

---

# ALGUNAS OTRAS CUESTIONES EN TEMA DE COMPROMISOS Y DE CLAUSULAS COMPROMISORIAS EN SOCIEDADES MERCANTILES.

Prof. Dr. Gastón Certad Maroto  
Catedrático de la U.C.R. y de la U.A.C.A.

**SUMARIO:** 1. Preludio. 2. Contrato de compromiso y cláusula compromisoria. 3. Requisitos del acuerdo compromisorio. 4. Autonomía de la cláusula compromisoria. 5. Legitimación para la estipulación de la cláusula compromisoria. 6. La cláusula arbitral al interno de los pactos sociales. 7. La introducción y la supresión de la cláusula compromisoria en los pactos sociales. 8. La cláusula compromisoria y las operaciones de transformación, fusión y escisión de la sociedad. 9. Las cuestiones en materia societaria que pueden someterse a arbitraje. 9.1. La impugnación de acuerdos de asamblea. 9.2. La acción social de responsabilidad contra los administradores. 9.3. La admisión de nuevos socios. 9.4. El receso del socio. 9.5. La exclusión del socio. 9.6. Pactos parasociales.

## 1. Preludio.

La progresiva difusión en nuestro país en estos últimos años del instrumento arbitral como método alternativo de resolución de controversias se ha generado sobretodo en el ámbito comercial y, en especial, en el sector societario, donde venimos asistiendo a un siempre mayor recurso a tal figura en medida tal que se ha venido convirtiendo en una verdadera y propia *praxis*. Los motivos de semejante suceso se pueden sintetizar en las conspicuas ventajas, en orden temporal y económico, que las partes pueden obtener cumpliendo con la opción arbitral, sin olvidar que la solución de las controversias a través de este instituto resulta más discreta y reservada, pues el arbitraje permite llevar más fácilmente a la composición los intereses contrapuestos, conservando ese clima de confianza entre los socios sobre el que se fundan la existencia y el funcionamiento de cualquier contrato social, e impidiendo,

contemporáneamente, la divulgación de hechos y noticias que podrían perjudicar la imagen de la sociedad <sup>1</sup>.

## 2. Contrato de Compromiso y cláusula compromisoria.

El compromiso es un negocio jurídico autónomo mediante el cual las partes confieren a uno o más árbitros el poder de dirimir una controversia surgida entre ellas <sup>2</sup>. La cláusula compromisoria, por el contrario, es un acto accesorio, normalmente inserto en un contrato –aunque también puede celebrarse en acto separado–, con el que las partes se empeñan, en vía preventiva y eventual, a recurrir al arbitraje en caso de *litis*; no obstante su carácter accesorio siempre conserva, como se verá, su propia autonomía jurídica. Consecuentemente, la invalidez del contrato principal no se extiende a la cláusula en él insertada por lo que, si estuviere previsto, los árbitros serían competentes para decidir aún sobre la validez del contrato mismo.

La diferencia entre estas dos figuras consiste, entonces, en el hecho que la primera es estipulada para dirimir una controversia ya surgida, mientras que con la segunda se establece apriorísticamente el recurso al arbitraje.

En la práctica comercial societaria la cláusula compromisoria tiene una mayor difusión que el contrato de compromiso pues presenta, respecto a éste, un *quid pluris* psicológico: las partes, al

---

<sup>1</sup> Ya nosotros habíamos incursionado en este tema en el ensayo “Reflexiones sobre la cláusula arbitral y el nombramiento de árbitros en materia societaria”, publicado en la revista Acta Académica de la Universidad Autónoma de Centro América, N° 36, San José, Costa Rica, mayo 2005, pp.155 ss.

<sup>2</sup> SOLDATI, Nicola, “Le clausole compromissorie nelle società commerciali”, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale N° 273, Casa Editrice Giuffré, Milano, Italia, p. 3.

Véanse artículos 1386 ss. del Código Civil.

---

momento de la estipulación del contrato social, acuerdan más fácilmente someter al juicio de árbitros una eventual y futura controversia, que, esperan, nunca suceda. Resulta claro, entonces, cómo la cláusula compromisoria tenga por objeto un número no definido de controversias futuras que pueden surgir de la ejecución, inejecución, interpretación y resolución del contrato al que va unida. Precisamente por esta razón, frecuentemente sucede que, no obstante estar en presencia de una cláusula compromisoria, las partes decidan regular ulteriormente las modalidades de la resolución de la controversia entre ellas surgida, mediante la redacción estratégica de un contrato de compromiso, lo que permite obviar todos aquellos inconvenientes que pudieren surgir del uso de una cláusula redactada de manera imperfecta o que, con el pasar de los años, haya llegado a ser obsoleta<sup>3</sup>.

### 3. Requisitos del acuerdo compromisorio.

En lo que toca a la forma y al contenido del acuerdo compromisorio, tanto el contrato como la cláusula deben estipularse en forma escrita<sup>4</sup> (art. 23 párrafo primero)<sup>5</sup>, admitiéndose como válido de manera expresa el acuerdo suscrito por facsímil, télex o cualquier otro medio de comunicación similar<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> BERNINI, A.M., "Le clausole compromissorie" en "*I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*", dirigido por Francesco Galgano, I, U.T.E.T., Torino, Italia, 1995, pp. 197 ss.

<sup>4</sup> Salta la duda si la forma escrita es requerida *ad substantiam* o simplemente *ad probationem*.

