

Algunas consideraciones sobre el arbitraje estatutario como mecanismo alternativo para la solución de conflictos societarios¹

Master Anayansy Rojas Chan

SUMARIO: Introducción. I)- Arbitraje estatutario a)- La constitución de sociedades mediante CrearEmpresa 1)- Alcance de la cláusula arbitral. 2)- Los conflictos societarios. a)- Conflictos entre accionistas y administradores b)- Conflictos entre diversos grupos de accionistas 3)- En particular sobre la arbitrabilidad de la nulidad de acuerdos de asamblea 3.1.- La regulación en Costa Rica. II)- Recomendaciones para elaborar una cláusula arbitral estatutaria III)- A título de conclusión

Introducción

De forma general es factible afirmar que el arbitraje es un mecanismo alternativo a la resolución de conflictos en la sede judicial. Este faculta a las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, a establecer mediante la elaboración de un acuerdo arbitral: el alcance, reglas y perfil profesional de los árbitros que se encargarán de solucionar la controversia. El arbitraje se caracteriza por tratarse de un proceso rápido, flexible y confidencial, *vis a vis*, los procesos judiciales que -por la saturación y la falta de recursos suficientes- suelen demorar años en la obtención de una resolución final. Asimismo ofrece la ventaja de permitir a las partes seleccionar árbitros expertos y con amplia trayectoria en el campo jurídico que será objeto de arbitraje.

El derecho de toda persona a terminar sus diferencias patrimoniales mediante árbitros está consagrado en el artículo 43 de la Constitución Política. Posteriormente con la aprobación de la Ley No 7727 se introduce la figura del arbitraje institucional, que confiere respaldo organizacional y profesional a la administración del proceso de arbitraje.

En Costa Rica es poco frecuente encontrar una escritura constitutiva societaria que incorpore una cláusula arbitral como mecanismo para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el socio y la sociedad. En mi experiencia, existen varios factores a los que puede atribuirse dicha circunstancia: **a)-** El Código de Comercio en la regulación de las sociedades no se refiere a la

¹. - Artículo publicado en: *Derecho Societario, Concursal y del Consumo, Tomo III, San José, Editorial Jurídica Continental, 2017, pág. 61 yss.*

posibilidad de que éstas diriman los conflictos societarios mediante arbitraje², **b)**- La Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social No 7727 no contempla expresamente la figura del arbitraje estatutario³; y , **c)**- La escasa difusión sobre la posibilidad de utilizar la figura del arbitraje estatutario como alternativa a la justicia ordinaria.

La figura societaria representa: “...una de las más modernas expresiones del hombre en su búsqueda de medios para realizar la actividad comercial e industrial necesaria a su compleja coexistencia económica actual.”⁴ En este contexto, la solución de los muy variados conflictos societarios de una forma ágil y oportuna deviene una opción atractiva para las sociedades comerciales contemporáneas que valoran el costo del tiempo y, los accionistas con interés en que sus derechos sean objeto de reconocimiento y ejercicio de forma rápida y efectiva.

El tema a nivel local ha recibido escaso tratamiento doctrinario, uno de los estudios más completos fue elaborado por la Doctora María Inmaculada Rodríguez Roblero⁵ y, constituye una de las principales fuentes que han motivado las presentes reflexiones.

El principal objetivo de este ensayo consiste en ofrecer al lector una breve inducción al tratamiento del arbitraje estatutario en Costa Rica, con especial énfasis en las sociedades de capital.

