

## REFLEXIONES SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DEL ARBITRAJE ESTATUTARIO EN UNA SOCIEDAD MERCANTIL

Oswaldo Hundskopf Exebio

### I. Introducción

El arbitraje es por naturaleza, un medio voluntario de resolución de conflictos, pues la legitimidad del árbitro o Tribunal Arbitral para ejercer la función jurisdiccional nace de la facultad delegada por el Estado, conjuntamente con la voluntad de las partes involucradas de someter un conflicto de intereses a la competencia de un árbitro o Tribunal Arbitral determinado. En ese sentido, la voluntad es uno de los principios básicos de la institución del arbitraje, pues es de dicho pacto arbitral inicial, llamado en nuestra legislación convenio arbitral, que las partes otorgan competencia a los árbitros para dirimir el conflicto. El convenio arbitral debe necesariamente, constar por escrito, siendo ésta su única formalidad atendible. La norma tampoco exige que sea un título independiente, por lo que es común encontrarlo subsumido en otros contratos e incluso en estatutos de sociedades civiles y comerciales.

El convenio arbitral puede ser insertado en un estatuto desde el mismo proceso de constitución de la sociedad, formando parte del mismo desde el principio, o bien puede ser incluido posteriormente mediante una modificación del estatuto con acuerdo aprobatorio de la junta general de socios. Una vez incluido, el convenio arbitral será obligatorio para la propia sociedad<sup>1</sup>, los socios, los administradores y terceros que se sometan a él. En este estado, parecería que el arbitraje es la mejor solución a todo tipo de controversias internas<sup>2</sup>, por sus conocidas ventajas de especialización, celeridad y flexibilidad, así como su confidencialidad, pero ello, conforme señalaremos mas adelante, no es siempre así. Existen ciertas situaciones y casos específicos, en los que la Ley General

---

<sup>1</sup> En sus controversias con socios, administradores o terceros sometidos, únicamente. La sociedad no puede usar su convenio estatutario para demandar arbitralmente a terceros.

<sup>2</sup> Plasmadas procesalmente en la misma Ley General de Sociedades

de Sociedades establece la vía procedimental para tramitar las pretensiones societarias, ya sea por la vía del proceso de conocimiento, abreviado o por vía sumarísima e incluso la no contenciosa. Existiendo el convenio estatutario, el arbitraje debería ser en principio obligatorio<sup>3</sup>, más para una sociedad, por cuestiones meramente prácticas, sería mejor recurrir a la jurisdicción ordinaria en los numerosos casos de pretensiones societarias que se tramitan por la vía sumarísima o ejecutiva y evidentemente en los procesos no contenciosos.

## 2. Naturaleza del convenio arbitral estatutario

El artículo 9 de la ley General de Arbitraje, Ley No. 26572 (en adelante LGA) define al convenio arbitral como el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral, que necesariamente debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad, obliga a las partes o a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle eficazmente.

El convenio arbitral no se circunscribe únicamente a ser un compromiso entre las partes por el cual deciden someterse al arbitraje, sino que puede contener infinidad de cláusulas, plazos y condiciones, así como las propias reglas del proceso arbitral, la clase de arbitraje, si es nacional o internacional, de conciencia o de derecho, número de árbitros, formas de designación, renuncia expresa a la apelación o anulación, garantías y requisitos obligatorios para solicitar la anulación del laudo, facultades especiales para los árbitros, plazos específicos para laudar, o renuncia expresa a ciertos actos procesales. La LGA no establece obligaciones respecto del contenido del convenio arbitral, pero como requisito mínimo se deben señalar las partes que se someten en el convenio y su voluntad indubitable de recurrir al arbitraje. Ahora bien, en los casos en los que se opta por un arbitraje administrado, también llamado institucional, serán de aplicación los reglamentos del centro de arbitraje que se elija.

Sobre la forma del convenio arbitral, como ya se ha señalado, la ley establece que deberá ser por escrito, bajo sanción de nulidad<sup>4</sup>. Sin embargo, se entiende que se ha formalizado por escrito, no sólo con su efectiva inclusión en un documento impreso, sino cuando se desprenda dicha voluntad de un intercambio de cartas o cualquier otro medio de comunicación en que se deje constancia escrita de dicho sometimiento. Asimismo, no establece que se deba hacer por medio de escritura pública u otro documento público, bastará que esté por escrito en documento privado.

