotizada, define los pactos parasociales como:

*“1. A los efectos de lo dispuesto en este título, se entienden por pactos parasociales aquellos pactos que incluyan la regulación del ejercicio del derecho de voto en las juntas generales o que restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones en las Sociedades Anónimas cotizadas. Lo dispuesto en este artículo respecto de los pactos parasociales se aplicará también a los supuestos de pactos que con el mismo objeto se refieran a obligaciones convertibles o canjeables emitidas por una Sociedad Anónima cotizada”*.

Se trata en definitiva de aquellos pactos entre todos los socios o parte de ellos y los administradores o entre éstos y terceros, o cualquier otra combinación posible entre los mismos, que buscan regular alguna cuestión relacionada directamente

---

<sup>389</sup> JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, ob.cit.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 246.

<sup>390</sup> DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos”, en Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada: Estudio sistemático de la Ley 2/1995, coord. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, pág. 158.

con la sociedad pero eludiendo los estatutos sociales<sup>391</sup>. En ellos es posible estipular una cláusula arbitral, pero se verá matizada y condicionada por la falta de publicidad registral, lo que implica que sólo vinculará a los socios que los suscribieron (artículo 1257CC) y a sus herederos, sin vincular a la propia sociedad, los demás socios, los socios sucesivos, ni al resto de personas que tengan relación con la sociedad, a menos que lo acepten expresamente (artículos 7.1 LSA y 11 LSRL)<sup>392</sup>.

Además de que carecen de la publicidad necesaria para vincular a todos los socios y a la sociedad, no es el instrumento adecuado para contener la cláusula

---

<sup>391</sup> OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 55; ROVIRA, A., Pactos de socios, ob.cit., pág. 322; ALONSO LEDESMA, C., “Pactos Parasociales”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 853 y ss.; En SÁNCHEZ CALERO, F., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002 (en adelante Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles), el artículo 26 regula los pactos parasociales, y dice: 1. Los pactos celebrados entre todos o algunos socios, o entre uno o varios socios y uno o varios administradores al margen de la escritura social o de los estatutos no serán oponibles a la sociedad. 2. En las sociedades cotizadas, los pactos parasociales se registrarán por lo establecido en el Libro III de este Código. 3. Son nulos aquellos pactos parasociales por los que uno o varios administradores de la sociedad se obliguen a seguir las instrucciones de socios o terceros.

<sup>392</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 315; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 290; BLANDINI, A., “La clausola compromissoria nell’arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo”, ob.cit., pág. 607; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”, ob.cit., pág. 36; PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., págs. 202 y 229; DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos”, ob.cit., pág. 159; ROVIRA, A., Pactos de socios, ob.cit., pág. 27; GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la Voluntad y sus principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez, coord. J. Iglesias Prada, Tomo II, Sociedades Mercantiles, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1996, pág. 1873; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 55; CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., pág. 91; CALAVIA MOLINERO, J., Ponencia: “El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles”, ob.cit.; SAP de Barcelona (Sección 15ª), 18 de noviembre de 1996, fundamento de Derecho segundo; SÁNCHEZ CALERO, F., La Sociedad Cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, págs. 164 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 15; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 137; SÁNCHEZ CALERO, F., La junta general en las sociedades de capital, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, págs. 298 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 62.

arbitral<sup>393</sup>. Por lo que aunque nada impide que se perfeccione un convenio arbitral entre ciertos socios en un pacto parasocial, éste tendrá una naturaleza privada y estará regido por el principio de libertad de forma, por lo que no podrá acceder al Registro Mercantil ni tener la publicidad que una cláusula de este tipo requiere (artículos 7 y 10 LSA)<sup>394</sup>.

A pesar de lo anterior, un ejemplo de pacto parasocial muy común que sí puede contener una cláusula arbitral es el Protocolo familiar. Pero, tal y como afirmo, su eficacia será únicamente interna, aunque si el Protocolo familiar está inscrito en el Registro Mercantil, en aras de la seguridad jurídica y como condición inexcusable, sí será oponible a terceros y a la propia sociedad<sup>395</sup>.

El Protocolo familiar es *“un instrumento contractual potestativo, como potestativa es su publicidad, regulador del buen gobierno (“Corporate Governance”) de la empresa familiar (“family business”)*”<sup>396</sup>.

En cuanto a la eficacia únicamente interna del Protocolo familiar, la Resolución de 30 de septiembre de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el fundamento de Derecho tercero, aclara la naturaleza de la publicidad del Protocolo familiar inscrito. Dice que *“a este efecto cabe recordar que la publicidad que regula el artículo 5 del Real Decreto 171/2007 es una mera publicidad noticia, que da a conocer la existencia de un Protocolo familiar pero no su contenido, y que por su propia definición no entraña la calificación de sus cláusulas, no genera un efecto de publicidad material, ni, mucho menos, garantiza su cumplimiento. Sólo estaría amparada por la fe pública registral la modificación estatutaria inscrita como consecuencia de la ejecución de un protocolo familiar publicado (artículo 7 del citado Real Decreto), y como tal*

---

<sup>393</sup> PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., pág. 202.

<sup>394</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 290; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 138.

<sup>395</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral”, Thomson-Cívitas, Navarra, 2008, págs. 243 y ss.; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

<sup>396</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El “enforcement” societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, en Revista Derecho de Sociedades, nº 29, 2007-2, pág. 146; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral, ob.cit., pág. 38.

*cláusula estatutaria inscrita obligaría a los socios (artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas)”.*

Este pacto parasocial tan especial, se encuentra definido en el artículo 2 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos Familiares.

El artículo 2, del Real Decreto 171/2007, sobre definición del Protocolo familiar y su publicidad dice así:

*“A los efectos de este Real Decreto se entiende por Protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.*

*La sociedad sólo podrá publicar un único Protocolo, suscrito por sus socios, si bien el mismo puede ser objeto de diversas formas de publicidad. En el supuesto que el Protocolo familiar afecte a varias sociedades, cada una de ellas podrá publicarlo en la parte que le concierna. Publicada la existencia de un Protocolo no podrá reflejarse en el Registro Mercantil la constancia de otro diferente si no se expresare en la solicitud que el que pretende su acceso al Registro, es una modificación o sustitución del publicado.*

*La publicidad del Protocolo tiene siempre carácter voluntario para la sociedad.”*

De acuerdo a este artículo, el Protocolo familiar se caracteriza por tener naturaleza contractual, por ser concluido entre miembros de una misma familia y que tiene por finalidad asegurar el buen gobierno de la sociedad (no cotizada) previniendo los potenciales conflictos inherentes a la empresa, a la propiedad y a la familia<sup>397</sup>.

---

<sup>397</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral”, ob.cit., págs. 40 y ss.

Este Real Decreto modifica varios artículos del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996 de 19 de Julio, y, en relación con nuestro tema, los artículos 114.2.c) y 175.2.c) RRM en concreto.

*De acuerdo a su Exposición de Motivos, “una gran parte del tejido empresarial español está integrado por sociedades de carácter familiar en sentido amplio, es decir, aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí. Esta realidad económica, jurídica y social obliga a tomar en consideración sus peculiaridades y la lícita autorregulación de sus propios intereses”.*

Esta misma Exposición de Motivos entiende que el Protocolo familiar se regulará como un pacto parasocial y en él es donde consideran que puede establecerse una cláusula compromisoria.

Por otra parte, otro instrumento societario en el que se puede incluir una cláusula arbitral es el reglamento de la junta general. Los reglamentos internos de la junta de una sociedad de capital tienen como función facilitar la ejecución de las normas estatutarias y el funcionamiento de la sociedad a través de la concreción o complementación de las normas estatutarias<sup>398</sup>. El reglamento de orden interno de la junta general es un instrumento surgido de la práctica, que en realidad no es muy utilizado por las sociedades de capital no cotizadas. Tiene como objeto ser una especie de manual de utilización o explicación de los estatutos sociales, destinado a informar a los socios; aunque también puede contener una serie de reglas de funcionamiento de la sociedad y tener, por tanto, un carácter normativo.

Parte de la doctrina defiende que es posible, igualmente, que el convenio arbitral se encuentre en el reglamento interno de la junta general. El reglamento interno de la junta general es una obligación legal para las sociedades cotizadas (artículo 113 Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, en adelante LMV), aunque esto no impide que otro tipo de sociedades adopten esta forma de autorregulación. En dicho reglamento podrán contemplarse todas aquellas materias que atañen a la junta general (convocatoria, preparación, información, concurrencia, desarrollo y ejercicio de los derechos políticos), con respeto de las materias reguladas en la Ley y en los estatutos. Esto quiere decir que el

---

<sup>398</sup> DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, ob.cit., pág. 83; SÁNCHEZ CALERO, F., “La junta general en las sociedades de capital”, ob.cit., pág. 650.

reglamento se encuentra en una posición de subordinación con respecto de la Ley y de los estatutos, por lo que no puede considerarse como una modificación de los estatutos ni ir más allá de lo previsto en ellos<sup>399</sup>.

En el supuesto que el reglamento interno de una junta general contuviera una cláusula arbitral sería éste un supuesto de una cláusula arbitral por referencia, siempre que se hiciera una reseña expresa de ella en los estatutos (artículo 9.4 LA), vinculando a los socios presentes y futuros, cuando éste también se encuentre inscrito<sup>400</sup>. Este razonamiento se basa en que el funcionamiento de una sociedad no está únicamente en la escritura constitutiva, por lo que no es indispensable que la cláusula compromisoria se encuentre allí. Lo que se exige como presupuesto de validez para una cláusula arbitral por referencia es que ésta tenga incidencia en el documento principal y, si ahí no constara la cláusula, que se haga referencia expresa a ésta<sup>401</sup>.

Por tanto, esta parte de la doctrina considera que si el reglamento de una junta general de una sociedad cotizada contuviera una cláusula arbitral para el sometimiento de los conflictos societarios, y en especial de la impugnación de acuerdos sociales, se podría entender que dicha cláusula sería vinculante para todos los socios (presentes y futuros), ya que ha sido aprobada junto con el reglamento interno por los accionistas, en una junta general con el quórum ordinario previsto en el artículo 102 LSA, siendo además un acuerdo inscribible en el Registro Mercantil y objeto de comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) (artículo 113 LMV)<sup>402</sup>.

Pero en contra de la postura antes enunciada, otra parte de la doctrina defiende que cuando la cláusula arbitral se encuentra en un documento extra societario tiene como ventaja la flexibilidad, pero está privada de una parte de su eficacia.

---

<sup>399</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Reglamento de la Junta”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 977 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Los órganos de gobierno. La Junta General. El Reglamento de la Junta General”, en AA.VV., Régimen jurídico español de la sociedad cotizada, Editorial Comares, Granada, 2006, pág. 108; SÁNCHEZ CALERO, F., La junta general en las sociedades de capital, ob.cit., págs. 650 y ss.

<sup>400</sup> PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario”, ob.cit., pág. 200; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 139.

<sup>401</sup> COHEN, D., Arbitrage et société, ob.cit., págs. 68 y 192; CAPRASSE, O., Les sociétés et l'arbitrage, ob.cit., págs. 386 y ss.

<sup>402</sup> PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario”, ob.cit., pág. 200.

Las convenciones extra-estatutarias, con una naturaleza puramente contractual, solamente vinculan a quienes han sido parte. No son oponibles ni a la sociedad misma ni a futuros adquirentes de derechos sociales, a menos que expresamente lo acepten. Por lo que si se quiere que la cláusula arbitral tenga la publicidad necesaria y vincule eficazmente a la sociedad y a todos sus socios deberá estar expresamente en los estatutos sociales, ya que, además, si llegase a haber contradicción entre los estatutos y el reglamento interno, debe entenderse que prevalecen los estatutos<sup>403</sup>.

## **B) Normativa reguladora en España**

Las sociedades de capital generalmente cuando quieren resolver sus conflictos mediante arbitraje, optan por una cláusula compromisoria inserta en sus estatutos en lugar de un compromiso ad hoc. La necesidad de que la cláusula se encuentre en los estatutos sociales es un requisito para su eficacia y oponibilidad, ya que además de ser un elemento de prueba de su existencia, cumple la función de información y publicidad, tanto para la sociedad, los socios (presentes y futuros) y todos sus órganos, así como para todos aquellos que quieran contratar o relacionarse con ella<sup>404</sup>.

El ordenamiento positivo español cuenta con normas que facultan expresamente la inclusión de una cláusula arbitral en los estatutos de determinadas sociedades. Tal es el caso de la Ley de Sociedades Cooperativas española y valenciana, los Estatutos Orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa o la Ley de Sociedades Profesionales. En este punto también es importante hacer, aunque sea de una forma breve, referencia al Derecho comparado, ya que éste nos aporta luces y experiencias en cuanto a la regulación de esta materia.

---

<sup>403</sup> OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 51; PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., págs. 200 y 201; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, ob.cit., pág. 85; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Los órganos de gobierno. La Junta General. El Reglamento de la Junta General”, ob.cit., pág. 116.

<sup>404</sup> PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., pág. 212; CALAVIA MOLINERO, J., Ponencia: “El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles”, ob.cit.; GARBERÍ LLOBREGAT, J., Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ob.cit., pág. 180; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 246.



**a) La Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas y la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad valenciana**

La referencia a la normativa de las Sociedades Cooperativas me parece obligada en este estudio por tratarse de una regulación expresa del arbitraje societario; además por su gran desarrollo doctrinal y jurisprudencial, sirviendo de modelo para el análisis del arbitraje tanto en la Sociedad de Responsabilidad Limitada como en la Sociedad Anónima y por ende en la sociedad familiar articulada alrededor del Protocolo Familiar.

Las Sociedades Cooperativas en España cuentan con un panorama legislativo caracterizado por ser un mosaico de disposiciones. Además de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, hay que sumar las leyes de cada Comunidad Autónoma, con sus regulaciones propias<sup>405</sup>. En este contexto, analizaremos la normativa estatal y la Ley de Cooperativas de la Comunidad valenciana, por regular expresamente el arbitraje como un mecanismo válido para resolver sus controversias.

Las Sociedades Cooperativas se rigen por unos principios específicos. En el artículo primero de la Ley se definen como aquellas sociedades constituidas *“por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y de baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional”*.

Estas sociedades tienen como objetivo esencial la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de sus socios, limitan la responsabilidad de sus miembros y son en su vertiente externa sociedades de capital, todo lo cual nos permite analizar la flexibilidad de su régimen jurídico en el que se otorga un considerable margen para la autorregulación, que aunque sea un instrumento de integración laboral y económica de los ciudadanos, establece fórmulas que permiten lograr

---

<sup>405</sup> VÁZQUEZ CUETO, J., “Las sociedades con base mutualista”, en Derecho Mercantil, dir. G. Jiménez Sánchez, Editorial Ariel, 7ª ed., Barcelona, 2002, pág. 429; MARTÍNEZ SEGOVIA, F., “Sociedad Cooperativa”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1103 y ss.

la rentabilidad y la competitividad de esta figura con el resto de operadores jurídicos, elementos importantes para este análisis<sup>406</sup>.

En específico en cuanto al arbitraje como medio para resolver las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las Sociedades Cooperativas, la disposición adicional décima de la Ley de Cooperativas dice así:

*“Las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las cooperativas, entre el Consejo Rector o los apoderados, el Comité de Recursos y los socios, incluso en el período de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje de Derecho regulado por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre (RC 1988/2430 y RCL 1989, 1873); no obstante, si la disputa afectase principalmente a los principios cooperativos podrá acudir al arbitraje de equidad”.*

Dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; pero el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes.

En cuanto a este artículo, es importante resaltar que aunque mencione a la Ley 36/1988, actualmente se aplica la Ley 60/2003 de Arbitraje; además de la expresa admisión de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos asamblearios, *“dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos”*. Con esta Ley se reconoce expresamente el arbitraje societario cooperativo, y tiene como fin evitar cualquier incertidumbre que pueda surgir a la hora de interpretar una cláusula de sumisión a arbitraje, las cuales son muy frecuentes en la práctica estatutaria. CARAZO LIÉBANA propone que en caso de requerir el apoyo judicial o ante una acción de anulación del laudo, serán los Juzgados de lo Mercantil los competentes para ello, de acuerdo al artículo 86 ter apartados 2.a y 2.g de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), en los que se les atribuye la competencia por tratarse de cuestiones cooperativas y por remitir a ellos la Ley de Arbitraje<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> VÁZQUEZ CUETO, J., “Las sociedades con base mutualista”, ob.cit., págs. 431 y ss.; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M., BENAVIDES VELASCO, P., “La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico”, en Revista Derecho de Sociedades, nº 27, 2006-2, págs. 273 y ss.

<sup>407</sup> CARAZO LIÉBANA, M., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 121.

También la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 marzo de 2005 (Sala de lo Social), en su fundamento de Derecho segundo, tras un recurso de casación para la unificación de doctrina, afirma que a través del arbitraje también se está tutelando el Derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y específica en cuanto a la materia cooperativa; y que será válido recurrir al arbitraje siempre y cuando las partes se hubiesen comprometido de forma voluntaria y previa a resolver sus conflictos a través de este medio alternativo a la jurisdicción.

Existe en la legislación cooperativa actual otro posible modelo normativo que sigue estos razonamientos. En el artículo 10.2.m de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad valenciana, se establece entre el contenido mínimo de los estatutos la cláusula de sometimiento a arbitraje cooperativo. Este se encuentra regulado en el artículo 123.1.b de la misma Ley, en el cual el convenio arbitral es requisito previo para poder solucionar por esta vía las controversias surgidas entre entidades cooperativas, o entre éstas y sus socios o sus miembros. Podrá efectuarse el arbitraje tanto de Derecho como de equidad y el laudo tendrá los mismos efectos que una sentencia judicial.

El artículo 123 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad valenciana, sobre conciliación y arbitraje cooperativos dice:

*“En la resolución de los conflictos que se planteen entre entidades cooperativas o entre éstas y sus socios o miembros, el Consejo valenciano del Cooperativismo ejercerá una doble competencia:*

*La conciliación previa, de carácter voluntario, al ejercicio de acciones ante los Tribunales. Su regulación, que será la prevista en el reglamento del Consejo, incluirá el reconocimiento de que las certificaciones de avenencia son título suficiente para obtener la ejecución de lo acordado.*

*El arbitraje de Derecho o de equidad. El Consejo valenciano del Cooperativismo, a través de los letrados o expertos que designe, podrá emitir laudos arbitrales, con efectos de sentencia judicial obligatoria para las partes y ejecutoria para los Tribunales. Será preciso que las partes en conflicto se hayan obligado previamente mediante convenio arbitral, en virtud de cláusula inserta en los estatutos sociales de las cooperativas o fuera de éstos.*

*Si el compromiso es de arbitraje de Derecho, el laudo será emitido y firmado por uno o tres licenciados en Derecho, miembros del Consejo o, de la Corte de Arbitraje Cooperativo nombrados por este Consejo entre licenciados en Derecho expertos en cooperativas.*

*Si el compromiso es de arbitraje de equidad podrán emitir y firmar el laudo en nombre del Consejo, cualesquiera personas, aunque no sean juristas, bien miembros de éste, bien terceros designados por el Consejo.*

*El procedimiento y recursos en ambos casos serán los regulados en la legislación estatal sobre arbitraje de Derecho privado.*

*La presentación ante el Consejo valenciano del Cooperativismo de la reclamación previa de conciliación o de la demanda de arbitraje, interrumpirá la prescripción y suspenderá la caducidad de las acciones, de acuerdo con la legislación estatal.*

*Mediante Ley se establecerán las tasas que deberán satisfacer las partes en conciliación o arbitraje. Será sujeto pasivo de las mismas, el reclamante, salvo que en el laudo de conciliación o arbitraje se impongan las tasas resultantes de otro modo”.*

En resumen, esta normativa propia para las Sociedades Cooperativas valencianas establece un arbitraje institucional. Es posible optar por esta opción de resolución de conflictos a través de una cláusula arbitral estatutaria o a través de un convenio arbitral ad hoc, y el laudo tendrá los mismos efectos de oponibilidad y carácter ejecutivo que una sentencia.

Esta Ley es, tal y como decíamos, un modelo de regulación del arbitraje societario, constituyendo un adelanto grandísimo en su desarrollo y especialmente a través de la asignación al Consejo valenciano de Cooperativismo del nombramiento de los árbitros, sin que sean las partes mismas quienes deban hacerlo, evitando todos los problemas, que hemos mencionado anteriormente, en cuanto a su falta de imparcialidad que a través del nombramiento de los árbitros por las mismas partes en determinadas ocasiones se pueden generar. Además, que los árbitros deban ser expertos en la materia es otra de las ventajas que este arbitraje muestra sobre la resolución convencional de este tipo de disputas,

dando una respuesta más adecuada y acorde con las necesidades y expectativas de las partes en litigio.

Y como conclusión, como método alternativo de resolución intrasocietario, debemos mantenernos en la idea de que la regulación parasocial opera intersocios y erga omnes caso de publicitarse con arreglo al depósito en el RRM.

### **b) Los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa**

En segundo lugar, contamos con otra normativa que favorece la inclusión de una cláusula arbitral para resolver los conflictos intrasocietarios en las sociedades de capital y que debemos hacer extensivo a las sociedades familiares reguladas por Protocolo interno. Se trata de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, la cual se regula como especialidad de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (artículo 130 LSRL). Por estas razones se hará una breve reseña de las principales características de una Sociedad de Responsabilidad Limitada en cuanto se refieren a la materia que estamos estudiando.

La Sociedad de Responsabilidad Limitada es una sociedad mercantil cerrada; es decir, no puede acudir al mercado de valores y tiene un carácter más o menos personalista en sus relaciones internas de acuerdo a lo que establezcan sus estatutos<sup>408</sup>. Por estas razones, en el proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1994 se preveía expresamente la posibilidad de acudir al arbitraje societario, que finalmente no llegó a aprobarse, no por argumentos en contra del arbitraje, sino por considerar que era una previsión superflua, ya que se sostuvo que para eso estaba la Ley de Arbitraje, como norma especial, y por considerar que no era necesario ir incorporando específicamente a cada norma sectorial esta posibilidad, dando por sentado que si las partes hubiesen acordado resolver sus disputas mediante arbitraje, sería una opción perfectamente válida<sup>409</sup>.

---

<sup>408</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Noción y características de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, Capítulo III, en La Sociedad de Responsabilidad Limitada, coord. A. Bercovitz Rodríguez- Cano y otros, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 74.

<sup>409</sup> OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 21.

Pero con el transcurso del tiempo, los cambios en la legislación y en la jurisprudencia, y con el fin de evitar la inseguridad que la arbitrabilidad de conflictos intrasocietarios ha provocado por la diversidad de opiniones en cuanto a su aceptación o no, se ha optado por hacer una referencia expresa a esta posibilidad cuando se considere pacífica su aceptación, en aras de la seguridad jurídica. Tal es el caso de los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, ya que se trata de una sociedad que, según la propia Exposición de Motivos de la Ley, cuenta con una mayor flexibilidad en su régimen jurídico, es esencialmente cerrada y en ella conviven en armonía elementos personalistas y capitalistas, haciéndola especialmente recomendable para pequeñas y medianas empresas; creando todos estos elementos el medio ideal para albergar una cláusula arbitral.

En este sentido, existe un beneplácito al arbitraje en los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, aprobados por Orden del Ministerio de Justicia 1445/2003, de 4 de junio, cuando en su artículo 15 establece que toda cuestión que se suscite entre los socios, o entre éstos y la sociedad, con motivo de las relaciones sociales, podrá ser resuelta mediante arbitraje que deberá ser formalizado por las prescripciones legales<sup>410</sup>.

La utilidad de estos Estatutos orientativos radica en que facilitan a los socios fundadores la calificación e inscripción rápida, en un plazo máximo de 24 horas desde la presentación, de la escritura constitutiva (artículo 134.6 LSRL). Constituyen una ayuda o modelo para el empresario, aunque los socios pueden elaborar otro tipo de estatutos sociales, con los límites del Derecho imperativo establecidos en la Ley. Pero es adecuado que a través de este modelo orientativo se les recuerde a los socios que pueden optar por el arbitraje como instrumento válido y eficaz para resolver sus conflictos<sup>411</sup>.

### **c) La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales**

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (en adelante LSP), se aprobó con el fin de regular la gran difusión, escala y complejidad que han

---

<sup>410</sup> OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 21.

<sup>411</sup> VALPUESTA GASTAMIZA, E., La Sociedad Limitada Nueva Empresa. Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 111 y ss.; VIERA GONZÁLEZ, J., “Sociedad Limitada Nueva Empresa”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1186 y ss.

adquirido las organizaciones colectivas que operan en el ámbito de los servicios profesionales. Es la regulación más novedosa con la que contamos que disciplina de un modo explícito la opción que tienen los miembros de una Sociedad profesional para resolver sus conflictos por la vía arbitral.

Las Sociedades Profesionales pueden acogerse a cualquiera de las formas sociales existentes, rigiéndose en primer lugar por esta Ley y supletoriamente por las normas correspondientes a la forma social adoptada (artículo 1.2 LSP), creando verdaderos híbridos del Derecho societario en cuanto a su naturaleza y forma<sup>412</sup>.

Tendrán por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional y existirá, además de la responsabilidad societaria, una responsabilidad personal de los profesionales, socios o no, que hayan intervenido en la prestación del servicio (artículo 11 LSP)<sup>413</sup>.

Por sus propias características podemos afirmar que se trata de una sociedad con evidentes rasgos personalistas y de sociedad cerrada, independientemente del tipo social adoptado, ya que como veíamos, prevalece esta Ley sobre las normas reguladoras de la forma social escogida. La condición de socio profesional es intransmisible, salvo que medie el consentimiento de todos los socios profesionales (artículo 12 LSP). De igual modo podrá pactarse que en caso de muerte o transmisión forzosa entre vivos, no se transmitan las participaciones del socio profesional, sino que se abone la cuota de liquidación que corresponda (artículo 15 LSP).

A pesar de esto, la promulgación de esta Ley pone a disposición de los profesionales las estructuras corporativas de las Sociedades Anónimas, las Sociedades de Responsabilidad Limitada y de las Sociedades Comanditarias por acciones, si bien quedan un *“tanto flexibilizados como hibridados por efecto de normas especiales (...)”*. Ciertamente, las normas que regulan con carácter general estos tipos conceden un determinado grado de funcionalidad a la autonomía privada (autonomía estatutaria: artículos 10 LSA y 12.3 LSRL), pero según la valoración del legislador no es suficiente para alcanzar la flexibilidad que demandan las Sociedades Profesionales<sup>414</sup>.

---

<sup>412</sup> YANES YANES, P., “Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales”, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, págs. 35 y ss.

<sup>413</sup> YANES YANES, P., “Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales”, ob.cit., págs. 127 y ss.

<sup>414</sup> YANES YANES, P., “Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales”, ob.cit., pág. 39.

En este contexto, el artículo 18 de la Ley de Sociedades Profesionales regula expresamente la posibilidad de establecer en el contrato social que las controversias derivadas del mismo que surjan entre los socios, entre los socios y los administradores, y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a la separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, sean sometidas a arbitraje, de acuerdo con las normas reguladoras de la institución. Esto hace evidente que el legislador ha aceptado de forma expresa la posibilidad de recurrir a un árbitro para solucionar los conflictos dentro de una sociedad de este tipo, si los socios lo han así decidido mediante la inclusión de una cláusula arbitral en el contrato social o en los estatutos. Es una posibilidad que se les da a los socios, afectando por igual a las sociedades de capital como a las personalistas, por ser ambas opciones válidas para una Sociedad Profesional<sup>415</sup>.

Los comentarios a esta Ley consideran que este artículo no era necesario, ya que tras la promulgación de la Ley 60/2003 de Arbitraje, los conflictos societarios son arbitrables<sup>416</sup>. *“Pudo por tanto haberse suprimido del texto articulado sin que la posibilidad que sugiere no quedara negada, pero se mantuvo prácticamente intocado desde la originaria PropALSP/1998, elaborada con anterioridad a la promulgación de la Ley de Arbitraje”*<sup>417</sup>.

Esta postura sigue la línea de quienes afirman, con quienes estoy de acuerdo, que no es necesaria la enumeración taxativa de las materias arbitrables, sino que para eso está la Ley especial dando criterios generales que deberán analizarse para determinar, caso por caso, si nos encontramos frente a asuntos arbitrables<sup>418</sup>.

Pero lo que sí hay que recalcar de este artículo, que lo hace además con muy buen resultado, es que refleja la preferencia, dentro de una sociedad con estas características, por la “contractualización” de la solución de los conflictos

---

<sup>415</sup> CASTAÑER CODINA, J., Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales, CISS Grupo Wolters Kluwer, Valencia, 2007, págs. 269 y 273; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 291.

<sup>416</sup> Ya en su fase de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales, FERNÁNDEZ DEL POZO la criticaba, diciendo que estimaba que “la previsión es innecesaria además de equívoca: ¿a qué institución se refiere: a la institución jurídica del arbitraje o a las instituciones que administran el arbitraje? ¿Se quiere prohibir el arbitraje no institucional?, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 288.

<sup>417</sup> YANES YANES, P., “Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales”, ob.cit., pág. 227; CASTAÑER CODINA, J., Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales, ob.cit., pág. 269.

<sup>418</sup> CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 60.



intrasocietarios, en lugar de acudir a la jurisdicción; además de afirmar que, en la actualidad, es pacífico aceptar la sumisión a arbitraje de las controversias societarias<sup>419</sup>.

**d) El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos familiares**

Esta reforma a los artículos 114.2.c) y 175.2.c) del Reglamento del Registro Mercantil admite expresamente que tanto las Sociedades Anónimas como las Sociedades de Responsabilidad Limitada puedan incluir entre los pactos que son posibles al amparo de la autonomía de la voluntad cláusulas arbitrales para resolver los conflictos societarios (artículos 10 LSA y 12.3 LSRL).

Por las características propias que tiene que tener una sociedad que cuente con un Protocolo familiar es por lo que se ha admitido, sin discusión, la posibilidad de optar por la vía arbitral, ya que las partes que se verán afectadas están plenamente identificadas, además que los efectos que puedan generarse no afectarán a terceros ajenos a dicho convenio.

Este Real Decreto expresamente excluye de su aplicación a las Sociedades cotizadas (artículo 1), las cuales encontrarán su marco normativo en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las Sociedades Anónimas cotizadas. Esta normativa se centra en las sociedades familiares y cerradas, elemento este de gran importancia para nuestro análisis.

Creo que este Real Decreto intenta hacer una regulación especial del arbitraje en materia societaria, tomando tal vez como modelo la regulación italiana, pero en vez de hacer una normativa específica del procedimiento arbitral en el Derecho societario, se ha optado por insertar estas reformas en una normativa especial dirigida a las sociedades cerradas.

---

<sup>419</sup> YANES YANES, P., “Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales”, ob.cit., pág. 228; CASTAÑER CODINA, J., “Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales”, ob.cit., pág. 270.

Tras esta reforma, el apartado 2 del artículo 114, inciso c) del Reglamento del Registro Mercantil regula la posibilidad de inscripción, en la escritura o en los estatutos de una Sociedad Anónima, de un pacto por el que *“los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos”*. Y el apartado 2 del artículo 175, inciso c) del Reglamento del Registro Mercantil permite incluir en la escritura o los estatutos de una Sociedad de Responsabilidad Limitada: *“el pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos”*.

Esta reforma constituye un indicio de una mayor aceptación de las cláusulas arbitrales estatutarias para resolver las impugnaciones de acuerdos sociales por parte del ordenamiento, favoreciendo las relaciones entre socios y procurando, además de la estabilidad y paz dentro de la misma sociedad, una seguridad en el tráfico que evita la disolución o paralización de los órganos de este tipo de sociedades<sup>420</sup>.

### **C) La normativa en el Derecho comparado**

El Derecho comparado también nos brinda modelos de regulación de la cláusula arbitral en el seno de las sociedades de capital. Tal es el caso de Francia e Italia, pero por su importancia y el aporte doctrinal que suponen, su regulación y análisis se ha hecho durante el estudio interno de cada apartado de este trabajo.

En este apartado únicamente se hará mención de las normas concretas que permiten la regulación del arbitraje como medio válido para resolver los conflictos intrasocietarios.

En Francia, el artículo L721-3 del Código de Comercio permite expresamente a las partes, al momento de contratar, acordar someter a arbitraje las controversias que surjan entre ellas relativas a las sociedades comerciales.

---

<sup>420</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Esquema para la redacción de un protocolo familiar”, en Revista Derecho de Sociedades, n° 19, año 2002-2, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 166.

Conforme al artículo L721-3 del Código de Comercio francés los Tribunales de comercio conocen:

*“De las disputas relativas a los acuerdos entre comerciantes, entre establecimientos de crédito o entre ellos;*

*De aquellos relativos a las sociedades comerciales;*

*De aquellos relativos a los actos de comercio entre todas las personas.*

*Sin embargo, las partes pueden, al momento de contratar, convenir someter a arbitraje las disputas arriba enumeradas.”*

Y el artículo L721-5 *in fine* del mismo Código de Comercio<sup>421</sup>, faculta a los socios a establecer en los estatutos la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos que surjan, entre ellos, por razón de la sociedad. Éste último elemento es el que debe tenerse siempre presente para valorar o no su arbitrabilidad: si el conflicto ha surgido o no por razón de la sociedad<sup>422</sup>.

Las diferencias que surjan en el seno de una sociedad podrán, de acuerdo a estas normas, ser sometidas a la vía arbitral<sup>423</sup>. Pero el árbitro, al igual que el juez, no podrá interferir ni en los asuntos de la gestión social ni para solucionar la oposición de dos grupos de socios, que debe ser resuelta entre ellos, a menos que se trate de algún tipo de abuso; ya que este aspecto no entra dentro de su misión jurisdiccional<sup>424</sup>.

Por su parte, la legislación italiana también cuenta con una regulación específica para el arbitraje societario. El artículo 34.1 D. Leg. 5/2003 en atención a la

---

<sup>421</sup> El artículo L721-5 Código de Comercio francés ordena que: *“En contravención del apartado 2º del artículo L721-3 y con reserva de las competencias de las jurisdicciones disciplinarias y a pesar de toda disposición en contra, los tribunales civiles son los únicos competentes para conocer de las acciones judiciales en las que una de las partes sea una sociedad constituida de acuerdo a la Ley nº 90-1258 de 31 diciembre 1990 relativa al ejercicio bajo la forma de sociedades profesionales liberales sometidas a un estatuto legislativo o reglamentario cuyo título esté protegido, así como las controversias que surgirán entre asociados de una de estas sociedades. Sin embargo, los asociados pueden convenir, en los estatutos, someter a arbitraje las controversias que sobrevendrán entre ellos por razón de su sociedad”*.

<sup>422</sup> BOISSESON, M., “Le droit français de l’arbitrage interne et international”, ob.cit., págs., 45 y ss. Un litigio tendrá incidencia en la sociedad cuando genere una consecuencia, produzca un efecto o ejerza algún tipo de influencia en ella. COHEN, D., “Arbitrage et société”, ob.cit., pág. 68.

<sup>423</sup> HUYS, M., KEUTGEN, G., “L’arbitrage en droit Belge et international”, ob.cit., pág. 95.

<sup>424</sup> COHEN, D., Arbitrage et société, ob.cit., pág. 134.

Legge 3 ottobre 2001, n. 366 (en adelante L. 366/2001), regula únicamente el arbitraje societario que tenga su causa en una cláusula arbitral inserta en el acto constitutivo o en los estatutos<sup>425</sup>, quedando excluido de esta normativa el arbitraje que tenga su fundamento en un compromiso arbitral ad hoc<sup>426</sup>. Para el resto de situaciones que no tengan su causa en una cláusula estatutaria, como podrían ser las que se encuentren en pactos parasociales o en un compromiso arbitral ad hoc, se deberá hacer uso del Derecho arbitral general regulado en los artículos 806 y siguientes del Código Procesal Civil italiano<sup>427</sup>.

---

<sup>425</sup> En el texto del artículo 34.1 D. Leg. 5/2003 se habla de la cláusula compromisoria inserta en el acto constitutivo de la sociedad, mientras que en el artículo 2328 in fine del D. Leg. 6/2003 se establece que los estatutos constituyen parte integrante de la escritura de constitución, por lo que es indiferente que la cláusula compromisoria se encuentre en uno u otro, ya que el ordenamiento los considera una misma normativa, y en caso de haber alguna contradicción entre la escritura de constitución de la sociedad y los estatutos prevalecerá lo regulado en la primera. SALI, R., “Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale”, en [http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/348/174387/FILENAME/riforma\\_societaria.pdf](http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/348/174387/FILENAME/riforma_societaria.pdf), pág. 6; LUISO, F., “Appunti sull’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 2; CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., pág. 4; COLANGELI, D., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, en [http://www.personaedanno.it/files/personaedanno\\_browser\\_it\\_5611\\_resource\\_orig.doc](http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_browser_it_5611_resource_orig.doc), pág. 2; AA.VV., “Arbitrato e conciliazione per le nuove società. Primi orientamenti e prassi della Camera Arbitrale di Milano sulla riforma societaria (D. Lgs. 5/2003). 28 maggio 2004”, ob.cit., pág. 3; MIRABELLI, G; GIACOBBE, D., “Diritto dell’arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell’arbitrato internazionale)”, ob.cit., pág. 147; TASCA, G., “Le clausole arbitrali e gli accordi compromissori”, ob.cit., pág. 82

<sup>426</sup> ALLOTTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, ob.cit., pág. 380; BIANCHINI, M., “Osservazioni in tema di (in) validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell’arbitrato c.d. “endo-societario”, en [http://judicium.it/news/ins\\_27\\_12\\_2005/jud/bianchini.pdf](http://judicium.it/news/ins_27_12_2005/jud/bianchini.pdf), 22 diciembre 2005, , pág. 13; MERONE, A., “Le due forme d’arbitrato e la materia societaria: un rapporto da ricostruire in termini di alternatività”, en [http://www.judicium.it/news/ins\\_23\\_05\\_05/merone%20proc.%20soc.html](http://www.judicium.it/news/ins_23_05_05/merone%20proc.%20soc.html), 23 mayo 2005, págs. 1 y ss.; SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., pág. 1; ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 11; COLANGELI, D., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, ob.cit., pág. 2; AA.VV., “Arbitrato e conciliazione per le nuove società. Primi orientamenti e prassi della Camera Arbitrale di Milano sulla riforma societaria (D. Lgs. 5/2003). 28 maggio 2004”, pág. 3; MARZOLINI, P., RONCAROLO, CH., “La convenzione arbitrale dopo la riforma del diritto societario. Alcuni spunti pratici”, en <http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/433/216929/FILENAME/La%20convenzione%20arbitrale%20post%20riforma%20dir%20societario-spunti%20pratici.pdf>, pág. 1.

<sup>427</sup> La sociedad por su propia naturaleza nunca puede ser parte de un pacto parasocial, por lo que el arbitraje intrasocietario no puede tener su causa en una cláusula inserta en un pacto parasocial, ya que en tal caso no vincula a la sociedad y a todos sus socios presentes y futuros, sino que únicamente a los firmantes de aquél. Sali, R., “L’arbitrato per le nuove società”, ob.cit., págs. 6 y ss. En este caso se aplicaría el arbitraje común del Código Procesal Civil italiano. CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, ob.cit., pág. 4. LUISO, F., “Appunti sull’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 2; MICCOLIS, G., “Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario”, en [http://www.judicium.it/news/ins\\_28\\_03\\_03/miccolis%20proc.%20soc.HTM#ftn1](http://www.judicium.it/news/ins_28_03_03/miccolis%20proc.%20soc.HTM#ftn1), pág. 6; MORELLINI, L., “Le parti e l’oggetto dell’arbitrato societario: spunti di riflessione”, en *Le Società*, 1/2005, pág. 79; AA.VV., “Arbitrato e conciliazione per le nuove società. Primi

Por otra parte, en el Derecho proyectado europeo se opta también por el arbitraje societario como mecanismo útil y eficaz para resolver los conflictos que surjan entre la sociedad y sus socios, e incluso, si así lo prevén, en sus relaciones con los administradores. Tal es el caso de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea<sup>428</sup>.

La Sociedad Privada Europea se piensa como un instrumento societario con vistas a facilitar el establecimiento y la actividad de las pequeñas y medianas empresas en el mercado único, y promover así su competitividad. Está dirigido a las Sociedades de Responsabilidad Limitada y, por tanto, se trata de sociedades cerradas, en las que su capital social no puede ser objeto de negociación u oferta pública.

Mediante enmienda se solicitó a la Comisión agregar al texto del Proyecto de Estatuto un nuevo artículo 42 (bis) en el que se regule la cláusula compromisoria (tal y como dice el texto), que sería la cláusula arbitral estatutaria, con el fin de permitir que los conflictos intrasocietarios sean resueltos por este medio alternativo a la jurisdicción, dando así su confianza al arbitraje como un medio válido y solvente, que brinda la garantías suficientes para el tráfico jurídico.

La enmienda número 62 dice así:

#### Artículo 42 bis. Cláusula compromisoria

El Estatuto podrá prever, mediante cláusula compromisoria, que se sometan a arbitraje todas las controversias surgidas entre los socios o entre éstos y la SPE, sobre la relación social. El Estatuto podrá prever también que la cláusula compromisoria cubra las controversias con los administradores. En ese caso, la cláusula compromisoria será vinculante para los administradores después de aceptar su cargo.

Las modificaciones de la escritura de constitución que introduzcan o supriman cláusulas compromisorias por resolución de los socios de conformidad con el artículo 27 deberán ser aprobadas por los socios que representen como mínimo dos tercios del capital social.

---

orientamenti e prassi della Camera Arbitrale di Milano sulla riforma societaria (D. Lgs. 5/2003). 28 maggio 2004”, ob.cit., pág. 3.

<sup>428</sup> El Proyecto de Estatuto de la Sociedad Privada Europea y su tramitación puede consultarse en [http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=es&DosId=197172](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=197172)

Esta enmienda tiene una clara influencia del Derecho italiano, que puede observarse tanto en la redacción de la misma, como en cuanto a los efectos del convenio arbitral, los requisitos de vinculación de los administradores, así como por la mayoría exigida para la adopción posterior de la cláusula compromisoria (tal y como la llaman también los italianos) en un momento posterior a la constitución de la sociedad. La justificación de esta enmienda también se encuentra en italiano, siendo esto otro indicio más de su aportación.

La enmienda que pretende introducir la posibilidad de optar por el arbitraje societario se justifica en el mismo texto como que la previsión del arbitraje, como medio alternativo a la jurisdicción para la resolución de conflictos, es particularmente oportuna para este tipo de Sociedades Privadas Europeas por su naturaleza de sociedad cerrada y por la dimensión de transnacional que obtendrá. Por un lado, esta sociedad cuenta con un grado de autonomía muy amplio para determinar sus aspectos patrimoniales y organizativos, lo que le permite introducir, sin ningún tipo de problema, una cláusula de este tipo; y, por otro lado, el arbitraje se plantea como un medio eficaz para evitar los conflictos internos y los estados de bloqueo en el funcionamiento interno de la sociedad, lo cual puede tener consecuencias muy importantes para una sociedad de este tipo. También al ser esta una sociedad pensada para las sociedades cerradas, en las que la liquidación de sus participaciones sociales puede ser muy difícil, el recurso al arbitraje aparece como un medio realmente idóneo para ella.

Esta propuesta hace a su vez que se reflexione sobre una evidente tendencia general en el mundo jurídico a la desregularización del Derecho de sociedades, en donde se opta por brindar a las partes una mayor autonomía de la voluntad y se deja en sus manos, también, la resolución de sus conflictos; todo esto con el límite inherente a los principios generales del Derecho, dentro de los cuales está la obligación de respetar las normas de orden público que no pueden contrariarse nunca.

En este sentido también se encuentra el Derecho proyectado español. La Comisión General de Codificación hizo, ya en el año 2002, una Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, en la que se incluye la cláusula arbitral estatutaria, la cual se encuentra dentro del título que regula los acuerdos sociales dentro de las disposiciones generales para todas las sociedades mercantiles<sup>429</sup>.