² . El artículo 352 del Código de Comercio Chileno establece los requisitos que debe contener la escritura social, en lo que interesa el punto 10 indica: “10. Si las diferencias que les ocurran durante la sociedad deberán ser o no sometidas a la resolución de arbitradores, y en el primer caso, la forma en que deba hacerse el nombramiento.” Por su parte, el artículo 415 ibídem señala: “Si en la escritura social se hubiere omitido hacer la designación que indica el número 10 del artículo 352, se entenderá que las cuestiones que se susciten entre socios, ya sea durante la sociedad o al tiempo de la disolución, serán sometidas a compromiso.” Similar disposición se encuentra en la Ley de Sociedad Anónima (artículos 4 y 125). Tratándose de la sociedad colectiva el artículo 441 de este Código establece: “Las diferencias que ocurran entre los accionistas, los accionistas y la sociedad o sus administradores o liquidadores, y la sociedad y sus administradores o liquidadores, deberán ser resueltas por medio de arbitraje. El estatuto deberá indicar: 1. El tipo de arbitraje y el número de integrantes del tribunal arbitral (...); 2. El nombre o la modalidad de designación de los árbitros y sus reemplazantes. En silencio del estatuto, los árbitros serán designados por el tribunal de justicia del domicilio social” Vásquez Palma Ma. Fernanda, Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización, *Ius et Praxis*, vol.20 no 1, Talca 2014. Recuperado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000100017

³ . En España la Ley 60/2003 de Arbitraje, fue modificada mediante la Ley 11/2011 a efecto de incorporar los artículos 11 bis y 11 ter relativos al arbitraje estatutario.

⁴ .RICHARD (Efraín H.) y MUIÑO (Orlando M.), *Derecho Societario*, Buenos Aires, Astrea, 1998, pág.5

⁵ . El arbitraje societario. Estudio de Derecho comparado entre España y Costa Rica. *Revista Judicial*, No. 111, marzo del 2014.

I)- El arbitraje estatutario

Con la expresión “*arbitraje estatutario*” se denomina el arbitraje que se constituye mediante la incorporación de una cláusula en el pacto social que establece la solución de los conflictos societarios mediante la utilización del proceso de arbitraje (acuerdo arbitral). La circunstancia de que se trate de una cláusula que integra el pacto o estatuto social no desvirtúa su naturaleza de acuerdo arbitral, pues éste pasa a formar parte del contrato que da nacimiento a la sociedad y que regirá su vida y actividad como tal. Al respecto, es importante aclarar que el término estatuto social, es utilizado en este ensayo en el sentido amplio o genérico de pacto social, lo anterior, en virtud de que en Costa Rica el artículo 188⁶ del Código de Comercio denomina estatutos a los reglamentos dictados por el consejo de administración de la sociedad.

En Costa Rica reconocida doctrina mercantil ha considerado que al amparo del artículo 18 inciso 19) del Código de Comercio que permite incorporar a la escritura constitutiva: “*Cualquier otra convención en que hubieran consentido los fundadores*”, es posible insertar el acuerdo arbitral dentro del pacto social. Lo anterior, en estrecha relación con el artículo 23 de la Ley 7727 (conocida como Ley RAC) que requiere el acuerdo arbitral conste de forma escrita.⁷

El arbitraje estatutario puede nacer con la creación de la escritura constitutiva o, mediante la reforma ulterior que adicione la cláusula arbitral al pacto constitutivo. Tratándose de la sociedad anónima para la validez de dicha modificación será necesario cumplir con el Principio de Mayorías regulado en el artículo 175 del Código de Comercio⁸ que con gran acierto califican los autores Richard y Muiño⁹, como el “*único principio que permite el funcionamiento práctico de las sociedades anónimas*”. En Costa Rica de conformidad con el elenco establecido en el artículo 156 del Código de Comercio, corresponde a un asunto a tratar en asamblea extraordinarias puesto que implica una modificación al pacto social (inciso a).

Es válido preguntarse por la hipótesis del acuerdo arbitral que ha sido incorporado a un pacto parasocietario (o parasocial), entendido como: “*los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o*

⁶ . Código de Comercio, artículo 188: Es atribución del consejo de administración dictar los estatutos y reglamentos de la sociedad.

⁷ . CERTAD MAROTO (Gastón), Algunas otras cuestiones en tema de compromisos y de cláusulas compromisorias en sociedades mercantiles, IUS DOCTRINA, Año 2, No 1.

⁸ . CERTAD MAROTO, ibídem. El Código de Comercio artículo 175 establece: Las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas serán obligatorias aún para los ausentes o disidentes, salvo los derechos de oposición que señala este Código.

