

CONFLICTOS INTERSOCIETARIOS SOMETIDOS A ARBITRAJE, CON LA PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
Miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Marco Legal Aplicable.- III. Importancia del Pacto Social y del Estatuto.- IV. Domicilio legal y sus implicancias.- V. Clases de acciones y tipos de accionistas.- VI. Controversias societarias y sus modalidades de solución.- VII. El convenio arbitral societario. Análisis del artículo 48 de la Ley General de Sociedades.- VIII. El Arbitraje Internacional y su aplicación a los conflictos intersocietarios.- IX. Regla aplicable al Arbitraje Internacional.- X. Listado de potenciales conflictos intersocietarios que se veniciarían en arbitrajes internacionales cuando los accionistas-intervencionistas tengan domicilio en el extranjero.

I. INTRODUCCIÓN

El título elegido para el presente artículo, nos vincula necesariamente con dos normas legales de particular importancia en nuestro país, y que son la Ley 26887 o Ley General de Sociedades, que nos ayudará a identificar los potenciales conflictos intersocietarios, y la Ley 26572 o Ley General del Arbitraje, referida a la norma regulatoria de este medio de solución de conflictos y/o controversias, determinadas o determinables, sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición.

Como una precisión inicial, es de singular importancia señalar que lo que va a ser materia del presente trabajo, no son los conflictos que una Sociedad tiene cuando en la propia dinámica de sus actividades económicas que constituyen su objeto social, celebra actos, operaciones o contratos, con otras Sociedades y que en virtud a dicha relación, se generan controversias respecto a la interpretación de las cláusulas contractuales, o al cumplimiento o no de las prestaciones, entre otros temas, sino a los conflictos internos que se pueden gestar en el seno de una sociedad, ya sea por conflictos entre la Sociedad y sus propios socios, o por conflictos entre los socios entre sí, o a las controversias con los administradores, directores y gerentes, tanto actuales, como a los que desempeñaron en el pasado tales cargos.

Basado en consideraciones fundamentalmente pragmáticas, se va a focalizar el trabajo en las Sociedades Anónimas y en la relación con sus accionistas, considerando dentro de ellas las sociedades en las cuales, las acciones representativas de su capital social, pertenecen parcial o totalmente, a inversionistas extranjeros, no domiciliados en el país, y que ostentan dicho carácter, o bien desde la misma constitución de la Sociedad, o por un ingreso posterior a la misma, producto de adquisiciones de porcentajes accionarios, o por la realización de nuevos aportes en los procesos de aumento de capital que se abren a nuevos inversionistas.

II. MARCO LEGAL APLICABLE

En nuestro país, la columna vertebral del Derecho Societario en materia legislativa, es la Ley General de Sociedades 26887 aprobada el 9 de diciembre de 1997, razón por la cual está próxima a cumplir diez años de su aprobación, ley que como se sabe, entró en plena vigencia a partir del 1° de enero de 1998. La finalidad de dicho marco legal, es establecer las reglas básicas aplicables a todos los tipos societarios, y regular la constitución, funcionamiento, organización, reorganización, disolución, liquidación y extinción de todos los tipos de sociedades de Derecho Privado en el Perú, regulando además, a las sociedades irregulares, a las sucursales y a los contratos asociativos.

Respecto a su ámbito de aplicación, conforme a su artículo segundo, toda Sociedad Civil o Mercantil, debe necesariamente adoptar alguno de los siete (7) tipos regulados por la Ley, siendo dos tipos de Sociedades Civiles y cinco de Sociedades Mercantiles.

Si bien, efectivamente, las normas contenidas en la Ley General de Sociedades tienen una naturaleza especial, ya que configuran un ordenamiento legal, amplio y completo, de orden público, dentro del cual se tienen que desenvolver las sociedades existentes al 1 de enero de 1998, y las que se constituyeron a partir de su entrada en vigencia, o se constituirán en el futuro, consideramos que una de las principales características de este marco legal estriba en el hecho que se ha producido una suerte de flexibilización o relativización de sus normas, y en ese orden de ideas, consideramos que es posible diferenciar dentro de dicho cuerpo legal, hasta cinco tipos diferentes de normas, a saber:

1.- Normas de carácter imperativo, de observancia obligatoria y que no dejan alternativa u opción para su cumplimiento. Dentro de este grupo, se encuentra la gran mayoría de las normas contenidas en la Ley General de Sociedades, normas que establecen un mandato que debe ser necesariamente cumplido, sin que pueda expresarse voluntad diferente.

2.- Normas dispositivas, que sin desconocer el marco legal imperativo, establecen parámetros mínimos o máximos, entre los cuales las sociedades deben optar (ver artículo 163 y 155), o deja a la voluntad de los accionistas incorporar o no en sus estatutos, instituciones especiales como es el caso del Arbitraje Privado, como la modalidad o el medio de solución de controversias en materia societaria, tal como lo permite el artículo 48 de la Ley General de Sociedades.