---

<sup>429</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-C., A., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, ob.cit., pág. 58.

El artículo 109 regula en específico la cláusula estatutaria de arbitraje y dice:

Los estatutos sociales originarios podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros de Derecho, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una corporación o asociación.

La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a Arbitraje, de la impugnación de los acuerdos sociales, requerirá el acuerdo de todos los socios.

De esta norma podemos extraer varias preferencias de la doctrina española para aceptación del arbitraje societario. En primer lugar se habla de la legitimación para incoar un procedimiento arbitral de impugnación de acuerdos sociales. Esta legitimación se da a los socios y a los administradores. En segundo lugar, se opta por un arbitraje de Derecho e institucional, ya que de acuerdo a las tendencias seguidas en esta materia, el arbitraje de Derecho e institucional es el que mejor asegura un resultado válido y eficaz de este tipo de conflictos.

Hay que recalcar que en este cuerpo normativo se permitiría la inclusión de una cláusula arbitral en los estatutos originarios de una sociedad de capital; pero para el caso de querer introducirla posteriormente en los estatutos sociales con el fin de resolver las impugnaciones de los acuerdos sociales planteadas por los socios o los administradores, será necesario que sea a través de un acuerdo aprobado por todos los socios. Esta medida opta por las posturas doctrinales, que como se verá más adelante, exigen la unanimidad como medida de tutela hacia los demás socios y hacia los terceros en caso de querer optar por el arbitraje como vía alternativa a la jurisdicción.

En esta normativa proyectada también se prevé la legitimación del árbitro para acordar medidas cautelares, así como que la Ley Arbitral será supletoria para todo lo que no esté previsto en este Código (artículos 110 y 111 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles).

## **D) Requisitos de validez de la cláusula arbitral**

### **a) Existencia de conflicto y su disponibilidad**

Tal y como veíamos en un apartado anterior de este estudio, el convenio arbitral puede, además del compromiso arbitral ad hoc, adoptar la forma de una cláusula incorporada a un contrato, expresando la voluntad de las partes de someter a un árbitro todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de esa determinada relación jurídica contractual (artículo 9.1 LA).

La voluntad de las partes, y por tanto la libertad contractual con la que cuentan para someter sus disputas a arbitraje, es el fundamento de esta institución jurídica<sup>430</sup>, sin dar pie a ningún tipo de arbitraje forzoso, que existió en tiempos pasados pero que ya no es posible<sup>431</sup>.

Este requisito indispensable para la validez del convenio arbitral, como es la voluntad de las partes de optar por este medio alternativo a la jurisdicción estatal, se encuentra tutelado en el artículo 9.1 LA, que regula la forma y el contenido del convenio arbitral.

El artículo 9, párrafo primero de la Ley de Arbitraje dice expresamente:

*“1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.*

---

<sup>430</sup> PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitrabilidad y Convenio Arbitral”, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., pág. 204; CAVALLINI, C., “La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: “prima lettura” del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179”, en Rivista delle Società, n° 52/2007, Fascicolo 6, Milano, pág. 145.

<sup>431</sup> MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., págs. 385 y ss.; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., pág. 1979; PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., pág. 204; BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal, ob.cit., pág. 211; MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, ob.cit., pág. 47; STESURI, A., Gli arbitrati societari, ob.cit., pág. 3; Ver página 51, nota al pie n° 124.



Este artículo suprime lo que la anterior Ley de arbitraje de 1988, en su artículo 5.1, exigía como voluntad “inequívoca”, reafirmando la identificación del convenio arbitral con respecto al resto de los contratos, sin exigir mayores requisitos que los necesarios para cualquier contrato: consentimiento de los contratantes, objeto cierto y determinado o determinable y causa lícita (artículo 1261 CC). Será necesario únicamente, con la nueva normativa (artículo 9.1 LA), que del convenio arbitral se deduzca o se aprecie la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje<sup>432</sup>.

El artículo 9.1 LA establece que la voluntad de las partes de someterse a un arbitraje deberá recaer sobre todas o algunas de las controversias que hayan surgido o que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Aquí es importante resaltar este elemento de controversia, además de la capacidad para celebrar el convenio arbitral, que dependerá de la capacidad para celebrar el llamado contrato principal, porque el convenio arbitral no existe por sí mismo, sino que tiene su causa en una determinada relación jurídica o en la controversia que surja de su ejecución o interpretación. Esto lo que quiere decir es que el convenio arbitral no opera en el vacío y no que no tenga una validez y eficacia propias e independientes del contrato que la pueda contener, en caso de ser una cláusula arbitral, sino que tiene su razón de ser en la existencia de una controversia, ya sea presente o futura, que no puede tampoco asimilarse a la causa del contrato o de los estatutos sociales de los que es parte<sup>433</sup>.

La controversia como causa del arbitraje es requerida como elemento esencial, ya que anteriormente se consideraba que también era posible someter a arbitraje asuntos como la valoración de aportaciones in natura o la resolución de empates, cuestiones que pueden ser solucionadas con la ayuda de peritos o arbitradores, con una función diferente a la de los árbitros, a quienes les concernirá únicamente dirimir conflictos<sup>434</sup>.

---

<sup>432</sup> PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., pág. 204; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 436.

<sup>433</sup> DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral”, ob.cit., pág. 103; VERDERA SERVER, R., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, ob.cit., págs. 327 y 357.

<sup>434</sup> Ver páginas 92 y siguientes; GIMÉNEZ DUART, T., “Impugnación de acuerdos sociales y otras cuestiones”, en Butlletí, nº 4, Seminario sobre el Arbitraje en las Sociedades Mercantiles,

Por tanto, podemos afirmar que para que exista un arbitraje serán necesarios dos requisitos. En primer lugar, el presupuesto material de validez del arbitraje es que exista un conflicto intersubjetivo y que éste sea disponible por las partes<sup>435</sup>. Si no existe este requisito indispensable (artículos 1261.3 y 1274 CC), el convenio arbitral será nulo<sup>436</sup>.

## **b) Voluntad de las partes**

Por las características propias del arbitraje, solamente estará justificado acudir a esta vía alternativa a la jurisdicción con el fin de solucionar sus conflictos, en cuanto el convenio arbitral se base en la voluntad de las partes, que será a su vez su fundamento y su límite<sup>437</sup>.

En el ámbito del Derecho societario en específico, los artículos 10 LSA, 12.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL) y 114.2 RRM, establecen el principio de autonomía de la voluntad<sup>438</sup>, permitiendo la inclusión en la escritura constitutiva de una sociedad de todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la Sociedad Anónima (o de la Sociedad de Responsabilidad Limitada en su caso). Para DE CASTRO el concepto amplio de la autonomía privada puede ser definido

---

Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l'arbitrage, Barcelona, 1992, pág. 22; POLO, E., "Introducción y ámbito de eficacia de la Cláusula Compromisoria en las Sociedades Mercantiles", en Butlletí, nº 4, Seminario sobre el Arbitraje en las Sociedades Mercantiles, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l'arbitrage, Barcelona, 1992, pág. 87; CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, ob.cit., pág. 165; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos", ob.cit., pág. 250

<sup>435</sup> GIMENO SENDRA, V., "Parte Sexta", ob.cit., pág. 454; CALAZA LÓPEZ, S., "El arbitraje societario", ob.cit., pág. 193.

<sup>436</sup> CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, ob.cit., pág. 165.

<sup>437</sup> CORDÓN MORENO, F., "Del convenio arbitral y sus efectos", ob.cit., pág. 46; PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., pág. 196; VERDERA SERVER, R., "Del convenio arbitral y sus efectos", ob.cit., pág. 317; CUCARELLA GALIANA, L., El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje), ob.cit., pág. 113.

<sup>438</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., "El Negocio Jurídico, Cívitas Ediciones", S.A., Madrid, 2002, págs. 12 y ss.

como el poder reconocido a una persona para ejercitar sus facultades, ya sea dentro del ámbito de libertad como sujeto de derechos, ya sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la correlativa responsabilidad por ser actuaciones en la vida social. En sentido estricto se puede hablar de autonomía privada como el poder atribuido a la voluntad para la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas.

Así, de acuerdo con la jurisprudencia, especialmente la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 355/1998, de 18 de abril, y tal y como consideran hoy en día la mayoría de los intérpretes, las controversias societarias son materia disponible y, por tanto, la cláusula arbitral estatutaria es un pacto lícito que expresa la voluntad efectiva o suficiente de los socios de someter sus controversias a un árbitro en lugar de a un juez, siempre y cuando tengan su causa en el contrato de sociedad<sup>439</sup>.

Los principios configuradores del tipo social tienen como función informar sobre las características propias del tipo social al que se refieren y también actúan como límites a la autonomía de la voluntad en la configuración de ese determinado tipo social. Es importante recordar que estos principios configuradores no son inmutables, sino que son cambiantes y dependen de las circunstancias, de los criterios legales y económicos y de la jurisprudencia y la doctrina<sup>440</sup>.

Existen principios comunes a toda sociedad mercantil, tales como son la libertad de asociación, el principio de libertad de empresa, o el fin de lucro.

En concreto, configura la Sociedad de Responsabilidad Limitada su carácter híbrido en el que conviven elementos personalistas y capitalistas, además de su

---

<sup>439</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 289; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 246. En este sentido también el artículo 109 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, que regula la Cláusula estatutaria de arbitraje, dentro del Libro I de las disposiciones generales para todas las sociedades mercantiles, optando por un arbitraje de Derecho e institucional, que tenga su causa en una cláusula arbitral estatutaria. El artículo 109.1 dice así: 1. Los estatutos sociales originarios podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros de Derecho, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una corporación o asociación.

<sup>440</sup> BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Febrero 2006, pág. 120.

carácter de sociedad cerrada, con las consiguientes limitaciones a la libre transmisibilidad de las participaciones o la prohibición de recurrir al ahorro colectivo como medio directo de financiación; así como la flexibilidad y la sencillez de su régimen jurídico<sup>441</sup>.

Por su parte, dentro de los principios configuradores de la Sociedad Anónima pueden citarse el principio de capitalización adecuada, el capital social como cifra de retención y sistema de tutela, la determinación del contenido estatutario mínimo, la organización corporativa, la separación de competencias entre los órganos sociales, el principio democrático o de mayorías, el deber de fidelidad entre socios, la igualdad de trato (artículo 50 bis LSA), la conservación de la empresa, la responsabilidad limitada a la aportación, y la libre transmisibilidad de las acciones al portador<sup>442</sup>.

Todos estos principios configuradores deben concebirse como una interpretación y racionalización sistemática de los preceptos legales, ordenadores de la regulación positiva, y no como reglas o valores superiores que limiten la autonomía privada, aunque sí constituyan de hecho un límite a la configuración particular de cada tipo social. Además, dentro de estos principios configuradores del tipo social, también se deberán considerar incluidas las disposiciones generales, tanto del Derecho contractual como arbitral (artículo 1261 CC y la Ley de Arbitraje), así como los requisitos de constitución propios de ambos tipos societarios (Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada)<sup>443</sup>.

---

<sup>441</sup> BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., págs. 121 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., La junta general en las sociedades de capital, ob.cit., pág. 433; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en Revista de Derecho de Sociedades, dir. F. Rodríguez Artigas, R. García Villaverde, Número extraordinario (1994), Editorial Aranzadi, Pamplona, págs. 38 y ss.

<sup>442</sup> BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., pág. 121; VELASCO SAN PEDRO, L., “Artículo 10: Autonomía de la Voluntad”, en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, dir. F. Sánchez Calero, Tomo I: Disposiciones Generales, Fundación de la sociedad y aportaciones artículos 1 a 46, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1997, pág. 321; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista Sociedad Anónima – Sociedad de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., págs. 38 y ss.

<sup>443</sup> ESPINA, D., La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2003, págs. 511 y ss.

**c) El principio de independencia o separabilidad que rige a las cláusulas arbitrales (Kompetenz-Kompetenz).**

La cláusula arbitral es el principal, aunque no único, instrumento para someter una determinada controversia intrasocietaria a arbitraje. Ésta tiene características especiales que la hacen ser un elemento esencial en esta materia.

En términos generales, la validez de la cláusula compromisoria debe valorarse de forma autónoma respecto al contrato en el que se encuentra<sup>444</sup>. Este principio de autonomía puede definirse como independencia o separabilidad respecto del negocio que la contiene y de sus efectos relevantes, aunque sea materialmente parte de él. Es en cierta forma un contrato dentro de otro contrato<sup>445</sup>.

En definitiva, este principio de autonomía de la cláusula arbitral será aquél que permite analizar su validez y eficacia con independencia de la correspondiente validez y eficacia del contrato o de la sociedad en cuyos estatutos se encuentra inserta.

Este principio constituye lo que la doctrina alemana ha bautizado como la Kompetenz-Kompetenz-Klausel, que actualmente forma parte de la mayoría de los ordenamientos jurídicos que regulan el arbitraje como instituto de Derecho procesal. LEIBLE nos indica que a pesar de haberse convertido esta expresión en una característica intrínseca del arbitraje a nivel mundial, parte de la doctrina que analiza la normativa alemana sostiene que *“una decisión del Bundesgerichtshof que fue interpretada en este sentido hizo esta expresión famosa en el mundo entero. (...) No importa si esta interpretación fue acertada o no, el caso es que los autores están generalmente de acuerdo en que la “Kompetenz-Kompetenz” no existe según la nueva Ley. (...) Los árbitros solamente tienen el Derecho a decidir sobre una excepción a su competencia como cuestión previa y*

---

<sup>444</sup> CARBONNEAU, T., “L’arbitrage en droit américain”, ob.cit., págs. 11 y ss.

<sup>445</sup> BOISSESON, M. de, Le droit français de l’arbitrage interne et international, ob.cit., pág. 15; Cour d’appel de Paris (1<sup>er</sup> Ch. civ.) 8/10/1998, en Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage, Paris, 1999, págs. 350 y ss.; CALVO CARAVACA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., El arbitraje comercial internacional, ob.cit., págs. 92 y ss.; ROBINSON, M., “Arbitration and Alternative Dispute Resolution”, ob.cit., pág. 21; HWANG, M., MUTTATH, R., “Arbitration in Company Matters”, ob.cit., págs. 561 y ss.; TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., A practical approach to Arbitration Law, ob.cit., págs. 73 y ss.

*proseguir luego sus actuaciones. La última decisión sobre la existencia y la validez del convenio arbitral será tomada por el juez estatal*<sup>446</sup>.

CHECA, al respecto, indica que *“La Ley alemana, superando incluso el carácter restrictivo previsto en la Ley modelo, no admite una formulación amplia del concepto de Kompetenz-Kompetenz, que venía a admitir la competencia preliminar y definitiva del tribunal arbitral para establecer su competencia y, por el contrario, permite muy diversos medios de intervención judicial al respecto”*<sup>447</sup>.

La cláusula compromisoria se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato, con una individualidad contractual y jurídica propia y, por tanto, aunque el contrato en el cual se encuentre la cláusula sea nulo, no por ello lo será también la cláusula o viceversa<sup>448</sup>.

Esta autonomía faculta al tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia (artículo 22 LA)<sup>449</sup>, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral<sup>450</sup>. Como consecuencia directa de lo

---

<sup>446</sup> LEIBLE, S., LEHMANN, M., “El arbitraje en Alemania”, ob.cit., págs. 162 y ss.; VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, ob.cit., págs. 127 y ss.

<sup>447</sup> CHECA MARTÍNEZ, M., “La armonización del derecho de arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje”, ob.cit., pág. 356.

<sup>448</sup> NIGGEMANN, F., “Chronique de jurisprudence étrangère. Allemagne”, en Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage, n°1/2006, pág. 234; BOISSESON, M. de, “Le droit français de l’arbitrage interne et international”, ob.cit., pág. 77; Cour de Cassation (1<sup>er</sup> Ch.civ.) 6/12/1988, en Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage, Paris, 1989, pág. 641; DEGOS, L., “La Cour de cassation consacre l’autonomie de la clause compromissoire en droit français de l’arbitrage interne”, en Recueil Le Dalloz, n° 17/7114, Paris, 24 avril 2003, págs. 1118 y ss. ; AA.VV., “Jurisprudence. Sommaires commentés”, ob.cit., pág. 2470; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 avr. 2002 ; SA Barbot CM c/ Sté Bouygues Bâtiment et a.; Cass. Com., 9 avr. 2002; Toulousy c/ SNC Philam, en La Semaine Juridique. Édition générale, n°41/2002, págs. 1804 y ss.; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 438; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 62.

<sup>449</sup> BIANCHI, G., L’arbitrato nelle controversie societarie, ob.cit., pág. 1; GARBERÍ LLOBREGAT, J., Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, ob.cit., pág. 444; BOISSÉSON, M. de, Le droit français de l’arbitrage interne et international, ob.cit., págs. 73 y ss.; CADARSO PALAU, J., “Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia”, en Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, coord. J. González Soria, Cámara de Madrid, Corte de Arbitraje de Madrid, Thomson Aranzadi S.A., Navarra, 2004, págs. 258 y ss.; CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., págs. 86 y ss.; GONZALO QUIROGA, M., “Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos”, ob.cit., pág. 223; SAP de Alicante (Sección 4<sup>a</sup>), de 22 de septiembre de 1999, fundamento de Derecho segundo.

<sup>450</sup> CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 298.

anterior, un juez deberá declararse incompetente cuando una de las partes alegue la existencia de un convenio arbitral, a menos que considere que el convenio arbitral es nulo, inoperante o ineficaz (artículo 11 LA)<sup>451</sup>.

El artículo 22 de la Ley de Arbitraje regula la potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia. Dice así:

*“Los árbitros están facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.”*

Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que excede de dicho ámbito. Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.

Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral.

Pero esta regla debe ser matizada precisamente en los casos en que se incorpora el convenio arbitral como una cláusula más al contrato principal. Se puede afirmar que ambos contratos son diferentes y que pueden verse afectados por causas de nulidad o anulabilidad diferentes y no comunicables entre sí, y otra cosa es

---

<sup>451</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Título IV. De la Competencia de los Árbitros (Arts. 22-23)”, ob.cit., pág. 388;

generalizar la norma de que la nulidad que afecte al contrato principal no puede afectar al convenio arbitral, porque es evidente que pueden haber causas que afecten al contrato en su conjunto, como podrían ser los vicios en el consentimiento y las causas de nulidad de pleno Derecho. Por tanto, aunque se acepte que la nulidad del contrato principal no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral, esto no excluye que un mismo vicio pueda determinar la invalidez del contrato principal y de la cláusula arbitral, aunque será necesario analizar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, ya que es muy probable, por ejemplo que cuando el contrato principal esté afectado en su validez por un vicio del consentimiento, que ese mismo vicio contagie normalmente también al convenio arbitral<sup>452</sup>.

Para el caso concreto del Derecho societario, hay que tener en cuenta las causas que pueden acarrear la nulidad de una sociedad ya inscrita y su relación con la cláusula arbitral inserta en la escritura constitutiva o en los estatutos.

Los artículos 34 LSA y 16 LSRL establecen las causas de nulidad de una sociedad ya inscrita de forma taxativa, por lo que deberá interpretarse de forma restrictiva y de acuerdo con el principio de conservación de la empresa y la protección de terceros<sup>453</sup>.

Una Sociedad Anónima será nula cuando su objeto social sea ilícito o contrario al orden público, cuando no se exprese en la escritura de constitución o en los estatutos la denominación social, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o no se respete por lo menos el desembolso de  $\frac{1}{4}$  del capital (artículo 12 LSA). También será nula la sociedad cuando todos los socios fundadores sean incapaces (artículos 1263 y 1264 CC), por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de al menos dos socios fundadores, en caso de pluralidad de éstos, o del socio fundador en caso de ser una sociedad unipersonal.

Para las Sociedades de Responsabilidad Limitada opera el mismo sistema de nulidad que para las Sociedades Anónimas, con la única diferencia de que será nula si no se ha desembolsado íntegramente el capital social, en lugar del

---

<sup>452</sup> CORDÓN MORENO, F., “El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional”, ob.cit., pág. 58; CADARSO PALAU, J., “Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia”, ob.cit., pág. 263; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 438.

<sup>453</sup> MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., “Nulidad de sociedades de capital”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 804.



requerimiento de desembolsar por lo menos  $\frac{1}{4}$  del capital social de las Sociedades Anónimas.

De las causas de nulidad de estas sociedades, podrían afectar simultáneamente a la cláusula arbitral únicamente, aunque habrá que determinarlo de forma independiente, las causas de incapacidad de todos los socios fundadores o por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva del o los socios fundadores; es decir cuando ha habido violencia, intimidación, error o dolo en el consentimiento de los socios fundadores (artículo 1265 CC).

Aunque el árbitro se podrá pronunciar sobre la validez de la cláusula arbitral por el principio de Kompetenz-Kompetenz (artículo 22 LA), existen también criterios doctrinales encontrados en cuanto a la posibilidad de que sea un árbitro o un juez quien deba determinar la nulidad de la sociedad, con base a una cláusula arbitral inserta en sus propios estatutos sociales. Este es un tema de arbitraje societario general y no de arbitraje intrasocietario, pero nos referiremos a él de una forma tangencial por la relación que tiene con nuestro tema en estudio.

La doctrina tradicional sostiene que un árbitro no podrá pronunciarse sobre la nulidad de la sociedad, ya que consideran que los árbitros no están facultados para decidir sobre la validez de la cláusula que es fuente de su competencia<sup>454</sup>, además de por tratarse de materia indisponible y por requerir la Ley que esta nulidad sea declarada judicialmente (artículos 35 LSA y 17 LSRL). En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, en un caso en el que se resolvía sobre la nulidad de una Sociedad Anónima por la falta de la aportación del desembolso mínimo de cada una de las acciones que componían el capital social.

La Audiencia Provincial de Madrid, en Auto número 58/2004, de 9 de febrero, sostuvo en su fundamento de Derecho segundo que: *“ha de estimarse que las garantías impuestas para la válida constitución de la sociedad no son materia de libre disposición de las partes y, por ende, deben quedar excluidas del arbitraje. En consecuencia, y dado que se trata en el presente caso de una acción de nulidad radical de la sociedad, no se estima aplicable aquí el criterio que se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 355/1998, de 18 de abril (RJ 1998, 2984), ya que en la misma tal pronunciamiento se hizo respecto a la acción de nulidad de la Junta de accionistas y de impugnación de acuerdos sociales,*

---

<sup>454</sup> MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., págs. 436 y ss.

*mientras que la que aquí se ejercita, por afectar al capital social, tiene trascendencia frente a terceros, y es absolutamente indisponible”.*

Pero a favor de que un árbitro se pueda pronunciar sobre la nulidad de una sociedad está también una parte representativa de la doctrina, argumentando que, en primer lugar, aunque la cláusula arbitral esté en los estatutos de la sociedad cuya nulidad se pretende, se deberá aplicar necesariamente el principio de separabilidad o independencia de la cláusula arbitral con relación al contrato (estatutos) que la contienen. En segundo lugar, sostienen que un laudo, al igual que una sentencia, deberá respetar el orden público y no podrá afectar a terceros, como tampoco puede hacerlo una sentencia, porque de lo contrario podría ser anulado. Además defienden que la nulidad de la sociedad lo que conlleva es la liquidación de la sociedad, y la mayoría de la jurisprudencia y de la doctrina no se oponen a que la disolución o la liquidación de la sociedad se realicen a través de la vía arbitral<sup>455</sup>.

De acuerdo con este último razonamiento está la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), número 1139/2001, de 30 de noviembre, en sus fundamentos de Derecho segundo y tercero, en los que se afirma que la disolución y la liquidación de una sociedad son materia disponible por las partes, y si existe una cláusula arbitral en los estatutos sociales que prevea la resolución de sus cuestiones litigiosas mediante arbitraje, no existe razón alguna por la que se deba impedir que estos procedimientos se lleven a cabo por la vía arbitral en lugar de por la jurisdiccional.

En este sentido también se encuentra la legislación francesa, ya que considera que las sociedades comerciales pueden incluir en sus estatutos una cláusula compromisoria para resolver los conflictos que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad, sin ningún tipo de limitación para el arbitraje intrasocietario (artículo L721-3 C.com.), e incluso se acepta expresamente que, de forma general, puedan someterse a arbitraje las acciones encaminadas a la disolución de la sociedad y a su liquidación (artículo L721-5 C.com)<sup>456</sup>.

A pesar de estos razonamientos, considero que la declaración de la nulidad de una sociedad, en el estado actual de nuestra legislación, deberá ser hecha por el

---

<sup>455</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 51 y ss.; PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., págs. 184 y ss.

<sup>456</sup> ROBERT, J., “L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé”, ob.cit., pág. 61; CAPRASSE, O., Les sociétés et l’arbitrage, ob.cit., págs. 165 y ss.

juez competente y no por un árbitro, principalmente porque ésta afecta a los principios configuradores del tipo social, a su válida constitución y afecta a los intereses públicos, de forma que no puede ser considerada, tal y como establece la sentencia antes citada (AP Madrid nº 58/2004), como materia de libre disposición por las partes en conflicto. Otra cosa diferente es que una vez declarada la nulidad de la sociedad por un juez, los conflictos que puedan surgir durante la disolución y/o la liquidación de la sociedad sean encomendados a un árbitro, ya que como se ha expuesto, el árbitro, al igual que el juez, deberá respetar las normas de orden público y aplicar el Derecho correspondiente. En este caso se trataría de materia que es además patrimonial y por tanto no existirían dudas sobre su disponibilidad.

Por tanto, para concluir este apartado podemos afirmar que la Ley de Arbitraje 60/2003, como todas las legislaciones arbitrales en el Derecho comparado, reconoce el principio de autonomía de la cláusula arbitral con respecto al contrato del que materialmente forma parte, otorgándole a los árbitros la facultad de declarar la nulidad del contrato del que forma parte la cláusula arbitral (artículo 22.1 LA). Pero hay que tener en cuenta, por las precisiones anteriores, que no se podrá realizar una generalización absoluta de su total independencia, por lo que será necesario hacer un análisis de cada caso en específico para saber si en ese caso concreto la cláusula no fue afectada por los mismos vicios que afectan al contrato del que forma parte, porque si fuera así, no habría nada que arbitrar porque carecería de causa (artículo 1261.3 CC) y, por tanto, no habría tampoco contrato.

#### **E) La incorporación de la cláusula arbitral con posterioridad al Estatuto**

En la escritura de constitución de una sociedad se podrá introducir en los estatutos todos los pactos o condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer que regirán su funcionamiento, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social (artículos 8, 9, 10 LSA y 12.3 LSRL). Para GUTIÉRREZ GILSAN los principios configuradores son los *“rasgos estructurales que legalmente definen el tipo y que, por su carácter configurador del mismo, quedan fuera del poder de disposición de las partes. No se trata, o mejor, no sólo, de los caracteres definitorios más básicos contenidos directa o indirectamente en preceptos concretos de la LSA o LSRL sino de principios esenciales implícitos en el conjunto normativo regulador del tipo en cada momento, que –como los principios generales del Derecho, de cuya naturaleza*

*parecen participar, pero en su propio y más reducido ámbito- informan su concreto régimen jurídico*<sup>457</sup>.

Así, en Derecho de sociedades está permitido, en principio, todo lo que no está prohibido, por lo que cuando los socios fundadores quieren que por medio de arbitraje se resuelvan sus futuras disputas, se introducirá una cláusula arbitral en sus estatutos, sin ser necesarios ningún otro tipo de requisitos formales para su adopción como medio alternativo a la jurisdicción para resolver sus futuros conflictos internos, siendo vinculante para los socios fundadores y los socios sucesivos<sup>458</sup>.

Pero cuando los socios quieren implantar una cláusula arbitral posteriormente a la constitución de la sociedad, ha habido posiciones encontradas en cuanto a la mayoría exigida para su adopción o a la necesidad de que ésta sea aprobada por la unanimidad de los socios. Este dilema gira en torno a que en la Ley de Arbitraje se exige que en el convenio arbitral se exprese la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica (artículo 9.1 LA).

Debido a estos planteamientos, en este apartado se estudiarán las diferentes posturas que se han tomado en la doctrina y en la jurisprudencia en este tema; así como la influencia que han tenido, tanto la nueva Ley de Arbitraje como las legislaciones extranjeras de nuestro entorno en ellas.

En primer lugar, cierta parte de la doctrina ha venido defendiendo que para la introducción sucesiva de una cláusula arbitral en los estatutos de una sociedad se requeriría de un acuerdo unánime por parte de sus socios, porque consideran que la cláusula arbitral no puede ser valorada como una mera modificación estatutaria, ya que creen que a través de la vía arbitral se está privando a los socios de la tutela jurisdiccional de sus derechos y esa privación no puede dejarse solamente al poder decisorio de la mayoría. Sostienen estos autores que el convenio arbitral únicamente vincula a quien exprese realmente su voluntad

---

<sup>457</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, J., “Escritura de constitución”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir.

C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 580.

<sup>458</sup> GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la Voluntad y sus principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., págs. 1875 y ss.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., pág. 454.

“inequívoca” de comprometer (tal y como exigía el antiguo artículo 5.1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje), considerando que falta esa voluntad cuando un socio no está conforme con dicho acuerdo, manifestándolo a través de su voto en contra o de su abstención. Se considera que no han manifestado su voluntad de aceptar la cláusula arbitral también aquellos socios que no han estado presentes en la Junta y quienes hayan votado en blanco. Esta parte de la doctrina ve también la cláusula arbitral como una imposición de nuevas obligaciones, para lo que sería necesario el consentimiento de los interesados (artículo 145 LSA y 71 LSRL)<sup>459</sup>.

Esta línea de pensamiento se encuentra plasmada en una sentencia reciente del Tribunal Supremo, número 776/2007, de 9 de julio, en la que se impugnaban los acuerdos sociales adoptados en una Junta general por considerar que eran nulos de pleno Derecho. La parte demandada se opuso a la demanda alegando con carácter previo la excepción procesal de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, por contener los nuevos estatutos, aprobados en la misma Junta que se impugnaba, aunque en un momento posterior al que se habían excluido los socios demandantes, una cláusula estatutaria de arbitraje para resolver las impugnaciones de acuerdos sociales. Es necesario aclarar que a esta demanda le era aplicable la antigua Ley de Arbitraje (1988) y no la nueva (2003).

En este conflicto no está en duda que la materia societaria pueda o no ser sometida a arbitraje, ya que la misma sentencia cita el fallo del Tribunal Supremo 355/1998, de 18 de abril, como favorable al mismo. En esta demanda lo que existe es un problema temporal, ya que la parte demandada alega y pretende acogerse a la cláusula arbitral aprobada el 21 de septiembre de 1998, en los mismos acuerdos que la actora impugna, ya que anteriormente existía otra cláusula arbitral, pero en

---

<sup>459</sup> MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., págs. 432 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., “Arbitraje de impugnación de acuerdos sociales. Acto final”, ob.cit., pág. 95; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., págs. 458 y ss. En este sentido se encontraban también las enmiendas propuestas en el Senado, publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 170 (c), de 2 de diciembre de 2003, págs. 39 y 45, al proponer mediante las nº 52 y 68, la introducción de una cláusula estatutaria de arbitraje para resolver las impugnaciones de acuerdos en las Sociedades Anónimas, en los estatutos originarios o a través de un acuerdo posterior aprobado por todos los socios. Resumiendo estas posiciones, aunque él no se encuentra a favor, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 292; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral”, ob.cit., págs. 142 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 58.

la que se excluían expresamente de esta vía la impugnación de acuerdos sociales. Esta excepción no es recogida en los nuevos estatutos aprobados en la Junta general, cuyos acuerdos eran impugnados, por lo que la parte demandada considera que al tratarse de una impugnación de acuerdos sociales, su cauce natural sería el arbitral.

Es importante resaltar que los socios excluidos representaban la mayoría del capital social, por lo que una vez excluidos podría pensarse que la mayoría requerida para adoptar el acuerdo de modificación estatutaria con el fin de modificar la cláusula arbitral que ya contenían sus estatutos, sería más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en las que se divide el capital social, de acuerdo a como ha quedado reducido después de la exclusión (artículo 53 LSRL). Pero este razonamiento no sería válido una vez que el acuerdo de exclusión ha sido declarado nulo de pleno Derecho, ya que acarrea la nulidad de los posteriores acuerdos por haber sido adoptados con mayorías insuficientes y porque cuando un acuerdo social es declarado nulo afecta a todos los acuerdos sucesivos que dependen directamente de él (artículo 122.2 LSA).

De manera que si hablamos de no posibilidad de sometimiento del asunto a arbitraje, no es porque el asunto no sea arbitrable o porque la Ley no lo permita, sino porque los socios están sometidos a los estatutos, y si en ellos no está permitido optar por el arbitraje para la impugnación de acuerdos sociales, no se trata de que no se hayan cumplido los requisitos para su adopción, como la pretendida unanimidad, sino que las partes mismas, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (artículo 12.3 LSRL), han escogido, válidamente, otra vía para ella, es decir, la judicial, y las partes han de cumplir de buena fe sus compromisos (artículo 7 CC).

En cuanto a la aplicación temporal de la Ley, es cierto que estarían sometidos a la Ley de Arbitraje de 1988, en la que sí se exigía la voluntad inequívoca de las partes para someter sus controversias a la decisión arbitral, elemento importantísimo para la resolución de este conflicto. Esto quiere decir que, en aplicación estricta de la Ley de 1988, al requerirse la voluntad inequívoca de las partes, sí hubiese sido necesario que los demandantes hubiesen aceptado también esta nueva cláusula con el fin de poder ser sujetos de su aplicación, ya que ellos ya no pertenecían a la sociedad. En caso contrario, no podrían estar vinculados por los estatutos y por la nueva cláusula compromisoria inserta en ellos, ya que no están otorgando su consentimiento de ninguna manera.

Este es un supuesto especial de aplicación no retroactiva de los efectos de una cláusula arbitral conforme a la antigua Ley de Arbitraje; pero, a pesar de esto, en cuanto a la interpretación del artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje de 1988, se defendía en su momento, en cuanto a los nuevos socios y no con efecto retroactivo, que no era necesaria una declaración expresa de voluntad de los nuevos socios a ella, sino que se decía que había que buscar la voluntad inequívoca en el pacto estatutario más que en la voluntad del socio, por la novación subjetiva que provoca ya que se da una subrogación en la posición del socio anterior<sup>460</sup>. “No puede pretenderse, como en su día algunos defendieron, que la existencia de una manifestación “inequívoca” de comprometer (como decía el malhadado y ya derogado art. 5.1 de la Ley de 1988) no se cumple cuando un nuevo socio “se limita” a suceder al anterior socio en la relación jurídica societaria. De aquí, retorciendo el argumento, se llegaba por algunos a defender la inidoneidad de los estatutos para incluir un pacto de sumisión a arbitraje, toda vez, se decía, que la vocación de los estatutos era obligar a terceros y esto no habría de ser posible en un convenio arbitral por muy estatutario que fuera cuya consustancial eficacia limitada “inter-partes” erróneamente se defendía como algo sustancial al contrato de sumisión”<sup>461</sup>.

El artículo 5, inciso primero de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje decía expresamente:

*“El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o mas árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión”.*

---

<sup>460</sup> Durante la vigencia de este artículo, los intérpretes sostenían que “*la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje, a que se refiere el art. 5 LA, en el caso del subrogado se desprende del propio negocio en virtud del cual opera la subrogación o novación subjetiva del contrato. El subrogado queda ligado frente a terceros porque acepta ocupar la posición contractual que ocupaba aquel en quien se subroga, mediante una sucesión singular en esa concreta relación contractual, pero de forma íntegra, pasando a ocupar su posición jurídica, tanto respecto de lo beneficioso como de lo perjudicial, tanto en cuanto a los derechos como a las obligaciones y tanto respecto de las acciones ejercitables como de las excepciones oponibles inter partes, incluida la sumisión arbitral*”. MUNNÉ CATARINA, F., “Jurisprudencia arbitral comentada: Subrogación inter vivos en el convenio arbitral”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 4/2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 212.

<sup>461</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 289; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 3.

Sin embargo, si hubiese que resolver este conflicto conforme a la Ley vigente de 2003, este no tendría sentido, ya que si la cláusula hubiese sido válidamente adoptada mediante los requisitos de quórum y votación establecidos en la Ley, y los votos de los socios excluidos no hubiesen sido determinantes, al pretender seguir formando parte de la sociedad, por alegar la nulidad del acuerdo que los excluía de la misma, estarían vinculados por la cláusula arbitral, como norma de funcionamiento interno, vinculante para todos los socios en sus relaciones entre ellos y con la sociedad. Además, tal y como la misma sentencia afirma en el fundamento de Derecho tercero, inciso b), sería de aplicación el principio de Kompetenz-Kompetenz, cosa que no ocurre por no estar regulado en la antigua Ley. Si se hubiera podido aplicar este principio, se hubiera podido sostener la validez del convenio arbitral aunque los nuevos estatutos estuviesen viciados de nulidad y de esta forma se hubiese permitido al árbitro conocer sobre dicha validez y sobre su propia competencia.

Pero retornando al tema inicial y a pesar de esta sentencia, la mayoría de la doctrina, en cambio, sostiene que no será necesaria esa unanimidad, ya que las sociedades de capital se rigen por órganos colegiados en los que las decisiones se toman por mayoría. El principio de mayoría constituye un principio configurador de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y no puede ser vulnerado por la autonomía de la voluntad que rige a estas sociedades (artículos 10, 93.1 LSA, 12.3, 43 y 53 LSRL). Además, la introducción de una cláusula arbitral en los estatutos sociales no entraña nuevas obligaciones para los socios ni la obligación de realizar prestaciones accesorias para lo cual se requeriría la aquiescencia de los interesados, como tampoco resulta perjudicial a una clase de acciones (artículos 145, 148 LSA y 159 RRM).

En todo caso, los anteriores argumentos no se pueden considerar válidos, ya que hay que considerar también que la Ley exige la aquiescencia o el consentimiento de los interesados, nunca se habla del consentimiento unánime de los interesados; mientras que sí se dice expresamente que para la modificación perjudicial a una clase de acciones se requerirá de un acuerdo de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase afectada y, en este caso en concreto (“exprimiendo” al máximo los conceptos), se podría considerar como que todos los socios se verán “afectados” (sin ninguna connotación negativa) por la introducción de la cláusula arbitral.

Considero que deberá expresarse el consentimiento a través de un acuerdo mayoritario de los socios, a menos que los estatutos hayan establecido que la modificación deba ser aprobada por un acuerdo unánime. Esto es así, ya que al tratarse de un grupo de socios la única forma de expresar efectivamente su



voluntad es a través de un acuerdo que se aprobará por las reglas de la mayoría, ya que si se exigiera un acuerdo unánime, se estaría dando a cada socio un derecho de veto que no es concebible para el desarrollo normal de la vida de una sociedad de capital, con una estructura corporativa, en la que su organización y el funcionamiento interno se rigen al margen del intuitus personae, con una separación entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios que la componen<sup>462</sup>.

Así, la tesis mayoritaria sostiene que la incorporación de la cláusula de arbitraje a los estatutos sociales de forma sucesiva no debe ser vista como un perjuicio para los derechos de los socios y por tanto no se puede exigir la unanimidad, siempre que se apruebe a través de una manifestación de voluntad “idónea”<sup>463</sup>, y ésta lo será cuando se exprese a través de un acuerdo aprobado con el quórum y las mayorías correspondientes a las modificaciones estatutarias, sin exigir más requisitos que el de su constancia en el Registro Mercantil (artículos 53 LSRL, 103, 144.2 LSA, 94 y 158 RRM)<sup>464</sup>.

De igual modo, el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas faculta expresamente a incluir en la escritura todos los pactos y condiciones que los

---

<sup>462</sup> MARTÍNEZ ROSADO, J., “Sociedades de Capital”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1208 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 41 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 61; GIRÓN TENA, J., Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de Julio de 1951), Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952, pág. 322.

<sup>463</sup> Calificativo que se puede entender requerido para la voluntad en la nueva Ley de Arbitraje (artículo 9.1) para poder ser válidamente vinculado por una cláusula arbitral, en lugar de la voluntad “inequívoca” que se exigía con la antigua Ley de 1988. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., El protocolo familiar. Empresa

familiar y publicidad registral, ob.cit., pág. 143.

<sup>464</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”, en Butlletí, nº 4/1992, Seminario sobre el Arbitraje en las Sociedades Mercantiles, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l'arbitrage, Barcelona, pág. 38; se encuentran de acuerdo con esta posición también SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y Derecho de sociedades”, ob.cit., pág. 2049; CALAZA LÓPEZ, M., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 206; CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 334; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 969; CALAVIA MOLINERO, J., Ponencia: “El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles”, ob.cit.; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 440; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, ob.cit.; BUSTILLO SAIZ, M., “Acuerdo Social”, en Diccionario de Derecho de Sociedades”, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 127; PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., pág. 215; CREMADES, B., “El arbitraje societarios”, ob.cit., pág. 3; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 61;

socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la Sociedad Anónima (o de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, en su caso), por lo que, según la doctrina mayoritaria, hay que entender que todos aquellos pactos o condiciones que afecten la condición de socio, son cláusulas estatutarias en su más genuino sentido; y por tanto, deberán adoptarse a través del régimen colegial previsto en la Ley, lo que por supuesto se aplica a la cláusula arbitral<sup>465</sup>.

La incorporación en los estatutos sociales de una cláusula arbitral o la ampliación de una cláusula arbitral estatutaria no priva a los socios de su derecho a la tutela judicial efectiva, primero, porque existe una Ley promulgada a través de los procedimientos legislativos ordinarios que lo faculta; segundo, porque el arbitraje no priva a los socios ni de las garantías procesales básicas ni del derecho a obtener una resolución jurídica fundada, sino que únicamente se está disponiendo del cauce o vía para resolver el conflicto. Y, en tercer lugar, siempre tendrán los socios (o las partes) el derecho garantizado a acudir a los tribunales mediante la acción de anulación del laudo, a través del cual existe un control del procedimiento y del orden público por parte del Estado. “El arbitraje está considerado como un equivalente jurisdiccional que la legislación pretende impulsar como medio más ágil, rápido y adaptable a las circunstancias del caso que la jurisdicción ordinaria, esto es, como un derecho puesto a disposición de los particulares, no como una privación de derecho alguno. El ejercicio de ese derecho está sometido a las reglas previstas en la LA/2003 a cuyo tenor, tal y como se indicó antes, la voluntad idónea para la sumisión no es ya la “inequívoca”, sino que basta con una simple remisión que ni siquiera requiere mención alguna en torno a la cláusula arbitral”<sup>466</sup>.

En cuanto a la forma de adoptar el acuerdo para modificar los estatutos en una Sociedad de Responsabilidad Limitada, por ejemplo, se exige expresamente el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social para el aumento o reducción del capital social y, en general, para cualquier otra modificación de los estatutos (artículo 53 LSRL). Para la transformación, fusión o escisión de la sociedad, será necesario el voto favorable de al menos  $\frac{2}{3}$  de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social; y únicamente será necesaria la unanimidad para la incorporación a los estatutos, la modificación o la supresión de las causas estatutarias de separación (artículo 96 LSRL), para incorporar a los

---

<sup>465</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 248; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

<sup>466</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., págs. 59.

estatutos otras causas de exclusión o modificarse las estatutarias (artículo 98LSRL), y para modificar el derecho de los socios a percibir en dinero la cuota resultante de la liquidación (artículo 119.2 LSRL). No se dice en ningún momento que sea necesaria la unanimidad para la incorporación de la cláusula arbitral, y se considera que esta normativa es una enumeración taxativa de las materias para las que sí será necesaria dicha unanimidad, por ser una excepción al modo normal de tomar acuerdos en las sociedades de capital<sup>467</sup>.

Además, de acuerdo al apartado 3 del artículo 53 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la Ley, eso sí, sin llegar a la unanimidad. Es posible asimismo, que los estatutos exijan, además de la proporción de votos legal o estatutariamente establecida, el voto favorable de un determinado número de socios.

En el Derecho comparado, en Francia y en Italia en concreto, se ha optado por requerir mayorías especiales y no la unanimidad para la introducción o supresión de la cláusula arbitral estatutaria.