⁹ . Op.cit., pág. 500

*limitada con el fin de concretar, completar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que las rigen*¹⁰. El pacto parasocial se caracteriza por no formar parte del estatuto societario de la persona jurídica, éste se ubica en el perímetro de las relaciones obligatorias de los socios que lo suscriben¹¹, por ende, el acuerdo arbitral sólo será vinculante para quienes hayan participado en dicho pacto.

1) El alcance de la cláusula arbitral

Compartimos del criterio de la doctrina que postula que el acuerdo arbitral al formar parte del pacto social se convierte en una regla de funcionamiento de la sociedad¹². Esto implica que dicho acuerdo vincula a los socios que participaron en el contrato fundacional, sino también a los órganos societarios (órgano de administración, deliberativo y de vigilancia o fiscalización), los herederos y legatarios, así como los futuros socios, éstos últimos en virtud de los efectos de la publicidad registral oponible al nuevo socio¹³.

Lo anterior, enmarcado por el límite sustantivo de la naturaleza o carácter patrimonial del conflicto que en el caso costarricense establece la Constitución Política y el artículo 18 de la Ley No. 7727.

a)- La constitución de sociedades de capital mediante CrearEmpresa

En Costa Rica se debe destacar que mediante el Decreto No 37593-JP-MINAE-MAG-MEIC-S, se reglamentó el funcionamiento y utilización del portal “Crear Empresa”, herramienta digital que permite a los Notarios Públicos inscribir registralmente las sociedades de capital (sociedad anónima y de responsabilidad limitada). El artículo 14 del Reglamento establece la obligación de los Notarios de inscribir toda nueva sociedad anónima y de responsabilidad limitada a través de dicha plataforma siempre el capital sea pagado en dinero efectivo o títulos valores.

La plataforma CrearEmpresa agiliza el proceso de creación y registro de una sociedad proporcionando al Notario un formulario electrónico que deberá ser completado con información concreta de la escritura constitutiva¹⁴. El sistema

¹⁰ . PAZ ARES (Cándido), El enforcement en los pactos parasociales, Actualidad Jurídica Uría&Melendez, Madrid, No 5, 2003, pág.1

¹¹ . Ibídem

¹² . OLIVENCIA RUIZ (Manuel), Artículo 11 Bis. Arbitraje Estatutario. En [http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis_arbitraje_estatutario_\(capitulo_de_libro\)_123.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis_arbitraje_estatutario_(capitulo_de_libro)_123.pdf). Consultado el 02/08/ 2017

¹³ . Ibídem.

¹⁴ . La información que se introduce en el sistema es: denominación social, tipo de sociedad, plazo, nombramiento, prórrogas, objeto, representación, domicilio social, número y valor de acciones o cuotas.

captura y comunica al Registro Nacional un extracto de determinadas cláusulas societarias que corresponden al instrumento otorgado en escritura pública. Sin embargo, dado que el formulario electrónico no abarca íntegramente el contenido del pacto constitutivo, es factible considerar que esta circunstancia puede repercutir en la publicidad material de determinadas cláusulas del pacto social, incluida la cláusula arbitral que no sería conocida por los nuevos socios. Esta situación fue subsanada mediante la emisión de la Circular D.P.J.-016-2016 de la Dirección de Personas Jurídicas, que con el propósito de cumplir con lo establecido en el Reglamento Operativo para la tramitación de formularios electrónicos y documentos adjuntos aprobado por la Junta Administrativa del Registro Nacional¹⁵, estableció la obligación de los Notarios a partir del 9 enero del 2107 de anexar como documento adjunto¹⁶ la copia del testimonio de la escritura que da origen al acto, por el cual se sustenta la tramitación. Este documento siempre debe estar firmado digitalmente por el Notario.

El artículo 4 del referido Reglamento establece que la actividad relacionada con los formularios electrónicos y documentos adjuntos será regida por los principios de eficiencia, publicidad, transparencia, libre acceso, integridad, seguridad, consistencia de la información registral y no repudio en cuanto a la autoría del documento presentado.