El convenio arbitral goza de principalidad y separabilidad. Estas disposiciones significan que tiene siempre el carácter de negocio jurídico principal, así esté contenido en

---

<sup>3</sup> Únicamente para cuestiones contenciosas, como veremos más adelante.

<sup>4</sup> Una excepción a la escrituralidad del convenio es la contemplada en el artículo 10 de la LGA, que establece que pese a la inexistencia de convenio, el arbitraje será válido cuando una parte somete la cuestión litigiosa a arbitraje y la otra se opone sin oponerse a la jurisdicción especial.

un documento en que confluyan otros, y no sigue la suerte del contrato en que puede estar incluido, pudiendo declararse la nulidad, ineficacia, resolución o rescisión del contrato o estatuto en el que está contenido sin que se afecte en lo más mínimo la vigencia y oponibilidad del convenio, conforme a lo establecido en los artículos 14 y 106 de la LGA.

Ahora bien, la misma LGA establece en su artículo 12, que sin perjuicio del convenio arbitral incluido en documento independiente reconocido y firmado por las partes, también constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en estatutos y normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados, las que surjan entre estos respecto de sus derechos, las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social. En total concordancia con este dispositivo, se encuentra el artículo 48 de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS), que señala:

*“No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley o en las de aplicación supletoria a ésta cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten.*

*Esta norma es de aplicación, a la sociedad, a los socios o administradores aun cuando al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo y a los terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral.*

*El estatuto también puede contemplar el uso de mecanismos de conciliación extrajudicial con arreglo a Ley de la materia”*

Respecto de este artículo, Enrique Elías Laroza comenta que<sup>5</sup>:

“...la norma bajo comentario destaca que el sometimiento a la jurisdicción arbitral implica, como se sabe, una sustracción a la jurisdicción común y que, por lo tanto, los socios o personas vinculadas a la sociedad que hubiesen aceptado un convenio arbitral no pueden acudir al Poder Judicial para solucionar los conflictos sometidos a tal convenio. Resulta procedente, en este caso, la excepción de convenio arbitral prevista en el artículo 446 del Código Procesal Civil, la cual se acredita con la copia del estatuto en el cual consta la estipulación arbitral, pues ese es el adecuado medio probatorio para la excepción, de acuerdo al artículo 448 del mismo Código. (...)”

De esta forma, la citada norma refiere que, de haberse incluido un convenio arbitral en el estatuto o el pacto social, toda posible “acción judicial” comprendida en la LGS entre la sociedad, sus socios, administradores y terceros sometidos al estatuto, será ventilada en la jurisdicción de excepción, es decir, mediante arbitraje. Asimismo, si alguna

---

<sup>5</sup> Elías Laroza, Enrique. Derecho Societario Peruano, Obra completa. Editorial Normas Legales, Trujillo año 2000 Pág. 100

de las partes involucrada en el litigio, cuestionamiento o declaración de derechos recurre a la vía judicial, a su contraparte le es posible deducir la excepción de convenio arbitral contenida en el artículo 446 del Código Procesal Civil, acompañando la copia del documento probatorio correspondiente con lo cual concluirá el proceso judicial ordinario y se deberá iniciar el arbitraje.

Por otro lado, a primera vista parece que esta norma, recogida por el artículo 48 de la LGS fuera absoluta, obligatoria y general, sin embargo, esta primera lectura tiene muchas debilidades y aspectos que en la doctrina y en la práctica han resaltado como poco eficientes, dando paso a una corriente mas moderada e integradora. En efecto, de una primera lectura del citado artículo surgen dos interrogantes que dejan muchas dudas: La primera, es si efectivamente, cuando existe cláusula arbitral estatutaria, todas las acciones judiciales contempladas en la LGS deben ser recurridas en arbitraje, incluso las no contenciosas, sumarísimas y ejecutivas. La segunda interrogante es si todas las pretensiones de terceros y acreedores contra la sociedad o contra los socios deben ser recurridas en arbitraje, teniendo en cuenta que la norma señala que el arbitraje es aplicable a la sociedad, a los socios, administradores, ex administradores y terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral. En ambos casos consideramos que no necesariamente.