En Francia, la cláusula compromisoria puede ser introducida de igual modo que cualquier otra cláusula en los estatutos de una sociedad, es decir, a través de mayorías especiales en asamblea extraordinaria ( $\frac{2}{3}$  de los accionistas presentes o representados en las Sociedades Anónimas y  $\frac{3}{4}$  de las participaciones en las Sociedades de Responsabilidad Limitada), pero sin ser necesaria la unanimidad, ya que no se están agravando o disminuyendo los derechos de ninguno de sus socios. Además, toda cláusula que exija una mayoría más elevada se tendrá por no escrita<sup>468</sup>.

En Italia por su parte, para la introducción o supresión sucesiva de la cláusula arbitral será necesaria la modificación estatutaria aprobada por una mayoría cualificada de  $\frac{2}{3}$  del capital social en asamblea extraordinaria, incluso en las sociedades de personas para las que se requiere la unanimidad para cualquier otra modificación estatutaria. Esta medida del legislador italiano tiene como finalidad hacer más difícil tanto la introducción como la supresión de la

---

<sup>467</sup> BARBA DE VEGA, J., “La Junta General”, Capítulo VIII, en La Sociedad de Responsabilidad Limitada, coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y otros, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 249 y 250; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 61.

<sup>468</sup> CAPRASSE, O., Les sociétés et l’arbitrage, ob.cit., págs. 375 y ss.; COHEN, D., Arbitrage et société, ob.cit., pág. 191.

misma y así proteger a la minoría<sup>469</sup>. Además, se prevé que los socios ausentes o disidentes podrán ejercitar el derecho de separación<sup>470</sup>, como medida extrema pero eficaz para la tutela del socio, dentro de los noventa días siguientes<sup>471</sup>.

Es importante resaltar en este apartado que, tal y como se ha estudiado en los ordenamientos vecinos, y en concreto en el ordenamiento italiano, para que una cláusula de este tipo sea válida, eficaz y se pueda introducir posteriormente durante la vida social, se requieren una serie de presupuestos que brinden seguridad a los socios, presentes y futuros, y a los terceros que quieran relacionarse con la sociedad. No se trata de una cláusula más, ya que aunque no vulnera el derecho de los socios de acudir a la jurisdicción ordinaria (si así lo quisiesen), ni se afecte la tutela judicial efectiva, ya que el arbitraje también la garantiza; considero que la introducción de una cláusula arbitral sí constituye una modificación sustancial en la estructura organizativa societaria, por lo que sería necesario que la Ley exigiera un mínimo de garantías y/o requisitos para su válida adopción<sup>472</sup>.

---

<sup>469</sup> SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori”, ob.cit., pág. 4; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., págs. 24 y ss.; BOGGIO, L., “Quale disciplina per l’arbitrato irrituale statutario ?”, en *Rivista di Diritto Societario*, nº 4/2007, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, pág. 74.

<sup>470</sup> El Derecho de receso/separación de los socios ausentes o disidentes constituye el paso de una posición que garantizaba la integridad del capital social y, de forma indirecta, de los acreedores, a la tutela, in primis, del miembro individual de la sociedad. Lo que pretende el legislador con esto, es permitirle al socio salir de la sociedad, sustrayéndose a la decisión tomada por la mayoría y contraria a sus intereses, con la posibilidad de servirse de la amenaza de recurrir a tal opción como un elemento disuasorio. Un poder así en manos del socio individual puede, de un lado, exaltar la libertad, pero de otro lado puede minar la estabilidad patrimonial de la sociedad, y por ende en detrimento sobre todo de los acreedores. LIBERIO, C., “Delibera di acquisto di azioni proprie: poteri cautelari di sospensione e possibilità di recesso del socio”, ob.cit., pág. 3.

<sup>471</sup> CHIOMENTI, F., “La revoca delle deliberazioni assembleari”, en *Saggi di diritto commerciale*, dir. G. Ferri, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1969, pág. 139; BORIO, G., *L’arbitrato commerciale internazionale*, ob.cit., pág. 13; ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, ob.cit., pág. 405; Relazione al Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, ob.cit., pág. 49; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., págs. 5 y ss.; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., pág. 28; BLANDINI, A., “La clausola compromissoria nell’arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo”, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle Obligazioni*, Anno CV, nº 7-8- 9, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Bologna, 2007, págs. 602 y ss.

<sup>472</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., págs. 456 y ss.

En este sentido sería recomendable seguir el modelo instaurado por el legislador italiano (artículo 34.6 D. Leg. 5/2003)<sup>473</sup> cuando se pretenda introducir de forma sucesiva una cláusula arbitral en los estatutos de una sociedad de capital, exigiendo una mayoría reforzada para la adopción del acuerdo y permitiendo en los estatutos a los socios ausentes o disidentes ejercitar el derecho de separarse de la sociedad dentro de un plazo determinado. Este razonamiento del legislador italiano nos viene a poner en evidencia que la introducción sucesiva de una cláusula arbitral en los estatutos sociales no es un acuerdo más propio del funcionamiento normal de una sociedad, sino que se trata de un acuerdo que tiene implicaciones en la esfera interna y externa de la sociedad, por lo que requiere de un tratamiento más riguroso.

El derecho de separación permite a los socios desvincularse de forma voluntaria y unilateral de la sociedad por las decisiones de la mayoría que implican una alteración de las bases esenciales por las que el socio ingresó en la sociedad<sup>474</sup>. Las causas legales de separación de los socios están reguladas de forma taxativa tanto para las Sociedades Anónimas como para las Sociedades de Responsabilidad Limitada (artículos 147.1, 149.2, 225.2 LSA y 95 LSRL), aunque es posible que en los estatutos se establezcan otras causas distintas de separación (artículo 96 LSRL). Dentro de estas últimas es donde se podría introducir la opción de que en caso de adoptar una cláusula arbitral durante la vida de la sociedad, los socios que no estuvieran de acuerdo con ella podrán ejercitar su derecho de separación y el plazo para ello. Esto defiende BOLAS ALONSO cuando asevera que por el principio de autonomía de la voluntad, se pueden configurar nuevas causas de separación y exclusión de los socios, pero esto deberá hacerse de forma detallada en los Estatutos. Deberá determinarse el modo de acreditar la existencia de la causa de separación, la forma y el plazo dentro del cual habrá de ejercitarse este derecho<sup>475</sup>.

A pesar de esta recomendación de seguir la experiencia italiana, en nuestra doctrina se ha dicho que otorgar el derecho de separación a los socios que no estén de acuerdo con la introducción posterior de una cláusula arbitral en los estatutos sociales “puede parecer desproporcionada si se cuenta con una disciplina adecuada

---

<sup>473</sup> El artículo 34 del D. Leg. 5/2003 italiano, en su apartado sexto, dice expresamente: Las modificaciones de la escritura constitutiva, que introduzcan o suprima la cláusula compromisoria, deberán ser aprobadas por los socios que representen al menos  $\frac{2}{3}$  del capital social. Los socios ausentes o disidentes podrán, dentro de los 90 días siguientes, ejercitar el derecho de separación.

<sup>474</sup> VIERA GONZÁLEZ, J., “Derecho de Separación (SA Y SRL)”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 490 y ss.

<sup>475</sup> BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, ob.cit., pág. 141.

para el arbitraje estatutario, que contemple, esto es, sus especificidades. Sobre todo, en el contexto del ordenamiento español, teniendo en cuenta que un remedio tan extremo en relación con la garantía que pierden los terceros tras la obligada reducción de capital que supone, no está previsto en nuestras leyes para modificaciones que afectan de un modo mucho más sustancial al núcleo de la condición jurídica de socio<sup>476</sup>.

Por tanto, en el estado actual de la legislación, considero que la cláusula arbitral debe ser tratada como cualquier otra cláusula estatutaria y, en caso de modificación de los estatutos debe llevarse a cabo por el mecanismo ordinario (artículos 103, 144 y siguientes LSA, 53 LSRL), ya que no supone ningún perjuicio grave para los socios ni se les está privando de ningún derecho<sup>477</sup>.

Esto quiere decir que, para la introducción de una cláusula arbitral, será necesaria en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el 50 % del capital suscrito con derecho a voto. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del 25 % de dicho capital. Cuando concurren accionistas que representen menos del 50 % del capital suscrito con derecho a voto, los acuerdos de modificación estatutaria para introducir la cláusula arbitral sólo podrán adoptarse válidamente con el voto favorable de  $\frac{2}{3}$  del capital presente o representado en la junta. Es posible que los estatutos sociales prevean un quórum y mayorías más elevadas para aprobar estos acuerdos (artículo 103 LSA). Además, será necesario que los administradores o los accionistas autores de la propuesta de introducir la cláusula arbitral en los estatutos sociales formulen un informe escrito con la justificación de la misma. Deberá expresarse de forma clara en la convocatoria esta propuesta; así como el derecho que corresponde a todos los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe sobre la misma, así como pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos. Y, por último, en caso de aprobación de la propuesta de introducción de una cláusula arbitral en los estatutos sociales, este acuerdo deberá constar en escritura pública, inscribirse en el Registro Mercantil y publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (artículo 144 LSA y 94.1.13 RRM).

---

<sup>476</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 61.

<sup>477</sup> OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., págs. 48 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 42; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 61.

Lo que se pretende con la cláusula arbitral es que la sociedad cuente con un mecanismo alternativo a la jurisdicción para resolver sus conflictos, debiendo aprobarse a través de las mayorías requeridas (artículos 93 LSA y 53 LSRL), que son el reflejo de la voluntad social. En el caso de una modificación estatutaria de este tipo, el socio de una sociedad de capital no puede invocar desconocimiento o inseguridad, ya que al adquirir la acción o participación social, se adhirió a un sistema que se rige por principios específicos, dentro de los cuales esté el principio de mayoría y, aunque es evidente que éste tiene ciertos límites, éstos últimos no pueden coartar la voluntad de la mayoría de elegir la vía arbitral como mecanismo para la resolución de sus desavenencias<sup>478</sup>.

## **F) Eficacia de la cláusula arbitral**

### **a) Eficacia subjetiva**

Uno de los aspectos más controvertidos de la cláusula arbitral es su eficacia o alcance subjetivo, máxime en aquellas sociedades con pactos parasociales que la incluyen. A quiénes vincula la cláusula arbitral y a quiénes no, ha sido defendido por diversos autores en posiciones encontradas, pero con las reformas legales y los avances en la doctrina estos argumentos han ido variando.

Están vinculadas por una cláusula arbitral, al igual que lo estarían por cualquier contrato, las personas físicas o jurídicas con capacidad de obrar, que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles y sean socios de la sociedad de capital que la contiene (artículos 6 y 7 LEC).

En el caso de una sociedad como persona jurídica, hay que distinguir entre la posibilidad que tienen los socios, fundadores o posteriores a través de los procedimientos establecidos, para insertar una cláusula arbitral en sus estatutos con el fin de resolver las controversias internas que puedan presentarse; de cuando dicha sociedad es parte de un arbitraje, no necesariamente societario, como sujeto vinculado por una cláusula arbitral estatutaria inserta en otro tipo de contrato mercantil<sup>479</sup>.

---

<sup>478</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 336; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 42 y ss.

<sup>479</sup> VERDERA SERVER, R., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, ob.cit., pág. 331.

El artículo 38 CC faculta a las personas jurídicas para contraer obligaciones y ejercitar “acciones civiles y criminales”. De esta forma, los socios fundadores están facultados para, como reiteradamente se ha mencionado, incluir una cláusula estatutaria que determine que sus controversias internas (entre socios, administradores y la sociedad) sean resueltas por este medio; además de la posibilidad de obligarse a través de un compromiso para que sus controversias presentes (un conflicto determinado) o futuras se resuelvan por este medio.

Hubo quienes consideraban que la sociedad no era parte del convenio arbitral cuando éste se hubiera insertado en los estatutos originarios pretendiendo que, de acuerdo al artículo 9 LA, se requería la voluntad expresa de las partes, porque en este caso consideraban que los socios fundadores y no la sociedad tomaron dicho acuerdo. En contra de la postura anterior se ha aclarado que, “no puede olvidarse el doble juego que se produce en la constitución de la sociedad: contrato y nacimiento de la persona jurídica. Actividad contractual entre los socios y al mismo tiempo acto corporativo en el que los fundadores intervienen además como órgano del ente que surge y regulan la vida futura del mismo dotándolo de las normas estatutarias que en adelante vincularán tanto a los socios como a la sociedad, si bien con referencia tan sólo a la relación societaria”<sup>480</sup>.

Cuando la cláusula arbitral se incluye en los estatutos sociales se convierte en una norma de autogobierno de la sociedad y sus socios en sus relaciones recíprocas, por lo que es evidente su vinculación a la misma<sup>481</sup>. No se puede desvincular a la sociedad de su momento fundacional, porque algo que no es, no puede llegar a ser, y si es en ese momento en donde está precisamente “naciendo” y son esas las “reglas del juego” a las que se verá supeditado durante su existencia, no se puede pretender que las demás normas estatutarias sí sean las que van a regir su vida y la cláusula arbitral no. De este modo, los únicos legitimados para dar el consentimiento por la sociedad, que en ese momento la

---

<sup>480</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 320; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 37; en el mismo sentido COHEN, D., Arbitrage et société, ob.cit., págs. 66 y ss.; OLIVENCIA RUIZ, M., “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje”, ob.cit., pág. 47; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 442; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 53

<sup>481</sup> En este sentido, JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit., sostiene que también los problemas que surjan en una sociedad en formación o en una sociedad irregular, así como en una sociedad que se encuentre en liquidación serán competencia de un árbitro, ya que si existe una cláusula arbitral en los estatutos originarios de dicha sociedad es porque los socios así han querido que se resuelvan los conflictos.



representan y manifiestan su voluntad, son los socios fundadores y no puede hacerse ahí una separación entre su voluntad y la voluntad social<sup>482</sup>.

Estos argumentos se encuentran también en el Derecho italiano, y en él no existe duda alguna de la oponibilidad de la cláusula arbitral a la sociedad, ya que la Ley prevé la posibilidad de optar por la vía arbitral a través de una cláusula compromisoria inserta en sus estatutos como una opción y no como una obligación, y si la sociedad ha decidido incluirla, la vinculará<sup>483</sup>.

### **b) Vinculación socios presentes y futuros.**

Los estatutos son las normas de funcionamiento que la propia sociedad se ha adjudicado durante su período fundacional, los cuales puede completar o modificar durante toda su vida. Éstos tendrán origen negocial, pero una vez aprobados trascienden la esfera de quienes los aprobaron y vincularán también a todos los socios futuros<sup>484</sup>.

Conforme a lo anterior, los socios al adquirir la acción o participación social se han adherido a los instrumentos contractuales que rigen el funcionamiento de la sociedad de la que pretenden formar parte y, si dentro de ellos está una cláusula compromisoria, estarán vinculados por ella<sup>485</sup>.

---

<sup>482</sup> CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., pág. 220; TAPIA SÁNCHEZ, M., “Junta Constituyente”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 720; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., pág. 455.

<sup>483</sup> CABRAS, G., “I principi dell’arbitrato e l’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 3; STESURI, A., Gli arbitrati societari, ob.cit., pág. 160; CAPRASSE, O., Les sociétés et l’arbitrage, ob.cit., pág. 284; MUNNÉ CATARINA, F., “Jurisprudencia arbitral comentada: Subrogación inter vivos en el Convenio Arbitral”, ob.cit., págs. 212-213.

<sup>484</sup> DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en Derecho de Sociedades Anónimas, Tomo I, coord. A. Alonso Ureba y otros, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1991, pág. 72; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 23; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 50; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 250.

<sup>485</sup> JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, ob.cit.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 34 y ss.

Tanto los socios fundadores como los nuevos socios estarán sometidos automáticamente a los estatutos ya que de una u otra forma han expresado su voluntad de aceptarlos, con los derechos y las obligaciones que éstos conllevan, sin ningún tipo de diferencia de trato con relación a los demás socios<sup>486</sup>.

La correspondiente inscripción del pacto estatutario en el Registro Mercantil es un mecanismo que asegura la publicidad que este tipo de normativa interna de la sociedad requiere para ser realmente eficaz frente a quienes lo suscribieron y asegura su eficacia erga omnes frente a todos los socios (presentes o futuros). Para GALLEGO una vez otorgada la escritura pública, aún cuando ésta no haya accedido al Registro Mercantil, si la escritura contiene una cláusula arbitral, la cláusula será eficaz frente a todos los socios, sin perjuicio, en su caso, de los efectos de la publicidad material negativa; porque la inscripción tiene al igual que la escritura carácter constitutivo, *“de ahí que, otorgada la escritura pública y no inscrita en el RM en el plazo de un año desde el otorgamiento, o antes, si se verifica la voluntad de no inscribir, la sociedad en formación se convierte en una sociedad irregular (...). Se trata de un proceso de fundación frustrado, que constituye causa justa de disolución (...). Si la disolución no es instada o mientras no se inste, cabe preguntarse si los socios están vinculados por los actos estatutarios que han suscrito y asimismo si lo estarán los adquirentes sucesivos de las cuotas. En especial si les vinculará la cláusula arbitral. (...) Se produce, pues, una conversión de la sociedad en formación en sociedad colectiva o civil o mejor,*

---

<sup>486</sup> CALAZA LÓPEZ, S., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 203; CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ob.cit., pág. 15; CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 323; Resolución de 19 de Febrero de 1998, Dirección General de los Registros y Notariado, fundamento de Derecho tercero; STS (Sala de lo Civil), nº 355/1998, de 18 de abril, fundamento de Derecho segundo; GÓMEZ PORRÚA, J., “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, ob.cit., pág. 1954; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, ob.cit., pág. 6943; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 418; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de Acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, ob.cit., págs. 1987 y 2000; VICENT CHULIÁ, F., “Arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales. Acto final”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 1/2001, Tribunal Arbitral de Barcelona, J. M. Bosch Editor, Barcelona, pág. 95, aunque para él los nuevos socios asumen todas las obligaciones sin que sea necesaria publicidad registral; CARAZO LIÉBANA, M., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 221; SÁNCHEZ CALERO, F., “La junta general en las sociedades de capital”, ob.cit., pág. 429; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 32; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 126; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

*simplemente el sometimiento ex lege de la sociedad anónima irregular a las normas de esas sociedades. (...) Conforme a ello, se priva a la sociedad del beneficio de la irresponsabilidad de sus socios frente a terceros como si de una sociedad colectiva o civil se tratara; pero el plano interno no queda afectado en la medida en que aquéllos no resultan afectados. (...) No hay duda que ese pacto vincula a todos los socios fundadores, a los administradores y a la propia sociedad y, a mi juicio, también, a los socios sucesivos que adquieran una acción o partición de forma derivativa en aplicación de la doctrina de la publicidad material negativa del Registro o principio de oponibilidad por cuanto, o no pueden ser considerados terceros, o podría probarse que conocían el acto sujeto a inscripción y no inscrito (artículo 21.4 CCom)”*.<sup>487</sup>. Incluso, si en los estatutos se contiene una cláusula arbitral, la eficacia del laudo que se dicte y por el cual se anule un acuerdo social, en condiciones análogas a las que produciría una sentencia judicial, afectará a todos los socios aunque no hubieren litigado (artículos 114 y 175 RRM, 222.3 LEC)<sup>488</sup>.

En el Derecho italiano la vinculación de los nuevos socios ha sido ampliamente discutida. Parte de la doctrina afirmaba que por actos entre vivos, además de aceptar los estatutos, los nuevos socios debían firmar aceptando específicamente la cláusula arbitral. Defendían que, bajo pena de nulidad, debían cumplir con la doble suscripción prescrita por el artículo 1341 de su Código Civil<sup>489</sup>, como requisito ad substantiam y no ad probationem<sup>490</sup>, ya que la encuadraban como una “cláusula vessatoria” dentro de un contrato con condiciones generales o

---

<sup>487</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., págs. 63 y ss.

<sup>488</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Registro Mercantil”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 970 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 289; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 57.

<sup>489</sup> Artículo 1341 Código Civil italiano: (Condiciones generales de contratación). Las condiciones generales de contratación previstas por uno de los contratantes son eficaces en relación con el otro, si al momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o las debería haber conocido de acuerdo con la diligencia ordinaria. En todo caso no tienen efecto, si no son aprobadas específicamente por escrito, las condiciones que establecen, a favor del que las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultad de rescindir el contrato o de suspender la ejecución, o bien sancionando a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, la prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogación de la competencia de la autoridad judicial.

<sup>490</sup> MIRABELLI, G; GIACOBBE, D., “Diritto dell’arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell’arbitrato internazionale)”, ob.cit., pág. 149.

formularios (los contratos de adhesión)<sup>491</sup>; por lo que al comportar para ellos una disposición de derechos importante, tal y como es la renuncia a la jurisdicción, se requeriría una específica manifestación de voluntad, inequívoca y directa (escrita), de parte del sujeto para estar vinculado a ella<sup>492</sup>. Esta postura la podemos encuadrar como la posición que se mantenía aquí en España con la antigua Ley de arbitraje de 1988, al requerir también en su artículo 5, inciso primero, la expresión de la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de las cuestiones litigiosas a arbitraje.

Pero la gran mayoría de la doctrina italiana (cuyos argumentos son trasladables al ordenamiento arbitral español, después de la nueva Ley de Arbitraje de 2003), con la reforma al Derecho societario (2001), ha aceptado que tras la entrada de un nuevo miembro en la sociedad se produce una aceptación automática del pacto compromisorio, sin requerir la aprobación específica de la cláusula arbitral por parte del nuevo socio (artículos 1341 y 1342 del Código Civil italiano). Además, el contrato societario no es calificable de contrato de adhesión, ya que el nuevo socio entra a formar parte de la sociedad en condición paritaria con los otros socios, con una comunidad de intereses y fines, producto de la Ley y de los estatutos, al expresar su voluntad de ser parte de ella (artículo 1332 del Código Civil italiano)<sup>493</sup>.

Igualmente, no puede asimilarse tampoco la cláusula arbitral a las cláusulas abusivas (*vessatorie*) ya que al entrar a formar parte de la sociedad, de acuerdo con una ordinaria diligencia, se deberán conocer y entender los estatutos sociales y, si la cláusula está ahí, no se entiende porqué sería necesario una aceptación específica de ella, siendo una norma más a la que los socios libremente se están sometiendo en aras del fin social, sin limitar ningún derecho de los nuevos socios en beneficio de la sociedad.

La cláusula compromisoria, a diferencia de las cláusulas de un contrato de adhesión, no funciona en un único sentido o a favor de una sola de las partes,

---

<sup>491</sup> MIRABELLI, G., GIACOBBE, D., “Diritto dell’arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell’arbitrato internazionale)”, ob.cit., pág. 23.

<sup>492</sup> BIANCHI, G., L’arbitrato nelle controversie societarie, ob.cit., pág. 3 y ss., aunque acepta la necesidad de esta doble suscripción en las cláusulas *vessatorie*, más adelante, págs. 18 y 25 y ss., dice que no se requerirá esta especial aprobación cuando se trate de una cláusula contenida en los estatutos o en el reglamento de un organismo social del cual el sujeto entra a formar parte, ya que los artículos 1341 y 1342 C.c. se aplican únicamente en caso de condiciones generales predispuestas por uno sólo de los contratantes.

<sup>493</sup> BIANCHI, G., L’arbitrato nelle controversie societarie, ob.cit., pág. 18 y ss.; MORELLINI, L., “Le parti e l’oggetto dell’arbitrato societario: spunti di riflessione”, ob.cit., pág. 80.

sino que las somete a ambas. El nuevo socio no puede negociar todas las cláusulas de los estatutos y esto no implica que el contrato social sea un contrato de adhesión, porque este argumento se opone a todos los principios que gobiernan el Derecho de sociedades y se opone al artículo 4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación, cuando dice que “la presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios”<sup>494</sup>.

De acuerdo al razonamiento que se está haciendo, como factores esenciales para la vinculación de la cláusula arbitral para los socios, tanto presentes como futuros, son necesarios tres elementos. En primer lugar es necesaria la publicidad registral. En segundo lugar, la controversia o diferencia surgida deberá tener su causa en las relaciones jurídicas intrasocietarias. Y, por último, el socio o socios implicados en la controversia lo estarán precisamente por su condición de tales<sup>495</sup>.

La publicidad registral que se pretende no es la publicidad-noticia (aquella que busca el conocimiento de sujetos y actos que interesan genéricamente a terceros), sino que aquélla que condiciona a la cognoscibilidad general “*a través de un instrumento oficial, accesible a todos y con garantías jurídicas*”<sup>496</sup> y su consiguiente oponibilidad a terceros, es decir, la publicidad material o legal.

Así, la cláusula es vinculante para la sociedad y para todos sus socios, presentes o futuros, sin hacer ningún tipo de distinción ni ser necesario ningún otro requisito

---

<sup>494</sup> MARENCO, R., “Art. 833 c.p.c. (Forma della clausola compromissoria)”, en La nuova disciplina dell’arbitrato. Commentario, dir. A. Briguglio y otros, Giuffrè Editore, Milano, 1994, pág. 241; ROVELLI, L., “L’arbitrato delle società”, ob.cit., pág. 898; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, ob.cit.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 60.

<sup>495</sup> OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 36; CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., pág. 217; ROBERT, J., L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé, ob.cit., pág. 60; ROBERT, J., Arbitrage civil et commercial: droit interne et droit international privé, ob.cit., pág. 135; BOISSESON, M. de, Le droit français de l’arbitrage interne et international, ob.cit., págs. 45 y 48; COHEN, D., Arbitrage et société, ob.cit., págs. 66 y ss. y 261 y ss.; CAPRASSE, O., Les sociétés et l’arbitrage, ob.cit., pág. 379; MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 415; VICENT CHULIÁ, F., Introducción al Derecho Mercantil, ob.cit., pág. 354; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y Derecho de Sociedades”, ob.cit., pág. 2047; GIMÉNEZ DUART, T., “Impugnación de acuerdos sociales y otras cuestiones”, ob.cit., pág. 20; MERINO MERCHÁN, J., CHILLÓN MEDINA, J., Tratado de Derecho Arbitral Privado Interno e Internacional, ob.cit., pág. 279.

<sup>496</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, MT., “Registro Mercantil”, ob.cit., pág. 971.

de aceptación. Si la cláusula arbitral se encuentra en los estatutos sociales, no será necesaria una aceptación expresa de ella por los nuevos socios, o incluso por los fundadores, ya que al aceptar formar parte de la sociedad están aceptando la cláusula arbitral, como una norma más, entre otras, de su funcionamiento<sup>497</sup>. Para FERNÁNDEZ DEL POZO *“Tanto las RRDGRN de 19 de febrero de 1998 y 4 de mayo de 2005 como la STS de 18 de abril de 1998 –y nuestra SAP de Madrid- sientan una doctrina que debería ser pacífica: el convenio arbitral insertado en estatutos es configurador de la posición de socio. Una vez inscrito, dicho convenio arbitral estatutario vincula no sólo a los socios presentes y a sus herederos (como se seguiría del principio de relatividad de los contratos) sino a todo futuro adquirente y subadquirente de la condición de socio y de suerte que “toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria”*<sup>498</sup>.

En el caso de cesión de la condición de socio, el nuevo socio adquiere la situación jurídica que tenía el socio cedente “en su integridad, en su pleno status”<sup>499</sup>, sin precisarse de un nuevo consentimiento, ya que éste lo prestaron en su momento los socios fundadores<sup>500</sup>. Los consentimientos son individuales. El consentimiento del nuevo socio está implícito en la adquisición de esta condición. *“Es igual ser parte en el negocio genético o llegar a serlo durante la vida del contrato. Están todos amparados y afectados por su propio pacto y a todos ellos les afecta por ser todos parte. La relatividad les comprende al existir*

---

<sup>497</sup> ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 443; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 52; MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos problemas de arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 418.

<sup>498</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, ob.cit., pág. 289; PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., pág. 209; STS (Sección 1ª) 355/1998, de 18 de abril, fundamento de Derecho segundo.

<sup>499</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ob.cit., pág. 14; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 3; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 51.

<sup>500</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ob.cit., pág. 15; CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., págs. 324-326; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 35; CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., pág. 221; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español, Editorial COLEX, Madrid, 2000, pág. 73; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El arbitraje en Derecho sucesorio”, ob.cit., pág. 68.

*vínculo jurídico entre el cesionario que subentra en sustitución del cedente y el contratante cedido*<sup>501</sup>.

No suscribo las posturas doctrinales que pretenden que cuando se adquiere una acción o participación social sea necesario emitir nuevamente un consentimiento expreso de la cláusula arbitral y no simplemente el requerido para adquirir la acción o participación, ya que en una cesión de este tipo ambas partes continúan vinculadas por el convenio arbitral inserto en el contrato objeto de dicha cesión. La voluntad del nuevo socio al adquirir la acción o participación social implica un consentimiento total de adhesión a todas las cláusulas estatutarias y no a unas solas, por lo que si se estipuló un convenio arbitral en los estatutos originarios por los socios fundadores, los socios sucesivos entrarán en una situación de paridad con los demás socios y no puede pretender negociar todas las cláusulas de los estatutos sociales, sino que si quiere formar parte de la sociedad deberá aceptarlos en su conjunto<sup>502</sup>.

Un caso diferente es cuando un ex-socio pretende impugnar mediante arbitraje un acuerdo adoptado mientras él era socio. En este caso existen dos posturas encontradas en cuanto a si el socio separado de la sociedad estará o no vinculado por la cláusula arbitral estatutaria vigente. Para una parte de la doctrina, el socio separado estará vinculado en la medida en que el conflicto surgió mientras él era aún miembro de ella, sin importar su condición actual, ya que se trata de un acuerdo adoptado mientras él estaba sometido al régimen societario dentro del cual estaba vigente la cláusula arbitral. Pero en contra de esta afirmación hay quien defiende, que la circunstancia de accionista es una postura procesal y por tanto no vinculará a un ex-socio cuando éste pretenda impugnar, por ejemplo, un acuerdo de Junta general, incluso cuando éste haya sido adoptado mientras él era socio, ya que según considera esta parte de la doctrina con la cual me identifico, lo

---

<sup>501</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., “El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español”, ob.cit., pág. 112. En este sentido también MUNNÉ CATARINA, F., “Jurisprudencia arbitral comentada: Subrogación inter vivos en el Convenio Arbitral”, ob.cit., págs. 211 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 52.

<sup>502</sup> VERDERA SERVER, R., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, ob.cit., pág. 343; CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., pág. 222; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 444; ORTUÑO BAEZA, M., “Paridad de Trato”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 864; MUNNÉ CATARINA, F., “Jurisprudencia arbitral comentada: Subrogación inter vivos en el Convenio Arbitral”, ob.cit., pág. 213; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

hará en su condición de tercero acreditando un interés legítimo y no como un socio u órgano social, que fue en su momento, pero cuyo status ya no ostenta<sup>503</sup>.

En cambio, cuando se litiga para ser considerado socio, una interpretación muy flexible hace sostener que también están incluidos en el convenio arbitral<sup>504</sup>. Pero con base a la legislación actual creo que no podemos considerar que esta sea una interpretación válida, ya que no se puede pretender aplicar de forma extensiva un procedimiento que tiene como causa una cláusula arbitral estatutaria, la cual es vinculante para la sociedad y para todos los socios; mientras que quien litiga para conseguir ser reconocido como tal no tiene asegurado que lo será y por tanto que estará vinculado por ella, por el principio general del Derecho de que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (artículo 1257 CC).

Con el fin de defender esta afirmación analizaré el caso de la transmisión forzosa de acciones o participaciones sociales cuando el adquirente de las mismas mediante subasta pública litiga para ser considerado socio y así conseguir que se inscriban dichas acciones o participaciones a su nombre en el libro de registro de la sociedad.

Cuando se trate de acciones nominativas, el artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas expresamente dice que la sociedad sólo reputará accionista a quien se halle inscrito en el libro de registro que llevará la sociedad, en el que inscribirá las sucesivas transferencias de las acciones, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre aquéllas (en el mismo sentido artículo 27 LSRL).

La Ley de Sociedades Anónimas establece que tratándose de acciones nominativas, los administradores, una vez que resulte acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro de registro de acciones nominativas (artículo 56 LSA). En este caso en concreto, estos adquirentes estarán vinculados por la cláusula arbitral una vez inscritos como socios en el libro de registro de la sociedad, ya que su reconocimiento como socios resulta de un imperativo legal.

---

<sup>503</sup> CARAZO LIÉBANA, M., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 227; SÁNCHEZ CALERO, F., La junta general en las sociedades de capital, ob.cit., pág. 429.

<sup>504</sup> PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., pág. 227; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”,ob.cit.



Pero también hay que analizar si en los estatutos se han establecido restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, porque en este caso se aplicarán normas diferentes. Las restricciones sólo serán válidas frente a la sociedad cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos, aunque serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción. Por tanto, sólo cuando los estatutos contienen las causas que restringen la libre transmisibilidad de las acciones, expresando las acciones nominativas a las que afectan y el contenido de esta restricción, podrá condicionarse la transmisión de las acciones a la previa autorización de la sociedad, prohibiendo que los estatutos atribuyan a un tercero la facultad de consentir o autorizar dicha transmisión (artículos 63 LSA y 123 RRM). En el caso de transmisión de participaciones sociales, salvo disposición contraria de los estatutos, será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos inter vivos entre socios, salvo que en la Ley o en los estatutos se establezcan limitaciones. La sociedad solamente podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios adquirentes de la totalidad de las participaciones por el valor razonable del día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Si transcurridos tres meses desde que el socio hubiera puesto en conocimiento de la sociedad su intención de transmitir las participaciones sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad de adquirente, podrá el socio transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad (artículos 29 LSRL y 188 RRM).

En el caso concreto de que la adquisición de las acciones se produzca como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, se aplicará el régimen de los supuestos especiales, es decir, podrá la sociedad rechazar la inscripción de la transmisión en el libro de registro de acciones nominativas, si así está previsto en los estatutos, presentando al adquirente de las acciones un comprador u ofrecerse ella misma a adquirirlas por su valor razonable al momento en que se solicitó la inscripción (artículo 64 LSA). En las Sociedades de Responsabilidad Limitada, antes de que transcurra un mes desde la recepción por la sociedad del testimonio literal del acta de subasta o del acuerdo de adjudicación de las participaciones sociales embargadas, podrán los socios, o la sociedad, sólo en el caso de que los estatutos establezcan el derecho de adquisición preferente a favor de ésta, subrogarse en lugar del rematante o acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados (artículo 31 LSRL).

En un supuesto de este tipo, lo esencial es analizar primero los estatutos sociales, y si en ellos se establecen estas restricciones a la libre transmisibilidad de acciones, deberá la sociedad presentar un adquirente para que entregue el valor

razonable determinado por un auditor distinto al auditor de la sociedad, nombrado por los administradores. Si transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida (artículo 63 LSA).

En este caso es evidente que aunque el adquirente de las acciones sea el nudo propietario no está sometido a la cláusula arbitral estatutaria, porque no puede gozar de los derechos ni ser responsable por las obligaciones que la condición de accionista genera, ya que según la normativa vigente no tiene reconocido aún dicho status jurídico y por tanto no es parte del convenio arbitral y no estará legitimado para instar el procedimiento arbitral que impone la cláusula estatutaria (artículo 11.1 LA). En este caso el árbitro que conozca del asunto, una vez comprobado que el nudo propietario de las acciones no está legitimado para instar el procedimiento arbitral, deberá hacerlo constar a través de un laudo en el que desestime la pretensión y se declare incompetente por no serlo para conocer del asunto (artículos 22 y 38.2.c) LA; 9 LEC). La jurisprudencia entiende como legitimación ad causam o legitimación activa, la legitimación propia o directa, la cual “viene determinada por la titularidad de la relación jurídico-material invocada por el demandante en el proceso concreto de que se trate”, la cual constituye un presupuesto preliminar del fondo del asunto o presupuesto de la estimación de la demanda, lo que lleva a que el árbitro o el juez, una vez tramitado el proceso y habiendo comprobado que el actor carece de dicha legitimación activa, ha de abstenerse de conocer la cuestión de fondo propiamente dicha y dictar un laudo o sentencia desestimatoria de la pretensión solicitada. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), nº 908/1993, de 9 de octubre, fundamento de Derecho octavo.

La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido en un caso en el que no se reconocía la condición de socio a pesar de que había habido una transmisión de acciones, ya que la sumisión pactada en los estatutos ni legalmente podía obligar, ni estatutariamente obliga a quien no ha visto reconocida la cualidad de socio. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª), nº 35/2002, de 12 de enero dice, en el fundamento de Derecho tercero, que “de esta doctrina se desprende claramente que, si el comprador de las acciones, a quien se le denegó la inscripción en el Libro Registro de las acciones nominativas, no puede ejercitar los derechos que corresponden al accionista, por carecer de esa condición frente a la sociedad, tampoco podrá serle exigido el cumplimiento de las normas estatutarias hasta tanto, superado el obstáculo de la falta de inscripción, bien por posterior reconocimiento de la sociedad o bien por resolución judicial firme, la compra cause la indispensable inscripción, dada la evidente anomalía que implicaría hacer en tal caso una aplicación parcial de las

normas estatutarias, las cuales, como Ley interna que rige el contrato social, no cabe que sean extensivas a quien la propia sociedad no reconoce como uno de sus miembros”.

En el Derecho comparado también se han discutido estos supuestos. Por un lado, en el Derecho francés se excluye la posibilidad de arbitrar la controversia que radique sobre la cualidad o no de socio<sup>505</sup>.

En cambio, en Derecho italiano cuando la controversia verse sobre la misma condición de socio, parte de la doctrina defendía que era necesario que, de alguna forma, el supuesto socio aceptara la cláusula inserta en los estatutos para poder estar vinculado por ella. El problema radicaba cuando el supuesto socio se negaba a aceptar su condición de tal, ya que si lo que él pretendía era que se le reconociera como socio aceptaría los estatutos y las normas que por ello lo vincularían. Si él no se consideraba socio, se podría entender que existía un problema de oponibilidad de la cláusula arbitral. Pero la nueva normativa italiana que rige el arbitraje societario, hace que sea el mismo ordenamiento (artículo 34.3 D. Leg. 5/2003) quien dirima el problema y le otorga al árbitro la competencia para pronunciarse sobre este conflicto, vinculando por tanto al supuesto socio, aunque éste así no se considere, sin que en ningún caso se convierta en un arbitraje obligatorio<sup>506</sup>.

### **c) La especial situación del heredero.**

Los herederos tienen un régimen especial en cuanto a su vinculación por la cláusula arbitral. Al igual que los cesionarios, están vinculados por la cláusula arbitral no porque éstos sean o no socios, sino porque ostentan un interés jurídico legítimo societario que han de hacer valer frente a la sociedad y de acuerdo con sus reglas, aún cuando no adquieran la condición de socios, de acuerdo con el artículo 1257 CC, vinculando a las partes del contrato y no a terceros<sup>507</sup>.

---

<sup>505</sup> ROBERT, J., “L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé”, ob.cit., pág. 62; CAPRASSE, O., “Les sociétés et l’arbitrage”, ob.cit., pág. 378.

<sup>506</sup> STESURI, A., Gli arbitrati societari, ob.cit., pág. 163; SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., pág. 6; COLANGELI, D., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, ob.cit., pág. 3;

<sup>507</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, ob.cit., pág. 321; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit.,

Se considera que los herederos quedan sometidos a la cláusula arbitral sin necesidad incluso de su aceptación, aún cuando no fuesen socios, ya que entran en la misma posición que el causante en todos aquellos asuntos activos y pasivos que no fueran de carácter personalísimo y se extingan por su muerte (artículos 659 y 661 CC). Tal y como regula la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en el artículo 32.1, “la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio”. Por tanto, no es necesaria una aceptación del causahabiente expresa de la cláusula compromisoria, quedando automáticamente vinculado por ella, por ser el procedimiento que válidamente el causante había aceptado para resolver los conflictos intrasocietarios<sup>508</sup>.

Existe quien sostiene, en contra de las afirmaciones antes hechas, que con base en la naturaleza propia de la cláusula arbitral ésta no afectará a los herederos de los socios y, por tanto, las diferencias que puedan suscitarse con ellos no podrán resolverse mediante un arbitraje que tenga su causa en la cláusula arbitral estatutaria; ya que consideran que cae fuera del ámbito operativo de aquélla y que sólo vinculará a estos herederos en tanto hayan asumido la condición de socio, es decir, en tanto hayan sucedido al causante en su posición jurídico-social<sup>509</sup>.

Por su parte, los titulares de derechos reales sobre acciones o participaciones sociales, tales como usufructuarios o acreedores pignoratícios, estarán vinculados por la cláusula en la medida en que puedan y pretendan ejercitar los derechos sociales frente a la sociedad<sup>510</sup>.

---

pág. 36; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 32 y ss.

<sup>508</sup> PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario”, ob.cit., pág. 212; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español, ob.cit., págs. 29 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Transmisión mortis causa de participaciones de Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 1288 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., págs. 34 y ss.; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 52

<sup>509</sup> MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos problemas de arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 417.

<sup>510</sup> OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., págs. 36 y ss.

Otros, en cambio, sostienen que estos titulares de derechos reales sobre las acciones o las participaciones solamente estarían vinculados a la cláusula arbitral en la medida en que los estatutos, además de los derechos económicos que les corresponden, les atribuyeran también derechos políticos, como el derecho de voto, de información o de impugnación de acuerdos sociales. En éste último caso sí estarían vinculados a la cláusula arbitral por las normas de autogobierno, pero en la medida en que son “terceros” con respecto a la sociedad y no se subroguen en la posición del socio, no quedarán subsumidos en el ámbito subjetivo de la cláusula arbitral porque la cualidad de socio, con todos sus derechos y obligaciones, reside en el nudo propietario (artículos 67.1 y 72.1 LSA, 36.1 y 37 LSRL)<sup>511</sup>.

#### **d) Especial relación de administradores o auditores con la cláusula arbitral**

Tal y como hemos estudiado, la voluntad de someterse al cauce arbitral es indispensable para la vinculación por una cláusula arbitral.

De esta forma, la eficacia de la cláusula arbitral frente a los administradores, los auditores y o los liquidadores es clara cuando expresamente conste su consentimiento, al hacer explícito en la cláusula arbitral esta extensión de la eficacia subjetiva o a través de un consentimiento expreso de cada uno de ellos<sup>512</sup>.

Pero existen otras situaciones que requieren ser interpretadas para poder determinar si los administradores, los liquidadores y los auditores están sometidos al convenio arbitral, especialmente cuando la cláusula arbitral no los menciona expresamente.

Parte de la doctrina que sostenía que la cláusula arbitral no vinculaba a los administradores se basaba en que éstos no habían expresado la voluntad “inequívoca” que se exigía en la antigua Ley de Arbitraje de 1988. Según esta

---

<sup>511</sup> CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., págs. 230 y ss.; ECHEBARRÍA SÁENZ, J., “Usufructo de Acciones”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 1296.

<sup>512</sup> PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario”, ob.cit., pág. 215; SÁNCHEZ CALERO, F., “La junta general en las sociedades de capital”, ob.cit., pág. 430.

postura fueron ajenos al contrato social y por tanto se consideraban terceros extraños a la sociedad y, por tanto, solamente la cláusula arbitral los vinculaba en aquellos casos en que además de administradores eran socios<sup>513</sup>.

Pero este enfoque fue rechazado por la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 19 de febrero de 1998, en su fundamento de Derecho tercero, afirmando que “los administradores, aunque no ostenten la condición de socios, no por ello son terceros desvinculados del régimen estatutario en su relación orgánica con la sociedad”. Esto hizo que la doctrina aceptara que los administradores “están asimismo consintiendo inequívocamente en someterse a los estatutos y, en consecuencia, también al convenio arbitral. Efectivamente, las leyes societarias prevén que el nombramiento de los administradores surte efecto desde el momento de su aceptación (arts. 125 LSA, 58.4 LSRL, y 141.1 RRM) y que deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos (art. 127 bis LSA)”<sup>514</sup>.

