



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LA MEDIACIÓN Y LOS CONFLICTOS
SOCIETARIOS

Presentado por:
PABLO DÍAZ GARCÍA

Tutelado por:
MARINA ECHEBARRIA SAENZ

Valladolid, 3 de marzo de 2024

“LA MEDIACIÓN Y LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS”.

“Mediation and corporate conflicts”

RESUMEN

En el presente estudio, voy a tratar de interrelacionar la mediación con algunos de los más importantes conflictos societarios. No hay duda de que el principal nexo entre los conflictos societarios y la mediación es que ésta se presenta como un procedimiento óptimo para tratar este tipo de controversias. La mediación surgió como un método alternativo a la justicia tradicional en el Siglo XX con la idea de descargar al sistema judicial de su excesiva carga de trabajo. Este trabajo va a consistir en dos partes claramente diferenciadas: en primer lugar, voy a analizar los conflictos societarios más generales, así como otro tipo de métodos a los que pueden acudir las partes para su resolución; en la segunda parte, me voy a referir exclusivamente a la mediación y voy a desarrollar ampliamente todo lo relacionado con ella, incluyendo las ventajas de utilizar este método a la hora de resolver conflictos societarios.

PALABRAS CLAVE

Conflicto societario, interés social, socios minoritarios, socios mayoritarios, derechos de protección de la minoría, acciones contra el administrador, métodos alternativos de resolución de controversias, arbitraje, conciliación, mediación, mediador, responsabilidad civil, instituciones de mediación.

ABSTRACT

In this study, I will try to interrelate mediation with some of the most important corporate disputes. There is no doubt that the main link between corporate conflicts and mediation is that mediation is presented as an optimal procedure to deal with this type of disputes. Mediation emerged as an alternative method to traditional justice in the 20th century with the idea of relieving the judicial system of its excessive workload. This paper will consist of two clearly differentiated parts: firstly, I will analyse the most general corporate conflicts, as well as other types of methods to which the parties can resort for their resolution; in the

second part, I will refer exclusively to mediation and I will extensively develop everything related to it, including the advantages of using this method when resolving corporate conflicts.

KEYWORDS

Corporate conflict, corporate interest, minority shareholders, majority shareholders, minority protection rights, actions against the administrator, alternative dispute resolution methods, arbitration, conciliation, mediation, mediator, civil liability, mediation institutions.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- Art/Arts: artículo/artículos.
- C.Com: Código de Comercio.
- CC: Código Civil.
- CIAM: Centro Internacional de Arbitraje de Madrid.
- CIMA: Corte Civil y Mercantil de Arbitraje.
- CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.
- CP: Código Penal.
- Coord./ coords: Coordinador / coordinadores.
- CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil.
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.
- EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
- EE. UU.: Estados Unidos.
- LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- LMACM: Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
- MASC: Métodos Alternativos de Resolución de Controversias.
- OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- PLMEP: Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de 2022.
- Pp: páginas.
- RDMACM: Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el

Reglamento del Registro Mercantil.

- Regl: Reglamento
- RDM: Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- S.A: Sociedad Anónima.
- S.L: Sociedad Limitada.
- TS: Tribunal Supremo.
- TC: Tribunal Constitucional.
- UE: Unión Europea.

ÍNDICE

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.	1
2.	CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL DERECHO DE SOCIEDADES.	4
2.1.1	Concepto	4
2.1.2	Tipos.	8
2.2	Principales conflictos societarios y mecanismos de resolución	9
2.2.1	Introducción.	9
2.2.2	La dinámica mayoría-minoría en las sociedades de capital. Los derechos de los socios minoritarios y las acciones contra el administrador.	10
2.2.3	Derecho de separación y exclusión del socio.	20
2.3	El bloqueo societario y sus soluciones.	22
2.4	Otras Soluciones para otros conflictos societarios.	24
2.4.1	Los estatutos sociales y los pactos parasociales.	24
2.4.2	La negociación y los métodos alternativos de resolución de conflictos	26
3.	LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS.....	30
3.1	Introducción	30
3.1.1	Regulación, definición y principios informativos.	30
3.1.2	Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal.	32
3.2	Procedimiento	33
3.2.1	Introducción	33
3.2.2	Fases del procedimiento.....	36
3.2.3	Mediación intrajudicial	41
3.3	El acuerdo de mediación y su ejecución.	42
3.3.1	El acuerdo de mediación.....	42
3.3.2	Ejecución voluntaria por parte de las partes.	43
3.3.3	Ejecución según la LMACM.	44

3.3.4	Ejecución de un acuerdo de mediación en el ámbito internacional.	45
3.3.5	Reglas procesales básicas relativas a la ejecución de acuerdos de mediación.	48
3.4	El mediador y las instituciones de mediación.	48
3.4.1	Requisitos para ser mediador.	48
3.4.2	Funciones del mediador y estilos de mediación.	49
3.4.3	Responsabilidad del mediador.	51
3.4.4	Las instituciones de mediación.	54
3.5	Ámbito de aplicación y sus límites.	56
4.	BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DEL CONFLICTO SOCIETARIO.	59
5.	CONCLUSIONES	61
6.	BIBLIOGRAFÍA, JURISPRUDENCIA Y RECURSOS ELECTRÓNICOS.	64

1. INTRODUCCIÓN.

Este trabajo versa sobre un método de resolución de controversias que se está expandiendo en la práctica como es la mediación. Este método que ha existido a lo largo de toda la historia y que se llegó a institucionalizar a mediados del Siglo XX en el derecho anglosajón, se ha ido expandiendo en la práctica en el derecho continental europeo y en el derecho internacional debido a las numerosas ventajas que ofrece.

La mediación puede utilizarse en muchas ramas del derecho, ya sea mercantil, social, familiar, pero he decidido centrarme en este trabajo en la mediación mercantil y, más específicamente, en la aplicada a conflictos de interés o societarios en sociedades anónimas y limitadas. Por esto, lo primero que trataré en este estudio, en el siguiente capítulo, es una visión general de los conflictos de interés societarios.

Los conflictos de interés en una sociedad son casi innumerables, pues muchas partes se relacionan con la sociedad en el día a día, hay que armonizar esos intereses y, esto se consigue estableciendo un interés común a todos los socios como el social.

El conflicto de interés que más repercusión tiene en la práctica y, por tanto, el que más ha regulado el legislador ha sido el de los conflictos de interés minoría-mayoría. La regulación del legislador consiste básicamente en establecer una serie de derechos de los minoritarios que son imposibles o muy difíciles de derogar, pues se suele necesitar unanimidad. Para hacer valer esos derechos, el legislador ha optado por poner a disposición de los minoritarios una serie de acciones que pueden ir dirigidas contra los administradores, además de poder acudir a la vía judicial para defender esos derechos.

Otra opción que da el legislador a los socios o a la propia sociedad para tratar de resolver el conflicto es la opción de terminar la relación socio-sociedad. Esto se hace a través de dos mecanismos como son el derecho de separación y de exclusión del socio, en los que el socio saliente debe recibir una cantidad de dinero ajustada al valor real de su participación. En el primer caso, sería el socio el que toma la iniciativa y rompe el contrato de sociedad, mientras que, en el segundo sería todo lo contrario. Este se suele decir, que es el segundo nivel de protección que establece la ley para los socios minoritarios, pero a la vez se protege a la propia sociedad.

Un conflicto que puede llevar a la liquidación de la sociedad es el bloqueo societario, es decir, que la Junta General no puede llegar a acuerdos ni tomar las decisiones necesarias para el correcto funcionamiento de la sociedad. Para este conflicto hay varias soluciones, siendo la única positivizada en el derecho español, la disolución de la sociedad, siendo éste

un recurso extremadamente costoso. Por eso me referiré a los estatutos sociales o pactos parasociales, pues es importante estudiarlos porque es donde se van a regular las normas de la sociedad y los recursos que tendrán las partes para solucionar sus controversias, se pueden proponer recursos prácticamente infinitos para resolver los conflictos societarios, aunque su contenido tendrá unos límites específicos de la ley. En el caso del bloqueo societario, hablamos del derecho de separación, las cláusulas de arrastre y de acompañamiento, la cláusula de ruleta rusa o la subasta.

Otros remedios que tienen las partes son los métodos alternativos de resolución de controversias (MASC) de los cuáles me estoy refiriendo especialmente a la conciliación, mediación y arbitraje. Estos métodos se han ido expandiendo en la práctica y hasta han llegado a ser positivados por el legislador español a partir del Siglo XXI con la idea de descargar al sistema judicial de carga de trabajo.

Entrando en la mediación, ésta consiste en un determinado medio de resolución de controversias, donde serán las partes, las que por sí mismas intenten alcanzar una solución y para ello contarán con la ayuda de una tercera persona que será el mediador, que por supuesto, si se da el caso, puede responder civilmente como una institución de mediación. La mediación está regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la desarrolla el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LMACM), y los reglamentos de las instituciones de mediación. Por el contrario, si las partes deciden acogerse a un régimen fuera de una institución de mediación, nos encontraremos ante una mediación ad-hoc.

Si algo tiene una importancia capital a la hora de determinar y entender la mediación, son los principios configuradores de la mediación siendo éstos: Voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. El procedimiento de mediación tiene su base regulatoria en la ley, con la idea de que se respeten los principios dichos anteriormente, aunque al ser un proceso voluntario y muy flexible las partes siempre tienen el control del procedimiento. La consecuencia de no respetar esos principios va a ser la no ejecutividad del acuerdo de mediación.

Hay tres formas de llegar a un procedimiento de mediación, siempre de forma voluntaria. La primera es que las partes deciden someter a mediación mediante un acuerdo, una controversia que ya ha surgido entre ellas; la segunda es que las partes previo acuerdo tienen una cláusula que vincula a cada una de ellas a someter todos sus conflictos futuros a mediación; la tercera consiste en que, en un proceso judicial, el propio juez puede sugerir a

las partes a que lleven el objeto de ese proceso judicial a mediación. Una vez transcurrido el procedimiento, éste puede terminar de dos maneras, mediante acuerdo o sin él. Si se ha llegado a un acuerdo que puede ser total o parcial, las partes van a tener tres formas de ejecutarlo: mediante forma voluntaria, homologación judicial o elevación a escritura pública, siendo estas dos últimas establecidas en la LMACM. Además, hay que tener en cuenta que la ejecución de un acuerdo de mediación se complica cuando nos encontramos en el ámbito internacional.

Respecto a las materias que puede abarcar un procedimiento de mediación en el ámbito societario ha habido mucha controversia, pero sí que en el momento presente se puede decir que todas las materias pueden ser objeto de mediación, salvo los principios configuradores del tipo social (aunque hay cierta controversia doctrinal) y los derechos esenciales de los socios u otras partes interesadas.

Por último, esta no sería una introducción sino explicara la razón que me ha llevado a desarrollar este tema. Por desgracia, España es un país donde se acude de forma muy usual a los tribunales a la hora de resolver un conflicto jurídico, algo que por un lado está motivado por un factor sociológico y, por otro lado, es la propia normativa española la que impone una determinada cultura de conflicto. Siempre me ha parecido, que hay que tratar de evitar los tribunales, ya que será un tercero el que decidirá sobre un asunto que involucra a uno mismo y a sus intereses, además de ser lento e inflexible. Una característica muy negativa es que es un juego de suma cero, costoso monetariamente, por el cual las relaciones sociales suelen salir muy deterioradas. Esto dicho anteriormente, aún se acentúa más cuando hablamos de sociedades donde las relaciones deben alargarse en el tiempo, además de que es un ámbito que se basa en el continuo ejercicio de una actividad económica, por lo que no es recomendable acudir a un procedimiento con semejante plazo de tiempo para resolver.

Otros MASC también podrían paliar estos defectos del sistema judicial y la legislación española. Entre el arbitraje y la conciliación, la mediación es más adecuada para resolver conflictos societarios, ya que, impone en el caso del arbitraje y la conciliación, un tercero resuelve el conflicto, por lo que las partes no tratan de comunicarse en profundidad entre ellas ni entender la posición del otro bando.

Por otro lado, la mediación se puede aplicar a muchas áreas del derecho mercantil, como en el ámbito del consumo, marítimo, propiedad intelectual, competencia y otros. Sin embargo, creo que, por la complejidad de la sociedad mercantil, con los intereses creados en torno a

ella, es necesario más que en cualquier otro ámbito una buena comunicación entre las partes.

2. CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL DERECHO DE SOCIEDADES.

2.1 Introducción

2.1.1 Concepto

Los conflictos se dan en todos los ámbitos de la vida humana y por supuesto, esto es algo que se da en el mundo empresarial y más específicamente en el ámbito societario.

Empezando por el principio, lo primero que hay que hacer es definir qué entendemos por conflicto societario y, para ello creo que lo mejor es analizar los dos términos que integran esta expresión: Conflicto y Societario.

Empezando por conflicto, éste se puede definir como “Problema, cuestión, materia de discusión”¹. De esta definición se pueden deducir dos ideas; la primera es que para que haya conflicto es necesario que haya dos o más partes, bien pueden ser en este ámbito dos socios o grupos de socios, o bien, por un lado, un socio o grupo y, por otro lado, la propia sociedad. La segunda idea es la connotación negativa de esta palabra, lo que sugiere que es necesaria su resolución para la buena marcha de la sociedad.

El segundo término es el de societario. Esta palabra implica que los conflictos que voy a analizar a lo largo de este trabajo, sólo se pueden dar entre socios de una sociedad de capital o bien, entre socios y la propia sociedad. En este punto, es necesario definir qué se entiende por sociedad mercantil, “El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código” (art.117 C.Co). De la definición anterior se puede observar que los elementos esenciales de cualquier sociedad mercantil son la estructura corporativa y el ánimo de lucro. Sin embargo, hay que decir que cuando se habla de lucro no sé está haciendo exclusiva referencia a un determinado beneficio económico, sino que los socios, pueden buscar otro tipo de utilidad diferente a la económica.

Ahora es necesario diferenciar sociedad mercantil de otro tipo de sociedad como puede ser

¹ <https://dle.rae.es/conflicto>.

la civil. A diferencia de otros tipos de sociedades, una sociedad se puede considerar mercantil por la actividad que desarrolla, es decir, el objeto y, por la forma en el caso de las sociedades de capital.

En todo el entorno societario existen múltiples intereses de distintas partes, ya sean los intereses de los socios, de los administradores, de los acreedores, e incluso del grupo de sociedades si la sociedad se integra en uno.

Sin embargo, todos estos intereses se sitúan por debajo del interés de la propia sociedad, es decir del interés social. De esta forma los derechos de los socios están limitados por el deber de fidelidad o de lealtad a ese interés social, no siendo éste el interés de la propia sociedad, sino el común a todos los socios. Para otras posturas más liberales, el interés social será el marcado por la mayoría, ya que consideran que, en ausencia de socio mayoritario o alianza de socios mayoritarios, los socios que votan desconocen si se encuentran en el lado mayoritario o minoritario, por lo que estos socios votarán pensando en lo que es mejor para la sociedad.² (Alfaro Águila Real 2020)

El concepto de interés social no es unitario, habiendo dos posturas encontradas. Por un lado, está la postura contractualista que establece que el interés social es lo que pactan los socios en el contrato social, es decir, *la suma de los intereses comunes de todos los socios*³, algo que en la práctica es difícil de determinar, pero lo sí que se puede argumentar es que, si no se dice otra cosa en los estatutos, éste será el de maximizar el valor de la compañía a largo plazo, pues el ánimo de lucro es un interés común a todos los socios. Esta es la teoría por la que se ha inclinado la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina, si bien respetando unas ciertas normas de orden público económico como puede ser la prohibición de venta de productos de alta tecnología a rivales geopolíticos. Sin embargo, hay autores que afirman que cada vez de tiende a una postura intermedia tal como se puede observar en alguna sentencia reciente del Tribunal Supremo⁴.

La otra postura que es la postura nominalista recoge un concepto de interés social más

²ALFARO, J. “El interés social como límite a la discrecionalidad: la parábola del administrador infiel y la regla de la mayoría”. Almacén de Derecho (blog), 2020.

³STS 19 de noviembre de 2002 (RJ\2002\9768).

⁴La STS 21 de diciembre de 2021 (RJ 2021\5513) expresa que “en una sociedad de capital, el interés social, aunque no se agote en el interés propio de sus socios, viene en gran medida conformado por dicho interés. No en vano, la sociedad tiene una connatural finalidad económica (lucro), que presidió su constitución y el desarrollo de su actividad, y que ordinariamente redundaba en beneficio de sus socios. Lo anterior no impide que, al reconocer personalidad jurídica propia a la entidad, distinta de sus socios, y al dotarla de un objeto social y, consiguientemente, de una finalidad, pueda hablarse de un interés de la propia sociedad. Este interés social no se identifica con el de los socios, pero se nutre del interés de estos últimos”.

extenso argumentando que el interés social no sólo implica que las partes de la compañía deban regir sus actuaciones con la idea de aumentar el valor de la compañía **que** sino también se deben tener en cuenta los intereses de otras partes. Esta es una teoría orilla los intereses particulares de los socios para situar la sociedad en el centro, de forma que habrá un interés social propio de la sociedad que tendrá en cuenta a los stakeholders⁵. Las últimas directivas de la UE se acercan más a esta última postura como por ejemplo la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas o la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132.

Si bien se ha dicho que el principal interés que tiene todos los componentes de una sociedad es el ánimo de lucro o aumentar el valor de la compañía, lo cierto es que cada vez hay más sociedades que buscan obtener una determinada utilidad económica ya sea para sus socios o, bien para su otra sociedad. En este caso, se está pensando sobre todo en las agrupaciones de interés económico que son “personas jurídicas mercantiles cuya finalidad es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios, sin tener ánimo de lucro para sí misma”⁶.

Hay varios tipos de sociedades mercantiles según la ley: Sociedad anónima, Sociedad limitada, sociedad colectiva, la sociedad comanditaria, la Sociedad anónima europea y las agrupaciones de interés económico. Debido a la importancia en la práctica, creo que lo mejor será acotar este trabajo a las sociedades de capital, en especial la anónima y la limitada, dejando de lado las sociedades personalistas y la sociedad comanditaria por acciones. He decidido delimitar este trabajo a este tipo de sociedades por su importancia en la práctica, pues de las 100197 sociedades mercantiles creadas en 2022, un 98,52% fueron S.L, creándose además 416 S.A⁷. Este tipo de sociedades, que son las sociedades de capital están reguladas en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba

⁵ Una definición de stakeholder bastante famosa es “cualquier grupo o individuo que pueda afectar o ser afectado por el logro de los objetivos de la organización”. FREEMAN, R. E., WICKS, A. C. & PARMAR, B. “Stakeholder theory and the corporate objective revisited” en *Organization Science*, Vol. 15 N° 3, Mayo-Junio, 2004, pp. 364-369.

⁶ <https://www.iberley.es/temas/concepto-objeto-agrupaciones-interes-economico-42441>.

⁷ https://www.registradores.org/documents/33383/148297/Estad%C3%ADstica_Mercantil_2022.pdf/26c38937-f31d-3e2a-7749-37e9028edbb5?t=1677662268570.

el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Las sociedades anónimas no tienen gran importancia en número, pero sí en actividad económica debido a la forma societaria, en particular por la principal característica del tipo social cómo es la mayor libertad a la hora de transmitir las acciones, lo que implica que estas empresas tienen muchas mayores opciones de crecimiento. Un subtipo de sociedad anónima es la cotizada, que se da cuando sus acciones están admitidas a negociación en un mercado oficial español (art.495 LSC).

