

# A propósito del recurso de casación: el problema de introducir calificaciones jurídicas en los hechos probados



ANTONIO  
BALIBREA

Asociado Senior

ECIJA

El pasado 11 de octubre de 2016, el Tribunal Supremo dictó un auto en el recurso de casación número 3083/2015, inadmitiendo a trámite un recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8ª), en un procedimiento de tutela del derecho fundamental al honor (artículo 18-1 CE) del demandante.

El supuesto de hecho enjuiciado en la instancia se refiere a las manifestaciones vertidas por el demandado-recurrente en la red social

La intención del recurrente fue la de revisar la calificación jurídica de las expresiones «imbécil», «corrupto» o «golfo»

«Twitter» donde se dirigió al demandante como «imbécil», «corrupto» y «golfo».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8ª), confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Sevilla, declarando como hecho probado, que las expresiones enjuiciadas son «objetivamente vejatorias» y, en consecuencia, calificando esas expresiones vejatorias, como vulneradoras del derecho al honor, toda vez que la Constitución Española no reconoce el derecho al insulto.

## Expresiones infractoras del derecho al honor

Es importante recalcar y diferenciar, para examinar el motivo por el cual se inadmitió el recurso de casación, que la sentencia recurrida, tras la oportuna valoración de la prueba, estableció como premisa fáctica que los comentarios, por sí mismo, han de ser calificados como «vejatorios» e «insultantes». Consecuentemente, la sentencia califica jurídicamente dichas expresiones como infractoras del derecho al honor.

Contra la anterior sentencia, el recurrente-demandado interpuso recurso de casación, al amparo del artículo 477-2-1º LEC, que permite el acceso al Tribunal Supremo en aquellos casos para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, como el honor. El motivo único argumentado por el

recurrente fue que los comentarios expresados contra el demandante tienen de quedar amparados por el derecho a la libertad de expresión, ya que las expresiones objeto del procedimiento no tienen carácter vejatorio ni insultante.

Ante este recurso, la solución del Tribunal Supremo, no ha sido confirmar o no la sentencia recurrida, sino inadmitirla por falta manifiesta de fundamento. La razón: el recurrente no ha partido del hecho probado de que las manifestaciones son *per se* vejatorias e insultantes, como se declaró en la Audiencia Provincial; sino que ha partido únicamente de las expresiones objeto del procedimiento.

Aunque *a priori* pudiera parecer lo mismo, lo anterior ha resultado ser una infracción del artículo 483-2-4º LEC, toda vez que el recurrente ha hecho caso omiso de los hechos declarados como probados en la instancia -carácter vejatorio e insultante de las expresiones- y ha partido únicamente de las manifestaciones, omitiendo los calificativos declarados probados por la Audiencia Provincial.

En efecto, la intención del recurrente fue la de revisar la calificación jurídica de las expresiones «imbécil», «corrupto» o «golfo», obviando que los calificativos dados por la Audiencia Provincial a esas expresiones (vejatorias e insultantes) también forman parte de los hechos probados.

Lo anterior es particularmente delicado ya que la Audiencia Provincial declaró como hecho probado la expresión objeto del procedimiento («golfo») y su cualificación («insultante»). De esta manera, la Audiencia Provincial ha introducido en los hechos probados, una calificación jurídica, ya que los insultos no están amparados por la Constitución Española.

Por tanto, se hace casi imposible que el Tribunal Supremo pueda realizar un verdadero juicio de ponderación sobre las expresiones vertidas, que es el objeto del procedimiento, y decidir sobre si quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión o no; ya que al calificarse como «vejatorias e insultantes», el Tribunal Supremo ha de partir de ese calificativo, y difícilmente se puede modificar el sentido de la resolución por la prohibición del derecho al insulto.



# La introducción de cláusula arbitral en los estatutos sociales



CARLOS  
RODRÍGUEZ  
DÍAZ

Abogado.

Bufete Rodríguez Díaz  
Profesor de Derecho  
Universidad Pablo de Olavide

Bufete  
RODRÍGUEZ DÍAZ

controvertida dicha cuestión al disponer el referido precepto que para «la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sujeción a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social».

Aún cuando la ley ha aclarado la cuestión, no parece que se haya aplacado el debate, por cuanto la solución prevista por el legislador no ha convalidado a una parte importante de la doctrina, que sigue manteniendo la necesidad de exigir la aprobación por todo el capital social para la introducción en los estatutos de la cláusula arbitral.

