

# EL ARBITRAJE SOCIETARIO. ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y COSTA RICA<sup>1</sup>

Dra. M<sup>a</sup> Inmaculada Rodríguez Roblero<sup>2</sup>

*Coordinadora  
Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación  
(CIAMEN)  
Universidad CEU San Pablo, Madrid*

**RESUMEN:** El arbitraje societario cuenta con una regulación expresa en el ordenamiento español. Se trata de una materia que ha evolucionado paulatinamente en la doctrina, la jurisprudencia y como resultado se ha plasmado en la Ley. No ha sido pacífica su regulación, y ha habido posturas importantes tanto a favor como en contra de este reconocimiento. El presente artículo intenta comparar el ordenamiento español y el costarricense en el estado actual de sus legislaciones y dilucidar si el arbitraje societario es una vía válida y eficaz para resolver los conflictos que se presenten en el seno de las sociedades de capital costarricenses.

## **INTRODUCCIÓN**

Hoy en día se puede considerar al Arbitraje como un medio universalmente aceptado para resolver las controversias jurídicas, y específicamente los conflictos intrasocietarios, con fundamento en la libertad de los ciudadanos y en la autonomía de la voluntad. El arbitraje es un mecanismo alternativo a la jurisdicción que brinda a los socios y a la sociedad las mismas garantías que el proceso judicial, beneficiándose especialmente de la celeridad del procedimiento y de la especialización de los árbitros.

<sup>1</sup> Charla impartida el día 20 de agosto de 2013 en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica.

<sup>2</sup> Contacto: inmaculada.rodriguezroblero@gmail.com

En Costa Rica, el arbitraje está regulado como un derecho constitucional en el artículo 43 de la Constitución Política, al decir expresamente que “toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”, posibilitando la vía arbitral como mecanismo para resolver válidamente las controversias entre sujetos privados, siempre de forma voluntaria<sup>3</sup>.

A pesar de la afirmación anterior, el arbitraje es un instituto del Derecho que ha generado conflictos ahí donde se ha presentado. Existen y existirán, tal y como ha habido siempre, quienes lo defienden y quienes en cambio no lo consideran un medio adecuado y eficaz para resolver, dentro del marco de este estudio en concreto, los conflictos societarios. Detrás de estas posturas hay muchas filosofías y tendencias personales que hacen que concepciones como la libertad, la autonomía de la voluntad, el contractualismo, el Estado como único garante de los derechos de los ciudadanos, entre otras, hagan que se considere más o menos admisible este medio alternativo de resolución de conflictos. Esto que afirmo es comprobable tanto empíricamente como por las diversas posturas jurisprudenciales y doctrinales, a nivel interno como a nivel internacional, lo que ha llevado a

que la doctrina y la jurisprudencia haya profundizado a lo largo de estos últimos años en la naturaleza jurídica de esta institución<sup>4</sup>.

El arbitraje es un instituto de Derecho con naturaleza que se podría definir como pluridisciplinar. Abarca cuestiones tanto del Derecho civil como procesal, mercantil e internacional. Es una institución “viva”, que debe evolucionar al ritmo del tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada. Pero para que esta evolución sea acorde con las necesidades de un mundo en constante cambio debe contar con una regulación conforme a estas necesidades. Así, la normativa arbitral debe ser una regulación de mínimos, sin que represente una atadura a la propia naturaleza de esta institución, dándole herramientas para desenvolverse en un sistema jurídico complejo y a la vez permitiéndole adaptarse rápidamente a los cambios que se presenten<sup>5</sup>.

En este artículo pretendo hacer un análisis de las reformas que la nueva Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (en adelante Ley 11/2011), ha introducido en el Arbitraje Estatutario, reconocimiento por otra parte importantísimo para la práctica y la seguridad

3 En este sentido ver Sentencia 10352, de 22 de noviembre de 2000, de las 2:58 horas, de la Sala Constitucional; votos 2307-95, de 9 de mayo de 1995; y voto nº 1079-93, 2 de marzo de 1993, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

4 RODRÍGUEZ ROBLERO, MI, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Editorial Bosch, Madrid, 2010; GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956, pág. 13; MUÑOZ PLANAS, J.M., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pág. 434; MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, Capítulo 63, en *Derecho de Sociedades: Libro en Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid 2002, pág. 1993.

5 RODRÍGUEZ ROBLERO, MI., *Impugnación de Acuerdos Sociales y Arbitraje*, ob.cit., pág. 391.

jurídica en este campo, aplicando estas experiencias a la normativa y jurisprudencia arbitral costarricenses.

## **BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE SOCIETARIO EN ESPAÑA**

En España, antes del siglo XX no había habido ninguna oposición al arbitraje en materia societaria. Al contrario; el arbitraje era la forma normal de resolver las cuestiones de naturaleza mercantil, y específicamente para resolver los conflictos que surgieran en el seno de las sociedades.

Fue hasta el siglo pasado, con la Ley de 1951 en la que se modifica el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas y se establece un procedimiento especial para la impugnación de acuerdos sociales, y con la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, que surge una nueva doctrina y jurisprudencia que se podría calificar de anti-arbitralista.

Esta parte de la doctrina sostenía que al tener la resolución de la contienda efectos para todos los accionistas, no era posible dejar en manos de los litigantes los derechos ajenos, además de defender que no cabían acuerdos puramente privados con base a concesiones recíprocas sobre cuestiones relativas a si un acuerdo se adecua o no a la Ley o a los estatutos, o si vulnera los intereses sociales.

Esta línea la siguió también el Tribunal Supremo, cambiando su criterio y pasando a rechazar la arbitrabilidad de las controversias relativas a los acuerdos sociales, sentando una clara jurisprudencia en contra, al considerar que el arbitraje no brindaba

las garantías procesales necesarias para resolver este tipo de conflictos. En contra del arbitraje societario hubo quienes alegaron también que la regulación de la impugnación de acuerdos sociales implicaba normas imperativas que hacían que no fuera posible disponer de esta materia, por lo que se estaría ante materia inarbitrable; lo que hizo que por mucho tiempo en las cláusulas arbitrales estatutarias se excluyera de forma expresa la impugnación de acuerdos sociales.

Posteriormente, principalmente tras la reforma del Derecho de Sociedades Anónimas (1989) y de Sociedades de Responsabilidad Limitada (1995) y la desaparición del proceso especial para la impugnación de acuerdos sociales, corrientes más favorables al arbitraje establecieron límites, aunque sin excluir totalmente el arbitraje como vía alternativa a la jurisdicción para la resolución de las impugnaciones de los acuerdos sociales. Se llegó a considerar que únicamente serían arbitrables las impugnaciones de los acuerdos sociales que fueran anulables, porque no había afectación a los intereses de terceros, con una legitimación activa para impugnarlos muy limitada y por tanto con sus efectos “controlados”. De igual forma se afirmó que sólo serían arbitrables aquellos acuerdos que afectaran los intereses individuales de los socios y no si se afectaran los intereses colectivos o de terceros; y, también, se sostuvo que el arbitraje sería realmente eficaz cuando se tratara de Sociedades Anónimas o de Sociedades de Responsabilidad Limitada con características de pequeñas, cerradas o de carácter familiar.

A finales del siglo pasado hubo un cambio de tendencia como continuación de estas corrientes “aperturistas” al arbitraje. La primera en pronunciarse en este sentido

fue la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) con su Resolución de 19 de febrero de 1998, en su fundamento de Derecho tercero al analizar la negativa del registrador a inscribir una cláusula estatutaria en que se sujetaba a arbitraje la solución de determinados conflictos sociales, con base en “la falta de idoneidad de una norma de tal naturaleza como fuente de un convenio arbitral, en cuanto no puede vincular a terceros que no hayan sido parte en el contrato”.

La DGRN se pronunció en contra de esta afirmación y dijo que un “convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria. No puede, por último, desconocerse que en un supuesto con evidentes analogías, el de los conflictos entre las cooperativas y sus miembros, la sumisión estatutaria a arbitraje aparece expresamente prevista por el legislador [artículo 163.1, b) de la Ley de Cooperativas de 2 de abril de 1987]”.

En la misma Resolución afirma también la DGRN que “la exclusividad de la vía judicial para la impugnación de los acuerdos sociales, si bien goza de un reiterado respaldo jurisprudencial (cfr. SSTS de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1968, 15 de octubre de 1971, 21 de mayo de 1970), está pendiente de confirmación tras las últimas reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, y hoy día es doctrinalmente cuestionada en base a diversos argumentos”.

Siguiendo estos planteamientos, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 355/1998, de 18 de abril, en su fundamento de Derecho segundo reconoció la posibilidad indudable “de incluir una cláusula de convenio arbitral en los estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato, (...) pese a que en los últimos tiempos, ciertas posiciones doctrinales lo han discutido”.

Así mismo, el Tribunal Supremo mantuvo que tras las reformas legales se debía volver a la doctrina más antigua favorable al arbitraje, estimando que “en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de «iuscogens» pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989\2737 y RCL 1990\206) que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje”.

Tras esta evolución de la jurisprudencia y de la doctrina fue lógico un cambio legislativo y

se promulgó la Ley 60/2003, de Arbitraje (en adelante LA), favoreciendo y difundiendo la cultura arbitral. Esta Ley incorporó cambios importantes que reavivaron el debate sobre esta institución y sobre la arbitrabilidad de ciertas materias, como por ejemplo del arbitraje societario.

En los años posteriores, tanto la doctrina como la jurisprudencia siguieron evolucionando y fue necesario que se promulgara la Ley 11/2011, eliminando, ya definitivamente, los prejuicios anti-arbitrales que aún subsistían, normalizando el arbitraje como un procedimiento plenamente válido y legalmente reconocido, sin que sea visto como un competidor de la justicia estatal, sino más bien como un colaborador con la labor de los jueces, siendo dos procedimientos que deben ayudarse y coexistir pacíficamente<sup>6</sup>.

### **EL ARBITRAJE SOCIETARIO EN LA LEY 11/2011 ESPAÑOLA Y SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COSTARRICENSE**

Es necesario hacer una aclaración previa desde el punto de vista metodológico antes de comenzar este estudio. Existe una diferencia muy importante en cuanto a la regulación del arbitraje entre Costa Rica y España.