He decidido no incluir este subtipo de sociedades anónimas por dos razones. La primera razón es que estamos ante una sociedad totalmente abierta y despersonalizada donde lo normal es que haya una gran cantidad de socios que mantengan su condición durante poco tiempo, aunque suele haber socios institucionales que sí que tienen una relación más larga. Otra razón es el régimen jurídico y que este tipo de sociedades anónimas se regulan por un régimen especial determinado en el art.495 y ss. de la L.S.C y, de forma subsidiaria por el régimen general de las sociedades anónimas de la la L.S.C, teniendo en cuenta también el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. De esta forma se puede observar que el régimen jurídico de las sociedades cotizadas es complejo y ocuparía demasiado espacio en este trabajo impidiéndome desarrollar adecuadamente otros temas que a mi juicio son más importantes. Otro tipo de sociedades que no voy a incluir en este trabajo son las unipersonales debido a que no voy a entrar en los conflictos socio-sociedad. Tratar los conflictos socio-sociedad en el presente trabajo supondría tratar demasiados asuntos y, además se podría considerar que en las sociedades de más de un socio dónde hay un conflicto societario es habitual que ese socio utilice la sociedad como arma arrojadiza contra el otro, por lo que se podría decir que los conflictos socio-sociedad se enmascaran dentro de un conflicto societario.

Visto lo anterior, hay que definir como se adquiere la condición de socio de una sociedad, ya sea limitada o anónima. El art.91 LSC es muy claro al respecto y, establece que dicha condición se adquiere siendo titular legítimo de una acción en sociedad anónima o de una participación social en sociedad limitada. Esta condición de socio implica una serie de derechos que se encuentran reconocidos en los estatutos sociales y en la ley, pero de la que también derivan una serie de obligaciones.

Con lo anterior, puedo definir y delimitar conflicto societario como las discrepancias que se dan entre aquellos que reúnen la condición de socios, bien entre socios individuales o grupo de socios, en una sociedad mercantil que será de tipo anónimo o limitada pero también se podría incluir ámbito de estos conflictos al núcleo familiar, que tiene gran

importancia en la empresa familiar a través del consejo de familia⁸.

2.1.2 Tipos.

Los conflictos societarios que se pueden dar en una sociedad son infinitos, pues prácticamente cada elemento del ámbito societario puede ser susceptible de controversia entre los socios, pero lo que sí que se puede tratar de hacer algunas clasificaciones que tienen cierta importancia en la práctica.

a) La primera clasificación⁹ agrupa los conflictos societarios en varias categorías que son:

1. Conflictos económicos.

Es lógico que sean los conflictos más frecuentes en la práctica, pues el fin último de una sociedad mercantil es el lucro. Normalmente lo que causa los conflictos económicos es el destino de los beneficios, pues habrá socios que querrán que se repartan dividendos, otros que prefieran recompras de acciones o de participaciones en el contexto de un acuerdo de reducción del capital y finalmente, otros que preferirán otras opciones. Entre esas otras opciones figura la cuestión de que la empresa haga una inversión o una gran adquisición y los socios estén divididos sobre ésta, pues no hay que olvidar que el principal interés social es el aumento del valor de la sociedad a largo plazo y puede ser que haya socios que crean que esa inversión no tiene suficientes sinergias con el resto de los activos de la sociedad para hacerla más rentable o, puede simplemente que haya socios que piensen que la adquisición o inversión modifica el objeto social establecido en los estatutos. Por último, quedan los conflictos entre los socios y los trabajadores que pueden ser socios administradores y cobrar por ello o trabajadores que participan en beneficios ya sea mediante incentivos económicos como un salario con variables de rendimientos o que el salario pueda consistir en acciones de la mismísima empresa.

Otro conflicto que hay destacar en esta categoría son los acuerdos de ampliación de capital y es que en este tipo de acuerdos el socio puede salir muy perjudicado por diferentes motivos, siendo el principal la reducción de su parte de reparto de beneficios y la posible pérdida de poder político si no acude a la ampliación.

⁸ Una definición de consejo de familia es “Estructura formada por un grupo de personas que representan a una familia empresaria que se organiza formalmente para gestionar la relación de la familia con la empresa familiar”. ASFER Y CUATRECASAS, *Guía para facilitar la construcción de entornos de confianza y ayudar a la formalización de los Consejos de Familia*, 2021, p.18. <https://www.cuatrecasas.com/resources/guia-para-las-empresas-familiares-el-consejo-de-familia-guia-per-a-les-empreses-familiars-el-consell-de-familia-616ed8d20807a849647071.pdf?v1.44.2.1.20230223>,

⁹ <https://www.grupovadillo.com/4-tipos-de-conflictos-entre-socios/>.

2. Conflicto de poder dentro de la organización

Estos conflictos se dan porque los socios luchan entre sí para tener cierto peso en la toma de decisiones dentro de la sociedad. Estos conflictos se pueden dar entre socios que estén en una situación de cierta paridad de poder o, bien entre socios mayoritarios que controlan la sociedad y los minoritarios que no quieren ver vulnerados los derechos que les reconoce la ley, aunque esta será una cuestión que se estudiará más adelante.

3. Conflicto sobre visión de futuro de la organización.

Cuando hablo de este tipo de conflictos me refiero sobre todo a aquellas luchas que se dan entre los socios por las infinitas estrategias que tiene una sociedad para cumplir con su fin social. En esta categoría me estoy refiriendo a cambios de unidades productivas, fusiones y a otras estrategias empresariales.

4. Conflictos familiares

Este tipo de conflictos se suelen dar en sociedades pequeñas sin muchos socios y con lazos familiares entre ellos. Hay que tener en cuenta que en las sociedades familiares hay grupos de socios que tienen intensas relaciones personales afectivas y esto puede originar una pérdida de competitividad para la empresa. Entre los principales conflictos puedo citar la falta de cualificación de determinados cargos de cierta responsabilidad como consecuencia de las relaciones familiares, la confusión entre empresa y familia, el traspaso generacional que implica un mayor número de miembros de la familia¹⁰. Por último, hay que tener en cuenta los conflictos generados por la institución de la herencia y los divorcios.

b) Otra clasificación sumamente importante muy utilizada por la doctrina distingue entre:

-Conflictos horizontales: Son los conflictos que originan entre los propios socios.

-Conflictos verticales: Este tipo de conflicto se da entre el socio y la sociedad. Como se ha dicho anteriormente este tipo de conflictos no se tocarán en el presente trabajo

2.2 Principales conflictos societarios y mecanismos de resolución

2.2.1 Introducción.

Dado que los conflictos societarios son necesarios de resolver para la buena marcha de la sociedad, la propia ley y los propios socios establecen una serie de soluciones a los principales conflictos societarios, no a todos, ya que como se ha dicho el número de conflictos societarios es innumerable. Por eso merece la pena estudiar las soluciones e

¹⁰ BARRÓN, M.C. *Arbitraje y Mediación en la Empresa Familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 102-113.

instrumentos de resolución de conflictos societarios que ofrece el ordenamiento jurídico.

2.2.2 *La dinámica mayoría-minoría en las sociedades de capital. Los derechos de los socios minoritarios y las acciones contra el administrador.*

A) Introducción

La Junta General es el órgano supremo de decisión en una sociedad de capital, tomando este órgano las decisiones por mayoría (art.188 LSC), por lo que ésta impone su voluntad a la minoría, llegando en algunas ocasiones a vulnerar los derechos que reconoce la ley a cualquier socio. Este problema se agrava en sociedades cerradas donde las acciones o participaciones no tienen un gran mercado, lo que implica que si el socio minoritario quiere vender su participación sufrirá un gran menoscabo económico o, directamente no podrá vender. Esto va a hacer que el minoritario no pueda abandonar la sociedad y se conformará con soportar las conductas abusivas del mayoritario, teniendo como su otra opción vender su participación, normalmente al socio mayoritario, con un gran menoscabo económico.

Vázquez Lépinette clasifica los abusos de la mayoría en tres tipos de conductas¹¹:

“-Actuaciones de la mayoría dirigidas a limitar los ingresos de los socios minoritarios, como es el caso de la no distribución de dividendos con carácter sistemático, la reducción del número de administradores con exclusión de los socios-administradores minoritarios, o el despido de los socios minoritarios empleados de la sociedad, con la correspondiente pérdida de retribuciones.

-Conductas opresivas dirigidas a hacerse con los activos sociales y con las oportunidades de negocio de la sociedad (tunneling y siphonin).

-Comportamientos abusivos dirigidos a privar a los socios minoritarios de los derechos políticos y económicos, por ejemplo, realizando aumentos de capital que los socios minoritarios no puedan asumir.”

B) Los derechos de los socios de minoría. El abuso de minoría.

Frente a estas conductas, el legislador ha tratado de asegurar una protección a la minoría y lo ha hecho otorgando ciertos derechos y la posibilidad de ejercitar ciertas acciones al socio o grupo de socios minoritarios. No está en el objetivo de este trabajo tratar de desarrollar

¹¹ VÁZQUEZ, T.” La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas” en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 283, 2012, pp. 174-175.

todos los derechos, pero sí que voy a tratar de resumirlos.

El derecho a participar en las ganancias es un derecho básico que tienen los socios. Sin embargo, este es un derecho que surge mediante acuerdo de la Junta General (art. 276 LSC), por lo que la mayoría puede bloquear el reparto de beneficios a través de un acuerdo de dotar reservas voluntarias y, con ello llevar a los minoritarios a vender sus títulos. Para evitar este “abuso de la mayoría” la ley establece el derecho de separación por falta de reparto de beneficios para aquellos socios que hubieran hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos, siendo este un derecho individual y no colectivo, aunque lógicamente suele ser utilizado de manera colectiva sobre todo por la minoría. Este derecho puede ser modificado e incluso eliminado por unanimidad de todos los socios (art. 348 BIS de la LSC).

Este derecho puede llevar a un abuso de minoría (infrecuente en la práctica), lo que se ha denominado “tiranía de la minoría” ya que, si bien este artículo está pensado para proteger de forma exclusiva a la minoría, se puede decir que la redacción del artículo no se ciñe exclusivamente a los casos de no reparto de beneficios por abuso de mayoría sino a todos los casos, incluidos supuestos donde el reparto de beneficios podría llevar a asumir una carga excesivamente gravosa a la sociedad que pusiera en peligro el propio interés social si el acuerdo ha sido aprobado por otros socios conscientes de los riesgos de repartir beneficios¹². El propio Supremo ha reconocido en referencia al art.348 bis “la ratio del precepto no es proteger el derecho del socio a separarse, sino el derecho al dividendo”¹³.

Otro de los derechos que tienen los socios con al menos el 5% del capital social en S.A y 1% en S.L, es el derecho a solicitar la presencia de notario para que levante acta de la junta general (art.203 LSC).

Al auditar las cuentas, hay sociedades que tienen la obligación de someter sus cuentas anuales a la revisión de un auditor y otras sociedades que no, pudiendo en las primeras, pedir un socio al registrador mercantil del domicilio social que designe al auditor. En cambio, en las segundas este derecho solo puede ser invocado por los socios que representen al menos un 5% del capital y, al igual que en el otro supuesto cuando la junta no nombrara administrador, o bien esta persona renunciara o no pudiera cumplir con sus funciones (art.265 LSC). La otra cara de este derecho es la posibilidad que tienen los socios de revocar al auditor cuando se den las condiciones del art.266 LSC.

¹² EGÜEN, D. “Hacia la protección real de los derechos económicos de los socios minoritarios en sociedades mercantiles no cotizadas” en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 54, 15-52,2021, p. 33.

¹³ STS 25 enero de 2022 (RJ\2022\538).

La ley también reconoce el derecho a los socios que representen más del 5% del capital a solicitar la convocatoria del Junta General reconocido en el art. 168 L.S.C. Se podría decir que el anterior derecho implica también el derecho que tienen los socios a incorporar asuntos en el orden del día de la Junta General, algo más importante de los que parece pues se debe relacionar con el derecho de información del que disponen los socios y, por supuesto, con la impugnación de acuerdos sociales, los cuáles se verán más adelante.

El derecho de información es uno de los derechos más importantes por la especial dificultad que tienen los minoritarios para acceder a información relevante, siendo necesaria esta información para conocer el verdadero valor de la compañía y para poder fiscalizar en a los administradores entre otras cosas. Está regulado en los art.196 y 197 LSC para S.L y S.A respectivamente y tiene un cierto carácter instrumental¹⁴. Esta facultad consiste en la posibilidad que tienen los socios de solicitar a los administradores los informes y documentos relacionados con los temas a tratar en Junta, siendo obligación de estos entregar dichos materiales a los socios, ya sea de forma oral o escrita, estando también incluido en el contenido del derecho la posibilidad de hacer preguntas en la propia Junta “in situ”.

Este derecho está relacionado con la impugnación de acuerdos sociales, porque la vulneración del derecho de información es una de las causas de impugnación de acuerdos sociales. La impugnación de acuerdos sociales sobre la base de una vulneración del derecho del derecho de información ha sido reducida en la reforma de 2014 de forma que es requisito necesario que esa información que no ha sido facilitada sea esencial para el correcto ejercicio por parte del socio de sus derechos de participación, dándose este caso cuando la información es solicitada antes de la junta (art.204.3 b L.S.C). A esto ha añadido que en S.A cuando se solicite una información en la Junta y, esa información no sea facilitada o bien no sea exacta, la consecuencia por la vulneración del derecho de información es la compensación por daños y perjuicios y no la impugnación de la Junta General (art.197.5 LSC)¹⁵.

También se puede producir conductas de abuso en el ejercicio de este derecho, siendo las más usuales que haya un socio que exija determinada información que sabe que su

¹⁴ Sin embargo, la jurisprudencia en varias sentencias como la STS de 19 de septiembre de 2013 (RJ 2013\6401), ha reconocido que el derecho de información tiene una posición completamente autónoma, totalmente independiente del resto de derechos.

¹⁵ GARCÍA-VILLARUBIA. M. “El derecho de información del socio como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales”. *Cuestiones sustantivas y procesales” en El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n. 29, 2015.

revelación supondría un perjuicio para la sociedad o, bien que solicite gran cantidad de información irrelevante con la idea de entorpecer el adecuado funcionamiento de la Junta General.

Otros de los derechos que la ley reconoce a los minoritarios es el derecho a impugnar los acuerdos sociales que consiste básicamente en el proceso judicial mediante el cual, a instancias de un socio o un grupo de socios que representen al menos el 1% del capital social, se cuestiona la viabilidad jurídica de las decisiones adoptadas por el órgano soberano de una sociedad.

La normativa en lo relativo a la impugnación de acuerdos sociales fue modificada profundamente por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo¹⁶. Esta reforma ha reducido los supuestos que la ley establece a tres categorías de impugnación de acuerdos sociales que son: acuerdos impugnables, acuerdos lesivos del interés social y acuerdos contrarios al orden público. La lista de supuestos no es “*numerus clausus*”, sino que será la jurisprudencia la que estime la nulidad del acuerdo social en su conjunto o en parte cuando se den los requisitos que establece la ley societaria. Sin embargo, para evitar supuestos de impugnación demasiado leves, el legislador ha positivizado la regla de la relevancia, de forma que solo son impugnables los acuerdos que adolecen de vicios procedimentales que tienen transcendencia. La consecuencia jurídica de la estimación de esta acción de impugnación de acuerdos sociales será la nulidad total o parcial del acuerdo en disputa.

Al igual que ocurre con el derecho de separación por no reparto de beneficios y el derecho de información, este derecho también puede implicar un determinado abuso de minoría. Este abuso se da muy frecuentemente cuando nos encontramos ante una conducta de oposición a través del derecho de voto por parte de uno o varios socios minoritarios a adoptar determinados acuerdos muy relevantes para la vida de la sociedad. Esta conducta provoca que la sociedad se desvíe de perseguir el fin social para perseguir el interés particular¹⁷. En este caso serán los jueces los que determinen si ha habido conducta abusiva y determine si el rechazo de la Junta a la adopción de ese acuerdo se convierte en aprobación.

¹⁶ Esta ley tuvo como una de sus prioridades tratar de reducir los supuestos que podían alegar los minoritarios a la hora de impugnar los acuerdos sociales, así como aumentar los requisitos de legitimación con la idea de reducir el número de veces que se llegaba a un bloqueo societario causado por el “abuso de minoría”.

¹⁷ IRIBARREN, M. “Acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los minoritarios” en *Almacén de Derecho (blog)*, 2015.

Por último, hay que reconocer ciertos derechos que tienen los socios, diferentes de los anteriores. Uno de ellos es el derecho de oposición a acuerdos lesivos que afecten a sus intereses de forma que para que esos acuerdos salgan adelante será necesario el consentimiento de cada socio implicado siempre que estemos en un S.L (art.292 LSC). El art.293 LSC establece un mecanismo de protección para los dueños de una determinada clase de acciones de un S.A y, es que estos socios pueden ver sus derechos afectados negativamente por una modificación estatutaria. Pues bien, este mismo artículo establece que para que salga adelante esa modificación estatutaria es necesario que se formen dos juntas separadas de forma que en una voten el resto de los socios y, en la otra ejerzan su derecho de voto los socios dueños de acciones de la clase afectada por la modificación estatutaria, teniéndose que aprobar esa modificación estatutaria en las dos juntas siguiendo el procedimiento previsto para cualquier modificación estatutaria. Si fueran varias las clases de accionistas afectados por la modificación de los estatutos, éstos deberán aprobar en Junta Separada dicha modificación estatutaria (art.292 LSC). Por último, una consecuencia del artículo anterior es que hay un mecanismo de defensa que tienen los socios de acciones o participaciones sin voto en caso de que en la junta General se esté debatiendo la aprobación de acuerdos lesivos para estos socios de forma que para su aprobación será necesaria mayoría de estos socios propietarios de acciones y participaciones sin voto (art.103 L.S.C).

C) El administrador en los conflictos societarios.

1) Introducción.

Los administradores son en parte una representación de los socios mayoritarios y, en demasiadas ocasiones sirven a los intereses de estos últimos en contra de los socios minoritarios. Los administradores tienen la función, por una parte, de representar a la sociedad y, por otra parte, de la gestión de la sociedad. Esta última función implica que a los administradores se les debe conceder amplios poderes discrecionales, siendo limitados éstos por dos deberes: El deber general de diligencia y el deber de lealtad. Hay que decir que a pesar tener una cierta discrecionalidad, la Junta General puede interferir en la gestión ya sea marcando unas líneas directrices o prohibiciones que debe cumplir el órgano de administración, siempre que no se diga lo contrario en los estatutos (art.161 LSC). Los administradores despliegan el poder de representación y el poder de gestión por cuenta y en interés de los socios. Es por eso por lo que el legislador ha positivizado los dos deberes

nombrados en el párrafo anterior con una doble finalidad: preventiva y punitiva¹⁸.

2) El deber general de diligencia

El deber de diligencia se encuentra consagrado en los art.225 y 226 LSC. Este es un deber que implica tres obligaciones principales que son: deber de dirección de la sociedad, deber de organización y deber de legalidad. Por último, la ley establece que el administrador tiene a la vez el derecho y la obligación de estar informado. La cuestión es como medir si la conducta del empresario es acorde a las obligaciones que este deber implica, ya que la función de administrador lleva consigo cierto margen de discrecionalidad. La jurisprudencia ha optado por un criterio objetivo y otro subjetivo. El criterio objetivo es el mínimo estándar que debe cumplir un administrador, siendo ésta la diligencia “socialmente esperable”, mientras que se puede elevar el listón atendiendo a las circunstancias concretas del caso, siendo éste el criterio objetivo¹⁹.

En relación con el deber de diligencia, creo conveniente hacer una breve reflexión sobre el “business judgement rule” doctrina surgida en el mundo anglosajón y que ha sido positivizada por el legislador español en el art.226 LSC utilizando el método de “puerto seguro”. Esta doctrina implica que si el administrador prueba que ha cumplido todos los requisitos que establece el art.226, la decisión que ha tomado y que está en entredicho resulta inatacable judicialmente, independientemente de la idoneidad de la decisión a la hora de dar valor a los socios o no. Estos requisitos del art.226 LSC son: buena fe, no tener interés personal en el asunto objeto de la decisión, tener información suficiente y seguir un procedimiento de decisión adecuado. Por último, hay que decir que la carga de la prueba recae sobre el administrador y que nos encontramos ante una presunción iure et de iure²⁰.

