
Sobre el planteamiento de algunas sentencias de mérito que extienden los límites de aplicabilidad de las cláusulas de arbitraje en las controversias societarias

I. – La jurisprudencia predominante, basada en los principios de legitimidad y de mérito, ⁽¹⁾ nos enseña que «no pueden someterse a arbitraje las controversias que involucran los intereses de la sociedad o infringen las normas concebidas en defensa del interés colectivo de los socios o de terceras partes, por tratarse de constataciones que eluden la autonomía de las partes».

En este mismo sentido se pronuncia la doctrina predominante ⁽²⁾.

No hace mucho, el Pleno de la Sala de lo Civil del TS italiano (21 de febrero de 2000, en *Giurisprudenza italiana*, 2000, I, II, págs. 1210 y ss.) ha establecido de forma taxativa un principio análogo para las objeciones al balance de ejercicio.

La jurisprudencia basada en el principio de legitimidad condiciona, asimismo, la operabilidad de la cláusula arbitral en presencia de una relación con una pluralidad de partes, como la societaria, a la circunstancia de que el litigio tenga carácter

Fuente: «Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali», 2002, núm. 1.

⁽¹⁾ En lo referente a las resoluciones basadas en el principio de legitimidad: SSTS italiano núm. 3322, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 1998, y la núm. 1739, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 1988, en *Società*, 1988, págs. 476 y ss.; en lo que concierne a las resoluciones basadas en el principio de mérito, véanse, entre otras muchas: STJ de Milán, de 4 de junio de 1990, en *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, II, 175; Sentencia del Tribunal de Apelación de Milán, de 11 de febrero de 1997, en *Società*, 1997, p. 1149.

⁽²⁾ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milán, 1959-1968, p. 206; SILINGARDI, *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, Milán, 1979; JAEGER, *Appunti sull'arbitrato e le società commerciali*, en *Giurisprudenza commerciale*, 1990, I, págs. 299 y ss.; ROVELLI, *Competenza degli arbitri nella risoluzione delle controversie sociali in società*, 1991, p. 761; TETI, *L'arbitrato nelle società*, en *Rivista dell'arbitrato*, 1993, págs. 297 y ss.; RUBINO - SANMARTANO en *Diritto dell'arbitrato*, Padova, 1994, págs. 131 y ss.; DE FERRA, *Clausole arbitrali nel diritto delle società*, en *Rivista dell'arbitrato*, 1995, págs. 185 y ss.

bipolar, esto es, que las partes pueden agruparse *a posteriori* en dos centros de intereses homogéneos y contrapuestos (ello se expresa diciendo que la cláusula debe ser de naturaleza binaria) ⁽³⁾.

Las controversias societarias con pluralidad de partes no reducibles a dos centros de interés homogéneos y contrapuestos, como son los procesos «multipolares», no se consideran arbitrables y la cláusula resulta inválida e inaplicable.

Ello explica igualmente que el número de árbitros deba ser impar y que los árbitros deban ser designados por los titulares de los centros de interés contrapuestos.

Hace algunos años, en patente conflicto con la jurisprudencia predominante, el Tribunal de Justicia de Milán, en su sentencia de 4 de junio de 1990, en *Giurisprudenza italiana*, 1991 I, II, págs. 175 y ss., y otras emanadas por el mismo Juez ponente, inauguró una nueva postura que no ha tenido seguimiento hasta la fecha.

El Tribunal de Justicia de Milán afirmó que las controversias societarias son, por lo general, arbitrables, «aun cuando se rijan por normas de interés general».

De acuerdo con este planteamiento, el accionista tendría la libertad de ejercer los propios derechos en los términos legalmente previstos y conforme a las cláusulas de arbitraje.