<sup>5</sup> Cuando en este trabajo se cite un artículo sin indicar el Código o la Ley de procedencia se entenderá que pertenece a la "Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social" (más conocida como Ley RAC, N° 7727 del 9 de diciembre de 1997).

El citado artículo 23 ha previsto expresamente la posibilidad de incluir válidamente la cláusula compromisoria en un acto separado del contrato al que pertenece.

<sup>6</sup> No parece comprender la norma el "correo electrónico" al no ser éste un medio de comunicación **similar** al facsímil y al télex. Estas "novedades" representan seguramente un progreso en la necesidad de adecuar el arbitraje a las continuas innovaciones de la técnica para permitirle a sus usuarios siempre mayores ventajas.

El acuerdo compromisorio puede referirse a toda cuestión de orden patrimonial, presente y futura, pendiente o no ante los tribunales comunes, fundada en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales <sup>7</sup> (art. 18 párrafo segundo), esto es, como reza el artículo 2, a “*diferencias patrimoniales de naturaleza disponible*”. En el supuesto específico de las sociedades mercantiles serían susceptibles de arbitraje, sin perjuicio de volver más adelante sobre este tema con mayor profundidad de análisis, en síntesis, todas aquellas controversias que tengan por objeto derechos disponibles provenientes de la relación social.

#### **4. Autonomía de la cláusula compromisoria.**

El contrato de compromiso, siendo materialmente redactado cuando surge la controversia entre las partes, constituye *in re ipsa* un contrato autónomo, cuya validez no está ligada a la relación jurídica de la que nace la *litis*. Diversamente, la cláusula compromisoria no es otra cosa que una más de las cláusulas del contrato en el que va incluida y que, aunque como se dijo puede ser estipulada en acto separado<sup>8</sup>, parece aparentemente destinada a seguir la suerte del contrato en el que está inserta. Sin embargo, de acuerdo al numeral 37, el tribunal arbitral:

*“... estará facultado para determinar la existencia o validez del convenio del que forma parte una cláusula arbitral. Para los efectos de este artículo, una cláusula arbitral que forme parte de un*

---

<sup>7</sup> De ahí que nosotros consideremos que no pueden someterse a arbitraje –como de manera expresa lo reconocen algunas leyes foráneas- controversias en materia de trabajo o bien de previdencia o de asistencia obligatorias, o bien cuestiones de estado y de separación personal entre cónyuges, esto es, materias que no pueden ser objeto de transacción.

<sup>8</sup> Véase nota 5 anterior.

---

*convenio y disponga la celebración del arbitraje con arreglo a la presente ley, se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del convenio. La decisión del tribunal arbitral de que el convenio es nulo, no implicará, necesariamente, la invalidez de la cláusula arbitral”.*

Esto significa que la validez de la cláusula compromisoria debe ser evaluada de manera autónoma respecto al contrato al que se refiere -principio éste comúnmente aceptado por la doctrina<sup>9</sup>-, y por el mismo tribunal arbitral que conoce la contienda, en vez del juez ordinario<sup>10</sup>.

### **5. Legitimación para la estipulación de la cláusula compromisoria.**

De acuerdo a un principio universalmente aceptado, la cláusula compromisoria será de ordinaria o extraordinaria administración según la naturaleza jurídica del contrato al que pertenece<sup>11</sup>. Semejante afirmación, de notable trascendencia sobre todo en materia societaria, nos lleva a una sustancial distinción entre cláusula compromisoria y contrato de compromiso, que permanece, a todos los efectos, un acto de extraordinaria administración<sup>12</sup>. Como ya se dijo, la diferencia entre compromiso (contrato de) y cláusula compromisoria yace en el hecho de que el primero es estipulado para dirimir una controversia ya surgida, mientras con la

---

<sup>9</sup> Y además concuerda con los más importantes instrumentos internacionales como la ley modelo del UNCITRAL y la Convención de Ginebra de 1961.

<sup>10</sup> Esto evidentemente es imposible cuando los vicios estén referidos a elementos comunes de ambos negocios pues, en tal caso, la nulidad de la cláusula arbitral y del contrato le impondrán a las partes dirigirse a la autoridad judicial ordinaria para la resolución de la controversia, quedando a salvo la posibilidad de estipular entre ellas un compromiso arbitral. SOLDATI, N., op. cit. en nota 2, p. 8.

<sup>11</sup> SOLDATI, N., op. cit. en nota 2, p. 9.

<sup>12</sup> LA CHINA, Sergio, “*L’arbitrato*”, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2004, pp. 28-29; PUNZI, C., “*Disegno sistematico dell’arbitrato*”, CEDAM, Padova, Italia, 2000, p. 268.

segunda se establece de manera anticipada el recurso al arbitraje. Esa diferencia encuentra su razón de ser en la distinta responsabilidad de quien estipule uno u otro de los dos actos: en el primer caso, para que el arbitraje represente la opción mas apropiada para la solución de la *litis*, es indispensable conocer exactamente todos los extremos de la disputa, su trascendencia económica, los sectores empresariales que pueden verse envueltos en la misma, así como también el fundamento de las pretensiones de las partes. Con base en tales postulados, es fácil intuir la razón por la cual es necesario un poder de extraordinaria administración para la estipulación del contrato de compromiso en árbitros, poder que no sería menester para la redacción de la cláusula arbitral.

