

Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano

Diego Thomás Castagnino*

VENEZUELA

AVANI, Nro 2, 2021. pp. 35-67

Resumen: El propósito del presente trabajo es analizar la legalidad del uso del arbitraje societario en Venezuela, y generar propuestas partiendo de las principales discusiones que se han generado en el derecho comparado sobre: (i) la determinación del momento en el cual es posible incluir un acuerdo de arbitraje en los estatutos de la sociedad y respecto al quórum requerido para la toma de dicha decisión, ii) la arbitrabilidad objetiva de las controversias, iii) la arbitrabilidad subjetiva, iv) el tipo de arbitraje aplicable, si debe tratarse de un arbitraje institucional, o si es posible acordar un arbitraje *ad-hoc*, y v) si la controversia debe ser decidida conforme a derecho o equidad.

Palabras claves: Arbitraje societario, sociedades, conflicto.

Corporate arbitration: Lessons from comparative law and formulation of proposals for its application in the Venezuelan forum

Abstract: *The purpose of this paper is to analyze the legality of the use of corporate arbitration in Venezuela, and to generate proposals based on the main discussions that have been generated in comparative law on: (i) the determination of the moment in which it is possible to include an agreement of arbitration in the bylaws of the company and regarding the quorum required to make the decision, ii) the objective arbitrability of the controversies, iii) the subjective arbitrability, iv) the type of applicable arbitration, if it must be an institutional arbitration, or if an ad-hoc arbitration is possible, and v) if the controversy must be decided according to law or equity.*

Keywords: *Corporate arbitration, partnerships, conflict.*

Autor invitado

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Secretario General de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com

Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano

Diego Thomás Castagnino*

VENEZUELA

AVANI, Nro 2, 2021. pp. 35-67

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Principales discusiones en torno al arbitraje societario. 2. Punto de partida: La legalidad del arbitraje societario en Venezuela. 3. Momentos para la incorporación del acuerdo de arbitraje societario y quórum requerido. 3.1. Primera tesis: Decisión unánime. 3.2. Segunda tesis: Mayoría reforzada. 3.3. Tercera tesis: No es necesario la unanimidad en la decisión. 4. La arbitrabilidad objetiva. 4.1. España: Máxima amplitud. 4.2. Guatemala: Materias de libre disposición. 4.3. Costa Rica: Naturaleza patrimonial de la controversia. 4.4. Venezuela. 5. La arbitrabilidad subjetiva. 5.1. Vinculación de la sociedad. 5.2. Vinculación de los socios presentes y nuevos. 5.3. Vinculación de los administradores y comisarios. 5.4. Vinculación de terceros ajenos a la relación intrasocietaria. 6. Tipo de arbitraje aplicable. 7. ¿Arbitraje de derecho o arbitraje de equidad?. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje societario es un medio alternativo de resolución de controversias que tiene por finalidad dirimir divergencias intrasocietarias. Se trata de un medio que cada vez tiene más auge debido a los beneficios que ofrece, especialmente en lo que respecta a celeridad y confidencialidad. Autores como José Carlos Fernández Rozas, han señalado que la arbitrabilidad del derecho de sociedades está sólidamente implantada en América Latina¹, pero creemos que en Venezuela es otra la realidad.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Secretario General de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com

¹ José Carlos Fernández Rozas. Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina. Iustel. 1 Edición. 2008. España. p. 911.

Una de las señales que nos hace presumir que el arbitraje societario no está siendo utilizado con frecuencia en Venezuela, es el hecho de que han sido pocos los casos que han llegado a los centros de arbitraje², así como pocos han sido los casos sometidos al conocimiento del poder judicial, sea producto de acciones judiciales en contra de laudos dictados con motivo de un arbitraje societario, o de recursos ejercidos por falta de jurisdicción³.

La poca experiencia práctica en el foro local sobre la materia, aunado al hecho de que el arbitraje societario no se encuentre expresamente regulado en la Ley de Arbitraje Comercial⁴, y, considerando, el nivel de especialidad que se requiere para su correcta utilización, son algunas de las razones que han motivado la elaboración del presente trabajo, el cual pretende formular una serie de propuestas para su aplicación en Venezuela tomando como base los aprendizajes obtenidos del derecho comparado.

Así mismo, el presente estudio procura contribuir con la generación de confianza sobre el arbitraje societario y así promover su utilización.

1. Principales discusiones en torno al arbitraje societario

En Latinoamérica se reconoce, en líneas generales, la validez del arbitraje societario, dependiendo del país del que se trate dicho reconocimiento puede provenir de una fuente legal o jurisprudencial, pero, ¿cuál es la situación en Venezuela?; esta será la primera pregunta que se responderá en el presente trabajo como una cuestión previa que permitirá la formulación de propuestas ante las siguientes discusiones que se han generado en torno a este medio de resolución de controversias:

- i. La determinación del momento en el cual es posible incluir un acuerdo de arbitraje en los estatutos de la sociedad, si es al momento de la constitución o si es posible una incorporación posterior, incluyendo, las discusiones respecto al quórum requerido para acordar una incorporación sobrevenida.
- ii. La arbitrabilidad objetiva de las controversias, es decir, cuáles son las materias que pueden ser dirimidas mediante arbitraje societario.

² De acuerdo con las estadísticas del CEDCA solo el 2% de los casos tramitados del 2001 hasta el 2020 han sido por temas societarios.

³ Destacan los siguientes casos: Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sentencia de fecha 11/05/2011, número de expediente: 2011-0129. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00621-12511-2011-2011-0129.HTML> y Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sentencia de fecha 22/02/2011, número de expediente: 20110065. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00247-23211-2011-2011-0065.HTML>. Sentencia de fecha 16/09/2015 del Tribunal Superior Séptimo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con motivo de Recurso de nulidad de fecha 18/03/2013 contra el Laudo Arbitral preliminar de fecha 4/02/2013, cuyo recurrente fue Alberto Rosales, arbitraje Cedca, partes: Alberto Rosales vs. Eduardo José Márquez. Caso reseñado en: Pedro Rengel Núñez, Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela, Ediciones Travieso Evans. Caracas, 2021. Disponible en: <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/06/pedro-rengel-nun%CC%83ez-jurisprudencia-sobre-nulidad-de-laudos-arbitrales-en-venezuela-ediciones-traviesoevans.pdf>

⁴ Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430, del 7 de abril de 1998.

- iii. La arbitrabilidad subjetiva, respecto al alcance del acuerdo de arbitraje societario, específicamente en cuanto a si solo vincula a los socios actuales o si también a los socios futuros, y si quedan vinculados terceros como los administradores de la sociedad.
- iv. Tipo de arbitraje aplicable, si debe tratarse de un arbitraje institucional, o si es posible acordar un arbitraje *ad-hoc*.
- v. Si la controversia debe ser decidida conforme a derecho o equidad.

A continuación, se analizarán los mencionados temas y se propondrán alternativas para su aplicación en el foro venezolano.

2. Punto de partida: La legalidad del arbitraje societario en Venezuela

El arbitraje societario⁵ no es un medio de resolución de controversias creado recientemente. Entre sus antecedentes más antiguos resaltan las disposiciones de las Ordenanzas de Bilbao⁶, en donde se exigía a los fundadores de compañías la inserción en la escritura de una cláusula de sumisión a arbitraje de cuantas dudas y diferencias surgiesen durante la vida de las compañías⁷.

Por otro lado, son numerosos los casos del derecho comparado en donde la jurisprudencia ha venido reconociendo la validez de los acuerdos arbitrales societarios. Las referencias jurisprudenciales más antiguas que reiteradamente es citada por la doctrina son las sentencias dictadas por el Tribunal Federal Suizo, entre las cuales, destacan: una dictada en el año 1898⁸ en donde se sostuvo que no había nada inusual sobre un acuerdo arbitral contenido en los estatutos de un banco/cooperativa de ahorro, y otra dictada en 1907⁹, en donde se señaló que una accionista que se asocia en una sociedad mercantil se somete a cualquier estipulación jurisdiccional o arreglos procesales que puedan estar incluidos en los estatutos.

En la actualidad son varios los países que han regulado al arbitraje societario, ya sea mediante leyes o a través de criterios jurisprudenciales. En Venezuela el arbitraje societario no se encuentra expresamente regulado por la Ley de Arbitraje Comercial,

⁵ Conocido también como arbitraje estatutario. Es importante resaltar que no existe diferencia conceptual respecto a las expresiones "arbitraje societario" y "arbitraje estatutario", resulta ser un error pretender englobar en el primero únicamente a las sociedades mercantiles, y en el segundo a las asociaciones civiles, ya que no existe motivos jurídicos, técnicos ni lógicos para hacer tal diferencia, por lo que se deben tratar como sinónimos.

⁶ Codificación mercantil española que se aprobó y confirmó en el año 1737 por el rey Felipe V, llevándose a cabo una reimpresión en 1760.

⁷ Cristina Portalés Trueba. "El arbitraje mercantil societario en México". Avances. Coordinación de Investigación. Nro. 33. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Instituto de Ciencias Sociales y Administración. p. 6.

⁸ DTF 24 II 566, 18 de julio de 1898

⁹ DTF 33 II 205-208, 9 de marzo de 1907, citado por Francisco González de Cossío: "El que toma el botín, toma la carga: La solución a problemas relacionados con tercero en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros", en Anuario Latinoamericano de Arbitraje. Aplicación del Convenio Arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje. Nro. 2. (Lima. 2012): p. 118. Disponible en: <https://www.ipa.pe/pdf/Anuario-Latinoamericano-2.pdf>

seguramente porque tampoco fue contemplado por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1985¹⁰, la cual sirvió de inspiración para la redacción de la ley venezolana.

Sin embargo, la doctrina patria se ha dedicado a estudiar al arbitraje societario, y ha señalado que no caben dudas de su legalidad. Así, lo han manifestado autores como Carlos Lepervanche¹¹, Mario Bariona¹² y Alberto Rosales¹³, sustentándose en lo establecido en el artículo 258 de la Constitución¹⁴, y en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, en concatenación con los criterios de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo "SC-TSJ") relacionados con la constitucionalización de los medios alternos de resolución de controversia¹⁵ y el principio pro-arbitraje¹⁶.