El mismo Tribunal confirmó esta nueva concepción en una sentencia posterior de fecha 10 de enero del 2000, en *Giurisprudenza italiana*, 2000, I, incluso en lo concerniente al balance de ejercicio. Asimismo, el Tribunal de Justicia de Milán, en la sentencia núm. 11132 de época más reciente aquí comentada, de 13 de noviembre de 2001, ha dado un gran paso adelante en el ámbito que nos ocupa.

Dicha resolución llevó el planteamiento aislado a consecuencias extremas, estableciendo el principio en base al cual serán arbitrables todas las controversias relativas a derechos disponibles en abstracto, salvo aquellas no disponibles por la sola ilicitud del negocio y que, como tales, no transigibles en virtud del art. 1972 del CC italiano.

⁽³⁾ MANDRIOLI, *Corso diritto procedurale civile*, Turín, 1995, III, págs. 360 y ss. Entre otras muchas, véanse: SSTS italiano núm. 2983, Sala de lo Civil, de 15 de abril de 1998, en *Società*, 1988, 585, y la núm. 2940, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 1998; STJ de Nápoles, de 18 de diciembre de 1987, en *Società*, 1988, 591.

Coherentemente con lo anterior, todas las controversias recaerían en la esfera de aplicación de la cláusula arbitral, excepto aquellas no arbitrables debido al carácter ilícito del negocio.

En consecuencia, en la sentencia que nos ocupa, el mencionado Tribunal declinó la propia competencia como Tribunal de Primera Instancia en favor de un Comité de Arbitraje forzoso y consideró arbitrable la controversia sobre la que debía pronunciarse.

Es oportuno puntualizar que, en el caso en cuestión, el demandante había contestado una decisión plenaria simulada e inexistente concerniente a un significativo aumento de capital y había objetado que la decisión posterior de sustitución de los administradores era inexistente, en cuanto estos últimos no se habían reunido, al tiempo que el pago del aumento de capital era tan sólo aparente y no había tenido lugar.

La supervivencia de la sociedad en cuestión dependía del resultado de la causa dado que, en caso de acceder a la demanda, la sociedad debía considerarse disuelta por efecto de las graves pérdidas en las que habría incurrido de no haberse efectuado el aumento de capital.

En cualquier caso, la controversia contestaba que la situación patrimonial de la sociedad debía responder al principio de veracidad y ésta era parte importante de los informes presupuestarios anuales que, de por sí, no eran arbitrables conforme a la Sentencia antedicha núm. 27/2000 del Pleno de la Sala de lo Civil del TS italiano. La propia Sentencia núm. 11132/2001 del Tribunal de Justicia de Milán, con motivación contradictoria para desestimar la excepción de incompetencia incoada a favor del arbitraje, confirmaba en relación con una serie de informes presupuestarios impugnados que se trataba de una materia de exclusiva competencia de la justicia ordinaria.

A mayor razón, esta misma postura debía deducirse, por analogía, del planteamiento que no considera arbitrables las controversias en materia de revocación de un aumento de capital y de las decisiones plenarias de escisión y absorción de una sociedad.

2. – El Tribunal de Justicia de Milán sustenta su planteamiento, que generaliza a gran parte de las controversias societarias la aplicabilidad de las cláusulas de arbitraje, en la necesidad de garantizar la mayor celeridad y eficacia de su definición en comparación con los largos procesos actuales.

Esta *ratio*, si bien concierne a todos los procedimientos civiles, no justifica que se sacrifique por ella el interés público predominante por la imparcialidad y la necesaria ponderación de las resoluciones judiciales ⁽⁴⁾, en un ámbito en el que se requiere el respeto de las normas en aquellas sociedades económicas con forma societaria.

El interés público aquí sacrificado en relación con aquel menos importante de la celeridad había incitado al legislador de la reciente reforma procesal a inclinarse por el procedimiento colegiado en lugar de optar por el procedimiento monocrático para este tipo de controversias.

El interés público por el respeto de las normas societarias representa precisamente la base de la institución de la CONSOB y del establecimiento de sus competencias.