Actualmente, la información relativa a los documentos notariales anexados al formulario de CrearEmpresa puede ser obtenida en cualquier sede del Registro Nacional.

2) Los conflictos societarios

Inicialmente las sociedades nacen con el propósito de lograr un fin común; sin embargo, dada la diversidad de los intereses económicos y personales que acompañan a los socios a lo largo de la vida de la sociedad los conflictos societarios se convierte en una presencia constante a esta figura:

“En la sociedad anónima los diferentes grupos de accionistas luchan por conseguir su interés a costa del sacrificio del interés de otros accionistas. Y no sólo el interés particular de los accionistas entre sí: el interés de la sociedad

¹⁵ . Publicado en el Diario Oficial La Gaceta, N° 126, el 30 de junio de 2016.

¹⁶ . El Reglamento Operativo para la tramitación de formularios electrónicos y documentos adjuntos define el documento adjunto como: “Documento en formato PDF firmado digitalmente por parte del notario público otorgante, que contiene la reproducción del instrumento público del cual el notario extrae la información que incorpora al Formulario Electrónico.”

*misma puede verse amenazado en esa lucha cuando un mismo grupo de accionistas participa en diversas sociedades competidoras.*¹⁷

Los conflictos societarios pueden ser conceptuados como aquellas situaciones donde se presentan diferencias de intereses entre los sujetos que forman parte de la estructura interna de una sociedad, ya sea que ostenten la condición de socios o de administradores (socios o no socios) de la sociedad¹⁸.

Retomando la clasificación general elaborada por Garrigues¹⁹, existen dos tipos básicos de conflictos societarios:

a)- Conflictos entre accionistas y administradores: éstos se manifiestan cuando se presentan diferencias entre los accionistas representados por la asamblea general y la junta directiva. Explica Garrigues, que en estas situaciones se evidencia la oposición entre el capital y la administración, en el tanto que los administradores procuran la conservación y prosperidad de la empresa, los accionistas tutelan un interés más egoísta dirigido a la satisfacción de su propio beneficio que no necesariamente coincide con el interés de la sociedad.

b)- Conflictos entre diversos grupos de accionistas: los cuales emanan de los distintos objetivos que predominan entre aquellos accionistas que tienen un genuino interés en participar de modo permanente en la empresa y su desarrollo y, los que buscan colocar su dinero en acciones como una forma de especulación a la espera de una fluctuación favorable que les permita obtener ganancias.

En la práctica la gama de diferencias y conflictos que puede surgir a lo interno de la sociedad es sumamente amplia, a título de ejemplo citamos: la nulidad de acuerdos de asambleas, la interpretación de cláusulas del pacto social, la valoración de los aportes no dinerarios, la responsabilidad de los administradores, la adjudicación de la cuota de liquidación, entre muchos otros.

3) En particular sobre la arbitrabilidad de la nulidad de acuerdos de asamblea

Con el término “*arbitrabilidad*” se hace referencia a la posibilidad de que una determinada materia sea susceptible sometida a arbitraje²⁰.

¹⁷. GARRIGUES (Joaquín), Nuevos hechos, nuevo derecho de las sociedades anónimas, Madrid, Civitas Ediciones, 1998, pág. 63.

¹⁸. DUBOIS FAVIER (Eduardo M.), La prevención, la administración y la solución de los conflictos societarios. Panorama actual, instrumentos y propuestas, La Ley, tomo 2010-E, ejemplar 23/8/10. En <http://www.favierduboispagnolo.com/trabajos-de-doctrina/los-conflictos-societarios-prevencion-gestion-y-solucion/>, consultado 03/08/2017

¹⁹. Ibídem, págs. 64-71

Uno de los temas que ha generado mayor discusión a nivel doctrinario -en particular en legislaciones donde la ley omite referirse expresamente al arbitraje estatutario- es la posibilidad de someter a arbitraje la nulidad de acuerdos de asambleas. Al respecto se ha sostenido que por tratarse de normas imperativas o de orden público, por lo tanto de contenido indisponible, no pueden ser susceptibles de arbitraje²¹. Como se verá, esta posición ha sido objeto de críticas y en algunos ordenamientos -como el español- ha sido superado al incluirlo de forma expresa.