Actualmente, la mayoría de la doctrina afirma que los administradores al aceptar el cargo que desempeñarán perfeccionan un contrato entre ellos y la sociedad. Es a partir de ese momento en que ese nuevo vínculo le impondrá no sólo el cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también de todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes con la buena fe, los usos y la Ley. Específicamente, será obligatoria la cláusula arbitral para los administradores, aunque esta no regule expresamente las controversias con ellos, en sus relaciones mercantiles con la sociedad (no laborales, a menos que se haga mención en su contrato de trabajo), ya que “*han de ser los primeros custodios de los estatutos y, en consecuencia, conocedores de la cláusula arbitral que, como órgano social, deben asumir, acatándola y haciéndola acatar*”<sup>515</sup>.

---

<sup>513</sup> MUÑOZ PLANAS, J., “Algunos problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 421; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 444.

<sup>514</sup> PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., pág. 216; CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., pág. 237; HWANG, M., MUTTATH, R., “Arbitration in Company Matters”, ob.cit., pág. 558; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 136.

<sup>515</sup> GIMÉNEZ DUART, T., “Impugnación de acuerdos sociales y otras cuestiones”, ob.cit., pág. 20; en el mismo sentido POLO, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la Cláusula Compromisoria en las Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 76; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y Derecho de sociedades”, ob.cit., pág. 2048; CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ob.cit., pág. 18; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 36; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la

Como ejemplo del Derecho comparado que estudiamos, en Estados Unidos la doctrina contemporánea defiende esta postura, y afirma que la cláusula arbitral sí es oponible a los administradores de la sociedad, en cuanto son miembros de ella y a través de este proceso, a su vez, se favorece la privacidad que se necesita para este tipo de asuntos<sup>516</sup>.

En cuanto a los auditores y a los liquidadores de la sociedad, la cuestión es diversa. Ellos no son parte de la sociedad, sino que su función es, para el caso de los auditores de cuentas, revisar las cuentas anuales y el informe de gestión (artículo 203 LSA); y para los liquidadores, realizar todo lo pertinente para la liquidación de la sociedad (artículos 266 y siguientes LSA).

Existen dudas en cuanto a la vinculación por la cláusula arbitral de los auditores, debido a que en ellos no suele coincidir la condición de socio, además porque se duda de si son o no órganos de la sociedad y porque los modelos de cláusulas de arbitraje societario que existen, si bien mencionan normalmente a los administradores, generalmente no se refieren ni a los auditores ni tampoco a los liquidadores.

Una postura favorable a la vinculación de los liquidadores por la cláusula arbitral sostiene que podríamos aplicarles un razonamiento similar al de los administradores, apoyándose en el artículo 114 LSRL. De esta forma, consideran que los liquidadores también deben aceptar su encargo, siendo en muchos casos los mismos administradores quienes pasan a liquidar la sociedad (artículo 110.1 LSRL); por lo que si existe una cláusula de arbitraje se considerarán subsumidos a ella, porque son ellos el órgano de gestión y de representación de la sociedad durante el periodo de liquidación. Por otra parte, también el procedimiento para exigirles responsabilidad podrá ser llevado a cabo mediante un

---

impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007”, ob.cit., pág. 457; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., págs. 445 y ss.; PERALES VISCASILLAS, P., Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario, ob.cit., págs. 215 y ss.; que afirma además que este razonamiento se aplica de forma similar para el caso de los auditores y los liquidadores. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., págs. 50 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti- arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 250; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

<sup>516</sup> HWANG, M., MUTTATH, R., “Arbitration in Company Matters”, ob.cit., pág. 558.

proceso arbitral, al igual que en el caso de los administradores (artículo 279 LSA)<sup>517</sup>.

En el caso de los auditores, considera la doctrina que ellos también deben aceptar el encargo, de acuerdo con los artículos 205 LSA y 141, 154 y 192 RRM, por lo que *“ha de presumirse que se someten también al contenido estatutario, y, en segundo lugar, porque la acción de responsabilidad se rige por lo dispuesto para los administradores de la sociedad (art. 211 LSA), por lo que, al menos, podrá mantenerse que existiendo un convenio arbitral que expresamente se refiera a los administradores, podrá entenderse también incluido en él a los auditores”*<sup>518</sup>.

Pero otras posturas doctrinales manifiestan su desacuerdo, ya que consideran que los auditores no podrán verse vinculados por la cláusula arbitral, porque ellos no están sometidos a los estatutos sociales, ya que ellos están unidos a la sociedad por medio de una relación laboral<sup>519</sup>.

En cuanto a este tema, el Derecho comparado puede ser una herramienta que nos ayude a despejar estos interrogantes.

Un sector de la doctrina francesa defiende que si los mandatarios sociales o los comisarios de cuentas no son socios, no pueden someter sus diferencias a arbitraje ni verse vinculados por una cláusula arbitral inserta en los estatutos sociales<sup>520</sup>, ya que los consideran terceros con relación al pacto social. Pero la jurisprudencia y otra parte de la doctrina francesa, defienden que sí pueden estar

---

<sup>517</sup> PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario”, ob.cit., págs. 217 y ss.; MUÑOZ PÉREZ, A., “Liquidador de Sociedad Anónima”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 768; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., págs. 50 y ss.

<sup>518</sup> PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario”, ob.cit., pág. 217; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 136.

<sup>519</sup> OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., pág. 44; AMESTI MENDIZÁBAL, C., “Auditor Externo”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 245; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

<sup>520</sup> BOISSESON, M., “Le droit français de l’arbitrage interne et international”, ob.cit., pág. 45; ROBERT, J., “L’arbitrage : droit interne, droit international privé”, 6<sup>o</sup> ed., ob.cit., pág. 56.



vinculados, pero que esta vinculación no es automática, sino que por el principio de la búsqueda de la voluntad de las partes, es necesario que esta extensión se encuentre en la misma cláusula<sup>521</sup>. Además, al aceptar su encargo, tanto los administradores como los liquidadores o los comisarios de cuentas, están adhiriéndose a los estatutos sociales y, por tanto, están dando su consentimiento a la cláusula arbitral que ahí se encuentra<sup>522</sup>.

Pero es en Italia en donde esta situación encuentra una mejor clarificación con la nueva regulación societaria. De acuerdo a ésta, la cláusula arbitral inserta en los estatutos sociales vincula a la sociedad y a los socios; y vinculará a los administradores, a los sindaci y a los liquidadores por ser parte del grupo social organizado cuando la cláusula arbitral se refiera de forma expresa a ellos (artículo 34, apartados 3 y 4, D. Leg. 5/2003)<sup>523</sup>.

Los apartados 3 y 4 del artículo 34 del Decreto Legislativo 5/2003 regulan el objeto y la eficacia de la cláusula compromisoria estatutaria, y dicen así:

La cláusula es vinculante para la sociedad y para todos los socios, incluso aquellos cuya cualidad de socio es el objeto de la controversia.

Las escrituras de constitución pueden prever que la cláusula tenga por objeto las controversias promovidas por o entre los administradores, los liquidadores y los sindaci y, en tal caso, la cláusula será vinculante para ellos desde la aceptación de su encargo.

Allí, la cláusula arbitral estatutaria puede prever que se resuelvan mediante arbitraje los conflictos promovidos por o entre los administradores, los liquidadores y los sindaci, una vez que éstos han aceptado su cargo<sup>524</sup>. Con esto no

---

<sup>521</sup> COHEN, D., “Arbitrage et société”, ob.cit., pág. 64.

<sup>522</sup> CAPRASSE, O., “Les sociétés et l’arbitrage”, ob.cit., pág. 379.

<sup>523</sup> ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 10; MICCOLIS, G., Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario, ob.cit., pág. 7; MORELLINI, L., “Le parti e l’oggetto dell’arbitrato societario: spunti di riflessione”, ob.cit., págs. 80 y ss.; BOGGIO, L., « Quale disciplina per l’arbitrato irrituale statutario ? », ob.cit., pág. 71.

<sup>524</sup> CABRAS, G., “I principi dell’arbitrato e l’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 2. Aunque la Ley habla en este caso de los administradores, de los liquidadores y de los sindaci, mediante analogía se extiende su oponibilidad a los miembros del consejo de gestión y del consejo de vigilancia, a los directores generales, a los revisores y a la sociedad de revisión del nuevo sistema dualista; así como a los miembros del comité para el control de la gestión del sistema monista; SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, ob.cit., pág. 6; COLANGELI, D., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, ob.cit., pág. 7;

se viola el principio de tutela estatal (artículo 24 Costituzione della Repubblica Italiana) mediante el cual el Estado garantiza a cada individuo el amparo jurisdiccional de sus derechos, ya que existe la posibilidad de escoger la vía a través de la cual quiere que se le protejan<sup>525</sup>.

Por tanto, siguiendo los modelos extranjeros de nuestro entorno, además de las posturas doctrinales nacionales, considero que la vinculación a la cláusula arbitral de los administradores sociales es propia de su encargo; pero en aras de la seguridad jurídica y de la previsibilidad propia de nuestro Derecho, la vinculación de los auditores y de los liquidadores no será automática, sino que se requiere de una previsión expresa en la cláusula arbitral estatutaria, independientemente de si en ellos confluye la condición o no de socio, la cual los vinculará a partir de la aceptación de su nombramiento; por lo que si no están de acuerdo en aceptar someter sus controversias a un proceso arbitral tendrán la opción de no aceptar su designación<sup>526</sup>.

#### **e) Alcance subjetivo a terceros**

El principio de Derecho romano *res inter alias acta aliis nec nocere nec prodesse potest*, o de relatividad de los contratos (artículos 6.2 y 1257 CC), tiene una especial aplicación en nuestro tema en estudio<sup>527</sup>.

Uno de los principales argumentos de la doctrina que se niega a aceptar el arbitraje como un medio válido y eficaz para resolver los conflictos intrasocietarios consiste principalmente en la posible afectación a terceros que una cláusula arbitral estatutaria pueda tener. En este punto es uniforme la doctrina al afirmar que un tercero no está vinculado por la cláusula arbitral estatutaria, ya que éste no es parte del contrato social, por lo que el laudo nunca se impondrá a quienes no han

---

SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, ob.cit., pág. 6; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., págs. 22 y ss.; NOVIELLO, D., “I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari”, en Rivista dell’arbitrato, I/2005, pág. 56.

<sup>525</sup> BOVE, M., “L’arbitrato nelle controversie societarie”, ob.cit., pág. 7.

<sup>526</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 251; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, ob.cit.

<sup>527</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., “El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español”, ob.cit., págs. 30 y ss..

litigado, al igual que tampoco se impone una sentencia o un contrato entre quienes no son parte de los mismos<sup>528</sup>.

Una cláusula arbitral es vinculante para determinadas partes contractuales en aquellos casos en que ha sido pactada expresamente la resolución de sus conflictos por este medio (artículo 9 LA).

En general, aunque el laudo produzca, en ciertas ocasiones, efectos frente a terceros, esto no quiere decir que los terceros estén sometidos a la cláusula arbitral, ni que la materia que afecta los intereses de éstos sea comprometible<sup>529</sup>. Así, los terceros no podrán verse vinculados por la cláusula arbitral estatutaria porque no son parte del convenio arbitral y por tanto deberán acudir a la jurisdicción como medio para su tutela judicial efectiva<sup>530</sup>.

Hay que hacer aquí una distinción fundamental entre la eficacia directa de los contratos y la eficacia indirecta. La primera consiste en que la observancia del contrato y la incidencia del mismo sobre las relaciones jurídicas que existen es entre las partes que lo constituyen; mientras que la segunda es aquella que incide en quienes no han sido parte de su celebración, por el simple hecho de la existencia del contrato. La primera podría encuadrarse dentro la eficacia contractual, y con el fin de distinguirlas mejor, se podría hablar de la segunda como oponibilidad<sup>531</sup>.

La oponibilidad es consecuencia del contrato como un hecho social. “El principio jurídico de la relatividad contractual, se refiere solamente a la primera

---

<sup>528</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, ob.cit., pág. 75; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 25; SÁNCHEZ CALERO, F., La junta general en las sociedades de capital, ob.cit., pág. 430; CAPRASSE, O., Les sociétés et l’arbitrage, ob.cit., pág. 391; ROBERT, J., L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé, ob.cit., págs. 101 y ss.; COHEN, D., Arbitrage et société, ob.cit., pág. 262; GALLEGO SANCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 55.

<sup>529</sup> POLO, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la Cláusula Compromisoria en las Sociedades Mercantiles”, ob.cit., pág. 78. En el mismo sentido se refieren CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ob.cit., pág. 30; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y Derecho de Sociedades”, ob.cit., pág. 2047; CORDÓN MORENO, F., El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional, ob.cit., pág. 70; OLIVENCIA RUIZ, M., “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje”, ob.cit., pág. 47.

<sup>530</sup> CARAZO LIÉBANA, M., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 237; HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ- CIENFUEGOS, A., “Título I. Disposiciones Generales (Arts. 1,2, 3-8)”, ob.cit. pág. 127.

<sup>531</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., “El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español”, ob.cit., págs. 151 y ss.

especie de los efectos, porque el derecho y la obligación dimanantes de un contrato aprovechan y perjudican sólo a los contratantes: no aprovechan, por regla general, ni causan daños a terceros. Res inter alios acta aliis nec prodest nec nocet. Pero no se puede decir lo mismo de la otra especie de efectos. La prestación, que representa el objeto del contrato, una vez ejecutada, se convierte en un hecho como todos los demás, el cual puede resultar accidentalmente útil y dañoso a miles de personas, sin que por esto ninguna de ellas ponga en duda el derecho al goce de la ventaja obtenida o hubiera adquirido, si la prestación es lícita, la facultad de quejarse del daño y pretender su resarcimiento. El contrato, si se considera como fuente de obligaciones, no extiende su eficacia ni en pro ni en contra de terceros; pero en cuanto constituye un hecho jurídico producirá en la mayor parte de los casos ciertas consecuencias que podrán perjudicar o aprovechar también a aquéllos que no tomaron parte en el convenio<sup>532</sup>. Esto es lo que se conoce como eficacia refleja.

Hay una eficacia refleja cuando un contrato repercute en la órbita ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas. Ésta se caracteriza por la involuntariedad, ya que ésta no es parte de la finalidad del negocio<sup>533</sup>.

Dentro de la eficacia refleja es importante aclarar dos criterios. Se trata de la utilizabilidad y de la oponibilidad.

La primera consiste en que el tercero perjudicado por el incumplimiento contractual podrá invocar el contrato ajeno contra el contratante incumplidor a fin de verse resarcido del perjuicio y deberá, además, fundamentarse en ese contrato ajeno si quiere hacer valer su derecho. El tercero al utilizar el contrato ajeno no está ejercitando una obligación contractual ni entra en el ámbito contractual, sino que reclama la reparación con base a un incumplimiento contractual, el cual es un hecho que existe frente a todos. Esta “utilizabilidad” se mueve por tanto, en el ámbito de la eficacia indirecta<sup>534</sup>.

---

<sup>532</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., “El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español”, ob.cit., pág. 155.

<sup>533</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 25; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., “El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español”, ob.cit., pág. 157.

<sup>534</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., “El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español”, ob.cit., págs. 165 y ss.

En cambio, para que haya oponibilidad, y se pueda hacer valer una relación contractual a un tercero que no participó en su creación, se deberá probar su autenticidad y que se cumpla con los requisitos de publicidad requerida<sup>535</sup>.

Por ejemplo, si de forma preventiva se optase por resolver los conflictos intrasocietarios por medio de arbitraje, sería necesario darle la publicidad precisa a la cláusula arbitral, entendiéndose publicidad registral, con el fin de que los que estén interesados en relacionarse con la sociedad sepan o puedan saber que la sociedad en cuestión cuenta con una cláusula de este tipo para la resolución de sus conflictos. Pero esto no quiere decir que la cláusula los vincule, aunque sepan que existe, a menos que manifiesten expresamente que quieren someterse a ella. En este caso se estaría aplicando al tercero los mismos requisitos de aceptación voluntaria de la cláusula arbitral que los que se exigen a las partes originarias<sup>536</sup>.

Para la oponibilidad de los contratos es indispensable el conocimiento que tenga el tercero del contrato ajeno. La publicidad tiene como finalidad facilitar la toma de conocimiento del negocio jurídico por todos los que estén interesados. Por eso, si el tercero conoce el acto o contrato por cualquier medio le será oponible<sup>537</sup>.

La protección del tercero se basa en el desconocimiento. La Ley protege únicamente al tercero desconocedor de esa realidad, y por tanto se considera de buena fe; teniendo por tercero de mala fe a aquél que sí conozca dicha realidad<sup>538</sup>.

Por tanto, la eficacia es el efecto entre las partes contratantes, de carácter obligatorio y vinculante; y la oponibilidad será respecto de los terceros, porque sólo a los primeros se refiere la relatividad del contrato, ya que estos últimos se

---

<sup>535</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 25.

<sup>536</sup> PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “El arbitraje societario”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 969; CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., pág. 222; VERDERA SERVER, R., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, ob.cit., pág. 325.

<sup>537</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, ob.cit., pág. 76; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español, ob.cit., pág. 168; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, ob.cit., pág. 141.

<sup>538</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., “El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español”, ob.cit., pág. 168.

ven afectados únicamente de forma indirecta<sup>539</sup>. Cuando un contrato se opone a un tercero no se pretende vincularle, sino que respete los efectos ya producidos entre las partes contractuales<sup>540</sup>.

Por ejemplo, el efecto sustantivo que tendrá la declaración de un acuerdo social como nulo o anulable será simplemente la solución que la decisión da al litigio. De esta forma, su oponibilidad a terceros significa que ellos pueden valerse de esta decisión y que las partes del mismo también pueden hacerla valer frente a los terceros. Al igual que en un contrato privado, es la situación jurídica creada o constatada la realidad oponible. Estas situaciones son realidades jurídicas, por lo que nadie puede, en la esfera jurídica, desconocer su existencia, salvo que así lo regule la Ley, como sería el caso de la acción pauliana o rescisoria (artículos 1111 y 1295 CC)<sup>541</sup>.

Es interesante recalcar aquí la solución aportada por la legislación italiana para resolver los conflictos de eficacia subjetiva frente a terceros. Ya sabemos que la cláusula arbitral es vinculante únicamente para sus partes y no frente a terceros; pero es posible que éstos hayan querido aceptarla adhiriéndose a ella. Esto es permitido por el artículo 35.2 D. Leg. 5/2003 que ha previsto la posibilidad de la intervención voluntaria de terceros y forzada de los otros socios, mientras que ésta sea hasta antes de la primera audiencia, de acuerdo con los artículos 105 y siguientes de su Código Procesal Civil<sup>542</sup>.

---

<sup>539</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, ob.cit., pág. 76; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., “El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español”, ob.cit., pág. 189.

<sup>540</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español, ob.cit., págs. 190 y 202; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, ob.cit., pág. 76.

<sup>541</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2005, fundamento de Derecho segundo.

<sup>542</sup> RICCI, G., “Articolo 816: Svolgimento del procedimento”, en Arbitrato: Commento al titolo VIII del libro IV del Codice di Procedura Civile artt. 806-840, dir. F. Carpi, Zanichelli Editore, Bologna, 2005, pág. 312; BIANCHI, G., L’arbitrato nelle controversie societarie, ob.cit., pág. 19 y ss, 186 y ss; MORELLINI, L., “Le parti e l’oggetto dell’arbitrato societario: spunti di riflessione”, ob.cit., págs. 79 y 81. Artículo 105 Código Procesal Civil italiano: (Intervención voluntaria). Cualquiera puede intervenir en un proceso entre otras partes para hacer valer, respecto de todas las partes o de algunas de ellas, un Derecho relativo al objeto o dependiente del título deducido del mismo proceso. Puede además intervenir para sostener la postura de alguna de las partes, cuando tenga un interés propio. Artículo 106 Código Procesal Civil italiano: (Intervención a instancia de parte). Cualquier parte puede llamar al proceso a un tercero que tenga en común la causa o del cual pretende ser garantizado. Artículo 107 Código Procesal Civil italiano: (Intervención por orden del juez). El juez, cuando considere oportuno que el proceso se desarrolle respecto a un tercero que tenga la misma causa, puede ordenar su intervención.

Se permite a los terceros intervenir precisamente para evitar que el proceso arbitral los afecte sin que tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y con el fin de respetar así el principio de contradictorio<sup>543</sup>.

El apartado segundo del artículo 35 del Decreto Legislativo 5/2003, que regula la disciplina inderogable del procedimiento arbitral, dice expresamente:

2. En el procedimiento arbitral promovido como consecuencia de la cláusula compromisoria de acuerdo al artículo 34, la intervención de terceros de acuerdo al artículo 105 del Código Procesal Civil es admitida hasta la primera audiencia de tratamiento, así como la intervención de otros socios de acuerdo a los artículos 106 y 107 del mismo Código. Se aplica el artículo 820, segundo apartado, del Código Procesal Civil.

Así, si estamos frente a un conflicto latente, siguiendo el modelo italiano, considero que en caso de que posibles terceros puedan verse afectados por un arbitraje, lo lógico sería notificarles del proceso arbitral que se está llevando a cabo o se pretende realizar, para que hagan valer sus derechos ante el árbitro o el juez y sea éste quien decida sobre la competencia para resolver el litigio, evitando dos resoluciones que podrían ser incluso contradictorias. Esto, evidentemente, en la medida en la que los terceros puedan ser identificados, teniendo en cuenta siempre la buena fe y la prohibición de abuso del Derecho (artículos 6 y 7 CC)<sup>544</sup>.

---

<sup>543</sup> CORSINI, F., “La nullità della clausola compromissoria statutaria e l’esclusività del nuovo arbitrato societario”, ob.cit., pág. 822/I.

<sup>544</sup> CARAZO LIÉBANA, M., “El arbitraje societario”, ob.cit., págs. 238 y ss.; en este sentido también en Derecho español RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., “El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español”, ob.cit., pág. 248; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 26. En este sentido se encuentra también la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), nº 908/1993, de 9 de octubre, fundamento de Derecho undécimo, cuando se refiere a las características de la intervención adhesiva de terceros en un proceso ya pendiente, afirmando que deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones: “dando por supuesto que la intervención procesal, en su modalidad de intervención voluntaria adhesiva (no la principal, que aquí no interesa), se caracteriza por la entrada o incorporación de un tercero a un proceso ya pendiente entre dos litigantes (demandante y demandado originarios) para sostener y apoyar con alegaciones y pedimentos las pretensiones de alguna de las partes (actor o demandado originarios), la llamada intervención litisconsorcial (modalidad de la adhesiva, junto a la simple o coadyuvancia) viene determinada y justificada, esencial y fundamentalmente, por la circunstancia de que la sentencia única que, en cuanto al fondo del asunto propiamente dicho, recaiga en el proceso seguido entre las partes originarias, haya de producir efectos directos (no reflejos) contra el tercero interviniente, con la consiguiente vinculación de éste a la cosa juzgada. Ello presupone necesaria e inexcusablemente (refiriéndonos a la intervención del lado activo o del demandante, que es el que aquí nos ocupa) lo siguiente: a) que, teniendo el demandante originario legitimación activa (...), pueda entrarse a conocer del fondo propiamente dicho del asunto; b) en

También se ha considerado que hacer uso de las medidas cautelares, y específicamente de la suspensión del acuerdo (posibilidad con la que también cuentan los árbitros, artículo 23 LA), una vez iniciado el procedimiento, puede ser un mecanismo viable para evitar un doble procedimiento: el planteado por un socio en sede arbitral y el judicial entablado por un tercero<sup>545</sup>.

Por la primera de estas opciones también apuesta el Grupo de Trabajo de la UNCITRAL al proponer que, en favor de la eficacia del arbitraje, sea posible la intervención de un tercero, especialmente en los casos de interés público, siempre que se cuente con el consentimiento de las partes del contrato y del tercero<sup>546</sup>.

Esta también es la vía escogida por la Corte de Arbitraje de la Cámara oficial de Comercio e Industria de Madrid en el artículo 9 del Reglamento de Arbitraje que entró en vigor el 1 de enero de 2009, cuando permite a los árbitros, a petición de cualquiera de las partes y tras haber sido oídas todas ellas, admitir la intervención de uno o más terceros como partes en el procedimiento arbitral.

Por otro lado, en caso de que se inicien dos procesos paralelos, es decir, uno ante la jurisdicción ordinaria y otro ante un árbitro, lo más conveniente es optar por que prevalezca la vía judicial, ya que a esa estarán sometidos todos (tanto los socios como los terceros), mientras que al cauce arbitral solamente estarán vinculados los primeros<sup>547</sup>.

---

íntima relación con ello, que la sentencia que se dicte, en cuanto al fondo propiamente dicho, habrá de contener un pronunciamiento único (estimatorio o desestimatorio), el cual, además de referirse obviamente al demandante originario, habrá de afectar directamente también (no de modo reflejo) al interviniente litisconsorcial”.

<sup>545</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “La junta general en las sociedades de capital”, ob.cit., pág. 430.

<sup>546</sup> Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, note by the Secretariat, A/CN.9/WP.143, UNCITRAL, Viena, 20 Julio 2006, págs. 71-72; PERALES VISCASILLAS, P., “El futuro Reglamento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: un modelo para el arbitraje comercial internacional”, en IV Jornada sobre el Arbitraje Mercantil, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Toledo, Corte de Arbitraje y Mediación, Toledo, 21 de octubre de 2009.

<sup>547</sup> ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, ob.cit., pág. 422; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 252; JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, ob.cit. Aunque este catedrático llamó la atención de que, a través de un análisis de la realidad, la impugnación de un acuerdo social por un



CÁRAZO LIÉBANA defiende que *“en el estado actual de la cuestión lo más conveniente es optar por hacer prevalecer la primera resolución dictada en el tiempo, ya que si el Derecho ha sido declarado irrevocablemente en ella no puede ser alterado por una resolución posterior. Téngase en cuenta que el principio de inmodificabilidad de las sentencias (y por extensión de los laudos) integra el contenido de la tutela judicial efectiva. Lo anterior, salvo que no se aprecie identidad subjetiva entre el procedimiento judicial y arbitral, en cuyo caso no se extenderían los efectos de la cosa juzgada”*<sup>548</sup>.

En contra de lo anterior GALLEGO SÁNCHEZ indica que cuando existieran dos procedimientos paralelos, uno establecido por una de las partes ante un árbitro y otro por un tercero con el mismo objeto pero ante un juez, se alega que la acumulación de autos judicial es inviable por la falta de homogeneidad de los procedimientos judicial y arbitral (artículo 77 LEC). Tampoco podrá pedirse ni al juez ni al árbitro que se declaren incompetentes a favor del otro, ya que el primero será el único competente con respecto a terceros ya que éstos últimos no están vinculados por la cláusula arbitral; mientras que el segundo está facultado para decidir sobre su propia competencia (artículo 22 LA) y si se ha instado paralelamente un procedimiento por una de las partes ante él tiene la obligación de cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hiciera, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo (artículo 21.1 LA)<sup>549</sup>.

Si ya ha habido un procedimiento de impugnación de un acuerdo social nulo entre la sociedad y los socios ante un árbitro, los terceros no por ello pierden la legitimación para impugnar el mismo acuerdo nulo ante un juez, ya que los primeros no pueden alegar la excepción de cosa juzgada (artículo 222 LEC) al no haber identidad de partes, por lo que no podrá vincular al tribunal de este proceso posterior (artículo 222.4 LEC)<sup>550</sup>. Se ha dicho que este problema de dos procedimientos paralelos ante sedes diferentes no tiene por qué ser un argumento en contra del arbitraje, *“puesto que, bien analizada la cuestión, ese mismo defecto se aprecia en sede judicial. En efecto, nada hay que impida que un tercero inste un nuevo procedimiento judicial una vez firme la sentencia decisoria de la impugnación del acuerdo puesto que, según se ha expuesto, el tercero no*

---

tercero es un caso muy raro y aislado; Auto de 18 de marzo de 1999, de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 2ª), fundamento de Derecho 3º.

<sup>548</sup> CÁRAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., pág. 240.

<sup>549</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 56.

<sup>550</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 58; CÁRAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, ob.cit., pág. 155.

*litigante no está afectado ni por el efecto negativo de la cosa juzgada, ni por el positivo, por disposición del art. 222 LECiv que restringe esa eficacia a los socios”.*

Por tanto, el árbitro es juez solamente para las partes y no cuenta con ningún tipo de poder frente a terceros con respecto al proceso. Su misión tendrá un efecto relativo a las partes únicamente, las cuales libremente han optado por esta vía como alternativa a la jurisdiccional; pero el laudo, en cuanto a su existencia, será oponible a todos<sup>551</sup>.

Así, aunque se afecten derechos de terceros por la declaratoria de un acuerdo nulo por un árbitro, esto no es un argumento capaz de excluir el arbitraje. Éstos cuentan con los recursos que les otorga el ordenamiento para que en caso de violación del orden público, por ejemplo, soliciten la nulidad del acuerdo ante un juez o, si ya ha habido un proceso arbitral, la anulación del laudo (artículo 41.1.f LA), y se pueda constatar así su adecuación o falta de ella al Derecho<sup>552</sup>.

En caso de que tras un laudo se afectaran derechos de terceros con buena fe, considero que la sociedad se deberá hacer responsable. Al igual que cualquier persona (física o jurídica) por los principios generales de la responsabilidad extracontractual, la sociedad estará obligada para con el tercero a indemnizar o hacer lo que sea conveniente con el fin de remediar los daños sufridos por éste tras el laudo arbitral (artículos 1089 y 1887 Código Civil).

#### **f) Alcance a grupos de sociedades y obligacionistas**

Tal y como adelantábamos, existen situaciones específicas en que será necesario analizar cada caso en concreto para poder determinar si se considerarán determinados sujetos terceros o no respecto a la relación jurídica y por tanto si estarán o no vinculados por la cláusula arbitral.

En primer lugar, los obligacionistas son terceros acreedores de la sociedad, que en principio no se verán vinculados por la cláusula arbitral. A pesar de lo anterior, hay quien afirma que aquellos que tienen obligaciones convertibles en

---

<sup>551</sup> ROBERT, J., “L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé”, ob.cit., pág. 103.

<sup>552</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 57.

acciones, al tener, por ejemplo, derecho de suscripción preferente o de impugnación de acuerdos sociales, aunque son terceros, son potencialmente socios y, por lo tanto, sí estarán vinculados por el convenio arbitral (artículos 292 y siguientes LSA)<sup>553</sup>.

En segundo lugar, cuando nos encontremos frente a un grupo de sociedades será necesario analizar ese caso en concreto para poder determinar si la cláusula arbitral inserta en los estatutos de una sociedad del grupo (filial o matriz) vinculará a las otras sociedades pertenecientes al grupo, o si se trata de un tercero ajeno a este tipo de acuerdo, ya sea en sus relaciones internas o en sus relaciones con terceros. Es necesario aclarar que este es un tema muy complejo por lo que únicamente se mencionará por su relevancia para el presente estudio, pero a través de comentarios muy superficiales.

El grupo de sociedades puede entenderse como un conjunto de sociedades jurídicamente independientes pero sometidas a una unidad de decisión económica (artículos 42 CCom y 4 Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, en adelante LMV). Esta falta de autonomía económica se debe a que todas las sociedades pertenecientes al grupo tienen una administración o gestión única de acuerdo a una estrategia o interés común a todos los miembros del conjunto, que obedece a motivaciones e impulsos externos a cada sociedad<sup>554</sup>.

Desde el punto de vista jurídico puede considerarse que no puede oponerse la cláusula arbitral a aquella sociedad que no la haya firmado, pero desde un punto de

---

<sup>553</sup> OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, ob.cit., págs. 39 y ss.

<sup>554</sup> AGUILAR GRIEDER, H., “La extensión de la cláusula compromisoria a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional”, dir. S. Álvarez González, De Conflictu Legem, Estudios de Derecho Internacional Privado, nº 3, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001, pág. 51; CARAZO LIÉBANA, M., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 245; CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 281; SÁNCHEZ CALERO, F., La Sociedad Cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades, ob.cit., pág. 293; FUENTES NAHARRO, M., “Grupos de Sociedades”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 674; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 24. En la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles se define el Grupo de Sociedades en el artículo 590 y dice: 1. Existe un grupo de sociedades cuando una sociedad está sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resultan sometidas al poder de dirección de una misma persona natural o jurídica o de varias personas que actúan sistemáticamente en concierto. 2. Se entiende por sociedad dominante la que ostente poder de decisión sobre una o varias sociedades, que se calificarán como dominadas. Las normas contenidas en este Código relativa a la sociedad dominante se aplicarán a cualquier persona natural o jurídica que tenga poder de decisión sobre varias sociedades dominadas. 3. El grupo de sociedades carece de personalidad jurídica.

vista económico la vincularía automáticamente, por la unidad de dirección y de actuación real que tienen<sup>555</sup>.

En primer lugar, el razonamiento jurídico nos lleva a destacar que cada sociedad cuenta con su propia personalidad jurídica, autonomía patrimonial y limitación de la responsabilidad como regla general. Además, por la naturaleza contractual de la cláusula arbitral, su extensión a otra sociedad únicamente será posible cuando la voluntad de las partes de someterse a arbitraje resulte suficientemente probada, ya que, en principio, sólo podrá quedar vinculada una sociedad que ha otorgado personalmente su consentimiento<sup>556</sup>.

Pero en cuanto a los grupos de sociedades y su particular forma de actuar en el comercio, esta manifestación concreta que se exige para probar la voluntad de la sociedad no firmante de quedar vinculada por el contrato arbitral puede manifestarse a través de diversas formas, como sería, por ejemplo, la participación activa de la matriz en la vida de la filial, o cuando la otra sociedad (filial o matriz) ha participado en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, haciendo pensar a la contraparte que ésta también es parte contractual, o que en caso de surgir alguna controversia ésta sociedad no suscriptora, por el hecho de su participación en cualquiera de los momentos antes enunciados, iba a quedar sujeta a la misma<sup>557</sup>. Pero la interpretación de la voluntad de la sociedad, o de su conducta durante la negociación puede resultar peligrosa y puede crear mucha inseguridad jurídica<sup>558</sup>.

Será necesario, por tanto, hacer un análisis de caso por caso de la voluntad de las partes para poder determinar si se puede o no realizar la extensión de la cláusula arbitral, en aras de la seguridad jurídica. Pero, en cualquier caso, con el fin de no desvirtuar la institución arbitral, la extensión de los efectos de una cláusula arbitral

---

<sup>555</sup> AGUILAR GRIEDER, H., “La extensión de la cláusula compromisoria a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional”, ob.cit., pág. 60.

<sup>556</sup> AGUILAR GRIEDER, H., “La extensión de la cláusula compromisoria a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional”, ob.cit., pág. 93

<sup>557</sup> CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, ob.cit., pág. 281; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Título IV. De la Competencia de los Árbitros (Arts. 22-23)”, ob.cit., pág. 392; ROGEL VIDE, C., Ponencia: “El contrato de compromiso. El convenio arbitral”, ob.cit.; CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 50.

<sup>558</sup> AGUILAR GRIEDER, H., “La extensión de la cláusula compromisoria a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional”, ob.cit., pág. 215; COHEN, D., “Arbitrage et société”, ob.cit., págs. 281 y ss; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., pág. 25.

a un sujeto que no ha sido parte, como sería una sociedad del grupo, debe ser la excepción, debiendo justificarse suficientemente<sup>559</sup>.

A pesar del razonamiento anterior, por regla general se aplicará el principio de relatividad de los contratos en sus relaciones con terceros, sin poder implicar a sociedades del grupo no firmantes (arbitraje externo); y en el caso de alegar la cláusula compromisoria en conflictos entre miembros del grupo (arbitraje interno), lo mejor sería que ésta se encuentre en un reglamento interno al que se han adherido las demás sociedades pertenecientes al grupo, para así verse efectivamente vinculadas a ella<sup>560</sup>.

Por tanto, la cláusula arbitral estatutaria no es un instrumento jurídico capaz de vincular a terceros ajenos a los estatutos de una sociedad, aunque, como se decía, los efectos derivados de un proceso arbitral que tengan su causa en dicha cláusula puedan afectar a terceros que no hayan participado en él, como efecto natural, aunque no deseado.

## **2) El proceso arbitral para la impugnación de acuerdos sociales**

### **A) Garantía de la jurisdicción: intervención del Juez en el Arbitraje**

El arbitraje, tal y como se ha podido comprobar a través de su estudio, es un instituto de Derecho sustantivo y procesal. Toma elementos del Derecho mercantil, civil y procesal y, por tanto, esta triple caracterización también debe quedar plasmada en este estudio.

El Derecho civil lo define en su naturaleza y en sus características como un procedimiento de base contractual y de eficacia relativa entre sus partes. El Derecho mercantil le brinda las especialidades del Derecho societario, como, por ejemplo, la vinculación del laudo a todos los socios hayan o no participado en el procedimiento de impugnación de un acuerdo social mediante arbitraje; y el

---

<sup>559</sup> AGUILAR GRIEDER, H., “La extensión de la cláusula compromisoria a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional”, ob.cit., pág. 202-203.

<sup>560</sup> COHEN, D., “Arbitrage et société”, ob.cit., págs. 273 y ss.

Derecho procesal, además de definirlo en su carácter jurisdiccional, determina la forma de llevarlo a cabo.

Una vez que se ha estudiado a fondo el Derecho sustantivo arbitral con referencia especial a la impugnación de acuerdos sociales de una sociedad de capital, en la que estamos encuadrando la “Empresa Familiar” se estudiarán ahora los elementos procesales, es decir la puesta en práctica en concreto de la impugnación de un acuerdo de una junta general de una sociedad de capital mediante arbitraje.

En este apartado se mencionará el papel que cumple la jurisdicción como apoyo y control del arbitraje, garantizando así su legalidad y efectividad, dando confianza a las personas físicas y jurídicas que optan por este medio alternativo a la jurisdicción. Se analizará también el papel del Registro Mercantil en el arbitraje societario, específicamente como instrumento de publicidad y de tutela de los socios y de los terceros; y, por último, se establecerán todos los pasos que se han de seguir en el procedimiento arbitral de impugnación de los acuerdos de una sociedad de capital mediante arbitraje.

#### **a) La tutela jurisdiccional previa al procedimiento arbitral**

El arbitraje es un procedimiento que encuentra su razón de ser en la autonomía de la voluntad de los socios, quienes quieren resolver sus conflictos a través de este procedimiento específico en vez de acudir a la justicia estatal. En un arbitraje el juez natural será el árbitro, por lo que los jueces estatales deberán declararse incompetentes para resolver estos conflictos, garantizando así la tutela judicial efectiva al proteger el cumplimiento de la voluntad de los socios de que la solución de sus litigios sea por la vía arbitral, de acuerdo a lo que previamente han convenido<sup>561</sup>.

Pero como la competencia de los árbitros comienza una vez aceptado su nombramiento (artículo 16 LA) y finaliza una vez adoptado el laudo definitivo (artículos 37.2 y 38 LA), antes de su nombramiento o una vez emitido su

---

<sup>561</sup> CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, ob.cit., pág. 3; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 404/2005, de 26 de mayo, fundamento de Derecho primero; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), Editorial Reus S.A., Madrid, 2009, págs. 14 y ss.

juicio, no puede el árbitro decretar medidas cautelares ni entrar a valorar ninguna otra cuestión, pues no es el sujeto competente para ello. En estos casos es cuando el juez debe intervenir (artículo 7 LA).

Y en este sentido se ha afirmado que la función de la justicia estatal es importantísima para el buen desempeño del arbitraje, ya que si ésta es eficaz y actúa con celeridad, el procedimiento arbitral puede alcanzar también sus objetivos de rapidez y eficacia sin encontrar trabas y atrasos innecesarios en ella<sup>562</sup>.

### **a.1) Nombramiento de los Árbitros**

Existen varios momentos procesales en los que será necesaria la intervención judicial como mecanismo de apoyo al arbitraje. Pero esta intervención siempre deberá interpretarse en sentido restrictivo, ya que debe primar el principio de intervención mínima de los juzgados y tribunales en el procedimiento arbitral, con el fin de no desvirtuar el verdadero sentido de este método heterocompositivo de resolución de conflictos<sup>563</sup>.

En primer lugar podemos hablar del nombramiento judicial de los árbitros, cuando los socios impugnantes y la sociedad no logren ponerse de acuerdo, para lo cual será competente el Juez de lo Mercantil del lugar del arbitraje (artículo 8.1 LA). Si el arbitraje fuera institucional, la Corte Arbitral se encargaría de su nombramiento conforme a su propio reglamento, pero si existieran conflictos en cuanto a la institución elegida o algún otro extremo previo e indispensable para el desarrollo del procedimiento arbitral, la jurisdicción deberá prestar su apoyo<sup>564</sup>.

La petición de designación judicial de los árbitros deberá sustanciarse por los cauces del juicio verbal (artículo 15. 4 LA), y únicamente podrá rechazar la petición formulada el tribunal competente cuando aprecie que de los documentos aportados no resulta la existencia de un convenio arbitral (artículo 15.5 LA). Contra lo que resuelva el juez no cabrá recurso alguno, salvo para aquellas

---

<sup>562</sup> CUCARELLA GALIANA, L., “El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)”, ob.cit., pág. 305; CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo al control del arbitraje”, ob.cit., pág. 2.

<sup>563</sup> GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., págs. 15 y ss.

<sup>564</sup> CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, ob.cit., pág. 4; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., págs. 19 y ss.

resoluciones que rechacen la petición formulada por considerar que el convenio arbitral es inexistente (artículo 15.7 LA).

## **a.2) Adopción de medidas cautelares**

Otro momento, incluso previo al anterior enunciado, es cuando una de las partes del conflicto acude al juez para que haga valer sus derechos y éste se declara incompetente, tras la declinatoria planteada por la parte interesada, por existir una cláusula arbitral válida en los estatutos sociales que establece como competente a un árbitro. En este caso, el juez al declararse incompetente está tutelando la voluntad de las partes y remitiendo el procedimiento a su cauce natural (artículo 11 LA).

Pero las partes pueden también solicitar la adopción de medidas cautelares previo al nombramiento del árbitro o durante la tramitación arbitral, ya que el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas (artículo 11.3 LA). En este caso, quien solicita la medida cautelar deberá alegar y acreditar razones de urgencia o de necesidad, y deberá, la parte beneficiada de las medidas cautelares, llevar a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral (artículos 728 y 730 LEC).

Las medidas cautelares tienen como fin hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en un eventual laudo o en una sentencia estimatorios, de modo que no puedan verse impedidos o dificultados por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente. Otro de los fines de las medidas cautelares consiste en garantizar también que las pruebas que se pretende presentar en su día no desaparezcan o, en general, para asegurar la prueba. Estas medidas no pueden ser susceptibles de sustitución por parte de otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado. Además, es importante resaltar que las medidas cautelares deben tener carácter temporal, provisional, condicionado o susceptible de modificación y alzamiento (artículos 293 y siguientes y 726 LEC)<sup>565</sup>.

Como ejemplo de una medida cautelar previa al establecimiento de la demanda arbitral podría mencionarse la suspensión de los acuerdos sociales impugnados,

---

<sup>565</sup> CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., pág. 64; SÁNCHEZ CALERO, F., “La junta general en las sociedades de capital”, ob.cit., pág. 419; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., págs. 79 y ss.



que el juez podrá decretar y ejecutar (artículo 727.10 LEC). En este caso será competente el Juez de lo Mercantil del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir sus efectos (artículos 8.3 LA; 86 ter 2.a LOPJ; 724 LEC).

Se podrá solicitar la suspensión del acuerdo social impugnado y la anotación preventiva de la demanda cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil, con el fin de evitar la apariencia de validez que generaría su inscripción con respecto a los demás socios y terceros, y asegurar de este modo la eficacia de la eventual sentencia o laudo estimatorios (artículos 727.5 y 727.10 LEC)<sup>566</sup>.

Cuando el acuerdo impugnado pueda producir graves daños a la sociedad o a terceros se podrá solicitar la suspensión del mismo. Esta suspensión deberán solicitarla el 1% o el 5% del capital social (según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en un mercado secundario oficial), en el escrito de la demanda de impugnación (artículo 730.1 LEC), sin importar el tipo de acciones (o participaciones) que posean (artículo 727.10 LEC). Únicamente están legitimados los socios, por lo tanto no podrán solicitar la suspensión ni los administradores ni los terceros.