Como ya mencionamos, en una primera lectura la norma societaria señala que todas las cuestiones judiciales deberán ser sometidas a arbitraje, lo cual desde luego incluiría las cuestiones no contenciosas y contenciosas que contiene la LGS a lo largo de su articulado. Nuestra interpretación es distinta, pues consideramos que un convenio arbitral incluido en un estatuto no comprende cuestiones que según la misma ley se resuelven de forma no contenciosa. Y así, el citado artículo 48 debe ser entendido en el sentido que será sometidas a arbitraje, toda cuestión judicial contenciosa entre las partes legitimadas o sometidas por el estatuto. Las meras declaraciones o ejercicio de derechos no generan en nuestra opinión, la obligación de recurrir a un arbitraje, por el costo y tiempo que ello implica.

Reforzando este razonamiento, vemos que en la LGS se establecen numerosas situaciones que, en defecto de los socios, administradores o de la misma sociedad, deben ser solicitadas o exigidas en un proceso no contencioso, por ejemplo, las contenidas en el artículo 119 LGS, en el cual se regula la convocatoria judicial de la junta obligatoria anual por el titular de una sola acción, el artículo 117 LGS sobre la facultad de las minorías a convocar judicialmente a junta, o la solicitud judicial de una copia certificada de un acta, incluido en el artículo 137 LGS. En todos estos casos la LGS ordena el proceso no contencioso, y en nuestra opinión, pese a la existencia de convenio arbitral estatutario, es facultad de la parte interesada optar entre recurrir a un arbitraje o al Poder Judicial. La razón es de índole práctica, pues ante un proceso que tiene actividad probatoria mínima, y en el cual no hay contradicción, pues simplemente se suplanta la voluntad de un órgano societario, en nuestra opinión no se activa el convenio arbitral y por ello puede perfectamente recurrirse al juez. A esto debemos sumarle la poca conveniencia de recurrir a

un proceso arbitral, dado que el proceso de instalación es lento, teniendo que designarse árbitros, estos nombrar a su vez a un presidente, elaborar el acta de instalación y las reglas del proceso, sin mencionar el costo, que puede ser proporcionalmente superior a la tarea encomendada. En ese mismo sentido, Elías señala<sup>6</sup>:

“Cabe destacar que aun cuando en el pacto social o en el estatuto se hubiese incorporado un convenio arbitral, las circunstancias y la finalidad que motivan algunos de los procedimientos reservados al Poder Judicial hace inviable el sometimiento a un arbitraje. Tal es el caso, por ejemplo, de la convocatoria judicial a junta de accionistas a pedido del titular de una sola acción con derecho a voto o de la expedición de una copia certificada del acta de la junta de accionistas de una sociedad anónima, entre otros”

En cuanto al segundo aspecto derivado del artículo 48 de la LGS, esto es quién o quiénes deben, en caso de controversia, someterse al convenio estatutario y resolver las diferencias mediante un arbitraje, es claro que para los conflictos entre la sociedad y sus socios, entre éstos y sus administradores o entre los administradores (actuales o anteriores) y la sociedad, es plenamente aplicable –y exigible– el convenio arbitral. El problema radica en el segundo enunciado, que establece que también será aplicable el convenio para terceros que al contratar con la sociedad se hayan sometido a éste. ¿Quiénes son estos terceros?

La misma norma nos da una respuesta, pues la única contratación en la cual de forma automática un tercero se haya sometido a la cláusula arbitral, es cuando se incorpora como socio, transfiriendo después sus acciones y surge una controversia derivada de este hecho, o del periodo en el cual fue accionista. En estos caso, el socio ya no es tal, pasa a la condición de tercero, pero sin embargo se encuentra sometido al arbitraje estatutario. Elías Laroza señala<sup>7</sup>:

“Cuando un nuevo socio se incorpora a la sociedad, se somete a las estipulaciones del estatuto, y en consecuencia, queda automáticamente adherido al convenio arbitral. Por lo tanto, las discrepancias o conflictos que se generen como consecuencia de la relación que éste mantenga con la sociedad y los demás socios, así como los actos que realice estando sujeto a las estipulaciones del estatuto y al convenio arbitral, se resuelven mediante arbitraje aun cuando el socio hubiese dejado de serlo”.