3.- Normas que si bien son imperativas, la misma Ley permite que a través de sus estatutos, se excluyan, no se apliquen, o en todo caso se apliquen de manera diferente. Solamente en el caso de la Sociedad Anónima, son 43 los casos aplicables a este grupo de normas.

4.- Normas referidas a situaciones en la que la misma Ley establece que será la Junta General de Accionistas, o en su caso el Directorio, los que establezcan el procedimiento que debe seguirse. Como ejemplo, es el caso del artículo 208 de la Ley General de Sociedades, referido al ejercicio del derecho de preferencia en el supuesto que en un aumento de capital, luego de terminada la segunda rueda, queden acciones sin suscribir.

5.- Finalmente, hay normas a través de las cuales, la ley permite que la Junta General de Accionistas adopten una determinada decisión aunque ella no esté prevista en los estatutos, y en ese sentido, por ejemplo, el quinto párrafo del artículo 101 de la Ley General de Sociedades referido a la validez de acordar en Junta General, la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, en cuyo caso solo alcanza a las acciones de quienes hayan votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la Ley o de los estatutos para la modificación de este último, y el caso del segundo párrafo del artículo 199, que establece que la Junta General pueda acordar, aunque los estatutos no lo hayan previsto, la creación de diversas clases de acciones o la conversión de acciones ordinarias en preferenciales.

En cuanto a la Ley General de Arbitraje vigente desde el 6 de enero de 1996, contiene el marco legal normativo, aplicable a la práctica del arbitraje, regulando tres tipos de arbitraje, el arbitraje nacional, el arbitraje internacional y el arbitraje extranjero, aplicándose las normas correspondientes al arbitraje nacional o al arbitraje internacional, cuando el arbitraje tenga como sede el Perú.

III. IMPORTANCIA DEL PACTO SOCIAL Y DE LOS ESTATUTOS

Como se sabe, el artículo quinto de la Ley 26887, establece que la Sociedad se constituye por escritura pública en la que está contenido el pacto social que incluye a los estatutos y que para

cualquier modificación de estos, se requiere la misma formalidad, y tanto la escritura pública de constitución, como sus modificaciones, deberán inscribirse obligatoriamente en el Registro Público correspondiente al domicilio de la sociedad.

De manera unánime, la doctrina y las legislaciones societarias reconocen al pacto social y a los estatutos, como los instrumentos fundamentales que rigen la vida de la sociedad. Joaquín Garrigues¹, precisa que la escritura pública es el acto generador de la sociedad, y el documento del negocio de constitución siendo los estatutos su complemento, el que se refiere al funcionamiento de la sociedad convirtiéndose en la norma constitucional de ésta y que rige su vida interna con preferencia sobre las disposiciones de la ley que no tengan carácter coactivo.

Para Sánchez Calero² la voluntad de los fundadores recogida en la escritura, no simplemente, amparándose en lo previsto en la ley, decide el nacimiento de una sociedad anónima, sino que además integra, por medio de un conjunto de cláusulas, contenida en la escritura y en los estatutos, el ordenamiento jurídico con el fin de individualizar el régimen de la sociedad que se quiere fundar.

Tanto el pacto social, como los estatutos, nacen de la voluntad de los socios fundadores, y si bien tienen una vocación de permanencia, pueden modificarse en el tiempo. Al respecto, para Julio Salas Sánchez³, si bien el estatuto tiene una vocación de permanencia, de ello no debe concluirse que éste sea inmodificable durante la vida de la sociedad, siendo una razón elemental para admitir la posibilidad de su modificación, que las circunstancias económicas, sociales, fiscales o de cualquier otro orden, puedan haber cambiado, generando la necesidad o conveniencia para que la sociedad se adapte a esa nueva realidad y de manera más eficiente pueda afrontarla.

Siguiendo a Uriá, Menéndez y García de Enterría⁴ en la medida que los estatutos regulan numerosos aspectos de la organización y funcionamiento social, las sociedades pueden en cualquier momento proceder a su modificación para adaptarlos a las nuevas vicisitudes del ente social y a las exigencias de su actividad económica.

Por su parte, R. Gay de Montella⁵, señala que las normas estatutarias pueden clasificarse en tres grupos: a) normas jurídicas de carácter esencial para la validez del acto constitutivo y cuya ausencia sería considerada por el Registro como defecto insubsanable para su inscripción, o que podrían ser objeto de nulidad si la suscripción se hubiera efectuado teniendo en cuenta el principio de que la publicidad y la inscripción no sanean los vicios constitutivos; b) normas jurídicas facultativas que no son de esencia para la validez del acto constitutivo y que cobran vida y eficacia solamente en el caso que los fundadores los hayan convenido y hecho consta en el estatuto; y, c) normas jurídicas que pueden introducir los usos o los contratos mercantiles.

Conforme al artículo 48 de la Ley General de Sociedades, es potestativo para los socios, y por tanto es una norma facultativa, incorporar desde el principio, en la escritura pública de constitución en la que está incluida el pacto social y el estatuto, un convenio arbitral obligatorio, para resolver por Arbitraje las discrepancias y controversias que se susciten, pero si fuera el caso que no se hubiera considerado desde el inicio tal opción, es perfectamente posible que a través de una escritura pública de modificación del pacto social o del estatuto, se incorpore dicho convenio arbitral.