Por otro lado, los tribunales venezolanos han reconocido la posibilidad de utilizar el arbitraje societario, así lo confirman al menos tres casos: "Alberto Rosales vs. Eduardo José Márquez" (sentencia de fecha 16/09/2015 del Tribunal Superior Séptimo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con motivo de Recurso de nulidad de fecha 18/03/2013 contra el Laudo Arbitral preliminar de fecha 4/02/2013), "Candal & Asociados" (sentencia de fecha 22/02/2011, dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia – en lo sucesivo "SPA-TSJ"-, número de expediente: 2011-0065), y el caso "Centro Portugués" (sentencia de fecha 11/05/2011, dictada por SPA-TSJ, número de expediente: 2011-0129).

¹⁰ Ley modelo de arbitraje comercial internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. UNCITRAL, 1985, con enmiendas aprobadas en 2006.

¹¹ Carlos Lepervanche M. "Aproximación a la solución de conflictos societarios mediante el arbitraje". Revista Business. Legal Report. CEDCA. Julio 2010. p. 25. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/JULIO_2010.pdf

¹² Mario Bariona. "El arbitraje como medio alternativo de solución de disputas en las sociedades". Revista Business. Legal Report. CEDCA. Junio 2012. p. 58. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/Business_327.pdf

¹³ Alberto J. Rosales R. "Arbitraje societario y la responsabilidad extracontractual de los administradores en el derecho venezolano. Análisis jurisprudencial & doctrinal". Revista del Club Español del Arbitraje. Nro. 22. 2015. p. 71.

¹⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada por el Pueblo Soberano en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 186, de fecha 14/02/2001, caso: Fermín Toro Jiménez y otro, Magistrado ponente: Antonio García García. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/186-140201-00-1438%20.HTM>. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 1209, de fecha 19/06/2001, caso: Hoteles Doral, C.A., Magistrada ponente: Yolanda Jaimes Guerrero. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM>

¹⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 716, de fecha 23/5/2002, caso: CVG Industria Venezolana de Aluminio, C.A., Magistrado ponente: Levis Ignacio Zerpa. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00716-230502-105-115.HTM>. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 192, de fecha 28/02/2008, caso: Bernardo Weininger y Otros, Magistrado ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.HTM>. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1541, de fecha 17/10/2008, caso: Interpretación del artículo 258 de la Constitución, Magistrada ponente: Luisa Estella Morales. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>

En el caso “Alberto Rosales vs. Eduardo José Márquez”, se trató de una demanda arbitral intentada por Alberto Rosales en contra de Eduardo Márquez¹⁷ por daños y perjuicios derivados del hecho ilícito incurrido por el demandado en su carácter de administrador de la empresa de corretaje de valores Inverplus, en donde el tribunal arbitral mediante laudo arbitral preliminar de fecha 15/02/2013, rechazó su competencia para conocer del arbitraje, alegando que el acuerdo arbitral contenido en los estatutos de la empresa solamente comprendía conflictos derivados del contrato societario y no se extendía a supuestos de responsabilidad extracontractual.

Contra dicho laudo, el 18/03/2013 la parte actora ejerció el recurso de nulidad, el cual fue decidido en fecha 16/09/2015 por el Tribunal Superior Séptimo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en cuya sentencia se indicó que la locución “cualquier controversia” empleada en la cláusula arbitral no se refiere a algún tipo de controversia en particular, sino mas bien a todas las que pudiesen presentarse, incluyendo el hecho ilícito que pudiera cometer el administrador si este violara las disposiciones estatutarias.

De esta manera, el Tribunal reconoció, entre otras cosas, la validez de la cláusula arbitral societaria en un caso en el que se demandó la responsabilidad del administrador de la sociedad mercantil.

En el caso “Candal & Asociados”, la SPA-TSJ dictó sentencia con motivo a la consulta obligatoria de jurisdicción del fallo del 5/11/2010 en donde el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial venezolano respecto al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas para conocer el juicio por rendición de cuentas incoado contra el ciudadano Manuel Candal Iglesias, en su carácter de socio Director y Administrador de la sociedad civil Candal & Asociados.

En el caso “Centro Portugués”, la SPA-TSJ dictó sentencia con motivo a un recurso de falta de jurisdicción intentado por la asociación civil Centro Portugués en contra de una sentencia interlocutoria dictada por el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en la que se declaró sin lugar la cuestión previa de falta de jurisdicción opuesta por la parte demandada, en una causa contentiva de una demanda de nulidad de asamblea celebrada el 26/11/2009.

¹⁷ Caso reseñado en: Pedro Rengel Núñez, *Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela*, Ediciones Travieso Evans. Caracas, 2021. Disponible en: <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/06/pedro-rengel-nun%CC%83ez-jurisprudencia-sobre-nulidad-de-laudos-arbitrales-en-venezuela-ediciones-travieso-evans.pdf> y en Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA. *Memoria arbitral II. Compendio de laudos*. Coordinación: Hernando Díaz-Candia. Caracas, 2014. Expediente Nro. 077-12, Laudo Arbitral de fecha 15 de febrero de 2013, p. 303

Tanto en el caso “Candal & Asociados” como en “Centro Portugués”, la SPA-TSJ dando cumplimiento al criterio vinculante de la SC-TSJ contenido en la sentencia Nro. 1067 del 3/11/2010, correspondiente a las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, procedió a resolver la consulta obligatoria de jurisdicción y la solicitud de regulación de jurisdicción, respectivamente, mediante la verificación “*prima facie*” de las correspondientes cláusulas arbitrales.

En “Candal & Asociados”, el acuerdo de arbitraje se encontraba establecido en la cláusula vigésima segunda del documento constitutivo y estatutos sociales de dicha sociedad civil, bajo los términos siguientes:

*“Cláusula Vigésima Segunda.- Resolución de conflictos societarios. Cualquier controversia que se suscite en relación con el presente contrato de sociedad **será resuelta definitivamente** mediante Arbitraje en la ciudad de Caracas, República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas, por uno o por más árbitros nombrados conforme a ese Reglamento”.*

Mientras que la cláusula arbitral del caso “Centro Portugués”, se encontraba contenida en el literal K del artículo 9º de los estatutos de la referida asociación civil, de la siguiente manera:

“Dirimir cualquier controversia que surja con la Asociación, que no sea de índole disciplinaria, a través del siguiente procedimiento:

1.- Plantear sus reclamaciones o diferencias por escrito ante la Junta Directiva con acuse de recibo, la cual deberá darle respuesta dentro de los quince (15) días hábiles siguientes.

2.- De no sentirse satisfecho con el resultado, deberá someter sus reclamos o diferencias a un procedimiento de arbitraje por ante una comisión de arbitraje, la cual estará integrada por (3) árbitros, uno designado por la Junta Directiva, otro por el reclamante y un tercero escogido de mutuo acuerdo por los dos árbitros ya designados. Este arbitraje se realizará conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil”

La SPA-TSJ pudo verificar en ambos casos la existencia de un pacto escrito de someter a arbitraje todas las controversias que pudiesen surgir (de carácter no disciplinario entre la asociación civil y sus asociados, para el caso del “Centro Portugués”) a la decisión de un tribunal arbitral, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad establecido en el artículo 1.159 del Código Civil.

Así, la SPA-TSJ decidió que en el caso “Candal & Asociados” el Poder Judicial no tenía jurisdicción para conocer la demanda por rendición de cuentas incoada y, en consecuencia, confirmó el fallo dictado por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas el 5/11/2010. En el caso del “Centro Portugués”, la SPA-TSJ decidió que el Poder Judicial tampoco tenía jurisdicción para conocer de la demanda de nulidad de asamblea.

De esta manera, la SPA-TSJ le dio un buen espaldarazo al arbitraje societario en Venezuela, validando su legalidad y aplicabilidad, así como, justificando su existencia en el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad de las partes.

Si bien han sido pocos los casos que sobre arbitraje societario han llegado al conocimiento del Tribunal Supremo de Justicia, los 3 casos antes mencionados no dejan dudas respecto a la legalidad del arbitraje societario en Venezuela, y que su aplicación es válida tanto en asociaciones civiles con fines de lucro (caso: "Candal & Asociados"), asociaciones civiles sin fines de lucro (caso: "Centro Portugués"), y por supuesto, en el caso de sociedades mercantiles (caso: "Alberto Rosales vs. Eduardo José Márquez").

Sin embargo, creemos oportuno enumerar las principales discusiones que han existido en el derecho comparado entorno a este medio de resolución de controversia, y proponer soluciones a la luz del derecho venezolano.

3. Momentos para la incorporación del acuerdo de arbitraje societario y quórum requerido

Existen dos posibilidades para la incorporación del acuerdo de arbitraje societario: i) al momento de la constitución de la sociedad, y ii) mediante una modificación estatutaria.

No hay dudas sobre la posibilidad de incluir el acuerdo de arbitraje societario en el documento constitutivo, inclusive para el caso venezolano.

El artículo 200 del Código de Comercio establece que las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones del referido Código y por las del Código Civil. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 214 del Código de Comercio señala entre los elementos que deberá incluirse en el documento constitutivo están: "*9. Los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer, cuya aplicación no prohíban este Código y otra Ley*".

En cuanto al quorum necesario para incluir el acuerdo de arbitraje societario en el documento constitutivo, debemos recordar que el artículo 257 del Código de Comercio establece, para el caso de la compañía en comandita por acciones y para la compañía anónima, que en las asambleas para la constitución de la compañía cada suscriptor tiene un voto cualquiera que sea el número de acciones que haya suscrito, y basta la concurrencia de la mitad de los suscriptores y el consentimiento de la mayoría absoluta de los presentes para alcanzar una decisión válida, ya que, como expresamente señala el referido artículo, estos representan a los ausentes para todos los fines de constitución de la compañía.