Un modelo relevante de jurisprudencia vanguardista lo encontramos en España donde durante años se argumentó la naturaleza imperativa de las normas que integran la regulación de las sociedades, afirmando que éstas se refieren a contenidos esenciales que no son disponibles por las partes. De forma similar, se alegó que por existir un procedimiento judicial especial de impugnación creado en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, el arbitraje quedaba excluido de esta materia²². En el año 1998 la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) determinó que a pesar de que la impugnación de acuerdos sociales está regido por normas imperativas, esto no afecta su carácter negocial y por ende dispositivo de los derechos sometidos a discusión²³:

*“...no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo.”*²⁴ Esta pionera sentencia aclara que el convenio arbitral no afecta, ni transforma el contenido de las normas imperativas dado que éste sólo se vincula a la vía que será utilizada para resolver el conflicto societario.

²⁰. GONZALEZ DE COSSIO (Francisco), Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles. Recuperado de: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRABILIDAD%20CONTROVERSIAS.pdf>, pág. 2

²¹. En Uruguay la autora JIMENEZ DE ARECHAGA (Mercedes), Los conflictos societarios y el arbitraje, critica dicha posición doctrinaria. En <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Jimenez-de-Arechaga-Los-conflictos-societarios-y-el-arbitraje.pdf>. GONZALEZ DE COSSIO (Francisco), op.cit., pág. 10

²². FERNANDEZ-ARMESTO (Juan), El arbitraje societario tras la última reforma, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, Tomo LII Separata, 2011, pág. 144 Sobre esta posición doctrinaria Fernández-Armesto lo califica de reflejo de la ideología de la época un estado totalitario refractario al arbitraje.

²³. Ibídem.

²⁴. GARCIA VILLARUBIA (Manuel), ¿Puede someterse estatutariamente a arbitraje de equidad la resolución de conflictos societarios y, concretamente, la impugnación de acuerdos sociales? Recuperado: <http://www.uria.com/es/abogados/MGV?iniciales=MGV&seccion=publicaciones&id=2532&pub=Publicacion>

En mayo del 2011 el legislador español reforma la Ley de Arbitraje e incluye expresamente el arbitraje estatutario en sociedades de capital²⁵.

3.1)- La regulación en Costa Rica

En Costa Rica, el ámbito de la arbitrabilidad se encuentra -en primera instancia- determinado por la naturaleza patrimonial de la controversia o conflicto sometido a arbitraje (artículo 18 Ley RAC). Bajo esta premisa general, extrapolada 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.

En lo que respecta a la acción de nulidad de acuerdos de asamblea, el artículo 179 del Código de Comercio establece: *“Para resolver sobre las acciones de nulidad de los acuerdos, será competente el Juez del domicilio de la sociedad”*.

La eficacia de los acuerdos de asamblea tiene como presupuesto esencial que la voluntad societaria ha sido adoptada en cumplimiento de lo establecido en la ley y estatutos societarios. La acción de nulidad es el instrumento societario que permite al socio revisar y controlar la legalidad de dichos acuerdos.

Sobre las implicaciones de la vía judicial establecida en el artículo 179 en la arbitrabilidad de los acuerdos de asamblea, un segmento de la doctrina ha interpretado que se trata de una norma de ordenación judicial de carácter administrativo que no constituye límite para someter a arbitraje la nulidad de acuerdos de asamblea²⁶. Por su parte, el jurista Gastón Certad considera que no es factible someter a impugnación los acuerdos de asamblea que involucran temas de interés general o de orden público²⁷.