En una época de globalización de los mercados financieros que involucran estratos cada vez más amplios de ahorradores e inversores, la certeza de las normas societarias es una condición primordial de las inversiones y, por tanto, del desarrollo económico del país.

Desde este punto de vista, el planteamiento acerca del arbitraje privado de las controversias parece estar a todas luces en contratendencia y muestra una involución en relación con los objetivos de política legislativa comúnmente percibidos.

El Tribunal de Justicia de Milán extiende la posibilidad de arbitrar este tipo de controversias hasta el límite extremo previsto por el art. 1972 del CC italiano, en virtud del cual los negocios relativos a contratos ilícitos no son transigibles.

No podemos sumarnos a esta arbitrariedad en la medida en que concierne a una hipótesis marginal y residual no susceptible de asumir la categoría de principio de derecho.

⁽⁴⁾ STS italiano núm. 9157, Sala de lo Civil, de 30 de agosto de 1999; Sentencia del Tribunal de Apelación de Milán, de 6 de noviembre de 1992, en *Società*, 1993, págs. 781 y ss.; STJ de Milán, de 4 de junio de 1990, en *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, II, 1175, que califican la imparcialidad de principio legítimo de orden público.

Por lo general, los límites de la posibilidad de arbitraje se rigen por los arts. 806 y 808 del CPC italiano, mientras que los relativos a la no transacción de los derechos a los que se remiten los anteriores aparecen regulados en el art. 1966 del CC italiano.

El art. 1966.1.º del CC italiano establece el requisito según el cual quien transige debe tener «la capacidad de decidir los derechos que forman el objeto de la controversia», mientras que el art. 1966.2.º prevé «la nulidad de la transacción si tales derechos eluden, por su naturaleza o por disposición legal, la disponibilidad de las partes».

La remisión a la no transacción del derecho para poder arbitrar una controversia parece hacer referencia a las cláusulas de arbitraje que prevén arbitrajes voluntarios en lugar de forzosos, dado que los primeros configuran hipótesis negociales cuya lógica y resultado participan de aquellos típicos de la transacción. Desde este punto de vista, la remisión de la imposibilidad de arbitraje de la controversia a la no transacción de los derechos se muestra inadecuada.

La interpretación del art. 1966 del CC italiano ha generado numerosos debates entre los expertos en Derecho.

Es consabido que para un sector de ellos, el párrafo 1º del mencionado artículo se refiere a la capacidad de actuar en sentido técnico, mientras que el 2º guarda más bien relación, entre otras cosas, con la legitimación de quien transige ⁽⁵⁾. Sin embargo, otro sector de expertos considera que el párrafo 1º contempla también la legitimación, mientras que el 2º haría referencia, de forma más específica, a un requisito del objeto de la transacción ⁽⁶⁾. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia (STS italiano núm. 635, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1990, en *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 1, c. 1102, entre otras). El párrafo 2º establece la nulidad de la transacción si los derechos, «por su naturaleza o por disposición legal expresa, eluden la disponibilidad de las partes». A esta última categoría pertenecen las controversias en materia de trabajo y de seguridad social, las cuestiones de estado y

⁽⁵⁾ PUGLIATTI, *Della transazione*, 1949, págs. 466 y ss.

⁽⁶⁾ CARRESI, *Transazione*, en *Novissimo Digesto*, 1973, págs. 130 y ss.; SANTORO PASSARELLI, *La transazione* 1975-1997; a este respecto, véanse las SSTS italiano núm. 565, Sala de lo Civil, de 16 de febrero de 1957, en *Il Foro italiano*, 1958 I, 1758, y la núm. 7319, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 1993, en *Il Foro italiano*, 1995, I, 650.

gobierno, la separación legal de los cónyuges y, en general, los derechos fundamentales. En cualquier caso, el hecho de que varias hipótesis contempladas en ambos apartados del art. 1966 del CC italiano configuren casos de nulidad, resta importancia a su distinción de cara a lograr nuestro objetivo.