Costa Rica cuenta con un sistema dualista de regulación del arbitraje: la Ley 7727, de 9 de diciembre de 1997, Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (en adelante RAC), la cual regula todo lo referente con el arbitraje doméstico; y la

Ley 8937, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante Ley 8937), que regula evidentemente el arbitraje comercial internacional. Al contrario, en España el arbitraje cuenta con una regulación monista, es decir, la misma Ley 60/2003 regula el arbitraje nacional y el internacional.

Por este motivo, aunque el arbitraje en el ámbito societario se podría encuadrar como un tema de arbitraje doméstico o nacional, para este estudio tendremos en cuenta tanto la normativa que regula en Costa Rica la vertiente nacional como la internacional del arbitraje, ya que el arbitraje como institución de Derecho y sus principios generales se encuentran plasmados en ambas leyes.

#### **Regulación del arbitraje societario**

En España, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, con esta Ley se pretendió aclarar las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital. Esta modificación reconoce la arbitrabilidad de los conflictos que en ella surjan y se opta por exigir una mayoría legal reforzada para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje. Además, se opta por el arbitraje institucional para esta materia, exigiendo que la impugnación de los acuerdos sociales, así como la designación de los árbitros sean llevadas a cabo por una institución arbitral.

En España, el artículo único de Modificación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en el apartado tres dice expresamente:

*Tres. Se introducen dos nuevos artículos 11 bis y 11 ter con la siguiente redacción:*

<sup>6</sup> COHEN, D., *Arbitrage et société*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., 1998, Paris, pág. 327.

#### Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario

1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.
2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión 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.
3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.

#### Artículo 11 ter. Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles

1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El "Boletín Oficial del Registro Mercantil" publicará un extracto.
2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contrarios con ella.

En Costa Rica, no existe actualmente una regulación similar de esta materia, pero esto no implica que no pueda optarse por esta vía para resolver los conflictos societarios.

El Código de Comercio costarricense (Ley 3284, de 30 de abril de 1964, en adelante C.Com) solamente tiene un artículo dedicado a la vía para resolver los conflictos, que es el único que podría generar dudas en cuanto a la posibilidad de optar por la vía arbitral como un medio posible, legal y eficaz para resolver los conflictos societarios.

El artículo 179 C.Com afirma que para resolver las acciones de nulidad de los acuerdos será competente el Juez del domicilio de la sociedad. Esta norma, desde mi punto de vista, no constituye un límite para poder optar por el arbitraje para resolver la impugnación de acuerdos, sino que se trata de una norma de ordenación judicial administrativa, en el sentido de ordenar el órgano competente para conocer el asunto dentro de la estructura judicial, pero no impide que se pueda optar por la vía arbitral si las partes así lo han querido.

Ya la jurisprudencia costarricense ha reconocido que el arbitraje y la jurisdicción estatal no se oponen entre sí, sino que más bien se complementan en forma paralela<sup>7</sup>. Así, la Sentencia 10352, de 22 de noviembre del 2000, de las 2:58 horas, de la Sala Constitucional afirma que "la irrenunciabilidad de la jurisdicción costarricense, no puede ser entendida como una prohibición para acudir al arbitraje, porque éste es un derecho fundamental [...] La naturaleza del arbitraje es jurisdiccional, puesto que es un proceso que emana directamente de la Constitución Política, como un medio idóneo y alternativo para que las personas terminen sus diferencias patrimoniales, cuyas decisiones finales tiene las características y

<sup>7</sup> Sibaja Guillén, LE., "Comentario sobre el acuerdo arbitral internacional en Costa Rica", en *Revista Judicial*, Costa Rica, nº99/2011. En este sentido también se encuentra el Voto nº 2307-95, de 9 de mayo de 1995 de la Sala Constitucional, al expresar que el arbitraje es un método alternativo y no excluyente de la jurisdicción, sino que es una vía más que el ordenamiento pone a disposición de los ciudadanos para resolver sus conflictos.

la misma fuerza de la cosa juzgada material, puesto que los laudos son obligatorios para las partes y ejecutorios por los medios procesales comunes e imperativos [...]"

#### Materia arbitrable

La reforma operada en España en el año 2011 ha establecido los criterios generales que aseguran la validez del sometimiento a arbitraje de los conflictos societarios en general y de la impugnación de los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital en específico.

Como primer elemento caracterizador, podemos mencionar que el objeto del arbitraje deberá ser un derecho disponible relativo a la relación societaria.

De esta forma, los derechos que importan para determinar si estamos o no ante un arbitraje societario, y por lo tanto con el fin de poder determinar su arbitrabilidad, no son los derechos extra-societarios (por ejemplo, los derechos de un socio como acreedor de la sociedad), aunque evidentemente sean socios los titulares de los mismos, sino que estos derechos deben tener su origen en las relaciones que surgen del contrato social.

La elección de la vía arbitral lo que comporta es una disposición de la acción y no del Derecho, por tanto no va en contra del carácter imperativo o de orden público de la norma. Las partes podrán, en materia societaria, disponer de la vía por medio de la cual quieren resolver sus controversias, no así de la normativa que ha de ser aplicada de igual modo tanto en el proceso jurisdiccional como en el arbitral, ya que las normas inderogables no pueden ser eliminadas a través de un acuerdo privado.

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

Pero, en Derecho societario, no se requiere de una protección específica especial por parte del ordenamiento, y en todo caso, el mismo ordenamiento pone a disposición de los interesados los medios adecuados para acudir ante la justicia en caso de que se diera alguna violación al orden público, a través de la acción de anulación del laudo (artículo 41.f LA); por lo que no es necesario establecer límites *a priori* en este sentido.

En Costa Rica, también los conflictos que puedan surgir en el seno de una sociedad de capital serán diferencias de carácter patrimonial, y tal y como establecen los artículos 2 y 18RAC, y el artículo 37 de la Ley 8937, se trata de materia disponible y por tanto arbitrable.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su Resolución 531/96, de las 15:15 horas, del 30 de enero de 1996, se ha pronunciado también en el sentido de considerar la materia patrimonial como materia evidentemente disponible y por tanto arbitrable, al afirmar que “el contenido esencial de este derecho se traduce en la posibilidad o facultad de toda persona de elegir, para dirimir un conflicto de interés puramente patrimonial o disponible, entre la jurisdicción o tutela judicial (artículo 41 de la Constitución Política) y el arbitraje o, incluso, los otros modos de resolución alternativa de conflictos. Esta facultad no se ve siquiera diezmada o restringida aunque penda de ser finalmente conocido y resuelto un litigio ante los Tribunales de la República. A partir de su núcleo esencial queda suficientemente claro que ninguna persona puede ser obligada a renunciar a someter una controversia de interés a un tribunal arbitral o compelido para ello, puesto que, se trata de un derecho de libertad para elegir entre los distintos modos de solución de un diferendo patrimonial”.

En España, en materia societaria en específico, el art. 11 bis 1 LA dice que se pueden someter a arbitraje “los conflictos que en ellas se planteen”. Esto quiere decir que todos los conflictos societarios constituyen materia arbitrable, ya que versan sobre materia disponible y además la Ley así lo ha establecido.

A modo de ejemplo, se pueden enumerar como posibles conflictos societarios, los que giren en torno a la constitución de la sociedad (acciones de responsabilidad contra quienes actuaron en nombre de la sociedad antes de su inscripción, responsabilidad de los fundadores, nulidad de la sociedad); las aportaciones dinerarias y no dinerarias y su desembolso, a los dividendos pasivos y a las prestaciones accesorias; las impugnaciones de acuerdos de la junta general y del consejo de administración, incluyendo las aprobaciones de cuentas; los derechos de los socios (voto, información, asistencia, representación, privilegios); la responsabilidad de los administradores (acción social, acción individual); la convocatoria de la junta general y del consejo de administración; la impugnación de una fusión u otra operación societaria, siempre que los estatutos de la sociedad absorbente, de la sociedad de nueva creación o de la sociedad superviviente incluyan la sumisión a arbitraje; la separación y exclusión de socios; los conflictos que versen sobre la valoración de las participaciones o las acciones y sobre su transmisión.

#### **Límite objetivo: las sociedades de capital**

Los nuevos artículos introducidos en la Ley de Arbitraje española no hacen ninguna distinción en cuanto al tipo societario que pueda optar por el arbitraje como vía para

resolver sus conflictos, sino que únicamente habla de sociedades de capital. Por este motivo se deben entender incluidas todas las sociedades de capital: las Sociedades de Responsabilidad Limitada, las Sociedades Anónimas y las Sociedades Comanditarias por Acciones (artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC)<sup>8</sup>.

Por tanto, de acuerdo con la regulación actual ya no tienen sentido las discusiones que se planteaban sobre si solamente era posible incluir la cláusula arbitral en los estatutos de las Sociedades de Responsabilidad Limitada o “pequeñas” Sociedades Anónimas, excluyendo a las sociedades abiertas o cotizadas. Por lo que tampoco habría diferencia en introducir la cláusula arbitral en una sociedad abierta (gran Sociedad Anónima o cotizada) o en una sociedad cerrada (Sociedad Limitada, Nueva Empresa o “pequeña” Sociedad Anónima), ya que ambas se rigen por el principio de autonomía de la voluntad y por tanto de auto-organización. Además, no existe un tratamiento diferenciado en la Ley dependiendo si estamos frente a una

Sociedad Anónima abierta o cerrada, cuyos estatutos están inscritos en el Registro Mercantil y, al igual que todas las demás cláusulas estatutarias, la cláusula arbitral vinculará a la sociedad y a todos los socios.