3) El deber de lealtad

El deber de lealtad se aplica a las sociedades abiertas y cerradas, siendo consustancial a toda actividad por cuenta ajena no pudiendo ser modificado estatutariamente (230.1 LSC). El deber de lealtad consiste en la *“Obligación de desempeñar el cargo de administrador atendiendo únicamente a los intereses de la sociedad, con independencia de criterio y subordinando el interés propio del administrador al de la sociedad cuando ambos entren en conflicto”²¹*.

¹⁸ VÁZQUEZ, T. *Estrategia Jurídica en los Conflictos Societarios*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 8.

¹⁹ VÁZQUEZ, *Estrategia ...*pp. 87-89

²⁰GARCÍA-VILLARRUBIA. M “La regla de la discrecionalidad empresarial” en *Boletín Mercantil*, n.º 107, 2022.

²¹ <https://dpej.rae.es/lema/deber-de-lealtad>

La Junta General puede tener entre sus competencias si así lo dicen los estatutos (art.160 j LSC), determinar ciertas directrices que deben ser respetadas por el administrador y, cuya vulneración supondría el incumplimiento del deber de lealtad ya que el administrador no actuaría de acuerdo con el interés social.

Este deber está regulado en los art. 227-232 LSC y el legislador ha optado por una regulación donde, por un lado, se establece un principio general (art. 227 LSC) y, en el siguiente artículo se desarrolla el deber de lealtad en un segundo nivel, estableciendo las obligaciones básicas que el administrador debe cumplir para evitar quebrar este deber. El art. 228 letra e) es el artículo que establece el tercer nivel de la regulación del deber de lealtad y, en este nivel el legislador ha determinado que un contenido importante del deber de lealtad es la obligación que tiene el administrador de evitar los conflictos de interés. Este deber es especialmente importante, tanto que el administrador al que se le ha interpuesto una acción social de responsabilidad es inmediatamente cesado (art.239.4 LSC).

Un asunto muy discutido es si el socio se ve vinculado por este mismo deber. La respuesta es afirmativa, aunque de una forma diferente al administrador, ya que el socio debe actuar de buena fe en virtud del contrato social pero no tiene la obligación de defender el interés social como el administrador, por lo que la sanción va a ser diferente, siendo ésta la anulación de los acuerdos sociales que ya se ha visto anteriormente, así como la indemnización. Así, el socio está obligado a no socavar los intereses de los demás socios para beneficiarse él mismo, esto es, no ir en contra del interés social. Este deber de lealtad del socio se observa de forma clara en el abuso del derecho de información por parte del socio y que ha sido establecido en la ley por el legislador en el art. 197 LSC.

La ley establece una serie de supuestos de conflictos de intereses de los socios (art.190.1 LSC) pero no aplica el régimen legal del deber de lealtad a los socios²², de forma que ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que determinar el régimen legal del deber de lealtad aplicado a los socios.

4) Las acciones de los socios contra el administrador.

La responsabilidad del administrador se extiende por un triple ámbito como es el civil, el administrativo y el penal. En esta exposición me voy a referir exclusivamente a la

responsabilidad civil por daños del administrador regulada en el Capítulo V del Título VI de la LSC, donde el legislador ha optado por régimen basado en la culpa. Son una serie de presupuestos lo que se tienen que dar para que ésta exista, siendo éstos: i) Una conducta que puede ser de acción u omisión, ii) Que esa conducta cause un daño que puede ser real o inminente para el patrimonio social o directamente para el de los socios o de terceros, iii) la imputabilidad de dicha conducta al administrador, iv) La antijuridicidad, por ir en contra de las leyes, los estatutos o los deberes del administrador, v) El daño efectivo, vi) La culpabilidad que se presumirá salvo prueba en contrario si se dan los requisitos anteriores. Por último, hay que decir que la responsabilidad se extiende a todo el órgano de administración y es una responsabilidad solidaria (art.237 L.SC)²³.

Por los daños sufridos por conductas del administrador que violan los deberes que le encomienda la ley, la sociedad puede ejercer la acción social contra los administradores. La legitimación activa la tienen la propia sociedad, los socios y, los terceros acreedores de forma subsidiaria cuando no hay suficientes activos para satisfacer sus créditos (art.338 LSC). Lo normal es que sea la Junta General por mayoría ordinaria (art.239 L.S.C) la que autorice a entablar esta acción a solicitud de algún socio, pero puede ocurrir que los administradores no la convoquen, por lo que la ley permite a los socios que representen al menos el 5% del capital social iniciar esta acción, al igual que podrán hacerlo sin necesidad de acudir a la Junta General cuando los administradores hayan violado el deber de lealtad (art.239 LSC). Esa necesidad de mayoría en la Junta General hace que esta acción de responsabilidad social no pueda ser considerada en sí misma como un mecanismo de defensa de la minoría, aunque es verdad que si un socio o grupo de socios representan al menos el 5% del capital pueden incoar esta acción.

Esta acción se ejerce contra el administrador o administrador de hecho, teniendo como presupuesto esencial para su apreciación por los tribunales que el patrimonio social haya sufrido un daño como consecuencia de los actos de los administradores, siendo la finalidad principal la restauración del patrimonio social. El resto de los requisitos son esencialmente aquellos que se han dicho en la responsabilidad del administrador.

La acción directa se encuentra regulada en el art. 241 LSC. La legitimación activa la tienen los socios y terceros que cumplan con el requisito de que hayan sufrido un daño directo en su patrimonio a causa de los actos del administrador, debiéndose dirigir la acción contra este último. Los presupuestos para que los tribunales aprecien esta acción son aquellos a los

²³ VICENT. F. *Introducción al derecho mercantil*, Tomo 1, 24ª Edición. Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 1225-1226.

que me he referido en la responsabilidad del administrador, salvo por el requisito dicho anteriormente de daño patrimonial directo al tercero o socio que ejercita la acción²⁴.

Los socios y otros perjudicados tienen otras acciones de cara a proteger sus intereses como son las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y de anulación de actos y contratos, siempre teniendo como requisito que los administradores hayan infringido el deber de lealtad (art. 232 LSC) e incluso también la acción del art. 367 LSC mediante la cual los administradores responden solidariamente ante los acreedores por las deudas sociales que surjan tras la negativa de éstos a convocar la Junta para disolver la sociedad en el plazo de 2 meses desde el acaecimiento de la causa de disolución obligatoria del art. 360 LSC. Por último, caben la acción concursal del art. 94 de la Ley Concursal y la acción individual dispuesta en el art. 98 de dicha ley.

D) Eficacia de estos derechos de la minoría para evitar los abusos de mayoría.

Si bien el legislador ha tratado de otorgar a los minoritarios los derechos y acciones mencionadas en los párrafos anteriores para tratar de frenar y solucionar los problemas derivados del abuso de mayoría, la realidad en la práctica es que no son del todo eficaces a la hora de evitar estas situaciones.

Este es un primer nivel de protección de los minoritarios y de resolución de conflictos societarios. El primer gran problema es la falta de información que tiene el socio minoritario, y es que en bastantes ocasiones no es consciente de estos derechos al no tener un gran conocimiento jurídico. El segundo problema es la falta capacidad económica para ejercer estos derechos, ya sea por necesidad de contratar abogados o por la imposición del juez de prestar caución cuando el minoritario se ha visto obligado a pedir medidas cautelares. En definitiva, estos derechos pueden ser adecuados para tratar de presionar al mayoritario a llevar a cabo una negociación, pues la idea fundamental que subyace en todos estos instrumentos que la ley pone a su disposición de los minoritarios es que, para su ejercicio y defensa, en caso de que los mayoritarios y administradores no los respeten, hay que acudir a los tribunales con las implicaciones que eso conlleva.

En los conflictos societarios la vía judicial puede llevar a un procedimiento civil o penal. Me voy a centrar solo en el procedimiento civil dado que el ámbito penal no es objeto de estudio de este trabajo y lo primero que hay que decir es que tiene ciertas desventajas como son el mayor coste económico y temporal respecto a otros métodos. De hecho, en los

²⁴ STS 13 de Julio de 2016 (RJ 2016\3191).

juzgados de lo mercantil tardaron unos 14,6 meses²⁵ en resolver en 2021, eso sin tener en cuenta los recursos que dilatan todavía más el proceso.

Otro de los grandes problemas de la vía judicial es que las partes dependen exclusivamente de la decisión de un tercero que puede resolver íntegramente a favor de una parte, de forma que podría ser un juego de suma cero. Por ejemplo, en la acción directa es complicado probar para el socio minoritario que el daño se ha producido directamente en su patrimonio, no bastando que sea un acto reflejo como consecuencia de un daño al patrimonio social y eso lo debe decidir un juez²⁶ por lo que hay cierta incertidumbre.

Un problema que tiene el sistema judicial español, a diferencia del anglosajón, y que reduce la eficacia de estas disposiciones legales, es que es muy inflexible ya que el juez español no puede modificar resoluciones o sustituir las resoluciones de la Junta General²⁷. Sin embargo, entre la doctrina esta flexibilización despierta cierta controversia, pues como bien se ha dicho por varios autores no deben ser los jueces los que determinen la voluntad de los socios²⁸.

Respecto a los conflictos que se dan por obstruccionismo de la minoría, la ley no da apenas soluciones, pero sí que se puede decir que la gran solución es la acción de impugnación de acuerdos sociales en lo respectivo a los acuerdos negativos y, el abuso de derecho del art.7.2 del CC tanto para el derecho de información como la falta de reparto de beneficios²⁹.

Como conclusión se puede decir que las principales soluciones que establece la ley son la impugnación de acuerdos sociales, la acción social de responsabilidad y la acción directa, siendo estas soluciones insuficientes y anticuadas pues se enmarcan en una ley que impone una cultura de conflicto frente a las más modernas soluciones colaborativas representadas

²⁵ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=29&anio=2021&territorio=Espa%C3%B1a&proc=JUZGADO%20DE%20LO%20MERCANTIL>

²⁶ LOPEZ, J. "Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría" en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 47, 13-56, 2014, p.37.

²⁷ FERNÁNDEZ-CUELLAS, R. La Dinámica mayoría-minoría en las sociedades de capital: Discurso de Ingreso en la real academia europea de doctores, Como Académico Correspondiente, en el Acto de Su Recepción el 15 de Marzo de 2018. Barcelona: Reial Acadèmia Europea de Doctors, 2018.

²⁸ CARRASCO, A. (2013), "Racionalidad económica y deber de lealtad entre socios», en Foro de Derecho Mercantil: Revista Internacional, Bogotá, Legis Editores, núm. 40, 2013, pp. 127 y ss, entiende "que el juez no va a conocer mejor que los socios el problema y, por ende, no está de acuerdo en que sean los tribunales los que "ex post" determinen cuál debía ser el correcto comportamiento de los socios".

²⁹ Entre las sentencias que aplican el abuso de derecho se encuentra una sentencia fundamental que ya ha sido citada como es la STS de 25 enero de 2022 (RJ\2022\538).

principalmente por los Métodos alternativos de Resolución de Controversias (en adelante MASC).

2.2.3 *Derecho de separación y exclusión del socio.*

Estos dos mecanismos de resolución de conflictos implican la salida del socio cuando se dan ciertas condiciones. Después de los derechos de la minoría es el segundo nivel de resolución de conflictos que establece la LSC. Son dos mecanismos mucho más radicales que los anteriores ya que implican la finalización del contrato socio-sociedad.

El derecho de separación es el derecho que tienen los socios de exigir a la sociedad la finalización de la relación socio-sociedad previo pago del valor de su participación. Este derecho se supedita a que se den ciertas causas de separación que pueden tener un origen de carácter legal o estatutario. Este derecho sólo aplica a socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo. (art. 346 LSC).

El gran problema que tienen estos mecanismos es el riesgo de descapitalización de la sociedad, pues la sociedad se descapitaliza en la misma cuantía que sea el crédito de reembolso del socio. Ese riesgo de “descapitalización” de la empresa se puede reflejar en el ámbito contable y material. En el contable, el reembolso puede dar lugar a que el pasivo sea superior al activo, lo que da lugar a que no se alcance el nivel de capital social mínimo establecido por la LSC en su art.4 y, en el ámbito material ese pago puede dar lugar que la sociedad se quede sin recursos económicos para proseguir su actividad económica además de poder crear un grave perjuicio a los acreedores. No es cuestión de este trabajo tratar de desarrollar los mecanismos de defensa de los acreedores que articula la ley, pero sí diré que el régimen legal está dispuesto en los artículos 331-337 LSC. Para reducir este riesgo económico la sociedad puede tratar de acordar un régimen de pago más distendido en el tiempo, cualquier tipo de enajenación de activos o incluso se tiene la opción de pedir financiación exterior entre otras soluciones. Por último, hay que decir que la ley protege a las sociedades que tengan pérdidas de forma que no se permite el pago del reembolso de su participación al socio o de “la condonación de la obligación de realizar las aportaciones pendientes” (Art.321 LSC).

Las causas estatutarias de separación deberán ser diferentes de las previstas legalmente, siendo necesaria para su inclusión en los estatutos o modificación unanimidad de todos los socios. La ley establece que los estatutos deberán establecer como acreditar la causa, el plazo de ejercicio y la forma de ejercicio de este derecho (art. 347 LSC).

La exclusión del socio es un mecanismo legal de salida forzosa del socio. Aquí es la sociedad la que decide dar por terminada su relación con el socio y, al igual que ocurre con

el derecho de separación el socio debe recibir el valor de su participación de la sociedad (art.351 LSC). Las causas de exclusión pueden estar previstas legal o estatutariamente, siendo necesario el acuerdo de los socios en la Junta General y, en los casos de exclusión de un socio con una participación superior al 25% será necesaria además resolución judicial firme, siempre que haya oposición del socio cuya posición está en entredicho (art. 352 LSC).

En estos dos mecanismos de salida del socio hay una cuestión muy controvertida que es la valoración de la participación del socio en la sociedad. Dado que cuando se dan estas situaciones, hablamos de una disminución de capital, lo cual perjudica a la propia sociedad y a los acreedores, es importante una correcta valoración además de determinar cuál va a ser el sistema de pago. La ley establece que la valoración la realizará un experto independiente en caso de ausencia de pacto entre socio y sociedad (art. 356 LSC). Una vez fijada la valoración, otra gran cuestión que suscita cierta controversia es que ocurre con la sociedad, pues podemos estar ante un caso de disolución, en cuyo caso a todos los socios incluido al socio que se ha separado le corresponderá el valor de liquidación de su participación en la sociedad³⁰.

Se ha dicho que tanto el derecho de separación como el mecanismo de exclusión del socio pueden tener su origen en causas de origen estatutario. En la exclusión del socio, hay una cláusula estatutaria muy importante en la práctica que es la causa de exclusión por justa causa, que se vincula con el deber de fidelidad del socio, y que operaría cuando determinadas circunstancias personales o conductuales del socio hicieran peligrar el fin social.

La mayoría de la doctrina considera posible la introducción estatutaria de causas de exclusión no basadas en el incumplimiento obligaciones sociales por parte de los socios, dado que puede haber hechos, que la sociedad determine que son los suficientemente graves como para ser beneficiosa para la sociedad sufrir las cargas derivadas de la exclusión del socio³¹.

En el derecho de separación, la posibilidad de fijación estatutaria de causas de separación se condiciona, de un lado, a que estatutariamente se determine la causa de separación, que deberá ser distinta de las causas legales, debiendo respetarse en su determinación las normas de Derecho necesario y los principios configuradores de tipo social. Así mismo,

³⁰ STS 14 de abril de 2014 (RJ 2014\2618).

³¹ ORTEGA, E. *Tratado de conflictos societarios*, ENCISO M, GARCÍA J y GARCÍA-VILLARRUBIA (Coordinadores). Tirant lo Blanch, 2019, pp. 561-562.

deberá determinarse la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo para su ejercicio (artículo 347.1 LSC). La idea de la normativa es tratar de evitar el derecho de separación por justa causa, ya que se darían unos requisitos demasiado suaves que otorgarían demasiado poder al socio, pues hay que recordar que es un mecanismo que puede crear un gran perjuicio a la sociedad.

Estos mecanismos son una solución adecuada para el caso de conflictos donde difícilmente se pueda reconducir la situación. Sin embargo, al acudir a este mecanismo hay un gran riesgo para la sociedad, para los acreedores e incluso para el propio socio. Para la sociedad recae la carga de comprar la participación del socio saliente, lo que implica una reducción de capital en un momento donde a lo mejor no se hace adecuada, lo que implica una descapitalización para la sociedad que puede poner en peligro su supervivencia, pero también la salida de un socio que puede ser muy valioso para la sociedad debido a su “saber hacer” o conocimientos

Para los acreedores implica una mayor dificultad de cobrar sus créditos porque la sociedad debe disponer de su caja para recomprar la participación del socio y, es por esto por lo que la legislación ha tratado de establecer mecanismos para proteger los intereses de los acreedores como son las medidas de los art.331-337 LSC. Para el propio socio pueden ser mecanismos perjudiciales porque puede vender su participación a la sociedad a un precio inferior al de mercado, ya que estamos hablando de sociedades no cotizadas donde el traspaso de una participación es más difícil y por esto es por lo que tiene gran importancia la valoración de la participación del socio. Sin duda, para conflictos más leves donde los socios no quieran terminar su relación o que la empresa sea viable es mucho más adecuado un método como el de la mediación.

2.3 El bloqueo societario y sus soluciones.

Un conflicto societario con consecuencias muy severas para la vida de la sociedad es el bloqueo societario. Con el bloqueo societario me estoy refiriendo a la situación donde la Junta General no es capaz de adoptar ninguna decisión, ya sea por incapacidad para convocarla, para constituirse o para llegar a adoptar acuerdos sociales en votación. Ante este conflicto societario la ley sólo establece un mecanismo de solución que es la disolución dispuesta en el art. 363.1 letra d).

Es evidente que la solución legal no es adecuada, sobre todo cuando hablamos de una sociedad viable, que tiene beneficios y cuyo único problema son unas controversias entre

los socios³².

Hay otras soluciones menos gravosas para la sociedad que se pueden establecer en los estatutos sociales y en pactos parasociales. Entre esas soluciones podemos encontrar con cláusulas que inciden en el derecho voto, el derecho de separación, las cláusulas de arrastre y de acompañamiento, la cláusula de ruleta rusa o la subasta entre otras. Quitando las cláusulas que inciden en el derecho de voto, las demás se puede utilizar para resolver conflictos societarios en general, incluyendo el ya mencionado conflicto mayoría-minoría y, por eso por lo que merece la pena detenerse a analizarlas brevemente.

La cláusula de arrastre o *drag-along* consiste en que los minoritarios se van a ver obligados a vender su participación en la sociedad cuando un tercero compre la participación del mayoritario, siendo considerada esta cláusula por una parte de la doctrina como un derecho de la mayoría³³. La cláusula de acompañamiento o *tag-along* consiste en que a los minoritarios se les otorga un derecho de opción, para que ellos tengan la oportunidad de acompañar la venta de la participación de un mayoritario en los mismos términos y condiciones³⁴. El gran problema de estos mecanismos es que es un tercero el que compra las acciones o participaciones, lo que conlleva la salida del socio el cuál puede tener conocimientos muy valiosos para la compañía y, también tienen por desventaja el alto coste económico que suponen estos mecanismos. Jurídicamente, ha suscitado cierta controversia la admisibilidad de este tipo de cláusulas tanto en los estatutos como en los pactos parasociales y ha tenido que ser la DGRN la que ha determinado su validez en los dos casos en algunas resoluciones como la de 30 de junio de 2018 o la de 20 de mayo de 2016.