GARRIGUES, Joaquín. *Cursos de Derecho Mercantil*. Séptima edición. Tomo I, Editorial Porrúa S.A., México, 1984, p. 421.

¹ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Volumen I. Vigésima Sexta edición, Madrid, España, año 2004, Mar Graw Hill, Interamericana de España S.A.V., p. 309.

² SALAS SÁNCHEZ, Julio. En artículo denominado "La modificación del estatuto, el aumento de la reducción de capital en la Sociedad Anónima" que obra en el *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, Primera edición, 2003, p. 646.

³ URIÁ, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio; GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. En: *La Sociedad Anónima. La Modificación de los Estatutos Sociales*, artículo publicado en el curso de Derecho Mercantil, Volumen II, España, Civitas, año 1999, p. 942.

⁴ GAY DE MONTELLA, R. En: *Tratado de Sociedades Anónimas*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, Tercera edición, año 1962, p. 120.

En cuanto al pacto social, este viene a ser el acto jurídico en el que consta la voluntad de los socios de constituir una sociedad y en lo que se refiere a la Sociedad Anónima, el artículo 54 de la Ley General de Sociedades, establece que este contiene obligatoriamente los datos de identificación de los fundadores, la manifestación expresa de la voluntad de los accionistas para constituir la sociedad, el monto del capital y las acciones en que se divide, la forma como se paga el capital suscrito y el aporte de cada accionista, el nombramiento y los datos de identificación y el estatuto que regirá el funcionamiento de la sociedad.

Respecto al estatuto, este es como el Reglamento Interno de la Sociedad y viene a ser un conjunto de normas de cumplimiento obligatorio al cual se somete esta y sus accionistas, constituyendo el marco dentro del cual deben desarrollarse los negocios y operaciones lícitas que constituyen su objeto social.

Para Enrique Elías⁶, es un acierto de la Ley General de Sociedades, establecer claramente la diferencia entre el pacto social y el estatuto, en razón a que el primero contiene la decisión de los fundadores acerca de la formación de la Sociedad, su capital, los aportes y el nombramiento de los primeros administradores, y el segundo, que también es parte del pacto social, contiene las reglas fundamentales de la estructura y del funcionamiento de la sociedad.

Broseta Pont⁷, por su parte, no hace la diferencia entre el pacto social y el estatuto, pero sí diferencia entre la escritura pública y el estatuto, siendo cosas distintas, ya que mientras la finalidad de la escritura es contener el contrato plurilateral de sociedad, crear la sociedad y establecer una relación jurídica entre los socios, la finalidad fundamental de los estatutos, es establecer las reglas imprescindibles para el funcionamiento corporativo de la sociedad. Se ha dicho por ello que, mientras la escritura es el germen de vida de la sociedad que afecta a la sociedad como contrato, los estatutos son la Carta Magna o régimen constitucional y funcional interno de la sociedad nacida y en funcionamiento, que afecta a la sociedad como corporación.

IV. DOMICILIO SOCIAL Y SUS IMPLICANCIAS

Para Sánchez Calero⁸, el domicilio tiene para las sociedades, como en general, para las personas jurídicas, un significado de primer orden, en cuanto cumple junto a otros elementos, una función identificadora de la persona jurídica, mediante su localización en un determinado lugar. Además, dado que la sociedad tiene su personalidad jurídica fruto de la creación del ordenamiento jurídico, necesita la concreción de domicilio, con mayor razón aún, que las personas físicas.

En opinión de R. Gay de Montella⁹, no es concebible en el terreno jurídico y comercial una sociedad de carácter internacional o apátrida, porque ningún Estado le concedería reconocimiento dentro de su territorio, y siguiendo esta consideración una sociedad ha de ostentar la determinación precisa de un domicilio, si no quiere ser considerada ilícita, ilegal o arbitraria.

Conforme al artículo 55 de la Ley General de Sociedades, el estatuto contiene obligatoriamente entre otros temas, el domicilio social, que es el lugar donde la sociedad desarrolla algunas de sus actividades principales según su objeto social, o donde instala su administración.

⁶ ELÍAS LARQZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano, la Ley General de Sociedades del Perú*, Trujillo, Perú, Editora Normas Legales S.A., Tomo I, primera edición, diciembre de 1999, pp. 23 y 24.

⁷ BROSETA PONT, Manuel, En: *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, año 1983, Quinta edición, p. 205.

⁸ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, Op. Cit., p. 257.

⁹ GAY DE MONTELLA, R., Op. Cit., p. 60.

La sociedad constituida en el Perú tiene su domicilio en territorio peruano, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero, siendo importante precisar que toda sociedad tiene un único domicilio estatutario, el cual consta inscrito en el Registro Público.