Quienes hacían este planteamiento alegaban que el grado de importancia del elemento personal y la solidaridad de intereses era lo que hacía que fueran las Sociedades de Responsabilidad o las “pequeñas” Sociedades Anónimas las únicas propicias para contener una cláusula arbitral en sus estatutos, con el mismo límite de la disponibilidad de la materia objeto del arbitraje. En estas sociedades, de base personalista, la sociedad como persona jurídica está vinculada a las vicisitudes de los socios y el interés social está íntimamente relacionado con el interés común de ellos y no con un interés “independiente” de la persona jurídica en sí. Las características propias de las sociedades cerradas hacían que fuesen la sede “adecuada” para insertar en sus estatutos una cláusula arbitral para resolver sus futuros conflictos intrasocietarios; sin que hubiera problemas ni de oponibilidad de la cláusula arbitral y posteriormente del laudo, como tampoco de legitimación para

<sup>8</sup> Recientemente existe una Propuesta de Código Mercantil elaborada por la sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación que ha vuelto -otra vez- a restringir el arbitraje en las sociedades cotizadas, limitándolo a las sociedades cerradas y exigiendo para las sociedades de personas la aprobación por todos los socios del convenio arbitral estatutario. LA CLÁUSULA ESTATUTARIA DE ARBITRAJE se regula en el *Artículo 213-20. Arbitraje estatutario* y dice:

1. *Salvo en el caso de las sociedades cotizadas, los estatutos podrán establecer que las controversias o conflictos que se susciten en la interpretación y en la aplicación de las normas en ellos contenidas, las impugnaciones de los acuerdos sociales por socios o por administradores, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad o por los socios contra los administradores o liquidadores o contra quienes hubieran ostentado cualquiera de estas condiciones y cualesquiera otros conflictos de naturaleza societaria se resolverán mediante arbitraje de Derecho por uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.*
2. *En las sociedades personalistas, la introducción en los estatutos de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el consentimiento de todos los socios; en las sociedades de capital, el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales o a las acciones en que se divida el capital social.*

Disponible en: [http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/12842461-F730-40AB-8CB4-9242D1AF8553/240135/Propuesta\\_codigo\\_mercantil.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/12842461-F730-40AB-8CB4-9242D1AF8553/240135/Propuesta_codigo_mercantil.pdf)

impugnar, ya que estos procedimientos afectan únicamente a la sociedad y al socio involucrado o, en su caso, a todos los socios, pero por sus características esenciales, serían todos ellos plenamente identificables y sus consecuencias serían “controlables”.

En el caso de las grandes sociedades de capital bursátil o cotizadas que presentan un matiz “público”, se sostenía que requerían de una protección o tutela especial de los intereses de los accionistas a través de normas imperativas, ya que en ellas confluyen intereses muy variados que trascienden al orden público económico. Mantenían que estas características hacen que los socios tengan reducida la disponibilidad de la materia, además de que generalmente las controversias que se suscitan afectan no sólo a los intereses personales de un accionista, sino que también al interés colectivo o al propio interés social, concluyendo que se trataba de materia no susceptible de arbitraje. Esta doctrina no negaba rotundamente la arbitrabilidad de los conflictos intrasocietarios mediante arbitraje si existía una cláusula arbitral estatutaria que vinculaba a todos los socios. Si la cláusula arbitral no violaba la Ley, el orden público o las normas imperativas, no tenía por qué ser considerada como una amenaza a la condición de socio, ya se considerara esta con un amplio grado de personalismo o con un matiz más objetivo e impersonal. Además, la práctica ha demostrado que son muchos los conflictos que en este tipo de sociedades se resuelven mediante arbitraje, incluso cuando se encuentra la cláusula arbitral en pactos parasociales, principalmente porque la cuantía del procedimiento hace que el procedimiento arbitral compense desde el

punto de vista económico, así como por la celeridad y la confidencialidad, ya que no interesa ni que los pactos ni sus efectos sean ampliamente conocidos<sup>9</sup>.

En Costa Rica habrá que tener en cuenta los artículos 17, 75 y siguientes, y 102 y siguientes C.Com, limitando las sociedades de capital a la Sociedad Anónima y a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, aunque la regulación actual de esta última la sitúe como un híbrido entre una sociedad de personas y una sociedad de capital.

Para el resto de sociedades, con carácter de sociedades de personas en Costa Rica, no habría tampoco (al no existir regulación que excluya esta posibilidad), problema para introducir una cláusula arbitral en sus estatutos como vía para resolver los conflictos que pudieran presentarse, desde su fundación o posteriormente, pero siempre conforme a las normas establecidas para la adopción de acuerdos y respetando la voluntad de sus socios.

#### **Introducción de una cláusula arbitral estatutaria**

Una cláusula arbitral estatutaria es un instrumento recomendable para relaciones que se pretende que sean duraderas, al fomentar una actitud positiva para continuar con la buena marcha de una sociedad y, aunque exista algún tipo de conflicto, se podrá solucionar mientras se continúa con el desarrollo normal del negocio.

La cláusula compromisoria inserta en los estatutos de una sociedad es el acuerdo por el que los socios se comprometen a someter

a un árbitro los futuros conflictos que puedan surgir entre ellos, o entre ellos y la sociedad, por razón de ésta.

Las convenciones extra-estatutarias (por ejemplo, los pactos parasociales o el reglamento interno de la junta), con una naturaleza puramente contractual, solamente vinculan a quienes han sido parte. No son oponibles ni a la sociedad misma ni a futuros adquirentes de derechos sociales, a menos que expresamente lo acepten. Por lo que si se quiere que la cláusula arbitral tenga la publicidad necesaria y vincule eficazmente a la sociedad y a todos sus socios deberá estar expresamente en los estatutos sociales.

La cláusula arbitral en las sociedades de capital puede estar presente desde el inicio en los estatutos originarios (artículo 19.19 C. Com), o puede ser introducida con posterioridad mediante un acuerdo concreto.

El apartado dos del artículo 11 bis LA constituye el mayor logro de la reciente reforma legal española, desde el punto de vista del arbitraje societario. Este apartado regula la posibilidad de introducir una cláusula arbitral en los estatutos sociales a través de un acuerdo de al menos 2/3 de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divida el capital social.

Este ha sido un tema muy debatido en la doctrina mercantilista durante los últimos años, habiéndose reflejado también en el trámite legislativo de la Reforma operada en España en el año 2011; ya que una parte representativa de la misma sostenía que el acuerdo para introducir una cláusula arbitral en los estatutos sociales debía de ser aprobado por unanimidad y no por mayoría.

Este dilema gira en torno a que en la Ley de Arbitraje se exige que en el convenio arbitral se exprese la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica (artículo 9.1 LA).

En primer lugar, quienes defendían que para la introducción sucesiva de una cláusula arbitral en los estatutos de una sociedad se requería de un acuerdo unánime por parte de sus socios, consideraban que la cláusula arbitral no podía ser valorada como una mera modificación estatutaria, ya que creían que a través de la vía arbitral se estaba privando a los socios de la tutela jurisdiccional de sus derechos y esa privación no podía dejarse solamente al poder decisorio de la mayoría. Sostenían estos autores que el convenio arbitral únicamente vinculaba a quien expresara realmente su voluntad “inequívoca” de comprometer (tal y como exigía el antiguo artículo 5.1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje), considerando que falta esa voluntad cuando un socio no está conforme con dicho acuerdo, manifestándolo a través de su voto en contra o de su abstención. Se suponía que no habían manifestado su voluntad de aceptar la cláusula arbitral tampoco aquellos socios que no hubieran estado presentes en la Junta y quienes hubieran votado en blanco. Esta parte de la doctrina consideraba la cláusula arbitral como una imposición de nuevas obligaciones, para lo que sería necesario el consentimiento de los interesados.

A pesar de esta postura, otra parte de la doctrina -con la que me identifico plenamente-, y fue la que predominó en la Reforma, considera que deberá expresarse el consentimiento a través de un acuerdo mayoritario de los socios.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., *Impugnación de Acuerdos Sociales y Arbitraje*, ob.cit., págs. 133 y siguientes.

El procedimiento de adopción de una cláusula arbitral debe ser tal y como se establece en el apartado dos del artículo 11 *bis* de la Ley 60/2003. Una sociedad de capital es una colectividad, por lo que la única forma de expresar efectivamente su voluntad es a través de un acuerdo que se aprobará por las reglas de la mayoría, ya que si se exigiera un acuerdo unánime, se estaría dando a cada socio un derecho de veto que no es concebible para el desarrollo normal de la vida de una sociedad de capital, con una estructura corporativa, en la que su organización y el funcionamiento interno se rigen al margen del *intuitus personae*, con una separación entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios que la componen.

La incorporación de la cláusula de arbitraje a los estatutos sociales de forma sucesiva no debe ser vista como un perjuicio para los derechos de los socios y por tanto no se puede exigir la unanimidad, siempre que se apruebe a través de una manifestación de voluntad "idónea", y ésta lo será cuando se exprese a través de un acuerdo aprobado con el quórum y las mayorías correspondientes a las modificaciones estatutarias, sin exigir más requisitos que el de su constancia en el Registro Mercantil. De igual modo, el artículo 28 LSC, faculta expresamente a incluir en la escritura todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social escogido, por lo que, según la doctrina mayoritaria, hay que entender que todos aquellos pactos o condiciones que afecten la condición de socio, son cláusulas estatutarias en su más genuino sentido; y por tanto, deberán adoptarse a través del régimen colegiado previsto en la Ley, lo que por supuesto se aplica a la cláusula arbitral.

En Costa Rica será necesario analizar el caso de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la Sociedad Anónima de manera separada.

El artículo 97 del C. Com costarricense regula la mayoría necesaria para la modificación estatutaria en una Sociedad de Responsabilidad Limitada. Se establece que será necesaria la unanimidad para el cambio del objeto social y para cuando se imponga una mayor responsabilidad a los socios. Para el resto de acuerdos de modificación de los estatutos se requerirá el voto favorable de las  $\frac{3}{4}$  partes del capital social.

Este es un elemento muy importante, ya que los argumentos que se han debatido en España sobre la necesidad o no de la unanimidad para la adopción del convenio arbitral estatutario podrían ser trasladados a Costa Rica si se considera que la introducción de un pacto arbitral en los Estatutos sociales podría entenderse como una imposición de mayor responsabilidad para los socios.

En este punto hay que volver a los argumentos esgrimidos en los que se afirma que el arbitraje no constituye una disposición de los derechos de los socios, sino que únicamente se está disponiendo de la vía por medio de la cual se pretende la tutela de los mismos, por lo que se consideraría que la introducción de una cláusula arbitral en los estatutos como un acuerdo más del funcionamiento de la vida de la sociedad, y no como un acuerdo que implica una mayor responsabilidad de los socios ni que modifica el objeto social. Por lo tanto, se puede afirmar que el acuerdo para la introducción de la cláusula arbitral en la Sociedad de Responsabilidad Limitada deberá hacerse a través del voto favorable de las  $\frac{3}{4}$  partes del capital social.