La cláusula de ruleta rusa implica que un socio o grupo de socios hace una oferta al otro socio o grupo de socios para comprar o vender su participación por un precio fijado de antemano. Una vez comunicada la oferta, el receptor de la oferta queda obligado a la venta y si no quiere, tendrá la obligación de comprar la participación del grupo de socios que lanzó la oferta. Este mecanismo tiene varias desventajas como un cierto abuso del socio con mejor información o del que tiene mejor posición económica, la afcción del derecho de propiedad, además de ser poco adecuada cuando haya más de dos bandos enfrentados, eso sin hablar del precio justo pues las partes deben tratar de ponerse de acuerdo sobre el precio sin que haya una contraprestación monetaria que suponga que una parte salga en una posición muy desfavorable.

³² FERNÁNDEZ, L. “La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital”, 2018, p.65.

³³ SÁEZ, M^ªI. Y BERMEJO, N. (2007). “inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad. a vueltas con los pactos de tag -y de drag –along”. InDret, núm. 1.

³⁴ PERDICES, A. “Lecciones Tag –Along”, en *Almacén de Derecho (blog)*, 2016.

La subasta consiste en que todas las acciones o participaciones de una sociedad se venden en subasta, pujando todos de los socios. El precio de apertura es fijado por los propios socios con la ayuda normalmente de un experto independiente. El socio que puja más alto se queda con toda la sociedad y se convierte en socio único. El gran problema de este mecanismo es el riesgo de fallo ante la creencia del resto de socios de que el precio de apertura es demasiado alto³⁵.

Hay muchas otras soluciones y en este trabajo he descrito las que considero más habituales en la práctica. Como se observa todas ellas son bastante radicales y con un alto coste económico, por lo que para conflictos menos intensos es mucho más recomendable utilizar otros métodos como la mediación.

2.4. Otras Soluciones para otros conflictos societarios.

2.4.1. Los estatutos sociales y los pactos parasociales.

A) INTRODUCCIÓN.

En este apartado no voy a tratar mecanismos de resolución de conflictos como tal, sino que voy a tratar de explicar los medios donde se establecen, pues los mecanismos de resolución de conflictos son, al igual que los conflictos societarios, prácticamente innumerables debiendo cada socio o grupo de socios encontrar el que más se adecue a sus intereses y a su personalidad.

B) LOS ESTATUTOS SOCIALES.

Los estatutos sociales recogen las normas que van a regular la vida corporativa de la sociedad, incluyendo los aspectos básicos de su organización. En los estatutos, los socios pueden tratar de anticiparse a los conflictos que creen que son más probables que se den entre ellos y tratar de recoger las vías de solución que ellos consideren.

La ley impone un contenido mínimo a los estatutos que puede ser ampliado potestativamente por los socios en virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige el contrato social (art.23 L.S.C y art.115 y ss. RRM). Este contenido potestativo debe respetar lo establecido en las leyes, así como las normas configuradoras del tipo social escogido (art.28 LSC).

Por tanto, como se observa los socios pueden elegir cualquier tipo de instrumento de resolución de conflictos siempre que se respete el contenido del art. 28 LSC. Serán las

³⁵ SERRANO, A. "Mecanismos para solucionar un bloqueo societario en una sociedad de capital". Revista Lex Mercatoria, 2015, p.86.

autoridades del Registro Mercantil la que determinen si las estas cláusulas de resolución de conflictos se adecuan al art. 28 LSC o no.

C) LOS PACTOS PARASOCIALES

Los pactos parasociales son convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen³⁶. Estos pactos se suelen celebrar por tres razones: Confidencialidad, flexibilidad del procedimiento de modificación y, por último, porque el contenido de dichos pactos puede ser contrario a los principios configuradores del tipo social.

Los pactos parasociales se encuentran en un nivel diferente a los estatutos, ya que mientras éstos se encuentran en la esfera societaria, los pactos parasociales se encuentran en la esfera contractual, pues sólo vinculan a los socios firmantes. Al estar en diferentes esferas la regulación es diferente.

Los pactos parasociales se pueden dividir en tres grupos atendiendo a la clasificación de Paz Ares³⁷:

- a) Pactos de relación³⁸: Son pactos irrelevantes en la esfera social donde lo determinante es la voluntad de los socios de regular sus relaciones recíprocas al margen de la sociedad.
- b) Pactos de atribución³⁹: Son los pactos a los que los socios se vinculan con la idea de atribuir ventajas a la propia sociedad. Por tanto, los socios se comprometen a cumplir unas obligaciones con la propia sociedad.
- c) Pactos de organización: Los socios buscan regular la organización y la toma de decisiones dentro de la sociedad. Son los pactos más importantes y los más problemáticos, pues, en definitiva, se está dirimiendo el poder dentro de la organización⁴⁰.

Los pactos parasociales deben respetar las normas del derecho civil de obligaciones, es

³⁶ PAZ-ARES. C. "El enforcement de los pactos parasociales" en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Nº 5, 2003, p.1.

³⁷ PAZ-ARES. C, "eEl enforcement...p.2.

³⁸ En este tipo de pactos se incluyen entre otras, las cláusulas de valoración de acciones o de participaciones que hay que relacionar con el art. 356 L.S.C y las famosas cláusulas de arrastre y de acompañamiento.

³⁹ Ejemplo de este tipo de pactos son la prohibición de competencia o la obligación de financiación adicional.

⁴⁰ Aquí se pueden incluir los pactos de arbitraje en caso de conflicto y, sobre todo, las limitaciones al consejo de administración e incluso, el procedimiento de modificación de los estatutos.

decir, el art.1255 del CC⁴¹, por lo que los perjudicados por la falta de cumplimiento de estos pactos van a disponer de las acciones que reconoce el derecho civil de contratos y obligaciones. Entre estas acciones están la acción de indemnización de daños y perjuicios (art.1101 y ss. CC), la acción de cumplimiento (art.1098 CC y art.706 LEC), la acción de remoción (art.1098.2 CC), la acción de resolución y ciertas medidas de autotutela como son la incorporación del contenido de los pactos parasociales a los estatutos sociales o lo que es más normal, la inserción de determinadas cláusulas penales, que la jurisprudencia ha reconocido su validez en la STS de 27 de septiembre de 1961 y en la resolución de la DGRN de 6 de junio de 1992.⁴²Esto comentado anteriormente implica que los pactos societarios pueden tener un gran nivel de coerción entre los socios en un ámbito exterior a la sociedad.

Una cuestión muy debatida tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente es la de la eficacia. En principio, los pactos parasociales vinculan exclusivamente a los socios en virtud del principio de relatividad de los contratos (art.29 LSC) y son inoponibles frente a la sociedad (art.29 LSC). Esto último tiene por implicación que los estatutos sociales priman sobre este tipo de pactos. La vinculación de la sociedad con el pacto parasocial ha sido ampliamente discutida por la doctrina, inclinándose la jurisprudencia por la inoponibilidad, incluido en el caso de que todos los socios sean firmantes. Lo dicho en este párrafo implica a su vez que no se puede impugnar un acuerdo social basándose exclusivamente en la vulneración de un pacto parasocial⁴³.

2.4.2 La negociación y los métodos alternativos de resolución de conflictos

A) NEGOCIACIÓN

La negociación es, sin duda, el mejor procedimiento a la hora de resolver los conflictos societarios, pues es el método que mejor economiza tiempo y recursos. Se podría decir que todo lo que se ha estudiado en los apartados anteriores, son en cierta medida, medios de presión que tienen una de las partes negociadoras contra la otra.

Lo normal es que el procedimiento de negociación termine con un acuerdo de confidencialidad, una carta de intenciones, un memorando de entendimiento y figuras similares. Un requisito indispensable para que haya negociación es que las dos partes deben estar dispuestas a ceder, algo que no siempre ocurre y, es en estos casos donde se deberá

⁴¹STS 6 de marzo de 2009 (RJ 2009\2794).

⁴² PAZ-ARES. C, "El enforcement... p.3.

⁴³ La doctrina jurisprudencial a la que me he referido en este párrafo ha sido de algún modo resumida y reiterada en la STS 7 abril 2022 (RJ 2022\1974).

acudir a las formas de resolución de conflicto de las que hablaré posteriormente.

B) MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) son vías que tienen las partes para resolver sus conflictos sin acudir a los tribunales. Estos sistemas han existido desde tiempos muy antiguos, pero empezaron a ser relevantes en el derecho moderno a través del Derecho Internacional Público. En el derecho privado, estos métodos empezaron a tener cierta relevancia en la impartición de justicia a partir de la conferencia Pound de 1976 en EE. UU⁴⁴.

Estos métodos tienen ciertas ventajas respecto a la vía judicial tanto para las partes como para el propio sistema judicial. Para las partes, los MASC permiten resolver sus conflictos de forma mucho más breve y con menor coste económico. Una ventaja adicional y yo diría que la principal, es que hay una mayor probabilidad de que tanto las relaciones jurídicas como económicas sobrevivan y sean duraderas. Para el sistema judicial, la principal ventaja es la descarga de trabajo que genera. Con los MASC me estoy refiriendo principalmente a tres métodos que son: la conciliación, la mediación y el arbitraje. Dado que la mediación se verá en el capítulo siguiente voy a tratar de explicar brevemente los otros dos métodos.

La conciliación es un método de solución de conflictos muy cercano a la negociación que consiste básicamente en que las partes tratan de llegar a acuerdo y, para ello un tercero trata de aproximar las posturas, llegando éste a proponer soluciones, a diferencia de la mediación. La principal desventaja es que para determinados conflictos muy enquistados y complejos como suelen ser los conflictos societarios, no es recomendable que una tercera persona proponga una solución, sino que es mejor que las partes entiendan el problema y, alcancen por ellas mismas una solución. Está regulada en Título IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

El arbitraje consiste *en una modalidad extrajudicial de resolución de las controversias fundamentada en la libre voluntad de las partes, quienes mediante un acuerdo confían a un tercero la solución de las controversias presentes o futuras, atribuyéndole autoridad para emitir una resolución que devendrá final y ejecutiva (laudo)*⁴⁵. Está regulado en España por la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Hay que decir que, aunque he dicho el régimen legal español hay que tener en cuenta el régimen de arbitraje internacional, así como el régimen legal arbitral en diferentes

⁴⁴ SOLETO MUÑOZ, H. "La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos" en *Revista de Mediación*, nº10, 2017.

⁴⁵ VILALTA, E. *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Aranzadi, 2013, p. 139.

sectores como consumo, marítimo, propiedad intelectual, familiar y otros muchos.

Los métodos de mediación y arbitraje se diferencian porque en el primero, el tercero no propone una solución a las partes en conflicto. En el segundo, son las propias partes las que se obligan a respetar la solución que proponga ese mismo tercero. Otra diferencia fundamental es que arbitraje es un método hetero compositivo al igual que la vía judicial lo que implica que va a ser el árbitro el que va a decidir sobre el proceso y el asunto, de forma que las partes no van a poder disponer del proceso.

Esta es para mí la principal ventaja de la mediación sobre el arbitraje que, ya que muchos sujetos son reacios a que terceros decidan sobre sus asuntos, la mediación ofrece que las partes sigan teniendo cierto control sobre los asuntos que se discuten en el proceso. Otra ventaja que tiene la mediación es que el acuerdo resolutorio va a tratar de que ninguna de las partes pierda demasiado, mientras que en el arbitraje puede ocurrir que uno de los actores vea satisfechas todas sus pretensiones, dejando a la otra parte con una derrota total. Sin embargo, el arbitraje tiene una ventaja sobre la mediación en el ámbito de la eficacia de laudos arbitrales a nivel internacional y, es que como se verá más adelante, para ejecutar un acuerdo de mediación en países no miembros de la UE o para su ejecución en España de un acuerdo firmado en otro país no miembro de la UE va a depender de los convenios bilaterales que tenga España con ese país, mientras que en el Arbitraje, la eficacia va a depender en gran medida de las normas que establece la Convención de Nueva York de 1958 a la que están adheridos 166 países.

La conciliación, la mediación y el arbitraje son los únicos métodos positivizados en el derecho español, pero eso no significa que sean los únicos por los que las partes pueden optar. Entre los otros MASC nos encontramos con: acudir a un “experto neutral” o “evaluador neutral” que dictará un informe respecto a alguna cuestión específica; los mini-jurios que consisten en que un asesor emite un veredicto no vinculante en un proceso adjudicatorio, asistiendo también a las negociaciones y, por último, las diligencias preliminares de comprobación en las que un tercero neutral determina la veracidad de los hechos objeto del conflicto. En el sistema arbitral de consumo nos encontramos ante un arbitraje de resolución de conflictos sin necesidad de justificación, donde basta con interponer una reclamación de arbitraje ante una empresa que está adherida al Sistema Arbitral de consumo regulándose este procedimiento por Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Hay otros instrumentos que pueden utilizar las partes como el arbitraje no vinculante unido al procedimiento judicial o la evaluación neutral previa, pero la idea fundamental es que el resultado que se alcance en

estos procedimientos tiene eficacia dentro del ámbito contractual⁴⁶. Estos métodos son para controversias muy concretas donde sí que funcionan bien, pero para determinados conflictos como suelen ser los societarios no son demasiado eficaces.

Por último, recordar que en la práctica se ha ido extendiendo el uso de métodos híbridos para la resolución de controversias representado principalmente por el Med-Arb aunque también nos encontramos con otros como el Arb-Med que implica que a la hora de resolver un problema las partes van utilizar varios de los métodos citados anteriores de forma escalonada incluida la conciliación. A continuación, voy a tratar de explicar cómo pueden actuar conjuntamente estos métodos de resolución de conflictos. El Med-Arb implica que las partes se comprometen a llevar su conflicto a mediación, llevándose el conflicto a arbitraje si la mediación resulta infructuosa e incluso a este sistema híbrido se le puede añadir la conciliación de forma que lo primero que se haría sería una conciliación. El Arb-Med es un proceso mediante el cual el árbitro dicta un laudo secreto en un primer momento que no se desvelará hasta que la mediación no haya resultado, mientras que en caso de que la mediación funcione se tendrá en cuenta el acuerdo al que hayan llegado las partes en mediación.

⁴⁶ - BOLDA, C. *La mediación en Asuntos Mercantiles*, en Tirant Lo Blanch, Andreu M. del M (coordinadora), pp.251 y 252.

3. LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS

3.1. Introducción

3.1.1 Regulación, definición y principios informativos.

La mediación es uno de los métodos alternativos de resolución de controversias más utilizados en la práctica. La incorporación de este método a la legislación española se produjo con la transposición de la Directiva 200/52/CE a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, siendo acompañada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LMACM). A esta regulación legal descrita anteriormente hay que añadir la normativa propia de cada Comunidad Autónoma, los reglamentos de las instituciones de mediación y, por último, los códigos de conducta destacando entre estos, el Código de conducta europeo para mediadores, desarrollado en 2004 por el Consejo de Europa. Además de todo lo anterior, tiene gran importancia, sobre todo en el ámbito de la mediación ad hoc, el Reglamento de Mediación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) del año 2021.

Es la propia LMACM la que nos da una definición en el art.1 cuando dice que “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”. De esta definición se pueden sacar varias notas: i) la mediación no es un procedimiento judicial; ii) el objeto es siempre una controversia o conflicto judicial; iii) Los sujetos participantes en la mediación son las partes y el mediador; iv) El desenlace satisfactorio de la mediación siempre es un acuerdo de naturaleza contractual dado el carácter autocompositivo de la mediación, lo que implica que el acuerdo no tiene fuerza ejecutiva por sí sólo y v) La mediación tiene carácter voluntario y dispositivo. A estas notas hay que añadir que siempre es un procedimiento privado e informal⁴⁷.

Son varios los principios configuradores de la mediación establecidos en el Título II de Ley 5/2012, siendo esta regulación un poco desordenada. Se puede decir que los principios fundamentales son:

Voluntariedad: Regulado en el art.6 LMACN, este principio consiste básicamente en que las partes involucradas deben manifestar libremente su voluntad. Este principio de aplica

⁴⁷ PÉREZ, M. A., PÉREZ, M. E. y GARCÍA, A. L. *Mediación como método de solución de conflictos*, Tirant lo Blanch, 2019, p.53.

tanto a las partes como al mediador. Respecto a las partes, éstas son libres de acudir a un procedimiento de mediación y, de abandonarlo en cualquier momento habiendo comenzado el proceso. El mediador también es libre de intervenir en el proceso, pues tiene que aceptar el nombramiento de mediador. Una vez aceptado el cargo, puede renunciar (art. 13.3 LMACM), por lo que es necesario resaltar que este principio se aplica en cualquier momento del procedimiento.

Imparcialidad: Los mediadores deben ser imparciales e independientes y, no deben tomar partido. Es necesario que el mediador asegure a cada parte un trato justo, lo que significa que ambas partes tendrán el mismo tiempo para presentar sus argumentos y sus necesidades serán consideradas sin priorizar las de una parte⁴⁸.

Además de ser imparcial, un mediador debe parecer imparcial. Los mediadores tienen la obligación antes de iniciar un procedimiento o, una vez iniciado éste, de revelar cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad. Esta obligación se extiende no sólo al momento anterior al proceso, sino también durante el desarrollo de este. El mediador puede no aceptar la mediación en el primer caso o renunciar en el segundo o, bien tiene la posibilidad de comunicárselo a las partes para que ellas den el consentimiento sobre su continuidad como mediador (art. 13.5 in fine LMACM).

Principio de Neutralidad: Este principio implica que el mediador debe intervenir de manera que permita a las partes en conflicto llegar a un acuerdo “por su propia iniciativa” (LMACM Art. 8). Para conseguir este objetivo la ley impone claras restricciones al mediador como es que no puede tomar decisiones ni contraer compromisos con las partes en conflicto. También es obligación del mediador crear el clima propicio de confianza y colaboración entre las partes.

Principio de Confidencialidad: Todo tipo de información utilizada en el procedimiento de mediación no puede ser revelada al exterior ni en procesos posteriores salvo los supuestos que establezca la ley y el pacto de mediación. La confidencialidad se regula en el art. 9 de la LMACM y, es un principio clave para asegurar el éxito del proceso sobre la buena fe, pues “la confidencialidad parece ser la condición sine qua non para el buen funcionamiento de las ADR, porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento.”⁴⁹

Este principio se extiende tanto al propio procedimiento en sí, como a los documentos e

⁴⁸ Código de Conducta Europeo para Mediadores, 2014, pp. 2-3.

⁴⁹ Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 19 de abril de 2002, p.32,.

información que se expongan en el mismo. Es un principio que obliga tanto al mediador como a las propias partes y, también a toda persona que participa en el proceso, pensando la ley sobre todo en los peritos y, es un deber para el que no hay límite de tiempo, pues el mediador está obligado a mantener en secreto la información o a no divulgarla para siempre.

Este principio hay que relacionarlo sobre todo con el secreto profesional, cuya consecuencia principal es que el mediador no queda obligado a revelar, a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo” (art. 9.2 LMACM). De hecho, no es sólo que no quede obligado a declarar, sino que no debe, pues en ese caso el testimonio del mediador sería nulo.

El propio artículo 9 establece cuando el mediador queda dispensado de su deber de secreto profesional, siendo estos supuestos: por acuerdos expreso y escrito entre las partes o, bien por resolución del juez penal. También hay que decir que las legislaciones autonómicas suelen establecer otros supuestos sobre todo pensando en la mediación familiar e incluso los propios reglamentos de las instituciones de mediación.

3.1.2. Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal.