El porcentaje requerido para solicitar la suspensión del acuerdo social (5% del capital social) se exige para evitar que subminorías utilicen la impugnación como método para disturbar la buena marcha de la sociedad o con otros fines ajenos a restablecer la validez de los acuerdos sociales. Este porcentaje es, además, el mismo que el requerido para pedir la convocatoria de la junta para que se revoque el acuerdo (artículos 100 LSA), por lo que si los socios no optan por esta última opción es porque presumen que existe una voluntad social favorable al acuerdo adoptado. A partir de la suspensión del acuerdo social de forma cautelar, éste pierde su eficacia, por lo que los actos que se realicen en función de éste serán nulos<sup>567</sup>.

---

<sup>566</sup> VILALTA, E., MÉNDEZ, R., “Impugnación de acuerdos sociales en S.A. y S.L.”, ob.cit., págs. 22 y ss.

<sup>567</sup> PÉREZ DAUDÍ, V., “El proceso de declaración”, en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pág. 1264; ÁVILA NAVARRO, P., “La Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 620; JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley Reguladora de la Sociedad Anónima”, en Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1995, pág. 338.

El árbitro o el juez deberán decidir si corresponde o no la suspensión del acuerdo social y, en caso de aprobarla, podrá determinar la caución que deberá prestar el actor para responder de los daños y de los perjuicios que pudiera producir la adopción de la medida cautelar (artículos 157 RRM, 728.3, 735, 736 y 737 LEC).

La decisión del juez debe partir de la presunción de validez del acuerdo, evitando que la suspensión paralice injustificadamente la vida de la sociedad, ya que si se suspende el acuerdo no puede evidentemente ser ejecutado por los administradores, por lo que podrían derivarse consecuencias considerables para la sociedad. De esta forma, se ha afirmado que se trata de una medida excepcional y que, el árbitro o el juez al adoptarla, deberán actuar con extremada prudencia y de forma restrictiva<sup>568</sup>.

Una vez firme el auto acordando o denegando la suspensión del acuerdo social, se inscribirá en el Registro Mercantil, siempre que se trate de un acuerdo inscrito o inscribible, sin más trámite a la vista del mismo<sup>569</sup>.

Por otra parte, la anotación preventiva de una demanda de impugnación de los acuerdos sociales se practicará sin más trámite a la vista de aquélla, y deberá publicarse en el BORME, con el fin de evitar que un tercero pueda considerar firme el acuerdo; de manera que el laudo o la sentencia que se dicte en su momento pueda ejecutarse incluso en perjuicio de tal tercero. La anotación preventiva de la demanda, a diferencia de la suspensión del acuerdo, será otorgada por el árbitro o por el juez a su prudente arbitrio ante la solicitud de cualquier demandante, previa audiencia a la sociedad, aunque el árbitro o el juez pueden supeditarla a la prestación de una caución adecuada a los daños y los perjuicios que pudieran causarse por parte del demandante. La anotación se cancelará por desestimación de la sentencia o por laudo firme, desistimiento de la acción, o si ha caducado la instancia (artículos 155, 156 y 157 RRM; 727.5 LEC)<sup>570</sup>.

---

<sup>568</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “La junta general en las sociedades de capital”, ob.cit., pág. 419.

<sup>569</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “La junta general en las sociedades de capital”, ob.cit., pág. 421.

<sup>570</sup> ÁVILA NAVARRO, P., “La Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 622; BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, A., “Impugnación de Acuerdos Sociales (Legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración)”, ob.cit., págs. 338 y ss.; JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley Reguladora de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 339; SÁNCHEZ CALERO, F., “La junta general en las sociedades de capital”, ob.cit., pág. 422; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 253.

Por lo tanto, considero que la publicación de la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos sociales planteada ante un árbitro, al igual que si fuera planteada ante un juez, es un elemento que podría considerarse de gran utilidad en el proceso arbitral. Si el proceso de impugnación de un acuerdo social sometido a un arbitraje se inscribiera mediante anotación en el Registro Mercantil se estaría dando la publicidad suficiente para terceros, de forma que no podría alegarse, posteriormente a esta inscripción, la buena fe en caso de pretender alegar derechos derivados de un acuerdo que se está impugnando por esta vía.

### **a.3) Ejecución jurisdiccional de la resolución arbitral**

Una vez que el árbitro ha aceptado su misión y, por tanto, se ha iniciado el arbitraje, será él el competente de ese momento en adelante para llevar a cabo el procedimiento de impugnación de un acuerdo social.

Pero que el árbitro sea el competente a partir de este momento para dirigir el procedimiento de impugnación de un acuerdo social, no quita que pueda contar también con el apoyo de un juez para la asistencia en la ejecución de ciertas medidas cautelares, para la práctica de pruebas o, posteriormente, en la ejecución del laudo, siendo competencia del Juez de lo Mercantil del lugar del arbitraje o del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia (artículos 117.3 CE; 8.2 y 33 LA; 723 y 724 LEC; 86 ter 2.g LOPJ).

Los árbitros cuentan con la potestad de adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio a instancia de cualquiera de las partes del conflicto (artículo 23.1 LA). En este sentido, es importante recalcar que es indispensable la instancia de parte, ya que ni los árbitros ni los jueces podrán acordar las medidas cautelares de oficio (artículos 721 y siguientes LEC).

Para adoptar una medida cautelar, los árbitros podrán exigir la caución que consideren apropiada al solicitante y frente las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos (artículos 23.2 y 40 y siguientes LA).

A pesar de contar con la facultad de adoptar medidas cautelares, el árbitro carece del imperium o coerción necesaria para la ejecución de las medidas cautelares, por lo que el juez deberá apoyar al árbitro en este sentido, ya que el juez es el único competente para hacer ejecutar lo juzgado de acuerdo con el artículo 117.3 de la Constitución Española. De esta forma, también el juez garantizará, por ejemplo, que las pruebas no serán destruidas o que puedan recabarse las pruebas necesarias incluso contra la voluntad reticente de alguna de las partes del convenio arbitral (artículo 33 LA)<sup>571</sup>.

A su vez, el convenio arbitral no impide a las partes del mismo que durante la tramitación del procedimiento arbitral soliciten a un juez la adopción de medidas cautelares. Está legitimado para pedir a un juez medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral, o, en su caso, haber pedido la formalización judicial del arbitraje en caso de no ponerse de acuerdo las partes y, en caso de optar por un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud en la respectiva institución según su reglamento (artículos 11.3 LA y 722 LEC).

Por otra parte, el laudo arbitral es ejecutable, aún cuando contra él se haya ejercitado una acción de nulación (artículos 43 LA y 517.2.2º LEC). Instada la nulación del laudo, las medidas que pueden solicitarse para garantizar su eficacia no son las cautelares, sino las ejecutivas. En este caso, la parte interesada deberá instar la ejecución provisional del laudo (artículos 44 y 45.1 LA, 524.1 y 526 LEC)<sup>572</sup>.

La principal diferencia entre la ejecución de un laudo firme y otro que no lo está es que cuando no está firme, el ejecutado puede paralizar la ejecución prestando una fianza suficiente para garantizar la ejecución futura. A través de la regulación de la ejecución provisional del laudo se busca equiparar el arbitraje al proceso judicial, pues se considera que las mismas razones que justifican la ejecución provisional de la sentencia se aplican al arbitraje (artículo 524 LEC)<sup>573</sup>.

---

<sup>571</sup> CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, ob.cit., pág. 4; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., págs. 12 y ss.

<sup>572</sup> CUCARELLA GALIANA, L., “El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)”, ob.cit., pág. 305; SENÉS MOTILLA, C., “Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales”, en Estudios sobre el arbitraje: los temas claves, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, págs 288 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., págs. 188 y ss.

<sup>573</sup> FRANCO ARIAS, J., “Artículo 44 y 45. La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003”, ob.cit., pág. 189; CUCARELLA

Por otra parte, aquí también puede tener un papel importante la jurisdicción, ya que puede el ejecutado solicitar la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca una caución por el valor de la condena más los daños y los perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución del laudo. En este caso, el tribunal competente, una vez presentada la solicitud de suspensión de la ejecución y una vez oído el ejecutante, resolverá sobre la caución, sin que contra esta resolución quepa recurso alguno (artículos 45.1 LA y 529 LEC).

Por último, al ser el laudo un título ejecutivo que lleva aparejada ejecución deberá solicitarse ésta dentro de los cinco años siguientes a la firmeza, bajo pena de caducidad (artículos 517.1.2º y 518 LEC). Para ello también será competente el Juzgado de lo Mercantil del lugar en que se haya dictado el laudo (artículos 8.4 y 44 LA; 545.2 LEC y 86 ter 2.g LOPJ).

La ejecución de los laudos arbitrales se rige, en esencia, por las mismas normas que rigen la ejecución de las sentencias. El juez es el único competente para la ejecución forzosa de los laudos, en primer lugar, por la falta de poder coercitivo de los árbitros y, en segundo lugar, porque estos, una vez emitido el laudo, terminan su función y dejan de ser competentes para la toma de medidas en lo referente al arbitraje<sup>574</sup>.

Presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará ejecución siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y el contenido del título (artículo 551 LEC). El reconocimiento de esta facultad a los jueces es parte de las garantías arbitrales, ya que frente a quien decidió voluntariamente someterse a arbitraje y una vez dictado el laudo no quiere cumplirlo de forma voluntaria, es el Estado con su poder coercitivo el que debe hacerlo cumplir<sup>575</sup>.

---

GALIANA, L., “El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)”, ob.cit., págs. 275 y ss.

<sup>574</sup> CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, ob.cit., pág. 4; CUCARELLA GALIANA, L., “El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)”, ob.cit., pág. 250.

<sup>575</sup> FRANCO ARIAS, J., “Artículo 44 y 45. La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, págs. 175 y ss.; CUCARELLA GALIANA, L., “El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)”, ob.cit., págs. 251 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., págs. 141 y ss.

#### **a.4) La impugnación judicial del laudo**

##### **a.4.1) La acción de nulidad**

Los jueces también tienen una función de control de la actividad arbitral, con el fin de impedir posibles transgresiones a los límites establecidos de forma imperativa, fundamentando así también la legalidad y la constitucionalidad del arbitraje<sup>576</sup>.

Esta labor se realiza principalmente a través de la acción de anulación del laudo ante la Audiencia Provincial del lugar donde se dictó el laudo, y frente a la resolución que se dicte no cabrá recurso alguno (artículos 40 y siguientes LA).

Se dice que esta labor se realiza principalmente a través de la acción de anulación porque también podrán realizar los jueces una labor de control del arbitraje cuando no se declaren incompetentes si la cláusula arbitral es patológica, es decir, aquella cláusula que no reúne alguno de los requisitos formales o de fondo necesarios para su validez, o cuando el arbitraje ha sido instado por quien no está legitimado para ello. Otra posibilidad de control del arbitraje por parte de los jueces es la de no ejecutar las medidas cautelares que soliciten los árbitros por considerar que no son oportunas, ya que el juez no tiene obligación de ejecutarlas con la simple orden del árbitro, sino que está facultado para hacerlo, que es diferente (artículo 726 LEC).

La acción de anulación es, tal y como su nombre dice, una acción y no un recurso, que regula la posibilidad de ejercitar una acción ante la justicia estatal en virtud de la cual puede obtenerse una declaración jurisdiccional que afecte a la validez del laudo<sup>577</sup>.

---

<sup>576</sup> CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, ob.cit., págs. 5 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, en Estudios sobre el arbitraje: los temas claves, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, págs. 225 y ss.

<sup>577</sup> CUCARELLA GALIANA, L., “El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)”, ob.cit., pág. 209.

Pueden impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación los laudos definitivos, las decisiones interlocutorias sobre la competencia arbitral resueltas mediante laudos parciales y las decisiones sobre medidas cautelares (artículos 22.3 y 40 LA).

Pero si una parte, conociendo la infracción de una norma dispositiva de la Ley de Arbitraje o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación (artículo 6 LA). Así por ejemplo, los defectos subsanables son defectos que deben ser denunciados en el procedimiento arbitral como requisito previo y necesario para poder fundamentar una acción de anulación posterior. Si no se planteó la cuestión en su momento se entenderá convalidada la cuestión por voluntada tácita de las partes, aunque la infracción se hubiera producido de facto<sup>578</sup>.

Por el contrario, en caso de tratarse de normas de ius cogens que pueden afectar directamente al orden público, prevalece la protección de éstas sobre las facultades de renuncia a la impugnación regulados en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje, por lo que el no haber sido denunciada su violación durante la tramitación del proceso arbitral no exime a la Audiencia Provincial a conocer de la acción de impugnación<sup>579</sup>.

Esta acción tiene carácter excepcional, limitando las posibilidades de acudir a ella a una lista tasada (artículo 41 LA), evitando que la acción de anulación se convierta en una segunda instancia, sin que los jueces que la conozcan puedan entrar a valorar el fondo del asunto, lo que acarrearía la desnaturalización del procedimiento arbitral y le quitaría todo su valor frente a la jurisdicción. Tampoco podrán los jueces, encargados de conocer una acción de anulación, anular el laudo por motivos diferentes a los establecidos por la Ley, de lo contrario se vulnerarían los efectos de cosa juzgada que produce el laudo arbitral (artículo 43 LA)<sup>580</sup>.

---

<sup>578</sup> GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “El control judicial del arbitraje”, La Ley, Madrid, 2008, págs. 37 y ss.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 49/2006, de 9 de febrero, fundamento de Derecho tercero.

<sup>579</sup> GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “El control judicial del arbitraje”, ob.cit., pág. 105.

<sup>580</sup> SAP Madrid (Sección 18ª) de 10 de febrero de 2003, fundamento de Derecho primero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª), nº 140/2001, de 4 de junio, fundamento de Derecho primero; Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 5 de febrero de 2002, fundamento de Derecho tercero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) 494/2002, de 4 de noviembre, fundamento de Derecho primero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) 63/2002, de 6 de febrero, fundamento de Derecho segundo;

El laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicite la anulación justifique debidamente que se ha ocasionado un daño o un perjuicio real en su posición jurídica, que de no haberse producido podría haber cambiado el sentido del laudo.

Así, el laudo podrá ser anulado cuando se alegue y se pruebe que el convenio arbitral no existe o no era válido; que no fue debidamente notificada una de las partes de la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales, o que no ha podido hacer valer sus derechos. Si una parte del procedimiento arbitral no ha podido ejercer sus derechos porque el árbitro ha impedido u obstaculizado su derecho a alegar y a justificar sus posiciones, se produce indefensión y se afecta por tanto a la tutela judicial efectiva amparada por el artículo 24.2 de la Constitución Española, siendo motivo evidente de anulación<sup>581</sup>.

También los laudos podrán ser sometidos a una acción de anulación por causas de extra o de ultra petita o porque el árbitro ha resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión, ya que implica un laudo no ajustado a las pretensiones recíprocas de las partes (artículo 39.1.c) LA). La Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), nº 136/1998, de 29 de junio, en el fundamento jurídico segundo, hace una síntesis de lo que debe entenderse por la congruencia de una resolución judicial, aplicable a los laudos arbitrales y de los defectos que pueden sufrir, como son la incongruencia omisiva y la extra petita. *“Así, pues, el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y petitum-. Ciñéndonos a estos últimos la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa petendi, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el thema decidendi. [...] A partir de este planteamiento general, hemos distinguido dos tipos de incongruencia y precisado las condiciones para apreciar su existencia. La llamada incongruencia omisiva o ex*

---

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 139/2001, de 24 de marzo, fundamento de Derecho cuarto; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 26 de noviembre de 2002, fundamento de Derecho segundo; CUCARELLA GALIANA, L., “El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)”, ob.cit., pág. 217; CREMADES, B., “La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje”, ob.cit., pág. 5; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 206; GONZÁLEZ- MONTES SÁNCHEZ, JL., “El control judicial del arbitraje”, ob.cit., págs. 23 y ss.

<sup>581</sup> CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 210 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., El control judicial del arbitraje, ob.cit., págs. 47 y ss.



*silencio, que se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 91/1995 [RTC 1995\91], 56/1996 [RTC 1996\56], 58/1996 [RTC 1996\58], 85/1996 [RTC 1996\85] y 26/1997 [RTC 1997\26]). Y la denominada incongruencia extra petitum, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido así a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción (SSTC 154/1991 [RTC 1991\154], 172/1994, 116/1995 [RTC 1995\116], 60/1996 [RTC 1996\60] y 98/1996 [RTC 1996\98], entre otras). En ocasiones, ambas clases de incongruencia pueden presentarse unidas, concurriendo la llamada «incongruencia por error», denominación adoptada en la STC 28/1987 (RTC 1987\28), seguida por las SSTC 369/1993 y 111/1997, y que define un supuesto en el que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta”.*

Igualmente será nulo el laudo si los árbitros han sido designados sin ajustarse al convenio o a la cláusula arbitral, salvo que dicho convenio o cláusula fuera contrario a una norma imperativa, o a falta de dicho acuerdo, que no se ha ajustado a la Ley de Arbitraje. No será tampoco válido un laudo que resuelva sobre materia inarbitrable o si el laudo fuera contrario al orden público (artículo 41 LA).

En el caso de que se pretenda que el laudo es contrario al orden público, por ejemplo, cuando no se cumpla con el deber de motivación adecuada y suficiente en función de las cuestiones analizadas, la jurisprudencia ha dicho que “la excepción de orden público no autoriza a entrar a conocer el fondo del tema discutido en el arbitraje, sino tan solo el cumplimiento externo de las normas constitucionales sobre asistencia, audiencia, bilateralidad y derecho a la practica de la prueba sin que el juicio revisorio pueda extenderse más allá, y mucho menos entrar en la mayor o menor bondad de los razonamientos jurídicos

del Laudo, así [...] tiene establecido que el concepto de laudo contrario al orden público ha de ser interpretado a la luz de los principios de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), declarando la STC 43/86 (RTC 1986, 43) que el orden público adquiere un contenido básicamente inspirado en la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través del art. 24 de la Constitución”<sup>582</sup>.

La validez del laudo arbitral requiere como presupuesto indispensable que el convenio o la cláusula arbitral, que es su fundamento, sea también válido, ya que el convenio o cláusulas arbitrales son la fuente de la jurisdicción de los árbitros. Para ello se deberá cumplir con los requisitos, que ya fueron analizados en el apartado correspondiente del convenio arbitral, de contar con un consentimiento válido de las partes de querer someterse a arbitraje, tener un objeto cierto y determinado o determinable y que su causa sea justa (artículos 1259, 1261, 1275 y 1713 CC)<sup>583</sup>.

#### **a.4.2) Control de materia arbitrable (artículos 2.1 LA y 1255 CC).**

Para probar la validez del convenio o de la cláusula arbitral como presupuesto indispensable de admisión de la acción de anulación, al escrito de la acción de anulación deberá acompañarse, además del poder notarial conferido al procurador y la representación, o los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya, los documentos justificativos del convenio arbitral, que en este caso serían los estatutos sociales o el convenio arbitral ad hoc, además del laudo (artículos 42 LA; 264, 265 y 399 LEC).

También es indispensable para que la acción de anulación de un laudo prospere que la materia sea arbitrable, pero si la materia no arbitrable está relacionada directamente con el asunto principal del arbitraje, es decir, no se trata de un asunto de carácter accesorio respecto del principal, sí prosperará la acción de anulación<sup>584</sup>.

---

<sup>582</sup> SAP Madrid (Sección 18ª) de 10 de febrero de 2003, fundamento de Derecho primero; en el mismo sentido Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) 494/2002, de 4 de noviembre, fundamento de Derecho tercero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) 731/2002, de 30 de octubre, fundamento de Derecho segundo

<sup>583</sup> CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 208.

<sup>584</sup> CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 212.

Considero, en este sentido, que el laudo podrá impugnarse tanto si se ha violado el orden público procesal durante el procedimiento (artículo 41.1.f LA), como si se ha tratado durante el procedimiento sobre materia inarbitrable, constituyendo esto el orden público material (artículo 41.1.e LA), ya que esta sería la forma de garantizar que el arbitraje es realmente un medio alternativo a la jurisdicción con todas las garantías sustantivas y procesales<sup>585</sup>. A favor de este razonamiento Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 26 de noviembre de 2002, fundamento de Derecho segundo, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) 494/2002, de 4 de noviembre, fundamento de Derecho segundo.

Así se ha pronunciado también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 26 de noviembre de 2002, en su fundamento de Derecho segundo al afirmar que no procede *“examinar si la decisión arbitral es o no ajustada a Derecho positivo, salvo que se vea afectado el orden público. El orden público ha de ser entendido como el conjunto de principios inspiradores del ordenamiento jurídico en sus aspectos material y procesal de modo que sólo podrá anularse el laudo cuando viole cualquiera de los principios consagrados con rango constitucional”*.

El plazo para ejercitar la acción de anulación será, bajo pena de caducidad, dentro de los dos meses siguientes a la notificación del laudo, a menos que se haya solicitado su corrección, aclaración o complemento, lo que hará que el plazo empiece a correr desde que se haya notificado dicha resolución o desde la expiración del plazo para adoptarla (artículo 41.4 LA). Y la acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal (artículos 42 LA y 437 y siguientes LEC)<sup>586</sup>. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8ª) 442/2001, de 27 de julio, fundamentos de Derecho segundo y tercero.

---

<sup>585</sup> ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M., “La controvertida firmeza del laudo”, en Estudios sobre el arbitraje: los temas claves, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008, pág. 208; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., págs. 250 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., El control judicial del arbitraje, ob.cit., págs. 111 y ss. En contra de esta interpretación, aunque considero que no es una interpretación extensible a la actual Ley de Arbitraje 60/2003 (artículo 41.1.e), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) 63/2002, de 6 de febrero, fundamento de Derecho segundo al afirmar que “cuando se habla de control judicial del orden público del laudo se hace referencia al orden público “in procedendo” y no “in iudicando”.

<sup>586</sup>; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., págs. 259 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., El control judicial del arbitraje, ob.cit., págs. 119 y ss.

Si se estima alguno de los motivos alegados de anulación, la decisión de la Audiencia deberá limitarse a anular o a dejar sin efecto lo decidido en el laudo de forma total o parcial, pero sin corregir las deficiencias u omisiones del mismo, como tampoco podrá entrar a valorar el fondo de lo resuelto<sup>587</sup>.

Si la acción de anulación es desestimada, se confirma la validez y la firmeza del laudo arbitral. Pero por el contrario, la declaración de nulidad del laudo hace que las partes del arbitraje queden en la misma situación que si no hubiera habido arbitraje. Si se declara que el convenio arbitral no era válido o era inexistente, las partes podrán realizar un nuevo convenio arbitral o acudir a la vía judicial para solucionar este conflicto; pero en caso de que el convenio arbitral fuera válido, una vez declarado nulo el laudo deberán las partes someter a un nuevo arbitraje la resolución de su controversia<sup>588</sup>.

#### **a.4.3) La revisión del laudo firme**

Tal y como dice la propia Ley de Arbitraje, el laudo firme produce los efectos de la cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (artículos 43 LA, 509 y siguientes LEC).

No se trata de un recurso, porque cuando se pretende la revisión de un laudo se ejercita una nueva acción fundada en la existencia de una serie de circunstancias que permiten sospechar que el contenido del laudo arbitral es injusto o erróneo. Tiene carácter extraordinario, debiéndose interpretar las causas en que puede fundarse restrictivamente<sup>589</sup>.

---

<sup>587</sup> MARTÍN BRAÑAS, C., “La anulación del laudo arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral”, ob.cit., pág. 148; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., El control judicial del arbitraje, ob.cit., págs. 147 y ss.; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), de 11 de octubre de 2002, Razonamiento jurídico cuarto; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) 2142/2000, de 18 de abril, fundamento de Derecho quinto.

<sup>588</sup> ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M., “La controvertida firmeza del laudo”, ob.cit., pág. 216; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., págs. 278 y ss.; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., El control judicial del arbitraje, ob.cit., págs. 146 y ss.

<sup>589</sup> CUCARELLA GALIANA, L., El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje), ob.cit., pág. 232; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, ob.cit., pág. 280; MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., Amparo constitucional y proceso civil, 2ª ed., Tirant

La revisión deberá versar sobre alguno de los presupuestos objetivos del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y así constar en la demanda. Es decir, solamente podrá entablarse un proceso de revisión de un laudo firme cuando, después de dictado un laudo, se recobraran u obtuvieran documentos decisivos, de los que no se hubiera podido disponer durante el procedimiento arbitral por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado el laudo.

También se podrá instar cuando el laudo hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes que habían sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad se declarase posteriormente en un proceso penal. Si hubiere recaído el laudo en virtud de prueba testifical o pericial y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio por las declaraciones que sirvieron de fundamento para el laudo; así como si la parte vencedora lo hubiere sido en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta (artículo 510 LEC).

Aunque el árbitro no cuenta con la condición de funcionario público, sí es una autoridad reconocida por el Estado para la aplicación de la Ley y el ejercicio de la justicia. Así lo reconoce el artículo 422 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuando dice que el delito de cohecho se aplicará también a los árbitros o a cualquier persona que participe de la función pública.

Está legitimado para solicitar la revisión quien hubiere sido perjudicado por el laudo o sentencia firme que se impugna, aunque este recurso nunca podrá solicitarse transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia o del laudo que se pretende impugnar. Dentro de estos cinco años se podrá solicitar la revisión, pero siempre y cuando no hayan transcurrido tres meses desde que se descubrieron los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad (artículos 511 y 512 LEC).

Solamente son revisables los laudos o las sentencias firmes, por lo que no son revisables los autos dictados en los supuestos en los que se acuda a la

designación judicial del árbitro, o los que se dicten en relación con la tutela cautelar o con la ejecución de laudos arbitrales<sup>590</sup>.

El tribunal competente deberá únicamente determinar si se han dado los presupuestos para poder o no rescindir la resolución por concurrir alguno de los motivos del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ningún caso podrá el tribunal entrar a valorar el fondo del asunto o la aplicación del Derecho<sup>591</sup>.

Si el tribunal estimare procedente la revisión rescindiré el laudo, es decir dejará sin eficacia el laudo como si nunca se hubiera dictado. En un proceso judicial el tribunal devolverá los autos al juez para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente. Pero en el arbitraje los árbitros en el momento en que dictan el laudo cesan en sus funciones y por tanto carecen de competencia para recibir los autos correspondientes (artículos 38.1 LA y 516.1 LEC). En este caso podrán las partes del proceso someter la cuestión a un nuevo arbitraje si el convenio arbitral original sigue siendo válido o realizar otro convenio arbitral ad hoc para resolver el conflicto, o, de no ser válido el convenio arbitral, podrán acudir a la vía judicial<sup>592</sup>.

Si se desestimare la pretensión de la parte recurrente de revisar el laudo, hará que el laudo sea firme, se condenará en costas al demandante y se perderá el depósito (300 euros) que hubiere realizado (artículos 513 y 516.2 LEC); y contra la sentencia que dicte el tribunal de revisión no se dará recurso alguno (artículo 516 LEC).

#### **a.4.4) El recurso de amparo**

El artículo 53.2 de la Constitución Española regula el recurso de amparo. Este recurso tiene carácter subsidiario, lo que significa que es necesario el previo agotamiento de los recursos y las acciones judiciales establecidas en el ordenamiento<sup>593</sup>.

---

<sup>590</sup> CUCARELLA GALIANA, L., "El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)",  
ob.cit., pág. 234.

<sup>591</sup> GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., "El control judicial del arbitraje", ob.cit., pág. 209

<sup>592</sup> GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., "El control judicial del arbitraje", ob.cit., pág. 210.

<sup>593</sup> BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., "El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia

Solamente se podrá interponer este recurso frente a las violaciones de los derechos fundamentales que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, dentro de los 30 días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, siendo este un plazo de caducidad, por lo que transcurrido dicho plazo habrá caducado toda posibilidad de corregir la vulneración del derecho alegado<sup>594</sup>.

Cuando haya habido vulneraciones a los derechos y a las libertades fundamentales, tanto de carácter sustantivo como de naturaleza procesal, durante aquellas fases del procedimiento arbitral en que resulte necesaria la intervención judicial, como por ejemplo en la formalización judicial del arbitraje, durante la acción de anulación del laudo o durante la ejecución forzosa del laudo, podrá acudir al Tribunal Constitucional. Pero no podría instarse un recurso de amparo con el fin de revisar el laudo arbitral, ya que el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias ha afirmado la constitucionalidad del arbitraje, así como que a través de él se garantiza la tutela judicial efectiva. Se ha reconocido al arbitraje como un método heterónomo de solución de conflictos con fundamento en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, siendo un equivalente jurisdiccional (artículo 48 y siguientes de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional)<sup>595</sup>.

Así se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional, afirmando que “el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que “este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC [RCL 1979, 2383]), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo” (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre [RTC 1996, 176], F. 1; 13/1997, de 27 de enero [RTC 1997, 13], F. 2). “Sólo en la medida en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del

---

constitucional”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, págs. 125 y ss.; MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., “Amparo constitucional y proceso civil”, ob.cit., pág. 17.

<sup>594</sup> MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., “Amparo constitucional y proceso civil”, ob.cit., págs. 233 y ss.

<sup>595</sup> CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 217 y ss.; MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., Amparo constitucional y proceso civil, ob.cit., págs. 31 y ss.; Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Pleno) 174/1995, de 23 de noviembre, fundamento jurídico tercero; Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 176/1996, de 11 de noviembre, fundamento jurídico segundo; Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 9/2005, de 17 de enero, fundamentos jurídicos segundo y tercero.

recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el art. 24 CE (RCL 1978, 2836) puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea «imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles» dichas garantías, pero trasladar éstas “con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción” (STC 13/1997, de 27 de enero, F. 2)”<sup>596</sup>.

Para MONTERO AROCA están legitimados para interponer un recurso de amparo todas las personas naturales o jurídicas que invoquen un interés legítimo<sup>597</sup>, además del defensor del pueblo y del Ministerio Fiscal. Analiza este autor la teoría del interés legítimo, y dice que *“la existencia de interés legítimo debe partir de que ese interés responde necesariamente a la afirmación de titularidad de dos relaciones o situaciones jurídicas; respecto de la primera de ellas la persona afirma su titularidad y respecto de la segunda afirma la titularidad por otras personas, pero es la conexión entre esas dos relaciones o situaciones la que hace que la segunda sea prejudicial de la primera. El legitimado por el interés afirma la titularidad de una relación o situación jurídica, que no es la litigiosa, y afirma que otras personas son titulares de otra relación jurídica o situación jurídica, que es la litigiosa, de modo que, si bien aquél no trata de sujetar a estas otras personas a prestaciones de hacer, no hacer o dar, sí debe tratarse de que: 1. a) Negativamente, por medio de esa legitimación una persona pretende evitar el perjuicio que le podría ocasionar, en su relación o situación jurídica, la realización de una actividad por otra persona. (...) 2.a) Positivamente, de la misma manera, se trataría de que una persona puede obtener en su relación o situación jurídica un beneficio por medio de la tutela judicial de ese interés, beneficio que no tiene que ser necesariamente económico, aunque lo sea normalmente. El interés es entonces la ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en su relación o relación jurídica en caso de prosperar la pretensión ejercitada en el proceso, y su existencia viene determinada por la efectividad de esa utilidad”*. Pero no podrá denunciar la vulneración de un derecho constitucionalmente tutelado, como por ejemplo la tutela judicial efectiva garantizada en el artículo 24 de la Constitución Española, quien habiendo podido defenderse, no lo ha hecho por negligencia, por desinterés

---

<sup>596</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 9/2005, de 17 de enero, fundamento jurídico segundo.

<sup>597</sup> MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., “Amparo constitucional y proceso civil”, ob.cit., págs. 188 y ss;



o por decisión propia<sup>598</sup>. Y lo ejemplifica con la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 334/1993, de 15 de noviembre, fundamento jurídico tercero; Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 107/1999, de 14 de junio, fundamento jurídico sexto. Puede definirse la tutela judicial efectiva como *“el derecho que tienen todas las personas al acceso a los órganos jurisdiccionales con arreglo a las normas de procedimiento legalmente establecidas y a obtener de ellos una respuesta motivada y de fondo, dotada de invariabilidad, y a la ejecución de lo resuelto”*.

El Tribunal Constitucional únicamente podrá determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales, pero no podrá en ningún caso entrar a conocer sobre el fondo del acto del poder público que se impugna, no pudiendo entrar a valorar la interpretación que del Derecho ha efectuado el órgano judicial del que emana el acto, porque tal función corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria (artículo 117.3 CE)<sup>599</sup>. En este sentido Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda ) 32/2002, de 11 de febrero, fundamento jurídico cuarto; Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 68/2002, de 21 de marzo, fundamento jurídico cuarto. En este sentido se ha pronunciado también la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 176/1996, de 11 de noviembre, fundamento jurídico cuarto, al afirmar que solicitar que el órgano jurisdiccional entre a valorar el fondo del asunto debatido en un arbitraje “no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988 [RTC 1988\43], 233/1988 [RTC 1988\233], 15/1989 [RTC 1989\15], 288/1993 [RTC 1993\288] y 174/1995 [RTC 1995\174 ]), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción (pero no su “equivalente jurisdiccional” arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 [RTC 1991\62] y 174/1995) legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del L.A. y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha

---

<sup>598</sup> MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., “Amparo constitucional y proceso civil”, ob.cit., págs. 63 y ss.

<sup>599</sup> CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 218; BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional”, ob.cit., págs. 25 y ss.;

declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985 [RTC 1985\99], 50/1990 [RTC 1990\50] y 149/1995 [RTC 1995\149], entre otras).

El control por el Tribunal Constitucional de las resoluciones judiciales se limitará “a la comprobación de la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución exteriorizada en su argumentación jurídica (STC 112/1996, ya citada, F. 2). Dicho de otra forma, el artículo 24.1 de la Constitución no ampara el acierto de las resoluciones judiciales; la selección e interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, y el control del Tribunal Constitucional ha de limitarse a aquellos supuestos en los cuales la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, irrazonada, irrazonable o fruto de un error patente, supuestos éstos que hemos llegado a denominar de simple apariencia del ejercicio de la Justicia (SSTC 148/1994, de 12 de mayo [RTC1994, 148] F. 4, y 2/1997, de 13 de enero [RTC 1997, 2], F. 2)”<sup>600</sup>.

## **B) Garantía de la publicidad**

### **a) La inscripción de la cláusula arbitral en el Registro Mercantil**

El Registro Mercantil juega un papel importantísimo en el control y la eficacia del arbitraje societario, en la fase previa al arbitraje e incluso antes del nacimiento del conflicto, durante la tramitación del arbitraje y una vez finalizado éste.

En el primer momento en que el Registro Mercantil entra en escena es para la inscripción de la cláusula arbitral estatutaria. Esta es la forma que se ha

---

<sup>600</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 32/2002, de 11 de febrero, fundamento jurídico cuarto; en el mismo sentido Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 9/2005, de 17 de enero, fundamentos jurídicos tercero y cuarto.

considerado más eficiente para resolver futuros conflictos que se presenten en el seno de una sociedad de capital.

Es importantísimo que el convenio arbitral y, en este caso en concreto, la cláusula arbitral estatutaria esté bien redactada, ya que la mayoría de los problemas que se presentan a la hora de recurrir al arbitraje tienen su causa en la mala redacción de las mismas o, como se conoce en el mundo arbitral por la presencia de cláusulas arbitrales “patológicas” que hacen que no sea posible acudir al arbitraje como medio alternativo a la jurisdicción porque no está bien determinado, o no se han establecido los criterios para determinar el árbitro o la corte arbitral competente, no se establecen bien las controversias que puedan someterse a arbitraje, o tiene cualquier otro error que impide su ejecución.

En este momento juegan un papel muy importante de asesoramiento y de control de la legalidad de las cláusulas arbitrales los notarios, que deben informar a las partes, y en este caso a los socios fundadores, sobre las características y la naturaleza jurídica del arbitraje<sup>601</sup>.

De ser posible, deberá optarse por la cláusula tipo de las Cámaras Oficiales de Comercio e Industria, aprobada por los registradores mercantiles, asegurando así la validez del convenio, con el fin de evitar futuros problemas de eficacia del arbitraje, dejando muy claro quién ha de ser el árbitro o qué institución arbitral deberá encargarse de llevar a cabo el procedimiento.

El convenio arbitral tipo para controversias intrasocietarias dice<sup>602</sup>:

*“Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente mediante arbitraje de Derecho por uno o más árbitros, en el marco de la Corte, de conformidad con su Reglamento y Estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación del árbitro o del tribunal arbitral.*

*Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración y basadas en causas de*

---

<sup>601</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 14.

<sup>602</sup> En [http://www.camaras.org/publicado/arbitraje/clausula\\_625.html](http://www.camaras.org/publicado/arbitraje/clausula_625.html),

*nulidad o de anulabilidad, se substanciarán y decidirán en un mismo procedimiento arbitral.*

*La Corte no nombrará árbitro o árbitros en su caso, en los procedimientos arbitrales de impugnación de acuerdos o decisiones hasta transcurridos cuarenta días desde la fecha de la adopción del acuerdo o decisión impugnada y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.*

*En los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales la propia Corte fijará el número de árbitros y designará y nombrará a todos ellos.*

*Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen, hacen constar como futuras partes, su compromiso de cumplir el laudo que se dicte.”*

Las sentencias reiteradas del Tribunal Supremo y las resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado legitiman la inscripción registral de la cláusula arbitral estatutaria con el fin de dirimir mediante esta vía los litigios intrasocietarios. El registrador únicamente podrá calificar la legalidad de las formas extrínsecas del documento en el que se encuentra la cláusula arbitral, así como la capacidad y la legitimación de los que la otorguen o suscriban y la validez de su contenido, pero el registrador no podrá determinar qué materias son o no arbitrables, ya que es el árbitro primero y luego el juez, quienes serán competentes para determinar si se trata de materia arbitrable o no (artículos 22 LA, 6 RRM y 18.2 CCom)<sup>603</sup>.

En este sentido, la Resolución más representativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Mercantil), de 19 de febrero de 1998 (RJ 1998/1118), afirma en el fundamento de Derecho tercero que *“puede el convenio arbitral integrarse en los propios Estatutos la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que puede calificarse como regla paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, como lo pueden ser las restricciones a la transmisión de participaciones sociales, la obligación de realizar prestaciones accesorias, el régimen de separación y, tantas otras que en la medida en que son objeto de publicidad registral vinculan y sujetan a quienes en cada momento lo estén al conjunto normativo constituido por los propios Estatutos. Un pacto compromisorio 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*

---

<sup>603</sup> CREMADES, B., “El convenio arbitral”, ob.cit., págs. 68 y ss.; Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Mercantil) 2/2005, de 4 de mayo, fundamento de Derecho sexto.

*presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socios, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria”.*

## **b) La inscripción del laudo arbitral**

La nueva Ley de Arbitraje (2003) establece como potestativa la protocolización del laudo, exigiendo únicamente que éste sea dictado por escrito y con la firma de la mayoría de los árbitros. En caso de querer protocolizarlo notarialmente, cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar a los árbitros, antes de la notificación, para que éste sea protocolizado (artículo 37 LA)<sup>604</sup>.

En el caso específico de la impugnación de un acuerdo de junta general de una sociedad de capital, si éste es inscribible, el laudo arbitral deberá constar en un documento público y por tanto deberá protocolizarse notarialmente. Por esta razón es importante que en el convenio arbitral se establezca la protocolización notarial del laudo, cuando se prevea que los laudos deberán ser ejecutados o inscritos, o que por su trascendencia convenga su custodia indefinidamente, ya que de acuerdo a la actual Ley las partes podrán instar, solamente antes de la notificación del laudo, al árbitro para que el laudo sea protocolizado. Aunque si ambas partes están de acuerdo no habrá problema en hacerlo en un momento posterior a la notificación (artículo 37.8 LA)<sup>605</sup>.

El notario no es un “testigo pasivo”, sino que siendo imparcial como es, deberá asesorar a las partes e incluso penetrar en el acto o negocio jurídico, siempre y cuando no violente la voluntad de las partes. En ocasiones el laudo se puede presentar incompleto, deformado y a veces hasta contrario a Derecho; pero el notario no podrá entrar a valorar las irregularidades en el fondo del laudo, respecto

---

<sup>604</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Artículo 37.3. Problemas de forma en el laudo arbitral”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 161; FRANCO ARIAS, J., “Artículo 44 y 45. La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, pág. 181.

<sup>605</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Artículo 37.3. Problemas de forma en el laudo arbitral”, ob.cit. págs. 162 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 254.

de las cuales el árbitro es el único competente. A pesar de esto, el notario sí podrá asesorar al árbitro en los casos en que existan errores u omisiones de fácil corrección o subsanación en los que no se afecte al fondo del asunto, pero que pueden producir su invalidez o ineficacia<sup>606</sup>.

El control de legalidad que deberá hacer el notario se refiere casi exclusivamente a la propia actividad del notario, no al fondo del asunto que protocoliza, a menos que sea contrario al orden público, la moral, las buenas costumbres o constituya un delito<sup>607</sup>.

En caso de laudo o sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible, se deberá inscribir en el Registro Mercantil y publicar un extracto en el BORME. Además, como a menudo un acuerdo nulo afecta a los siguientes, deberá pedirse que se declaren nulos también los acuerdos posteriores contrarios al acuerdo impugnado. En este caso, el registrador no constituye una instancia revisora del laudo y únicamente debe ser acatado sin entrar tampoco a valorar el fondo (artículos 122 LSA y 156 RRM)<sup>608</sup>.

### **c) La impugnación de los acuerdos de una junta general de una sociedad de capital mediante arbitraje institucional**

#### **c.1) Actuaciones previas ante la Corte Arbitral**

El procedimiento para impugnar un acuerdo de junta general de una sociedad de capital mediante arbitraje institucional tiene particularidades que se analizarán en este apartado por ser el procedimiento arbitral que mejor se adecua a las exigencias societarias.

---

<sup>606</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, ob.cit., pág. 14; CAMPO VILLEGAS, E., “Artículo 37.3. Problemas de forma en el laudo arbitral”, ob.cit. págs. 165 y ss.

<sup>607</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Artículo 37.3. Problemas de forma en el laudo arbitral”, ob.cit. pág. 172.

<sup>608</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Impugnación de Acuerdos Sociales (Legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración)”, ob.cit., pág. 344; CREMADES, B., “El arbitraje societario”, ob.cit., págs. 33 y ss.; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9ª), de 11 de octubre de 2002, Razonamientos jurídicos tercero y cuarto.

Existe un procedimiento específico que se deberá adaptar a la voluntad de las partes y, si éstas así lo han querido, al reglamento de alguna Corte Arbitral (artículo 25.1 LA).

De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje, en el arbitraje no entran en juego “las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a requisitos de demanda y contestación, documentos a acompañar o preclusión. El procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución”.

Y el artículo 27 de la Ley de Arbitraje dice que salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje.

Pero si se ha optado por un arbitraje institucional, previamente ha habido otro paso. El primer paso para iniciar un arbitraje es hacer un escrito de solicitud de arbitraje o demanda de arbitraje. Este escrito se debe entregar en el Registro de la Corte de Arbitraje y de ahí se pasa a la secretaría.

Junto con el escrito de solicitud de arbitraje, también es común que las instituciones arbitrales tengan establecido un monto por concepto de admisión del procedimiento, el cual es fijo y no dependerá de si es o no aceptada la solicitud, sino que es simplemente por concepto de recibo, el cual deberá depositar el solicitante del arbitraje y entregar un justificante junto con la solicitud.

Lo primero que debe hacer la secretaría de la Corte de Arbitraje es revisar la cláusula arbitral, que no sea una cláusula patológica o que tenga defectos que impidan el arbitraje o que acarreen posibles acciones de anulación. En la cláusula también se debe revisar la competencia de la Corte a la que se acude, si así se nombra expresamente o, en caso contrario, ver si esa cláusula es apta para afirmar su competencia en dicho pleito. Todo este procedimiento se lleva a cabo en el ámbito interno de la Corte.