El caso de las Sociedades Anónimas es diferente y no generaría ningún tipo ni de duda ni de conflicto por su naturaleza esencial de sociedad de capital. La adopción de una cláusula arbitral estatutaria deberá hacerse en asamblea general extraordinaria debidamente constituida y con las mayorías establecidas por la Ley. Esto es, deberá estar representado, para que se considere legalmente reunidas en primera convocatoria, por lo menos  $\frac{3}{4}$  partes de las acciones con derecho a voto y aprobarse mediante el voto válidamente emitido de más de la mitad de la totalidad de las acciones representadas. En el caso de que la asamblea se reuniera en segunda convocatoria, se constituirá válidamente cualquiera que sea el número de acciones representadas, y las resoluciones habrán de tomarse por más de la mitad de los votos presentes (artículos 153, 156.a, 170 y 171 C.Com).

Por otra parte, ahondando más en las particularidades del Derecho costarricense en esta materia, el artículo 32 *bis* C.Com regulataxativamente el derecho a retirarse de la sociedad y a obtener el reembolso de sus acciones para los disidentes de determinados acuerdos sociales: prórroga de plazo social, traslado de domicilio social al extranjero, transformación o fusión que generen un aumento de responsabilidad y también cuando la sociedad no ha repartido dividendos teniendo utilidades durante dos periodos consecutivos o que ha cambiado el giro de su actividad de modo que le cause perjuicio.

Ciertas posturas anti-arbitrales podrían considerar que el arbitraje podría causar un perjuicio a los socios disidentes del acuerdo de adopción de la cláusula arbitral estatutaria, y en este punto, mediante una interpretación muy extensiva, se podría intentar asemejar el Derecho costarricense con la normativa italiana que regula esta materia (*Decreto Legislativo 5/2003*, de 17 de enero)<sup>10</sup>.

El derecho de receso/separación de los socios ausentes o disidentes constituye el paso de una posición que garantizaba la integridad del capital social y, de forma indirecta, de los acreedores, a la tutela, *in primis*, del miembro individual de la sociedad. Lo que se pretende con esta posibilidad es permitirle al socio salir de la sociedad, sustrayéndose a la decisión tomada por la mayoría y contraria a sus intereses, con la posibilidad de servirse de la amenaza de recurrir a tal opción como un elemento disuasorio. Un poder así en manos del socio individual puede, de un lado, exaltar la libertad, pero de otro lado puede minar la estabilidad patrimonial de la sociedad, y por ende en detrimento, sobre todo, de los acreedores<sup>11</sup>.

En concreto en Italia, para la introducción o supresión sucesiva de la cláusula arbitral estatutaria será necesaria que dicha modificación sea aprobada por una mayoría cualificada de  $\frac{2}{3}$  del capital social en asamblea extraordinaria, incluso en las sociedades de personas para las que se requiere la unanimidad para cualquier otra modificación estatutaria. Esta medida

<sup>10</sup> Disponible en: <http://www.studiolegalescarselli.com/norme%20complementari%20sul%20processo%20civile/d.lgs.%2017%20gennaio%202003%20n.%205.pdf>

<sup>11</sup> LIBERIO, C., "Delibera di acquisto di azioni proprie: poteri cautelari di sospensione e possibilità di receso del socio", en [http://www.judicium.it/news/ins\\_19\\_01\\_06/Liberio%20proc.%20soc..html](http://www.judicium.it/news/ins_19_01_06/Liberio%20proc.%20soc..html), 19 enero 2006, [fecha de consulta 2 febrero 2007], pág. 3.

del legislador italiano tiene como finalidad hacer más difícil tanto la introducción como la supresión de la misma y así proteger a la minoría<sup>12</sup>. Además, se prevé que los socios ausentes o disidentes puedan ejercitar el derecho de separación, como medida extrema pero eficaz para la tutela del socio, dentro de los noventa días siguientes<sup>13</sup>.

El derecho de separación permite a los socios desvincularse de forma voluntaria y unilateral de la sociedad por las decisiones de la mayoría que implican una alteración de las bases esenciales por las que el socio ingresó en la sociedad<sup>14</sup>. Las causas legales de separación de los socios están reguladas de forma taxativa, aunque es posible que en los estatutos se establezcan otras causas distintas de separación. Dentro de estas últimas es donde se podría, si se quisiera dar esta opción, introducir la posibilidad de que en caso de adoptar una cláusula arbitral

durante la vida de la sociedad, los socios que no estuvieran de acuerdo con ella podrán ejercitar su derecho de separación y el plazo establecido para ello<sup>15</sup>.

A pesar de la práctica italiana, en España se ha dicho, razonamiento plenamente aplicable a Costa Rica, que otorgar el derecho de separación a los socios que no estén de acuerdo con la introducción posterior de una cláusula arbitral en los estatutos sociales “puede parecer desproporcionada si se cuenta con una disciplina adecuada para el arbitraje estatutario, que contemple, esto es, sus especificidades. Sobre todo, en el contexto del ordenamiento español, teniendo en cuenta que un remedio tan extremo en relación con la garantía que pierden los terceros tras la obligada reducción de capital que supone, no está previsto en nuestras leyes para modificaciones que afectan de un modo mucho más sustancial al núcleo de la condición jurídica de socio”<sup>16</sup>.

12 PETRAZZINI, B., “Delle modificazioni dello statuto”, en *Il nuovo diritto societario: d.lgs. 17 gennaio 2003, n°6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n°5, d.lgs. 11 aprile 2002, n°61*, dir. G. Cottino y otros, Zanichelli Editore, Bologna, 2004, pág. 1382; SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori”, en <http://www.judicium.it>, 28 de septiembre de 2007, [fecha de consulta 23 de octubre de 2007], pág. 4; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, en *Foro Padano*, II, Milano, 2005, págs. 24 y ss.; BOGGIO, L., « Quale disciplina per l'arbitrato irrituale statutario ? », en *Rivista di Diritto Societario*, n° 4/2007, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, pág. 74.

13 CHIOMENTI, F., “La revoca delle deliberazioni assembleari”, en *Saggi di diritto commerciale*, dir. G. Ferri, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1969, pág. 139; BORIO, G., *L'arbitrato commerciale internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pág. 13; ALLOTTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, en *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, coord. L. Ponti, R. Torino, Vol. XXII, Società, T. I, UTET, Torino, 2005, pág. 405; SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L'arbitrato societario”, en <http://www.judicium.it>, 13 abril 2007, [fecha de consulta 13 marzo 2008], págs. 5 y ss.; SANGIOVANNI, V., “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, ob.cit., pág. 28; BLANDINI, A., “La clausola compromissoria nell'arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo”, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle Obligazioni*, Anno CV, n° 7-8-9, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Bologna, 2007, págs. 602 y ss.

14 VIERA GONZÁLEZ, J., “Derecho de Separación (SA Y SRL)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, págs. 490 y ss.

15 Por el principio de autonomía de la voluntad, se pueden configurar nuevas causas de separación y exclusión de los socios, pero esto deberá hacerse de forma detallada en los Estatutos. Deberá determinarse el modo de acreditar la existencia de la causa de separación, la forma y el plazo dentro del cual habrá de ejercitarse este derecho. BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Febrero 2006, pág. 141.

16 GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 32, Thomson Reuters, 2009, pág. 61.

Por tanto, en el estado actual de la legislación costarricense, considero que la cláusula arbitral debe ser tratada como cualquier otra cláusula estatutaria y, en caso de modificación de los estatutos debe llevarse a cabo por el mecanismo ordinario ya que no supone ningún perjuicio grave para los socios ni se les está privando de ningún derecho<sup>17</sup>.

### Arbitraje Institucional y de Derecho

En España, los socios podrán escoger, dependiendo de la estructura societaria y del tipo de conflictos a los que podrán enfrentarse, si quieren que sus conflictos sean resueltos por uno o varios árbitros, y la Ley impone que deberá encomendarse la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral (artículo 14 LA).

El arbitraje institucional, en contraposición con el arbitraje *ad hoc*, es aquél arbitraje en el que la administración y el desarrollo del procedimiento se encomienda a una institución especializada, la cual cuenta con una infraestructura y una organización propia que le permitirá cumplir con los requisitos establecidos en la Ley para el correcto desempeño de sus funciones. Para el caso de España, deberá ser conforme al artículo 14 LA<sup>18</sup>, y para el caso de Costa Rica, deberá adecuarse al capítulo IV RAC

y al Reglamento al Capítulo IV de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

La institución a la que se dirigen las partes deberá ser seria y transparente en todo lo referente al nombramiento y especialización de los árbitros, brindando también estabilidad al procedimiento, quitando cargas y dispensando al árbitro y a las partes de trámites administrativos o burocráticos, permitiéndoles centrarse en su labor, brindando un servicio de calidad y con garantías; siendo la vía óptima para el arbitraje societario.

Finalmente, en España, la Ley no restringe el uso del arbitraje de equidad como se pretendía en un inicio en el Anteproyecto. El artículo 34 LA permite a las partes optar por un arbitraje de equidad si así lo prefieren, aunque para ello deban mencionarlo expresamente.

En Costa Rica, al igual que en España, se establece la presunción a favor del arbitraje de Derecho en el artículo 19 RAC, exigiendo que los árbitros sean abogados en ejercicio. Este requisito es una particularidad del Derecho costarricense y de la realidad de este país que permite combinar la profesión de abogado con otras prácticas jurídicas como las de notario, profesor universitario, etc.; lo que en otros ordenamientos se

17 OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, n° 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M. Bosch Editor, Barcelona, págs. 48 y ss.; CAMPO VILLEGAS, E., “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, n° 47-48, Collegi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, pág. 42; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, ob.cit., pág. 61.

18 Artículo 14 LA: Arbitraje Institucional: 1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: a) Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras. b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. 2. Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos. 3. Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia.

podría considerarse como una regulación corporativista que no tendría sentido si limitara el acceso a otros profesionales igualmente cualificados.