Con una evidente petición de principio, el art. 806 del CPC italiano califica de no arbitrables las controversias relativas a los derechos no transigibles, mientras que el art. 1966 del CC italiano califica de no transigibles las controversias concernientes a los derechos que eluden la disponibilidad de las partes. Es bastante evidente que el requisito en virtud del cual quien transige o arbitra una controversia debe gozar de la disponibilidad del derecho, coincide con su legitimación para poder disponer del mismo de forma exhaustiva, por lo que se halla incluido en el párrafo 2°.

Puede ocurrir que quien transige o arbitra su propio derecho no perjudique o dañe el mismo derecho de impugnación de otros accionistas, por lo que asistiremos, en este caso, al fenómeno de la difusión de los derechos entre todos los socios accionistas. En esta circunstancia, estos últimos pueden obtener un beneficio pero no resultar perjudicados por una sentencia firme procedente de personas ajenas, con arreglo al principio *res iudicata tertiis juvant sed non nocet*.

3. – Como ya hemos señalado antes, la condición de validez y de operabilidad de la cláusula de arbitraje reside en el carácter binario de esta última, esto es, en la consistencia bipolar de la controversia.

Cuando se trata de una controversia con pluralidad de partes, como es el caso de la controversia societaria, la cláusula arbitral opera si se determina *a posteriori* una agrupación espontánea de los intereses en dos grupos homogéneos y contrapuestos, por lo que existen dos partes.

No es suficiente que los intereses sean reagrupables en abstracto en dos polos homogéneos, sino que es necesario que los sujetos titulares de dichos intereses decidan reagruparse espontáneamente y designen, de común acuerdo, un árbitro de confianza. No se puede hipotizar una reagrupación coactiva.

Si diversos accionistas proponen la impugnación de decisiones plenarios con árbitros distintos de confianza respectivamente, no puede celebrarse la reunión.

Tampoco se puede hipotizar una intervención autónoma por parte de un accionista individual en un procedimiento pendiente, incoado por otros, mediante el que se pretenda nombrar un árbitro distinto.

Cuando intervienen más de dos partes y tiene lugar una reagrupación espontánea, no puede llevarse a cabo el procedimiento de arbitraje y hay que recurrir a la justicia ordinaria o Juzgado de Primera Instancia.

La cláusula binaria no opera aun cuando a las dos partes contrapuestas (separadas o reagrupadas) se sume la sociedad como polo autónomo de intereses ⁽⁷⁾.

Éste es el caso, por ejemplo, en el que se impugnan las decisiones plenarios de escisión y absorción societaria ⁽⁸⁾, de aumento de capital ⁽⁹⁾, de revocación de dicho aumento ⁽¹⁰⁾ y de aprobación de presupuestos ⁽¹¹⁾, entre otras.

Ello no ocurre en los supuestos en los que la controversia tiene por objeto la impugnación de una decisión adoptada por una Junta sobre la que se objetan defectos de convocatoria ⁽¹²⁾,

⁽⁷⁾ SSTS italiano núm. 2983, Sala de lo Civil, de 15 de abril de 1988; la núm. 2940, Sala de lo Civil, de 13 de abril de 1998, y la núm. 1739, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 1988; Sentencia del Tribunal de Apelación de Milán, de 4 de junio de 1990, en *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 2, 175; *ob. cit. loc. cit.*

⁽⁸⁾ STJ de Pescara de 17 de noviembre de 1992, en *Società*, 1993, p. 528; RUBINO – SAMMARTANO, *ob. cit.*, págs. 131 y ss.; Contrasentencia del Tribunal de Justicia de Milán de 2 de diciembre de 1992, en *Società*, 1992, p. 631.