Para la Ley General de Sociedades, el domicilio social implica el señalamiento de una circunscripción territorial determinada, es decir, una ciudad o provincia específica, siendo la sede social a diferencia del domicilio, el lugar preciso en el que la sociedad realiza sus actividades, o instala su administración. Es por ello que si se está dentro de la misma circunscripción territorial, una variación de la sede social no implica variar el domicilio social.

Respecto a las sociedades constituidas en el Perú, estas deben establecer domicilio en el territorio nacional, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y fijen su domicilio fuera del país. Pueden sin embargo, constituirse sociedades en el Perú, que desarrollen su objeto en el extranjero, en cuyo caso fijarán su domicilio fuera del país.

En cuanto a los efectos que se derivan de la fijación del domicilio social, estos son los siguientes:

- 1.- Debe inscribirse la Sociedad en el Registro Público del domicilio social.
- 2.- En el domicilio establecido, se deben hacer todas las publicaciones.
- 3.- En el domicilio, deben sesionar los órganos sociales, salvo autorización distinta, contenida en el estatuto.
- 4.- El domicilio determina las dependencias en las que tendrá que cumplir con obligaciones de índole fiscal o administrativo.
- 5.- El domicilio determina la jurisdicción aplicable y la competencia de los jueces para los efectos de la iniciación de procesos judiciales y para el reconocimiento de la sede arbitral en su caso.

Finalmente en este tema, es pertinente referirnos a la precisión que hace Ricardo Beaumont¹⁶, en el sentido que quede perfectamente claro que no se debe confundir el "domicilio" con la "dirección", ya que el domicilio es la zona geográfica, ciudad, provincia que sirve de lugar de instalación y ubicación de una sociedad y ordinariamente de la empresa de la que ella es titular y tiene conexión con la competencia de los jueces y el periódico donde se hacen las publicaciones, así como la fijación de la autoridad política, municipal, tributaria y otros.

V. CLASES DE ACCIONES Y TIPOS DE ACCIONISTAS

La Ley General de Sociedades, en su artículo 88, permite que dentro de una sociedad anónima puedan coexistir clase de acciones que se diferencian por los derechos que correspondan a sus titulares, en las obligaciones a su cargo o en ambas cosas a la vez, pudiendo crearse estas clases de acciones en la escritura pública de constitución o, posteriormente, por acuerdo de la junta general. Sin embargo, todas las acciones de una clase gozarán de los mismos derechos y tendrán a su cargo las mismas obligaciones. Adviértase al respecto la diferencia con el actual artículo 105 de la Ley 16123, modificada por el Decreto Legislativo 311, que permitía la diferenciación de una clase con otra, ya sea en el monto del valor nominal o en el contenido de derechos. Asimismo, se ha normado dentro del mismo artículo 88 de la Ley General de Sociedades el proceso de eliminación de cualquier clase de acciones, y la modificación de los derechos y obligaciones de las acciones de cualquier clase, exigiendo el previo cumplimiento de los requisitos para la modificación de estatutos, la aprobación

¹⁶ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, Lima, Perú, Gaceta Jurídica, Quinta edición, Mayo de 2005, p. 131

previa en junta especial de los titulares de las acciones de la clase que se elimine, o cuyos derechos y obligaciones se modifiquen, y en su caso la aprobación de quienes se vean afectados con dicha decisión, comprometiéndose con ello a la sociedad, otros accionistas o terceros.

Asimismo, la Ley General de Sociedades permite en su artículo 88 que a través del estatuto se establezcan supuestos para la conversión de acciones de una clase en acciones de otra clase, sin que se requiera un acuerdo de junta general o de junta especiales, precisando que solo será necesaria la modificación estatutaria si como consecuencia de la conversión desaparece una clase de acciones.

En cuanto a los tipos de accionistas, en función a la titularidad de las acciones cualquiera que sea su clase, estos se clasifican de acuerdo a los siguientes criterios:

- a) Por el tipo de acciones que posee, se puede diferenciar entre los accionistas gestores, que son los titulares de las acciones suscritas con derecho a voto y que por tanto tienen un interés especial en participar en los órganos sociales e intervenir directamente en las juntas de accionistas que se pronuncien sobre la gestión social de cada ejercicio, y los accionistas-inversionistas que son los titulares de acciones sin derecho a voto, a los cuales fundamentalmente les interesa la rentabilidad de las acciones o las ventajas patrimoniales que han recibido, en compensación a la renuncia que han hecho de sus derechos políticos.
- b) Respecto al porcentaje de acciones que posee, podemos diferenciar entre los accionistas mayoritarios o de control, que son los que manejan la sociedad, de los accionistas minoritarios, que por tal condición tan solo gozan de ciertos derechos específicos, que están recogidos en la Ley General de Sociedades, dentro del contexto de una sociedad de capitales.
- c) Finalmente, respecto del domicilio del accionista, pueden existir accionistas, ya sea personas naturales o jurídicas, domiciliados en el país y accionistas no domiciliados, pero que por la condición de inversionistas extranjeros, deben tener registrado en la sociedad un domicilio en el exterior para los efectos de las convocatorias, informes, periódicos, o pago de dividendos, entre otros derechos.