El artículo 67 inciso f) de la Ley No 7727, contempla como parte de las causales de nulidad del laudo que: *“se haya resuelto en contra de normas imperativas o de orden público.”* Así un elemento esencial en el proceso arbitral consiste en el claro respeto al contenido prescrito en las normas imperativas, a lo

²⁵ . Ley 11/2011, 20 mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado: “Artículo 11 bis Arbitraje estatutario 1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social. 3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.”

²⁶ . RODRÍGUEZ ROBLERO (Ma. Inmaculada), op.cit., pág. 6.

²⁷ . Op.cit, págs. 15-16

cual deben prestar especial atención los árbitros que no podrán desviarse del curso natural de la norma.

La Sala Primera ha señalado que no toda norma de orden público limita la autonomía de la voluntad:

“A tono con la cita transcrita, conviene indicar que no es cualquier norma impositiva o limitante de la autonomía de la voluntad, la que puede clasificarse como de orden público, este viene dado por el interés del colectivo y por tanto de una repercusión social, allí donde se configure una desigualdad, inequidad latente o abuso intolerable de una de las partes. Lo contrario sería dar carácter de orden público a cualquier norma que por imperativa y limitante establezca mínimos o máximos de una determinada obligación.”²⁸

“Dentro del proceso arbitral se prevé la nulidad del laudo infractor del orden público, y en tal caso, la causal podría ser alegada por la parte, pudiendo originar una nulidad total del laudo. Esta causal podría interpretarse de dos maneras: por un lado, la violación al orden público sólo se produciría cuando se sometan a arbitraje materias excluidas, por su propia naturaleza jurídica de derechos indisponibles, pero por otra parte, también podría interpretarse, admitiendo la impugnación de laudos en base a fundamentos excluidos por el legislador.”²⁹

Es claro que la impugnación de acuerdo de asambleas societarias puede ser sometido 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, en cuyo caso se estaría ante el quebranto que contempla el artículo 67 inciso f) supra citado. En este sentido, se debe considerar que los socios constituyentes al optar por incluir la cláusula arbitral en el pacto social renuncian libremente a la jurisdicción ordinaria, derecho garantizado por la Constitución Política.

El análisis y valoración de la posibilidad de arbitrar debe ser realizado de forma casuística, *vis a vis*, la naturaleza de los intereses involucrados. En este sentido, es evidente que dada que variedad de intereses y aspectos societarios que puede abarcar un determinado conflicto es sumamente amplia es imposible arribar a conclusiones aplicables de forma generalizada.

²⁸ . Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 664-F-S1-2010 de las 14:30 horas del 26/ 05/2010 en: FERNANDEZ LOPEZ (Alberto), Derecho Arbitral Jurisprudencial, Costa Rica, Imprenta LIL S.A., pág. 578

²⁹²⁹ . Sentencia No 76 de las 15 horas del 19 de enero del 2001, citada por Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No 637-F-2007 de 8:50 horas del 6/9/2007 en: FERNANDEZ LOPEZ (Alberto), op.cit., pág. 524

II)- Recomendaciones para elaborar una cláusula arbitral estatutaria

La elaboración de la cláusula arbitral dependerá en gran medida de los aspectos que los socios tengan interés en resolver por esta vía, si bien es cierto existen modelos cláusulas estatutarias³⁰, a mi juicio, éstas deben ser tomadas como referencia, puesto que en última instancia la decisión debe responder a los intereses de los constituyentes.

La cláusula arbitral que se incorpore al pacto social debe ser clara en cuanto a la intención de utilizar el arbitraje como vía para resolver los conflictos que se generen. Esta debe ser lo más amplia en cuanto a los tipos de conflictos societarios que serán resueltos, pues se debe tener presente que aquellos no enunciados en la cláusula quedan fuera del ámbito del proceso arbitral. Como mínimo, la cláusula debe distinguir e incorporar: a)- conflictos entre socios, b)- conflictos de socios con los órganos societarios y, c)- las acciones de responsabilidad.