En este momento, la secretaría de la Corte deberá revisar si es o no competente para llevar a cabo el procedimiento, sin entrar a valorar el fondo del asunto, ya que de esto es competente únicamente el árbitro. De no cumplirse con el sometimiento expreso a determinada institución arbitral, en la práctica se

acostumbra a citar a ambas partes a una audiencia previa con el fin de que acepten la competencia de la institución y el nombramiento del árbitro, aceptación sin la cual no se puede seguir adelante con el arbitraje<sup>609</sup>.

Cuando se ha estudiado si la cláusula es correcta, por una orden previa del pleno de la Cámara de Comercio (como ejemplo de una institución arbitral), se nombra a un árbitro especialista en la materia de la lista de abogados árbitros de la Corte. En este momento se hace una diligencia por parte del secretario de la Corte para que el demandante en 20 días haga el ingreso de la cuota de admisión, si aún no lo ha hecho, además del 50% de los honorarios correspondientes al procedimiento y de los gastos de administración. Si el demandado una vez notificado no ingresa la parte que le corresponde, deberá ingresarlo el demandante y, de no ser así, se archivará el proceso (artículo 21.2 LA).

Los gastos y honorarios del proceso se fijan en función de la cuantía del pleito. En el caso de la impugnación de acuerdos sociales, se ha alegado que hay problemas en su determinación. Para esto debemos acudir a la Ley de Enjuiciamiento civil artículos 251 y siguientes.

En el caso de la impugnación de acuerdos sociales, no se puede hacer un cálculo de dicho interés conforme a las reglas de determinación de la cuantía por lo que se sustanciará conforme a los cauces del juicio ordinario, en las que se presupone que son mayores a 6000 euros (artículos 249.1.3º y 253.3 LEC).

El árbitro una vez notificado de su nombramiento debe hacer un escrito dirigido a la Corte de Arbitraje aceptando su cargo y manifestando que no concurre en él ningún hecho o circunstancias que pueda afectar su independencia e imparcialidad de las partes del procedimiento, dentro de los 15 días siguientes (artículo 16 LA).

Las partes deberán conocer la identidad de los árbitros con el fin de poder ejercitar su derecho de recusar en tiempo y forma a aquellos que considere que no son imparciales o no cumplen con los requisitos establecidos en el convenio arbitral para ejercitar tal función (artículos 17 y 18 LA)<sup>610</sup>.

---

<sup>609</sup> Este es el procedimiento seguido por ejemplo en la Corte Arbitral de Toledo, y que podemos hacer extensivo.

<sup>610</sup> CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., pág. 209.



## **c.2) Fase de alegaciones**

Una vez asegurada la competencia de la Corte y satisfechos los gastos del arbitraje, dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros y a menos que la las partes hayan acordado otra cosa respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula. Una vez interpuesta la demanda se dará traslado al demandado, el cual podrá responder a lo planteado en la demanda (artículo 29.1 LA).

Si el demandado no contesta, estará en estado de rebeldía, lo que no implica ninguna presunción en contra suya, y la Corte deberá seguir dándole traslado de todos los documentos y resoluciones que se generen en el proceso, porque si no se produciría indefensión y sería causa de anulación. Esta actitud del demandado no provoca anticipadamente el fin del procedimiento arbitral ni supone un perjuicio para el demandado, ya que no puede considerarse como admisión de los hechos ni como un allanamiento (artículos 31.b LA y 496 y siguientes LEC)<sup>611</sup>.

Si la cláusula lo ha previsto, se puede notificar a terceros interesados en el resultado de la impugnación que este procedimiento se está llevando a cabo, con la intención de que se personen en el proceso y hagan valer sus derechos, si esta es su intención, aunque no estén obligados a ello.

Aunque no está regulada esta posibilidad en el procedimiento arbitral, el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula esta posibilidad para sujetos originariamente no demandantes ni demandados, cuando acrediten tener interés legítimo y directo en el resultado del pleito. La solicitud de intervención sería resuelta por el árbitro, previa audiencia de las todas las partes personadas.

En este sentido habría que fomentar que en la redacción de las cláusulas arbitrales se incluya esta especificad con el fin de evitar la indefensión que a éstos se pueda producir; así mismo para evitar la posible realización de procedimientos paralelos instados por socios ante un árbitro y de un procedimiento judicial instado por un tercero, que evidentemente no está vinculado por la cláusula arbitral.

---

<sup>611</sup> CUCARELLA GALIANA, L., “El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)”, ob.cit., pág. 162.

### **c.3) Fase de prueba**

Después de la contestación, el árbitro da un plazo para la propuesta y la práctica de la prueba, aunque la proposición de la prueba en el arbitraje no es una facultad exclusiva de las partes, sino que los árbitros pueden solicitar también de oficio determinadas pruebas (artículos 25.2 y 32.1 LA; 429.1 LEC).

Una vez propuesta la prueba, el árbitro, de ser necesario, convoca a las partes un día determinado para su práctica (artículo 30.1 LA). De la práctica se levanta acta por el secretario de la Corte, que deben firmar las partes.

En cuanto a la prueba, se deberá tratar a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, estando obligados por Ley tanto los árbitros, como las partes y las instituciones arbitrales a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales (artículo 24 LA).

Todas las partes tienen derecho a ser tratadas con igualdad de oportunidades para hacer valer sus pretensiones. La igualdad en el procedimiento requiere que no haya ningún tipo de preferencia con respecto de una u otra parte, lo que implica, a su vez, la igualdad de oportunidades de alegación, de prueba y de impugnación de las decisiones arbitrales<sup>612</sup>.

El principio de audiencia se considera en la Ley de Arbitraje como un derecho y no como una obligación, por lo que si la parte demandada se constituye en rebeldía no es esto causa para no continuar con el procedimiento.

Por su parte, el principio de contradicción exige la audiencia de la parte frente a quien se dirige la demanda arbitral, concediéndole la oportunidad de hacer valer los medios de defensa que estime oportunos. Este principio se satisface concediendo a la parte demandada la posibilidad de actuar en el proceso, permitiéndole una representación letrada, el conocimiento previo de la demanda, el derecho a contestar la demanda y el derecho a la última palabra en la fase de alegaciones y conclusiones<sup>613</sup>.

---

<sup>612</sup> CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 199 y 202.

<sup>613</sup> CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 200 y ss.

#### **c.4) Fase de decisión**

Si las partes no han dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación de la demanda o de la expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada (artículo 37.2 LA).

La necesidad de que el laudo sea dictado dentro del plazo es un elemento esencial del arbitraje. El árbitro tiene como fundamento de su competencia el nombramiento hecho por las partes y durante el tiempo por el cual se les nombró perdiendo esta potestad una vez transcurrido este plazo, siendo su actuación ilegítima, ya que carecería de causa, viciando de nulidad al laudo (artículo 37.2 LA). Una vez vencido el plazo no hay ni procedimiento arbitral ni árbitros. Pero en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se podría convalidar por las partes un laudo extemporáneo, aunque con tal fin se exigiría un nuevo consentimiento expreso de todos los involucrados, sin que en ningún caso pueda presumirse, ni tampoco por el no ejercicio de alguno de los remedios procesales existentes<sup>614</sup>.

El laudo que declare un acuerdo de junta general nulo o anulable afectará a todos los accionistas presentes y futuros, pero tal y como hemos reiterado en numerosas ocasiones a lo largo de esta investigación, no afectará a terceros de buena fe. Esta resolución se limitará a declarar la nulidad o la anulabilidad de determinado acuerdo y, en su caso, a ordenar la cancelación de las inscripciones correspondientes. El árbitro en ningún caso podrá subrogarse en las facultades de la junta y determinar lo que la junta debió de haber acordado, pues ésta es quien debe adoptar los acuerdos sociales que correspondan como consecuencia de la declaración de nulidad o anulabilidad del acuerdo anterior<sup>615</sup>.

El laudo debe constar por escrito y estar firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Se entenderá que el laudo consta por escrito

---

<sup>614</sup> CAMPO VILLEGAS, E., “Artículo 37.3. Problemas de forma en el laudo arbitral”, ob.cit. págs. 168 y ss.

<sup>615</sup> ÁVILA NAVARRO, P., “La Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 624; JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley Reguladora de la Sociedad Anónima”, ob.cit., pág. 343.

cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (artículo 37.3 LA).

El laudo debe ser motivado. El árbitro deberá explicitar sus motivaciones para llegar a esa decisión, valorando la prueba y los hechos que motivaron el procedimiento, tanto si el arbitraje ha sido conforme a Derecho como si lo ha sido conforme a equidad. A su vez, el laudo debe cumplir con los requisitos de claridad y precisión expositiva y de fundamentación, al igual que cualquier resolución judicial (artículo 37.4 LA)<sup>616</sup>.

Además, el laudo debe ser congruente, es decir, el laudo debe guardar correlación con lo que ha sido el objeto arbitral, entre las personas que han intervenido como partes, en relación con las peticiones y las alegaciones realizadas (artículos 39.1.c) y 41.1.c) LA)<sup>617</sup>.

Con la emisión del laudo, los árbitros cesan en su mandato, conservando competencia únicamente para notificar a las partes el mismo y para realizar las posibles correcciones, aclaraciones o complementos del laudo que sean oportunos (artículos 37, 38, 39 y 41 LA).

De acuerdo al artículo 37.7 de la Ley de Arbitraje, el laudo deberá notificarse en la forma y en el plazo que las partes hayan acordado o, en su defecto, mediante la entrega a cada una de ellas de un ejemplar por escrito y firmado por los árbitros, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación. En este sentido la jurisprudencia ha dicho que cabe exigirle al árbitro la debida diligencia para que el laudo llegue a conocimiento efectivo de la persona a quien se pretende notificar<sup>618</sup>.

De acuerdo también con la voluntad de las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, incluyendo los honorarios y los gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y los gastos de los defensores o los

---

<sup>616</sup> CUCARELLA GALIANA, L., El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje), ob.cit., pág. 180; CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, ob.cit., págs. 202 y ss.

<sup>617</sup> CUCARELLA GALIANA, L., El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje), ob.cit., pág. 179.

<sup>618</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), nº 415/2006, de 20 de septiembre, Fundamento de Derecho quinto.

representantes de las partes, los gastos de la institución arbitral y los demás gastos originados (artículo 37.6 LA).

### **c.5) Especialidades en el proceso arbitral para impugnar acuerdos del Consejo de Administración**

Y, por analogía, debemos exender el procedimiento indicado a la impugnación de acuerdos del Consejo de Administración.

La impugnación de los acuerdos del consejo de administración se tramitará conforme a las normas establecidas para la impugnación de los acuerdos de la junta general (artículos 143 LSA y 70 LSRL). Por esta razón únicamente se hará en este apartado una breve mención sobre las particularidades que presenta este procedimiento desde el punto de vista arbitral.

La impugnación de los acuerdos del consejo de administración tiene su razón de ser en los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores. Cumple la misma función que la impugnación de los acuerdos de la junta general, es decir, busca evitar la ejecución de un acuerdo cuyo contenido o procedimiento de adopción fuera contrario a la Ley, a los estatutos o resulte lesivo para el interés social (artículos 127 y siguientes LSA)<sup>619</sup>. En este sentido QUIJANO GONZÁLEZ indica que la diligencia, como norma de conducta idealmente correcta se contrapone a la lealtad, la cual dice que “estaría más referida a la esfera externa o representativa, desplegando sus efectos particularmente en los supuestos de conflicto de interés, que es donde tiene sus manifestaciones más significativas, mientras que la diligencia operaría sobre todo en la esfera interna o de gestión, reclamando del administrador una determinada atención a los asuntos sociales, un nivel suficiente de dedicación a sus funciones y de adopción de las iniciativas que le corresponden, una participación efectiva en las tareas orgánicas, o, en definitiva, un diligente desempeño del cargo aceptado, tal como lo haría un empresario cuidadoso, ordenado y prudente”.

Los administradores podrán impugnar los acuerdos nulos o anulables del consejo de administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración, en el plazo de 30 días desde su adopción. También están legitimados para impugnar

---

<sup>619</sup> ALCALÁ DÍAZ, M., “La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas”, ob.cit., págs. 27, 158, 168 y 191 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Deber de Diligencia”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 421,

los acuerdos del consejo de administración los socios que representen un 5% del capital social, en el plazo de 30 días desde que tuvieron conocimiento de los mismos, siempre que no hubiere transcurrido un año desde su adopción (artículos 143 LSA y 70 LSRL).

Al estar la legitimación para impugnar en este caso tan delimitada y sus efectos quedar reducidos al ámbito interno de la sociedad, es evidente que el arbitraje es una opción que no presenta ningún tipo de objeciones como método alternativo a la jurisdicción para resolver posibles impugnaciones de acuerdos del consejo de administración. No hay terceros legitimados y todos los que se verán afectados podrán participar en él, siendo además una vía realmente eficaz y con claras ventajas sobre el procedimiento judicial por su celeridad y discreción, elementos éstos indispensables para el buen desarrollo de las funciones del consejo en aras de una buena administración de la sociedad.

Por otra parte, no existe en la Ley ninguna diferencia en cuanto a la legitimación activa para impugnar dependiendo del tipo de vicio que esté afectando al acuerdo. Para los administradores impugnar el acuerdo viciado del consejo no se basa en un interés propio, sino que es un auténtico deber consecuencia de la necesidad de cumplir sus obligaciones con la diligencia debida conforme al interés social (artículos 127 LSA y 61 LSRL)<sup>620</sup>. El interés social puede entenderse, según SÁNCHEZ CALERO, *“como una referencia que integra un interés común a todos los socios y que por ello merece una consideración prioritaria frente a los intereses particulares de los socios o de grupos de éstos. También se entiende que al decirse que el interés social es el interés de la sociedad, no estamos ante un mero sinónimo, sino frente a la ilustración de la persona jurídica como titular de un interés propio (distinto y más amplio que el común a sus socios) y cuya defensa vincula a todos ellos”*.

La impugnación de acuerdos del consejo de administración tiene como presupuesto esencial que se trate de un acuerdo adoptado por un órgano colegiado. No se aplicará este régimen a quienes no tengan esta naturaleza orgánica, como serían los directores generales, los gerentes o los apoderados. Tampoco se aplicará el régimen previsto en el artículo 143 de la Ley de Sociedades Anónimas para la impugnación de las decisiones de los administradores únicos, de los administradores solidarios o de los consejeros

---

<sup>620</sup> EMBID IRUJO, J., “Impugnación de acuerdos”, en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1530 y ss. SÁNCHEZ- CALERO GUILARTE, J., “Interés Social”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 709.

delegados; como tampoco se aplicará a las decisiones de los órganos pluripersonales cuando actúen de una forma mancomunada<sup>621</sup>.

Aunque para los socios no hay una definición concreta del deber de fidelidad, para los administradores sí la hay. Los administradores deberán desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. Deberán así cumplir con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social (artículos 127, 127 bis LSA y 61 LSRL). De esta manera, los administradores en el desarrollo de sus funciones no pueden defender intereses ajenos al interés social ya que son ellos quienes, a través del cumplimiento diligente y leal de sus funciones, llevan a cabo la gestión y la representación de la sociedad (artículo 127 ter LSA)<sup>622</sup>.

Serán anulables aquellos acuerdos que contravengan los estatutos, así como los adoptados por los administradores en una situación de conflicto de interés con la sociedad. Los administradores, en el ejercicio de sus funciones, no pueden perseguir intereses distintos al interés social, siendo el voto en el consejo un derecho y una función, el cual deberá ser ejercitado en función del interés social y no será libremente disponible por ellos<sup>623</sup>. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala Primera de lo Civil) 128/2009, de 6 marzo, fundamento de Derecho segundo, ha dicho que un acuerdo no será anulable porque contravenga un pacto parasocial, afirmando que *“la mera infracción de un convenio parasocial no basta, por sí sola, para la anulación de un acuerdo social - sentencia de 10 de diciembre de 2.008 -. Lo que, en el supuesto que se enjuicia, caracterizado porque los acuerdos son plenamente conformes con los estatutos y no se han impugnado por lesionar los intereses sociales, implica la necesidad de averiguar si infringieron, además de o junto al pacto, alguna norma jurídica”*.

En cambio, serán nulos los acuerdos del consejo de administración cuando vayan en contra de la Ley, el orden público o los intereses generales (artículo 115 LSA).

---

<sup>621</sup> ALCALÁ DÍAZ, M., “La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas”, ob.cit., pág. 157.

<sup>622</sup> MAMBRILLA RIVERA, V., “Deber de fidelidad (y de lealtad)”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 429; ALCALÁ DÍAZ, M., La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas, ob.cit., págs. 192 y 345.

<sup>623</sup> MAMBRILLA RIVERA, V., “Conflicto de Intereses (administradores)”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pág. 349.”.

En primer lugar, serán nulos de pleno Derecho los acuerdos del consejo que contravengan las normas de orden público. El orden público, tal y como vimos en apartados anteriores, se deberá considerar como el orden público societario, el cual se centra en los elementos configuradores de la Sociedad Anónima o de la Sociedad de Responsabilidad Limitada<sup>624</sup>.

En segundo lugar, serán nulos aquellos acuerdos que vayan en contra de los intereses generales, ya que están fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad de los administradores, porque son aquél conjunto de normas promulgadas en protección de los intereses colectivos, por encima de los intereses particulares y privados. Por lo tanto, serán nulos los acuerdos del consejo que vayan en contra de los preceptos reguladores del funcionamiento del mercado, las normas de competencia o las que afectan al mercado financiero y de capitales; así como los que infrinjan normas imperativas y prohibitivas de todas las ramas del Derecho. Además, también serán nulos aquellos acuerdos que contraríen las buenas costumbres. Con esto el legislador pretende restringir la autonomía contractual en defensa de valores de naturaleza colectiva que afectan a la convivencia de los ciudadanos y a la organización social (artículos 1255, 1271 y 1275 CC)<sup>625</sup>.

La sociedad será la legitimada pasiva de la impugnación, compareciendo quien fuera titular del poder representación, es decir, el propio consejo, a título individual o conjunto, según la mención hecha a tales efectos en los estatutos (artículos 128 LSA y 62 LSRL). De ser el impugnante quien tuviera atribuido el poder de representación, corresponderá al consejo personarse en el proceso y, si no fuese posible, será el juez quien designe a la persona que ha de representar a la sociedad (artículo 117.3 LSA)<sup>626</sup>.

El procedimiento arbitral se llevará a cabo de la misma forma que para la impugnación de un acuerdo de junta general y, en el estado actual de la Ley de Arbitraje, éste podrá ser conforme a Derecho o conforme a criterios de equidad; aunque, por la materia afectada y su trascendencia para la buena marcha social, sería preferible optar por un arbitraje de Derecho y, en caso de tratarse de asuntos técnicos, podría el árbitro contar con el asesoramiento de peritos (artículo 32 LA)<sup>627</sup>.

---

<sup>624</sup> ALCALÁ DÍAZ, M., “La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas”, ob.cit., págs. 231 y 277.

<sup>625</sup> ALCALÁ DÍAZ, M., “La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas”, ob.cit., págs. 231 y ss.

<sup>626</sup> EMBID IRUJO, J., “Impugnación de acuerdos”, ob.cit., pág. 1533.

<sup>627</sup> Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª), nº 140/2001, de 4 de junio, fundamento de Derecho cuarto.



En este proceso no hay terceros involucrados, no se verán afectados por la impugnación, ni tampoco cuentan con la legitimación para impugnarlos. Se trata de acuerdos sobre la vida y las relaciones internas de la sociedad, los cuales cuentan a su vez con un periodo de caducidad de la acción para impugnar muy corto (30 días), lo que lleva a afirmar de forma general que se trata de materia disponible y por tanto susceptible de ser sometida al cauce arbitral en caso de generarse conflictos.

#### **c.6) Propuestas de mejora de la Ley de Arbitraje para su aplicación al ámbito societario**

A pesar de que generalmente se prefiere que las leyes, aún con lagunas o carencias, se queden tal y como están por el miedo a que el remedio sea peor que la regulación actual, considero que es indispensable para esta Tesis plantear posibles reformas a la actual Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, fundamentadas en la doctrina y en la regulación extranjera así como en los conocimientos adquiridos a lo largo de este proceso de investigación. Pero es necesario advertir que estas modificaciones sugeridas se harán en función específicamente del arbitraje societario.

De acuerdo con la exposición de motivos de la actual Ley de Arbitraje, *“el arbitraje es una institución que, sobre todo en su vertiente comercial internacional, ha de evolucionar al mismo ritmo que el tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada”*; por lo que considero que será necesario, antes de realizar modificaciones periódicas de la Ley, que se promulgue una Ley que se adapte a los cambios que se produzcan en el tráfico jurídico y pueda así ir a su ritmo.

En este sentido y de acuerdo con la naturaleza jurídica del arbitraje creo que lo mejor es una Ley de mínimos, es decir, que se regulen los aspectos básicos que tutelen el orden público, pero que el resto se deje a la libre disposición de quienes quieran optar por esta vía alternativa a la jurisdicción a la que se le ha reconocido plena validez y eficacia.

No creo, sin embargo, que haya que hacer una Ley específica que regule el arbitraje societario, sino que lo que considero más eficaz es que se establezca una lista cerrada de las materias que no son arbitrables, dejando la posibilidad de

---

acudir a él al resto. Creo que la normativa arbitral debe ser genérica y no creo que sea necesario ir incorporándola a cada Ley particular, ya que de esta forma se podría crear confusión y diversidad de criterios en lugar de ayudar a fomentar la seguridad jurídica.

Las reformas que podrían hacerse comenzarían en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje. En el inciso primero dice que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho; al cual se le podría agregar que se considerarán materias disponibles conforme a Derecho todas aquellas que no vayan en contra del orden público. De esta forma creo que sin hacer enumeraciones infinitas se está acotando un poco más esta materia, pero a su vez sin tampoco limitarla excesivamente.

En específico para la impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje, creo que limitar la materia de libre disposición a aquella que no vaya en contra del orden público circunscribe claramente el arbitraje a los acuerdos nulos y anulables, acuerdos estos que se consideran plenamente disponibles por los socios y por tanto arbitrables.

En el artículo 14 LA, que regula el arbitraje institucional, creo que se podría introducir un tercer inciso, en el que se cree un organismo de control de las instituciones que se dediquen a desempeñar funciones arbitrales. Este organismo podría depender del Ministerio de Justicia, el cual podría tener un sistema de control de los árbitros y de las instituciones arbitrales con el único fin de vigilar el cumplimiento de las garantías básicas del procedimiento arbitral y brindar más seguridad al tráfico, a través de una especie de auditorías de su funcionamiento interno en las que se evalúe el nivel de competencia y capacidad de los árbitros nombrados y de los miembros o integrantes de las cortes o instituciones arbitrales. También se podría encargar este organismo de hacer estudios públicos sobre la efectividad de los laudos por las cortes, así como del nivel de satisfacción de los usuarios.

La propuesta de crear este organismo creo que es de vital importancia tanto para garantizar la seguridad jurídica para los ciudadanos que opten por el arbitraje como vía alternativa a la jurisdicción, así como para fortalecer el sistema arbitral en sí; porque en la actualidad hay cortes arbitrales que no están desarrollando su labor de una forma fiable y adecuada, mermando y entorpeciendo el acceso a la justicia.

Pero considero que este organismo no podría en ningún momento establecer directivas o líneas de trabajo, ya que las partes son las que deben mantener el control del proceso y, si ellas han depositado esta facultad en una institución, son éstas últimas quienes deben hacerlo, diferenciándose también de esta forma unas de otras y dándole a los solicitantes la oportunidad de escoger aquella que se adecue más a sus necesidades.

En el mismo sentido creo que se debería favorecer, si se llevara a cabo una reforma en este sentido, el arbitraje institucional sobre el arbitraje ad hoc, ofreciendo a los ciudadanos un procedimiento alternativo a la jurisdicción de calidad y con garantías.

El artículo 15 LA, tal y como ya lo expuse en su momento, podría redactarse de otra forma con el fin de evitar equívocos en su interpretación.

El inciso primero de este artículo podría ser redactado así: *“para los arbitrajes internos que deban decidirse conforme a Derecho se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo que las partes consideren que otra persona, cualificada en Derecho, es igualmente idónea para resolver el conflicto. Para los arbitrajes que deban decidirse conforme a criterios de equidad no será necesario que se cumpla con esta condición”*.

En cuanto al nombramiento de árbitros, es necesario que se regule de otra forma con el fin de garantizar la imparcialidad real y que los árbitros nombrados por las partes no se conviertan en la práctica en sus defensores ante el tribunal.

Creo que debería establecerse una presunción de nombramiento del árbitro único y del tribunal arbitral por un tercero. Solamente creo que se podría establecer la salvedad, con el fin de no atentar contra la libre autodeterminación de las partes que caracteriza este procedimiento, que cuando las partes expresamente decidan que serán ellas quienes, de común acuerdo, nombrarán al árbitro único, ya que al llegar a este consenso se obligan a que realmente sea imparcial para ambas.

En cuanto a la confidencialidad como obligación de los árbitros, de las partes y de las instituciones arbitrales (artículo 24.2 LA), creo que debería dejarse a la libre disposición de los interesados. Es realmente una ventaja frente al

procedimiento judicial público, pero por la naturaleza especial del arbitraje, existen situaciones en que la confidencialidad sería una ventaja y en otras no.

Por ejemplo, tal y como se mencionó cuando se estudiaron las sociedades cotizadas, la confidencialidad en este tipo de sociedades puede ser vista como un menoscabo de su deber de información y transparencia, aunque la ley permite que, en ciertos casos, no todo pacto parasocial deba ser publicado, al menos por un tiempo, lo que podría aplicarse a través de una interpretación analógica a los procedimientos arbitrales (artículo 112.5 LMV).

Por otra parte, con el fin de tutelar a los terceros que pudieran verse afectados por un procedimiento arbitral, creo que podría dárseles la oportunidad de participar en el proceso con el fin de que hagan valer sus pretensiones, estableciendo como obligación de las partes del convenio, que tanto en la demanda como en la contestación se establezcan o enumeren quienes podrían ser esos terceros. Una vez presentada la demanda y la contestación, el árbitro deberá convocar a una audiencia a las partes para que si estas están de acuerdo, se convoque a dichos terceros a que participen; aunque los terceros no estarán en modo alguno obligados a participar, será solamente una opción que se les daría en protección y tutela de sus derechos.

#### **IV PARTE.- CONCLUSIONES**

Empezaba este estudio apuntillando ya desde su introducción la doble singularidad del contrato en sí, Protocolo Familiar, y de la tipología de empresa, Empresa Familiar, y el sustrato de confidencialidad que suele acarrear su tratamiento, lo que engendra en su parte práctica una problemática que se trata de resolver sin que trascienda fuera del núcleo de los interesados. Y aquí es donde pareciera que la inclusión de un pacto de sometimiento a arbitraje vendría a dar cobertura a dicha génesis. Pero será la ausencia de publicidad y la confidencialidad del contrato la generadora de especiales problemáticas derivadas de las estrechas relaciones mercantiles con terceras personas o empresas, y que pueden verse alteradas por decisiones amparadas en laudos arbitrales, sobre los que no podemos dudar de su eficacia *inter partes* pero debemos, y en ello incidía este estudio, replantearnos su repercusión *erga omnes*.

Junto a este estudio se ha tratado de desarrollar un cuestionario práctico sobre el que se ha tenido que desistir dada la implacable negativa de asociaciones de empresas a hacer llegar dicho cuestionario a sus miembros, y todo ello en aras de la confidencialidad que en todo momento impera en estos ámbitos, lo que también conlleva la ausencia de registros consultables, más allá de los meramente estadísticos recogidos en el estudio.

De todo ello podemos extraer unas conclusiones que expongo a continuación.

**1.- La singularidad de la empresa familiar aconseja una regulación más estricta adaptada a la misma, pero no la creación de un tipo social específico.**

No estamos ante un tipo social específico, pero sí que de la sola apreciación de su especial problemática se entiende la pretensión de normativas como el RD 171/2007 de avanzar en buscar soluciones a sus particularidades, como el tratamiento que se da en lo relativo a la publicidad del Protocolo. Diferente es el alcance que a fecha de hoy se observa, lo que ejemplifica la necesidad de especial regulación. Pero no

debemos olvidar que el componente de vínculo afectivo nos debe y obliga a observar soluciones más allá del ámbito del Derecho en su autorregulación. Jurídicamente podemos relacionar el origen de la Empresa Familiar con la vinculación de economía y matrimonio, con derivación del tratamiento del régimen matrimonial de la sociedad conyugal, aunque será precisamente este nacimiento del matrimonio la que marcará las diferencias por su naturaleza jurídica. El matrimonio ofrecía la posibilidad de articular las relaciones entre los cónyuges, entre éstos con sus hijos, eventualmente con sus ascendientes, ocasionalmente con sus hermanos, e incluyendo ciertamente las relaciones con terceros ajenos a la familia. Será el régimen de gananciales donde resultará posible encontrar una configuración primaria de la empresa familiar, identificándose como tal a toda unidad económica de producción, organización de capital y trabajo con fines de producción y de mediación en el mercado de bienes y servicios, o sólo de lo último. Esto explicaría por qué las primeras configuraciones en el Derecho positivo de la empresa familiar sería lo equiparable a las explotaciones industriales, ganaderas o agrícolas. Y precisamente esto también podría ejemplificar el porqué hago referencia a regulación más allá del Derecho, porque se debe remarcar que un problema práctico habitual, por poner un ejemplo, es la reticencia del fundador a dejar la administración y en su caso sobre cuál de los sucesores podría recabar dicha cesión. En ocasiones se crean organismos de gestión, como el Consejo Familiar, que puede ir más allá de la supervisión, pero en su génesis está el miedo del fundador a la continuidad, por la responsabilidad que se traspa.

El Derecho evoluciona de su adaptación sucesiva a la realidad, de la observación como una de las herramientas metodológicas más importantes en el estudio del Derecho, y evidencia que la Empresa Familiar es un modelo de empresa socioeconómica que pretende armonizar dos importantes instituciones sociales, regidas por distintos valores, a veces antagónicos: por un lado, la “empresa”, que se rige por la competencia, el rendimiento y los resultados; y, por otro, la “familia”, que se rige por la protección y la lealtad. Es por ello que esta forma de organización jurídico-económica carece de reflejo específico en la mayoría de los ordenamientos, donde no existe una definición legal que permita delimitar su ámbito de aplicación y entender de una manera eficiente su operatividad.

Se ha puesto de manifiesto el contenido de la *Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar* constituida en la Comisión de Hacienda del Senado en noviembre del 2001 en la cual se reconoció en consenso alguna de las características de las empresas familiares.

Llegados a este punto es posible sostener, aunque con un fin más descriptivo que científico, que la definición de la empresa familiar se basa en tres rasgos fundamentales: i) la tenencia de una participación importante o mayoritaria en el capital por parte de una familia, ii) la posibilidad de ejercer el control, iii) la participación en la gestión, la vocación de permanencia en el tiempo.

En la Exposición de Motivos del RD 171/2007, del 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, se recoge una definición amplia de las empresas familiares describiéndola como: *“Aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenece, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí.”*.

Y todo ello nos lleva a la conclusión de que estamos ante una empresa con grandes particularidades y que no debe descartar ninguna posibilidad de autorregulación, lo que justificaría la adopción de un Protocolo Familiar que desarrolle el objetivo de continuidad con que se gesta y de defensa económica de la familia, no haciéndose necesaria la creación de un tipo social específico, bastando con su reconocimiento para dar cobertura a su autorregulación. Por ello no debemos descartar el que dicha sociedad debe recurrir a todos los medios aperturistas que la propia evolución del derecho conlleva para autorregularse.

## 2.- El protocolo familiar es un contrato y representa un tipo de pacto parasocial.

Su naturaleza jurídica no da lugar a interpretaciones. Su fuerza relacional y vinculante interpartes (ex art. 1091 CC) genera más dudas en su aspecto obligacional para terceros. E indico dicha duda porque la publicidad registral material del art. 7 del RD 171/2007 genera expectativas de incidencia relacional frente a terceros. Estamos ante un pacto parasocial que trata de regular entre socios, y al margen de los estatutos, cuestiones de índole societaria.

A nivel procesal y mercantil, los pactos concluidos entre los miembros de una familia en relación con su sociedad encuentran cobertura adecuada en el marco de los llamados *“Shareholder’s Agreements”*, que son típicos de las “sociedades cerradas” (*“close corporations”*) y legalmente han evolucionado y han sido estudiados doctrinal y jurisprudencialmente, con la finalidad de favorecer la eficacia de tales pactos que nosotros conocemos, en terminología italiana, como

“*parasociales*”; incluso garantizando su oponibilidad a tercero, pero siempre que quede asegurada legalmente su publicidad.

En nuestro continente, en Europa, y sobre todo en Italia, será en la última década del s. XX que se extiende la práctica fundacional de la firma de un pacto de familia, probablemente por influencia francesa, prefiriéndose la calificación de estos pactos como “protocolo” o “pacte de famille”, y que ha venido a ser adoptado en España para denominarse al instituto “protocolo familiar”.

Es plenamente afirmable que nada hay en la naturaleza de las cosas que impida a las partes firmantes de una sociedad interna o de cualquier contrato de colaboración de dotarse de una cierta organización para el cumplimiento de sus fines, en el bien entendido que esos órganos tendrán una proyección exclusivamente “interna” o “contractual”. Así sentada la cuestión, resulta habitual que el protocolo familiar regule la creación de órganos típica y exclusivamente familiares como son, entre otros posibles y lícitos, la Junta y el Consejo de Familia.

El principal problema, reitero, es su eficacia frente a terceros. No genera duda el aspecto contractual para los firmantes, y para ello se establecen cláusulas penales no limitadas ante la falta al contrato, pero no podemos obviar que sus consecuencias incidirán y se reflejarán en la sociedad. Y su origen como contrato y su evolución como pacto parasocial al que se trata de dotar de cierta publicidad, está en los posibles movimientos de capital fuera del ámbito del núcleo fundacional, buscándose la sindicación en su gestión.

Precisamente *en relación con el órgano de administración de la sociedad familiar*, el protocolo familiar no sólo puede contener previsiones sobre cómo ha de regularse en estatutos la composición y el funcionamiento de aquél sino que también puede legitimar la injerencia familiar en la gestión de las sociedades familiares.

Si se admite que un grupo de sociedades puede encontrar su fundamento en ciertos pactos contractuales extra-corporativos con energía jurídica suficiente para ello



(grupos de base contractual), no debería haber inconveniente en reconocer que el protocolo familiar, como instrumento de gobierno de la empresa familiar, puede servir para legitimar la eventual adopción de instrucciones que en interés de la empresa familiar vinculen a los titulares del órgano de administración de las sociedades familiares.

El estudio del protocolo familiar encuentra su acomodo en su conceptualización como un *negocio jurídico*, sin perjuicio de que pueda admitirse a priori la viabilidad de ciertos protocolos familiares que tan sólo son queridos por sus firmantes en su condición de meros “códigos de conducta”, y sin otra energía jurídica que la meramente moral (obligaciones morales).

La empresa familiar se configura como una realidad comercial conjunta vertebrada por la articulación de dos negocios autónomos en relación de supremacía-subordinación jerárquica; uno de los cuales (el protocolo familiar), funciona como “contrato básico” o “contrato marco” mientras que el otro (la sociedad mercantil), se articula en una relación de dependencia unilateral como contrato de desarrollo y dictado en la ejecución de aquél, lo cual supone y exige:

- 1.- La articulación societaria del protocolo familiar que se consigue mediante la *configuración estatutaria* del contrato o contratos de sociedad o grupo de sociedades y sus respectivos reglamentos;
- 2.- El funcionamiento del protocolo en la parte que no aflora a estatutos como *pacto parasocial* .

La sociedad familiar deberá constituirse y reformarse conforme a las estipulaciones contenidas en el protocolo original o revisado. Y debemos concluir que los firmantes del protocolo familiar pueden obtener el cumplimiento forzoso del contenido parasocial del protocolo familiar, inclusive frente a la sociedad.

Nos encontramos, sin duda, ante un negocio de colaboración asociativa que viene a funcionar como una “sociedad interna”, derivada de la voluntad de los firmantes de establecer un orden interno de funcionamiento de la empresa familiar. Hemos de ser

adaptativos, y entender que la sociedad civil interna deberá regirse por las reglas comunes del contrato de sociedad que son las contenidas con “carácter residual” en el CC, dado que el Código Mercantil regula las sociedades externas.

El debate doctrinal constatado sobre la esencia y contenido del protocolo familiar sigue abierto. Nada que discutir sobre la posibilidad de que incluya elementos que poco aportan al ámbito contractual, como el recoger la historia de la empresa o los valores fundacionales, y que como tal nada aportan jurídicamente en nada obligan, pero sin duda, como juristas, resultan poco relevantes. Lo jurídicamente relevante pasa por su normatividad y eficacia, regulando en positivo, normas de obligado cumplimiento entre las partes, originarias o sucesivas, y en negativo, estableciendo las consecuencias punitivas del incumplimiento. Pero no podemos olvidar el sustrato emocional del que se nutre, por lo que debemos confiar en una voluntariosa adecuación de sus miembros, y ante la posibilidad de afectar a terceros, de su publicidad dependerá.

### 3.- En el protocolo familiar rige el principio de libertad de forma.

El protocolo está sujeto al principio de **libertad de forma** imperante en nuestro Derecho contractual y, en particular, en nuestro Derecho de sociedades. Por lo tanto, no es necesario que se instrumente en escritura pública o que se protocolice mediante acta notarial. Hay que entender, con toda nuestra doctrina, que rige aquí también, como en todo el Derecho de obligaciones y en sede común de sociedades, *el principio de libertad de forma* (arts. 1278-1280 CC). Así se establece expresamente, tanto en el artículo 1667 CC respecto de la sociedad civil, como en el artículo 117 CCom respecto de las sociedades mercantiles. El contrato de protocolo familiar no requiere para su validez sino la concurrencia de los requisitos esenciales del derecho que no son otros que el consentimiento, el objeto y la causa (art. 1261 CC). Como es lógico, ello no es óbice a que para la inscripción registral de las cláusulas (inscribibles) del protocolo ex art. 7 Decreto, se exija la escritura pública como título idóneo para la inmatriculación en el Registro o que se exija el mismo título para la inscripción de la escritura de modificación de estatutos. Todo ello

conforme a la regla general contenida en el principio registral de titulación pública (cfr. arts. 18.1 CCom y 5 RRM).

Un aspecto fundamental del protocolo familiar es el relativo a la **duración del contrato**. La perdurabilidad de lo convenido en el protocolo familiar, su estabilidad, debe conciliarse con el principio de no perpetuidad de las relaciones obligatorias; principio reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y que se induce de múltiples preceptos dispersos, entre otros, de lo previsto en el art. 1680 CC. Hemos de prever que el contrato sea “denunciable” unilateralmente, principio que rige en nuestro ordenamiento como rechazo a las vinculaciones perpetuas o gravosas en relaciones que puede resultar de larga duración. Lo habitual es pactar una duración inicial y la susceptibilidad de ulteriores prórrogas (cfr. art. 1702 CC).

El **contenido del protocolo familiar** puede ser muy heterogéneo. Nuestro Derecho positivo de sociedades reconoce un amplísimo juego a la autonomía de la voluntad para la configuración societaria de las sociedades familiares y, en general, la de todas las sociedades “cerradas” (como dice la Exposición de Motivos del Decreto y la de la LSRL) o “de base personalista”. La Exposición de Motivos del Real Decreto 171/2007, nos indica que no es su propósito regular el contenido del protocolo familiar, añade *“que será configurado por la autonomía de la voluntad, como pacto parasocial, en hipótesis más frecuente sin más límites que los establecidos, con carácter general en el ordenamiento civil y específico, en el societario”*.

**4.- Su contenido debe complementarse para su ejecutividad con otros documentos para tener plena eficacia.**

Nada más alejado de la realidad que el dar por supuesto que firmado un protocolo, la solución cierra el círculo de la perdurabilidad del negocio familiar. No se puede obviar que en materia societaria serán los estatutos sociales los que doten de norma relacional a los miembros, los cuales están dotados de publicidad registral material y

como tales con eficacia erga omnes, quedando la especial regulación interna familiar en el núcleo de dicho contrato o protocolo, que trasladado a dichos estatutos depositados y publicitados, puede generar obligaciones o expectativas de los mismos frente a terceros. Hoy puede darse por superada la *cuestión* referente a la discutida *legalidad o legitimidad de los pactos parasociales*, con más interés histórico que actual, puesto que el propio legislador, apartándose de la sanción de nulidad contenida en el viejo artículo 6 LSA/1951, presupone la legalidad en múltiples ocasiones de los “pactos (reservados) entre los socios”. El protocolo, en lo que tiene de parasocial, no estará en relación jerárquica con lo estatutario: sendos negocios “societarios” en sentido amplio, protocolo y sociedad mercantil, funcionan en planos distintos aunque funcionalmente conectados.

Debemos matizar la correlación entre lo estatutario e inscrito y lo oponible a terceros, dado que ni siempre lo estatutario, aún lo inscrito en el Registro, es oponible a terceros (ej. a contrario: lo que ocurre con las limitaciones inscritas en el Registro de las facultades de los administradores en las sociedades de capital que no son oponibles a terceros ex arts. 129.2 LSA y 63.2 LSA), ni tampoco lo parasocial es, por necesidad, inoponible a la sociedad y a terceros.

Debemos considerar que no cabe rechazar radicalmente el posible anclaje estatutario de lo parasocial. Por un lado, desde siempre se han admitidos los pactos estatutarios que *indirectamente* persiguen la autotutela societaria de las previsiones contenidas en el pacto parasocial frente a terceros adquirente de acciones o participaciones. El Real Decreto 171/2007 parece dar por supuesto el posible encaje obligacional societario y registral de lo parasocial que se contiene en un protocolo familiar. De hecho, se admite expresamente pactar en los estatutos de una anónima o de una limitada una cláusula penal en garantía de las obligaciones “pactadas e inscritas” contenidas en protocolo familiar debidamente publicado (cfr. arts. 114.2 a) RRM y 175.2 a) RRM).

Por elementales razones de seguridad jurídica es razonable exigir que quede asegurada la publicidad legal del protocolo como condición inexcusable de su oponibilidad a terceros. Esto es precisamente lo que quiere expresar el Decreto

cuando se refiere a cláusulas penales estatutarias, pactadas en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto (cfr. arts. 114.2 a) y 175.2 a) RRM). En definitiva, el Decreto, aunque con una redacción mejorable, no ha desaprovechado la ocasión para hacer posible la oponibilidad a terceros y frente a la sociedad de los pactos parasociales publicados registralmente, como exigía cierto sector de la doctrina y recomiendan similares soluciones en Derecho de sociedades comparado.

No obstante, vuelvo a incidir en que por razones de orden público existen ciertas limitaciones en cuanto al establecimiento de normas coercitivas en el protocolo familiar, y podemos ejemplarizarlo en la limitación en cuanto a regímenes económicos matrimoniales, dado que la limitación en la elección del régimen matrimonial entra dentro del ámbito privado de terceras personas, todo y la trascendencia patrimonial, y ejemplarizamos también en lo referente a normas testamentarias donde suelen establecerse abundantes trabas al pacto sucesorio en las regulaciones forales, y como tales deben ser objeto de especial regulación para evitar su revocabilidad entre los otorgantes.

5.- La inclusión en el protocolo familiar de una cláusula de sometimiento a Arbitraje responde a un principio de confidencialidad en la resolución de conflictos familiares. Como método alternativo de resolución intrasocietario, debemos mantenernos en la idea de que la regulación parasocial opera inter socios directamente, y erga omnes caso de publicitarse con arreglo al depósito en el RRM.

El arbitraje es la institución de Derecho privado por la que los litigios, por voluntad de las partes, son sustraídos a la justicia estatal para ser resueltos por individuos revestidos de la potestad para juzgarlos. Tiene su origen en un convenio privado, a través del cual las partes de dicho convenio han expresado su consentimiento para someter las diferencias que puedan surgir o que ya hayan surgido a un tercero, conforme a la autonomía contractual, pero dentro de los límites impuestos por la Ley.