## Dos posturas enfrentadas

Existen, por tanto, dos posturas enfrentadas y, realmente, muy bien fundamentadas cada una de ellas. Nos encontramos ante el conflicto de dos enfoques diferentes. Por una parte, el de las sociedades de capital, que tienen como uno de sus principios configuradores el de las mayorías para la adopción de sus acuerdos y, por otro, el del arbitraje, que se fundamenta, como establece el artículo 5.1 de la Ley de 1988 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre la base de la «voluntad inequívoca» de las partes mediante su consentimiento expreso.

Observamos cómo chocan de manera frontal dos instituciones con principios configuradores diferentes, lo que ha provocado la existencia de dos tesis

Durante un tiempo se discutió la forma de introducir esa cláusula arbitral en los estatutos, se discrepaba sobre las mayorías necesarias para proceder a dicha modificación estatutaria

contrarias sobre esta materia, ambas argumentadas de manera brillante por sus defensores, que el Prof. Olivencia (entre otros artículos, «Ley de Arbitraje, cláusula estatutaria arbitral y Anteproyecto de Código Mercantil» en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al Prof. Rafael Illescas Ortiz*) distingue y fija con claridad.

La primera de ellas, defendida por autores como Fernández del Pozo, Perales Viscasillas, Illescas Ortiz, Olaizola Martínez, entre otros, sostiene que para la introducción de la cláusula arbitral en los estatutos sociales, mediante la modificación de los mismos, es suficiente el acuerdo mayoritario de los socios.

Sustentan su tesis en el hecho de que la exigencia de la unanimidad implica una visión excesivamente contractualista de estas sociedades que choca con su propia esencia y distorsiona el principio de la mayoría, que constituye uno de sus principios configuradores.

Por el contrario, autores como Muñoz Planas, Polo Sánchez, Gómez Porrúa o el propio profesor Olivencia defienden la necesidad de que esa modificación estatutaria por la que se incorpora a los estatutos sociales la cláusula arbitral requiere inexorablemente de la unanimidad del capital social.

El profesor Olivencia mantiene que, con independencia del sistema cualificado mayoritario que establezca la Ley de Arbitraje, la incorporación de dicha cláusula sin el requisito de la unanimidad «supone la imposición a la minoría de un arbitraje ajeno o contrario a la libre voluntad de ausentes y disidentes y, por tanto, atentatorio a la naturaleza misma de la institución arbitral». Y continúa exponiendo que «el principio mayoritario de las sociedades de capital no puede alterar el de la libertad. No se puede, en fin, defender la promoción y el desarrollo del arbitraje a costa de sacrificar su esencia; nada menos que la libertad».

Y ante esta disyuntiva, ¿qué postura debemos considerar como más acer-

tada? En principio, cabría la inclinación por la primera, por cuanto el legislador se ha decidido por ella tras la reforma del año 2011, estableciendo la mayoría cualificada de los dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital. Pero el hecho de que una norma regule en un sentido concreto determinada materia, no conlleva que la misma sea conforme a sus principios configuradores.

Tras estudiar detenidamente los argumentos expuestos en cada una de las posiciones expresadas, desde el respeto a la *autoritas* y saber de los autores citados, me inclino por aquella que mantiene la necesidad de la unanimidad en la adopción del acuerdo. Aún reconociendo los poderosos argumentos ofrecidos por aquellos autores que sostienen el principio mayoritario -conforme a la razón de ser de estas entidades en cuanto a la adopción de acuerdos se refiere-, entiendo que dicha opción despersonaliza, como defiende el profesor Olivencia, la esencia y razón de ser del arbitraje, pudiendo incurrir incluso en vicio de inconstitucionalidad.

Respecto de ese posible vicio, una vez que ya no es posible instar el recurso de inconstitucionalidad recogido en el art. 162.1.a CE y en la LOTC, por haber caducado el plazo de tres meses previsto para ello desde la publicación de la norma (arts. 31 y 33.1 LOTC), ni el recurso de amparo constitucional contra el laudo que se dicte en virtud de una cláusula estatutaria de arbitraje introducida por acuerdo mayoritario de la Junta General de la sociedad al no existir esa posibilidad de amparo, sólo queda la vía de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales de oficio o a instancia de parte, conforme a lo dispuesto en los artículos 161.1.b CE y 29.1.b LOTC.