La aprobación del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de 2022 (PLMEP) implicaría ciertas novedades para la regulación de la mediación en España. Este proyecto, cuyo ámbito de aplicación son materias civiles y mercantiles, fue redactado con la idea de resolver algunos problemas que se habían detectado en la administración de justicia tras la pandemia del COVID-19. Este proyecto tiene como novedad más importante en lo relativo a la mediación, una especie de voluntariedad mitigada y, es que trata de establecer un dónde para la admisión de la demanda por parte de los tribunales será obligatoria el acudir a alguno de los métodos que establece el art.1, incluyendo la mediación (art.4 PLMEP)⁵⁰. Otra novedad que considero importante es que el proyecto otorga valor de cosa juzgada al acuerdo de mediación, aunque se mantiene la legislación actual en lo relativo al valor de título ejecutivo⁵¹, si bien es verdad que la partes podrán compelerse mutuamente a elevar el acuerdo de mediación a

⁵⁰ El TJUE indica que el hecho de que una normativa nacional haya dispuesto la obligatoriedad del recurso a un procedimiento de ADR con carácter previo al ejercicio de una acción judicial no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. (STJUE 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-317/08 a C-320/08).

⁵¹ RUIZ, F. y FERNÁNDEZ, J. C. *Mediación civil y mercantil*, Tirant lo Blanch, p. 174.

escritura pública (art.12 PLMEP).

Es muy importante diferenciar en este capítulo entre mediación institucional y mediación ad-hoc. La mediación institucional es aquella en la que las partes deciden someter su controversia a una institución de mediación, así como en cuanto en lo referente a normativa de la LMACM, del RD 980/2013 y, de los reglamentos de las instituciones de mediación. Por otro lado, en la mediación ad-hoc, las partes deciden someterse a la regulación que hayan pactado, además de a la gestión de la persona a la que hayan decidido conceder la condición de mediador, teniendo ésta la obligación de encargarse de la logística, las notificaciones, la documentación y demás trámites consustanciales a un procedimiento como la mediación, tareas que en la mediación institucional serían realizadas por la institución de mediación.

El Reglamento de mediación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) de 2022 se utiliza en bastantes ocasiones como referencia a la hora de regular un proceso de mediación ad hoc y es que el art.1 del citado reglamento establece que “el presente Reglamento se aplicará cuando las partes hayan convenido en que las controversias entre ellas se someterán a mediación de acuerdo con el Reglamento de Mediación de la CNUDMI”. Aun así, las partes pueden decidir acogerse a la normativa que ellas consideren e incluso pueden modificar o excluir las disposiciones que consideren tal como establece el art.1.4 del Reglamento. En el ámbito de la propiedad industrial e intelectual, hay que tener muy presente el Reglamento de Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), tal como establece el art.2 de dicho Reglamento “Cuando un acuerdo de mediación prevea la mediación de conformidad con el Reglamento de Mediación de la OMPI, el presente Reglamento se considerará parte de ese acuerdo”.

3.2. Procedimiento

3.2.1 Introducción

Como se ha dicho anteriormente la mediación es un método autocompositivo donde son las partes las que tienen el control sobre el proceso, lo que implica que es un proceso muy flexible donde la LMACM va a tratar de establecer una regulación mínima con la idea de que el procedimiento se desarrolle bajo unas garantías mínimas que permitan la validez y la posterior ejecución del acuerdo de mediación, pues hay que decir que el acuerdo de mediación sólo se ejecuta si se lleva a escritura pública, para lo cual el notario tiene que constatar que se cumplen los requisitos que exige la ley y que describiré más adelante .

A mayores de esa regulación mínima, las partes pueden tratar de establecer su propio procedimiento, pero siempre tratando de cumplir esos requisitos mínimos. Voy a tratar de explicar cómo es un procedimiento de mediación a través de la propia ley, y utilizando como complemento alguno de los reglamentos de las instituciones de mediación referentes en España como el Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA).

En este capítulo voy a tratar de examinar el procedimiento más común, que es el que se regula en la ley siempre con un objetivo claro, que es el de cumplir con los principios que se han explicado en el apartado anterior para que así el proceso de mediación vincule a las partes y pueda ejecutarse.

Al procedimiento de mediación se puede llegar de tres formas⁵², dos establecidas en el art. 16 LMACM y, otra que es la mediación por derivación judicial.:

- 1) La primera forma es mediante una cláusula por la que las partes se comprometen a considerar resolver mediante mediación las controversias una vez han surgido en su relación jurídica o bien, puede ocurrir que no exista esa cláusula pero que alguna de las partes invite a la otra a acudir a un procedimiento de mediación.
- 2) Otra manera que tienen las partes de acudir a un procedimiento de mediación es a través de un compromiso de intentar solucionar las disputas que surjan en sus relaciones jurídicas antes de que éstas se produzcan, a través de la mediación de forma que se obligan a acudir a este método antes de acudir a la vía judicial o arbitral.
- 3) La tercera y última vía es la mediación por “derivación intrajudicial”, que implica que el juez de un procedimiento judicial vigente va a sugerir a las partes la posibilidad de solucionar el conflicto jurídico mediante la mediación, pudiendo las partes acogerse o no a este método, ya que la mediación actualmente es voluntaria⁵³, aunque es cierto que en caso de que una parte rechace acudir a la mediación, para luego allanarse en la demanda, se entiende que ha habido mala fe procesal y deberá pagar las costas. Esta última vía está dispuesta en el art. 414.1 LEC.

Una vez visto el marco general de cómo pueden llegar las partes a un proceso de mediación hay que tratar de adecuar ese marco al derecho de sociedades, que es lo que se está tratando en este estudio. En especial me voy a referir a continuación a los

⁵² RUÍZ. F. y FERNÁNDEZ. J.C, *Mediación...*p.425

⁵³ El propio Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) publicó en 2016 una Guía para la práctica de la mediación intrajudicial que comprende determinados protocolos de derivación de los asuntos en disputa judicial a mediación en todos los órganos jurisdiccionales.

estatutos sociales y los actos parasociales, que están relacionados con las maneras una y dos de iniciar un procedimiento de mediación

Respecto a los estatutos sociales, éstos pueden incorporar una cláusula mediante la cual los socios decidan acudir a la mediación para resolver sus futuras controversias. Esta cláusula puede incorporar la mediación sólo o, bien puede estar acompañada de otro MASC como el arbitraje o incluso un sistema híbrido como he explicado en el capítulo anterior. Esta cláusula puede establecerse en los estatutos desde la constitución de la sociedad o se puede incorporar más tarde mediante un acuerdo de modificación de los estatutos, hablando la doctrina de que en este último caso lo máximo que se podría exigir para la inclusión de esta cláusula sería una mayoría reforzada de dos tercios, ya que la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, establece este requisito en la regulación del arbitraje, por lo que entiende parte de la doctrina que incluso se podría reducir esta mayoría reforzada ya que la mediación es un método autocompositivo donde la partes deciden por sí mismas.

Los pactos parasociales también pueden incorporar una cláusula de mediación, vinculando esta cláusula a los socios que hayan suscrito este pacto y, por supuesto un pacto parasocial omnilateral obligará a todos los socios. Opina un autor como Embid Irujo⁵⁴ que los pactos parasociales que la mediación solo puede intervenir en aquellos asuntos sobre los que versen los pactos parasociales y no sobre otros, además de sólo verse obligados a resolver sus controversias en mediación los que socios que han suscrito el pacto.

Una cuestión de gran importancia es determinar la eficacia de las cláusulas de mediación. Es evidente que cuando se accede a la mediación por invitación o por cláusula mediante la cual las partes se obligan a estudiar la posibilidad de acudir a la mediación, no tienen eficacia, es decir las partes no están obligadas a acudir a la mediación, así como en la mediación intrajudicial. Es en el segundo caso, es decir en el caso de la cláusula donde sí que se puede decir que tiene cierta eficacia ya que al fin y al cabo han aceptado someterse a mediación y, por tanto, estamos ante un contrato.

El art.6.2 LMACM establece que “Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la

⁵⁴ CASTILLEJO, R., ALONSO, C., Y CASTILLEJO, C. *Manual de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2020, p.38.

controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”. Esto mismo, aunque desde el lado inverso se dice en el art.10.2 LMACM cuando este artículo habla de “se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial”, lo que implica que no es necesario que las partes se mantengan en el proceso ni que lleguen a un acuerdo tal como establece el art.6.3 LMACM, para acceder a otro procedimiento. En principio basta con que se hagan los trámites previos pues se trata de obligar a que haya una determinada cooperación por parte de las partes para la resolución e interpretación del conflicto, así como matizar la falta de confianza, aunque no se pueda alcanzar un acuerdo; por tanto, lo que pretende la ley es que no se utilice la mediación como instrumento dilatorio⁵⁵.

Al párrafo anterior hay que añadir que la LEC ha creado un sistema de declinatoria para tratar de reforzar lo dispuesto en el párrafo anterior, mediante el art.39 LEC, que dice que “El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia”.

3.2.2 Fases del procedimiento.

a) SOLICITUD

El proceso de mediación se inicia cuando las partes deciden realizar una solicitud de mediación ante el mediador o, bien la institución de mediación. La forma de iniciación va a depender de si estamos hablando de una mediación ad hoc, institucional o intrajudicial. En el caso de una **mediación ad hoc**, se entiende que se inicia cuando las partes llegan a un acuerdo de iniciación de la mediación tal como establece el art.2 del Reglamento de mediación de la CNUDMI.

El inicio de la **mediación institucional** va a depender del reglamento de la institución a la que se sometan las partes, pero normalmente el proceso de inicio va a ser diferente dependiendo si hay acuerdo anterior o no. Si hay acuerdo ex-ante, la mediación se inicia con una solicitud a la institución de mediación, debiendo contener esta solicitud determinados documentos como una descripción de la relación jurídica, aunque este contenido va a ser regulado por el Reglamento de la institución de mediación.

⁵⁵ RUÍZ y FERNÁNDEZ, *Mediación...*p.390.

Respecto a los requisitos que debe contener la solicitud va a depender del Reglamento al que se someta el procedimiento y esta solicitud va a implicar que se va a suspender “la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador ad hoc o por la institución de mediación”. Esta suspensión durará “hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley”. Si en los 15 días siguientes a la recepción de la solicitud no se llegara a firmar el acta de la sesión constitutiva, se reanudará el cómputo de los plazos de caducidad y prescripción (art.4 y 16 LMACM). Hay reglamentos de instituciones de mediación que regulan la aceptación de la solicitud como es el caso del reglamento de mediación de la Cámara de Comercio de Valladolid en su artículo 18.

Una vez aceptada la mediación se entra en el procedimiento propiamente dicho dividiéndose éste en varias etapas que voy a describir brevemente a continuación y para el que voy a seguir a Fernández Samaniego⁵⁶.

b) FASE PREPARATORIA.

Esta fase se divide a su vez en designación del mediador, sesión informativa y sesión constitutiva. Voy a tratar de desarrollar cada una de estas fases brevemente.

1) Designación de mediador.

A la designación del mediador o mediadores, que la ley no impide que puedan ser varios, se puede llegar por acuerdo entre las partes y, en defecto de éste, se puede acudir a cualquier persona o institución de mediación para que designe al mediador siendo este último caso de acuerdo con su reglamento⁵⁷. Lo más común es que la institución de mediación ofrezca a las partes una lista de mediadores que reúnan los requisitos legales y si no se pusieran de acuerdo sería la institución la que nombrará al mediador, o bien puede ocurrir que las partes elaboren una descripción de las características que debe tener la persona que medie en su conflicto y sea la propia institución de mediación quien seleccione a dicha persona para el cargo. Una vez escogido el mediador por las partes, éste debe demostrar determinadas acreditaciones

⁵⁶ FERNÁNDEZ, J. “Etapas procedimentales” en *Mediación civil y mercantil*, RUIZ, F. y FERNÁNDEZ, J. C, Tirant Lo Blanch, pp.423-435.

⁵⁷ El art.9 del Reglamento de mediación de la Cámara de Comercio de Valladolid regula la forma de designar al mediador o mediadores siguiendo de forma muy similar lo dicho arriba, pues todos los reglamentos de mediación asumen prácticamente los mismos procedimientos.

como son las de disponibilidad, independencia e imparcialidad. Una vez realizado el último trámite, las partes y el mediador firman el contrato de prestación de servicios de mediación⁵⁸.

2) Sesión informativa.

Una vez aceptada la solicitud de inicio, la institución de mediación o el mediador convocarán a las partes para la sesión informativa. La información que como mínimo se debe comunicar a las partes la establece el art.17 LMACM cuando establece que “En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva”. Por último, la ley determina que la incomparecencia injustificada de alguna de las partes implicará la presunción de que desisten de seguir con el procedimiento (art.17 LMACM).

3) Sesión constitutiva.

Está regulada en el art. 19 LMACM y es una sesión completamente independiente de la sesión informativa, aunque lo normal es que las dos sesiones se realicen de forma consecutiva. La sesión constitutiva es el paso en el cuál las partes dejan constancia de que aceptan someterse a la mediación. Además de lo dicho anteriormente, es necesario levantar acta de la sesión constitutiva cuyo contenido estará compuesto por los aspectos que establece el artículo 19 LMACM. Esta acta debe ser firmada por el mediador y por las partes, algo que no si no se realiza porque no hay acuerdo, el acta dictará que la mediación se ha intentado sin efecto (art.19.2 LMACM)⁵⁹.

c) FASE DE APERTURA.

1) Reuniones previas a la primera sesión conjunta.

Este paso se produce en el primer día del procedimiento y consiste básicamente en que las partes con o sin sus abogados (en proceso de mediación no tiene por qué haber

⁵⁸ RUÍZ Y FERNÁNDEZ, *Mediación...*p.220.

⁵⁹ Algo frecuente en la práctica es lo dispuesto en el art.13.2 y 13.3 Regl. Med. Cima que establece que “Las partes podrán pactar el intercambio entre sí y con el mediador un resumen escrito de su posición en la controversia, incluyendo los antecedentes, el historial de la negociación y sus puntos de vista”. Puede ser también que las partes pidan al mediador que no comparta esta información con la otra parte.

abogados o asesores jurídicos) se reúnen con el mediador, para tratar de acordar como será la primera jornada, comprobar que la logística es la adecuada para el desarrollo de la mediación y para hablar de otros aspectos que consideren para el buen desarrollo del procedimiento⁶⁰.

2) Primera sesión conjunta y exposición de las partes.

En esta sesión toma primero la palabra el mediador que recuerda a las partes los principios básicos de la mediación, así como va a tratar de crear un marco adecuado para llevar a cabo la mediación. A continuación, cada parte hará su exposición inicial donde fijará su postura sobre la controversia y su visión⁶¹.

d) FASE DE EXPLORACIÓN.

Después de lo dicho en el apartado anterior, el mediador celebrará sesiones privadas y confidenciales con cada una de las partes (art.21.3 LMACM). Estas sesiones suelen ser varias y de duración corta, teniendo como objetivo que el mediador pueda entender mejor el conflicto y que las partes se familiaricen con el procedimiento y, por supuesto tratar de preparar y allanar el camino para la negociación, de forma que las partes se puedan expresar libremente y tratar de entender mejor el conflicto, así como la posición de la parte contraria. Se ha dicho anteriormente que las sesiones son confidenciales pero una parte puede autorizar al mediador a que comparta determinada información con la otra parte, con la idea de que la otra parte entienda cuál es su postura respecto a la controversia⁶².

Hay que mencionar que en la práctica se puede dar que las partes recurran a peritos para reforzar su postura, así como acordar que el mediador esté asistido por un perito. Esto no está dispuesto en la ley, pero sí en algunos reglamentos de las instituciones de mediación, como es el caso del art.14.3 Regl. CIMA. También las partes pueden acudir al uso de testigos. El uso de peritos o de testigos no tiene como objetivo convencer al mediador, sino que va dirigido a la otra parte y a tratar de clarificar los hechos⁶³.

e) FASE DE NEGOCIACIÓN.

Esta fase⁶⁴ se da cuando las partes ya están en condiciones de llegar en términos

⁶⁰FERNÁNDEZ. "Etapas...pp.429 y 430.

⁶¹ FERNÁNDEZ. "Etapas...pp.430 y 431

⁶² FERNÁNDEZ. "Etapas...p.432.

⁶³ RODRÍGUEZ, L. F. *Mediación mercantil en España*, Dykinson, 2017, p.225.

⁶⁴ El procedimiento de mediación no tiene un orden fijo ni las fases son preclusivas de forma que las partes pueden navegar por el procedimiento de la forma que consideren.

generales a un principio de acuerdo que les permita solucionar la controversia. A este principio de acuerdo se llega lógicamente a través de las sesiones privadas mencionadas anteriormente y de sesiones conjuntas.

f) TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

1) Terminación sin acuerdo.

Esta es una de las formas de terminación del procedimiento de mediación y, puede ser que las partes no lleguen a un acuerdo (art.22.1 LMACM) por distintas razones:

-Cuando todas o alguna de las partes ejercen su derecho a dar por terminadas las actuaciones.

-Cuando haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento.

-Cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión.

Lógicamente las partes pueden no convenir en acuerdo y abandonar el proceso cuando quieran de acuerdo con el art.6 LMACM. El problema que se plantea es cuando se considera que las partes han intentado un proceso de mediación y no ha tenido éxito. Pues bien, el proyecto de ley de 2011 que antecedió a la ley 5/2012 obligaba a las partes a acudir al menos a la sesión informativa en la mediación intrajudicial y, si algunas de las partes no acudían se le impondría la condena en costas⁶⁵. Esta regulación no se mantuvo cuando se ha visto anteriormente y ha sido la jurisprudencia la que poco a poco se está orientando en la dirección del proyecto de ley y, lo está haciendo con un concepto jurídico indeterminado como es la “temeridad del litigante” que se encuentra recogido en el art. 394 LEC. Así el paso más importante en materia jurisprudencial ha sido “El Acuerdo de Unificación de Criterios de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona de 2020” que establece que, si una de las partes no concurre a la sesión informativa en un proceso de mediación convocado por derivación del juzgado, éste podrá interpretar como mala fe o temeridad la conducta del litigante e imponerle costas⁶⁶.

2) Terminación con acuerdo.

El acuerdo de mediación está regulado en el art.23 LMACM, pudiendo ser total según

⁶⁵ Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles 121/000122, de 29 de abril de 2011 (BOC de 29 de abril de 2011, núm.122-1)

⁶⁶ Acuerdo de 12-06-2020 de unificación de criterios de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona.

se resuelva todo el conflicto o parcial según se resuelve sólo una parte de la controversia. Este acuerdo debe ser escrito y firmado por las partes y se entregará una copia al mediador y otra a cada parte. Respecto al contenido, el acuerdo debe respetar el contenido del art.23 LMACM que establece que “deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento”. El acuerdo de mediación tiene carácter vinculante y contra este acuerdo se podrá ejercitar acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (art.23. LMACM). Luego se desarrollará más en los apartados siguientes, así como su ejecución y las causas de nulidad.

3) Acta Final.

El acuerdo de mediación o, bien la terminación del procedimiento por otra causa deberá plasmarse en el acta final. El acta será firmada por las partes y por el mediador, entregándose un ejemplar original a cada una de ellas (art.22 LMACM). El art.22.3 LMACM establece que “el acta final determinará la conclusión del procedimiento”, lo cuál tiene gran importancia porque implica que no se va a poder incluir contenido en el acuerdo de mediación sobre materias que no se han discutido durante el proceso de mediación

3.2.3. Mediación intrajudicial

Un tipo de mediación que se ha nombrado anteriormente y que se debe analizar en este trabajo, aunque de forma breve es la mediación intrajudicial que está regulada en el art.414 LEC, en la LMACM, pero sobre todo hay que tener en cuenta la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial desarrollada por el CGPJ en 2016, siendo ésta un protocolo.