Considerando que, en materia societaria el legislador le ha dado un importante valor al principio de la libre autonomía de la voluntad que tienen las partes para poder constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico; que la incorporación de un acuerdo de arbitraje societario no está prohibida en la legislación venezolana, y tomando en cuenta el principio pro arbitraje, podemos concluir que es perfectamente válido que los socios acuerden su incorporación en el documento constitutivo de la sociedad, y la decisión se tomará por mayoría de los presentes.

Ahora bien, respecto a la incorporación sobrevenida del acuerdo de arbitraje societario, la solución no ha sido pacífica, es por ello que a continuación, hemos englobado en tres tesis las distintas posturas existentes sobre el particular, destacando que, la discusión ha estado centrada en el quórum necesario para la toma de la decisión.

3.1. Primera tesis: Decisión unánime

De acuerdo con esta tesis, el acuerdo de incorporación, modificación o eliminación del acuerdo arbitral societario mediante una modificación de los estatutos sociales, debe ser producto de una decisión unánime de los socios.

Quienes defienden esta postura¹⁸ sostienen que se trata de una decisión que priva a los socios de la tutela jurisdiccional y esto no se podría dejar en manos de una mayoría, por lo que, según esta corriente, se debería contar con la manifestación de la voluntad de cada uno de los socios, que de forma inequívoca expresen su intención de dirimir sus controversias mediante arbitraje. Además, justifican su posición en el hecho de que la sumisión a arbitraje afecta un derecho individual de los socios, por lo que es fundamental contar con el consentimiento de cada uno de ellos.

De hecho, los que están a favor de esta tesis indican que cuando algún socio no esté presente al momento de tomar la decisión, o decida votar en blanco, dicha situación debe ser considerada como una negativa por parte del socio a la incorporación del acuerdo societario. La fundamentación de esta tesis parte de la creencia de que se está imponiendo nuevas obligaciones a los socios.

Esta tesis es sostenida por ejemplo, en Panamá, por Juan Pablo Fábrega Polleri, quien considera que la modificación del pacto social para adoptar una cláusula arbitral requerirá de la aprobación unánime de los accionistas porque, al no establecer el pacto social el mecanismo para resolver las controversias que derivarán de la relación societaria, las mismas tendrán que someterse a la jurisdicción ordinaria y la variación de la

¹⁸ José Carlos Pérez Berengena. "La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema". La Ley. 6219. 2015. p. 12. Disponible en: <https://www.ontier.net/ia/estatutosocialesclausulaarbitraljosecarlosperezberengenalaley281015.pdf>

instancia jurisdiccional podría considerarse por alguno de sus accionistas como una lesión a su derecho de defensa o del debido proceso al pretender imponérsele la jurisdicción arbitral como medio privado para dirimir la lesión de un derecho societario¹⁹.

3.2. Segunda tesis: Mayoría reforzada

La segunda corriente de pensamiento considera que es perfectamente válida una incorporación sobrevenida, pero señala que se debería exigir una mayoría reforzada.

Esta posición, es la adoptada en Italia, donde no solo se debe contar con una mayoría de 2/3 sino que también se otorga el derecho de separación al socio que no esté de acuerdo con la decisión.

3.3. Tercera tesis: No es necesaria la unanimidad en la decisión

Según esta tercera tesis, no hace falta unanimidad ni una mayoría reforzada para tomar la decisión relacionada con incorporar, modificar o eliminar el acuerdo arbitral societario.

Esta es la corriente de pensamiento que cuenta con más seguidores en la doctrina. Las sociedades de capital se rigen por órganos colegiados. Estos órganos toman sus decisiones por mayoría, en virtud de los postulados de las mayorías y el principio democrático del gobierno societario, los cuales son pilares fundamentales del derecho a la asociación, y que permite el funcionamiento práctico de las sociedades.

Esto no debería ser visto como una especie de perjuicio para los derechos de los socios, siempre y cuando se respeten los requisitos necesarios para una toma de decisión normal de la sociedad mercantil, tales como, los requisitos correspondientes a la convocatoria y las exigencias correspondientes al quorum mínimo para poder tomar la decisión.

De esta manera, el arbitraje no va a privar a los socios ni de garantías procesal básicas, ni de su derecho a tener una resolución jurídica fundada. De hecho, el arbitraje prevé la posibilidad de ejercer el recurso de nulidad contra un laudo dictado en un momento determinado, siempre y cuando se haya dado al menos una de las causales específicas exigidas por la Ley de Arbitraje.

¹⁹ Juan Pablo Fábrega Polleri. "El arbitraje. Como medio para la solución de controversias que derivan de las relaciones intrasocietarias entre accionistas de sociedades anónima panameñas; entre estos y la sociedad y/o sus órganos sociales". panamá, 2017. p. 104.

En Colombia, la Superintendencia de Sociedades ha señalado que, con independencia del tipo societario, cualquier modificación a la cláusula compromisoria requiere de la unanimidad²⁰. Sin embargo, la Corte Constitucional, considera que en el régimen de las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio no se estipula una mayoría calificada o un requisito agravado para incorporar en los estatutos la cláusula compromisoria, pero que, para el caso de las Sociedades por Acciones Simplificadas, por expresa disposición legal, se requiere la unanimidad²¹.

De acuerdo con la Ley de Arbitraje española, la decisión le corresponde a la mayoría de los socios, tal y como se deduce del artículo 11 bis. Según explica Sergio Sánchez Gimeno²², lo anterior encuentra su justificación, en el hecho de que los conflictos que puedan suscitarse en la sociedad, y en especial, de la impugnación de acuerdos sociales, no está implicado el interés de cada socio en particular, sino el interés común de todos ellos en cuanto a miembros de la sociedad.

Ahora bien, para el caso venezolano, el profesor Bariona ha señalado que, si bien una cláusula compromisoria puede introducirse perfectamente en el pacto societario con posterioridad a la asamblea constitutiva, tal reforma de estatutos deberá contar con el voto favorable de la totalidad del capital social, siendo imposible la inclusión de tal cláusula si un porcentaje, aunque ínfimo, vota en contra o no participa en la toma de decisión²³.

Sin embargo, no compartimos tal posición para el caso venezolano. Mientras no exista una regulación expresa, creemos que la incorporación sobrevenida del acuerdo de arbitraje societario, así como su modificación o eliminación, es perfectamente legal, y el quórum necesario para considerar válida la decisión, será el dispuesto por el propio estatuto de la sociedad para el caso de una modificación cualquiera de los estatutos sociales, y a falta de ello, será suficiente contar con la mayoría de los presentes.

Es por ello que consideramos aplicable a Venezuela los argumentos antes explicados que sustentan la tesis según la cual no es necesaria unanimidad en la decisión, ni tampoco una mayoría reforzada.

En una futura regulación del arbitraje societario en Venezuela, no recomendamos exigir que la decisión se alcance por unanimidad, y tampoco mediante una mayoría reforzada, por ser contrario a principios básicos y fundamentales para el correcto funcio-

²⁰ Juan Pablo Liévano Vegalara, Yolimar Prada Márquez. "El Pacto arbitral en el contrato societario: comparativo jurisprudencial". *Abitrio*. Segunda Edición. Julio de 2019. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Arbitrio/02>

²¹ Juan Pablo Liévano Vegalara, Yolimar Prada Márquez. "El Pacto arbitral en ...

²² Sergio Sánchez Gimeno. "Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. 49-2018. p. 109. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5894/documento/art010.pdf?id=8346>

²³ Mario Bariona. "El arbitraje como medio alternativo... p. 58.

namiento de las sociedades mercantiles, pero, creemos que puede ser una buena idea, incluir una disposición que permita la posibilidad de otorgar el derecho de separación al socio disidente.

Mientras en Venezuela no se cuente con una regulación especial, recomendamos, para aquellas sociedades en los que no se ha incorporado un acuerdo de arbitraje societario, que, para evitar discusiones futuras respecto a la tesis aplicable en el país, incluir una regla especial en sus estatutos, en donde de manera convencional, se regule cual será el quorum necesario para la toma de esa decisión.

4. La arbitrabilidad objetiva

Los conflictos siempre están presentes en todo tipo de sociedad, en menor o mayor escala, por lo que es indudable que existan, porque en el giro habitual de cualquier empresa es común que ocurran diferencias intrasocietarias. Garrigues²⁴ señala que existen dos tipos básicos de conflictos societarios: i) los conflictos entre accionistas y administradores, y, ii) los conflictos entre diversos grupos de accionistas.

Resulta una labor casi imposible tratar de enumerar todos los conflictos que puedan surgir a nivel intrasocietario, lo cual quizás, ha sido la causa de que la arbitrabilidad objetiva haya sido motivo de mucha discusión y como consecuencia de ello, hoy veamos países con posiciones tan distintas.

Francisco González de Cossío²⁵ ha señalado acertadamente que, para que un acuerdo arbitral sea válido, debe ser lícito, es decir, es necesario que la materia sea arbitrable. Es por ello que resulta indispensable estudiar la arbitrabilidad objetiva o *ratio materiae*, es decir, determinar cuáles son los conflictos societarios que se pueden someter a un proceso de arbitraje societario.

Debemos advertir que existen diferentes criterios, especialmente, cuando se trata de derechos esenciales del accionista que se encuentran regulados por normas consideradas imperativas o de orden público. Las diferentes posiciones son interesantes. Veamos algunos casos:

²⁴ Joaquín Garrigues. "Nuevos hechos, nuevo derecho de las sociedades anónimas". Madrid, Civitas Ediciones, 1998, p. 63

²⁵ Francisco González de Cossío. "Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles. Notas para una discusión". Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRABILIDAD%20CONTROVERSIAS.pdf>

4.1. España: Máxima amplitud

La reforma de 2011²⁶ de la ley de arbitraje española²⁷ incluyó dos preceptos para aclarar las dudas existentes con relación al arbitraje societario, reconocer la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas se planteen, y establecer que el sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos societarios requiere la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral²⁸. Regulación que se mantuvo en la última modificación del 6 de octubre de 2015.