⁽⁹⁾ Entre otras muchas: STJ de Roma, de 25 de julio de 1984, 492, con apostilla de A. RORDORF, *Deferibilità ad arbitri di controversie relative a deliberazioni assembleari*, en *Società*, 1985; G. SIRINGARDI, *ob. cit. loc. cit.*; STJ de Como, de 26 de mayo de 1989, en *Società*, 1989, 951; STJ de Nápoles, de 6 de marzo de 1993, en *Società*, 1993, 982.

⁽¹⁰⁾ STJ de Lecce, de 3 de julio de 1997, en *Società*, 1988, p. 636.

⁽¹¹⁾ SALAFIA, *Competenza arbitrale controversie di bilancio*, en *Società*, 1989, p. 951; G. E. COLOMBO, *Bilancio di esercizio e consolidato*, en *Trattato delle società*, VII, Turín, 1991, págs. 57 y ss.; COTTINO, *Le società*, Padova, 1999, págs. 486 y 487, en *Giurisprudenza della Corte suprema di Cassazione – Sezioni unite civili*, de 21 de febrero de 2000, en *Giurisprudenza italiana*, 2000, 1, 2, págs. 1210 y ss.; STS italiano núm. 2910, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 1962; STJ de Padova, de 18 de diciembre de 1986, en *Società*, 1986, 1092.

⁽¹²⁾ STJ de Pescara, de 17 de noviembre de 1992, en *Società*, 1993, 528; STJ de

de formación y constitución, irregularidades de funcionamiento ⁽¹³⁾ y problemas de legitimidad formal ⁽¹⁴⁾.

Ello se verifica, a mayor razón, cuando los defectos e irregularidades presentes determinan la inexistencia jurídica de la Junta y, en consecuencia, de la decisión adoptada ⁽¹⁵⁾.

De forma análoga, la cláusula de arbitraje no puede operar en el caso en que una impugnación haga referencia a una decisión por la que se apruebe una acción societaria de responsabilidad contra algunos administradores, ya que dicha decisión conduce a un procedimiento multipolar ⁽¹⁶⁾.

Cabe hacer la misma afirmación cuando la controversia guarda relación con la renuncia o la exclusión de un socio de una sociedad personalista ⁽¹⁷⁾ que determina la disolución de la sociedad o libera al socio de sus responsabilidades ilimitadas contraídas solidariamente con la sociedad.

4. – El planteamiento del Tribunal de Justicia de Milán antes mencionado parece haber sido adoptado e incorporado recientemente por el legislador de la Ley de delegación núm. 366, de 3 de octubre de 2001, en materia de reforma del Derecho societario.

Esta última amplía desmesuradamente la posibilidad de arbitraje de las controversias societarias.

Dicha norma, contemplada en el art. 12.3.º, reza: «el Gobierno puede prever, asimismo, la posibilidad de que los Estatutos de las empresas comerciales contengan cláusulas de arbitraje como excepción a los arts. 806 y 808 del CPC italiano, para todas o algunas de entre las controversias societarias de conformidad

Ascoli Piceno, de 4 de octubre de 1993, *ibidem*.

⁽¹³⁾ Sentencia del Tribunal de Apelación de Milán, de 11 de febrero de 1997, en *Società*, 1997, 1149; STJ de Pavía, de 7 de diciembre de 1987, en *Società*, 1988, 280; STJ de Vicenza, de 7 de octubre de 1982, en *Società*, 1983, 1888.

⁽¹⁴⁾ MARULLI, *Impugnazione di deliberare per vizi di forma e competenza degli arbitri*, en *Società*, 1993, 356; DE FERRA, *ob. cit.*, p. 189; JAEGER, *ob. cit.*, 124.

⁽¹⁵⁾ G. VALCAVI, en *Rivista di diritto fallimentare*, 2001, págs. 88 y ss., 99 y ss.

⁽¹⁶⁾ SSTS italiano núm. 1739, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 1988, en *Società*, 1988, págs. 476 y ss., y la núm. 2983, Sala de lo Civil, de 15 de abril de 1988, entre otras.