En primer lugar, hay que decir que va a ser la autoridad judicial o el letrado de la administración de justicia quien va a invitar a las partes a acudir a mediación, cuando dicha autoridad crea que la controversia puede ser resuelta de mejor forma mediante mediación, lo que constituye una invitación a las partes a que se sometan a mediación ya sea a través de mediadores individuales o instituciones de mediación colaboradoras con los juzgados o, bien a través del mediador que las partes elijan. Sin embargo, la última palabra sobre la admisión de ese conflicto a mediación la va a tener el mediador, de acuerdo con el art.22 LMACM. Una vez hecha la invitación para asistir a la sesión

informativa del proceso de mediación, son las partes las que pueden aceptar o no. Si deciden acudir a la mediación las partes puede acordar la suspensión del procedimiento o no (art.19 LEC), pues al ser la mediación un procedimiento muy corto hay tiempo para desarrollar el proceso entre la citación y la vista.

Por último, cumplimentada la ficha de derivación a mediación por parte del juzgado, se va a iniciar el procedimiento de mediación de la misma forma que se ha visto anteriormente, y se va a ejecutar el acuerdo de la forma que se verá en el siguiente apartado. Si no hay acuerdo, se proseguirá de forma natural el proceso judicial⁶⁷.

Para asegurar que la mediación se lleva a cabo de forma adecuada va a haber un cierto control por parte del CGPJ, de forma que las instituciones de mediación o mediadores tendrán que remitir un informe semestral al CGPJ con los resultados de la mediación, incluyendo el número de proceso, el tema de la controversia, fecha de la derivación a mediación, fecha de inicio y finalización de la mediación⁶⁸.

Respecto a la tipología de controversias sobre las que un juez o letrado de la administración de justicia pueden invitar a las partes a mediación, la guía de la práctica de la mediación intrajudicial hace una serie de recomendaciones, pero no hay duda de que los juzgados pueden invitar a las partes a que resuelvan cualquier controversia cuyo objeto no sobrepase los límites que establece la ley para la mediación y que se estudiarán en apartados posteriores. No voy a citar todas esas recomendaciones, pero sí que voy a decir que entras todas ellas, nos encontramos con que la guía aconseja acudir a mediación cuando surja un conflicto y estemos ante una relación continuada de las partes, lo que es sin duda el caso de una sociedad. La guía todavía precisa más y establece como conflictos específicos a lo que aconseja que los juzgados inviten a las partes a su resolución mediante mediación, a controversias cuyo objeto sea la relación entre partícipes y/o órganos de administración de sociedades y la ruptura de relaciones de colaboración empresarial⁶⁹.

3.3. El acuerdo de mediación y su ejecución.

3.3.1 El acuerdo de mediación.

Sin duda, acuerdo de mediación es sinónimo de éxito en un proceso de mediación, ya sea un éxito o parcial dependiendo de la extensión del acuerdo. El acuerdo de mediación

⁶⁷ CGPJ. "Guía para la práctica de la mediación intrajudicial", 2016, p.17.

⁶⁸ CGPJ. "Guía ...p.21.

⁶⁹ CGPJ. "Guía...pp.30-31.

despliega sus efectos en el ámbito obligacional, procesal y ejecutivo. El ámbito obligaciones y ejecutivo ya se verán en el siguiente apartado.

Respecto al ámbito procesal, el acuerdo de mediación tiene fuerza vinculante de forma que el demandado puede oponer una excepción procesal contra la acción del demandante. Sería una excepción procesal y no material tanto en el caso de homologación judicial como en el de elevación a escritura pública., aunque hay más dudas con este último, pero aun así la doctrina se inclina por afirmar que nos encontramos ante una excepción procesal⁷⁰.

Respecto a la nulidad del acuerdo de mediación, ésta está dispuesta en el art.23.4 LMACM cuando dice que “Contra lo convenido en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”. La doctrina ha entendido que no sólo se le va a poder aplicar al acuerdo de mediación las causas de nulidad absoluta sino también las de anulabilidad de los contratos y un supuesto muy importante en el ámbito mercantil es el de que ese acuerdo resulte perjudicial para masa activa (art.71 L.C).

Hay que tener en cuenta que respecto a la nulidad del acuerdo de mediación en su contenido también se aplica la “la regla de la relevancia” de forma que una de las partes incurre la mala fe al ejercitar una acción de nulidad del acuerdo de mediación basado en defectos formales o materiales mínimos. Serán los tribunales los que caso por caso determinarán la nulidad de estos acuerdos. Por ejemplo, no tiene sentido anular un acuerdo de mediación por algo tan insignificante como no haber puesto el nombre de alguna de las partes, ya que es perfectamente subsanable.P.18

Por último, a modo de introducción del apartado siguiente y respecto a los efectos de ejecución del acuerdo de mediación hay que decir que éste se puede ejecutar por dos vías que van a ser la ejecución voluntaria por parte de las partes y la ejecución según la ley de mediación.

3.3.2 Ejecución voluntaria por parte de las partes.

El acuerdo de mediación tiene carácter vinculante para las partes, es decir, es ley para las partes en virtud del art.1091 CC, por lo que la parte que vea menoscabada sus intereses podrá contar con las acciones que dispone el Código Civil, siendo éste el ámbito obligacional donde despliega sus efectos dicho acuerdo, y que se nombran a continuación: la acción de cumplimiento contractual (art.1091 CC), la acción de indemnización de daños y perjuicios (art.1101 CC), la acción de remoción (art.1098 CC) y, por último, la acción resolutoria (art.1124 CC). El problema del incumplimiento de esta vía de ejecución es que

⁷⁰ LÓPEZ, A y FERNÁNDEZ, J.M. “El acuerdo de mediación” en *Uría Menéndez*, s.f, p.25.

hay acudir a la vía judicial por lo que en parte de mitigan las ventajas que ofrece la mediación⁷¹.

3.3.3 Ejecución según la LMACM.

La Ley 5/2012 establece dos mecanismos de ejecución según haya un proceso judicial en suspenso o no.

a) HOMOLOGACIÓN JUDICIAL.

Esta vía está regulada en el art.25 LMACM y sólo se puede dar cuando nos encontramos ante una mediación desarrollada una vez empezado un proceso judicial, ya que las partes en virtud del art.19 LEC pueden disponer del objeto del juicio y someter su controversia a mediación. Una vez alcanzado el acuerdo de mediación, las partes podrán solicitar su homologación al tribunal de forma que a este acuerdo se le equiparan los efectos que la ley reconoce a cualquier transacción judicial, por lo que podrá ser ejecutado a través de los instrumentos que otorga la ley para la ejecución de sentencias y convenios judiciales. El órgano competente para la ejecución será el tribunal que homologó el acuerdo de mediación y “si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación” (art.26 LMACM)⁷².

b) ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA.

El acuerdo de mediación debe ser elevado a escritura pública ante notario y sólo ante notario para tener ejecutividad, requisito completamente opcional para las partes. Calvo Corbella (Ruiz Risueño y Fernández Rozas 2022) entiende que deben ser ambas partes las que expresen su voluntad, ya sea en nombre propio o mediante representantes, de elevar el acuerdo de mediación a escritura pública, pudiendo las partes compelerse a elevar el acuerdo a escritura pública en el mismo documento de acuerdo con el que finaliza el proceso de mediación justificado esto en el art.1279 CC.

El art.25 LMACM es el que regula la elevación a escritura pública y establece los documentos que se deben presentar ante notario para llevar a cabo el proceso de

⁷¹ RODRÍGUEZ. *Mediación mercantil...* pp. 250 y 251.

⁷² La homologación judicial es algo voluntario de forma que las partes pueden rechazar dicha homologación y acudir al notario a elevar el acuerdo de mediación a escritura pública, algo que no tiene mucho sentido, o, bien pueden rechazar la homologación judicial y la elevación a escritura pública y que el acuerdo de mediación no tenga fuerza ejecutiva. RUÍZ Y FERNÁNDEZ, *Mediación...* pp. 429 y 430.

otorgamiento de escritura pública, siendo estos documentos una copia de las actas de la sesión constitutiva y de la sesión de final del procedimiento, además del respectivo acuerdo de mediación.

El art.25.2 LMACM establece que “Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho”. En este artículo, el legislador otorga al notario una relativa función de control. Esta función de control se extiende a requisitos formales y materiales.

Empezando por los requisitos formales, hay que preguntarse qué quiere decir la ley con “requisitos exigidos”. La Doctrina entiende que estos requisitos son los del art.23 LMACM, es decir, la verificación del contenido de las actas y de las menciones que en ellas se contienen y el control de que las menciones del acuerdo de mediación concuerden con la realidad externa. También entiende Calvo Corbella que la expresión antes mencionada incluye que el notario puede controlar si el mediador cumplía con los requisitos formales tales como la formación y titulación para conducir el proceso que exige la ley⁷³.

Respecto a los requisitos materiales, el notario debe comprender que el contenido del acuerdo de mediación se circunscribe a los asuntos que permite la ley que se resuelvan en el procedimiento de mediación. La ley no establece ningún procedimiento de averiguación por parte del notario por lo que deben ser faltas graves que el notario sea capaz de detectar con los documentos aportados. Debido al que el notario no va a hacer un trabajo exhaustivo de comprobación, la ley otorga un instrumento a las partes para anular el acuerdo de mediación como es la acción de nulidad⁷⁴.

3.3.4 Ejecución de un acuerdo de mediación en el ámbito internacional.

a) INTRODUCCIÓN.

El art.27 LMACM es el que regula toda esta materia y en su punto primero establece la normativa que se aplica cuando dice que “Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, el reconocimiento y ejecución de un acuerdo de mediación se producirá en la forma prevista en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”. Yo voy a tratar de desgranar los casos que se pueden dar, pero voy a dejar sin explicar la ejecución de acuerdos de mediación en

⁷³ RUÍZ Y FERNÁNDEZ, *MEDIACIÓN...*p.447

⁷⁴ RUÍZ Y FERNÁNDEZ, *MEDIACIÓN...*pp. 447 y 448.

los países formados por la Asociación Europea de Libre Comercio, debido a la escasa relevancia práctica que tienen.

Antes de entrar en materia hay que decir que el convenio de Nueva York de 1958 sobre Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras rotundamente no se aplica a la mediación por analogía y es por ello, por lo que la UNICTRAL trató de establecer una legislación muy similar al Convenio de Nueva York y, así se hizo en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación de Singapur en 2018 a la que me referiré como Convención de Singapur. Esta Convención es muy similar con el Convenio de Nueva York sobre Arbitraje, ya que por ejemplo las causas de no reconocimiento son las mismas, si bien tiene alguna que otra variación.

Esta convención apenas tiene importancia práctica en la actualidad pues sólo ha sido ratificada por 13 estados de escasa importancia, aunque es verdad que la han firmado más de 50 incluyendo EE. UU., India y China⁷⁵. Es destacable que ningún estado de la UE lo haya firmado, por lo que en este apartado no me referiré a este convenio, aunque es verdad que probablemente en el futuro sea ratificado por España e incorporado al ordenamiento jurídico español.

b) EJECUCIÓN DE UN ACUERDO CELEBRADO EN ESPAÑA EN EL TERRITORIO DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Los acuerdos de mediación que tienen carácter ejecutivo en España también lo tendrán en el resto de los países de la Unión Europea sin necesidad de declaración de ejecutividad. Es el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, también llamado Reglamento Bruselas 1 bis, que establece en su art. 58.1 que *“los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen gozarán también de la misma en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de fuerza ejecutiva”*. Para que el efecto ejecutivo se reconozca en un estado miembro las partes deben entregar una copia de la escritura pública y un certificado según el anexo II del Reglamento.

c) EJECUCIÓN DE UN ACUERDO DE MEDIACIÓN CELEBRADO EN ESPAÑA EN UN ESTADO NO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA.

En este caso, dicha ejecución dependerá de los convenios relativos a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que tenga firmados España con el estado donde se quiera ejecutar. En caso de no existir normativa convencional, se aplicarán las normas de dicho estado (Art. 25.3

⁷⁵ https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status

LMACM).

d) EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE ACUERDOS CELEBRADOS EN ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Un acuerdo de mediación que ha sido declarado ejecutable en un estado miembro de la UE, podrá ser ejecutado también en España en base al art. 58.1 del Reglamento 1215/2012 ya citado anteriormente. Hay otras dos vías por las que se puede asignar efectos de ejecución al acuerdo de mediación como son el XII Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, también llamado Convenio de la Apostilla y, a través del Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados⁷⁶. Lógicamente para acceder a la ejecutividad del acuerdo de mediación a través de estas dos últimas vías hay que cumplir los respectivos requisitos que establece la normativa que las regula y que no desarrollaré en el presente trabajo debido al gran espacio que ocuparía.

En caso de encontrarnos ante un acuerdo de mediación homologado por la autoridad judicial del estado miembro, entraría en juego el Reglamento 1215/2012 que permite que el acuerdo sea ejecutado en España a través de la declaración de ejecutividad. Si no ha sido declarado ejecutable por las autoridades correspondientes del estado miembro o de cualquier otro estado que no forma parte de la UE, las partes deberán acudir ante notario español para elevar el acuerdo de mediación a escritura pública si quieren que se ejecute en España (art.27.1 LMACM)⁷⁷.

e) EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE ACUERDOS CELEBRADOS EN ESTADOS FUERA DE LA UNIÓN EUROPEA.

Los acuerdos de mediación que se hayan celebrado fuera de la Unión Europea y que hayan

⁷⁶. RODRÍGUEZ. *Mediación mercantil...*pp. 250 y 251.

⁷⁷ En este caso la doctrina ha señalado que hay una discordancia entre el art.27.2 y el art.25 LMACM y es que el art.25 establece una serie de documentación que se debe entregar al notario para que este proceda a su elevación a escritura pública, algo que no regula la ley en el art.27 para el caso de acuerdos transfronterizos, por lo que el control notarial se va a ceñir a lo que establezca la normativa internacional, por lo que se puede dar la paradoja de que el control notarial de cara a su elevación a escritura pública sea menos exigente para un acuerdo de mediación celebrado en otro país que el de un acuerdo celebrado en España. RUÍZ Y FERNÁNDEZ, *Mediación...*p.450 y 451.

sido declarado ejecutable por las autoridades del país donde se ha celebrado el acuerdo, deben cumplir un requisito para ser ejecutados en España, su elevación a escritura pública y, que no sean contrario al orden público español (art.27.3 LMACM). Esta noción de orden público español ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional en varias sentencias relacionadas con el arbitraje, pudiéndose aplicar perfectamente a la mediación en mi opinión, ya que entiendo que el concepto de orden público al que se refiere la ley, tanto en el art.27.3 LMACM como en el art.41.1 letra f), es el mismo pues ambas figuras jurídicas son muy similares y, tanto entre el contenido material del laudo arbitral como del acuerdo de mediación no hay diferencia sino que la diferencia entra amabas figuras se encuentra en el proceso. El TC define orden público español como “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”; pudiendo decirse que “el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente”⁷⁸.

3.3.5 Reglas procesales básicas relativas a la ejecución de acuerdos de mediación.

El plazo de caducidad para ejecutar los acuerdos de mediación que han sido declarados ejecutables será de 5 años a contar desde la elevación a escritura pública o desde la firmeza de la resolución judicial que ha homologado el acuerdo de mediación (art. 518 LEC). El tribunal que debe ejecutar el acuerdo de mediación intrajudicial será el tribunal que homologó el acuerdo y, en caso de otro tipo de mediación, el tribunal competente será el juzgado de primera instancia del lugar donde se ha firmado el acuerdo de mediación (art. 545 LEC).

3.4 El mediador y las instituciones de mediación.

3.4.1 Requisitos para ser mediador.

El art.11 LMACM establece los requisitos mínimos que debe cumplir un mediador para poder ser nombrado como tal, siendo estos:

⁷⁸ STC 15 de junio 2020 (RTC 2020\46).

-Ser persona natural: Esto implica que mediador no puede ser una persona jurídica como lo son las instituciones de mediación que se estudiarán más adelante y, por lo tanto, éstas deberán nombrar a una persona física para conducir el proceso.

-El mediador debe estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles: La persona que desempeña la función de mediador debe tener plena capacidad de obrar lo que implica que no pueden ser mediadores, los menores de edad incluidos los emancipados y los incapacitados judicialmente.

-Que no haya impedimento legal por ejercicio de profesión, función o cargo: Las únicas profesiones que no pueden desempeñar el cargo de mediador son los jueces y fiscales, tal como se desprende del régimen de incompatibilidades del art.389 de la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y del art.57 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF)⁷⁹.

-El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación: La cuestión en este requisito es que se entiende por “formación específica”, refiriéndose la ley a cursos específicos que deben impartir las instituciones debidamente acreditadas.

Esta formación específica está regulada en los art. 3 a7 del RD 980/2013. Este Real Decreto establece una regulación mínima, determinando además que esta formación debe ser específica dependiendo del ámbito de la mediación donde nos encontramos, por lo que un mediador en conflictos societarios debe tener formación en derecho de sociedades (art.3 LMACM). Este contenido mínimo se resume en el art. 4.1 RDMACM debiendo conocer el mediador “en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos”. Además, el RDMACM también establece la duración mínima de esa formación, y además resalta que los mediadores deben tener una determinada formación continua.

3.4.2. Funciones del mediador y estilos de mediación.

En este apartado voy a tratar de ser breve pues al igual que en el procedimiento, este tema no se ciñe exclusivamente al ámbito de sociedades, sino que abarca todo tipo de mediaciones pues, si el mediador no es capaz de asumir estas funciones ya nos encontremos en una mediación social, familiar o cualquier otra, este mediador no habrá

⁷⁹ CARRETERO MORALES. E. “El estatuto del mediador civil y mercantil” en *Revista de mediación*, Vol. 7, No.1, 2014, pp. 10-23.

hecho bien su trabajo.

a) FUNCIONES DEL MEDIADOR.

Las funciones del mediador son básicamente dos:

-Facilitar la comunicación entre las partes, de forma que se creen canales de comunicación entre las partes con la intención de limar asperezas entre ellas.

-La segunda es informar a las partes sobre los principios y metodología mediante la cual se va a desarrollar la mediación, informando por último de los cuáles son los puntos conflictivos de forma que las partes tengan más conocimiento sobre la controversia y la postura de la otra parte para que sea más fácil llegar a un acuerdo⁸⁰.

Sin embargo, hay más funciones además de las descritas anteriormente. Siguiendo a Raúl de Diego Vallejo⁸¹-

-El mediador legitima y reconoce los derechos de las partes a participar en el proceso.

-En ciertos procedimientos el mediador suele ser el instructor de los negociadores noveles a la hora de llegar a un acuerdo.

-El mediador suministra asistencia procesal a las partes y los relaciona con personas ajenas al procedimiento como abogados o peritos.

-En muchos casos, es el propio mediador quién es el blanco de la ira de las partes y, por tanto debe mantener la cabeza fría.

Sin embargo, puede ocurrir que para llegar a un acuerdo satisfactorio de mediación no baste con desplegar las funciones dichas anteriormente y, que incluso el mediador se tenga que ver obligado a proponer un acuerdo, algo que como se ha dicho anteriormente sí que entraría en el concepto amplio de mediación y, ese en ese momento cuando es el propio mediador quien asume la responsabilidad de las partes⁸².

b) ESTILOS DE MEDIACIÓN.

Los estilos de mediación tienen mucho que ver con las funciones mencionadas anteriormente ya que según el procedimiento que se elija, el mediador va a tener más

⁸⁰ CLEMENTE, M. Fundamentos y principios de psicología jurídica, Editorial Pirámide, 2011, p 242.

⁸¹DE DIEGO, R. "La persona mediadora" en *Manual de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, ALONSO C. Y CASTILLEJO C. (Coordinadoras), Tirant lo Blanch, 2020 (PPS.117-147), p.188.