La regla contenida en el artículo 11 bis 1 de dicha ley señala que las sociedades de capital pueden someter a arbitraje “los conflictos que en ellas se planteen”. La Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club Español del Arbitraje considera que, en el derecho de sociedades, cuyo objeto son intereses económicos, no existen materias que no puedan ser libremente dispuestas por los socios y los administradores²⁹.

Así mismo, han sido contundentes al afirmar que, en el caso de normas imperativas o incluso de orden público, que constituyan barreras infranqueables para la libre disposición de las partes, los árbitros estarán obligados a aplicarlas, y su actuación será controlada por el Juez en sede de anulación del laudo³⁰.

De tal manera que, a criterio de la referida Comisión, la existencia de un derecho necesario no representa un impedimento para que todas las controversias societarias se puedan resolver en vía arbitral³¹.

Por otro lado, la Comisión desaconseja que el pacto arbitral estatutario excluya determinadas materias del ámbito de la arbitrabilidad. Si bien reconoce que, jurídicamente tal posibilidad existe, en la práctica puede ocurrir que en una misma acción se acumulen materias arbitrables y no arbitrables, y entre otras cosas, un pacto arbitral de este tipo promete ser una fuente de controversias adicionales³².

²⁶ Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reforma la Ley 60/2003, de 23 de diciembre.

²⁷ El arbitraje societario en España es una tradición iniciada por el Código de Comercio de 1829, el cual imponía en su artículo 323, que todas las disputas entre los socios y las sociedades mercantiles debían obligatoriamente resolverse a través del arbitraje, incluso si los estatutos no lo preveían. Si bien la situación cambió con el Código de Comercio de 1885 que abandonó la imposición de un arbitraje societario, en la práctica las compañías continuaron incorporando convenios arbitrales. Sin embargo, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 creó un procedimiento judicial especial para la impugnación de acuerdos sociales, y a partir de 1956, el Tribunal Supremo español entendió que, creado el procedimiento especial de impugnación, el arbitraje quedaba totalmente excluido. Fue en 1998 cuando la jurisprudencia cambió, pero dejó un margen de duda en torno a la arbitrabilidad societaria, puesto que, si bien se consideraba posible el arbitraje en relación con la nulidad de la junta de accionistas y la impugnación de acuerdos sociales, se establecía una excepción “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”. Posteriormente, se dictó la ley de arbitraje de 2003, la cual no incluyó referencia alguna al arbitraje societario y se mantuvieron las dudas respecto a su aplicación. Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. “Informe sobre el arbitraje societario en España”. Club Español del Arbitraje. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf

²⁸ Preámbulo de la Ley 11/2011.

²⁹ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club Español del Arbitraje. “Informe sobre ... Nota 78.

³⁰ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club Español del Arbitraje. “Informe sobre ... Nota 78.

³¹ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club Español del Arbitraje. “Informe sobre ... Nota 78.

³² Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club Español del Arbitraje. “Informe sobre ... Nota 79.

Consideramos que la posición asumida por España es la correcta, porque se sustenta en bases alineadas con el derecho societario y con el arbitraje en general.

4.2. Guatemala: Materias de libre disposición

En la República de Guatemala la Ley de Arbitraje³³ no regula expresamente al arbitraje societario, pero la institución ha sido reconocida por la Corte de Constitucionalidad. En sentencia del 16/10/1990³⁴, la Corte indicó que una de las bases para decidir sobre la procedencia de un procedimiento arbitral debe ser si las normas o situaciones que se alegan tienen el carácter de normas de orden público, las cuales, por su naturaleza, no podrían ser objeto de un procedimiento extrajudicial como el arbitraje.

Dicho criterio ha servido de base para las decisiones posteriores, como por ejemplo la correspondiente al expediente 1273-2003³⁵, en donde la Corte de Constitucionalidad señaló expresamente que es válido el arbitraje societario, siempre y cuando sea para dirimir conflictos sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho, definiéndolas como:

"(...) todas aquellas que, por conveniencia, pertinencia y oportunidad, sean de beneficio para el objeto social o estimulen el giro ordinario de la sociedad. Las mismas, por supuesto, podrían motivar la toma de decisiones importantes y figurar como objeto de acuerdos por parte de la Asamblea General de Accionistas, en cuyo caso, de ser objetadas de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral".

En la misma decisión, la Corte Constitucional formuló una lista de temas que no forman parte de las materias en las que las partes tengan libre disposición conforme a derecho y que, por tanto, puedan ser sometidas al proceso de arbitraje, sino que por su *"naturaleza, complejidad y posibles efectos"*, deben ventilarse en la vía judicial y de acuerdo a los preceptos legales correspondientes, *"con la seguridad y certeza jurídica que dicho medio supone"*.

La referida lista contiene los siguientes temas:

"i. la procedencia o improcedencia del acuerdo de exclusión a tomarse en contra de los accionistas que presuntamente hayan incurrido en incumplimiento de las obligaciones que les impone el pacto social y la ley, y por su presunta participación en la comisión de actos dolosos o fraudulentos contra la sociedad; ii. la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones; iii. la modificación de la escritura social en cuanto a la forma y modalidad que adoptará su órgano de administración; iv. el nombramiento, ratificación o remoción del auditor externo, etc."

³³ Decreto Número 67-95. Ley de Arbitraje de Guatemala.

³⁴ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. Expediente Número 193-90. Apelación de Sentencia de Amparo. Resolución de fecha 16 de octubre de 1990.

³⁵ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. Expediente Número 1273-2003. Apelación de Sentencia de Amparo. Resolución de fecha 15 de marzo del 2004.

La Corte Constitucional de Guatemala³⁶ ha sostenido que pueden ser sometidas a arbitraje únicamente las decisiones que guardan relación con el objeto social y giro ordinario de la sociedad; por otra parte, los demás asuntos, como la impugnación de la validez de las asambleas, no son arbitrables, toda vez que son asuntos sobre los que la Corte estima que las partes no tienen libre disposición ya que por su complejidad deben ser resueltos por la jurisdicción correspondiente.

Lo anterior llama poderosamente la atención, especialmente cuando el artículo 157 del Código de Comercio de Guatemala establece que: *“Los acuerdos de las asambleas podrán impugnarse o anularse cuando se hayan tomado con infracción de las disposiciones de la ley o de la escritura social. Estas acciones, salvo pacto en contrario, se ventilarán en juicio ordinario”*. Sin embargo, el criterio de la Corte es que existen temas o cuestiones sociales que no son arbitrables.

El hecho de que el referido artículo expresamente disponga que tales acciones se ventilarán en juicio ordinario *“salvo pacto en contrario”*, debería entenderse como una facultad que el legislador le concedió a las partes para que en virtud del principio de la libre autonomía de la voluntad puedan acordar una manera distinta de dirimir tales controversias, como, por ejemplo, mediante el arbitraje.

Consideramos que tratar de diferenciar entre temas que sean de beneficio para el objeto social o estimulen el giro ordinario de la sociedad, de temas que versen sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, para explicar las materias en que las partes tengan libre disposición y por ende puedan someterlas a arbitraje, resulta una solución compleja y poco práctica.

4.3. Costa Rica: Naturaleza patrimonial de la controversia

Costa Rica cuenta con un sistema dualista de regulación del arbitraje, formado por: la Ley 7727, de 9 de diciembre de 1997, “Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social” que regula todo lo referente con el arbitraje doméstico; y la Ley 8937, “Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional”, que regula al arbitraje comercial internacional.

Si bien en ninguna de dichas leyes se establece una regulación especial para resolver los conflictos societarios, la doctrina mercantil ha considerado que es posible insertar el acuerdo arbitral dentro del pacto social, de conformidad con lo establecido

³⁶ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala: sentencia de fecha 15 de marzo de 2011 (expediente Nro. 878-2010), sentencia del 15 de marzo de 2011 (expediente 1107-2010), sentencia de fecha 18 de agosto de 2011 (expediente Nro. 1783-2011), sentencia de fecha 20 de septiembre de 2012 (expediente Nro. 2694-2012), sentencia de fecha 9 de diciembre de 2014 (expediente Nro. 3475-2014).

en el artículo 18 inciso 19) del Código de Comercio que permite incorporar a la escritura constitutiva: "cualquier otra convención en que hubieran consentido los fundadores", y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 7727, que exige que el acuerdo arbitral conste de forma escrita³⁷.

Autores como Inmaculada Rodríguez Roblero³⁸ y Anayansy Rojas Chan, han señalado que de conformidad con el artículo 18 de la Ley 7727, la arbitrabilidad se encuentra determinada por la naturaleza patrimonial de la controversia o conflicto sometido a arbitraje, por lo que al extrapolarlo al ámbito del derecho societario, "*cualquier diferencia interna que se suscite entre: los socios, los socios y los administradores, los órganos societarios y, en términos amplios los actos de la vida societaria que repercutan o impacten de manera pecuniaria en el socio, resultan susceptibles de ser sometidos a arbitraje*"³⁹.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su Resolución 531/96, del 30 de enero de 1996, dictaminó que la materia patrimonial es materia evidentemente disponible y por tanto arbitrable:

"...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 alterna 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 cuanto a las materias consideradas de orden público en Costa Rica, Anayansy Rojas Chan⁴⁰, al analizar el supuesto de impugnación de un acuerdo de asamblea societaria, considera que la misma puede ser sometida a arbitraje siempre que se haya previsto en el pacto social, lo que no resulta factible es que los árbitros adopten decisiones que contraríen los derechos mínimos societarios que el Código de Comercio establece.

La posición asumida por Costa Rica luce bastante lógica y cónsona con los principios generales del derecho societario. Ahora bien, ¿todas las posibles controversias que puedan surgir en las relaciones intrasocietarias tienen carácter patrimonial y por ende pueden ser sometidos a arbitraje?

³⁷ Gastón Certad Maroto. "Algunas otras cuestiones en tema de compromisos y de cláusulas compromisorias en sociedades mercantiles". IUS Doctrina, Año 2, No 1.

³⁸ Inmaculada Rodríguez Roblero. "El arbitraje societario. Estudio de Derecho comparado entre España y Costa Rica". Revista Judicial, No. 111, marzo del 2014.