Por tanto, a pesar de que se pueda optar tanto por un arbitraje de Derecho como por un arbitraje de equidad para resolver los conflictos societarios, se puede afirmar que en materia societaria, el arbitraje de Derecho es la opción que debe primar con el fin de realizar una tutela efectiva y eficaz de los socios y de los intereses sociales, ya que la normativa a aplicar y los efectos que tendrá deben ser analizados por personas con los suficientes y probados conocimientos técnicos, con el fin de garantizar la eficacia de sus decisiones.

#### **Publicidad Registral**

La intervención de los registros correspondientes puede darse en varias fases de un procedimiento arbitral: en la inscripción del convenio arbitral, en caso de ser necesaria la anotación de medidas cautelares o en el momento de la inscripción del laudo.

En un momento inicial será indispensable la inscripción del convenio arbitral. Si se quiere optar por una cláusula arbitral estatutaria deberá inscribirse al igual que el resto del contenido de los Estatutos Sociales.

La correspondiente inscripción del pacto estatutario en el Registro Mercantil es un mecanismo que asegura la publicidad que este tipo de normativa interna de la sociedad requiere para ser realmente eficaz frente a quienes lo suscribieron y asegura su eficacia erga omnes frente a todos los socios (presentes o futuros). Incluso, si en los

estatutos se contiene una cláusula arbitral, la eficacia del laudo que se dicte y por el cual se anule un acuerdo social, en condiciones análogas a las que produciría una sentencia judicial, afectará a todos los socios aunque no hubieren litigado (artículos 18, 19 y 175 C.Com).

El artículo 24 del Reglamento del Registro Público costarricense, N°26771-J (en adelante Reglamento del Registro), regula la materia inscribible en el Registro Mercantil, estableciendo que se inscribirá lo indicado en el artículo 235 C.Com y cualquier otro acto o contrato que por Ley o reglamento se indicare. Por tanto, y conforme también con el artículo 49.j del Reglamento del Registro, este artículo no establece una regulación taxativa de instrumentos inscribibles, sino solamente los que requieren obligada inscripción, siendo posible también la inscripción de otras cuestiones, como en este caso, la cláusula arbitral estatutaria.

Una vez surgida la controversia, podría ser necesaria la anotación de una medida cautelar, alegando y acreditando razones de urgencia o de necesidad, con el fin de asegurar la posterior ejecución del laudo recaído y que no se vean las partes impedidas o encuentren dificultades en su ejecución por situaciones producidas durante la pendencia del procedimiento correspondiente.

En el caso de las medidas cautelares, el Reglamento del Registro Mercantil español (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, en adelante RRM) permite la anotación preventiva de una demanda de impugnación de acuerdos sociales y de la suspensión, durante la tramitación del proceso, de un acuerdo impugnado, facultad

con la que cuentan también los árbitros y deberán ejercitar a través de laudos parciales ad hoc (artículos 23 LA; 155, 156 y 157 RRM). En cambio, en Costa Rica de acuerdo con el artículo 52 RAC, los árbitros deberán solicitar a la autoridad judicial competente las medidas cautelares que considere necesarias, no pudiendo dictarlas ellos de oficio. En el mismo sentido, de acuerdo con los artículos 17 y siguientes de la Ley 8937 los árbitros sí están facultados para otorgar medidas cautelares, pero sus órdenes no constituirán títulos ejecutivos, ni podrán revestir la forma de laudo.

Otro momento en el que el Registro juega un papel especial es en la inscripción de los acuerdos sociales o de cualquier otro acto societario que requiera de inscripción para su eficacia y validez.

Por otra parte, en España, el artículo 11 ter LA, sobre "Anulación por laudo de acuerdos societarios inscritos", exige la inscripción en el Registro Mercantil del laudo que anule un acuerdo social inscribible y la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de un extracto del mismo; al igual que se permite y exige para las sentencias judiciales. En el caso de que el acuerdo impugnado ya estuviese inscrito, se establece como el laudo determinará su cancelación y de los posteriores asientos que resulten contradictorios.

Por último, la Ley de Arbitraje española añade la posibilidad de que se solicite la protocolización notarial del laudo, cosa que cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros, antes de su notificación, comprometiéndose a asumir los costes que pudiera representar. Esta posibilidad también se encuentra regulada en Costa Rica a través del artículo 61 RAC.

#### **La eficacia o el alcance subjetivo de la cláusula arbitral estatutaria**

##### ***La sociedad y los socios***

Están vinculadas por una cláusula arbitral, al igual que lo estarían por cualquier contrato, las personas físicas o jurídicas con capacidad de obrar, que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles y sean socios de la sociedad de capital que la contiene.

Cuando la cláusula arbitral se incluye en los estatutos sociales se convierte en una norma de autogobierno de la sociedad y sus socios en sus relaciones recíprocas, por lo que es evidente su vinculación a la misma. Los socios al adquirir la acción o participación social se han adherido a los instrumentos contractuales que rigen el funcionamiento de la sociedad de la que pretenden formar parte y, si dentro de ellos está una cláusula compromisoria, estarán vinculados por ella. Tanto los socios fundadores como los nuevos socios estarán sometidos automáticamente a los estatutos ya que de una u otra forma han expresado su voluntad de aceptarlos, con los derechos y las obligaciones que éstos conllevan, sin ningún tipo de diferencia de trato con relación a los demás socios.

En el caso de cesión de la condición de socio, el nuevo socio adquiere la situación jurídica que tenía el socio cedente "en su integridad, en su pleno *status*", sin precisarse de un nuevo consentimiento de la cláusula arbitral, ya que éste lo prestaron en su momento los socios fundadores (artículo 106 LSC). El consentimiento del nuevo socio está implícito en la adquisición de esta condición. En este sentido se encuentra también el artículo 28 del C.Com al equiparar la responsabilidad de los nuevos socios a la de los demás.

### **Los herederos**

Los herederos tienen un régimen especial en cuanto a su vinculación por la cláusula arbitral. Al igual que los cesionarios, están vinculados por la cláusula arbitral no porque éstos sean o no socios, sino porque ostentan un interés jurídico legítimo societario que han de hacer valer frente a la sociedad y de acuerdo con sus reglas, aun cuando no adquieran la condición de socios, de acuerdo con el artículo 1257 Código Civil español (en adelante CC), vinculando a las partes del contrato y no a terceros.

Se considera que los herederos quedan sometidos a la cláusula arbitral sin necesidad incluso de su aceptación, aun cuando no fuesen socios, ya que entran en la misma posición que el causante en todos aquellos asuntos activos y pasivos que no fueran de carácter personalísimo y se extingan por su muerte (artículos 659 y 661 CC). Tal y como regula la Ley de Sociedades de Capital en el artículo 110.1 “la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio”. Por tanto, no es necesaria una aceptación del causahabiente expresa de la cláusula compromisoria, quedando automáticamente vinculado por ella, por ser el procedimiento que válidamente el causante había aceptado para resolver los conflictos intrasocietarios.

En Costa Rica este supuesto hay que analizarlo para el caso específico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. El artículo 88 C.Com establece que para la incorporación de herederos o legatarios del socio fallecido, será necesario cumplir con los requisitos de la cesión de cuotas a terceros, lo que implica el consentimiento

previo y expreso de la unanimidad de los socios, salvo que se haya establecido en los Estatutos que bastará con la mayoría que no puede ser menor a  $\frac{3}{4}$  partes del capital social. Estos requisitos deberán cumplirse para poder adquirir la condición de socio, pero al igual que en España, el artículo 521 del Código Civil costarricense establece que “La sucesión comprende todos los bienes, derechos y obligaciones del causante, salvo los derechos y obligaciones que, por ser meramente personales, se extinguen con la muerte”. Por tanto, el heredero quedará vinculado, no porque se devenga o no socio, sino por los derechos que adquiere sobre las participaciones del causante.

### **Los titulares de derechos reales**

Por su parte, los titulares de derechos reales sobre acciones o participaciones sociales, tales como usufructuarios o acreedores pignoratícios, estarán vinculados por la cláusula arbitral en la medida en que puedan y pretendan ejercitar los derechos sociales frente a la sociedad. Aunque, hay quien sostiene que estos titulares de derechos reales sobre las acciones o las participaciones solamente estarían vinculados a la cláusula arbitral en la medida en que los estatutos, además de los derechos económicos que les corresponden, les atribuyeran también derechos políticos, como el derecho de voto, de información o de impugnación de acuerdos sociales. En éste último caso sí estarían vinculados a la cláusula arbitral por las normas de autogobierno, pero en la medida en que son “terceros” con respecto a la sociedad y no se subrogan en la posición del socio, no quedarán subsumidos en el ámbito subjetivo de la cláusula arbitral porque la cualidad de socio, con todos sus derechos y obligaciones, reside en el nudo

propietario (artículos 126 y siguientes LSC; 95 y 139 bis C. Com).

### **Los administradores, los auditores/ fiscales y los liquidadores**

La eficacia de la cláusula arbitral frente a los administradores, los auditores/ fiscales y los liquidadores es clara cuando expresamente conste su consentimiento, al hacer explícito en la cláusula arbitral esta extensión de la eficacia subjetiva o a través de un consentimiento expreso de cada uno de ellos.

La vinculación a la cláusula arbitral de los administradores sociales es propia de su encargo (artículos 225 y siguientes LSC). Pero en aras de la seguridad jurídica y de la previsibilidad propia de nuestro Derecho, la vinculación de los auditores y de los liquidadores no será automática, sino que se requiere de una previsión expresa en la cláusula arbitral estatutaria, independientemente de si en ellos confluye la condición o no de socio, la cual los vinculará a partir de la aceptación de su nombramiento; por lo que si no están de acuerdo en aceptar someter sus controversias a un proceso arbitral tendrán la opción de no aceptar su designación.

Este mismo razonamiento será de aplicación para los fiscales de la sociedad en Costa Rica, si se ha optado por el sistema de vigilancia establecido en los artículos 193 y siguientes C.Com.

Para el caso de los liquidadores, el artículo 210 C.Com establece que serán los administradores y los representantes legales de la sociedad quienes ejerzan este encargo, por lo que en este caso, sí que estarán

vinculados a la cláusula arbitral que conste en los Estatutos.