Otro de los supuestos de terceros sometido al arbitraje estatutario, se da cuando un contrato involucra a la sociedad como tal y a una persona jurídica o natural, como podría ser el caso de un contrato asociativo. En este, la resolución de controversias entre las partes se puede llevar a cabo mediante arbitraje, para lo cual consensualmente puede pactarse como aplicable el convenio establecido en el estatuto de la sociedad asociante o asociada, pero ese pacto debe ser expreso. También se da en los casos en que un tercero acreedor de

---

<sup>6</sup> Elías Laroza, Enrique. Op. Cit. Pág. 100

<sup>7</sup> Elías Laroza, Enrique. Op. Cit. Pág. 100

la sociedad conviene con ella en resolver sus controversias al amparo de la cláusula arbitral de la sociedad deudora, lo que también requiere de un convenio expreso.

Ahora bien, se presenta con relativa frecuencia, que la parte activa en el proceso arbitral, demanda o denuncia civilmente a otra que no se ha sometido expresamente al arbitraje, al no haber suscrito el convenio arbitral inicialmente, ni haberlo ratificado posteriormente. En estos casos, en los cuales el convenio arbitral no ha sido suscrito por la parte demandada, los árbitros se encuentran en la imposibilidad absoluta de coaccionar a esa persona para que se presente al proceso. Asimismo, al carecer de *coertio*, tampoco puede el Tribunal ordenar el apersonamiento de grado o fuerza, ni solicitarlo al Poder Judicial, pues se encuentra frente a la barrera infranqueable de la voluntad de sometimiento. En ese sentido, un Tribunal Arbitral, debidamente constituido y plenamente competente para conocer la controversia que se le plantea, no puede incluir en el proceso a terceros que no se hayan sometido a la tutela jurisdiccional arbitral mediante la suscripción del convenio arbitral, o la ratificación posterior explícita o tácita de éste, y deberá declarar fundada la excepción de convenio arbitral, o la oposición al arbitraje, en los casos que se interpongan estas acciones. Sin embargo, si se demanda a un tercero en la vía arbitral en razón del convenio estatutario de la sociedad, y este tercero no se opone al arbitraje en la primera oportunidad que tiene para ello, y contesta la demanda, se entiende que ha aceptado la jurisdicción de excepción, convalidando procesalmente su interés y participación en el proceso.

### **3. ¿Conviene recurrir al arbitraje estatutario siempre?**

Como es de público conocimiento, a partir del 4 de abril del año en curso, han entrado en funcionamiento siete Juzgados Comerciales y una Sala Superior Especializada en el Distrito Judicial de Lima, resultado tangible del trabajo de la Comisión Especial encargada de elaborar el Plan de Implementación de Juzgados y Salas Comerciales, nombrada por Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial N° 019-2004-P-PJ. Estas disposiciones dieron, por fin, cumplimiento a lo establecido en la Vigésima Séptima Disposición Final del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta flamante incorporación representa, sin embargo, una primera etapa, pues según se ha anunciado, se constituirán a mediano plazo otros quince Juzgados de Primera Instancia y una segunda Sala Superior en Lima, así como otros juzgados y salas en los Distritos Judiciales de Arequipa, La Libertad, Lambayeque y otros distritos judiciales cuyos requerimientos y necesidades así lo exijan.

Este hecho, de notoria trascendencia, implica reforzar la tesis de que para ciertas cuestiones societarias, el arbitraje podría no ser el camino idóneo. Ello no por falta de legitimidad o legalidad del arbitraje, sino simplemente por eficacia, celeridad y economía. Nos explicamos. El proceso arbitral, ya sea institucional o ad hoc es horizontal, de una sola vía, y sus reglas procesales son únicas ya sea porque emanan del reglamento de la institución administradora, o porque han sido fijados de común acuerdo por los árbitros,