³⁹ Anayansy Rojas Chan. "Algunas consideraciones sobre el arbitraje estatutario como mecanismo alterno para la solución de conflictos societarios". Derecho Societario, Concursal y del Consumo, Tomo III, San José, Editorial Jurídica Continental, 2017. p. 61. Disponible en: <http://v1.abogados.or.cr/uploads/CMS/Articulo/a9478c8a60068e3e6e1977c389251d4250b82099.pdf>

⁴⁰ Anayansy Rojas Chan. "Algunas consideraciones sobre el arbitraje estatutario... p. 61.

El autor español José Fernando Merino Merchán, considera que nadie podría negar que sea arbitrables todas las pretensiones que pueden ser evaluables en términos económicos, condición que ocurre en las relaciones internas del derecho societario, ya que la condición de socio es inseparable del concepto de beneficio, por ello, todo el entramado jurídico-patrimonial propio del derecho societario es, por esencia, arbitrable⁴¹.

En la misma línea se ha pronunciado el panameño Juan Pablo Fábrega Polleri, para quien las controversias derivadas de relaciones intrasocietarias pueden ser resueltas mediante arbitraje por cuanto tales materias y los derechos que derivan de las mismas se enmarcan dentro de la capacidad de disposición de las partes, por pertenecer la materia a la esfera privada del derecho y por la naturaleza de las relaciones que surgen entre accionistas; entre estos y el ente legal y sus órganos sociales a partir de la integración del accionista a la sociedad con la adquisición de acciones y su sometimiento a las disposiciones del pacto social⁴².

El citado autor también considera que de un análisis de la relación societaria y su naturaleza contractual mercantil se deduce que la misma es de origen patrimonial y que cualquier controversia que derive de ella afecta únicamente a los socios, a la sociedad y/o a los órganos sociales y a sus miembros, sin trastocar derechos de terceros, lo que hace que los derechos y obligaciones que nacen de ese vínculo comercial sean de libre disposición y libremente renunciables, de manera que toda controversia que surja de dicho nexo puede ser transada por voluntad de las partes, dando como resultado que su arbitrabilidad esté exenta de toda duda⁴³.

4.4. Venezuela

Como ya se indicó, en Venezuela el arbitraje societario no se encuentra regulado expresamente, pero no hay dudas respecto a su legalidad. Al contrario de lo que ocurre en otros países, tampoco se ha establecido límites a nivel jurisprudencial respecto a la arbitrabilidad de las disputas que pudieran surgir en virtud de las relaciones intrasocietarias.

En este sentido, podríamos afirmar que en Venezuela la arbitrabilidad objetiva en temas societarios estará limitado por el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, según el cual, podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir, quedando exceptuadas las controversias:

⁴¹ José Fernando Merino Merchán. "Configuración del Arbitraje Intrasocietario en la Ley 11/2011". Revista Jurídica de Castilla y León, número 29, enero de 2013, pp. 15-16. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4225352>

⁴² Juan Pablo Fábrega Polleri, El Arbitraje como medio para la solución de controversias que derivan de las relaciones intrasocietarias entre accionistas de sociedades anónimas panameñas, entre estos y la sociedad y/o sus órganos sociales. Panamá, 2017. p.117.

⁴³ Juan Pablo Fábrega Polleri, El Arbitraje como medio para la solución... pp. 118-119.

- a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;
- b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;
- c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;
- d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y
- e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

Compartimos la opinión del jurista español Manuel Gerardo Tarrío Berjano quien señala que en el derecho de sociedades no deben existir materias que no puedan ser libremente dispuestas por los socios y los administradores, lo cual no debe confundirse con las normas imperativas o incluso de orden público donde los árbitros están obligados a cumplirlas en la resolución del arbitraje⁴⁴.

Ahora bien, en cuanto a las materias catalogadas de orden público, debemos tomar en cuenta el criterio de la SC-TSJ contenido en la sentencia dictada con motivo de la interpretación del artículo 258 de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela⁴⁵, en la que se indicó lo siguiente:

- (...) para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes”.

“(…) la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas “sensibles” como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras”.

-“Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse per se a los medios alterativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras-, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.”

⁴⁴ Manuel Gerardo Tarrío Berjano. "Artículo 11 bis. Arbitraje Estatutario". Comentarios a la Ley de Arbitraje, coordinado por Carlos González-Bueno; Consejo General del Notariado; Madrid, 2014.

⁴⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 18 de julio de 2008, Nro. 1186 (caso: interpretación del artículo 258 de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela).

En este sentido, en Venezuela para determinar si una controversia califica para ser dirimida mediante arbitraje societario, primero debe pasar el filtro del artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial (que sea una controversia susceptible de transacción que surjan entre personas capaces de transigir, y que no esté incluida en la lista de excepciones), y luego, se debe verificar si se trata de un asunto en el que un Juez pueda tener conocimiento.

Ahora bien, en cuanto a la arbitrabilidad de los procesos concursales de atraso y quiebra en Venezuela, compartimos la posición de Carlos Lepervanche M.⁴⁶, en cuanto a que no pareciera procedente, por las razones siguientes:

- i. Debido a la cantidad de terceros involucrados, a los cuales no se les puede oponer la cláusula o compromiso arbitral si no lo han suscrito. Además, el arbitraje societario no alcanza las relaciones jurídicas con esos terceros.
- ii. Un laudo dictado en un proceso del que no han sido parte todos los terceros puede afectar los derechos de la masa.
- iii. Sumando a los motivos esgrimidos por Lepervanche, consideramos que los procesos concursales encuentran su origen en asuntos que no califican de conflictos intrasocietarios, por lo que no sería posible utilizar al arbitraje societario para dirimirlos.

En lo que respecta particularmente a la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales, ha habido mucha discusión sobre su procedencia, un sector insiste en que no procede debido a que se trata de una infracción del orden público⁴⁷. Sin embargo, nuestra opinión respecto al caso venezolano, y muy concretamente a la acción de nulidad de asamblea, es la siguiente:

- i. No se encuentra prohibido expresamente, la doctrina más autorizada lo ha reconocido⁴⁸, y ya se cuenta con al menos un precedente en el Tribunal Supremo de Justicia, específicamente en el caso "Centro Portugués"⁴⁹, en donde la SPA-TSJ luego de hacer un análisis *prima facie*, indicó que el Poder Judicial carecía de jurisdicción para conocer de una demanda de nulidad de asamblea cuando exista un acuerdo arbitral societario.
- ii. La SC-TSJ ha sido contundente al señalar que el simple hecho de que una materia este regida por el orden público, no implica que este excluida del conocimiento que sobre dicha controversia pueda darse en arbitraje.

⁴⁶ Carlos Lepervanche M. "Aproximación a la solución de conflictos societarios... p. 51.

⁴⁷ Se recomienda revisar el tema en: José María Muñoz Planas y José María Muñoz Paredes. "La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje". Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, Madrid: McGraw, 2002, pág. 2028.

⁴⁸ Carlos Lepervanche M. "Aproximación a la solución de conflictos societarios... y Mario Bariona. "El arbitraje como medio alternativo...

⁴⁹ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00621-12511-2011-2011-0129.HTML>

- iii. Se trata de un tópico que podría llegar también al conocimiento de un Juez, por lo que, siguiendo el criterio de la SC-TSJ, no hay dudas de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes, independientemente de que se trata de una nulidad absoluta o relativa⁵⁰.

Aprovechamos la oportunidad para ratificar nuestro criterio de que también es perfectamente válido someter a arbitraje societario el supuesto de hecho previsto en el artículo 291 del Código de Comercio, es decir, como medio para la protección de los intereses societarios ante severas irregularidades de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios, ya que se cumple con los requerimientos anteriormente enumerados, y además, cumple con los extremos exigidos por la Constitución de ofrecer una posibilidad cierta, real y eficaz de acceso a una justicia expedita a toda persona, garantizando además, el debido proceso, el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación⁵¹.

5. La arbitrabilidad subjetiva

Un tema en el que tampoco hay una posición unánime en la doctrina tiene que ver con la arbitrabilidad subjetiva, es decir, respecto al alcance del acuerdo de arbitraje societario, específicamente en cuanto a si este vincula a la sociedad, a los socios actuales, a los nuevos socios, a terceros relacionados con la sociedad como lo son los administradores y comisarios, y finalmente, si vincula también a terceros ajenos a la relación intrasocietaria.

5.1. Vinculación de la sociedad

La duda sobre si el acuerdo de arbitraje societario vincula o no a la sociedad como persona jurídica, se presenta en el supuesto en el que dicho acuerdo es celebrado al momento de la formación de la sociedad y es incluido en el documento constitutivo. El sector de la doctrina que considera que en ese caso en particular no se vincula a la sociedad, justifica su posición en el hecho de que la decisión de someter a arbitraje los conflictos intrasocietarios es tomada por los socios fundadores a título personal, y, por ende, no es una manifestación de la sociedad *per se*, ya que la persona jurídica no ha nacido para el momento en que se tomó la decisión.

⁵⁰ Es importante tomar en cuenta que desde el punto de vista práctico puede ocurrir una situación en la que un tercero que no está vinculado al acuerdo de arbitraje societario, impugne en vía judicial una asamblea por un vicio de nulidad absoluta, a la vez que lo haga un socio en vía arbitral. El riesgo está en la posibilidad de que existan decisiones contradictorias, ya que ambos casos no podrían acumularse. Sin embargo, creemos que la solución al problema planteado radica en los efectos de la decisión, ya que, si la acción es declarada sin lugar, la decisión solo tendrá efectos entre el demandante y la sociedad mercantil, pero, si la acción es declarada con lugar, el fallo tendrá efectos para todos los accionistas, inclusive tendrá efectos frente a terceros.