Otro aspecto importante es determinar si el arbitraje será de derecho o equidad, el primero se caracteriza porque el Tribunal fundamenta sus decisiones con apego a lo establecido en las normas y disposiciones legales. En el arbitraje de equidad el Tribunal dirime la controversia conforme su leal saber y, lo que consideran naturalmente justo. Ambos están contemplados en el artículo la Ley No 7727 pudiendo ser utilizados. Sin embargo; por tratarse la materia societaria de un

³⁰ . Por ejemplo el Club Español de Arbitraje presenta el siguiente modelo de convenio: “1. Todo conflicto de naturaleza societaria que afecte la sociedad, sus socios y/o sus administradores (incluyendo a título de ejemplo la impugnación de acuerdos sociales, la acción social e individual de responsabilidad contra los administradores y las controversias relativas a los órganos sociales) queda sometido a la decisión de uno o tres árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a (la institución de la que se trate), de acuerdo con su Reglamento y Estatutos. 2. El arbitraje será de derecho. 3. El lugar del arbitraje será la ciudad en que se halle el domicilio de la institución arbitral”. Comisión para el estudio del arbitraje societario, Informe sobre el arbitraje societario en España, Madrid en www.cea.com. Por su parte, el Tribunal Arbitral de Barcelona recomienda la siguiente cláusula modelo: “1. Todas las cuestiones y conflictos societarios y cuantos de ellos se deriven, que se planteen entre la sociedad y sus administradores, liquidadores o socios, o cualquiera de ellos entre sí, se someten al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), cualquiera que fuera su denominación futura, de la Asociación Catalana para el Arbitraje, encargándole la designación de árbitro o árbitros y la administración del arbitraje de acuerdo con su reglamento. Quedan incluidos, a título meramente enunciativo, la impugnación de acuerdos sociales, la acción social e individual de responsabilidad contra administradores y las controversias relativas a la convocatoria de órganos sociales así como la disolución y liquidación de la sociedad. 2. El lugar del arbitraje será el de la sede de la institución arbitral que lo administre, salvo acuerdo en contra de las partes. 3. Si la sociedad fuere parte en el procedimiento, se compromete a pagar puntualmente la provisión de fondos que le corresponda satisfacer para cubrir los derechos de admisión y administración de la institución arbitral y para los honorarios y gastos de los árbitros. 4. La modificación o derogación de este artículo exigirá las mismas mayorías legales o estatutarias exigidas para la introducción de una cláusula de arbitraje estatutario.” Recuperado de: http://www.tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=36&lang=es

tema técnico donde algunas de las normas societarias que se verán involucradas son de carácter imperativo y, en consecuencia, los árbitros deberán tener especial cuidado al aplicarlas³¹, no parece el arbitraje de equidad la vía idónea: “...`la concurrencia de normas imperativas en la controversia, lejos de excluir el arbitraje lo que impide es que la controversia sea resuelta por los jueces o, en su caso, por los árbitros al margen de dichas normas o contrariándolas’, parece difícil hacer coincidir ese planteamiento con el propio de un arbitraje de equidad.” Con este panorama parece más recomendable el arbitraje de derecho donde, además esté presente al menos un especialista en materia mercantil.

Por otra parte, se debe decidir si el arbitraje será administrado por un Centro de Conciliación y Arbitraje o será un arbitraje ad-hoc o libre, en éste último las partes definen las reglas, los árbitros y cualquier otro aspecto bajo el cual será realizado el arbitraje.

Finalmente estamos en una época altamente tecnológica, telemática por lo que las partes acuerden el uso de mecanismos digitales, así como medios electrónicos de comunicación indudablemente aporta rapidez y eficiencia al proceso arbitral.

III)- A título de conclusión

El artículo 11 de la Ley 7727, establece que el abogado que asesore en un conflicto, tendrá el deber de informar a sus clientes sobre la posibilidad de utilizar mecanismos alternos para solucionar su conflicto como son la mediación, conciliación y el arbitraje, cuando puedan resultar beneficiosos para sus clientes. La asesoría jurídica profesional integral debe incorporar la valoración acerca de la conveniencia a los intereses del cliente de utilizar una estrategia ante los Tribunales de Justicia o una vía alterna como la conciliación o el arbitraje, para finalmente desembocar en la selección razonada del medio que mejor responda a las necesidades de éste.