## **6. La cláusula arbitral al interno de los pactos sociales.**

La difusión de la cláusula compromisoria en los contratos de sociedad es un fenómeno que afecta a todo tipo de sociedad, no importa la forma jurídica escogida, ni el objeto al que se dedique. Con fundamento de un estudio efectuado en Italia al final de los años setenta resultó que semejante cláusula está difundida en particular modo en las sociedades cooperativas y en las mercantiles de personas y de capitales pero de pequeñas y medianas dimensiones, así como en los llamados pactos parasociales <sup>13</sup>. Las razones de esta tendencia nos parecen bastante evidentes: en esas formas sociales la escogencia arbitral está determinada principalmente por la relación de confianza que une a los socios.

---

<sup>13</sup> SILINGARDI, G., "*Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*", Giuffrè Editore, Milano, 1979. Nosotros somos testigos de que, en nuestro país, sobretodo desde que se promulgó la Ley RAC viene sucediendo algo parecido, salvo en cuanto a las sociedades cooperativas, que no nos consta.

Esta relación entre los socios los empuja a designar a un juez privado para que resuelva las controversias que podrían surgir entre ellos. En las sociedades de capital semejantes características se mantienen hasta el momento en que el capital social no resulte particularmente fragmentado, como sucede en las grandes sociedades anónimas, generalmente cotizados en bolsa, en donde el interés de la mayoría de los socios no es ya participar directamente en la determinación de las estrategias societarias, sino más bien el de utilizar sus participaciones sociales con finalidad de ahorro<sup>14</sup>.

Por su parte, amplio espacio encuentra el arbitraje en los denominados pactos parasociales<sup>15</sup>, esto es, en aquellos acuerdos mediante los cuales un grupo restringido de socios tiene el poder de determinar el destino y el funcionamiento de la sociedad. La validez contractual de tales acuerdos, cuya violación puede llevar eventualmente sólo a un resarcimiento de daños y perjuicios<sup>16</sup>, tiene casi como “juez natural preconstituido” un colegio arbitral.

## **7. La introducción y la supresión de la cláusula compromisoria en los pactos sociales.**

En la práctica societaria, la inserción de una cláusula que confiera a árbitros la resolución de controversias entre las partes o

---

<sup>14</sup> En las sociedades cooperativas, la *ratio* de la escogencia arbitral está, nos parece, en la peculiar necesidad de conservar el espíritu mutualista y de recíproca ayuda y colaboración que es propio de la relación *inter socii*, no sólo en el desarrollo de las actividades sociales, sino también y con más razón, en el momento en que nacen controversias entre ellos o entre ellos y la sociedad.

<sup>15</sup> Instituto jurídico de origen anglosajón que, por esos lares, se conoce con el nombre de *shareholders agreement*.

<sup>16</sup> Y sobre lo cual no conocemos un pronunciamiento claro y preciso de nuestros Tribunales de Alzada.

entre éstas y la sociedad y/o sus órganos, presenta hoy una sistematización que difícilmente encontraremos en otros sectores del derecho. Semejante tarea no deriva, generalmente, de un compromiso estipulado singularmente por las partes al momento en que surge la controversia, sino de una previsión general en el cuerpo del pacto social de una específica cláusula compromisoria formalmente incluida o al momento de estipularse el pacto constitutivo o mediante una sucesiva modificación del mismo.

El primer aspecto que debemos afrontar es el relativo a la inserción de la cláusula compromisoria dentro de los pactos sociales.

Las normas que sirven de fundamento a esto son el inciso 19 del artículo 18 del Código de Comercio, así como los artículos 23 y 37 de la Ley R.A.C., disposiciones estas dos últimas que sancionan, respectivamente, la forma escrita (*ad substantiam o ad probationem?*) el llamado principio de la autonomía de la cláusula compromisoria.

Tratándose de actos que determinan el nacimiento de una sociedad-persona a la vida jurídica, la necesidad de la forma escrita no presenta aspectos particularmente problemáticos: el pacto constitutivo –o escritura constitutiva como prefiere llamarlo nuestro legislador en el artículo 18 del Código de Comercio- es estipulado por todos los socios y tiene forma escrita porque, debiéndose inscribir en el Registro Mercantil para que la sociedad adquiriera personalidad jurídica propia (art. 20 *ibidem*), debe otorgarse en instrumento público notarial.

Pero la cláusula compromisoria puede introducirse no sólo en el acto de constituirse la sociedad, sino también en cualquier momento sucesivo, mediante una modificación del pacto social, lo que da



---

origen a una serie de dificultades ligadas, en particular, al modo en que las modificaciones deben ser aprobadas por la asamblea de socios<sup>17 18</sup>. En el caso de las sociedades de capital, en donde rige la regla de la mayoría (art. 175, Código de Comercio), se concluye que eso no influye sobre la forma escrita, requisito que puede considerarse seguramente respetado con la transcripción del acta respectiva al libro de asambleas y su posterior protocolización por un Notario Público para su sucesiva inscripción en el Registro Mercantil.

Alguna duda desde el punto de vista constitucional ha sido enunciada por alguien en relación a la introducción o supresión por mayoría de una cláusula compromisoria. Y es que la introducción (y supresión) por simple mayoría de una cláusula compromisoria en un pacto social podría ser considerada inconstitucional por estar reñida con el derecho de actuar y el derecho al juez natural preconstituido, reconocidos y garantizados por nuestra Carta Magna a las personas físicas y jurídicas.

---

<sup>17</sup> Nos referimos al uso de la forma escrita ex. Art. 23 y a la aplicación o no del criterio de la unanimidad en sustitución del principio de mayorías, duda que surge también con la entronización *a posteriori* de otras cláusulas, tales como limitaciones a la circulación de las acciones, regulaciones sobre el derecho suscripción preferente, sobre el derecho de receso, sobre la exclusión de socios por incumplimiento, etc.