⁵¹ Diego Thomás Castagnino. El procedimiento de denuncia por irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 7. 2021. Disponible en: https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_864af94b67d14fc4af366135079163b1.pdf

Afortunadamente se trata de una posición minoritaria de la doctrina. Los que en cambio consideramos que el acuerdo de arbitraje societario celebrado al momento de constitución de la sociedad la vincula, lo hacemos partiendo de la premisa de que con el nacimiento de la sociedad como persona jurídica los socios acuerdan cuales serán las reglas de funcionamiento, entre ellas, el medio que se utilizará para resolver las controversias intrasocietarias; se trata de una decisión de los socios, y como cualquier otro tipo de decisión, tendrá efectos entre ellos y la sociedad.

5.2. Vinculación de los socios presentes y nuevos

En la doctrina no ha habido mayor discusión respecto al alcance que tiene el acuerdo de arbitraje societario sobre los socios fundadores ya que se entiende que automáticamente van a estar sometidos. ¿Dónde existen dudas?, cuando ingresa a la sociedad un nuevo socio.

En Colombia, la Superintendencia de Sociedades, considera que el nuevo accionista no está vinculado al pacto arbitral, salvo que haya manifestado su consentimiento expreso. En cambio, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional colombiana, han manifestado que el solo hecho de ingresar a la sociedad, como resultado de una expresión de voluntad, es suficiente para que se entienda que ha consentido a la cláusula arbitral contenida en los estatutos⁵².

La conclusión a la que ha llegado la doctrina⁵³ es que cuando una persona adquiere la acción o la participación, según sea el caso, se está adhiriendo de manera integral a las normas de funcionamiento de la sociedad, las cuales son oponibles a todos, en razón a la inscripción de los estatutos en el registro mercantil, y esta adhesión no podemos calificarla ni equipararla a los efectos de un contrato de adhesión. No guarda ninguna relación con un contrato de esta clase porque el socio ingresa a la sociedad en condición de paridad respecto a los socios restantes.

Sin embargo, hay quienes consideran que de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, según el cual en los contratos de adhesión la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente, sería prudente que en el acto de cesión o venta haya una manifestación expresa por parte del adquirente aceptando el acuerdo de arbitraje.

No compartimos tal posición, primero, porque el acto traslativo de la propiedad de las acciones sociales no es un contrato de adhesión, se encuentra expresamente regulado en el artículo 296 y siguientes del Código de Comercio; y segundo, sea que el

⁵² Daniel Posse Velásquez. "El pacto arbitral societario: La tesis de la Superintendencia debe morir". Abitrio. Segunda Edición. Julio de 2019. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. p.54. Disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Arbitrio/02>

⁵³ Juan Pablo Liévano Vegalara, Yolimar Prada Márquez. "El Pacto arbitral en el contrato societario..."

acuerdo de arbitraje societario haya sido incluido en los estatutos sociales con la fundación de la sociedad, o que haya sido una inclusión sobrevinida producto de una modificación de los estatutos, en ambos casos, de acuerdo con las reglas de la publicidad registral⁵⁴, el que desee ser socio, tomará tal decisión en conocimiento de esta regla de funcionamiento, la cual, una vez acepte ser socio, se le será oponible inmediatamente.

Lo anterior no significa que la venta de acciones tenga que registrarse, recordemos que el Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que tal acto no interesa a terceros, por lo que no se requiere su inscripción en el Registro Mercantil⁵⁵, la única exigencia es que dicho acto traslativo de la propiedad se debe hacer por declaración en el respectivo libro de accionistas de la compañía⁵⁶, para que tenga efectos frente a la sociedad y frente a terceros⁵⁷.

En países en donde el arbitraje societario está regulado como en España, se exige expresamente⁵⁸ que la cláusula de sumisión al arbitraje debe estar incluida en los estatutos de la sociedad de capital, esto con la finalidad de garantizar que adquiera publicidad registral, y como consecuencia, se presume conocida por socios y administradores, y que su efecto se pueda extender no solo a los existentes en el momento de su adopción, sino también a los que sucedan en el futuro⁵⁹.

Es importante advertir que, la anterior conclusión no implica que un acuerdo de arbitraje societario pactado fuera de los estatutos, como por ejemplo en un acuerdo parasocial, carezca de validez, la tendrá, pero surtirá efectos únicamente a las partes que lo hayan consentido expresamente. Otro ejemplo es el que señalan Gustavo Alvarez y Alberto Rosales⁶⁰, con el supuesto en el que varios accionistas de una compañía anónima celebren un acuerdo de sindicación de acciones o voto que incluya una cláusula arbitral, la misma no aplicaría a otros miembros.

Recordemos que el artículo 221 del Código de Comercio señala que las modificaciones en la escritura constitutiva y en los estatutos de las compañías, cualquiera que sea su especie, no producirá efectos mientras no se hayan registrado y publicado, conforme a las disposiciones del referido Código.

⁵⁴ Manuel Olivencia Ruiz. "Artículo 11 Bis. Arbitraje Estatutario". Disponible en: [https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis_arbitraje_estatutario_\(capitulo_de_libro\)_123.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis_arbitraje_estatutario_(capitulo_de_libro)_123.pdf)

⁵⁵ TSJ-SC 5/03/2004 (Exp. 02-2992). Giovanni Maray García. Magistrado ponente: José M. Delgado Ocando. Procedimiento: Amparo constitucional. Ratificada por: TSJ-SC 25/02/2014 (Exp. 10-0531) y TSJ-SCC 28/11/2017. (Exp. 2017-000064).

⁵⁶ TSJ-SCC 4/4/2013 (Exp. 2012-000586). Inversiones 30-11-98 C.A. Vs. Constructora 888 C.A. Magistrado ponente: Isbelia Pérez Velásquez. Procedimiento: Recurso de casación.

⁵⁷ TSJ-SCC 23/02/2017 (Exp. 16-1024). María Lourdes Pinto De Freitas. Magistrado ponente: Juan José Mendoza Jover. Procedimiento: Recurso de revisión. Ratifica: TSJ-SC 5/03/2004 (Exp. 02-2992), TSJ-SC 25/02/2014 (Exp. 10-0531). Ratificada por: TSJ-SCC 28/11/2017 (Exp. 2017-000064).

⁵⁸ Ley de arbitraje. España. Ley 11/2011... Art. 11 bis 2.

⁵⁹ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. "Informe sobre... Nota 21.

⁶⁰ Gustavo Alvarez. Alberto Rosales. "Sumario del arbitraje societario en Venezuela". Revista del Club Español del Arbitraje. Nro. 40. 2021. p. 98.

Es por ello que para determinar el alcance del acuerdo de arbitraje societario es necesario verificar si tal acuerdo forma parte de un documento registrado y publicado, o si, por el contrario, consta únicamente en un documento privado.

De tal manera que, en el supuesto en el que el acuerdo de arbitraje conste en los estatutos o en una modificación posterior (siendo que en ambos supuestos el documento fue debidamente registrado y publicado), el nuevo socio al manifestar estar de acuerdo con los fines y objetivos de la sociedad, se adhiere y se somete, a las reglas de funcionamiento de manera íntegra, por lo que tendrá que dar cumplimiento a todos sus derechos y obligaciones, incluyendo su sometimiento y cumplimiento al acuerdo arbitral societario.

Queremos ser enfáticos en afirmar que la incorporación de un nuevo socio en la sociedad no ocurre mediante un contrato de adhesión, tampoco podemos decir que sea mediante una cláusula abusiva, porque se supone que ese socio ha hecho una debida diligencia, que conoce y entiende los estatutos de la sociedad y que por lo tanto comparte su objeto y fines sociales.

De todas formas, debido a que existen posiciones encontradas en la doctrina, el profesor Bariona recomienda que en el acto de cesión haya una manifestación expresa por parte del cesionario en mérito a la cláusula compromisoria⁶¹. Creemos que tal manifestación no generaría ningún perjuicio, como tampoco lo generaría no tenerla, ya que, por las razones antes explicadas, la vinculación del acuerdo de arbitraje societario es inmediata, y mientras en Venezuela no sea regulada, sus efectos se causan desde el preciso momento en que se incorpora el nuevo socio a la sociedad.

A quien deje de ser socio de la sociedad, ya no se le aplicará el acuerdo de arbitraje societario por hechos que ocurran posterior a su desincorporación, quedando vinculado únicamente, por asuntos ocurridos mientras mantuvo la cualidad de socio.

Por último, no podemos dejar de lado el caso de los herederos. La jurisprudencia colombiana ha establecido que para el caso de sucesión por causa de muerte no le resulta legítimo al heredero desconocer la cláusula compromisoria aceptada por su causante⁶².

De tal manera que, el heredero va a estar vinculado con el acuerdo arbitral de la sociedad de la que está heredando una participación. En Venezuela lo anterior se justifica de conformidad con lo establecido en el artículo 1163 del Código Civil, según el cual, quien contrata lo hace para sí y para sus herederos y causahabientes.

⁶¹ Mario Bariona. "El arbitraje como medio alternativo de solución..." p. 58.

⁶² Juan Pablo Liévano Vegalara, Yolimar Prada Márquez. "El Pacto arbitral en el contrato societario..."

5.3. Vinculación de los administradores y comisarios

Respecto a la vinculación de los administradores y comisarios resaltan dos posturas. Una, que niega su vinculación con el acuerdo de arbitraje societario, y la otra corriente, que por cierto es la mayoritaria, que ha concluido que sí quedan vinculados.

Los que niegan la vinculación de los administradores y comisarios, lo hacen bajo las siguientes premisas: En primer lugar, porque los administradores y comisarios son personas ajenas al contrato social que no expresaron su voluntad inequívoca de someterse al arbitraje como medio para dirimir controversias, razón por la cual, solamente se les podría aplicar dicho acuerdo si ejercen el rol simultáneo de socio y administrador, pero, como reseña Carlos Molina Sandoval⁶³, no por su condición de administrador, sino por ser parte en el contrato social.

Afortunadamente esta posición ha sido superada. Actualmente se concluye que, el administrador y comisario al aceptar sus cargos se están sometiendo a los estatutos y a las reglas de sociedad, entre las cuales está el acuerdo arbitral societario.