con la conformidad de las partes en los arbitrajes ad hoc. En cambio, a lo largo del articulado de la LGS son numerosas las situaciones de las cuales pueden derivarse o terminar en procesos judiciales, habiéndose fijado puntualmente la vía procedimental a través de la cual se tramitarán. A manera de ejemplo, una impugnación de acuerdos dependiendo de la causal invocada, se tramita en vía sumarísima o abreviada y una nulidad de acuerdos en la vía de conocimiento, siendo este último un proceso de cognición equiparable o del mismo nivel que el proceso arbitral. Es el caso que durante mucho tiempo se ha defendido la posición de que el arbitraje era, para cuestiones comerciales y societarias, preferible a la jurisdicción ordinaria, por la especialización de los árbitros, la celeridad y flexibilidad del proceso arbitral frente al proceso judicial y la confidencialidad en el tratamiento de conflictos comerciales (externos) o societarios (internos) de las empresas. Ahora bien, para ciertos supuestos de acción procesal contenciosa contemplados en la LGS, se dispone la vía sumarísima o la ejecutiva, y existiendo convenio arbitral estatutario, se debe recurrir necesariamente al arbitraje. Estos supuestos en que la LGS nos remite a un proceso sumarísimo son, entre otros, los siguientes: El pedido de elevar a escritura pública el pacto social (art. 5 LGS), solicitud de disolución de la sociedad por no haberse reunido o no haberse tomado los acuerdos pertinentes para subsanar la causal de irregularidad (art. 409 LGS), demandar elevar a escritura pública ciertos acuerdos (art. 15 LGS), ante la falta de convocatoria para subsanar las vacancias o renunciaciones de directores (art. 158 LGS), y la determinación de la modalidad de pago del reembolso del valor de acciones, en caso de ejercer el derecho de separación (art. 200 LGS). Por su parte, de los casos de procedimientos ejecutivos, tenemos la pretensión de la sociedad de cumplimiento del aporte, que se ejerce contra el socio (art. 22 LGS) y la acción judicial contra el accionista moroso (art. 80 de la LGS)

Sin embargo, existiendo ahora la subespecialización comercial en el Poder Judicial la cual subsana la falta de especialización de los jueces en temas mercantiles, así como la frecuente remisión por parte de la LGS al proceso sumarísimo, que como sabemos es (o debe ser) rápido y efectivo, no se justificaría, en nuestra opinión, recurrir al arbitraje contemplado en el estatuto de la sociedad para resolver cuestiones cuya vía según la LGS es la del proceso sumarísimo o ejecutivo, pues resultaría más largo el proceso, y mucho más oneroso, sin contar con la siempre difícil ejecución del laudo. Este último elemento es de especial relevancia en el caso de procesos de ejecución (artículo 22 LGS) pues como se sabe, el arbitraje tiene las facultades concedidas por el Estado de *notio, vocatio y iudicio*, lo cual significa la facultad de conocer el conflicto, ordenar la comparecencia de las partes (de forma restringida a la voluntad) y la facultad de resolver el conflicto, respectivamente. Sin embargo, la jurisdicción arbitral no cuenta con *coertio y executio*, las cuales son las facultades coercitivas y de ejecución de fallos con que sí cuenta el Poder Judicial y que precisamente son las facultades prioritarias para un proceso de ejecución. Entonces, así exista convenio arbitral estatutario, sería inconveniente recurrir al arbitraje para exigir en la vía ejecutiva una prestación a un socio, no sólo porque el árbitro o Tribunal no lo podrá hacer por medios propios, teniendo que recurrir al Juez, sino que se generaría un

sobrecosto no justificado en estos casos. La única característica que parecería inclinar aun la balanza a favor del arbitraje en procesos cortos es la confidencialidad, pero esta variable es valorada de distintas maneras por las empresas, no siendo tan importante para algunas.