<sup>18</sup> En algunos países con legislaciones societarias más sofisticadas que la nuestra se dice que las modificaciones al acto constitutivo dirigidas a la introducción o supresión de una cláusula compromisoria, deben ser aprobadas por la asamblea con una mayoría calificada, confiriéndole a los socios ausentes y disidentes la posibilidad de ejercer el derecho de receso, dentro de un término más o menos largo. Sin embargo no hay, ni siquiera allá, un pronunciamiento del legislador sobre simples modificaciones que los socios deseen hacer a la misma cláusula para adecuarla a las verdaderas necesidades de la sociedad –suprimir o ampliar algunos aspectos de la cláusula, tales como la limitación o la ampliación de las materias que los socios desean que sean conocidas por los árbitros; o cambio en el tipo de arbitraje, al número de árbitros, etc.-.

Es clara la *ratio* de esta disposición: tutelar a la minoría frente a la mayoría, para que la primera no sea obligada a sufrir una modificación radical del régimen procesal de y frente a la sociedad y a los demás socios. El sacrificio del principio de la unanimidad se remedia con la posibilidad dada al socio ausente o disidente de retirarse de la sociedad.

---

## 8. La cláusula compromisoria en las operaciones de transformación, fusión y escisión de la sociedad.

En cuanto a las vicisitudes que pudiere encontrar la cláusula compromisoria en la hipótesis de transformación de la sociedad, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 225 del Código de Comercio, la sociedad conserva los derechos y las obligaciones anteriores a su transformación después de la inscripción en el Registro Mercantil, con la consecuencia de que las cláusulas de su pacto social son plenamente válidas en cabeza del sujeto transformado. Por lo tanto, el vínculo que deriva de una cláusula compromisoria antes de la operación de transformación permanecerá aún después de la ejecución de semejante acto<sup>19</sup>.

En las operaciones de fusión, ya mediante la constitución de una nueva sociedad, ya mediante la incorporación de una o más sociedades en una de las participantes en el procedimiento, la cláusula compromisoria sigue siendo plenamente válida en todos los contratos que la contengan estipulados por las sociedades que hayan participado en la operación de fusión. Lo anterior descende de considerar la fusión como una sucesión universal (esto es, como si fuera una sucesión *mortis causa*), con la consecuencia de que las sociedades fusionadas se extinguen y el nuevo sujeto que resulte de la operación, o bien el sujeto que incorpore a la (o las) extinguida(s), se convierte en el único y directo titular de todas las relaciones jurídicas activas y pasivas. Y es que la fusión debe encuadrarse entre las operaciones modificativas del acto constitutivo de las sociedades que participen en ella, de manera que su perfeccionamiento determina el traspaso de todos los derechos y

---

<sup>19</sup> SALVANESCHI, L., "L'arbitrato con pluralità di parti", CEDAM, Padova, Italia, 1999, p. 137.

de todas las obligaciones de la(s) sociedad(es) fusionada(s) a la que resulte de la fusión, nueva o absorbente, y, como última consecuencia, la extinción de la relación social de todas las sociedades que han participado en la fusión pura y simple o de las absorbidas<sup>20</sup>.

El único caso en que la cláusula compromisoria pierde toda eficacia en los contratos estipulados entre las partes es cuando las partes mismas del acuerdo arbitral sean también partes -y, entonces, coincidan- de la operación de fusión, porque hay extinción por confusión de la cláusula, en los términos del artículo 826 del Código Civil<sup>21</sup>.

La última *fattispecie* que debemos examinar es la concerniente las operaciones de escisión<sup>22</sup>. También en esta hipótesis, el acuerdo arbitral resulta ser transmisible. La escisión se caracteriza, como es sabido, por el hecho de que una sociedad traspasa todo su patrimonio, o una parte de él, a varias sociedades preexistentes o de nueva creación, y les asigna sus propias acciones o cuotas<sup>23</sup>. Resulta evidente que en la ejecución de tales operaciones serán transmitidos también los contratos con cláusula compromisoria en los que la sociedad escindida era parte. La transmisión del contrato a la sociedad podrá darse de manera implícita, con el simple traspaso del contrato que contiene el

---

<sup>20</sup> BIANCHI, G., "*L'arbitrato nelle controversie societarie*", CEDAM, Padova, Italia, 2001, p. 17; CAMPOBASSO, Gian Franco, "*Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*", U.T.E.T., Torino, Italia, 1999, p. 576; FERRI, Giuseppe, "*Le società*" en *Trattato di Diritto Civile italiano* dirigido por F. Vassalli, X, U.T.E.T., Torino, Italia, 1987, p. 991; GALGANO, Francesco, "*Diritto Commerciale. II. Le società*", Zanichelli Editore, Bologna, Italia, 2005, p. 438.

<sup>21</sup> SOLDATI, N., op. cit. en nota 2, p. 76.

<sup>22</sup> Sobre la viabilidad de la escisión en Costa Rica siendo, al igual que la fusión, una operación modificativa de los pactos constitutivos de las sociedades que en ella participan, nos pronunciamos favorablemente, CARDENAS V., Rodrigo, "*La utilidad de la escisión en las sociedades mercantiles*", en Acta Académica N° 33, versión electrónica c.d., noviembre 2003, San José, Costa Rica; CERTAD M., Gastón, "*Algunas lucubraciones sobre escisión de sociedades*", en Revista de Ciencias Jurídicas, N° 104, San José, Costa Rica, mayo-agosto 2004, pp. 61 ss.