Los administradores sociales son los encargados, según el artículo 188 C.Com de dictar los estatutos y los reglamentos de la sociedad, por lo que deberán cumplirlos con la diligencia del mandatario y hacerlos cumplir (artículo 189 C.Com). Esto implica que estarán vinculados por ellos desde la aceptación de su cargo, sin necesidad de una aceptación expresa de la cláusula arbitral (también artículos 89 y siguientes C.Com).

### **Los terceros**

Por último, hay que aclarar que, en general, aunque el laudo produzca, en ciertas ocasiones, efectos indirectos frente a terceros, esto no quiere decir que los terceros estén sometidos a la cláusula arbitral, ni que la materia que afecta los intereses de éstos sea disponible.

Así, los terceros no podrán verse vinculados por la cláusula arbitral estatutaria porque no son parte del convenio arbitral y por tanto deberán acudir a la jurisdicción como medio para garantizar su tutela judicial efectiva. Por tanto, el árbitro es juez solamente para las partes y no cuenta con ningún tipo de poder frente a terceros con respecto al procedimiento. Su misión tendrá un efecto relativo a las partes únicamente, las cuales libremente han optado por esta vía como alternativa a la jurisdiccional; pero el laudo, en cuanto a su existencia, será oponible a todos.

En el caso de los obligacionistas, como terceros acreedores de la sociedad, en principio no se verán vinculados por la cláusula arbitral. A pesar de lo anterior,

hay quien afirma que aquellos que tienen obligaciones convertibles en acciones, al tener, por ejemplo, derecho de suscripción preferente o de impugnación de acuerdos sociales, aunque son terceros, son potencialmente socios y, por lo tanto, sí estarán vinculados por el convenio arbitral.

En este punto es necesario analizar los "bonos de fundador" en las Sociedades Anónimas, como especialidad propia del Derecho costarricense.

Los bonos de fundador se encuentran regulados en los artículos 116.d, 118, 119, 148, 149, 150 y 151 C. Com. Estos instrumentos mercantiles confieren a sus titulares el derecho de percibir una participación en las utilidades que en ellos se expresa y por el tiempo que ellos indiquen. Dicha participación no podrá exceder del 10% de las utilidades anuales ni extenderse por más de 10 años.

Estos títulos confieren un derecho patrimonial a sus tenedores, sin otorgarle ningún tipo de derecho político añadido al que ya tienen como accionistas de la sociedad. Al ser accionistas de la sociedad no habría duda alguna sobre su vinculación al pacto arbitral estatutario, pero si dejaran de ser accionistas y conservaran los bonos de fundador, podrían darse diversas situaciones que procederemos a analizar.

La primera interpretación se podría centrar en el carácter que le otorga la Ley de semejanza con los títulos valores, considerándolos documentos independientes y por tanto se podría considerar meros obligacionistas de la sociedad y por tanto terceros, por lo que no estarían vinculados por la cláusula arbitral para resolver los conflictos que se pudieran

generar en torno a los bonos, a menos que expresamente lo aceptaran todas las partes interesadas, o se haya introducido expresamente en ellos.

La segunda posible interpretación sería más coherente con la causa y la finalidad de los bonos de fundador. Si la cláusula arbitral se introdujo en la escritura constitutiva, en coherencia con la función desempeñada como fundadores de la sociedad y la finalidad de los bonos, mantendrían los bonos su vinculación con la cláusula arbitral inserta desde un inicio como norma de funcionamiento social para resolver todos los conflictos que puedan surgir en torno a dicha relación societaria. Incluso, si la cláusula arbitral fuera introducida con posterioridad a la fundación, también los vincularía, a menos que se establezca una referencia expresa que indique que solamente se resolverá mediante arbitraje los conflictos que surjan y que tengan su causa en hechos posteriores a la aprobación del convenio arbitral.

Otro supuesto interesante a considerar sería, al establecer la Ley que se regularán bajo la normativa propia de los títulos valores, si en el mismo bono se estableciera una cláusula arbitral para resolver los conflictos que pudieran surgir, lo que sería materia plenamente disponible y arbitrable.

Por otra parte, resulta interesante tratar el supuesto de los grupos de sociedades. Ante un grupo de sociedades será necesario analizar cada caso en concreto para poder determinar si la cláusula arbitral inserta en los estatutos de una sociedad del grupo (filial o matriz) vinculará a las otras sociedades pertenecientes al grupo, o si se trata de un tercero ajeno a este tipo de acuerdo, ya sea en sus relaciones internas o en sus relaciones con terceros.

Desde el punto de vista jurídico puede considerarse que no puede oponerse la cláusula arbitral a aquella sociedad que no la haya firmado, pero desde un punto de vista económico la vincularía automáticamente, por la unidad de dirección y de actuación real con la que funcionan en el mercado.

En primer lugar, el razonamiento jurídico nos lleva a destacar que cada sociedad cuenta con su propia personalidad jurídica, autonomía patrimonial y limitación de la responsabilidad como regla general. Además, por la naturaleza contractual de la cláusula arbitral, su extensión a otra sociedad únicamente será posible cuando la voluntad de las partes de someterse a arbitraje resulte suficientemente probada, ya que, en principio, sólo podrá quedar vinculada una sociedad que ha otorgado personalmente su consentimiento.

Pero en cuanto a los grupos de sociedades y su particular forma de actuar en el comercio, esta manifestación concreta que se exige para probar la voluntad de la sociedad no firmante de quedar vinculada por el contrato arbitral puede manifestarse a través de diversas formas, como sería, por ejemplo, la participación activa de la matriz en la vida de la filial, o cuando la otra sociedad (filial o matriz) ha participado en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, haciendo pensar a la contraparte que ésta también es parte contractual, o que en caso de surgir alguna controversia ésta sociedad no suscriptora, por el hecho de su participación en cualquiera de los momentos antes enunciados, iba a quedar sujeta a la misma. Pero la interpretación de la voluntad de la sociedad, o de su conducta durante la negociación puede resultar peligrosa y puede crear mucha inseguridad jurídica.

Será necesario, por tanto, hacer un análisis de caso por caso de la voluntad de las partes para poder determinar si se puede o no realizar la extensión de la cláusula arbitral, en aras de la seguridad jurídica.

En cualquier caso, con el fin de no desvirtuar la institución arbitral, la extensión de los efectos de una cláusula arbitral a un sujeto que no ha sido parte, como sería una sociedad del grupo, debe ser la excepción, debiendo justificarse suficientemente. Por lo que por regla general se aplicará el principio de relatividad de los contratos en sus relaciones con terceros, sin poder implicar a sociedades del grupo no firmantes (arbitraje externo); y en el caso de alegar la cláusula compromisoria en conflictos entre miembros del grupo (arbitraje interno), lo mejor sería que ésta se encuentre en un reglamento interno al que se han adherido las demás sociedades pertenecientes al grupo, para así verse efectivamente vinculadas por ella.

#### **La cláusula arbitral en los pactos parasociales y en el reglamento interno de la junta general: eficacia subjetiva limitada**

La cláusula arbitral como instrumento esencial para el arbitraje intrasocietario también se puede encontrar en otros documentos societarios, tales como son los pactos parasociales o el reglamento interno de la junta general; pero las cláusulas de este tipo carecerán, en principio, de la eficacia subjetiva que tiene aquella que se encuentra en los estatutos sociales.

En los pactos parasociales que afectan a una sociedad cotizada es posible estipular una cláusula arbitral, pero se verá matizada y condicionada por la falta de publicidad

registral, lo que implica que sólo vinculará a los socios que los suscribieron (artículo 1257CC) y a sus herederos, sin vincular a la propia sociedad, los demás socios, los socios sucesivos, ni al resto de personas que tengan relación con la sociedad, a menos que lo acepten expresamente. Además de que carecen de la publicidad necesaria para vincular a todos los socios y a la sociedad, no es el instrumento adecuado para contener la cláusula arbitral. Por lo que aunque nada impide que se perfeccione un convenio arbitral entre ciertos socios en un pacto parasocial, éste tendrá una naturaleza privada y estará regido por el principio de libertad de forma, por lo que no podrá acceder al Registro Mercantil ni tener la publicidad que una cláusula de este tipo requiere.

Por otra parte, otro instrumento societario en el que se puede incluir una cláusula arbitral es el reglamento de la junta general. Los reglamentos internos de la junta de una sociedad de capital tienen como función facilitar la ejecución de las normas estatutarias y el funcionamiento de la sociedad a través de la concreción o complementación de las normas estatutarias.

En el supuesto que el reglamento interno de una junta general contuviera una cláusula arbitral sería éste un supuesto de una cláusula arbitral por referencia, siempre que se hiciera una reseña expresa de ella en los estatutos (artículo 9.4 LA), vinculando a los socios presentes y futuros, cuando éste también se encuentre inscrito. Este razonamiento se basa en que el funcionamiento de una sociedad no está únicamente en la escritura constitutiva, por lo que no es indispensable que la cláusula compromisoria se encuentre

allí. Lo que se exige como presupuesto de validez para una cláusula arbitral por referencia es que ésta tenga incidencia en el documento principal y, si ahí no constara la cláusula, que se haga referencia expresa a ésta. Por tanto, esta parte de la doctrina considera que si el reglamento de una junta general de una sociedad cotizada contuviera una cláusula arbitral para el sometimiento de los conflictos societarios, y en especial de la impugnación de acuerdos sociales, se podría entender que dicha cláusula sería vinculante para todos los socios (presentes y futuros), ya que ha sido aprobada junto con el reglamento interno por los accionistas, en una junta general con el quórum ordinario previsto, siendo además un acuerdo inscribible en el Registro Mercantil y objeto de comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Pero en contra de la postura antes enunciada, otra parte de la doctrina defiende que cuando la cláusula arbitral se encuentra en un documento extra societario tiene como ventaja la flexibilidad, pero está privada de una parte de su eficacia. Las convenciones extra-estatutarias, con una naturaleza puramente contractual, solamente vinculan a quienes han sido parte. No son oponibles ni a la sociedad misma ni a futuros adquirentes de derechos sociales, a menos que expresamente lo acepten. Por lo que si se quiere que la cláusula arbitral tenga la publicidad necesaria y vincule eficazmente a la sociedad y a todos sus socios deberá estar expresamente en los estatutos sociales, ya que, además, si llegase a haber contradicción entre los estatutos y el reglamento interno, debe entenderse que prevalecen los estatutos.