Se trata de un método heterocompositivo para resolver controversias jurídicas ya que el árbitro, como tercero imparcial, es quien debe resolver el conflicto, no los afectados mismos. Se fundamenta en la libertad y en la autonomía de la voluntad de los particulares, por lo que los titulares de los derechos subjetivos privados pueden disponer de ellos realizando, modificando o extinguiendo las relaciones jurídicas.

El arbitraje no tiene porqué tomar su naturaleza “prestada” de otras instituciones jurídicas, sino que es evidente que, por sus propias características, estamos ante una institución de Derecho autónoma, con una regulación y efectos propios frente a las demás figuras normativas.

La arbitrabilidad puede determinarse, más que a través de una forma negativa o restrictiva de la materia que pueda ser sustraída a la vía jurisdiccional, como una aplicación de la libertad contractual para el tratamiento de los litigios (disponibilidad de la relación jurídica). De esta forma, la arbitrabilidad de la materia deberá ser tenida como regla y la no arbitrabilidad como excepción, por el principio de la autonomía de la voluntad que rige el Derecho privado. De acuerdo a este razonamiento, y por ser responsabilidad de cada ordenamiento jurídico determinar qué controversias deben ser resueltas de forma obligatoria por los jueces, el artículo 2.1 LA, al igual que lo hacía la anterior Ley de Arbitraje de 1988, se limita a establecer un marco legal para el intérprete, estableciendo únicamente que será arbitrable aquello que sea disponible conforme a Derecho.

A modo de síntesis, la vulneración del orden público que podría suponer el laudo arbitral podría ser únicamente a través de tres vías: en primer lugar cuando se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y por consiguiente se produzca indefensión; en segundo lugar cuando se incumpla el derecho a un juez o árbitro “ordinario”, que en el caso del arbitraje sería cuando el árbitro no ha sido designado libremente por las partes; y, por último, cuando se ha quebrantado el derecho de acceso a la jurisdicción y en el convenio se contenga algún tipo de cláusula que impida a las partes acceder a la anulación del laudo. Estas tres vías representan una misma idea, manifestada de tres formas diferentes; es decir, el árbitro no puede quebrantar el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a la tutela efectiva cuando recurre a estos medios heterocompositivos de resolución de conflictos reconocidos en la Ley.

El argumento de que cada Ley debería decir expresamente si admite o no el arbitraje no es correcto tampoco, ya que es a la Ley de Arbitraje a la que corresponde definir qué es lo arbitrable, y ya ésta lo hace al determinar que será arbitrable la materia de libre disposición conforme a Derecho (artículo 2.1 LA). Además, el artículo 19.1 LEC, permite expresamente a los litigantes someter a arbitraje el objeto de un juicio, exceptuando únicamente las materias que la Ley así lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de terceros.

Como principales ventajas del arbitraje frente a un proceso judicial podríamos citar que en él no sólo se respetan las garantías básicas, sino que incluso se mejoran. Tal es el caso de los principios de celeridad o de especialización de los árbitros en la materia que ha de ser resuelta en el conflicto, que benefician la seguridad jurídica al resolver el problema en el menor plazo posible (dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación, si las partes no han dispuesto otra cosa, artículo 37.2 LA) y promueven que el acuerdo adquiera firmeza, favoreciendo a su vez el principio de estabilidad de las resoluciones, principalmente a través de la enunciación taxativa de los motivos por los cuales se puede solicitar la acción de anulación del laudo (artículo 41 LA).

El convenio arbitral es el presupuesto indispensable para que un arbitraje pueda llevarse a cabo. Es la expresión de la voluntad de las partes de optar por este medio alternativo a la jurisdicción para resolver sus litigios a través de un tercero o terceros imparciales que decidirán de acuerdo al procedimiento escogido, pero con todas las garantías procesales para que el laudo tenga los mismos efectos que una sentencia. La SAP de Murcia, de 22 de junio de 2005, fundamento jurídico segundo, expresa el carácter indispensable del convenio arbitral, afirmando que *“el arbitraje, por tanto, considerado como un equivalente jurisdiccional y como un medio para la solución de los conflictos, requiere ineludiblemente la existencia de un convenio arbitral, entendido como la expresa exteriorización de la voluntad de las partes de someter a la decisión de árbitros las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materias de su libre disposición conforme a Derecho”*.

Aunque la Ley de Arbitraje sigue el principio “antiformalista”, es a su vez “garantista”, siendo necesarios ciertos requisitos para la validez del convenio arbitral (artículos 1255 CC y 9 LA). Dentro de sus aspectos “antiformalistas”

podemos destacar la primacía de la voluntad de las partes de la existencia del convenio arbitral sobre los requisitos de forma; se acepta la cláusula arbitral por referencia, o sea la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo (artículo 9.4 LA). La cláusula arbitral por referencia es aquella que no se encuentra en el contrato principal, sino en algún documento anexo que se conviene en el contrato principal. La referencia a otros documentos contractuales anexos no comporta, por ella misma, ningún efecto automático. Su eficacia se basa en el conocimiento que tenga el contratante de su integración y contenido. Pero su fase “garantista” se refleja, en primer lugar, en que es requisito esencial para la validez del convenio arbitral la necesidad de que conste por escrito (artículo 9.3 LA), en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, como requisito ad probationem y no ad solemnitatem. Además, se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (artículo 3.8 Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma electrónica), porque de esta forma se hace prueba de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias existentes entre ellas, así como la determinación de éstas.

Es importante recalcar que el convenio arbitral tiene dos efectos jurídicos muy importantes, sin los cuales se frustraría la voluntad y la finalidad del arbitraje. Éstos hacen alusión a su naturaleza mixta, es decir, tendrá un efecto contractual o positivo y un efecto procesal o negativo. El efecto contractual o positivo consiste en la obligatoriedad de las partes de estar y pasar por el contenido del contrato, por lo que si alguna parte del convenio arbitral no lo cumpliera, quedaría sujeto a indemnizar a la otra parte por los daños y perjuicios causados (artículos 1091, 1098 y 1101 CC). El segundo efecto es el procesal o negativo, que sustrae al juez del conocimiento de la controversia, excluyendo a la jurisdicción y otorgando el poder para resolverlo a los árbitros (artículo 11.1 LA). Por tanto, la existencia de un convenio arbitral, no es causa de inadmisibilidad de la demanda por sí sola, ni tampoco produce la falta de jurisdicción de los jueces civiles. Esta inadmisión sólo es posible a través de un acto procesal de denuncia por parte del demandado, en el plazo oportuno, es decir, en la contestación de demanda a través de una excepción declinatoria (artículos 39, 63 y siguientes LEC).

Según la organización del arbitraje éste podrá ser ad hoc o institucional. El primero se organiza para el caso concreto, con una total flexibilidad. Las partes establecen las normas que han de cumplirse en cuanto al fondo y a la forma y no cuenta con



ningún tipo de estructura o infraestructura predeterminada que lo apoye en su desarrollo. En cambio, en el segundo existe una institución que se encarga de forma permanente de llevar a cabo arbitrajes, para lo cual cuenta con una estructura y organización propias. El arbitraje ad hoc es aquél que no será administrado por alguna institución arbitral, sino que será fruto de la libertad contractual de las partes. Ellas han especificado por escrito el pacto o convenio arbitral y la forma en que se desarrollará el proceso, de manera más o menos pormenorizada. A falta de esto deberán atenerse a las normas legales. El arbitraje institucional o administrado, permite a las partes solicitar a un tercero, sea este una persona física o jurídica, la designación de los árbitros y la administración en general del proceso arbitral. Estos terceros encargados de la administración del arbitraje pueden ser corporaciones de Derecho público, asociaciones o entidades sin ánimo de lucro (artículo 14 LA). La Ley de Arbitraje lo que hace es distinguir entre dos tipos de instituciones, las de índole privado sin ánimo de lucro, y las de carácter público a las que denomina “Corporaciones de Derecho Público”.

En función del fin y de los requerimientos del procedimiento podrá optarse por un arbitraje de Derecho o por un arbitraje de equidad; aunque existe en la Ley de Arbitraje una presunción de que éste será conforme a Derecho salvo que las partes hayan autorizado a los árbitros a resolver conforme a criterios de equidad (artículos 3.2 CC y 34.1 LA).

Aunque el Derecho español no lo exija de forma expresa, optar por una cláusula arbitral estatutaria tiene ventajas evidentes con respecto al compromiso arbitral ad hoc a la hora de tener que elegir por una u otra vía para solucionar los conflictos que surjan en el seno de una sociedad de capital y evidente también resulta su uso dentro del especial ámbito del Protocolo Familiar y su halo de privacidad entre partes incorporadas. Estas ventajas son, por ejemplo, la previsibilidad y la vinculación de todos los socios y los órganos sociales a ella si se cumple con todos los requisitos que la Ley establece, e indudablemente la reserva de las cuestiones intrafamiliares cuando se dirimen las contiendas con la privacidad y falta de publicidad que supone el procedimiento arbitral, donde no existe ni registro de sentencias. La materia de libre disposición, tal y como se analizó en la parte general de esta Tesis, es un requisito indispensable de arbitrabilidad.

Considero que para asegurar una adecuada solución de este tipo de conflictos societarios es indispensable la participación de expertos en Derecho, ya que se trata de asuntos que requieren de conocimientos específicos que un técnico o

especialista en otra materia no sería capaz de aplicar y, por tanto, no podría brindar una solución realmente eficaz para las partes del conflicto.

La cláusula compromisoria inserta en los estatutos de una sociedad y en el Protocolo Familiar es el acuerdo por el que los socios se comprometen a someter a un árbitro los futuros conflictos que puedan surgir entre ellos, o entre ellos y la sociedad, por razón de ésta. Así, el límite objetivo de la cláusula arbitral lo constituyen todas las controversias jurídicas que surjan entre los socios o entre éstos y la sociedad, que versen sobre derechos disponibles relativos a la relación societaria (artículos 2.1 y 9.1 LA). La cláusula arbitral en éstas sociedades puede estar presente desde el inicio en los estatutos originarios o puede ser introducida posteriormente, ya sea de manera preventiva o cuando se haya producido una controversia y se acuerde expresamente su inclusión en los estatutos o en el Protocolo para solucionar dicho conflicto por esta vía.

Los pactos parasociales son aquellos pactos entre todos los socios o parte de ellos y los administradores o entre éstos y terceros, o cualquier otra combinación posible entre los mismos, que buscan regular alguna cuestión relacionada directamente con la sociedad pero eludiendo los estatutos sociales. En ellos es posible estipular una cláusula arbitral, pero se verá matizada y condicionada por la falta de publicidad registral, lo que implica que sólo vinculará a los socios que los suscribieron (artículo 1257CC) y a sus herederos, sin vincular a la propia sociedad, los demás socios, los socios sucesivos, ni al resto de personas que tengan relación con la sociedad, a menos que lo acepten expresamente (artículos 7.1 LSA y 11 LSRL).

Además de que carecen de la publicidad necesaria para vincular a todos los socios y a la sociedad, no es el instrumento adecuado para contener la cláusula arbitral. Por lo que aunque nada impide que se perfeccione un convenio arbitral entre ciertos socios en un pacto parasocial, éste tendrá una naturaleza privada y estará regido por el principio de libertad de forma, por lo que no podrá acceder al Registro Mercantil ni tener la publicidad que una cláusula de este tipo requiere (artículos 7 y 10 LSA). A pesar de lo anterior, un ejemplo de pacto parasocial muy común que sí puede contener una cláusula arbitral es el Protocolo familiar. Pero, tal y como afirmo, su eficacia será únicamente interna, aunque si el Protocolo familiar está inscrito en el Registro Mercantil, en aras de la seguridad jurídica y como condición inexcusable, sí será oponible a terceros y a la propia sociedad.

El artículo 2, del Real Decreto 171/2007, sobre definición del Protocolo familiar y su publicidad dice así: A los efectos de este Real Decreto se entiende por Protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad. La sociedad sólo podrá publicar un único Protocolo, suscrito por sus socios, si bien el mismo puede ser objeto de diversas formas de publicidad. En el supuesto que el Protocolo familiar afecte a varias sociedades, cada una de ellas podrá publicarlo en la parte que le concierna. Publicada la existencia de un Protocolo no podrá reflejarse en el Registro Mercantil la constancia de otro diferente si no se expresare en la solicitud que el que pretende su acceso al Registro, es una modificación o sustitución del publicado. La publicidad del Protocolo tiene siempre carácter voluntario para la sociedad.

Como conclusión, como método alternativo de resolución intrasocietario, debemos mantenernos en la idea de que la regulación parasocial opera intersocios y *erga omnes* caso de publicitarse con arreglo al depósito en el RRM.

Contamos con otra normativa que favorece la inclusión de una cláusula arbitral para resolver los conflictos intrasocietarios en las sociedades de capital y que debemos hacer extensivo a las sociedades familiares reguladas por Protocolo interno. Se trata de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, la cual se regula como especialidad de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (artículo 130 LSRL).

Podemos afirmar que para que exista un arbitraje serán necesarios dos requisitos. En primer lugar, el presupuesto material de validez del arbitraje es que exista un conflicto intersubjetivo y que éste sea disponible por las partes. Si no existe este requisito indispensable (artículos 1261.3 y 1274 CC), el convenio arbitral será nulo. En segundo lugar, por las características propias del arbitraje, solamente estará justificado acudir a esta vía alternativa a la jurisdicción con el fin de solucionar sus conflictos, en cuanto el convenio arbitral se base en la voluntad de las partes, que será a su vez su fundamento y su límite.

La cláusula arbitral es el principal, aunque no único, instrumento para someter una determinada controversia intrasocietaria a arbitraje. Esta tiene características especiales que la hacen ser un elemento esencial en esta materia. En términos generales, la validez de la cláusula compromisoria debe valorarse de forma autónoma respecto al contrato en el que se encuentra. Este principio de autonomía puede definirse como independencia o separabilidad respecto del negocio que la contiene y de sus efectos relevantes, aunque sea materialmente parte de él. Es en cierta forma un contrato dentro de otro contrato.

La cláusula compromisoria se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato, con una individualidad contractual y jurídica propia y, por tanto, aunque el contrato en el cual se encuentre la cláusula sea nulo, no por ello lo será también la cláusula o viceversa.

La doctrina tradicional sostiene que un árbitro no podrá pronunciarse sobre la nulidad de la sociedad, ya que consideran que los árbitros no están facultados para decidir sobre la validez de la cláusula que es fuente de su competencia; además de por tratarse de materia indisponible y por requerir la Ley que esta nulidad sea declarada judicialmente (artículos 35 LSA y 17 LSRL). Considero que la declaración de la nulidad de una sociedad, en el estado actual de nuestra legislación, deberá ser hecha por el juez competente y no por un árbitro, principalmente porque esta afecta a los principios configuradores del tipo social, a su válida constitución y afecta a los intereses públicos, de forma que no puede ser considerada, tal y como establece la sentencia antes citada (AP Madrid nº 58/2004), como materia de libre disposición por las partes en conflicto.

Podemos afirmar que la Ley de Arbitraje 60/2003, como todas las legislaciones arbitrales en el Derecho comparado, reconoce el principio de autonomía de la cláusula arbitral con respecto al contrato del que materialmente forma parte, otorgándole a los árbitros la facultad de declarar a nulidad del contrato del que forma parte la cláusula arbitral (artículo 22.1 LA). Pero hay que tener en cuenta, por las precisiones anteriores, que no se podrá realizar una generalización absoluta de su total independencia, por lo que será necesario hacer un análisis de cada caso en específico para saber si en ese caso concreto la cláusula no fue afectada por los mismos vicios que afectan al contrato del que forma parte, porque si fuera así, no habría nada que arbitrar porque carecería de causa (artículo 1261.3 CC) y, por tanto, no habría tampoco contrato.

La incorporación de la cláusula de arbitraje a los estatutos sociales de forma sucesiva no debe ser vista como un perjuicio para los derechos de los socios y por tanto no se puede exigir la unanimidad, siempre que se apruebe a través de una manifestación de voluntad “idónea”, y ésta lo será cuando se exprese a través de un acuerdo aprobado con el quórum y las mayorías correspondientes a las modificaciones estatutarias, sin exigir más requisitos que el de su constancia en el Registro Mercantil (artículos 53 LSRL, 103, 144.2 LSA, 94 y 158 RRM).

Uno de los principales argumentos de la doctrina que se niega a aceptar el arbitraje como un medio válido y eficaz para resolver los conflictos intrasocietarios consiste principalmente en la posible afectación a terceros que una cláusula arbitral estatutaria pueda tener. En este punto es uniforme la doctrina al afirmar que un tercero no está vinculado por la cláusula arbitral estatutaria, ya que éste no es parte del contrato social, por lo que el laudo nunca se impondrá a quienes no han litigado, al igual que tampoco se impone una sentencia o un contrato entre quienes no son parte de los mismos. En general, aunque el laudo produzca, en ciertas ocasiones, efectos frente a terceros, esto no quiere decir que los terceros estén sometidos a la cláusula arbitral, ni que la materia que afecta los intereses de éstos sea comprometible. Así, los terceros no podrán verse vinculados por la cláusula arbitral estatutaria porque no son parte del convenio arbitral y por tanto deberán acudir a la jurisdicción como medio para su tutela judicial efectiva.

La cláusula arbitral estatutaria no es un instrumento jurídico capaz de vincular a terceros ajenos a los estatutos de una sociedad, aunque, como se decía, los efectos derivados de un proceso arbitral que tengan su causa en dicha cláusula puedan afectar a terceros que no hayan participado en él, como efecto natural, aunque no deseado.

La validez del laudo arbitral requiere como presupuesto indispensable que el convenio o la cláusula arbitral, que es su fundamento, sea también válido, ya que el convenio o cláusula arbitrales son la fuente de la jurisdicción de los árbitros. Para ello se deberá cumplir con los requisitos, que ya fueron analizados en el apartado correspondiente del convenio arbitral, de contar con un consentimiento válido de las partes de querer someterse a arbitraje, tener un

objeto cierto y determinado o determinable y que su causa sea justa (artículos 1259, 1261, 1275 y 1713 CC).

El laudo podrá impugnarse tanto si se ha violado el orden público procesal durante el procedimiento (artículo 41.1.f LA), como si se ha tratado durante el procedimiento sobre materia inarbitrable, constituyendo esto el orden público material (artículo 41.1.e LA), ya que esta sería la forma de garantizar que el arbitraje es realmente un medio alternativo a la jurisdicción con todas las garantías sustantivas y procesales.

Creo que la mejor evolución del Arbitraje en materia societaria es una Ley de mínimos, es decir, que se regulen los aspectos básicos que tutelen el orden público, pero que el resto se deje a la libre disposición de quienes quieran optar por esta vía alternativa a la jurisdicción a la que se le ha reconocido plena validez y eficacia. No creo, sin embargo, que haya que hacer una Ley específica que regule el arbitraje societario, sino que lo que considero más eficaz es que se establezca una lista cerrada de las materias que no son arbitrables, dejando la posibilidad de acudir a él al resto. Creo que la normativa arbitral debe ser genérica y no creo que sea necesario ir incorporándola a cada Ley particular, ya que de esta forma se podría crear confusión y diversidad de criterios en lugar de ayudar a fomentar la seguridad jurídica.

En el artículo 14 LA, que regula el arbitraje institucional, creo que se podría introducir un tercer inciso, en el que se cree un organismo de control de las instituciones que se dediquen a desempeñar funciones arbitrales. Este organismo podría depender del Ministerio de Justicia, el cual podría tener un sistema de control de los árbitros y de las instituciones arbitrales con el único fin de vigilar el cumplimiento de las garantías básicas del procedimiento arbitral y brindar más seguridad al tráfico, a través de una especie de auditorías de su funcionamiento interno en las que se evalúe el nivel de competencia y capacidad de los árbitros nombrados y de los miembros o integrantes de las cortes o instituciones arbitrales. También se podría encargar este organismo de hacer estudios públicos sobre la efectividad de los laudos por las cortes, así como del nivel de satisfacción de los usuarios.

En el mismo sentido creo que se debería favorecer, si se llevara a cabo una reforma en este sentido, el arbitraje institucional sobre el arbitraje ad hoc,

ofreciendo a los ciudadanos un procedimiento alternativo a la jurisdicción de calidad y con garantías.

En cuanto al nombramiento de árbitros, es necesario que se regule de otra forma con el fin de garantizar la imparcialidad real y que los árbitros nombrados por las partes no se conviertan en la práctica en sus defensores ante el tribunal.

En cuanto a la confidencialidad como obligación de los árbitros, de las partes y de las instituciones arbitrales (artículo 24.2 LA), creo que debería dejarse a la libre disposición de los interesados.

Por otra parte, con el fin de tutelar a los terceros que pudieran verse afectados por un procedimiento arbitral, creo que podría dárseles la oportunidad de participar en el proceso con el fin de que hagan valer sus pretensiones, estableciendo como obligación de las partes del convenio, que tanto en la demanda como en la contestación se establezcan o enumeren quienes podrían ser esos terceros. Una vez presentada la demanda y la contestación, el árbitro deberá convocar a una audiencia a las partes para que si estas están de acuerdo, se convoque a dichos terceros a que participen; aunque los terceros no estarán en modo alguno obligados a participar, será solamente una opción que se les daría en protección y tutela de sus derechos, lo que retoma especial importancia en la relación societaria.

6.- El protocolo tiene problemas jurídicos de ejecutividad por lo que debe avanzarse en su regulación en pro de su eficacia.

Ya he comentado la existencia de determinados límites por razones de orden público que representan problemas de eficacia jurídica del protocolo (los expuestos en materia de regulación matrimonial y testamentaria). Lo que realmente estoy planteando es el cómo articular el Derecho positivo con la autonomía de la voluntad de los socios, cuando el contrato tenga aspiraciones de efectividad *erga omnes*. Reitero la eficacia *inter partes* con carácter vinculante para los firmantes, y aún cuando siguiendo el art. 7 del RD 171/2007 se dé publicidad registral, vía inclusión en estatutos o vía anuncio directo de su existencia, en todo aquello que esté contrapuesto a la normativa vigente estará expuesto a la calificación negativa del Registrador y su no acceso a la publicidad, quedando con un alcance interno.

Sentada la anterior afirmación, afirmo que la actual regulación de la publicidad del protocolo, y donde probablemente esté incluida explícitamente la cláusula de sometimiento a Arbitraje, no está teniendo repercusión relevante en la empresa española.

En primer lugar debo destacar el carácter dispositivo del acceso del protocolo al Registro. Si observamos que estamos ante un documento que recoge cuestiones familiares, el núcleo familiar probablemente no sea partidario de su difusión. De la lectura del RD 171/2007 parece tratarse de complementarse este carácter dispositivo con otras formas de acceso a la publicidad. El art. 5 indica la mera constancia. Pero si no se tiene acceso al contenido, no estamos aportando eficacia y debemos declararla inútil. El art. 6 indica el depósito junto con las cuentas anuales. Si tenemos presente que no es obligatorio su depósito completo del contenido, debemos incidir en su falta de eficacia. Pero si atendemos al art. 7, éste indica la inscripción de determinadas cláusulas adoptadas en ejecución del protocolo, lo que implica la calificación por el Registrador y con ello su publicidad vinculante. Esto no lo considero factible para todo el protocolo, donde se incluyen habitualmente, porque está en su origen, contenidos de carácter moral y ético, los cuales no se inscribirían, por lo que la actual regulación mantiene la imposibilidad de oponibilidad total *erga omnes* del protocolo.

7.- Posible evolución: búsqueda de su eficacia y con ello de la cláusula de obligatorio sometimiento a Arbitraje de sus relaciones con efectividad inter partes y erga omnes.

No entrando a valorar otras posibles reformas legislativas que la potenciación de la empresa familiar requieran, pero que no son objeto del presente estudio, en aras de potenciar el protocolo familiar y el uso de la cláusula de arbitraje como medidas de resolución de los conflictos entre las partes firmantes, creo necesario el siguiente desarrollo:

- a) Se deben dar nuevos supuestos de protección del patrimonio de la empresa familiar, incidiéndose en primer lugar sobre los pactos sucesorios, aceptándose el testamento de cualquiera de los firmantes con arreglo a los pactos protocolariamente pactados, con un objetivo de protección de la transmisión de la empresa familiar. En el estudio hacía referencia a la sobreprotección de los derechos forales sobre estas instituciones, basados en la idea de transmisión unitaria (en clara



referencia a las explotaciones agrarias como origen del patrimonio familiar). Se está en la línea atendiendo a la reforma del CC en materia de legítimas y ya se recoge dicha tendencia en el Libro IV del CCCat. Y siguiendo con esta idea de potenciar el mantenimiento de estas sociedades, se debería establecer un régimen separado para las acciones y participaciones de la empresa familiar, aislándose del patrimonio particular de los integrantes, y como tal integrantes en la regulación vinculante del protocolo familiar, lo que conlleva tratar aspectos de éste que con la regulación actual no tienen acceso al Registro Mercantil, como el régimen matrimonial, por ser considerado contrario al orden público.

- b) Se deben articular las condiciones para que el protocolo familiar tenga acceso directo e íntegro al Registro Mercantil con efectos de publicidad material. He tratado anteriormente las vías del art. 5, 6 y 7 del RD 171/2007, pero en todas estamos supeditados a la calificación del Registrador, y entendamos que su acceso es potestativo para la sociedad pero necesario para su contemplación en su relación con terceros no firmantes del protocolo. Aquí tratamos de buscar un protocolo reforzado por su acceso a la publicidad registral desde su traslado a documentos sociales y familiares cualificables por el Registrador.
- c) Posibilidad de reservar aspectos del protocolo pero con plena validez entre los firmantes, aún sin contar con la publicidad registral. Cláusulas como el sometimiento a arbitraje de las cuestiones internas bastarían con su presencia en un documento notarial transmitido al órgano de administración de la sociedad que diera validez formal, evitando la negativa del acuerdo previo, con lo que se mantendría, inclusive en situaciones de crisis societarias, la confidencialidad que se busca. Estamos tratando el favor del orden público limitando su eficacia subjetiva o inter partes y objetiva o material, atendiendo a su naturaleza contractual.

A modo de conclusión, y a la vista de las reflexiones a que me conduce la tensión jurídica que se desprende de su, entiendo, mínima regulación. Un aspecto estimo pendiente de regulación jurídica no puede mantenerse sometido a la cualificación de quién no participa de su elaboración para dar eficacia parcial *erga omnes*, limitado a algunas cláusulas, y tampoco puede quedar al arbitrio de los socios fundadores, por no existir una regulación adecuada, y estas tensiones surgen cuando se prevee el conflicto o el posible incumplimiento de facto del contrato, pues aún buscándose la confidencialidad acogiéndose al arbitraje como fundamento de la resolución de

conflictos, también esta cláusula resulta renunciable por su negación o por su simple planteamiento del conflicto ante la jurisdicción ordinaria.

Debo defender el protocolo familiar como contrato que hace evolucionar sin fragmentar a la sociedad familiar, entendida como aquella que se puede aglutinar en torno a un origen reconocible en una persona o núcleo familiar, surgiendo el contrato del compromiso y la ética común, lo que conlleva que el sometimiento a arbitraje tratando que los conflictos no entren en la esfera pública de aquellos aspectos que se deseen mantener ajenos a la publicidad y con ello no afectos a consecuencias frente a terceros, e inclusive mantener dicha cláusula en la especial relación frente a terceros en aquellos aspectos que de su anclaje societario, vía publicidad del tipo que corresponda y se desarrolle, pudiera corresponder. Existe un gran camino abierto a su potenciación.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., “Impugnacion de acuerdos sociales y Arbitraje”, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores).
- AA.VV., “Impugnacion de acuerdos sociales y Arbitraje”, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores).
- AA.VV., “Jurisprudence. Sommaires commentés”, en Recueil Le Dalloz, núm. 36/1733, París, 2003
- AA.VV., “Rédaction des statuts et anticipation des risques de conflits”, [www.droit-fiscalite-belge.com/article62.html](http://www.droit-fiscalite-belge.com/article62.html), 2002
- AGUILAR GRIEDER, H., “La extensión de la cláusula compromisoria a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional”, dir. SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, De Conflictu Legum, Estudios de Derecho Internacional Privado, nº 3, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2001.
- ALCALÁ DÍAZ, M., “La impugnación de acuerdos del Consejo de administración de sociedades anónimas”, Ed. Civitas, Madrid, 1998.
- ALFONSO SÁNCHEZ, “*La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*”, Valencia, 2000.
- ALGARRA PRATS, E.: “El régimen de participación”, YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): “Tratado de Derecho de familia”, Volumen IV, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011
- ALLOTTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, en I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, coord. L.PONTI y R.TORINO, vol. XXII, Società, t. I, UTET, Turín, 2005.
- ALONSO LEDESMA, C., “Pactos Parasociales”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. ALONSO LEDESMA, Iustel, Madrid, 2006.
- ALONSO PUIG, J., “El arbitraje institucional (Art. 14)”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. DE MARTÍN MUÑOZ, Y S.HIERRO ANIBARRO, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- AMAT, J. M. -CORONA, J. F., “*El protocolo familiar. La experiencia de una década*”, op. cit.
- AMAT, J. M., “*La continuidad de la empresa familiar*”, Gestión 2000, 2ª ed., 2001.
- AMAT, J.M., J. F.CORONA(Eds.), “*El protocolo familiar. La experiencia de una década*”, Deusto, 2007.
- AMESTI MENDIZÁBAL, C., “Auditor Externo”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. ALONSO LEDESMA, Iustel, Madrid, 2006,

- ARTACHO MARTÍN-LAGOS, M., “La controvertida firmeza del laudo”, en Estudios sobre el arbitraje: los temas claves, coord. J.L. GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, La Ley, Madrid, 2008.
- ASUA GONZÁLEZ, C.I.: “El régimen de de separación de bienes”, en YZQUIERDO TOLSADA, M./CUENA CASAS, M. (dirs.): “Tratado de Derecho de familia”, Volumen IV, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011
- ATIENZA, M., “*El Derecho como argumentación*”, Ariel, 2006.
- ÁVILA NAVARRO, P., “La Sociedad Anónima”, t. II, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1997.
- B.WELLING, “*Corporate Law in Canada. The Governing Principles*”, 2ª ed., Butterworths, Toronto, 1991.
- BARBA DE VEGA, J., “La Junta General”, Capítulo VIII, en La Sociedad de Responsabilidad Limitada, coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y otros, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.
- BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en Arbitraje y Justicia en el siglo XXI, dir. S. BARONA VILAR, Thomson Cívitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007.
- BARONA VILAR, S., “Introducción”, en Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre), coord. S. BARONA VILAR, Thomson, Thomson Cívitas, Barcelona, 2004.
- BARRAL VIÑALS, I.: “Las relaciones patrimoniales entre cónyuges”, en MALUQUER DE MOTES BERNAL, C.J. (coord.): “Derecho de Familia”, 2ª edic., Bosch. Barcelona, 2005
- BAYOD LÓPEZ, C.: “Las novedades en materia de pactos sucesorios en la Ley Aragonesa de Sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999, de 24 de febrero), en AAVV: Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, tomo IV, Thomson Civitas, Madrid 2003
- BEAUS CODES, A.: “Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles”, en AAMN, Tomo XVI, 1985
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, A., “Impugnación de Acuerdos Sociales (Legitimación y procedimiento. Acuerdos del Consejo de Administración)”, Capítulo XI, en La Sociedad de Responsabilidad Limitada, coord. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y otros, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Noción y características de la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, Capítulo III, en La Sociedad de Responsabilidad Limitada, coord. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y otros, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.
- BERNSTEIN, J., “*Shareholder Agreements: A Tax and Legal Guide*”, CCH Canadian Limited, 1988.

- BIANCHI, G., “L’arbitrato nelle controversie societarie”, dr. M.LO PIANO, diritto della Giurisprudenza, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padua 2001.
- BIANCHINI, M., “Osservazioni in tema di (in) validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell’arbitrato c.d. “endo-societario”, en [http://judicium.it/news/ins\\_27\\_12\\_2005/jud/bianchini.pdf](http://judicium.it/news/ins_27_12_2005/jud/bianchini.pdf), 22 diciembre 2005.
- BIOSCA, D., “*Empresa y Familia: Problemas y Soluciones*”, Ediciones Gestión 2000, Barcelona 2003.
- BLANDINI, A., “La clausola compromissoria nell’arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo”, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle Obligazioni*, Anno CV, nº 7-8-9, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Bologna, 2007.
- BLASCO GASCÓ, F., Ponencia: “El arbitraje de equidad”, en *Curso de Verano: “La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación”*, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 3 julio 2008.
- BOGGIO, L., « Quale disciplina per l’arbitrato irrituale statutario ? », en *Rivista di Diritto Societario Interno, Internazionale, Comunitario e Comparato*, nº 4/2007, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007,
- BOISSESON, M. de, “Le droit français de l’arbitrage interne et international”, ob.cit., pág. 77; Cour de Cassation (1<sup>er</sup> Ch.civ.) 6/12/1988, en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, Paris, 1989.
- BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Febrero 2006.
- BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional”, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1995.
- BOSCH CARRERA, A.: “Aspectos civiles de los pactos sucesorios”, en VALLE ZAYAS, J./PÉREZ RIVARÉS, J.A./SALELLES, J.R. (dirs.): “Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código Civil de Cataluña”, Bosch, Barcelona, 2013
- BOSCH, A., “Publicidad y acceso a los registros del protocolo familiar”, en: *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, op. cit.
- BOVE, M., “L’arbitrato nelle controversie societarie”, en [www.judicium.it/focus/focus\\_glo.html](http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html), 13 julio 2003.
- BRANCÓS NUÑEZ, E.: “Artículo 432-29.Modalidades”, en ROCA TRÍAS, E. (coord.): “Sucesiones Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña”, Sepin, Madrid, 2011

- BUSTILLO SAIZ, M., “Acuerdo Social”, en Diccionario de Derecho de Sociedades”, dir. C. Alonso Ledesma, Iustel, Madrid, 2006.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.:”Artículo 1.325”, en CAÑIZARES LASO, A. et al. (dirs): “Código civil comentado”, volumen III
- CABRAS, G., “I principi dell’arbitrato e l’arbitrato societario”, [www.dir-comm.it/2005/n.1/01.html](http://www.dir-comm.it/2005/n.1/01.html), enero 2005.
- CADARSO PALAU, J., “Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia”, en Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, coord. J. González Soria, Cámara de Madrid, Corte de Arbitraje de Madrid, Thomson Aranzadi S.A., Navarra, 2004.
- CADMAN, J. *Shareholders' Agreements* , 4ª ed., Londres, 2004.
- CALAVIA MOLINERO, J., Ponencia: “El arbitraje en los litigios de las sociedades mercantiles”, en Curso de Verano: La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación, dir. D.Bello Janiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 2 de julio de 2008.
- CALAZA LÓPEZ, M., “El arbitraje societario”, en Boletín de la Facultad de Derecho, nº 21, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid, 2003.
- CALVO CARAVACA, A., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., El arbitraje comercial internacional, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1989.
- CAMPING VARGAS, A., “Derogación singular de los estatutos sociales”, *RDM*, núm. 242, 2001.
- CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, en Revista Jurídica de Catalunya, nº 2/1998, año XCVII, Il·lustre Col·legi Advocats de Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència de Catalunya, Barcelona, 1998..
- CAMPO VILLEGAS, E., “Artículo 37.3. Problemas de forma en el laudo arbitral”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004.
- CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Butlletí nº 10, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació Catalana per a l’Arbitratge, Barcelona, 1997.
- CAMPO VILLEGAS, E., “La función notarial en el arbitraje”, en Butlletí, nº 7, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l’arbitrage, Barcelona, 1995.
- CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, en La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje, núm 47-48, Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcleona 2007.
- CAMPO VILLEGAS, E., “Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas”, en Anuario de Justicia Alternativa, nº 8/2007, Tribunal Arbitral de Barcelona, Barcelona, 2007.

- CAPRASSE, O., “Les sociétés et l’arbitrage”, Emile Bruylant, Bruselas, 2002.
- CARAZO LIÉBANA, M., El arbitraje societario, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.
- CARBONNEAU, T., “L’arbitrage en droit américain “, en Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’Arbitrage, dir. P.Fouchard, Librairies Techniques, París, 1998.
- CARBONNEAU, T., Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds, University of Illinois Press, Chicago, 1999.
- CARPI, F., “Profili dell’arbitrato in materia di società”, [www.camee-civile.org/Convegni/Turin/Carpi/carpi.html](http://www.camee-civile.org/Convegni/Turin/Carpi/carpi.html), febrero 2007.
- CARRASCO PERERA, A., “Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad *in contrahendo* y obligatoriedad de los tratos en la Jurisprudencia española”, *Aranzadi Civil*, núm. 21/2005, 2006.
- CASADO, F., *Prólogo*, en J. AMAT CORONA Y J. CORONA (ed.), “*El Protocolo Familiar: la experiencia de una década*”, Deusto, Barcelona 2007.
- CASANOVA, L., *Algunas claves de la longevidad de las empresas familiares brasileñas*, en “Apuntes: Revista de ciencia sociales”, 70 (2012).
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: “Derecho civil español, común y foral”, tomo VI, volumen 1º, 10ª edic., Editorial Reus, Madrid 2010
- CASTAÑER CODINA, J., Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales, CISS Grupo Wolters Kluwer, Valencia, 2007.
- CAVALLINI, C., “La Camera di conciliazione e di arbitrato della Consob: “prima lettura” del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179”, en Rivista delle Società, nº 52/2007.
- CERDÁ ALBERO, F., “La empresa familiar: una noción relativa”, en *El buen gobierno de las empresas familiares*, Cuatrecasas, Ed. Thomson-Aranzadi S.A., Navarra, 2004.
- CERDÁ ALBERO, F., “*La empresa familiar: una noción relativa*”, en F. VICENT CHULIÁ, “*El buen gobierno de las empresas familiares*”, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra 2004.
- CHARVÉRIAT, A.-COURET, A. *Société par actions simplifiée*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 3ª ed., 2001.
- CHECA MARTÍNEZ, M., “La armonización del derecho de arbitraje comercial internacional: La nueva Ley alemana de arbitraje”, en Revista de la Corte Española de Arbitraje, Consejo superior de Camaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1998.
- CHEMLAB, G.-HABIB, M. A.-LJUNGQVIST, “A analysis of Shareholder Agreements”, *NYU Center for Law and Business Research Paper* núms. 02-01
- CHILLÓN MEDINA, J., MERINO MERCHÁN, J., “Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional”, 2ª ed., Editorial Cívitas, S.A., Madrid,

1991.

- CHIOMENTI, F., “La revoca delle deliberazioni assembleari”, en Saggi di diritto commerciale, dir. G. Ferri, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1969.
- CHULIÁ, F., “*Organización jurídica de la sociedad familiar*”, en A. Navarro Salinas (ed.) *et. alii, Derecho de Sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen IV, McGraw, Madrid 2002.
- CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L., Ponencia: “La anulación del laudo arbitral”, en Curso de Verano: La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 3 julio 2008.
- COHEN, D., “Arbitrage et société”, Bibliothèque de Droit Privé, Dir. J. Ghestin, t. 229, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., Paris, 1993.
- COLANGELI, D., “L’arbitrato nel nuovo diritto societario: profili generali”, [www.personaedanno.it/files/personaedanno\\_browse1\\_it\\_5611\\_resource\\_orig.doc](http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_browse1_it_5611_resource_orig.doc), febrero 2007.
- COLINA GAREA, R., Ponencia: “El futuro del arbitraje”, en Curso de Verano: La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 30 junio 2008.
- CORDÓN MORENO, F., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”, en Comentario breve a la Ley de Arbitraje, dir. J. Montero Aroca, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1990.
- CORDÓN MORENO, F., “El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional”, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 1995.
- CORDÓN MORENO, F., *Proceso Civil de Declaración*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1996.
- CORONA, J. F., “Introducción a los aspectos legales del protocolo familiar”, en: *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, op. cit.
- CORONA, J./MARTÍ N./ROCA JUNYENT, M.: “Protocolo familiar”, en CORONA, J.: “Manual de la empresa familiar”, Ediciones Deusto, Barcelona 2007
- CORSINI, F., “La nullità della clausola compromissoria statutaria e l’esclusività del nuovo arbitrato societario”, en *Giurisprudenza Commerciale*, 32.6, Giuffrè Editore, Noivembre-Diciembre 2005.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Título V. De la sustanciación de las actuaciones arbitrales (Arts. 24-33)”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Cour d’appel de Paris (1<sup>er</sup> Ch. civ.) 8/10/1998, en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, Paris, 1999.
- Cour de Cassation (1<sup>er</sup> Ch.civ.) 6/12/1988, en *Revue de l’arbitrage*.



Bulletin du Comité Français de l'arbitrage, Paris, 1989.

- CREMADES, B., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, [www.limaarbitration.net](http://www.limaarbitration.net), núm. 1/2006.
- CREMADES, B., “El arbitraje societario”, en La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, año XXI, nº 5211, 22 de diciembre de 2000.
- CREMADES, B., “Estudios sobre arbitraje”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1977.
- CREMADES, B., “L’Espagne étrenne une nouvelle loi sur l’arbitrage”, en Revue de l’arbitrage, Paris, 1989.
- CREMADES, B., “Título II. Del Convenio Arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- CREMADES, J., “Cuatro lustros de la Ley francesa de Arbitraje Comercial Internacional”, en Cuartero de Justicia Alternativa, Derecho Arbitral, núm. 1, dir. L. Muñoz Sabaté, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M. Bosch Edigtor, Barcelona, 2001.
- CUCARELLA GALIANA, L., “El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)”, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, Studia Albornotiana, dir. E. Verdura y Tuells, LXXXVII, Zaragoza, 2004.
- CURIEL LORENTE, F., M. PARRA LUCÁN Y J. YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA, “La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés. Aspectos sustantivos”, en Actas del XI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza (s.f.).
- DAMIÁN MORENO, J., ARIZA COLMENAREJO, M., “Impugnación de Acuerdos de Sociedades Anónimas (adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)”, nº 46, Editorial Colex, Madrid, 2000.
- DAVIS, J. A. “Family Business Continuity from the Corporate Side”, *Family Business Review* (winter 1988).
- DAVIS, J. A., and R. TAGIURI. “Bivalent Attributes of the Family Firm”, *Family Business Review* (summer 1996)
- DAVIS, J. A., and R. TAGIURI. “On the Goals of Successful Family Companies”, *Family Business Review* (spring 1992)
- DAVIS, J. A., and R. TAGIURI. “The Influence of Life Stage on Father-Son Work Relationships in Family Companies”, *Family Business Review* (spring 1989).
- DAVIS, J. A., and Rita M. HERRERA. “The Social Psychology of Family Shareholder Dynamics”, *Family Business Review* (september 1998)
- DAVIS, J. A., J. SWARTZ, E. B. BLAKELY, and C. CHANG. “A “Comparison of Four Countries” Estate Laws and Their Influence on Family Companies”, *Family Business Review* (fall 1996).