⁽¹⁷⁾ STS italiano núm. 7814, Sala de lo Civil, de 3 de agosto de 1988, en *Società*, 1988 – 1135; STJ de Trieste, de 12 de diciembre de 1990, en *Società*, 1991, p. 818; STJ de Roma, de 26 de marzo de 1994, en *Rivista dell'arbitrato*, 1995, p. 457.

con el apartado 1. Si la controversia concierne a cuestiones que no pueden constituir objeto de transacción, la cláusula arbitral deberá hacer referencia a un arbitraje con arreglo al derecho, excluyendo el juicio de equidad y siendo igualmente impugnabile el laudo arbitral por infracción de la ley.

Una reforma tan presurosa y radical de la normativa existente en esta materia suscita serias perplejidades acerca de la posible satisfacción del interés público en la economía del país.

El recurso a la justicia alternativa en las sociedades de capital o personalistas aumenta desproporcionadamente los costes y los anticipos necesarios de cara a instaurar un procedimiento y, como tal, privilegia a los accionistas con importantes intereses, si bien no ofrece a los restantes (en particular, a los accionistas minoritarios) garantías de necesaria imparcialidad y un laudo arbitral ejecutivo como, por ejemplo, en los arbitrajes voluntarios.

Los arbitrajes representan, aún hoy día, un fenómeno elitista que no ha conseguido introducirse en la praxis de los contratos económicos entre productores, pese a las recomendaciones de los órganos e instituciones de las Cámaras de Comercio.

La categoría de profesionales de la que obtener arbitrajes es poco numerosa y gira, en su mayor parte, en torno a las mismas personas llamadas a alternarse entre un arbitraje y el otro.

En la actualidad, las cláusulas de arbitraje se traducen en la previsión de formas de protección que, con frecuencia, se concentran en su mayoría en grupos de control, administradores y supervisores de la sociedad, cuya influencia resulta exaltada.

La duración normalmente breve de un arbitraje concede poco espacio para las diligencias de obtención de pruebas y para resoluciones exhaustivas, de forma que, ante el apremio de decidir y la preocupación por el vencimiento de los plazos otorgados por las partes, la praxis induce a juicios sumarios y confirma que no siempre es realista el aforismo «lo bueno, si breve, dos veces bueno».

Ello explica una cierta aversión por parte de los socios y accionistas de empresas italianas hacia este tipo de justicia y

aclara el motivo por el que estas cláusulas acaban por desalentar la opción de los inversores por el capital social.

La Ley de delegación prevé, asimismo, cláusulas de arbitraje forzoso con arreglo al derecho, extendiéndolas a las controversias que tengan por objeto derechos no transigibles, hecho que representa un importante límite a la impugnabilidad general de las decisiones y acuerdos societarios.

Estas previsiones normativas, junto con las recientes reformas de la falsedad en balance [o fraude fiscal], sancionable en los términos legalmente previstos y, no obstante, hoy día, [delito] sujeto a prescripción reducida, no recomiendan ciertamente las empresas italianas a los inversores de capitales en un mercado financiero globalizado.

Se plantea, pues, el problema prácticamente insoluble de reducir al modelo «binario» una controversia con pluralidad de partes como, por ejemplo, la societaria. Las controversias en las que se ve implicada la sociedad como polo autónomo de intereses, existentes o potenciales, y múltiples socios y accionistas, no titulares de intereses homogéneos y contrapuestos o que eligen árbitros distintos de confianza respectivamente, son «multipolares» y no pueden reducirse al modelo bipolar.

Como ya hemos señalado, presentan este carácter, entre otros muchos, los recursos en materia de escisión y absorción societaria, revocación de administradores y acciones de responsabilidad contra los mismos, ya sean incoadas por Juntas societarias o por socios individuales en subrogación de la sociedad.

En circunstancias como las anteriores, no puede operar la cláusula de arbitraje.