### **Otras normas que facultan expresamente incluir una cláusula arbitral en los estatutos sociales**

El ordenamiento positivo español cuenta también con otras normas que facultan expresamente la inclusión de una cláusula arbitral en los estatutos de determinadas sociedades. Tal es el caso de la Ley de Sociedades Cooperativas española y valenciana, los Estatutos Orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa o la Ley de Sociedades Profesionales. En este punto también es importante hacer, aunque sea de una forma breve, referencia al Derecho comparado y proyectado, ya que éstos nos aportan luces en cuanto a la regulación de esta materia.

La Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, en su disposición adicional décima regula la expresa admisión de la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos asamblearios, “dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos”. Con esta Ley se reconoce expresamente el arbitraje societario cooperativo, y tiene como fin evitar cualquier incertidumbre que pueda surgir a la hora de interpretar una cláusula de sumisión a arbitraje, las cuales son muy frecuentes en la práctica estatutaria. También, en el artículo 10.2.m de la Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad valenciana, se establece entre el contenido mínimo de los estatutos la cláusula de sometimiento a arbitraje cooperativo. Este se encuentra regulado en el artículo 123.1.b de la misma Ley, en el cual el convenio arbitral es requisito previo para poder solucionar por esta vía las controversias surgidas entre entidades cooperativas, o entre éstas y sus socios o sus miembros. Podrá efectuarse el arbitraje tanto de Derecho como de equidad y el laudo

tendrá los mismos efectos que una sentencia judicial.

En segundo lugar, existe un beneplácito al arbitraje en los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, aprobados por Orden del Ministerio de Justicia 1445/2003, de 4 de junio, cuando en su artículo 15 establece que toda cuestión que se suscite entre los socios, o entre éstos y la sociedad, con motivo de las relaciones sociales, podrá ser resuelta mediante arbitraje que deberá ser formalizado por las prescripciones legales.

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales en el artículo 18 establece la posibilidad de que las controversias derivadas del contrato social que surjan entre los socios, entre los socios y los administradores, y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a la separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, sean sometidas a arbitraje, de acuerdo con las normas reguladoras de la institución.

El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos familiares, reformó los artículos 114.2.c) y 175.2.c) del Reglamento del Registro Mercantil, y admitió expresamente que tanto las Sociedades Anónimas como las Sociedades de Responsabilidad Limitada pudieran incluir entre los pactos que son posibles al amparo de la autonomía de la voluntad cláusulas arbitrales para resolver los conflictos societarios. Este Real Decreto expresamente excluye de su aplicación a las Sociedades cotizadas.

El Derecho comparado también nos brinda modelos de regulación de la cláusula arbitral

en el seno de las sociedades de capital. Tal es el caso de Francia e Italia. En Francia, el artículo L721-3 del Código de Comercio permite expresamente a las partes, al momento de contratar, acordar someter a arbitraje las controversias que surjan entre ellas relativas a las sociedades comerciales. Y el artículo L721-5 *in fine* del mismo Código de Comercio, faculta a los socios a establecer en los estatutos la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos que surjan, entre ellos, por razón de la sociedad. Éste último elemento es el que debe tenerse siempre presente para valorar o no su arbitrabilidad: si el conflicto ha surgido o no por razón de la sociedad. Las diferencias que surjan en el seno de una sociedad podrán, de acuerdo a estas normas, ser sometidas a la vía arbitral. Pero el árbitro, al igual que el juez, no podrá interferir ni en los asuntos de la gestión social ni para solucionar la oposición de dos grupos de socios, que debe ser resuelta entre ellos, a menos que se trate de algún tipo de abuso; ya que este aspecto no entra dentro de su misión jurisdiccional.

Por su parte, la legislación italiana también cuenta con una regulación específica para el arbitraje societario. El artículo 34.1 D. Leg. 5/2003 en atención a la *Legge 3 ottobre 2001, n. 366*, regula únicamente el arbitraje societario que tenga su causa en una cláusula arbitral inserta en el acto constitutivo o en los estatutos, quedando excluido de esta normativa el arbitraje que tenga su fundamento en un compromiso arbitral *ad hoc*. Para el resto de situaciones que no tengan su causa en una cláusula estatutaria, como podrían ser las que se encuentren en pactos parasociales o en un compromiso arbitral *ad hoc*, se deberá hacer

uso del Derecho arbitral general regulado en los artículos 806 y siguientes del Código Procesal Civil italiano.

Por otra parte, en el Derecho proyectado europeo se opta también por el arbitraje societario como mecanismo útil y eficaz para resolver los conflictos que surjan entre la sociedad y sus socios, e incluso, si así lo prevén, en sus relaciones con los administradores.

Tal es el caso de la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea<sup>19</sup>. Mediante enmienda se solicitó a la Comisión agregar al texto del Proyecto de Estatuto un nuevo artículo 42 (*bis*) en el que se regule la cláusula compromisoria (la cláusula arbitral estatutaria), con el fin de permitir que los conflictos intrasocietarios sean resueltos por este medio alternativo a la jurisdicción, dando así su confianza al arbitraje como un medio válido y solvente, que brinda la garantías suficientes para el tráfico jurídico. La enmienda que pretende introducir la posibilidad de optar por el arbitraje societario se justifica en el mismo texto como que la previsión del arbitraje, como medio alternativo a la jurisdicción para la resolución de conflictos, es particularmente oportuna para este tipo de Sociedades Privadas Europeas por su naturaleza de sociedad cerrada y por la dimensión de transnacional que obtendrá. Por un lado, esta sociedad cuenta con un grado de autonomía muy amplio para determinar sus aspectos patrimoniales y organizativos, lo que le permite introducir, sin ningún tipo de problema, una cláusula de este tipo; y, por otro lado, el arbitraje se

<sup>19</sup> El Proyecto de Estatuto de la Sociedad Privada Europea y su tramitación puede consultarse en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/businesses/company\\_law/mi0007\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/company_law/mi0007_es.htm)

plantea como un medio eficaz para evitar los conflictos internos y los estados de bloqueo en el funcionamiento interno de la sociedad, lo cual puede tener consecuencias muy importantes para una sociedad de este tipo. También al ser esta una sociedad pensada para las sociedades cerradas, en las que la liquidación de sus participaciones sociales puede ser muy difícil, el recurso al arbitraje aparece como un medio realmente idóneo para ella.

## CONCLUSIONES

En España, la reforma efectuada en el año 2011 ha pretendido fomentar la cultura jurídica y la conciencia ciudadana y de las empresas de las ventajas del arbitraje, dotando a la Ley de solidez jurídica y potenciando esta institución. A través de ella se han desmantelado las posturas antiarbitrales que subsistían en materia societaria. Aquellas que tenían su fundamento en la imperatividad de las normas que regulan esta materia y, en específico, la impugnación de los acuerdos sociales, se han presentado como no adecuadas. Que una materia esté regulada por normas imperativas no es óbice para impedir su arbitrabilidad, ya que el árbitro, en este caso, deberá aplicar esas mismas normas imperativas al igual que lo haría un juez, sin equiparar el arbitraje con la arbitrariedad<sup>20</sup>.

La posibilidad de procedimientos paralelos, uno arbitral y otro judicial, o que no puedan participar terceros, no son tampoco

argumentos determinantes para la exclusión del arbitraje. En el primer caso se deberán aplicar las reglas de la acumulación de acciones (artículos 71 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC; y 123 y siguientes Código Procesal Civil de Costa Rica, en adelante CPC) o de prevalencia de procedimientos en el tiempo (artículo 79 LEC). En el segundo caso, cuando el procedimiento sea instado por un tercero no vinculado por la cláusula arbitral y no se haya adherido tampoco a él mediante un convenio arbitral *ad hoc*, es evidente que prevalecerá el procedimiento judicial iniciado por él, pero esto no determina que la materia no sea arbitrable, sino que no será, en ese asunto en concreto, la vía adecuada para resolver este conflicto, ya que el árbitro carecerá de competencia para resolver ese litigio. Será, al igual que ocurre en el ámbito judicial, un problema de competencia entre dos sujetos capaces de resolver un determinado conflicto, pero no de arbitrabilidad o disponibilidad de la materia.

Cuando existan terceros involucrados en el litigio, tampoco esto es una razón suficiente para considerar que estamos ante materia no disponible y por tanto inarbitrable. Es evidente que un tercero no está vinculado por la cláusula arbitral y el laudo tampoco lo vinculará, pero como tampoco una sentencia. El tercero si quiere hacer valer sus derechos mediante un procedimiento arbitral podría hacerlo si las partes del convenio arbitral se lo permitieran; pero si no se diera el caso y la Ley le concediera legitimación para impugnar (acuerdos nulos), podrá el tercero

<sup>20</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad", ob.cit., pág. 71; SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 427; CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, ob.cit., págs. 140 y ss.; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 355/1998, de 18 de abril; SAP de Pontevedra (Sección 6ª) número 431/2003, de 10 de febrero, fundamento de Derecho segundo; Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 19 de febrero de 1998.

instar el procedimiento de impugnación ante la jurisdicción ordinaria, no existiendo problemas ni de litispendencia ni de cosa juzgada con relación al procedimiento arbitral por no haber identidad de sujetos, aunque el objeto y la causa sean los mismos (artículos 222 y 421 LEC). Por tanto, si un tercero se pudiera ver afectado por un procedimiento arbitral podrá ser invitado a participar en él y así podría hacer valer sus derechos, siempre y cuando todas las partes del convenio arbitral (la sociedad y los socios) estén conformes con esto por el principio de autonomía de la voluntad que rige el procedimiento arbitral y su origen contractual, que no se puede obviar cuando se suscribe la cláusula arbitral.