Ahora bien, como ya mencionamos, si la cláusula arbitral está incorporada en el estatuto, será obligatorio para las partes someterse al arbitraje, pero nada impide que las partes de un futuro conflicto, que podría ser entre la sociedad, sus accionistas, terceros sometidos o sus administradores, decidan voluntariamente dejar de lado el procedimiento arbitral y someterse al Poder Judicial. Esta renuncia consensual al fuero arbitral, o como se llama en doctrina –resciliación<sup>8</sup>- respondería a la voluntad común de apartarse por conveniencia mutua del arbitraje la misma que sería plenamente eficaz y tipificada, pues está contemplada en el artículo 15 de la LGA.<sup>9</sup> De acuerdo a este artículo, para renunciar expresamente al sometimiento al fuero arbitral, se debe celebrar un negocio jurídico que así lo señale expresamente. Otra forma, llamada renuncia tácita, sería si una parte sometida al convenio demanda en la vía ordinaria, y al contestarla, su contraparte procesal no interpone la excepción de convenio arbitral, de acuerdo al artículo 446 del Código Procesal Civil.

Otros dos casos distintivos son los referidos a los artículos 200 y 219 de la LGS, el primero referido al ejercicio del derecho de separación y el segundo referido a la oposición de terceros ante la reducción de capital. En el primer caso, el último párrafo del citado artículo señala que si la sociedad no está en condiciones de ejercer el reembolso al accionista que se separa, o pusiese en riesgo su estabilidad, se deberá recurrir al Juez para que en un proceso sumarísimo declare el cronograma de pagos que deberá atender la sociedad para cumplir con su obligación. En este caso, consideramos que no es conveniente recurrir al arbitraje para fijar un cronograma de pagos, es decir, hacer una declaración de derechos y voluntad respecto del derecho de separación, puesto que no justificaría instalar un Tribunal o designar un árbitro único para un proceso de complejidad relativamente baja, además de ser este proceso mucho mas oneroso. En el caso del artículo 219, respecto de la oposición de terceros a la reducción de capital, el último párrafo señala que la oposición se tramita por el proceso sumarísimo, suspendiéndose la ejecución de la reducción de capital hasta que la sociedad haya pagado los créditos o los garantice satisfactoriamente. Para estos efectos, consideramos que no es recurrible al arbitraje estatutario, pues el tercero opositor no estaría sujeto a esta jurisdicción especial, y en el caso de estarlo, la demora en instalar el arbitraje y una vez designados sus árbitros, recién presentar sus pretensiones, haría inútil el proceso, pues es seguro que para ese momento ya se habría inscrito el acuerdo de reducción y se habría, de alguna forma, vulnerado el crédito del tercero frente a la sociedad. Así, en estos casos, no

---

<sup>8</sup> Vidal Ramírez, Fernando. Manual de Derecho Arbitral. Op. Cit. Pág. 64

<sup>9</sup> Artículo 15 LGA: Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso. Se entiende que hay renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso.

solo no sería obligatorio el arbitraje, pues no es exigible a terceros, si no que su utilidad sería nula en casos en que la celeridad es importante.

De otro lado, un caso particular y muy específico es cuando, existiendo convenio arbitral, se pretende levantar el velo societario para poder llegar a empresas subsidiarias de aquella que tiene el convenio estatutario, o a los socios del accionista mayoritario (cuando el accionista mayoritario es una persona jurídica) en sociedades que tengan convenio arbitral. En estos casos, como ya hemos señalado, únicamente se pueden someter al convenio los socios directos, los administradores y terceros que explícitamente se hayan sometido al convenio arbitral. Por ello, aun cuando una sociedad holding tenga convenio arbitral dentro de su estatuto, no se podrá demandar arbitralmente a sus subsidiarias, ni a los accionistas de éstas distintos de la propia holding. Asimismo, ocurre muchas veces que los accionistas de una empresa holding no son personas naturales, si no personas jurídicas. En estos casos, el convenio tampoco alcanzará a los socios personas naturales de los accionistas corporativos de la holding. De darse estos casos, necesariamente los socios, administradores o la propia sociedad deberán recurrir a la vía judicial. Ello en razón a que se considera que están directamente vinculados al convenio estatutario los socios directos de la sociedad holding, no los socios indirectos, que pueden serlo a través de otra persona jurídica.

Asimismo, debemos indicar que el artículo 139, inciso segundo de la Constitución, establece que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. Este principio constitucional, de forma imperativa bloquea la comparecencia de terceros en arbitrajes a los que no se han sometido, desde que cualquier función jurisdiccional separada de la vía ordinaria se considera un apartamiento de la regla general, y por lo tanto, una excepción. En ese sentido, el arbitraje es una excepción jurisdiccional con carácter constitucional, más dicha constitucionalidad no disminuye su carácter excepcional, por lo que su aplicación siempre se debe limitar a los actores procesales que lo han asumido indubitable y voluntariamente.