⁸² Guillén Gestoso. C; León Rubio J.M (2004). "Habilidades de mediación". Departamento de psicología social, Universidad de Sevilla, publicado en *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación* (pp. 117-128). Cádiz: Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, p, 120.

responsabilidad o menos. Lo cierto es que, al ser un método informal, el número de estilos de mediación es muy amplio, pero sí que se suele decir que hay tres básicos que voy a desarrollar muy brevemente a continuación:

-Harvard o tradicional-lineal: Este es sin duda el método más importante cuando hablamos de la mediación mercantil. En este método lo que importa son los intereses de las partes y no las partes, por lo que es un modelo que se basa más en el razonamiento y la lógica, siendo de vital importancia cuál va a ser lo máximo a lo que está dispuesto a ceder cada parte en un acuerdo o incluso si no se puede llegar a un acuerdo en algún ámbito, es un claro objetivo en este método que las partes traten de mantener su relación en el futuro⁸³.

-Transformativo: En este modelo, la nota básica es que se pone el acento sobre las personas, de ahí que el objetivo de este método sea lo que se ha llamado “empoderar a las personas” de forma, que el mediador debe tratar de que las personas salgan fortalecidas de este proceso y sepan asumir su responsabilidad⁸⁴.

-Circular-narrativo: En primer lugar, este método trata de que las partes expliquen el conflicto desde su punto de vista. Una vez explicado el conflicto, el mediador tratará de que las partes se pongan en el centro de la controversia en lugar de culpar a factores externos. En este proceso se pone el foco en las partes y, sobre todo en su relación pues el conflicto se ve como una parte de dicha relación. Este método da mucha importancia a la comunicación tanto verbal como no verbal, ya sea en sesión conjunta o individual (caucus), de forma que las partes traten de crear una narrativa común donde ambas de den cuenta de que tienen intereses comunes⁸⁵.

3.4.3 Responsabilidad del mediador.

a) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Respecto a este asunto hay que empezar su estudio por el artículo de la LMACM donde se establece dicha responsabilidad, que no es otro que el art.14 que establece que “*La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a esta contra los mediadores*”. Hay que relacionar este artículo con el art.

⁸³ SUÁREZ, C. “Modelo negociador-narrativo: modelos conjuntos de mediación” en *Revista de Intervención Socioeducativa en la Desadaptación Social*, Vol. 10, 2017. Pp.38-39

⁸⁴<https://www.il3.ub.edu/blog/joseph-folger-la-mirada-transformativa-busca-que-el-acuerdo-se-construya-desde-las-partes/>.

⁸⁵Suárez C. “Modelo negociador-narrativo.... RISDS, 10, 2017,pp.39-43.

1109 CC que dice que *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”*.

Visto el artículo anterior hay que decir, que si comparamos la responsabilidad del mediador o institución de mediación y la comparamos con la de los árbitros⁸⁶, podemos observar que la responsabilidad arbitral es más restringida que la del ámbito de la mediación, pues mientras en la mediación es una responsabilidad que surge por falta de “encargo fiel” de la obligación, es decir, basta la culpa o negligencia, en el arbitraje “sólo” se responde por mala fe, temeridad o dolo.

Ese “encargo fiel” que he mencionado anteriormente, implica como se ha dicho con anterioridad que el mediador o institución debe intentar solucionar la controversia poniendo a disposición de las partes una serie de medios, sin la obligación de que se dé la necesaria resolución del conflicto. Sin embargo, basta decir que las obligaciones del mediador nacen del contrato del mediador, por lo que el mediador estará obligado por las disposiciones de ese contrato. Sin embargo, nada impide que se obligue a dicha persona o institución a que tengan la obligación de formular propuesta que puede ser aceptada o no por las partes e incluso este contrato puede flexibilizar el régimen de responsabilidad del mediador del art.14 LMACM y del art.1101 y ss. del CC⁸⁷.

Por último, hay que decir que la LMACM en su art.21 establece la obligación de contratación por parte del mediador o institución de mediación de “un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca”. Esta obligación está desarrollada por el Reglamento de Mediación en su capítulo IV teniendo como efecto la no inscripción en el Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación (art.15.2 RDMACM).

Este seguro puede ser contratado por el mediador a título individual o, bien por la institución de mediación para todos sus mediadores y procesos correspondientes (art.26 RDLMACM). Respecto a la extensión de la cobertura que ofrece, ésta se encuentra regulada en el art 27 RDLMACM cuando dice “El seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente del mediador comprenderá la cobertura de todos los daños y perjuicios, distintos a los resultados esperados de la mediación, que causen por sus actos u omisiones”. Aquí la ley está pensando sobre todo en los supuestos de violación de los

⁸⁶ El art.21 de la ley de Arbitraje establece que “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo.

⁸⁷ BAEZA T. M. “La Responsabilidad de la persona mediadora”, s.f, p.15..

principios esenciales de la mediación, en especial la confidencialidad y la imparcialidad. La cuantía máxima asegurada va a ser proporcional al valor del objeto de la controversia (art.28 RDLMACM).

La contratación de este seguro es obligatoria para las instituciones de mediación (art.29 RDLMACM), lo cual nos lleva a preguntarnos cual es la ventaja que puede ofrecer este seguro a un mediador en particular que no cuenta con dicha obligación. Pues bien, haciendo una simple búsqueda de varios seguros de responsabilidad civil para mediadores, lo primero que destaca es el bajo precio, pues hablamos de un precio que oscila los 25 y 35 euros anuales y ese seguro ofrece una serie de supuestos en los que procede la indemnización, como es el caso de la responsabilidad civil profesional en caso de error profesional, responsabilidad civil de explotación ya que podemos encontrarnos con que la actividad del mediador provoque daños patrimoniales personales en terceros, responsabilidad civil patronal en caso de que el mediador disponga de empleados, responsabilidad civil locativa, responsabilidad por protección de datos y pérdida de documentos y, por último en caso de inhabilitación profesional el seguro procederá a indemnizar al mediador por un máximo de 2000 euros mensuales durante 24 meses⁸⁸. Por tanto, como se observa estos seguros protegen al mediador en bastantes supuestos a cambio de un modesto coste anual.

b) RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

Hay autores que opinan que sí que puede haber una determinada responsabilidad extracontractual cuando las actuaciones del mediador afecten a terceros. Sin embargo, disiento de esa opinión pues la responsabilidad civil de un mediador siempre va a ser contractual ya que nos encontramos con que media un contrato de servicio de mediación entre el mediador y las partes. Pero es que además es un profesional por lo tanto debe de exigir un nivel de diligencia mayor al de un ciudadano medio, además de que es prácticamente imposible que un acuerdo de mediación afecte a terceros, pues sino entrarían los mecanismos de defensa que establece la ley con esos terceros.

C) RESPONSABILIDAD PENAL.

Cuando hablamos de responsabilidad penal en el ámbito de la mediación me estoy refiriendo básicamente a una violación del deber de confidencialidad, ya que el CP castiga la relevación de secretos en especial para mediadores en el art.199.2 cuando dice que “E/

⁸⁸ <https://www.ammediadores.es/nueva/wp-content/uploads/2019/10/SeguroMediadores2019.pdf>

profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años". Este artículo es aplicable al caso de la mediación por el art. 9.3 LMACM que dispone expresamente que *"la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico"*.

.3.4.4. Las instituciones de mediación.

Ya se ha dicho anteriormente que la mediación institucional es aquella en la que las partes deciden someter su controversia a una institución de mediación, así como en cuanto a normativa a la LMACM, al RD 980/2013 y los reglamentos de las instituciones de mediación. Por lo tanto, cuando las partes acuden a una institución de mediación, sólo podemos estar hablando de una mediación institucional.

Las instituciones de mediación tienen una clara preponderancia en el proceso de mediación en nuestro país. Las partes pueden acudir a una institución de mediación o ante cualquier ente que realice este tipo de procesos o, incluso a un mediador individual, pues no es de extrañar que empresas grandes tengan su propio mediador, pero en la mayoría de los casos se acude a una institución de mediación. Someterse a una institución de mediación implica que las partes someten el proceso de mediación al reglamento de esa institución de mediación. Son muchas las instituciones de mediación cada una con su reglamento propio, siendo las instituciones más importantes: el Centro Español de Mediación y la Corte civil y Mercantil de Arbitraje teniendo cada una su respectivo reglamento y, que van a seguir prácticamente todos los reglamentos de las instituciones de mediación de España, pues la mayoría de los reglamentos de instituciones de mediación son muy similares como he mencionado anteriormente.

La ley no establece una lista de entidades que se pueden considerar instituciones de mediación, si bien hay que decir que hay un Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación en el Ministerio de Justicia⁸⁹. La doctrina ha determinado una relación de instituciones en particular, que siguiendo a E. Vázquez de Castro⁹⁰ voy a desarrollar a continuación:

-Corporaciones de Derecho público con personalidad jurídica: En esta categoría se incluyen

⁸⁹ A fecha de abril de 2023 hay 96 instituciones de mediación inscritas en este registro en la especialidad de mediación mercantil.

<https://remediabusador.mjusticia.gob.es/remediabusador/avanzarRetrocederRegistroInstitucion.action?paginacion.index=5&nombre=&especialidad=3&area=2>

⁹⁰VÁZQUEZ, E, "Art. 5. Las instituciones de mediación" en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, FERNANDEZ, C (Coordinadora), Reus, 2012, pp. 73-99.

las cámaras de comercio y los colegios profesiones. Las cámaras de comercio son una institución de mediación fundamental en el ámbito mercantil, teniendo cada una su propio reglamento. La Cámara de Comercio de Valladolid tiene su propio reglamento de mediación, que es el por el que se van a regular todos los procedimientos de mediación en el que las partes han decidido acudir a este servicio de mediación de la Cámara de Comercio. En la propia página web de la Cámara de Comercio se establecen los casos en los que se puede acudir a este procedimiento, estando entre esos supuestos “las diferencias entre los socios y administradores de una sociedad mercantil”.

-Asociaciones profesionales constituidas por mediadores que busquen desarrollar como actividad principal la mediación.

-Asociaciones y fundaciones de cualquier índole que tengan entre sus objetivos el impulso y desarrollo de la mediación.

-Sociedades civiles y mercantiles públicas y privadas en cuyo objeto social se contemple la actividad de mediación.

- También hay se equiparán a las instituciones citadas anteriormente, los servicios de mediación que presta o reconoce la administración pública tal como establece la Disposición Adicional 1 de la LMACM.

La ley también establece en el art.5 LMACM, aunque de forma difusa las cuatro funciones que deben desarrollar las instituciones de mediación:

- 1) Impulso de la mediación.
- 2) Administración de la mediación: Esta función consiste básicamente en que la institución de mediación debe suministrar los medios necesarios para llevar a cabo la mediación de forma exitosa. Estos medios son básicamente infraestructura, gestión documenta y soporte administrativo.
- 3) Publicidad de los listados de personas mediadoras incorporadas en la institución: Es importante recalcar que las instituciones de mediación no pueden prestar directamente el servicio de mediación (art.5 LMACM), sino que sólo pueden prestarlo personas naturales. Esas personas naturales van a ser los mediadores que son las piezas fundamentales del procedimiento de mediación, ya que es necesario para el correcto funcionamiento del procedimiento un determinado un determinado nivel de transparencia que permita a las partes confiar en el mediador y en la institución de mediación. En el art.5 LMACM, la ley determina que la institución de mediación debe publicar la identidad de los mediadores, su formación, especialidad y experiencia.

- 4) Designación de las personas mediadoras: Cuando las partes no hayan designado un mediador de entre los que les ofrece la institución de mediación por especialidad, será la propia institución la que determine el mediador, actuando normalmente en base a su propio reglamento⁹¹, tendiendo también un cierto deber de transparencia⁹².

Una vez vistas las funciones, voy a tratar desarrollar brevemente el régimen de responsabilidad. Las instituciones de mediación tienen responsabilidad civil, régimen que se encuentra regulado en el art.14 LMACM. Barona Villar⁹³ diferencia entre responsabilidad derivada de los actos del mediador designado por la institución y responsabilidad de la institución por los actos propios. En el primer caso, nos encontramos ante una responsabilidad solidaria, teniendo la institución acción de reembolso posterior contra el mediador, surgiendo esta responsabilidad por “no cumplir fielmente el encargo”. En el segundo caso, esta responsabilidad surge porque la institución de mediación no ha cumplido de la forma adecuada las funciones que le impone la ley y que han sido descritas anteriormente.

3.5. Ámbito de aplicación y sus límites.

Es evidente que la mediación es un método de resolución de conflictos que encaja bastante bien con el derecho mercantil, y más concretamente en el ámbito societario y empresarial pues la mediación es un método que garantiza una cierta estabilidad de la relación económica a largo plazo.

En primer lugar, hay que empezar por el art.2 LMACM que, si bien delimita el ámbito de aplicación de la ley, nos dice en el primer párrafo la clave de toda esta materia cuando establece que la mediación se aplicará a cualquier asunto civil y mercantil “*siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable*”. Es decir, que si las partes deciden someter a mediación una controversia sobre la que no tienen poder de disposición, la ley va a establecer una sanción que es que el acuerdo de mediación no va a poder ser elevado a escritura pública (art.25 LMACM), conllevando

⁹² El art.9 del Código de Buenas Prácticas en Mediación del Club Español del Arbitraje dice que “Las instituciones de mediación actuarán de forma independiente y neutral y proporcionarán información completa y transparente sobre la institución, su reglamento y los procedimientos internos que sigue en la administración de las mediaciones, incluido el sistema de nombramiento del mediador”.

⁹³ RUÍZ Y FERNÁNDEZ, *mediación...* pp. 447 y 448.

con ello la no ejecutividad de éste.

En caso de homologación judicial del acuerdo de mediación, el art.19 LEC dice que “*Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero*”. La ley establece exactamente la misma sanción y es que va a ser un acuerdo no ejecutable de acuerdo con el art.415 LEC. Por último, si nos encontramos ante un supuesto donde las partes van a aceptar la mediación ad-hoc voluntariamente, de forma que se van a comprometer a aceptar lo acordado en dicho acuerdo, aunque tenga que ver con materias de las que no disponen, no habrá ningún problema salvo que alguna de las partes decida no cumplir dicho acuerdo, entonces ese acuerdo no tendrá valor ejecutable ninguno, debiéndose resolver dicha controversia en otro proceso diferente de la mediación ya que el asunto no es disponible por la partes.

Todo lo dicho anteriormente se puede resumir en una expresión “indisponibilidad de la materia”, esa es el límite que tienen las partes a la hora de resolver sus controversias mediante la mediación. Esta expresión se refiere sobre todo a acuerdos de mediación que afectan a normas imperativas que defienden ciertos intereses de determinados grupos o que afectan al núcleo del tipo societario. En este punto, hay que recordar el art. 6.2 CC que establece que “*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*”. Por ejemplo, no se puede limitar estatutariamente la casi total transmisibilidad de las acciones en una S. A (art.123 LSC).

Siguiendo el anterior artículo, esto nos lleva a otro concepto de vital importancia en este tema tratado como es el límite que tienen las partes a la hora de concretar un acuerdo de mediación, siendo este término el de “orden público societario”. Al igual que ocurre en otros ámbitos del derecho, como puede ser el derecho administrativo o constitucional el concepto de “orden público” es indeterminado y ha sido la jurisprudencia la que ha delimitado el concepto sobre todo a la hora de valorar las acciones de impugnación de acuerdos contrarios al orden público.

En primer lugar, hay que acudir a dos sentencias que otorgan un contenido genérico al concepto de orden público “*está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación*

*del orden social en un pueblo y en una época determinada*⁹⁴. Esta definición vale para todas las ramas del derecho, sin embargo, hay que delimitar el concepto en el campo al que me estoy refiriendo en este trabajo como es el “orden público societario”. La primera sentencia que de algún modo delimita el concepto de orden público es la STS 28-11-2005 (RJ 1233\2005) en el que se establece *que “podría pensarse [que] en la disciplina legal de la sociedad anónima cabría encontrarlo en los principios configuradores de la sociedad a que se refiere el artículo 10 de la LSA o cuando, como en el caso de la STC 43/1986, de 15 de abril (RTC 1896,43) en que el acuerdo lesiona los derechos y libertades del socio*”. Respecto a los principios configuradores de la sociedad, este término ha sido positivizado en el art.28 LSC.

Estos principios configuradores han sido objeto de mucha controversia en la práctica tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. En primer lugar, se pueden definir los principios configuradores del tipo social como “Aquellas características de cada tipo societario cuya alteración por los particulares “desfiguraría” el tipo societario hasta hacerlo irreconocible, es decir, hasta el punto de que **los terceros no podrían identificar** tal sociedad como una sociedad limitada o anónima”⁹⁵. Sin embargo, es un concepto apenas desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina, pero lo que sí que se puede decir es que es un límite a la autonomía de la voluntad. Hay una cierta duda doctrinal sobre si estos principios configuradores son equiparables a las normas imperativas o lo que es lo mismo, si coinciden con el orden público societario. Hay una parte de la doctrina como Alfaro Aquila Real⁹⁶ que opina que sí, mientras que otros como Embid Irujo opinan que no son equiparables, ya que, en primer lugar, la ley hace referencia a los principios configuradores del tipo en el art.28 L.S.C justo después de la palabra “leyes” que, según estos autores, esta palabra se refiere a normas imperativas. En segundo lugar, Embid Irujo indica que la diferencia principal entre principio y norma jurídica es que el principio “carece de consecuencia y resulta en sí mismo “autoevidente”, sin otro requisito que el de la oportuna ponderación por parte del órgano aplicador⁹⁷. En definitiva, aunque el Supremo considera en algunas sentencias que los principios configuradores del tipo se encuentran dentro del orden público societario, hay una parte de la doctrina que considera que estos principios abarcan más extensión que el de orden público societario.

Sin embargo, la jurisprudencia también ha delimitado el concepto de “orden público

⁹⁴ STS 5 abril de 1966 (RJ 1966\1684) y STS 31 diciembre de 1979 (RJ 1979\4499)

⁹⁵ ALFARO, J. “Los principios configuradores del tipo societario” en *Almacén de Derecho (blog)*, 2017.

⁹⁶ ALFARO, “Los principios configuradores....”

⁹⁷ EMBID J.M. “Los principios configuradores del tipo societario: ¿un derecho “natural” de sociedades?” en *El notario del Siglo XXI*, nº113, 2024.

societario” con otro elemento y, es que entre orden público societario se entiende también aquellos derechos que la ley reconoce a los socios y stakeholders que se encuentran en una posición de debilidad en relación con la sociedad. Así se ha reiterado por la jurisprudencia empezando por la STS 18-5-2000 (RJ 2000\393) donde establece *“que el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad; la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución Española”*. Esta doctrina ha sido ratificada por posteriores sentencias como la STS 1229/2007, que dice que *“privar a un socio de un derecho económico del que es titular, porque se lo concede, como se ha dicho, la ley reguladora del tipo de sociedad de que se trata, sin que haya prestado su voluntad a ello, por no haber votado a favor del acuerdo ni aceptada regla estatutaria alguna en tal sentido, constituye, además de una infracción legal, violación patente del orden público”*. Sin embargo, es verdad que no siempre se ha incluido el requisito de que la finalidad de la violación de los derechos sociales sea con el objetivo de menoscabar el art.24.1 CE y que según la doctrina es algo confuso en ese aspecto lo que dice la primera sentencia⁹⁸.