VI. CONTROVERSIAS SOCIETARIAS Y SUS MODALIDADES DE SOLUCIÓN

Conforme hemos señalado en la introducción, en esta ocasión comentaremos únicamente las controversias internas que se pueden gestar en el seno de una sociedad, ya sea por conflictos entre la sociedad y sus accionistas, o por conflictos entre los accionistas entre sí, o a las controversias con los administradores, directores y gerentes, tanto actuales como a los que desempeñaron en el pasado tales cargos.

Respecto a sus modalidades de solución, estas pueden ser:

- a) Heterocompositivas, ya sea solucionables a través de procesos judiciales, siguiendo las vías que la propia Ley General de Sociedades señala, o por Arbitraje cuando existe en el pacto social o en el estatuto, convenio arbitral.
- b) Autocompositiva, que sería exclusivamente la transacción que es el acuerdo de voluntades que pone término a un conflicto, discrepancia o litigio haciéndose recíproca concesionar aunque ambas partes estén en el sano convencimiento de que a cada una de ellas le asiste la razón o la ley.

La diferencia fundamental entre las modalidades heterocompositivas y la autocompositiva radica en el hecho que en las primeras, la solución recae en un tercero, ya sea juez o árbitro, y en la segunda, son las propias partes las que se ponen de acuerdo extinguiendo el conflicto.

En cuanto a las situaciones que se identifican en la Ley General de Sociedades y que conllevan la iniciación de procesos judiciales y/o arbitrales en su caso, podemos señalar que a lo largo de todo el articulado de la Ley General de Sociedades, existen algunas situaciones críticas o controversiales que salvo que exista convenio arbitral obligatorio, se deberían solucionar a través de procesos judiciales que están puntualmente establecidos en la misma Ley y que, según los casos, se tramitan en distintas vías procesales. El resumen cuantitativo es el siguiente:

a)	Procesos no contenciosos	4
b)	Procesos de ejecución	4
c)	Procesos sumarísimos	18
d)	Procesos abreviados	15
e)	Procesos de conocimiento	2
Total:		43 casos

VII. EL CONVENIO ARBITRAL SOCIETARIO. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 48 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

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

El convenio arbitral puede ser insertado en un estatuto desde el mismo proceso de constitución de la sociedad, formando parte del estatuto desde el principio, o bien posteriormente puede ser incluido mediante modificación del estatuto con acuerdo aprobatorio de la junta general de socios. Una vez incluido, el convenio arbitral será obligatorio para la propia sociedad para solucionar sus controversias con sus propios accionistas, o entre estos entre sí, o para los conflictos con sus administradores, pero no se podrá utilizar este convenio arbitral para demandar a terceros. En este orden de ideas el arbitraje es la mejor solución a todo tipo de controversias internas, por sus conocidas ventajas de especialización, celeridad y flexibilidad, así como su confidencialidad. Como ya hemos mencionado anteriormente, existen diversas situaciones y casos específicos en los que la Ley General de Sociedades establece la vía procedimental para tramitar las pretensiones societarias, ya sea por la vía del proceso de conocimiento, abreviado, o por vía sumarísima, e incluso la no contenciosa.

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

Como bien señala Fernando Cantuarias¹¹ de la definición que da la Ley General de Arbitraje se desprenden los dos únicos requisitos esenciales del convenio arbitral; 1) la decisión de las partes de pactar el arbitraje; y 2) la determinación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los actuales o potenciales conflictos.

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

Sobre la forma del convenio arbitral, como ya se ha señalado, la ley establece que deberá ser escrito, bajo sanción de nulidad. Una excepción a la escrituralidad del convenio es la contemplada en el artículo 10 de la Ley General de Arbitraje, que establece que pese a la inexistencia de convenio, el arbitraje será válido cuando una parte somete la cuestión litigiosa a arbitraje y la otra se apersona sin oponerse a la jurisdicción especial. Sin embargo, se entiende que se ha formalizado por escrito, no solo por su efectiva inclusión en un documento impreso, sino cuando se desprenda dicha voluntad de un intercambio de cartas o cualquier otro medio de comunicación en que se deje constancia escrita de dicho sometimiento. Asimismo, no establece que se deba hacer por medio de escritura pública u otro documento público, bastará que esté por escrito en documento privado. En este orden de ideas, para Cantuarias¹² el artículo 10 para el arbitraje nacional, y el artículo 98 para el arbitraje internacional, están de acuerdo con la moderna corriente legislativa que postula reducir al máximo las formalidades del convenio arbitral.

El convenio arbitral goza de principalidad y separabilidad. Estas disposiciones significan que tiene siempre el carácter de negocio jurídico principal, así esté contenido en un documento en que confluyan otros, y no sigue la suerte del contrato en que puede estar incluido, pudiendo declararse la nulidad, ineficacia, resolución o rescisión del contrato o estatuto en el que está contenido sin que se afecte en lo más mínimo la vigencia y oponibilidad del convenio, conforme a lo establecido en los artículos 14 y 106 de la Ley General de Arbitraje.

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

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. En: *Arbitraje Comercial y de los Consumidores*, editado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Primera edición, abril de 2007, pp. 115 y 116.