Finalmente, otros tres elementos que podrían inclinar la decisión a efectos de optar por la justicia ordinaria son en primer lugar, la rigurosidad y orden en la etapa probatoria que faculta al Juez a merituar de manera integral los medios probatorios ofrecidos y para las declaraciones de parte o testimoniales o para la exhibición de documentos, obligar a las partes al cumplimiento bajo apercibimiento de apremio, multa y/o citación de grado o fuerza lo cual se actúa directamente en el proceso a diferencia del arbitraje privado que por no tener las facultades de *coertio* y *executio* tiene que recurrir forzosamente al fuero común. Un segundo elemento es el relativo a las instancias, pues el proceso judicial, además de tener garantizada una doble instancia, con la ventaja que la Sala Comercial puede revisar el fondo y la forma al diligenciar y resolver el recurso de apelación, tiene además la posibilidad de recurrir en Casación por las causales establecidas en el artículo 386 del Código Procesal Civil. Finalmente, respecto a la ejecución del laudo con carácter

de cosa juzgada, en el proceso judicial se hace directamente como la fase final del proceso, en cambio en el proceso arbitral implica prácticamente la iniciación de un segundo proceso de ejecución.

#### 4. Reflexiones finales

Este artículo pretende introducir al debate profesional ciertos temas que no fueron advertidos en su debido tiempo respecto del arbitraje societario, como es su no aplicación para temas no contenciosos ni de ejecución. Asimismo, dada la coyuntura de una recién creada subespecialización mercantil en el Poder Judicial, muchas de las abismales diferencias que existía por conveniencia, celeridad y especialización entre un arbitraje y un proceso común se han acortado, permitiendo considerar y advertir que para procesos contenciosos de duración corta, especialmente sumarísimos, a pesar de ser obligatorio recurrir al arbitraje cuando existe cláusula arbitral estatutaria, las partes siempre pueden, por consenso, alejarse de esta jurisdicción especial y someterse a la justicia ordinaria, si consideran que por economía, celeridad y objetividad les es más conveniente.

Con ello, no optamos ni recomendamos una u otra vía, son las partes involucradas en el conflicto, junto con sus asesores legales, los que deberán medir y analizar las circunstancias específicas y optar por uno u otro camino. Las ventajas ciertas y demostradas del arbitraje permanecen, y son inobjetables, pues sus cualidades de flexibilidad, especialización de los árbitros en temas altamente técnicos, confidencialidad, celeridad, participación de las partes en la elección del Tribunal, sometimiento al ordenamiento legal o arbitraje de conciencia, resolución específica del conflicto suscitado sin entrar a mayor deterioro de la relación comercial y finalmente economía en el tiempo, hacen del arbitraje un medio idóneo para resolver cuestiones comerciales que requieren un proceso de cognición amplio, y que en el Poder Judicial ciertamente tomaría, a la larga, mas tiempo y recursos. Lo que nosotros planteamos es que ciertamente hay acciones o pretensiones societarias, que por su simplicidad y vía procedimental designada (sumarísima) no justifican el arbitraje, en tanto que para temas de mayor relevancia y complejidad, este permanece como una opción real y recomendable. Coincidimos y reafirmamos por ello lo dicho por José León Barandiarán Hart<sup>10</sup>, en el sentido que “...es posible afirmar que el arbitraje resulta la herramienta más adecuada para resolver los conflictos que pudieran suscitarse en atingencia a cualquier vinculación contractual. La circunstancia de poder contar así con un medio de solución de conflictos de intereses que sea altamente confiable, resulta en una mayor certidumbre en el conjunto de pactos y obligaciones que el empresario debe asumir..” Sin embargo, cuando la complejidad de la controversia societaria y el tiempo que tome el proceso no lo justifican, muchas veces esta idoneidad se ve relativizada.

---

<sup>10</sup> León Barandiarán Hart, José. “El Arbitraje: Sus ventajas con respecto al proceso judicial” Legal Express No. 5 Mayo del 2001. Pág. 4