El profesional en Derecho a cargo de la elaboración del pacto social y los estatutos societarios, generalmente el Notario, juega un rol fundamental como asesor en el proceso de constitución de la sociedad. No sólo se trata de recomendar el tipo societario adecuado a los objetivos de los futuros socios ¿personalista o de capital?, ¿anónima o de responsabilidad limitada?, sino también de anticiparse y prever que al conformada la sociedad por personas sujetas a la evolución y cambio, a futuro pueden desarrollar intereses diferentes y contrapuestos.

³¹ . GARCIA VILLARUBIA (Manuel), op.cit.

Por lo anterior, es conveniente que el profesional en Derecho informe a los socios sobre las opciones que existen para dirimir los conflictos societarios: la vía judicial o el arbitraje. El arbitraje siempre ofrecerá la ventaja de solucionar los conflictos de una forma más rápida y despojado del excesivo formalismo que acompaña el proceso judicial. La celeridad es un elemento precioso en el tráfico mercantil donde los conflictos societarios pueden llegar a paralizar o entorpecer el buen funcionamiento de la empresa.

Bibliografía

- CERTAD MAROTO (Gastón), Algunas otras cuestiones en tema de compromisos y de cláusulas compromisorias en sociedades mercantiles, IUS DOCTRINA, Año 2, No 1.
- DUBOIS FAVIER (Eduardo M.), La prevención, la administración y la solución de los conflictos societarios. Panorama actual, instrumentos y propuestas, La Ley, tomo 2010-E, ejemplar 23/8/10. En <http://www.favierduboisspanolo.com/trabajos-de-doctrina/los-conflictos-societarios-prevencion-gestion-y-solucion/>
- FERNANDEZ-ARRESTO (Juan), El arbitraje societario tras la última reforma, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, Tomo LII Separata, 2011.
- FERNANDEZ LOPEZ (Alberto), Derecho Arbitral Jurisprudencial, Costa Rica, Imprenta LIL S.A.
- GARCIA VILLARUBIA (Manuel), ¿Puede someterse estatutariamente a arbitraje de equidad la resolución de conflictos societarios y, concretamente, la impugnación de acuerdos sociales? <http://www.uria.com/es/abogados/MGV?iniciales=MGV&seccion=publicaciones&id=2532&pub=Publicacion>
- GARRIGUES (Joaquín), Nuevos hechos, nuevo derecho de las sociedades anónimas, Madrid, Civitas Ediciones, 1998.
- GONZALEZ DE COSSIO (Francisco), Arbitrabilidad de controversias en materia de sociedades mercantiles. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRABILIDAD%20CONTROVERSIAS.pdf>
- JIMENEZ DE ARECHAGA (Mercedes), Los conflictos societarios y el arbitraje. <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Jimenez-de-Arechaga-Los-conflictos-societarios-y-el-arbitraje.pdf>
- OLIVENCIA RUIZ (Manuel), Artículo 11 Bis. Arbitraje Estatutario. En [http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis_arbitraje_estatutario_\(capitulo_de_libro\)_123.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis_arbitraje_estatutario_(capitulo_de_libro)_123.pdf)
- RICHARD (Efraín H.) y MUIÑO (Orlando M.), Derecho Societario, Buenos Aires, Astrea, 1998.
- RODRIGUEZ ROBLERO (María Inmaculada), El arbitraje societario. Estudio de Derecho comparado entre España y Costa Rica. Revista Judicial, No. 111, marzo del 2014.
- PAZ ARES (Cándido), El enforcement en los pactos parasociales, Actualidad Jurídica Uría&Melendez, Madrid, No 5, 2003.
- VÁSQUEZ PALMA Ma. Fernanda, Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una

propuesta en aras de la modernización, *Ius et Praxis*, vol.20 no 1, Talca 2014. Recuperado de:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000100017