Los administradores y comisarios, aunque no son parte del contrato de sociedad, tampoco son terceros, en sentido estricto⁶⁴. De hecho, el administrador es de los primeros custodios de los estatutos ¿cómo es entonces que no van a someterse al acuerdo arbitral societario los administradores? Igual situación ocurre con los comisarios.

Compartimos el criterio⁶⁵ según el cual el acuerdo arbitral al formar parte del pacto social (sea desde su fundación o por un acuerdo sobrevenido) se convierte en una regla de funcionamiento de la sociedad, que vincula a los socios que participaron en el contrato fundacional, a los órganos societarios (órgano de administración, deliberativo y de vigilancia o fiscalización), los herederos y legatarios, así como los futuros socios.

5.4. Vinculación de terceros ajenos a la relación intrasocietaria

Para cerrar, una última pregunta ¿el acuerdo arbitral societario tiene vinculación con terceros ajenos a la relación intrasocietaria? La respuesta es definitivamente no, recordemos que el arbitraje societario es un medio para la resolución de conflictos intrasocietarios, por lo que no es posible pretender que abarque a otros terceros distintos a los socios, administradores y comisarios.

En este sentido, para dirimir conflictos que surjan con contratistas y proveedores, la sociedad tendrá que celebrar acuerdos de arbitraje comercial con cada uno de ellos.

⁶³ Carlos Molina Sandoval. "Arbitraje Societario". Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 62 p. 59.

⁶⁴ Sergio Sánchez Gimeno. "Impugnación de acuerdos... p. 109.

⁶⁵ Manuel Olivencia Ruiz. "Artículo 11 Bis. Arbitraje...

6. Tipo de arbitraje aplicable

La siguiente discusión tiene que ver sobre el tipo de arbitraje aplicable, si debe tratarse de un arbitraje institucional, o si es posible acordar un arbitraje *ad-hoc*. Según ha señalado el Club Español del Arbitraje, la ley de arbitraje española exige que las impugnaciones de acuerdos sociales deban ser dirimido mediante arbitraje institucional, y que otros tipos de controversias (por ejemplo, la responsabilidad de los administradores), puedan ser resueltas mediante arbitraje *ad-hoc*.

Si bien el Club Español del Arbitraje señala que sería jurídicamente factible que los estatutos de la sociedad contara con una cláusula arbitral compleja, que definiera un arbitraje institucional para las impugnaciones de acuerdos, y un arbitraje *ad-hoc* para los restantes conflictos⁶⁶, el Club desaconseja tal solución, por considerar que la experiencia demuestra que cláusulas arbitrales complejas frecuentemente devienen patológicas, y por la posible existencia de varios conflictos relacionados que pudieran quedar sometidos a diferentes tipos de arbitraje, junto a la búsqueda de una mayor seguridad jurídica en relación con el ámbito objetivo del convenio, aconsejan una cláusula uniforme de resolución de controversias societarias a favor de un arbitraje institucional⁶⁷.

En el caso venezolano como el arbitraje societario no está regulado, tiene plena vigencia y aplicación el principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes, por lo que podrán elegir indistintamente entre arbitraje institucional y *ad-hoc* de acuerdo con su preferencia.

Para Gustavo Alvarez y Alberto Rosales⁶⁸, el arbitraje institucional reduce muchas dilaciones y retrasos que podrían surgir en el caso de un arbitraje *ad-hoc*, tales como la elaboración de común acuerdo de reglas procedimentales o el nombramiento de árbitros.

Sin embargo, actualmente contamos en el foro venezolano con las “Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre Arbitraje Independiente”, las cuales fueron aprobadas por la Asociación Venezolana de Arbitraje el 9 de julio de 2021, con el firme propósito de facilitar la práctica del arbitraje independiente en Venezuela, contribuir con la promoción de los medios alternos de resolución de controversias y coadyuvar con el sistema de justicia.

Dichas Reglas, son el resultado de un meticuloso trabajo de investigación que conjugó la experiencia de la práctica profesional con la teoría, tomando en consideración los más modernos criterios jurisprudenciales en materia de arbitraje *ad-hoc*, y la

⁶⁶ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. “Informe sobre... Nota 36.

⁶⁷ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. “Informe sobre... Nota 37.

⁶⁸ Gustavo Alvarez. Alberto Rosales. “Sumario del arbitraje societario... p. 101.

la opinión de la comunidad jurídica en general, ya que las mismas fueron sometidas a consulta pública. Se trata de un conjunto de normas flexibles, adaptables en el tiempo, innovadoras, actualizadas a las necesidades específicas de las partes y acorde a las tendencias actuales de los procedimientos arbitrales modernos.

De esta manera, si las partes desean que el arbitraje societario sea pactado bajo la forma *ad-hoc*, recomendamos ampliamente su sometimiento a tales Reglas.

7. ¿Arbitraje de derecho o arbitraje de equidad?

La última de las discusiones seleccionadas para ser analizada en este trabajo, tiene que ver con si la controversia debe ser decidida conforme a derecho o equidad. Sobre este particular coincidimos con la recomendación del Club Español del Arbitraje⁶⁹, quien desaconseja que las partes pacten un arbitraje societario en equidad, ya que las sociedades son creaciones de la ley, y sus controversias tienen una naturaleza eminentemente jurídica, razón por la cual, resulta más aconsejable que la controversia sea resuelta mediante arbitraje de derecho.

Los autores Gustavo Alvarez y Alberto Rosales⁷⁰, consideran que el arbitraje de derecho es la opción mas conveniente debido a la naturaleza de los conflictos intrasocietarios.

Igual que con la elección entre arbitraje institucional y arbitraje *ad-hoc*, consideramos que en Venezuela mientras no se cuente con una regulación expresa, las partes podrán elegir libremente si desean que el arbitraje sea decidido conforme a derecho o equidad. Sin embargo, recomendamos la utilización del arbitraje de derecho, por los tipos de conflictos que puedan surgir en la relación jurídica intrasocietaria.

CONCLUSIONES

El arbitraje societario es un medio alternativo de resolución de controversias que tiene por finalidad dirimir divergencias intrasocietarias.

En Venezuela el arbitraje societario no se encuentra expresamente regulado por la Ley de Arbitraje Comercial, seguramente porque tampoco fue contemplado por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1985.

⁶⁹ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. "Informe sobre... Nota 58.

⁷⁰ Gustavo Alvarez. Alberto Rosales. "Sumario del arbitraje societario... p. 98.

Si bien todo parece indicar que el arbitraje societario no está siendo utilizado con frecuencia en Venezuela, los pocos casos que han llegado al conocimiento del Tribunal Supremo de Justicia han concluido con sentencias que apoyan la institución.

Existen dos posibilidades para la incorporación del acuerdo de arbitraje societario: i) al momento de la constitución de la sociedad, y ii) mediante una modificación estatutaria.

No hay dudas en la doctrina respecto a la posibilidad de incorporar el acuerdo de arbitraje societario al momento de la constitución de la sociedad, y dicha decisión se toma con la mayoría de los presentes.

Para la incorporación sobrevenida encontramos distintas posiciones en la doctrina, pero consideramos que en Venezuela, mientras no exista una regulación expresa, creemos que la incorporación sobrevenida del acuerdo de arbitraje societario, así como su modificación o eliminación, es perfectamente legal, y el quórum necesario para considerar válida la decisión, será el dispuesto por el propio estatuto de la sociedad para el caso de una modificación cualquiera de los estatutos sociales, y a falta de ello, será suficiente contar con la mayoría de los presentes.

En Venezuela para determinar si una controversia califica para ser dirimida mediante arbitraje societario, primero debe pasar el filtro del artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial (que sea una controversia susceptible de transacción que surjan entre personas capaces de transigir, y que no esté incluida en la lista de excepciones), y luego, se debe verificar si se trata de un asunto en el que un Juez pueda tener conocimiento.

En cuanto a la arbitrabilidad de los procesos concursales de atraso y quiebra en Venezuela, los mismos encuentran su origen en asuntos que no califican de conflictos intrasocietarios, por lo que no sería posible utilizar al arbitraje societario para dirimirlos.

En lo que respecta particularmente a la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales, ha habido mucha discusión sobre su procedencia, un sector insiste en que no procede debido a que se trata de una infracción del orden público. Sin embargo, respecto al caso venezolano, al no existir una norma que lo prohíba expresamente, y siguiendo los criterios de la SC-TSJ, consideramos que es perfectamente posible someterlo a arbitraje societario.

Como también es posible en Venezuela, someter a arbitraje societario el supuesto de hecho previsto en el artículo 291 del Código de Comercio, es decir, como medio para la protección de los intereses societarios ante severas irregularidades de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios.

El acuerdo de arbitraje societario abarca a la sociedad tanto para el caso de la inclusión del acuerdo al momento de su constitución, debido a que con el nacimiento de la sociedad como persona jurídica los socios acuerdan cuáles serán las reglas de

funcionamiento, entre ellas, el medio que se utilizará para resolver las controversias intrasocietarias; se trata de una decisión de los socios, y como cualquier otro tipo de decisión, tendrá efectos entre ellos y la sociedad. Para el supuesto de un acuerdo de arbitraje societario sobrevenido, no hay discusión en la doctrina respecto al alcance que tiene sobre la sociedad.

En la doctrina no ha habido mayor discusión respecto al alcance que tiene el acuerdo de arbitraje societario sobre los socios fundadores ya que se entiende que automáticamente van a estar sometidos. Para el caso de un socio que se incorpore a la sociedad posterior a la inclusión del acuerdo de arbitraje societario, esta se le aplicará inmediatamente con su incorporación, debido a que al hacerse socio se está adhiriendo de manera integral a las normas de funcionamiento de la sociedad, las cuales son oponibles a todos, en razón a la inscripción de los estatutos en el Registro Mercantil, y esta adhesión no podemos calificarla ni equipararla a los efectos de un contrato de adhesión. No guarda ninguna relación con un contrato de esta clase porque el socio ingresa a la sociedad en condición de paridad respecto a los socios restantes.