<sup>23</sup> BRUNI, G., "*Fusioni e Scissioni*", Giuffré Editore, Milano, Italia, 1997.

acuerdo arbitral, o bien, de manera explícita, con la expresa mención de la cláusula que se traspasa, no siendo posible escindir la relación sustancial de la procesal con la sola transmisión del contrato sin la cláusula compromisoria<sup>24</sup>.

### **9. Las cuestiones en materia societaria que pueden someterse a arbitraje.**

El análisis de la *praxis* estatutaria nos muestra una general apertura hacia el juicio arbitral, como instrumento primario al través del cual se pueden dirimir las controversias entre los socios o entre estos y la sociedad. Como ya dijimos al inicio de estas líneas, en estricta conexión con la necesidad del mundo comercial de encontrar respuestas eficientes a sus problemas en el ámbito societario, el arbitraje se ha revelado un instrumento capaz de ofrecer una solución óptima para superar eventuales conflictos internos, con indudables ventajas en términos de tiempo y costos. La consecuencia ha sido, sobre todo en estos últimos años, una casi total difusión de las cláusulas compromisorias en los pactos sociales.

Esas cláusulas compromisorias, así como las contenidas en los pactos parasociales, son, casi siempre, bastante genéricas, a tal punto que en la mayoría de los casos no ofrecen una precisa indicación de los límites objetivos del pacto mismo. En base al estudio efectuado en Italia por Silingardi<sup>25</sup>, se evidenció una tendencia a utilizar expresiones sumarias en vez de delinear positivamente el ámbito de aplicación de la cláusula, con la

---

<sup>24</sup> SALVANESCHI, L., op. cit. en nota 19, p. 149.

<sup>25</sup> Op. cit. en nota 13.

consecuencia de llevar a conocimiento de los árbitros todas aquellas controversias que, en relación al desarrollo de la actividad social y a la administración de la empresa, pueden contraponer a los socios entre sí o a estos con la sociedad.

Semejante “generalidad” ha sido interpretada como un indicio de la voluntad de los socios de confiar a los árbitros la más amplia competencia para resolver las controversias unidas a la relación social, de manera de poder disfrutar al máximo de los beneficios y las ventajas del instrumento arbitral. Esta voluntad de los socios choca frecuentemente con los límites de ley en tema de arbitraje (arts. 2 y 18, párrafo segundo)<sup>26</sup> y con ciertas interpretaciones jurisprudenciales que quisieran limitar al extremo la intervención de jueces privados en la solución de los conflictos.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos más desarrollados que el nuestro, nosotros carecemos de una disposición que indique los límites de la “arbitrabilidad” de las controversias societarias, de donde se hace necesario, en esta materia, “volar por instrumentos”. Veamos. Las diferencias patrimoniales que pueden ser arbitradas son las de naturaleza **disponible** (art. 2), entendiéndose por esto relativas a derechos que son protegidos por el ordenamiento jurídico con normas dispositivas, con vista en la tutela del poder de autodeterminación y de disposición de los sujetos privados<sup>27</sup>. Como corolario de esto tenemos que, para establecer si controversias surgidas entre socios o entre estos y la sociedad pueden ser objeto

---

<sup>26</sup> Estas normas tienen la finalidad de limitar la competencia de los árbitros en materias que no estén referidas al orden público que, necesariamente, deben ser confiadas exclusivamente al conocimiento de la autoridad judicial ordinaria. Nos parece importante hacerle notar al paciente lector que estas disposiciones no toman en consideración específicamente las controversias en materia societaria.

<sup>27</sup> Las de naturaleza **indisponible** no son arbitrables y estarían conformadas por aquellos derechos protegidos con normas imperativas dada la tutela de un interés superior, de un interés público.

de compromiso, se hace necesario examinar si los intereses afectados se refieren a los socios como tales (conocido como **interés individual**), o bien se refieren sólo a la sociedad tutelada por la ley en cuanto tal (conocido bajo el nombre de **interés social**); en el primer caso, la controversia sería arbitrable sobre la base de que todo socio puede disponer libremente de los derechos objeto de la disputa; en el segundo, el arbitraje no sería posible a causa de la indisponibilidad del derecho afectado.

Debemos entender el interés social como la suma de los intereses individuales de todos los socios, unidos entre sí por un elemento común que proviene del vínculo social y más concretamente del elemento del fin común que caracteriza, entre otros, al contrato de sociedad. Se trata de un interés colectivo, indisponible para el socio en cuanto es un interés referido a un grupo unitariamente considerado que sufre una especie de individualización que hace de él algo distinto al interés del socio individualmente considerado, entendido como persona, y disponible sólo por su titular, la sociedad. Por eso, el interés colectivo de la sociedad, esto es, el interés en alcanzar el objeto social y en la ejecución del contrato social, sólo encuentra plena tutela, por ser indisponible, en el álveo de la justicia togada, quedado prohibido en ese ámbito todo arbitraje. En otras palabras, la naturaleza del interés afectado debe utilizarse como metro principal en la determinación de la esfera de operatividad del instituto arbitral en materia societaria.