- DAVIS, J. A., K.GERSICK, and I.LANSBERG. “The Impact of Family Dynamics on Structure and Process in Family Foundations”, *Family Business Review* (winter 1990).
- DE ARQUER ARMANGUÉ, J., “*La empresa familiar*”, Ediciones Universidad de Navarra, Barcelona 1979.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J., “El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “El Negocio Jurídico”, Cívitas Ediciones, S.A., Madrid, 2002.
- DE EIZAGUIRRE, J. M<sup>a</sup>, “Derecho de sociedades”, Civitas, 2001.
- DE LA VEGA GARCÍA, “*Formas Societarias y Empresa Familiar*”, en M. SÁNCHEZ RUÍZ (coord.) , *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- DEGOS, L., “La Cour de cassation consacre l’autonomie de la clause compromissoire en droit français de l’arbitrage interne”, en Recueil Le Dalloz, n° 17/7114, Paris, 24 avril 2003.
- DEL VAS GONZÁLEZ, J.M.: “Regímenes económico matrimoniales y empresa familiar”, en SÁNCHEZ RUÍZ, M. (coord.): “Régimen jurídico de la empresa familiar”, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Título IV. De la Competencia de los Árbitros (Arts. 22-23)”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral”, en Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, coord. J. González Soria, Corte de Arbitraje de Madrid, Cámara de Madrid, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial* , II, *Las relaciones obligatorias* , 4<sup>a</sup> ed.
- DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN,A.:”Sistema de Derecho civil”, 9<sup>a</sup> edic. volumen IV, Tecnos, Madrid 2004
- DODGE BYRNES, J., POLLMAN, E., “Arbitration, Consent and Contractual Theory: The implications of EEOC v. Waffle House”, en Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution, Vol. 8, Massachusetts, 2003.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M., “La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada: escritura y estatutos”, en Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada: Estudio sistemático de la Ley 2/1995, coord. F. Rodríguez Artigas y otros, Tomo I, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en Derecho de Sociedades Anónimas, Tomo I, coord. A. Alonso Ureba y otros, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1991.

- ECHEBARRÍA SÁENZ, J., “Usufructo de Acciones”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, Iustel, Madrid, 2006.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., “*Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamiento*”s, en «Revista para el análisis del Derecho InDret», 3 (2007).
- EGEA FERNÁNDEZ, J.: “El nou règim jurídic de la successió contractual”, en RJC, número 1/2009
- EIZAGUIRRE, J. M., “*Derecho de sociedades*”, Civitas, 2001.
- EMBID IRUJO, J. M., “*Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*”, Ministerio de Justicia, 1987.
- EMBID IRUJO, J., “Impugnación de acuerdos”, en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.
- EMBID IRUJO, J.M., “Cuestiones tipológicas en la Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, coord. R. Bonardell, J. Mejías, U. Nieto, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 1994.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., MUÑOZ PÉREZ, A., “La arbitrabilidad de las acciones de responsabilidad social de los administradores de la sociedad anónima”, en Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ESCUTIA ABAD, M.M.: “Els pactes successoris”, en LUCAS ESTEVE, A. (dir.): “Dret civil Català. Dret de Successions”, Vol. III, Bosch, Barcelona, 2010
- ESPINA, D., La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2003.
- ESPINOSA, F., “*La empresa familiar como problema*”, en “Revista de Derecho Mercantil”, 283 (2012).
- ESPLUGUES MOTA, C., “Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa”, en Arbitraje y Justicia en el siglo XXI, dir. S. Barona Vilar, Thomson Aranzadi, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007.
- ESTEBAN VELASCO, G., “Acuerdos de la Junta General de socios de la sociedad limitada en los asuntos de gestión y responsabilidad de los administradores”, *RdS*, 2002, núm. 18
- FARRANDO MIGUEL, I., “Examinando críticamente la regulación de la Junta Universal en la Ley de Sociedades Anónimas”, *RDM* núm. 262, 2006.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., “Artículo 11: Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal”, en Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, coord. J. González Soria, Corte de Arbitraje de Madrid, Cámara de Madrid, Thomson Aranzadi,

Navarra, 2004.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Ponencia: “Fundamentos históricos del arbitraje moderno”, Curso de Verano: L resolución de conflictos: arbitraje y Mediación. Entre la tradición y la innovación dir. D.Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 30 de junio de 2008.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, I., “La Asamblea y el consejo de familia: disfunciones del ensanchamiento corporativo de las sociedades de capital” (A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005) *RdS* núm. 26, año 2006.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El problema tipológico: la consagración del sistema dualista Sociedad Anónima , Sociedad de Responsabilidad Limitada”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, dir. F. Rodríguez Artigas, R. García Villaverde, Número extraordinario (1994), Editorial Aranzadi, Pamplona.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”, en *Butlletí*, nº 4/1992, Seminario sobre el Arbitraje en las Sociedades Mercantiles, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l’arbitrage, Barcelona.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. “El protocolo familiar”, Thomson- Civitas, Ed. Aranzadi, 2008.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, núm. 2/2001, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M.Bosch Editor, Barcelona 2001.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El “enforcement” societario y registral de los pactos parasociales. La oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 29, 2007-2.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral”, Thomson-Cívitas, Navarra, 2008.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 26, 2006-1.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La transparencia de los sindicatos de voto...”, op. cit.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral”, en *Butlletí*, núm. 4, Seminario sobre Arbitraje de Sociedades Merdantiles, Tribunal Arbitral de Barcelona, Assoicació catalana per a l’Arbitratge, Barcelona, 1992.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de Acuerdos Sociales”, en *Revista General de Derecho*, año LI, núm. 609, Valencia, junio 1995.

- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti- arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, en Revista de Derecho de Sociedades, núm. 24, Editorial aranzadi, Navarra, 2005.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del derecho civil catalán”, en RDM, núm. 284, 2012.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis; “*El protocolo familiar*”, Cuadernos Civitas, Ed. Aranzadi, 1ª edición, Navarra, 2008.
- FERNÁNDEZ FARALDO, M., Ponencia: “Interés judicial del arbitraje”, en Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., “El Protocolo de la Empresa Familiar. Tratamiento individualizado de las cláusulas de control”, en FERNÁNDEZ GIMENO, J. P.-REYES LÓPEZ, Mª J., *La empresa familiar* , Valencia, 2000.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. Y M. REYES LÓPEZ, *La Empresa Familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2000,
- FERNÁNDEZ GIMENO, J.P.: “Notas sobre el tratamiento jurídico de la empresa familiar”, en BLASCO, F. Et alt. (coord.):”Estudios jurídicos en homenaje a Vicnet L. Montés Penadés”, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2011
- FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: “Teoría general de la sucesión. Sucesión legítima y contractual”, Comares, Granada, 2007
- FERNÁNDEZ MAESTU, J.L.:”Reglamento del Registro Mercantil”, La Ley, Madrid, 2008
- FERNÁNDEZ ROZAS, J., “Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de Arbitraje”, en La nueva Ley de arbitraje, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A.: “Transmisión moritis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar”, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “Esquema para la redacción de un protocolo familiar”, en Revista Derecho de Sociedades, nº 19, año 2002-2, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., en la *RdS* , núm. 19, año 2002-2: “Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar” y “Esquema para la redacción de un Protocolo Familiar”.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: “Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio de la Sociedad Limitada Familiar”. Thomson Aranzadi, cizur Menor, 2008
- FESTI, F., “La clausola compromissoria”, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.a., Milán, 2001.
- FOUCHARD, PH., “La compatibilité des fonctions de magistrat et d’un

arbitre, ou le fin d'une mauvaise querelle ", en Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Français de l'arbitrage, dir. P. Fouchard,, Librairies Techniques, París, 1994.

- FOUCHARD, PH., "La laborieuse réforme de la clause compromissoire pour la loi du 15 mai 2001 ", en Revue de l'arbitrage. Bulletin du Comité Française de l'arbitrage, dir. P. Fouchard,, Librairies Techniques, París, 2001.
- FRANCO ARIAS, J., "Artículo 44 y 45. La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la nueva Ley de Arbitraje del 2003", en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M. Bosch Editor, Barcelona.
- FUENTES NAHARRO, M., "Grupos de Sociedades", en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, Iustel, Madrid, 2006.
- GALÁN CORONA, E., "La Junta General" en BONARDELL LENZANO-MEJÍAS GÓMEZ-NIETO CAROL(Coords.), *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada* , Dykinson, Madrid, 1994.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad", en Revista de Derecho de Sociedades, nº 32, Thomson Reuters, 2009.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Transmisión mortis causa de participaciones de Sociedad de Responsabilidad Limitada", en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- GALLO, M. A.-TOMASELLI, S., "Family Protocols in Spain: A Survey on 10 Years of Experience", enTOMASELLI, S.-MELIN, L. (editors), *Family Firms in the Wind of Change* , FBN-IFERA, 2004
- GALLO, M. A., *La sucesión en la empresa familiar* , Servicio de Estudios de la Caixa, núm. 12, 1998.
- GÁMEZ JIMÉNEZ, J. M., "Las cartas de intención en el comercio internacional. Una aproximación de su régimen jurídico desde el Derecho privado español", *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 52/2003.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Tomo I, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2004.
- GARCÍA CANTERO, G., "Empresa familiar y sociedad de gananciales", en V. GARRIDO DE PALMA (dir.) , *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Editorial Civitas, Madrid 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "Los órganos de gobierno. La Junta General. El Reglamento de la Junta General", en AA.VV., Régimen jurídico español de la sociedad cotizada, Editorial Comares, Granada, 2006.
- GARCÍA LAGARES, J., Ponencia: "Arbitraje, seguridad jurídica y empresa", en Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007.

- GARCÍA RUBIO, M.P./HERRERO OVIEDO, M.: “Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia”, en GETE-ALONSO CALERA, M.C. (dir.): “Tratado de Derecho de Sucesiones”, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs.
- GARCÍA VIDAL, A., “*Las instrucciones de la Junta General a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*”, Thomson Aranzadi, 2006.
- GARRIDO CERDÁ, E.: “La calificación registral mercantil”, en AAMN, tomo XXXI, 1992
- GARRIDO DE PALMA, J.P.: “Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, en IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.): “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez”, tomo II, Civitas, Madrid 1996.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., “Lo destacable en la sociedad familiar. Especialidades en el órgano de administración de la anónima familiar”, en AA VV, *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Civitas, 1995.
- GARRIDO DE PALMA, V., “Autonomía de la Voluntad y sus principios configuradores. Su problemática en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez, coord. J. Iglesias Prada, Tomo II, Sociedades Mercantiles, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1996.
- GARRIDO, M.-FUGARDO, J. M.-GARRIDO DE PALMA, M. (coords.), “*El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*”, Barcelona 2005, tomo IV.
- GARRIGA ALSINA Y J. MARTÍNEZ, A., “*Las secuelas del divorcio: los efectos sobre los hijos a la luz de la sociología empírica*”, CEU Editores, Madrid 2009.
- GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, Editorial Temis, Bogotá 1987, 7.<sup>a</sup> ed.
- GARRIGUES, J., “*Curso de Derecho mercantil*”, Editorial Temis, Bogotá 1987, 7.<sup>a</sup> ed.
- GASPAR LERA, S., “El ámbito de aplicación del arbitraje”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J., CORRAL GARCÍA, E., “El arbitraje testamentario”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GIMÉNEZ DUART, T., “Impugnación de acuerdos sociales y otras cuestiones”, en Butlletí, nº 4, Seminario sobre el Arbitraje en las Sociedades Mercantiles, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l'arbitrage, Barcelona, 1992.

- GIMENO, A. /BAULENAS, G.: "Contenido y tipos de protocolo en la empresa familiar española", en AMAT, J./CORONA, J. (eds.): "El protocolo familiar", Deusto, Barcelona, 2007
- GIMENO, M., "Tribuna de opinión: Es necesario un consenso global en nuestra sociedad para que se implante el sistema arbitral en nuestro país", en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, [http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/tribuna\\_opinion.php](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/tribuna_opinion.php), 1 junio 2004.
- GIRÓN TENA, "Derecho de sociedades", t. I, Madrid 1976,
- GIRÓN TENA, J., "Derecho de Sociedades Anónimas" (según la Ley de 17 de Julio de 1951), Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952.
- GIRÓN TENA, J.: "Derecho de sociedades", tomo I, Madrid, 1976
- GISBERT POMATA, M., "Título III. De los árbitros", en Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje, coord. R. Hinojosa Segovia, Grupo Difusión, Barcelona, 2004.
- GOLDMAN, L., "Contractually Expanded Review of Arbitration Awards", en Harvard Negotiation Law Review. Multidisciplinary Journal on Dispute Resolution, Vol. 8, Massachusetts, 2003.
- GOMA LANZÓN, I., "El protocolo familiar", capítulo 14 del libro colectivo, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Pons, 2005.
- GOMÁ LANZÓN, I.: "El protocolo familiar", en GARRIDO MELERO, M./FULGARDO ESTIVILL, J.M.: "El protocolo familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.
- GOMÁ LUZÓN, I., "El protocolo familiar", en V. GARRIDO MELERO, Y J. FUGARDO ESTIVILL, (coord.) *et alii*, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo IV, Librería Bosch, Barcelona 2005.
- GOMÀ SALCEDO, J.E.: "Instituciones de Derecho civil común y foral", vol. 3, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 2010
- GÓMEZ JENE, M., "Crónica de Jurisprudencia", en Spain Arbitration Review, Revista del Club español del Arbitraje, nº 1/2008, Wolters Kluwer, Madrid.
- GÓMEZ PORRÚA, J., "La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital", Capítulo 62, en Derecho de Sociedades – Libro en Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M., BENAVIDES VELASCO, P., "La sociedad cooperativa europea: análisis del Reglamento 1435/2003, por el que se regula su estatuto jurídico", en Revista Derecho de Sociedades, nº 27, 2006-2.
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., "El control judicial del arbitraje",



La Ley, Madrid, 2008,

- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La acción de anulación del laudo en el proceso español de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, en Estudios sobre el arbitraje: los temas claves, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, JL., “La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)”, Editorial Reus S.A., Madrid, 2009.
- GONZALO QUIROGA, M., “Introducción a los MASC: Diagnóstico de la situación general”, en Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: perspectiva multidisciplinar, dir. M. Gonzalo Quiroga, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006.
- GONZALO QUIROGA, M., Tesis: Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional Público, Recurso electrónico, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2004.
- GORTÁZAR, C., “Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar”, en: *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, op. cit.
- GOUIFFRÈS, L., “L’arbitrage international propose-t-il un modèle original de Justice?”, en Recherche sur l’arbitrage en droit international et comparé: mémoires pour le diplôme d’études approfondies de droit international privé et du commerce international présentés et soutenus publiquement, dir. B.Oppetit y otros, LGDJ, París, 1997.
- GUILLEM CARRAU, J.: “Artículo 1.437”, en CAÑIZARES LASO, A. et al.(dirs): código civil comentado, volumen III
- GUTIÉRREZ BARRENGOA, A.: “El instrumento de autorregulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges: las capitulaciones matrimoniales”, en LLEDÓ YAGÜE, F (dir.), “compendio de Derecho civil. Derecho de Familia”, tomo IV, 2ª edic. Dykinson, Madrid, 2005.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, J., “Escritura de constitución”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C.alonso Ledesma, Iustel, Madrid, 2006.
- GUYON, Y., “*Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*”, 5ª ed., LGDJ, París, 2002.
- HERNÁNDEZ GIL, F.: “Artículo 1.704”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.: “comentario del Código...”
- HIERRO ANIBARRO, S. (dir): “Simplificar el derecho de sociedades”, Marcial Pons, Madrid 2010.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, E., “Extensión y límites de la cosa juzgada en el contencioso-administrativo”, en Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada, dir. F. Sospedra Navas, Cuadernos de Derecho Judicial, nº XIII/2006, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- HINOJOSA SEGOVIA, R., “Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40-43)”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006.

- HÖMBERG, R., “El arbitraje institucional y sus retos en el inicio del siglo XXI. El ejemplo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”, en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. S. Barona Vilar, Thomson Aranzadi, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007.
- [http://www.camaras.org/publicado/arbitraje/clausula\\_625.html](http://www.camaras.org/publicado/arbitraje/clausula_625.html),
- HUYS, M., KEUTGEN, G., “L’arbitrage en droit Belge et international”, émile Bruylant, Bruselas, 1981.
- HWANG, M., MUTTATH, R., “Arbitration in Company Matters”, en *Revue de Droit des Affaires Internationale. Journal*, núm. 5, dir. H.Lesguillons, Forum Européen de la Communication, París, 2001.
- ILLESCAS ORTIZ, R., “La transparencia de las sociedades anónimas cotizadas y los pactos parasociales”, en *Derecho de los negocios* , núm. 165, junio 2004.
- IMAZ ZUBIAUR, L.: “Pactos sucesorios en el País Vasco”, en GETE-ALONSO CALERA, M.C. (dir.): “Tratado de Derecho de sucesiones”, tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011
- IVARS RUIZ, J., “Jurisprudencia en torno al artículo 45.5 de Ley arbitral. Anulación del laudo contrario al orden público”, [www.jir-abogados.com/art\(Jurisprudencia\)](http://www.jir-abogados.com/art(Jurisprudencia)), octubre 2007.
- JARROSSON, CH., “Les frontières de l’arbitrage”, en *Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage*, Paris, 2001.
- JIMÉNEZ DE PARGA, R., “La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley Reguladora de la Sociedad Anónima”, en *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Editorial Cívitas S.A., Madrid, 1995.
- JURINSKI, J.J.& A.ZWICK, G., “*How to Prevent and Solve Operating Problems in the Family Business* “, *Prac. Law.*, mar. 2001.
- JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “Arbitraje y sociedades mercantiles”, en IV Jornada sobre el Arbitraje Mercantil, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Toledo, Corte de Arbitraje y Mediación, Toledo, 21 de octubre de 2009.
- JUSTE MENCÍA, J., *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima* , RdS monografía, núm. 3, 1995.
- JUSTE MENCÍA, J., Ponencia: “El arbitraje societario: consideraciones generales, cláusula y procedimiento”, en III Jornadas sobre Arbitraje Mercantil, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Toledo, Corte de Arbitraje y Mediación, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 16 de octubre de 2008.
- K.REECE THOMAS- C. L.RYAN, *The Law and Practice of Shareholders'Agreements* , 2ª ed., Butterworths, 2007.
- KÜBLER, F., “*Derecho de sociedades*” , 5ª ed., trad. Española de la Fundación cultural del notariado, 2001.
- LAGARDE, X., “Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges”, en *Revue de l’arbitrage*, núm. 3, dir. C.Jarrosson, comité Française de l’Arbitrage, Éditions Litec, París, 2001.

- LANDRAU, M., “L’arbitrage dans le droit anglais et français comparés”, Université de Paris, Faculté de Droit, Librairie Arthur Rousseau, Toulouse, 1932.
- LAPIEDRA ALCAMI, R., “Comentario a la Ley alemana de arbitraje de 1 de enero de 1998”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, nº 2/1998, Madrid.
- LARRONDO LIZÁRRAGA, J.: “El nuevo derecho sucesorio catalán”, Ed. Bosch, Barcelona 2008
- LEIBLE, S., LEHMANN, M., “El arbitraje en Alemania”, en *Arbitraje y Justicia en el s. XXI*, dir. S.Barona Vilar, Thomson Civitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007.
- LEÓN SANZ, F. J., “La publicidad de los pactos parasociales por las sociedades cotizadas”, en *Derecho de Sociedades Anónimas cotizadas*, tomo II, Madrid, 2006.
- LEVEL, P., “L’arbitrabilité”, ob.cit.
- LINDER, A., “El coste real del arbitraje”, en *Expansión*, Martes 6 de marzo de 2007
- LLOPIS GINER, J.M.: “La libertad del testador, su facultad de repartir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”., en REYES LÓPEZ, M.J. (COORD.): “La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales.”, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004
- LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., Ponencia: “Un modelo de arbitraje profesionalizado”, en *Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa*, Madrid, 7 de noviembre del 2007.
- LORCA NAVARRETE, A., “Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2004.
- LORCA NAVARRETE, A., “La naturaleza jurídica del arbitraje”, en *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, [www.servilex.com.pe/arbitraje/estrado.php](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/estrado.php), 18 enero 2006.
- LUISO, F., “Appunti sull’arbitrato societario”, en [www.judicium.it/focus/focus\\_glo.html](http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html), 30 de marzo 2006.
- LUQUIN BERGARECHE, R.: “la donación propter nuptias en el régimen común y foral: sus retos en el actual contexto social”, en *RJN*, núm. 50/2010
- M. DÍAZ GÓMEZ Y E. DÍAZ GÓMEZ, “*Reflexiones sobre el Real Decreto 171/2007, de 9 de Febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos Familiares en las Sociedades Familiares*”, en “*Revista Pecunia*”, 12 (2011).
- M. GALLO, *La empresa familiar*, Ediciones Folio, Barcelona 1997.
- M. GARCÍA LONGORIA SERRANO Y SÁNCHEZ URIOS, A., “*La Mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares*”, en “*Portularia: Revista de Trabajo Social*” 4 (2004).

- M. GARRIDO MELERO Y J.FUGARDO ESTIVILL (coord.) *et alii*, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo IV, Librería Bosch, Barcelona 2005.
- M. J.PEÑAS MOYANO, *Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima*, Pamplona, 1996.
- M. MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, *La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario*, en M. SÁNCHEZ RUIZ (coord.) *et alii*, *El régimen jurídico de la empresa familiar*, Thomson Reuters, Navarra 2010.
- M. SÁNCHEZ RUIZ, *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, Thomson Reuters, Navarra 2010.
- MAISONNEUVE, M., “Le droit américain de l’arbitrage et la théorie de l’unconscionability “, en *Revue de l’arbitrage*, nº 1/2005, Comité Français de l’arbitrage, Éditions Litec, Paris, 2005.
- MAMBRILLA RIVERA, V., “Conflicto de Intereses (administradores)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- MAMBRILLA RIVERA, V., “Deber de fidelidad (y de lealtad)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- MARENGO, R., “Art. 833 c.p.c. (Forma della clausola compromissoria)”, en *La nuova disciplina dell’arbitrato. Commentario*, dir. A. Briguglio y otros, Giuffrè Editore, Milano, 1994.
- MARTÍ MOYA, V., “La configuración de los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual en los procedimientos de fusión de sociedades”, *RDM*, núm. 258, 2005.
- MARTÍN BRAÑAS, C., “La anulación del laudo arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 4/2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, 2003.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *La cláusula de orden público como límite –impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1975.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., “Nulidad de sociedades de capital”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., “La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribuna Supremo de 9 de julio de 2007”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 30/2008, Editorial Aranzadi, Navarra.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., “Registro Mercantil”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ ROSADO, J., “Sociedades de Capital”, en *Diccionario de*

- Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F., “Sociedad Cooperativa”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
  - MARZOLINI, P., RONCAROLO, CH., “La convenzione arbitrale dopo la riforma del diritto societario. Alcuni spunti pratici”, en <http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/433/216929/FILENAME/La%20convenzione%20arbitrale%20post%20riforma%20dir%20societario-spunti%20pratici.pdf>.
  - Mc CLAIN , L.C., “Family Constitution and the (New) Constitution of the Family”, 75 Fordham Law Rewiw, 833 (2006). Puede descargarse de [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).
  - MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima”, en *Estudios en homenaje a R. Uría* , Madrid, 1978.
  - MERINO MERCHÁN, J., CHILLÓN MEDINA, J., Tratado de Derecho Arbitral Privado Interno e Internacional, ob.cit.
  - MERINO MERCHÁN, J., El “equivalente jurisdiccional” en el Derecho público español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional, Madrid, 2002.
  - MERONE, A., “Le due forme d’arbitrato e la materia societaria: un rapporto da ricostruire in termini di alternatività”, en [http://www.judicium.it/news/ins\\_23\\_05\\_05/merone%20proc.%20soc.html](http://www.judicium.it/news/ins_23_05_05/merone%20proc.%20soc.html), 23 mayo 2005.
  - MICCOLIS, G., Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario, en [http://www.judicium.it/news/ins\\_28\\_03\\_03/miccolis%20proc.%20soc.HTM#\\_ftn1](http://www.judicium.it/news/ins_28_03_03/miccolis%20proc.%20soc.HTM#_ftn1)
  - MIRABELLI, G; GIACOBBE, D., “Diritto dell’arbitrato: nozioni generali. Aggiornato alla legge 24/1994 (Nuove disposizioni in materia de arbitrato e disciplina dell’arbitrato internazionale)”, Casa Editrice Jovene, Nápoles, 1994.
  - MOLINA PORCEL, M.: “Derecho de sucesiones”, Dijusa, Madrid, 2007
  - MOLINA PORCEL, M.: “Derecho de sucesiones”, Dijusa, Madrid, 2007
  - MOLL DE ALBA, C./ALONSO HEVIA, M.A.: “Derecho de sucesiones catal’n y español. Concordancias y discondancias”, Difusión jurídica, Madrid 2009.
  - MONASTERIO ASPIRI, I.”El pacto sucesorio y la disposición de herencia a favor del sucesor único”, Vasconia, núms. 28/1999
  - MONTEMERLO, D.-WARD, J. L., “*The Family Constitution: Agreements to secure and perpetuate your family and your business*” , 2005, Foreword.
  - MONTEMERLO, D., “*Il governo delle imprese familiari. Modelli e strumenti per gestire i rapporti tra proprietà e impresa*” , EGEEA, Milán, 2000.
  - MONTERO AROCA, J., “Artículo 2. Materias Objeto de Arbitraje”, en

Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre), coord. S. Barona Vilar, Thomson, Cívitas, Barcelona, 2004.

- MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., Amparo constitucional y proceso civil, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- MONTESINOS GARCÍA, A., Arbitraje y nuevas tecnologías, Thomson Cívitas, Estudios sobre Arbitraje, Navarra, 2007.
- MOREAU, B., SIHVOLA, S., “L’application dans le temps de la loi NRE en matière d’arbitrage “, en Recueil Le Dalloz, núm. 29/7126, Paris, 28 agosto 2003.
- MORELLINI, L., “Le parti e l’oggetto dell’arbitrato societario: spunti di riflessione”, en Le Società, 1/2005
- MORENO DEL VALLE, M. A., “*La organización de las comunidades de bienes por los propios comuneros*”, Tirant lo Blanch, 1999,
- MOYA, J.”Artículo 23. Estatutos sociales”, en ROJO, A./BELTRÁN, E.: “Comentario de la...”, Tomo I
- MULLERAT, R., “La justicia alternativa (“Alternative Dispute Resolution”) en los Estados Unidos de Norteamérica”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 3/2002, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona.
- MUNNE CATARINA, F., “Artículo 27. Efectos jurídicos derivados del inicio del arbitraje”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 5/2004, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, 2004.
- MUNNÉ CATARINA, F., “Jurisprudencia arbitral comentada: Subrogación inter vivos en el convenio arbitral”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 4/2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona, 2003.
- MUÑOZ PÉREZ, A., “Liquidador de Sociedad Anónima”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006,.
- MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, Capítulo 63, en: Derecho de Sociedades: Libro en Homenaje a Fernando Sánchez Calero, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid 2002.
- MUÑOZ PLANAS, J.M., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, 1978.
- MUÑOZ SABATE, L., “Título III. De los Árbitros (Arts. 12, 13, 15-21)”, en Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- MUSTILL, M., BOYD, S., Commercial Arbitration, Butterworth, Londres, 1984.
- NAMMOUR, F., Droit et pratique de l’arbitrage interne et international, 2ª ed., Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, EJA, Paris, Emile Bruylant, SA, Bruxelles, Éditions Delta, Beyrouth, 2005.

- NASARRE AZNAR, S.-GARRIDO MELERO, M. (coords.), “*Los patrimonios fiduciarios y el trust*”, monografías La Notaría, Pons, 2006.
- NAVAS NAVARRO, S.: “El pacto sucesorio de atribución particular en el Código Civil de Catalunya”, en Indret, núm. 2/2009
- NIETO, J., “Presente y futuro del protocolo familiar: hacia un estatuto de la empresa familiar”, *La Notaria*, mayo 2003.
- NIEVA FENOLL, J., “La cosa juzgada”, Atelier, Barcelona, 2009.
- NIEVA FENOLL, J., “Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 3/2002, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona.
- NIGGEMANN, F., “Chronique de jurisprudence étrangère. Allemagne”, en Revue de l’arbitrage. Bulletin du Comité Français de l’arbitrage, nº1/2006.
- NIGGEMANN, F., “Le nouveau droit allemand de l’arbitrage”, en Revue de Droit des Affaires Internationales. Journal núm. 6, dir. H. Lesguillons, París, 1998.
- NOVIELLO, D., “I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari”, en Rivista dell’arbitrato, I/2005.
- O’NEAL and Thompson's , *Close Corporations and LLCs: Law and Practice* , 2004, Rev. 3ª ed., Thomson West. Vid., en lo que aquí interesa, el tomo I, chapter 5, Control Distributions Devices: Shareholders' Agreements, Voting Trusts, Irrevocable Proxies, and Management Contracts.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El arbitraje en Derecho sucesorio”, en La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, nº 47-48, Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., Ponencia: “El arbitraje en Derecho sucesorio”, en Curso de Verano: La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 4 julio 2008
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Código civil comentado y con jurisprudencia”, La Ley, Madrid 2004
- O’CALLAGHAN, X.: “Código Civil. Comentado y con jurisprudencia”, La Ley, Madrid, 2004
- OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, en Anuario de Justicia Alternativa, Derecho Arbitral,, núm. 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M.Bosch Editor, Barcelona, 2006.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje”, ob.cit.
- ORTUÑO BAEZA, M., “Paridad de Trato”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- OTERO LASTRES, J., “*Junta General de accionistas de la Sociedad*”

*Anónima Familiar*”, en V. GARRIDO DE PALMA (dir.) *et alii*, *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Editorial Civitas, Madrid 1995.

- P. DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, *El arbitraje societario como medio de resolución de conflictos en la empresa familiar*, en “Documento de trabajo Seminario permanente de Ciencias Sociales”, 11 (2009).
- P. LEACH, *La empresa familiar*, Granica, Buenos Aires 2013, 1.<sup>a</sup> reimpr.
- P. NAVARRO (ed.) *Liderazgo y recursos humanos. Análisis del comportamiento organizacional*, Bresca Editorial, Barcelona 2010.
- PANTALEÓN, F., en su comentario al artículo 66 en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo IV, vol. 3<sup>o</sup>, Civitas, 1992.
- PAU PEDRÓN, A., “*Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*”, Madrid, 2001
- PAU PEDRÓN, A., “*Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*”, Madrid, 2001.
- PAZ-ARES, C., “El enforcement de los pactos parasociales”, en *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez* núm. 5/2003.
- PAZ-ARES, Vid. “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, 2<sup>a</sup> ed., vol. I.
- PERALES VISCASILLAS, P., “Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario”, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.
- PERALES VISCASILLAS, P., “El futuro Reglamento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: un modelo para el arbitraje comercial internacional”, en IV Jornada sobre el Arbitraje Mercantil, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Toledo, Corte de Arbitraje y Mediación, Toledo, 21 de octubre de 2009.
- PÉREZ DAUDÍ, V., “El proceso de declaración”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, coord. I. Arroyo, J. Embid, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “El arbitraje societario”, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz, S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- POLO, E., “Introducción y ámbito de eficacia de la Cláusula Compromisoria en las Sociedades Mercantiles”, en *Butlletí*, nº 4, Seminario sobre el Arbitraje en las Sociedades Mercantiles, Tribunal Arbitral de Barcelona, Associació catalana per a l’arbitrage, Barcelona, 1992.
- POZA, E., “*Empresas familiares*”, CENAGE Learning Editores, México D.F., 2011, 3.<sup>a</sup> ed.
- PRADA PRESA, A., en su Ponencia de apertura de la Primera Jornada sobre el Arbitraje y la Empresa, Asociación de Jueces y Magistrados jubilados (AMAJE), Madrid, 7 noviembre 2007.



- PRESS, E., “*Empresas de familia: De conflicto a la eficiencia ¿Cómo se construyen y cómo se sostienen? ¿Condenadas a desaparecer? ¿Obligadas a subsistir?*”, Granica, Buenos Aires 2011.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Deber de Diligencia”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Órganos de gobierno en la empresa familiar”, en *El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial. Sus protocolos*, tomo VI. Bosch, Barcelona, 2005.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., RdS, año 2002-1, núm. 18.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Informe de la Ponencia de estudio para la problemática de la empresa familiar”, constituida en la Comisión de Hacienda del Senado (Octubre 2000) en «*Revista de Derecho de Sociedades*», (18) 2002.
- R. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 9 de enero de 2002.
- RAMOS MÉNDEZ, F., “Eficacia de un convenio arbitral en el caso de acumulación de acciones (Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granollers de 26 de febrero 2001)”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 3/2002, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona.
- RAU, A., PEDAMON, C., “La contractualisation de l’arbitrage: le modèle américain”, en *Revue de l’Arbitrage*, núm. 3, dir. C. Jarrosson, Comité Française de l’Arbitrage. Éditions Litec, Paris, 2001.
- REDFERN, A., HUNTER, M., BLACKBY, N., PARTASIDES, C., *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- REGLERO CAMPOS, L., *El Arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de Diciembre de 1988)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991.
- REMÓN, J., “La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público”, en *Spain Arbitration Review*, Revista del Club español del Arbitraje, nº 1/2008, Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, note by the Secretariat, A/CN.9/WP.143, UNCITRAL, Viena, 20 Julio 2006.
- REYES LÓPEZ, M. J., “Retomando ideas en torno a la conservación y continuación de la empresa familiar”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, 2003, tomo IV.
- *RICAFE Working Paper* Núm. 006. Disponible en [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com). *Contracting and Organizations Research Institute* en <http://cori.missouri.edu>.
- RICCI, E., “Il nuovo arbitrato societario”, en [http://www.judicium.it/focus/focus\\_glo.html](http://www.judicium.it/focus/focus_glo.html), 4 de junio de 2003, [fecha de consulta 28 junio 2006], pág.11. Ob. Cfr. “Impugnacion de acuerdos sociales y Arbitraje”, Colección Arbitraje Comercial y de Inversión, Ed. Bosch, Madrid 2010 (varios autores).
- RICCI, G., “Articolo 816: Svolgimento del procedimento”, en *Arbitrato:*

Commento al titolo VIII del libro IV del Codice di Procedura Civile artt. 806-840, dir. F. Carpi, Zanichelli Editore, Bologna, 2005.

- ROBER T, J., “L’arbitrage. Droit interne. Droit international privé”, 6° edic. Éditions Dalloz, Paris 1993.
- ROBER T, J., Arbitrage civil et commercial: droit interne et droit international privé, 4° ed., Librairie Dalloz, Paris, 1967.
- ROCA JUNYENT, M.: “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, en GARRIDO MELERO, M./FULGARDO ESTIVILL, J.M.: “El protocolo familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, tomo IV, Editorial Bosch, Barcelona, 2007
- ROCA JUNYENT, M./MARTÍ, N.: “Aspectos jurídicos complementarios del protocolo familiar: testamento, capitulaciones matrimoniales y modificaciones estatutarias”, en AMAT, J.(CORONA, J.: “El protocolo familiar”, Deusto, Barcelona, 2007
- RODRIGO LAVILLA, J., “Arbitraje y Administración del Estado”, en <http://www.diariolaley.es>, 15 de abril de 2009.
- RODRÍGUEZ ALCAIDE, J. Y M. RODRÍGUEZ ZAPATERO, *El protocolo familiar. Un juego de promesas y una cascada de contratos*. Ediciones Gráficas Vistalegre, Córdoba 2007.
- RODRÍGUEZ APARICIO, J. A., “El protocolo familiar”, en VICENT CHULIÁy otros, *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares* , Cuatrecasas-Aranzadi, 2004.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “*La representación de los accionistas en la Junta General de la sociedad anónima*”, Civitas, 1990.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Reglamento de la Junta”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- RODRÍGUEZ DÍAS, *La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil*. Edersa, Madrid 2000
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I., “*El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*”, Colex, 2000.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., “El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español”, Editorial COLEX, Madrid, 2000.
- ROGEL VIDE, C., Ponencia: “El contrato de compromiso. El convenio arbitral”, en Curso de Verano: La resolución de conflictos: arbitraje y mediación. Entre la tradición y la innovación, dir. D. Bello Janeiro, Universidad Rey Juan Carlos, Aranjuez, 1 julio 2008.
- ROMERO COLOMA, A.M.: “Derecho de sucesiones”, Bosch, Barcelona, 2009
- ROMERO PAREJA, A.: “El testamento en España”, Ediciones Cinca, Madrid 2007
- RONTCHEVSKY, N., “L’obligation pour l’arbitre amiable compositeur de statuer en équité”, en Recueil Le Dalloz, núm. 34/7043, 4 octubre 2001.
- ROVELLI, L., “L’arbitrato delle società”, ob.cit.

- ROVIRA, A., Pactos de socios, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006.
- RUIZ MORENO, JM., “Nombramiento y aceptación de los árbitros. Imparcialidad, abstención y recusación”, en Estudios sobre el arbitraje: los temas claves, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008.
- SA Barbot CM c/ Sté Bouygues Bâtiment et a.; Cass. Com., 9 avr. 2002; Toulousy c/ SNC Philam, en La Semaine Juridique. Édition générale, nº41/2002.
- SALI, R., “Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale”, en [www.camera-arbitrale.com/upload/file/348/174387/FILENAME/riforma societaria](http://www.camera-arbitrale.com/upload/file/348/174387/FILENAME/riforma_societaria).
- SALI, R., “L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta”, [www.judicium.org/news/ins\\_17\\_09\\_04](http://www.judicium.org/news/ins_17_09_04), 17 septiembre 2004.
- SÁNCHEZ CALERO, F., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-C., A., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Nulidad de los acuerdos sociales, orden público y principios configuradores de la sociedad anónima. STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3608)”, en Revista de Derecho de Sociedades, nº 30/2008, Editorial Aranzadi, Navarra.
- SÁNCHEZ CALERO, F., “La junta general en las sociedades de capital”, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007.
- SÁNCHEZ CALERO, F., “La Sociedad Cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de Sociedades”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001.
- SÁNCHEZ CALERO, F., J. SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, “*Instituciones del Derecho Mercantil*”, vol. I, 27 edic., McGraw-Hill, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: “La junta general en las sociedades de capital”, Thomson Civitas, Cizur Menor 2007
- SÁNCHEZ- CALERO GUILLARTE, J., “Interés Social”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, BELLVER SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, *Empresa Familiar...*, cit., pp. 19 y ss.
- SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A, BELLVER SÁNCHEZ, A. Y SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, A., *Empresa Familiar: Manual para empresarios, claves para su correcta organización y su continuidad*, Ediciones Deusto, Barcelona 2005.
- SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. J., “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 27, octubre 2003.
- SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A., “*El Protocolo Familiar. Una*

*aproximación práctica a su preparación y ejecución*”, Imprenta Gofer, Madrid 2009.

- SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori”, [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 28 septiembre 2008.
- SANGIOVANNI, V., “Le clause compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, Foro Padano, II, Milán, 2005.
- SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 13 abril 2007.
- SCHILLER, S., “*Les limites de la liberté contractuelle en droit de sociétés. Les connexions radicales*”, LGDJ, Paris, 2002, pgs. 115 y ss (Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, “el protocolo familiar....”).
- SENÉS MOTILLA, C., “Sobre la ejecución forzosa de las resoluciones arbitrales”, en Estudios sobre el arbitraje: los temas claves, coord. JL. González-Montes Sánchez, La Ley, Madrid, 2008
- SERRANO FERNÁNDEZ, M.:”Artículo 1.352”, en CAÑIZARES LASO, A. et al.(dirs.), “Código Civil comentado”, volumen III
- STEDMAN, G.-JONES, J., *Shareholders' Agreements* , 2ª ed., Longman, 1990.
- STESURI, A., Gli arbitrati societari, G. Giappichelli Editore, Turin, 2005.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “Arbitraje y Derecho de Sociedades”, Capítulo 65, en Derecho de Sociedades – Libro en Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid, 2002.
- TAIPÉS, J., “*Empresa Familiar: Ni tan pequeña, ni tan joven. Una renovada aproximación a la edad y el tamaño de la empresa familiar española*”, Fundación Jesús Serra, Barcelona 2009.
- TAPIA SÁNCHEZ, M., “Junta Constituyente”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- TARZIA, G., “L’intervento di terzi nell’arbitrato societario”, en Rivista di Diritto Processuale, I/2004, Milano.
- TASCA, G., Le clause arbitrali e gli accordi compromissori, Edizione Fag, Milán, 2000.
- TORRES ESCÁMEZ, S., “Un año de la nueva Ley de Arbitraje: reflexiones tras un coloquio”, en Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral, nº 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, Barcelona.
- TORRES GARCÍA, T./DOMÍNGUEZ LUELMO,,A.:”La legítima en el Código Civil (I)”. En TORRES GARCÍA, T. (coord.): “Tratado de legítimas”, Atelier, Barcelona, 2012
- TWEEDDALE, K., TWEEDDALE, A., “A practical approach to Arbitration Law”, Oxford University Press, Gran Bretaña, 1999.
- TYAN, E., Le droit de l’arbitrage, Editions Librairies Antoine, Líbano, 1972.
- URÍA, R.-MENÉNDEZ, A.-OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal*

*de las sociedades mercantiles* , vol. VII, Madrid, 1997.

- V. GARRIDO DE PALMA, *La empresa familiar ante el Derecho: el empresario individual y la sociedad de carácter familiar*. Editorial Civitas, Madrid 1995,
- VALPUESTA GASTAMIZA, E., *La Sociedad Limitada Nueva Empresa. Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Bosch, Barcelona, 2004.
- VÁZQUEZ CUETO, J., “Las sociedades con base mutualista”, en *Derecho Mercantil*, dir. G. Jiménez Sánchez, Editorial Ariel, 7ª ed., Barcelona, 2002.
- VELARDE ARAMAYO, M., SASTRE IBARRECHE, R., “Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los “ADR”, en *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, coord. M. Velarde Aramayo, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2006.
- VELARDOCCHIO-FLORES, “*Les accords extra-statutaires entre associés*” , Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1993
- VELASCO SAN PEDRO, L., “Artículo 10: Autonomía de la Voluntad”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. F. Sánchez Calero, Tomo I: Disposiciones Generales, Fundación de la sociedad y aportaciones artículos 1 a 46, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1997.
- VERDERA Y TUELLS, E., “La Ley 60/2003, de Arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España”, en *La Nueva Ley del Arbitraje*, consejo General del poder judicial, Madrid, 2007.
- VICENT CHULIÁ, F., “Arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales. Acto final”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 1/2001, Tribunal Arbitral de Barcelona, J. M. Bosch Editor, Barcelona.
- VICENT CHULIÁ, F., “*El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*,” Editorial Aranzadi, Navarra 2004.
- VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la sociedad familiar...”, op. cit., puede verse su introducción al libro colectivo, *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares* , ed. Aranzadi, Navarra, 2000.
- VICENT CHULIÁ, F., “Organización jurídica de la sociedad familiar”, en *AA VV, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero* , vol. V. Mc Graw Hill, 2002.
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, ob.cit.
- VICENT CHULIÁ, F. : “Introducción al Derecho Mercantil”, 21ª edic. Tirant lo Blanch, Valencia 2008
- VIERA GONZÁLEZ, A. J. en “Algunas reflexiones sobre el proyecto de Real Decreto...”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- VIERA GONZÁLEZ, A. J., voz “Protocolo Familiar” en *Diccionario de Derecho de Sociedades* , dir. por Carmen ALONSO LEDESMA, Iustel, 2006.

- VIERA GONZÁLEZ, J., “Derecho de Separación (SA Y SRL)”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- VIERA GONZÁLEZ, J., “Sociedad Limitada Nueva Empresa”, en Diccionario de Derecho de Sociedades, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006.
- VILALTA, E., MÉNDEZ, R., “Impugnación de acuerdos sociales en S.A. y S.L.”, Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 2001.
- VOGEL, L., “L’arbitrage commercial”, en Traité de Droit Commercial, dir. G.Ripert y R.Roblot, t.I, vol.1, 18ª edic. París, 2001.
- VON SCHLABRENDORFF, F., “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, en Anuario de Justicia Alternativa, Derecho Arbitral, núm. 4/2003, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M.Bosch Editores, Barcelona, 2003.
- WALTON, A., VITORIA, M., Russell on the Law of Arbitration, 20ª edic. Stevens & Sons, Londres, 1982.
- WONG CAM, D., “*Empresas familiares: camino de exportación competitiva en mercados emergentes*”, Universidad del Pacífico, Lima 2010.
- XIOL RIOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, en La Notaría, Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, núm. 47-48, col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007.
- YANES YANES, P. Comentario a la Ley de sociedades profesionales, Tirant lo Blanch, 2007.
- ZOPPINI, A., “I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario”, [www.giur.uniroma3.it/themes/GiurBlue/docenti/zoppini](http://www.giur.uniroma3.it/themes/GiurBlue/docenti/zoppini), 2004.