Para que el acuerdo de arbitraje societario tenga efectos entre las partes, es necesario que forme parte de los estatutos sociales, que el mismo se encuentre inscrito en el Registro Mercantil y que haya sido publicado. No obstante, es posible que se celebre un acuerdo de arbitraje societario fuera de los estatutos, como por ejemplo en un acuerdo para social, pero surtirá efectos únicamente a las partes que lo hayan consentido expresamente.

El administrador y comisario al aceptar sus cargos se están sometiendo a los estatutos y a las reglas de sociedad, entre las cuales está el acuerdo arbitral societario. En cambio, el acuerdo arbitral societario no abarca a terceros ajenos a la relación intrasocietaria. Para dirimir conflictos que surjan con contratistas y proveedores, la sociedad tendrá que celebrar acuerdos de arbitraje comercial con cada uno de ellos.

En el caso venezolano como el arbitraje societario no está regulado, tiene plena vigencia y aplicación el principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes, por lo que podrán elegir indistintamente entre arbitraje institucional y *ad-hoc* de acuerdo con su preferencia. En caso de elegir al *ad-hoc* se recomienda someterse a las Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre Arbitraje Independiente.

En Venezuela mientras no se cuente con una regulación expresa, las partes podrán elegir libremente si desean que el arbitraje sea decidido conforme a derecho o equidad. No obstante, recomendamos la utilización del arbitraje de derecho, por los tipos de conflictos que puedan surgir en la relación jurídica intrasocietaria.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Alvarez, Gustavo. Alberto Rosales. "Sumario del arbitraje societario en Venezuela". Revista del Club Español del Arbitraje. Nro. 40. 2021.
- Bariona, Mario. "El arbitraje como medio alternativo de solución de disputas en las sociedades". Revista Business. Legal Report. CEDCA. Junio 2012. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/Business_327.pdf
- Castagnino, Diego Thomás. "Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en materia Mercantil. (2000-2020)". Caracas: AB Ediciones, 2021.
- Castagnino, Diego Thomás. "El procedimiento de denuncia por irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y falta de vigilancia de los comisarios". Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 7. 2021. Disponible en: https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_864af94b67d14fc4af366135079163b1.pdf
- Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA. Memoria arbitral II. Compendio de laudos. Coordinación: Hernando Díaz-Candia. Caracas, 2014.
- Certad Maroto, Gastón. "Algunas otras cuestiones en tema de compromisos y de cláusulas compromisorias en sociedades mercantiles". IUS Doctrina, Año 2, No 1.
- Fábrega Polleri, Juan Pablo. "El arbitraje. Como medio para la solución de controversias que derivan de las relaciones intrasocietarias entre accionistas de sociedades anónima panameñas; entre estos y la sociedad y/o sus órganos sociales". Panamá, 2017.
- Fernández Rozas, José Carlos. Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina. Iustel. 1 Edición. 2008. España.
- Garrigues, Joaquín. "Nuevos hechos, nuevo derecho de las sociedades anónimas". Madrid, Civitas Ediciones, 1998.
- González de Cossío, Francisco. "Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles. Notas para una discusión". Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRABILIDAD%20CONTROVERSIAS.pdf>
- González de Cossío, Francisco. "El que toma el botín, toma la carga: La solución a problemas relacionados con tercero en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros", en Anuario Latinoamericano de Arbitraje. Aplicación del Convenio Arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje. Nro. 2. Lima. 2012. Disponible en: <https://www.ipa.pe/pdf/Anuario-Latinoamericano-2.pdf>
- Lepervanche M., Carlos. "Aproximación a la solución de conflictos societarios mediante el arbitraje". Revista Business. Legal Report. CEDCA. Julio 2010. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/JULIO_-2010.pdf
- Liévano Vegalara, Juan Pablo. Yolimar Prada Márquez. "El Pacto arbitral en el contrato societario: comparativo jurisprudencial". Arbitrio. Segunda Edición. Julio de 2019. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Arbitrio/02>
- Merino Merchán, José Fernando. "Configuración del Arbitraje Intrasocietario en la Ley 11/2011". Revista Jurídica de Castilla y León, número 29, enero de 2013. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4225352>
- Molina Sandoval, Carlos. "Arbitraje Societario". Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 62.

- Olivencia Ruiz, Manuel. "Artículo 11 Bis. Arbitraje Estatutario". Disponible en: [https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis_arbitraje_estatutario_\(capitulo_de_libro\)_123.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis_arbitraje_estatutario_(capitulo_de_libro)_123.pdf)
- Pérez Berengena, José Carlos. "La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema". La Ley. 6219. 2015. Disponible en: <https://www.ontier.net/ia/estatutosocialesclausulaarbitraljosecarlosperezberengenalaley281015.pdf>
- Portalés Trueba, Cristina. "El arbitraje mercantil societario en México". Avances. Coordinación de Investigación. Nro. 33. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Instituto de Ciencias Sociales y Administración.
- Posse Velásquez, Daniel. "El pacto arbitral societario: La tesis de la Superintendencia debe morir". Abitrio. Segunda Edición. Julio de 2019. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Arbitrio/02>
- Rengel Núñez, Pedro. Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela, Ediciones Travieso Evans. Caracas, 2021. Disponible en: <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/06/pedro-rengel-nun%CC%83ez-jurisprudencia-sobre-nulidad-de-laudos-arbitrales-en-venezuela-ediciones-traviesoevans.pdf>
- Rodríguez Roblero, Inmaculada. "El arbitraje societario. Estudio de Derecho comparado entre España y Costa Rica". Revista Judicial, No. 111, marzo del 2014.
- Rojas Chan, Anayansy. "Algunas consideraciones sobre el arbitraje estatutario como mecanismo alternativo para la solución de conflictos societarios". Derecho Societario, Concursal y del Consumo, Tomo III, San José, Editorial Jurídica Continental, 2017. Disponible en: <http://v1.abogados.or.cr/uploads/CMS/Articulo/a9478c8a60068e3e6e1977c389251d4250b82099.pdf>
- Rosales R., Alberto J. "Arbitraje societario y la responsabilidad extracontractual de los administradores en el derecho venezolano. Análisis jurisprudencial & doctrinal". Revista del Club Español del Arbitraje. Nro. 22. 2015.
- Sánchez Gimeno, Sergio. "Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje". Actualidad Jurídica Uría Menéndez. 49-2018. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5894/documento/art010.pdf?id=8346>
- Tarrío Berjano, Manuel Gerardo. "Artículo 11 bis. Arbitraje Estatutario". Comentarios a la Ley de Arbitraje, coordinado por Carlos González-Bueno; Consejo General del Notariado; Madrid, 2014.

Jurisprudencia:

- Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. Expediente Número 193-90. Apelación de Sentencia de Amparo. Resolución de fecha 16/10/1990.
- Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. Expediente Número 1273-2003. Apelación de Sentencia de Amparo. Resolución de fecha 15/03/2004.
- Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. Sentencia de fecha: 15/03/2011. Expediente Nro. 878-2010.
- Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. Sentencia de fecha: 15/03/2011. Expediente 1107-2010.
- Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. Sentencia de fecha: 18/08/2011. Expediente Nro. 1783-2011.
- Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. Sentencia de fecha: 20/09/2012. Expediente Nro. 2694-2012.
- Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. Sentencia de fecha: 9/12/2014. Expediente Nro. 3475-2014.

- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1541, de fecha 17/10/2008, caso: Interpretación del artículo 258 de la Constitución, Magistrada ponente: Luisa Estella Morales. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha: 5/03/2004, número de expediente: 02-2992. Giovanni Maray García. Magistrado ponente: José M. Delgado Ocando. Procedimiento: Amparo constitucional. Ratificada por: TSJ-SC 25/02/2014 (Exp. 10- 0531) y TSJ-SCC 28/11/2017. (Exp. 2017-000064).
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha: 18/06/2008, Nro. 1186. Interpretación del artículo 258 de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha: 14/02/2001, Nro. 186. Fermín Toro Jiménez y otro, Magistrado ponente: Antonio García García. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/186-140201-00-1438%20.HTM>.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia de fecha: 28/02/2008. Nro. 192. Bernardo Weininger y Otros, Magistrado ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.HTM>.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha: 4/4/2013, número de expediente: 2012-000586. Inversiones 30-11-98 C.A. Vs. Constructora 888 C.A. Magistrado ponente: Isbelia Pérez Velásquez. Procedimiento: Recurso de casación.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha: 23/02/2017, número de expediente: 16-1024. María Lourdes Pinto De Freitas. Magistrado ponente: Juan José Mendoza Jover. Procedimiento: Recurso de revisión. Ratifica: TSJ-SC 5/03/2004 (Exp. 02-2992), TSJ-SC 25/02/2014 (Exp. 10-0531). Ratificada por: TSJ-SCC 28/11/2017 (Exp. 2017-000064).
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sentencia de fecha: 11/05/2011, número de expediente: 2011-0129. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00621-12511-2011-2011-0129.HTML>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sentencia de fecha 22/02/2011, número de expediente: 20110065. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00247-23211-2011-2011-0065.HTML>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sentencia de fecha: 19/06/2001. Nro. 1209. Hoteles Doral, C.A., Magistrada ponente: Yolanda Jaimes Guerrero. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM>
- Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa. Sentencia de fecha: 23/5/2002. Nro. 716. CVG Industria Venezolana de Aluminio, C.A., Magistrado ponente: Levis Ignacio Zepa. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00716-230502-105-115.HTM>.

Leyes y soft law:

- Asociación Venezolana de Arbitraje. “Reglas sobre Arbitraje Independiente”. Aprobadas el 09 de julio de 2021. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>
- Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. “Informe sobre el arbitraje societario en España”. Club Español del Arbitraje. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada por el Pueblo Soberano en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

Decreto Número 67-95. Ley de Arbitraje de Guatemala.

Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial Nº 36.430, del 7 de abril de 1998.

Ley de arbitraje. España. Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reforma la Ley 60/2003, de 23 de diciembre.

Ley modelo de arbitraje comercial internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. UNCITRAL, 1985, con enmiendas aprobadas en 2006.