### 9.1. La impugnación de acuerdos de asamblea.

Según el diseño del legislador, la vida de la sociedad es dirigida –o más bien deberíamos decir, debería ser dirigida- mediante las deliberaciones del órgano denominado asamblea, como democrática expresión de la voluntad de los socios. Así, sólo mediante un atento análisis de los múltiples objetos que pueden tener las deliberaciones de la asamblea, caso por caso, podemos llegar a resultados más concretos. Ello no obstante, sigue siendo importante la afirmación de que no serían arbitrables las controversias referidas, *inter alia*, (i) a la impugnación de acuerdos de asamblea en los que estén envueltos los intereses de la sociedad -como los que tienen que ver con el tema del balance o del ejercicio anual- o bien (ii) a la convocación y funcionamiento defectuosos de un órgano social. En estos casos resulta evidente que el valor y los alcances de la controversia afectan cuestiones de interés general que van más allá del socio en particular, envolviendo intereses colectivos o de orden público.

Por el contrario, diferente es la situación cuando la controversia está referida a derechos e intereses individuales del socio, como en la liquidación de la cuota, en el receso, en la exclusión, etc. En tales hipótesis, con fundamento en la distinción entre intereses particulares e intereses colectivos, no existe duda alguna sobre la “arbitrabilidad” de esas controversias.

Esto es, cada vez que una deliberación de la asamblea concierne cuestiones que trascienden el interés de un socio en particular y que, consecuentemente, se hace necesario verificar si la deliberación misma contrasta con normas establecidas con base en un interés general, estamos ciertamente fuera del ámbito de la

---

disponibilidad de las partes del originario contrato social, no pudiendo operar en estos casos la cláusula compromisoria inserta en el estatuto de la sociedad<sup>28</sup>.

Con base en lo dicho hasta aquí puede afirmarse que, también a propósito de impugnación de acuerdos de asamblea, la valoración de la “arbitrabilidad” no debe efectuarse en abstracto, en relación a la deliberación misma –que constituye un mero instrumento de ejercicio-, sino *in vivo*, refiriéndonos a las situaciones jurídicas sobre las cuales la deliberación que se pretende impugnar ha incidido. Así las cosas, si tales situaciones pueden ser objeto de transacción, pueden ser también objeto de arbitraje; si no, la posibilidad de arbitrar la controversia debe excluirse. También en esta materia, entonces, se aplica el arbitraje a las controversias que tengan por objeto derechos disponibles relativos a la relación social.

Siguiendo este orden de ideas, se excluyen de la posibilidad de ser arbitradas las impugnaciones de acuerdos que se refieran (i) al interés general de la sociedad a que las actividades sociales se desarrollen normalmente, de conformidad a las previsiones normativas y estatutarias; (ii) a la aprobación del balance social<sup>29</sup>; (iii) al nombramiento de los liquidadores; así como las impugnaciones por irregular constitución de la asamblea, como en el caso en que un socio haya sido excluido de la asamblea en contraste con el estatuto.

---

<sup>28</sup> ROMANO PAVONI, Giuseppe., *“Le deliberazioni delle assemblee delle società”*, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1951, p. 401.

<sup>29</sup> SILINGARDI, G., op. cit. en nota 13, p. 75, “pues se refiere a derechos sustraídos de la disponibilidad del socio en particular, afectando una amplia gama de intereses, no sólo los colectivos de los mismos socios, sino también de terceros, como los acreedores sociales y los potenciales contratantes con la sociedad y también intereses públicos, como los del fisco”.



Todas estas situaciones han sido objeto de pronunciamientos de los tribunales de apelación y casación italianos<sup>30</sup>. Sin embargo, autores como DE FERRA, MURATORE, SATTA y SCHIZZEROTTO<sup>31</sup> han criticado duramente el carácter “aleatorio” de esos criterios jurisprudenciales.

## **9.2. La acción social de responsabilidad contra los administradores.**

Una de las cuestiones más debatidas en las sociedades de capital es la posibilidad de someter a arbitraje las controversias en tema de (acción social de) responsabilidad de los administradores.

Los seguidores de la tendencia negativa se basaban en la convicción de que esa acción está dirigida a tutelar los intereses generales de la sociedad, ciertamente no disponibles por los particulares y, por consiguiente, no sujetos a pronunciamiento arbitral. Los detractores de esta tesis consideraban que se trata más bien ésta de una materia que podía generar *litis* de naturaleza contractual, a la luz de la relación que liga los administradores a la sociedad, y que, en cuanto tales, podían disciplinarse por las partes en base a una reglamentación voluntariamente pactada.

Hoy no hay duda de que prevalece entre los Autores esta última posición<sup>32</sup> fundamentada además en el hecho de que el

---

<sup>30</sup> También han sido utilizados distintos criterios para determinar la “arbitrabilidad” de una controversia, como el de la sentencia de Casación N° 1739 del 18 de febrero de 1988 que consideró arbitrable toda controversia relativas a la anulabilidad (nulidad relativa) de los acuerdos, mientras no lo serían las relativas a la nulidad; la primera estaría justificada por el hecho de que al socio la ley le concede la tutela de un interés personal; por el contrario, en los casos de nulidad, donde el interés protegido es el general de la sociedad, no sería admisible diferir la controversia en árbitros.

<sup>31</sup> Citados por SOLDATI, N., op. cit. en nota 2, p. 131, notas 37-39.

<sup>32</sup> CABRAS, Giovanni, “*La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*”, U.T.E.T., Torino, Italia, 2002, p. 177; FERRI, G., op. cit. en nota , p. 717; FRE, Gian Franco,

artículo 191 inciso b) del Código de Comercio contempla expresamente la posibilidad de renunciar<sup>33</sup> al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores<sup>34</sup> amparada en un acuerdo de la asamblea general de socios<sup>35</sup>, que fungiría como condición de eficacia de la cláusula compromisoria.