En resumen, la mediación no puede versar sobre aquellos asuntos que tengan que ver con los principios configuradores del tipo social (aunque ya se han dicho las dudas que alberga la doctrina), ni sobre derechos esenciales de los socios o stakeholders. Estos son los dos conceptos básicos que se deben tener en cuenta al tratar este tema, sin embargo, es verdad que no se puede dar una respuesta clara al contenido que se incluyen dentro de los principios configuradores del tipo social o de los derechos esenciales de los socios y, que han sido y son los tribunales con cierta discrecionalidad los que van estableciendo el “concepto de orden público societario”.

4. BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DEL CONFLICTO SOCIETARIO.

En este apartado voy a tratar de resumir las ventajas que ofrece la mediación mercantil frente a otro tipo de procedimientos, algo que ya he hecho en otros apartados de este estudio, pero lo que diferencia a este apartado de los otros es que me voy a centrar exclusivamente en la mediación mercantil reconociendo los beneficios que produce a las partes que en buena medida se han desarrollado implícitamente a lo largo de todo este

⁹⁸ LEIVA, J. “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010. El plazo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos por violación del orden público”, s.f, pp.640-641.

trabajo.

Hay una serie de ventajas en las que se piensa instintivamente como es la voluntariedad del procedimiento, el ahorro de tiempo pues incluso puede darse que haya acuerdo en cualquier momento incluso en la sesión informativa, lo que implica un gran ahorro de tiempo y de dinero. De hecho, al estar en el ámbito mercantil es evidente que lo normal es que se mueva una cantidad de dinero superior a 2000 euros por lo que se hace necesaria la presencia de abogado y procurador, algo no necesario en la mediación.

El CIAM establece los costes de la mediación en 1500 euros por admisión más 6000 euros en gastos de administración, más 4000 euros al día por jornada de 8 horas del mediador⁹⁹. Si se comparan estos costes por ejemplo con arbitraje, donde el propio ICAM nos da alguna pista como son sólo los 2000 euros de admisión, si bien luego no concreta los costes, aunque sí establece una regulación con la idea de concretar esos costes¹⁰⁰ que van a ser mayores que los de la mediación. Una gran ventaja que ya he dicho anteriormente es sin duda, que las relaciones entre las partes, que en el ámbito mercantil suelen y deben ser duraderas por el bien de ambos bandos, suelen salir intactas de forma que no se agota la relación comercial, ya que una mediación no es un juego de suma cero.

Para seguir desarrollando este apartado voy a recurrir a Andrew Floyer Acland¹⁰¹ que fue director de seminarios de la IDR Ltd, que fue la primera compañía en realizar mediaciones mercantiles. Según este ejecutivo las ventajas de la mediación son:

-Flexibilidad: Con este vocablo el autor se está refiriendo a que la mediación admite diversos grados de formalidad. No es lo mismo una mediación entre banqueros o bancarios que entre empresarios que tienen compañías de fontanería, por lo que el procedimiento va a ser mucho más formal el primero que el segundo, además que son sectores que nada tienen que ver y, por tanto, será un procedimiento completamente diferente.

-Voluntariedad: Las partes tienen libertad siempre que sea de buena fe, como, por ejemplo, determinar qué información revelan y cuál no, retirarse del procedimiento en cualquier momento o, simplemente no aceptar el acuerdo que se les propone.

-Rapidez: La mediación es un procedimiento muy rápido y es que normalmente suele durar días. Como se ha visto anteriormente el CIMA establece los honorarios del mediador por cada día de proceso en 4000 euros, por lo que las partes tienen grandes incentivos a acortar el proceso.

⁹⁹ <https://madridarb.com/mediacion/costes/>.

¹⁰⁰ https://madridarb.com/wp-content/uploads/2023/11/ANEXO_2-1.pdf

¹⁰¹ ACLAND. A. *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Paidós,1993.

-Creatividad en los acuerdos: Dado que son las partes las que deben llegar a un acuerdo y el mediador sólo trata de acercar a las partes, el número de soluciones en que puede resultar la mediación es infinito, de forma que no sólo se trata de resolver el conflicto planteado sino también de mejorar las relaciones entre las partes. Esta creatividad, permite llegar a acuerdos de sentido común, que no tienen por qué tener antecedente legal o basarse en alguna norma, siendo los dos únicos objetivos, los dos citados anteriormente.

-Utilización de un lenguaje sencillo: Al estar en el ámbito mercantil, muchas veces los mediadores se encuentran con materias con cierta complejidad. Sin embargo, el mediador al tratar de acercar posturas va a procurar que las partes traten de decir exactamente lo que desean, sin necesidad de hacerlo en un lenguaje muy técnico, al igual que ocurre con el acuerdo de mediación.

Por último, dentro de este apartado me gustaría hacer referencia a una serie de garantías con las que pueden contar las partes y, que también incluiría en las ventajas que tiene la mediación frente a otros tipos de procedimientos:

-Lógicamente la primera garantía es que las partes mantienen el control absoluto del procedimiento como ya se ha dicho antes.

-La segunda garantía es que las partes pueden tener asesoramiento, ya sea legal o de cualquier otra índole, antes, durante y al concluir el procedimiento antes de firmar el acuerdo de mediación.

-Por último, el mediador puede renunciar al procedimiento si una de las partes no está actuando de buena fe (art.13.3 LMACM)¹⁰².

5. CONCLUSIONES

D) La mediación es un método alternativo y autocompositivo de resolución de controversias, que consiste en que las partes intentarán alcanzar una solución por sí mismas, con ayuda de un mediador, que debe ser persona física. Algunos autores consideran, en una interpretación amplia, que la definición de mediación del art.1 LMACM amplía el ámbito de actuación del mediador de forma que este sí puede proponer alguna solución cuando el conflicto esté muy enquistado.

¹⁰² QUINTANA, A. "Mediación en el ámbito mercantil", s.f, p.13.

II) La mediación es un procedimiento flexible, donde las partes controlan el proceso, donde no hay preclusión, por lo que se dice que es un método y no un procedimiento y, se deben seguir ciertas normas para respetar los principios inspiradores de la mediación.

III) La regulación legal en España no se dio hasta el S/XXI cuando el legislador hizo notar una desproporcionada carga de trabajo para el sistema judicial. La regulación española la vamos a encontrar principalmente en la ley 5/2012 acompañada del RD 980/2013, a la que habría que añadir las regulaciones autonómicas y los Reglamentos de las instituciones de mediación.

IV) Las partes pueden optar por la mediación institucional o ad-hoc. La mediación institucional consiste en que el proceso se envuelve en el marco logístico y regulatorio de una institución de mediación, que tendrá su propio reglamento, debiendo cumplir el proceso con las normas legales españolas. En la mediación ad-hoc, las partes eligen al mediador y la regulación a la que deciden someterse, aunque hay que considerar el Reglamento de mediación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil de 2002, que tienen gran importancia en la práctica.

V) Las partes sometidas a un proceso de mediación siempre lo hacen voluntariamente, mediante pacto entre ellas o, bien cuando una vez iniciado un procedimiento judicial, el juez decide proponer a las partes acudir a la mediación antes de seguir con el proceso judicial.

VI) El principal objetivo de la mediación y la principal función del mediador es la de facilitar la comunicación entre las partes, ya que en la mediación son las partes las que deben llegar a un acuerdo, haciéndose esto más fácil si entienden la postura del otro bando.

VII) El procedimiento de mediación es flexible, pues la ley establece una regulación mínima para respetar los principios básicos de la mediación, con el objetivo de no perjudicar a ninguna parte durante el procedimiento.

VIII) El procedimiento de mediación puede terminar con acuerdo total, parcial o sin acuerdo. Si hay acuerdo, podría ser ejecutado por las partes voluntariamente o siguiendo el art.25 LMACM. Estos acuerdos podrán ejecutarse en el ámbito internacional, aunque es más complicado que en el arbitraje, donde la ejecutividad de los laudos internacionales es una de sus grandes ventajas, aunque se está avanzando en esa materia con la

IX) Alrededor de una sociedad mercantil, hay una multitud de intereses de distintas partes, ya sea de los socios, administradores, trabajadores y de los stakeholders. Estos intereses

chocan entre ellos de forma que en ocasiones menoscaban el propio interés social, y, así nacen los conflictos de interés, que pueden ser muy negativas para la empresa.

X) El legislador ha tratado de establecer una legislación a varios niveles según nos encontramos ante un conflicto u otro. El problema de estas soluciones es que, en caso de incumplimiento de una de las partes, habrá que acudir a los tribunales, por lo que la ley establece una cultura de conflicto frente a las figuras surgidas del derecho anglosajón como la mediación que se adaptan mejor al derecho societario.

XI) Los conflictos de interés en el ámbito societario, son conflictos que ponen el riesgo el futuro de la empresa, por lo que es necesaria su resolución. Para su resolución es necesaria una comunicación fluida por las partes algo que solo permite la mediación, pues las partes comprenden mejor la postura del contrario, ya que en el arbitraje y la conciliación dicta o recomienda una solución un tercero.

XII) La mediación es un método de resolución de controversias muy barato tanto en términos monetarios como temporales, frente al arbitraje o frente a los procesos judiciales. Mientras que un proceso judicial o arbitraje puede durar meses, una mediación se puede desarrollar en cuestión de una semana, así como no ser necesaria la compañía de abogado ni de procurador, por lo que el coste económico se reduce sustancialmente. El arbitraje también es relativamente barato comparado con los procesos ordinarios, aunque es más caro que la mediación.

XIII) En la mediación las partes llegan a un acuerdo por sí mismas, con ayuda del mediador, lo que conlleva que en un ámbito tan complejo como la sociedad, se alcancen acuerdos flexibles y creativos que permitan que todas extiendan su relación comercial en el tiempo.

XIV) El acuerdo de mediación puede versar sobre casi cualquier conflicto de interés en materia societario excepto los que afectan al concepto de "orden público societario" que incluye los principios configuradores del tipo social (con reservas de algunos autores) y los derechos esenciales que reconoce la ley a todos los socios.

XV) En el futuro, parece que, con el objetivo de descargar al sistema de judicial de tantos pleitos, se va a tratar de mitigar el principio de voluntariedad de forma que las partes tenga que someter primero su controversia a mediación antes de acudir a los tribunales, por lo que la mediación ya no sería un método voluntario en sentido estricto. Parece ser que tanto la legislación española a través del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia de 2022, como la europea van hacia ese fin.

6. BIBLIOGRAFÍA, JURISPRUDENCIA Y RECURSOS ELECTRÓNICOS.

a) BIBLIOGRAFÍA

- ACLAND. A. *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Paidós,1993.
- ALFARO, J. El interés social como límite a la discrecionalidad: la parábola del administrador infiel y la regla de la mayoría en *Almacén de Derecho (blog)*, 2020. (disponible en <https://almacenederecho.org/el-interes-social-como-limite-a-la-discrecionalidad-la-parabola-del-administrador-infiel-y-la-regla-de-la-mayoria>).
- ALFARO, J. “Los principios configuradores del tipo societario” en *Almacén de Derecho (blog)*, 2017. (disponible en <https://almacenederecho.org/los-principios-configuradores-del-tipo-societario>).
- ASFER Y CUATRECASAS. “Guía para facilitar la construcción de entornos de confianza y ayudar a la formalización de los Consejos de Familia”, 2021. (Disponible en <https://www.cuatrecasas.com/resources/guia-para-las-empresas-familiares-el-consejo-de-familia-guia-per-a-les-empreses-familiares-el-consell-de-familia-616ed8d20807a849647071.pdf?v1.44.2.1.20230223>).
- BAEZA TOMÁS M. “La Responsabilidad de la persona mediadora”, s.f, p.15. (disponible en [/https://www.cicac.cat/wp-content/uploads/2020/11/Treball-Tomás-M.-Baez.pdf](https://www.cicac.cat/wp-content/uploads/2020/11/Treball-Tomás-M.-Baez.pdf)).
- BARRÓN LÓPEZ, M.C. *Arbitraje y Mediación en la Empresa Familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- BOLDA, C. *La mediación en Asuntos Mercantiles*, en Tirant Lo Blanch, Andreu M. del M (coordinadora).
- CARRASCO, A. “Racionalidad económica y deber de lealtad entre socios”, en *Foro de Derecho Mercantil: Revista Internacional*, Bogotá, Legis Editores, núm. 40, 2013.
- CARRETERO MORALES. E. “El estatuto del mediador civil y mercantil” en *Revista de mediación*, Vol. 7, No.1, 2014.
- CASTILLEJO, R., ALONSO, C., Y CASTILLEJO, C. *Manual de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2020.
- CLEMENTE, M. *Fundamentos y principios de psicología jurídica*, Editorial Pirámide, 2011, p 242.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, 2002.

-EGÜEN SAN MIGUEL, D. Hacia la protección real de los derechos económicos de los socios minoritarios en sociedades mercantiles no cotizadas en Anuario Jurídico y Económico Escurialense, 54, 15-52,2021 (Disponible en <https://doi.org/10.54571/ajec.477>).

-EMBED J.M. “Los principios configuradores del tipo societario: ¿un derecho “natural” de sociedades?” en *El notario del Siglo XXI*, nº113, 2024.

-FERNÁNDEZ, L. “La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital”, 2018.

-FERNÁNDEZ-CUELLAS, R. La Dinámica mayoría-minoría en las sociedades de capital: Discurso de Ingreso en la real academia europea de doctores, Como Académico Correspondiente, en el Acto de Su Recepción el 15 de Marzo de 2018. Barcelona: Reial Acadèmia Europea de Doctors, 2018.

-FREEMAN, R. E., WICKS, A. C. & PARMAR, B. “Stakeholder theory and the corporate objective revisited” en *Organization Science*, Vol. 15 N° 3, 2004.

-GARCÍA-VILLARUBIA. M “El derecho de información del socio como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales”. Cuestiones sustantivas y procesales” en *El Derecho*. Revista de Derecho Mercantil, n. 29, 2015.
(Disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/4550-el-derecho-de-informacion-del-socio-como-fundamento-de-la-impugnacion-de-los-acu>).

-GARCÍA-VILLARRUBIA. M “La regla de la discrecionalidad empresarial” en *Boletín Mercantil*, n.º 107, 2022. (disponible en <https://www.uria.com/es/publicaciones/7942-la-regla-de-la-discrecionalidad-empresarial>).

-GRUPO VADILLO. (2018). “4 tipos de conflictos entre socios y cómo solucionarlos” (disponible en <https://www.grupovadillo.com/4-tipos-de-conflictos-entre-socios/>).

-IRIBARREN BLANCO, M. “Acuerdos negativos y deberes de fidelidad de los minoritarios”, en Almacén de Derecho (blog), 2015.
(disponible en <https://almacenederecho.org/acuerdos-negativos-y-deberes-de-fidelidad-de-los-minoritarios>).

-LEIVA, J. “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010. El plazo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales nulos por violación del orden público”, s.f.

-LÓPEZ, A y FERNÁNDEZ, J.M. “El acuerdo de mediación” en *Uría Menéndez*, s.f. (Disponible en https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4481/documento/20150116_um.pdf?id=5651).

-LOPEZ, J. “Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría” en Anuario Jurídico y Económico Escurialense , 47, 13-56, 2014. (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4639613.pdf>).

-ORTEGA, E. “Tratado de conflictos societarios”, ENCISO M, GARCÍA J y GARCÍA-VILLARRUBIA (Coordinadores). Tirant lo Blanch, 2019.

-PAZ-ARES. C. “El enforcement de los pactos parasociales” en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 5, 2003.

-PERDICES, A. (2016). “Lecciones Tag –Along” en *Almacén del Derecho (blog)*. (disponible en <https://almacenederecho.org/lecciones-tag-along>).

-PÉREZ, M. A., PÉREZ, M. E. y GARCÍA, A. L. *Mediación como método de solución de conflictos*, Tirant lo Blanch, 2019.

-RODRÍGUEZ, L. F. *Mediación mercantil en España*, Dykinson, 2017.

-RUIZ, F. y FERNÁNDEZ, J. C. *Mediación civil y mercantil*, Tirant lo Blanch, 2022.

-SÁEZ LAVACE, M^a I. Y BERMEJO, N. (2007).” Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad. A vueltas con los pactos de tag -y de drag –along”. *InDret*, núm. 1.

-SERRANO, A. “Mecanismos para solucionar un bloqueo societario en una sociedad de capital” en *Revista Lex Mercatoria*, n°1, 2015.

-SOLETO MUÑOZ, H. “La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos en *Revista de Mediación*, n°10, 2017.

-SUÁREZ ENRIQUEZ, C. “Modelo negociador-narrativo: modelos conjuntos de mediación”, publicado en *Revista de Intervención Socioeducativa en la Desadaptación Social*, Vol. 10, 2017.

- VÁZQUEZ, T. La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 283, 2012.

-VÁZQUEZ, T. *Estrategia Jurídica en los Conflictos Societarios*”. Tirant lo Blanch, 2023.

-VÁZQUEZ, E, “Art. 5. Las instituciones de mediación” en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles: comentarios a la Ley 5/2012*, FERNANDEZ, C (Coordinadora), Reus, 2012, pp. 73-99.

-VICENT CHULIÁ. F. *Introducción al derecho mercantil*, Tomo 1, 24^a Edición, Tirant Lo Blanch, 2022.

- VILALTA, E. *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Aranzadi, 2013.

b)) JURISPRUDENCIA

-STS 19 de noviembre de 2002 (RJ\2002\9768).

-STS 21 de diciembre de 2021 (RJ 2021\5513).

- STS de 19 de septiembre de 2013 (RJ 2013\6401).
- STS 25 de enero de 2022 (RJ\2022\538).
- STS 13 de Julio de 2016 (RJ 2016\3191).
- STS 14 de abril de 2014 (RJ 2014\2618).
- STJUE 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-317/08 a C-320/08).
- STS de 5-4-1966 (RJ 1966\1684).
- STS de 31-12-1979 (RJ 1979\4499).
- STC 15 de junio 2020 (RTC 2020\46).

c) RECURSOS ELECTRÓNICOS

-ACUERDO DE 12-06-2020 DE UNIFICACIÓN DE CRITERIOS DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE BARCELONA (Disponible en <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-contingut-generic/acuerdo-de-unificacion-de-criterios-de-los-juzgados-de-primera-instancia-de-barcelona-de-fecha-12-de-junio-de-2020.pdf> última consulta: 19/02/2024).

-<https://www.ammediadores.es/nueva/wp-content/uploads/2019/10/SeguroMediadores2019.pdf>

-IL. (2021). “La mirada busca que el acuerdo se construya ” , Blog IL3 - UB. (<https://www.il3.ub.edu/blog/joseph-folger-la-mirada-transformativa-busca-que-el-acuerdo-se-construya-desde-las-partes/>)

-CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE MADRID
<https://madridarb.com/>

-CÓDIGO DE CONDUCTA EUROPEO PARA MEDIADORES, 2014. (Disponible en <https://mediacion.icav.es/wp-content/uploads/2018/01/C%C3%93DIGO-CONDUCTA-EUROPEO-PARA-MEDIADORES-2013.pdf>).

-CGPJ. “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, 2016 (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>)

-Editorial Colex. (2014). Iberley. Contenido Jurídico <https://www.iberley.es/temas/concepto-objeto-agrupaciones-interes-economico-42441>)

-RAE, (<https://dpej.rae.es/>)

-REGISTRADORES DE ESPAÑA (<https://www.registradores.org/el-colegio/registro-mercantil>).

-REGISTRO INSTITUCIONES DE MEDIACIÓN.
<https://remediabusador.mjusticia.gob.es/remediabusador/avanzarRetrocederRegistroInstitucion.action?paginacion.index=5&nombre=&especialidad=3&area=2>

-GRUPO VADILLO
<https://www.grupovadillo.com/4-tipos-de-conflictos-entre-socios/>).

Poder Judicial España (2021). Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales - Órganos Unipersonales.

(Disponible en

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=29&anio=2021&territorio=Espa%C3%B1a&proc=JUZGADO%20DE%20LO%20MERCANTIL>).