¹¹ *Ibid.*, p. 116.

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

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

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

Enrique Elías¹² comenta, respecto del citado artículo:

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

De esta forma, la citada norma refiere que, de haberse incluido un convenio arbitral en el estatuto o el pacto social, toda posible "acción judicial" comprendida en la Ley General de Sociedades entre la sociedad, sus socios, administradores y terceros sometidos al estatuto, será ventilada en la jurisdicción de excepción, es decir, mediante arbitraje. Asimismo, si alguna de las partes involucrada en el litigio, cuestionamiento o declaración de derechos recurre a la vía judicial, le es aplicable inmediatamente la excepción de convenio arbitral contenida en el artículo 446 del Código Procesal Civil, según acertadamente comenta Enrique Elías.

En cuanto a la denominación de este tipo de convenio que nos lleva a un arbitraje, coincidimos con Leturia Rengifo¹³ quien sostiene que debido a que el convenio arbitral puede encontrarse en el pacto social, en el estatuto o cualquier norma equivalente, que entendamos provenga de un convenio de accionistas, la denominación de arbitraje societario es preferible a la de arbitraje estatutario, por cuando esta última podría generar la idea equivocada de que el convenio arbitral sólo puede insertarse en los estatutos de una persona jurídica.

Comentando el artículo 12 de la Ley General de Sociedades, Vidal Ramírez¹⁴ considera que el convenio arbitral incorporado en los estatutos es un acto plurilateral que obliga a los miembros de las personas jurídicas por cuanto, al constituirse como tales, sus miembros quedan sometidos a sus disposiciones estatutarias, como también los que con posterioridad voluntariamente adquieren la membresía, por lo que el arbitraje que eventualmente pueden entablar, no queda comprendido en la categoría de arbitraje forzoso.

Por su parte, Cantuarias¹⁵ señala que al mencionado artículo 12 de la Ley General de Arbitraje es una figura excepcional, ya que la propia ley permite que el convenio arbitral no se restrinja a las controversias surgidas respecto de una o más relaciones jurídicas determinadas sino que pueda

¹² ELÍAS LARCOZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano*, Trujillo: Normas Legales, 2000, p. 100.

¹³ LETURIA RENGIFO, Jorge Eduardo, En: *Apuntes acerca del Arbitraje Estatutario*, Artículo publicado en la Revista Peruana de Derecho de la Empresa No. 35, año XVII, Lima 2003, p. 93.

¹⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, Gaceta Jurídica, Lima, Perú, Primera edición, mayo de 2003, p. 53.

¹⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Op. Cit.*, p. 242.

referirse a cualquier controversia que las personas jurídicas pueden tener con sus miembros, socios o asociados, las que surjan entre estos respecto de sus derechos, los relativos al cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social. Entre otras palabras, el artículo 12 reconoce la validez de los convenios arbitrales estatutarios, y establece las materias máximas.

Por otro lado, a primera vista parece que la norma del artículo 48 de la Ley General de Sociedades fuera absoluta y general, pues como acción judicial puede entenderse toda opción, oportunidad u obligación que señala la Ley General de Sociedades en la cual se recurre a un juez. Esta interpretación extensiva, sin embargo, tiene en nuestra opinión, muchas debilidades y aspectos que en la doctrina han resaltado como poco eficientes, dando paso a una corriente más moderada y práctica. En efecto, en una primera lectura del citado artículo surgen dos interrogantes que dejan muchas dudas: la primera es si, efectivamente, todas las acciones judiciales contempladas en la Ley General de Sociedades deben ser tramitadas por arbitraje, incluso las no contenciosas y ejecutivas. La segunda interrogante es si todas las pretensiones de terceros y acreedores contra la sociedad o contra los socios deben ser tramitados a través de arbitrajes, teniendo en cuenta que la norma señala que el arbitraje es aplicable a la sociedad, a los socios, administradores, ex-administradores y terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral. En ambos casos consideramos que no.

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

Es el caso que en la Ley General de Sociedades se establecen numerosas situaciones que, en defecto de los socios, administradores o de la misma sociedad, deben ser solicitadas o exigidas en un proceso no contencioso, por ejemplo, las contenidas en el artículo 119, en el cual se regula la convocatoria judicial de la junta obligatoria anual por el titular de una sola acción, el artículo 117 sobre la facultad de las minorías a convocar judicialmente a junta, o la solicitud judicial de una copia certificada de un acta, incluida en el artículo 137. En todos estos casos la LGS ordena el proceso no contencioso, y en nuestra opinión, pese a la existencia de convenio arbitral, es facultad de la parte interesada recurrir a un árbitro o al Poder Judicial. La razón es de índole práctica, pues ante un proceso que tiene actividad probatoria mínima, y en el cual no hay contradicción, pues simplemente se suplanta la voluntad de un órgano societario, no se activa el convenio arbitral y puede perfectamente recurrirse al juez. A esto debemos sumarle la poca conveniencia de recurrir a un proceso arbitral, dado que el proceso de instalación es lento, teniendo que designarse árbitros, estos nombrar a su vez a un presidente, elaborar el acta de instalación y las reglas del proceso, sin mencionar el costo, que puede ser proporcionalmente superior a la tarea encomendada. Al respecto, Elías⁷ señala:

"Cabe destacar que aun cuando en el pacto social o en el estatuto se hubiese incorporado un convenio arbitral, las circunstancias y la finalidad que motivan algunos de los procedimientos reservados al Poder Judicial hace inviable el sometimiento a un arbitraje. Tal es el caso, por

⁷ ELÍAS LARROZA, Enrique, Op. Cit., p. 100.

ejemplo, de la convocatoria judicial a junta de accionistas a pedido del titular de una sola acción con derecho a voto o de la expedición de una copia certificada del acta de la junta de accionistas de una sociedad anónima, entre otras”.

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

La misma norma nos da una respuesta, pues la principal contratación en la cual un tercero se haya sometido a la cláusula arbitral de forma automática es cuando se incorpora como socio, y en la hipótesis que después transfiera sus acciones, o ejerza el derecho de separación, podrían surgir controversias derivadas de este hecho, o del periodo en el cual fue accionista. En estos casos, el socio ya no es tal, pasa a la condición de tercero, sin embargo se encuentra sometido al arbitraje estatutario, Elías Larroza señala⁹:

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

Otro de los supuestos de terceros sometidos al arbitraje estatutario se da cuando en un contrato de asociación en participación se involucra a la sociedad como asociante y a una o más personas jurídicas o naturales, como asociados. En estos casos, la resolución de controversias entre las partes se puede llevar a cabo mediante arbitraje, para lo cual es legalmente posible pactar como medio aplicable el convenio arbitral societario establecido en el estatuto de la sociedad asociante.

Finalmente, para concluir con este punto del convenio arbitral societario, corresponde analizar y por qué no criticar, el texto del artículo 48 de la Ley General de Sociedades siendo nuestra opinión que debió partir de una expresa referencia al artículo 12 de la Ley General de Arbitraje, que es en realidad su sustento legal, y la norma que lo califica como una figura de excepción, ya que a diferencia de los convenios arbitrales bilaterales en los cuales primero se identifican a las partes, y luego se especifican las relaciones jurídicas respecto de las cuales se arbitrará las controversias, ya que de lo contrario son nulos, en los convenios arbitrales societarios la situación es diferente y especial, por las siguientes razones:

- No es posible identificar a las partes de una potencial controversia, ya que tanto los accionistas, como los administradores y los terceros adherentes pueden cambiar en el tiempo.
- Asimismo, tampoco es posible especificar las controversias intersocietarias, en razón a que el artículo 12 de la Ley General de Arbitraje en el cual se establecen las materias máximas, resulta ser muy amplio, toda vez que incluye a las controversias que surjan respecto de los derechos de los accionistas, las relativas al cumplimiento de los estatutos y a la validez de los acuerdos y las demás controversias que versen sobre materia relacionadas con las correspondientes actividades, fin u objeto social.

⁹ ELÍAS LARROZA, Enríque, Op. Cit., p. 102.

De otro lado, hay que tener en cuenta que el artículo 48 no es una norma imperativa, razón por la cual la inclusión del arbitraje en el pacto social, en el estatuto o en un convenio de accionistas es potestativa.

Tampoco nos señala el artículo 48, que el arbitraje sea de derecho, por tanto, para que así sea, que es lo recomendable y lógico, el pacto social el estatuto y en su caso el convenio de accionistas tendrá que así establecerlo. De lo contrario, aplicándose el artículo 3 de la Ley General de Arbitraje, se entenderá que es de conciencia.

Finalmente, el artículo 48 deja en libertad a los socios fundadores estipular en el pacto social, en el estatuto o en el convenio que el arbitraje sea institucional o ad-hoc, siendo más conveniente a nuestro modo de ver el primero de ellos.

VIII. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y SU APLICACIÓN A LOS CONFLICTOS INTERSOCIETARIOS

Es pertinente recordar que cuando en la primera parte nos referimos al marco legal de la Ley General de Arbitraje este regula tres tipos de arbitraje, el arbitraje nacional, el arbitraje internacional y el arbitraje extranjero. Siguiendo en este tema a Gonzalo García Calderón¹⁹, a diferencia del arbitraje nacional, en donde todos los elementos de una relación jurídica tales como el domicilio de las partes y de los árbitros, el lugar del arbitraje, la ley aplicable y el fondo del asunto están vinculados a un Estado en particular, en el arbitraje internacional algún o algunos de los elementos, materiales o adjetivos de litigio tienen relación con un país distinto de aquél al que están conectados los demás.

El artículo 91 de la Ley General de Arbitraje establece con precisión que un arbitraje será internacional si las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en estados diferentes y también si el lugar del arbitraje o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del estatuto en el que las partes tienen sus domicilios. Para García Calderón²⁰, nuestra legislación precisa que es el domicilio, el factor de conexión, para considerar un arbitraje como de naturaleza internacional.