### 9.3. La admisión de nuevos socios.

Muchas sociedades anónimas, con la licencia que les confiere el artículo 129 del Código de Comercio, incluyen en sus pactos sociales cláusulas que contienen limitaciones a la circulación de sus acciones (cláusulas de agrado o de prelación) con la finalidad de ejercer un control en el ingreso de nuevos socios. Pues bien; nos declaramos partícipes de extender la competencia arbitral a las controversias relativas a la adquisición del *status* de socio en estas sociedades.

Por su parte, en las sociedades de responsabilidad limitada, en donde la limitación al traspaso de cuotas está establecida directamente por el legislador (arts. 85, 86 y 88 del Código de Comercio) es el propio legislador quien hecha mano al arbitraje para solucionar los conflictos de admisión de nuevos socios (art. 88 cit.).

Tenemos entonces que la práctica arbitral parece encontrar un terreno fértil también en la solución de controversias surgidas de

---

“*Società per azioni*”, en *Commentario al Codice Civile* dirigido por A. Scialoja y C. Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 520; Silingardi, G., op. cit. en nota 13, p. 78.

<sup>33</sup> Y consecuentemente también de transar y desistir, CERTAD M., Gastón, “La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II)”, en *Revista Judicial* N° 57, San José, Costa Rica, Año XVII, septiembre 1992, p. 17 y 18.

<sup>34</sup> Extensiva, en nuestra opinión, a los denominados administradores menores (gerentes, administradores delegados), a los liquidadores y a los fiscales.

<sup>35</sup> Nótese que la norma no exige que el acuerdo de la asamblea sea anterior a la renuncia sino únicamente que este órgano exprese, en cualquier momento, su propia voluntad de que la sociedad renuncie, transe, desista o difiera en árbitros la acción social de responsabilidad.

la aplicación de cláusulas de agrado o de prelación, así como de las que se derivan de sucesiones *mortis causa o inter vivos*.

#### **9.4. El receso del socio.**

En términos generales, las controversias surgidas del receso del socio de la sociedad y el consiguiente procedimiento de liquidación de la cuota (art. 32 bis del Código de Comercio), en cuanto referidos a los efectos de la relación social, se consideran plenamente arbitrables <sup>36</sup>, pues se originan en la calificación de socio del sujeto que voluntariamente decide salirse de la sociedad, condición que mantiene hasta el momento del efectivo retiro. Además, no presentan problemas en orden a la disponibilidad del derecho controvertido, porque la liquidación de la cuota es un derecho patrimonial del socio que, en cuanto tal, pertenece plenamente al grupo de los derechos disponibles, ámbito en el que, como sabemos, no existen límites a la aplicación del arbitraje como instrumento de resolución de controversias.

#### **9.5. La exclusión del socio.**

A propósito de la exclusión de socios de una sociedad, en un trabajo nuestro próximo a publicarse en la Revista Acta Académica de la Universidad Autónoma de Centro América, dijimos: “*De la presencia de todas estas normas mercantiles se colige que nuestro Código de Comercio, dentro de las regulaciones del contrato de sociedad, (i) contempla ‘expressi verbis’ la figura de la exclusión; (ii)*

---

<sup>36</sup> BORIO, Gian Franco, “*L’arbitrato nel diritto societario*”, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1994, p. 71; SILINGARDI, G., op. cit. en nota 13, p. 80; SOLDATI, N., op. cit. en nota 2, p. 188.

que dicha figura está prevista, de manera expresa, para la violación de obligaciones patrimoniales (en todas las sociedades, cuando hay incumplimiento en el pago del aporte de créditos y otros valores y, sólo en la sociedad anónima, cuando hay incumplimiento en el pago diferido del aporte en efectivo); (iii) que esa figura está contemplada, de manera tácita, respecto al incumplimiento de obligaciones no patrimoniales (lealtad o fidelidad), especialmente en las denominadas “sociedades de personas”; (iv) que la exclusión no está prohibida en la sociedad anónima como medio represivo respecto a la violación de otras obligaciones del socio, en especial del deber de lealtad; (v) que, a pesar de estar tipificada, no existe un procedimiento, un debido proceso, que le garantice a las partes afectadas la plena defensa de sus derechos cuando son (arbitrariamente) excluidas de la sociedad”.

Más adelante también dijimos: “Llámase **disolución** en derecho societario, a la terminación del contrato social, que bien puede ser ‘erga omnes’ (disolución total) o bien sólo respecto a alguna o algunas de sus partes (disolución parcial). De ahí que se diga que el retiro o receso, conjuntamente con la exclusión o separación, son causales de disolución parcial del vínculo societario.

Según el artículo 18 de nuestro Código de Comercio,

*‘la escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener: ...*

16) *Casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente...’.*

Por supuesto que, si no es lícito distinguir allí donde la ley no distingue, debe interpretarse que “esos casos” están referidos a la disolución en general, esto es, tanto a la total como a la parcial. Y

si en la escritura social de toda sociedad mercantil, siempre según dicho numeral, puede incluirse:

*'... 19) Cualquiera otra convención en que hubieren consentido los fundadores',*

entonces puede perfectamente agregarse a dicha escritura una cláusula contentiva de una o más causas convencionales o voluntarias (y no legales), generales o particulares, de terminación del contrato social, como podría ser la exclusión de uno o más socios por la realización de actos desleales o infieles frente a la misma sociedad o a los demás socios.