También podrá el tercero no aceptar participar del procedimiento arbitral y simplemente limitarse a acatar lo que en él se resuelva; o si no ha tenido conocimiento del procedimiento arbitral y ha habido buena fe por su parte, la sociedad debería hacerse responsable por los posibles daños que se le pudieran causar, al igual que ocurriría con cualquier otro sujeto conforme a los principios generales que rigen la responsabilidad extracontractual (artículos 1089 y 1887 CC; 1047 y siguientes Código Civil costarricense).

Por su parte, el cambio jurisprudencial y posteriormente legal favorable al arbitraje se ha debido a la consideración de que la tutela judicial prevista en el artículo 24 de la Constitución Española puede obtenerse también a través de un proceso arbitral y por creer que se trata de materia libremente disponible por las partes<sup>21</sup>. En este sentido, ya se había pro-

nunciado el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en la Sentencia nº 776/2007, de 9 de julio, fundamento de Derecho tercero, cuando dice que: “el arbitraje es un medio heterónimo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del Ordenamiento”. Así, el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, dotado con las garantías de un proceso judicial, en el que la Ley ha previsto un sistema objetivo para salvaguardar la imparcialidad y la independencia de los árbitros, que si no se respetara acarrearía la nulidad del laudo que se dictara (artículos 9, 17 y 41 LA; 13 LEC; 64 y siguientes RAC y 619 y siguientes CPC).

Lo que no puede tolerarse bajo ninguna circunstancia es que el arbitraje se utilice como una vía de escape a la legalidad y que quienes decidan acudir al arbitraje lo hagan con la intención de alargar el procedimiento, intentando que no se aplique el Derecho correspondiente o haciendo que el arbitraje se convierta en una especie de primera instancia o como un simple mecanismo de entorpecimiento del procedimiento judicial. Ante estas situaciones, las Cortes Arbitrales deberán intentar que las partes se pongan de acuerdo en el procedimiento, en primer lugar reconociendo la competencia de la Corte Arbitral, y luego la forma y el procedimiento que se ha de seguir, con el fin de que no haya dudas o se entorpezca el procedimiento teniendo que acudir otra vez a la jurisdicción, algo que en principio es contrario a la naturaleza propia de esta institución jurídica.

21 SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, pág. 428; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 26, 2006-1, pág. 289; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, ob.cit., pág. 246.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ÁLCÁZAR VILLALOBOS, JP., CAMPOS MORA, CA., *Derecho Indígena y Resolución Alterna de Conflictos*, Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho, dir.M. Moreno Buján, UCR, 2009.

ALLOTI, V., “Clausola arbitrale statutaria”, en *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, coord. L. Ponti, R. Torino, Vol. XXII, Società, T. I, UTET, Torino, 2005, págs. 379-412.

BARONA VILAR, S., “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, dir. S. BARONA VILAR, Thomson Cívitas, Estudios sobre Arbitraje, Pamplona, 2007, págs. 25-58.

BLANDINI, A., “La clausola compromissoria nell’arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo”, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle Obligazioni*, Anno CV, nº 7-8-9, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Bologna, 2007, págs. 585-612.

BOGGIO, L., « Quale disciplina per l’arbitrato irrituale statutario ? », en *Rivista di Diritto Societario*, nº 4/2007, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007.

BOLAS ALFONSO, J., “La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en *Revista de Derecho Privado*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, Febrero 2006, págs. 113-143.

BORIO, G., *L’arbitrato commerciale internazionale*, GiuffrèEditore, Milano, 2003.

BOTANA AGRA, M., “Acerca de la sumisión

a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas”, en *Derecho de los Negocios*, nº 100/1999, págs. 9-20.

CAMPO VILLEGAS, E., “El arbitraje en las sociedades mercantiles”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, ANY XCVII, Ilustre Col·legid’avocats de Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència de Catalunya, Barcelona, 1998, págs. 313-349.

—, “Temas del arbitraje societario vistos por un notario”, en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, nº 47-48, Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, págs.13-56.

CARAZO LIÉBANA, M., *El arbitraje societario*, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.

CARRERA GIRAL, J., CARRERA LÁZARO, E., *Ley de Sociedades Anónimas: Interpretación jurisprudencial*, Vol. II, 4ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1991.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN LÍNEA, Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, *Informe de investigación CIJUL: Principios que rigen el arbitraje*.

CHILLÓN MEDINA, J., “Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular”, en *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*, dir.M.

CHIOMENTI, F., “La revoca delle deliberazioni assembleari”, en *Saggi di diritto commerciale*, dir. G. Ferri, Dott. A. GiuffrèEditore, Milano, 1969.

GONZALO QUIROGA, M., *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 247-264.

COHEN, D., *Arbitrage et société*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., 1998, Paris.

CREMADES, B., “L’Espagne éternelle une nouvelle loi sur l’arbitrage”, en *Revue de l’arbitrage*, 1989, págs. 189-213.

—, “El arbitraje societario”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 2000-2001, págs.13-38.

CUCARELLA GALIANA, L., *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, 23 diciembre, de arbitraje)*, Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, StudiaAlbornotiana, dir. E. Verdura y Tuells, LXXXVII, Zaragoza, 2004.

DAMIÁN MORENO, J., ARIZA COLMENAREJO, M., *Impugnación de Acuerdos de Sociedades Anónimas (adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, nº 46, Editorial Colex, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “XVI Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 24, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 239-255.

—, “La arbitrabilidad de un Derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 26, 2006-1, págs. 269-309.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, A., “El Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica”, en *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, nº3/2011, pp. 797-811.

FERNÁNDEZ-ROZAS, JC., BENEYTO, JM, STAMPA, G., VERDERA, E., *Jurisprudencia española de arbitraje. 60 años de aplicación de arbitraje en España*, MI RODRÍGUEZ ROBLERO (coord.), Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Sobre el arbitraje estatutario. En particular el de equidad”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 32, Thomson Reuters, 2009, págs. 43-77.

GASPAR LERA, S., *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998.

GONZALO QUIROGA, M., “Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos”, dir. M. GONZALO QUIROGA, Universidad Rey Juan Carlos, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 207-234.

GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1956.

HINOJOSA SEGOVIA, R., “La nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre): consideraciones generales”, en *La nueva Ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 297-364.

LIBERIO, C., “Delibera di acquisto di azioni proprie: poteri cautelari di sospensione

e possibilità di recesso del socio”, en [http://www.judicium.it/news/ins\\_19\\_01\\_06/Liberio%20proc.%20soc.html](http://www.judicium.it/news/ins_19_01_06/Liberio%20proc.%20soc.html), 19 enero 2006, [fecha de consulta 2 febrero 2007].

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T., “Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje (STS 18 de abril de 1998)”, en *Revista de Sociedades*, nº 11, 1999, págs. 335-362.

MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *El Arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.

MUÑOZ PLANAS, JM., “Algunos Problemas del arbitraje en materia de Sociedades Mercantiles”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs 380-495.

MUÑOZ PLANAS, J., MUÑOZ PAREDES, J., “Impugnación de acuerdos de Junta General mediante Arbitraje”, Capítulo 63, en *Derecho de Sociedades: Libro en Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, Mc Graw Hill, Madrid 2002, págs.1977-2029.

OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., “El arbitraje societario en los tiempos de la globalización”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, nº 7/2006, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M. Bosch Editor, Barcelona, págs. 9-65.

OLIVENCIA RUIZ, M., *Arbitraje: una justicia alternativa. (Una visión histórica desde la nueva ley). Una contribución con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006.

PETRAZZINI, B., “Delle modificazioni dello statuto”, en *Il nuovo diritto societario: d.lgs. 17 gennaio 2003, n°6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n°5, d.lgs. 11 aprile 2002, n°61*, dir. G. Cottino y otros, ZanichelliEditore, Bologna, 2004.

PERALES VISCASILLAS, P., *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral, Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., *Impugnación de Acuerdos Sociales y Arbitraje*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010.

—, “El Arbitraje Societario en la nueva Ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado”, en *Revista Derecho de Sociedades*, nº 37/2011, Editorial Aranzadi, pp. 103-118.

—, “Comentario de Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo primera) nº 457/2009, de 1 de octubre de 2009 (Ñabe S.L. Menuce S.A y Saecan S.A.)”, en *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. III, 2010 (2), Iprolex, pp. 594-596.

—, “Comentario del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo octava) nº 45/2010, de 22 de marzo de 2010 (Business Process Outsourcing, S.L. y Global Sales solutions Line, S.L. / Howard Management, S.L. y BPO Solutions Spain, S.L.)”, en *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. IV, 2011 (2), Iprolex, pp. 553-561.

—, “Comentario de Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera)

n° 614, de 19 de octubre de 2010 (*Ibérica Marítima Barcelona, S.A. e Ibérica Marítima Tarragona, S.A. / Ibérica TankerChartering, S.L.*), en *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. IV, 2011 (2), Iprolex, pp. 575-580.

SÁNCHEZ CALERO, F., *La junta general en las sociedades de capital*, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “El origen del arbitraje: una hipótesis”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 73, curso 1987-1988, dir. E. Verdera Y Tuells, Madrid, 1988, págs. 353-375.

SANGIOVANNI, V., “Arbitrato societario, società di capitali e categorie di investitori”, en, <http://www.judicium.it>, 28 de septiembre de 2007, [fecha de consulta 23 de octubre de 2007].

— “Le clausole compromissorie statutarie nel nuovo diritto societario italiano”, en Foro Padano, II, Milano, 2005, págs. 2-28.

SASSANI, B., GUCCIARDI, B., “L’arbitrato societario”, en <http://www.judicium.it>, 13 abril 2007, [fecha de consulta 13 marzo 2008].

SIBAJA GUILLÉN, LE., “Comentarios sobre el acuerdo arbitral internacional en Costa Rica”, en *Revista Judicial*, Costa Rica, n°99/2011.

VERDERA Y TUELLS, E., “La Ley 60/2003, de Arbitraje, y la modernización del arbitraje comercial en España”, en *La nueva Ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 13-64.

VIERAGONZÁLEZ, J., “Derecho de Separación (SA Y SRL)”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. C. Alonso Ledesma, IUSTEL, Madrid, 2006, pp. 490-504.

XIOL RÍOS, J., “El arbitraje y los Tribunales de justicia”, en *La Notaría. Especial Derecho Privado y Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, de *Arbitraje*, n° 47-48, Collegi de Notaris de Catalunya, Barcelona, 2007, págs. 71-83.