En consideración a lo anteriormente expuesto, si la sociedad tiene su domicilio social en el Perú, y tiene accionistas que desde la constitución o por su ingreso posterior, domicilian en el extranjero, conforme al artículo 91 de la Ley General de Arbitraje, el arbitraje será internacional, pero con sujeción al marco legal establecido en la Sección Segunda de la Ley General de Arbitraje. También lo será, por el hecho que el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica, será en el Perú.

En ese orden de ideas, la territorialidad del arbitraje está determinada por el domicilio de la sociedad en cuyo pacto social o estatuto se ha incluido el convenio arbitral.

Si la sociedad desarrolla su objeto social en el Perú, o si aquí tiene instalada su administración, será considerada para todos los efectos, domiciliada en el país.

IX. REGLAS APLICABLES AL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Conforme al artículo 90 de la Ley General de Sociedades, considerando que el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de la República, no se aplicará las siguientes reglas:

Artículo 92.- Sobre arbitraje del estado en temas financieros.

¹⁹ GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *En El Arbitraje Internacional* (publicado por CECOSAM S.A., Lima, Perú, año 2006, p. 41).

²⁰ *Ibid.*, p. 53.

Artículos 127 y 129.- reconocimiento y ejecución de laudos emitidos en el extranjero.

Artículo 128.- ejecución de laudos extranjeros aplicando tratados internacionales.

Artículos 130 y 131.- procedimiento de reconocimiento de laudos emitidos en el extranjero.

En cuanto a las reglas procesales básicas del arbitraje internacional, estas son las siguientes:

- Trato equitativo a ambas partes, con igualdad y plena oportunidad para que hagan valer sus derechos.
- Plena libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el Tribunal.
- Facultad del Tribunal para decidir sobre la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.
- Las partes podrán escoger libremente el idioma que haya de utilizarse.
- Facultad de determinar el contenido y plazos de la demanda y la contestación.
- El Tribunal decidirá si ha de celebrarse audiencia de pruebas o de informes orales.
- Salvo pacto en contrario de las partes, el Tribunal podrá nombrar peritos.
- El Laudo deberá constar por escrito. Tratándose de arbitraje colegiado, bastaría que sea firmado por la mayoría entendiéndose que el árbitro que no firmar se adhiere a lo decidido por la mayoría.
- Si el Laudo Arbitral Internacional ha sido dictado dentro del territorio, solo procede recurso de anulación, por alguna de las causales establecidas en el artículo 123 de la Ley General de Arbitraje.

X. LISTADO DE POTENCIALES CONFLICTOS INTERSOCIETARIOS QUE SE VENTILARÍAN EN ARBITRAJES INTERNACIONALES CUANDO LOS ACCIONISTAS-INVERSIONISTAS TENGAN DOMICILIO EN EL EXTRANJERO

Entre los temas generales podemos considerar los siguientes:

- Problemas propios de control de la sociedad, con sus accionistas mayoritarios y/o minoritarios o entre estos entre sí.
- Los que surjan respecto a los derechos de los accionistas frente a la sociedad.
- Conflictos relativos al cumplimiento de los estatutos o validez de los acuerdos societarios.
- Conflictos relativos a las actividades económicas, fin u objeto social.

Entre los temas específicos, podríamos considerar los siguientes:

- Sobre otorgamiento de escrituras públicas.
- Sobre la obligación de los accionistas por los aportes.
- Pretensión de nulidad del pacto social o de la escritura de constitución.
- Cobranza a los accionistas morosos, de los dividendos pasivos.
- Ejecución de garantías.
- Convocatoria a solicitud de los accionistas.

- Impugnación de acuerdos de juntas de accionistas.
- Derecho de oposición a la reducción de capital y a la fusión y escisión.
- Declaración judicial de la quiebra de la sociedad.
- Nulidad de la fusión y escisión después de inscrita.
- Las pretensiones sociales e individuales de responsabilidad de los directores y gerentes.
- Pretensiones indemnizatorias en los que la sociedad, algunos de sus órganos o el accionista, sean sujetos activos o pasivos.
- Pretensiones de los obligacionistas, sobre nulidad de emisión o de acuerdos, pago de intereses o de reembolso.
- Nulidad de acuerdos societarios en general.

Respecto de los temas específicos, la lista que se ha hecho es meramente enunciativa y no taxativa, ya que los procesos podrían ser de diversa índole y naturaleza.

Finalmente, a manera de resumen, podemos reafirmar que aún cuando las sociedades tengan su domicilio en el país, si fuera el caso que alguno de sus accionistas esté domiciliado en el extranjero, las controversias que eventualmente pudieran suscitarse con la sociedad se sujetarán a la ley peruana, pero se tramitarán según la normatividad de los arbitrajes internacionales contenidas en la sección segunda de la Ley 26572 o Ley General de Arbitraje, y deberían ser arbitrajes de derecho, para lo cual habría que hacer esa precisión en el convenio arbitral incorporado en el pacto social, en el estatuto o en un convenio de accionista debidamente registrado y reconocido por la sociedad.