Pero de muy poco serviría lo anterior si antes no incluimos, en el pacto social, una cláusula que enumere las obligaciones patrimoniales y no patrimoniales –sobre todo estas últimas respecto de las cuales no existe claridad en la ley- de los socios incluyendo, por supuesto, la de ser leales o fieles con la propia sociedad y con sus semejantes ...

Concomitantemente deberán incluirse las causales de exclusión que deberán determinarse, como al unísono afirma la doctrina, de manera concreta y precisa, concluyendo la cláusula por supuesto con una mención genérica a la **justa causa de exclusión**. Estas causas, a criterio de la mejor doctrina, deberán reunir, por lo menos, los siguientes requisitos: a) ser creadas con una finalidad defensiva de la sociedad, del proyecto común; b) consistir en cualidades, conductas o circunstancias ligadas a la persona de un socio.

Aún así nos parece que todo esto sería insuficiente si no incluimos, además, en el pacto constitutivo o, mejor aún, en el estatuto o por vía reglamentaria, un procedimiento, preferiblemente a cursarse en sede arbitral, que le garantice a todos los posibles

---

*afectados (el socio o socios excluidos, la propia sociedad y los demás socios) la defensa de sus derechos y que siga, por supuesto, al pie de la letra, los postulados del debido proceso...”.*

### **9.6. Los pactos parasociales.**

Por último, amplio espacio encuentra el arbitraje en los pactos parasociales, esto es, en aquellos acuerdos, de diferentes alcances, mediante los cuales un grupo restringido de socios tiene el poder de determinar la marcha de los negocios sociales<sup>37</sup>. El valor de esos acuerdos es meramente interno y su violación no puede llevar a sanciones que excedan el campo civil, sino tan solo a un resarcimiento de daños y perjuicios, sin la posibilidad de ejecución forzosa en forma específica, y semejante violación tiene casi como “juez natural preconstituido” un tribunal arbitral<sup>38</sup>.

La difusión en estos pactos de la cláusula compromisoria es casi total y ello con la evidente finalidad de mantener lo más posible reservada y lejana del *strepitus fori* y del conocimiento de la autoridad judicial ordinaria cualquier controversia, por más insignificante que ella sea, que deba originarse en el pacto mismo.

---

<sup>37</sup> COSTI, Renzo, “*I patti parasociali*”, en “*La riforma delle società quotate*”, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1999, p. 113; COTTINO, Gastone, “*Le convenzioni di voto nelle società commerciali*”, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1958; SOLDATI, N., op. cit. en nota 2, p. 190; TORINO, R., “*I contratti parasociali*”, Giuffré Editore, Milano, Italia, 2000.

<sup>38</sup> BIANCHI, G., op. cit. en nota , p. 126; SOLDATI, N., op. ult. cit.

---

## BIBLIOGRAFÍA

Reflexiones sobre la cláusula arbitral y el nombramiento de árbitros en materia societaria”, publicado en la revista Acta Académica de la Universidad Autónoma de Centro América, N° 36, San José, Costa Rica, mayo 2005.

SOLDATI, Nicola, “Le clausole compromissorie nelle società commerciali”, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale N° 273, Casa Editrice Giuffré, Milano, Italia.

BERNINI, A.M., “Le clausole compromissorie” en “*I contratti del commercio, dell’industria e del mercato finanziario*”, dirigido por Francesco Galgano, I, U.T.E.T., Torino, Italia, 1995.

LA CHINA, Sergio, “L’arbitrato”, Giuffré Editore, Milano, Italia, 2004, pp. 28-29; PUNZI, C., “Disegno sistematico dell’arbitrato”, CEDAM, Padova, Italia, 2000.

SILINGARDI, G., “Il compromesso in arbitri nelle società di capitali”, Giuffré Editore, Milano, 1979.

SALVANESCHI, L., “L’arbitrato con pluralità di parti”, CEDAM, Padova, Italia, 1999.

BIANCHI, G., “L’arbitrato nelle controversie societarie”, CEDAM, Padova, Italia, 2001, p. 17; CAMPOBASSO, Gian Franco, “Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società”, U.T.E.T., Torino, Italia, 1999.

FERRI, Giuseppe, “Le società” en *Trattato di Diritto Civile italiano* dirigido por F. Vassalli, X, U.T.E.T., Torino, Italia, 1987.

GALGANO, Francesco, “Diritto Commerciale. II. Le società”, Zanichelli Editore, Bologna, Italia, 2005.

BRUNI, G., “Fusioni e Scissioni”, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1997.

ROMANO PAVONI, Giuseppe., “Le deliberazioni delle assemblee delle società”, Giuffré Editore, Milano, Italia, 1951.

CABRAS, Giovanni, “La responsabilità per l’amministrazione delle società di capitali”, U.T.E.T., Torino, Italia, 2002.

FRE, Gian Franco, “Società per azioni”, en *Commentario al Codice Civile* dirigido por A. Scialoja y C. Branca, Bologna-Roma, 1982.

CERTAD M., Gastón, “La responsabilidad civil de los administradores en la sociedad anónima (II)”, en Revista Judicial N° 57, San José, Costa Rica, Año XVII, septiembre 1992.

BORIO, Gian Franco, "L'arbitrato nel diritto societario", Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1994.

COSTI, Renzo, "I patti parasociali", en "*La riforma delle società quotate*", Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1999.

COTTINO, Gastone, "Le convenzioni di voto nelle società commerciali", Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1958.

"Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social" (más conocida como Ley RAC, N° 7727 del 9 de diciembre de 1997.