

# UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS



**UCA**  
Universidad  
Centroamericana

Investigación monográfica para optar al título de  
Licenciatura en Derecho

“Campo de aplicación del arbitraje durante  
la existencia de la sociedad anónima”

Presentado por:

Br. Norma Carolina Jaen Hernández

Br. Daniela Alejandra Matus Espinoza

Tutora:

Msc. Teresita María José Zapata Chavarría

Managua, Nicaragua 2019

## CARTA DE APROBACION

### DEL TRABAJO DE INVESTIGACION O MONOGRAFIA

La suscrita Profesora TERESITA MARIA JOSE ZAPATA CHAVARRIA. Tutora de las estudiantes Daniela Alejandra Matus Espinoza y Norma Carolina Jaen Hernández, hace constar que la investigación titulada “**Campo de Aplicación del Arbitraje Durante la Existencia de la Sociedad Anónima**” realizada en el segundo semestre del año dos mil diecinueve, tiene la aptitud, pertinencia y calidad científica requerida como forma de culminación de estudios.

Por lo anterior y de conformidad con la Normativa Sobre las Formas de Culminación de Estudios de la Licenciatura de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, autorizo a que la referida investigación sea defendida ante un tribunal evaluador

En la Ciudad de Managua, a los veintiocho días del mes de Octubre del año dos mil diecinueve



Msc. Teresita María José Zapata Chavarría

TUTORA

## Dedicatoria

A Dios, porque sin él no soy nada.

A mi padre, Enrique, por aconsejarme mientras la vida se lo permitió.

A mis dos madres, Elieth y Teresa, porque con su apoyo, dedicación y ejemplo me han convertido en la mujer que soy.

*-Norma Carolina Jaen Hernández*

A Dios y a la Virgen, por darme la sabiduría, paciencia y perseverancia para culminar esta etapa.

A mis padres y hermanos, por ser el motor de mi vida que con su apoyo incondicional me han forjado.

A mis abuelas, por el amor y ejemplo que han inculcado en mí.

*- Daniela Alejandra Matus Espinoza*

## Índice

Objetivos .....	1
Introducción.....	2
1. Aspectos Generales del Arbitraje .....	5
1.1 CONCEPTO DE ARBITRAJE .....	9
1.2 CARACTERÍSTICAS.....	14
1.3 NATURALEZA JURÍDICA .....	15
1.3.1 Teoría privatista o contractualista .....	15
1.3.2 Teoría jurisdiccional o procesal.....	17
1.3.3 Teoría intermediaria o mixta .....	18
1.3.4 Teoría autónoma.....	19
1.4 TIPOS DE ARBITRAJE .....	20
1.4.1 Arbitraje de Derecho.....	21
1.4.2 Arbitraje de equidad.....	22
1.5 MODALIDADES DE ARBITRAJE.....	24
1.5.1 Arbitraje ad-hoc.....	24
1.5.2 Arbitraje institucional.....	25
1.6 COMPETENCIA ARBITRAL .....	26
1.7 IMPUGNACIÓN .....	30
2. Sociedades Mercantiles y la Cláusula Arbitral.....	32
2.1 CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES .....	33
2.1.1 Personalistas .....	34
2.1.2 De capital.....	34
2.2 SOCIEDAD ANÓNIMA.....	35
2.2.1 Generalidades de la sociedad anónima .....	37
2.3 EL PACTO ARBITRAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.....	40
2.3.1 Cláusula Compromisoria.....	42
2.3.2 Compromiso Arbitral .....	43

2.3.3 Efecto jurídico de la cláusula arbitral .....	44
2.4 ARBITRAJE SOCIETARIO .....	46
3. Campo de Aplicación del Arbitraje en las Sociedades Anónimas .....	53
3.1 IMPUGNACIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES MEDIANTE ARBITRAJE..	53
3.1.1 Conflictos sociales arbitrables.....	53
3.1.2 Arbitraje voluntario .....	57
3.1.3 Arbitraje Forzoso o Impositivo.....	59
3.2 CONFLICTOS SOCIETARIOS OBJETO DE ARBITRAJE .....	61
3.3 EXCEPCIONES .....	70
3.3.1 Excepción del artículo 261 del Código de Comercio.....	70
3.3.2 Excepción de los artículos 212 y 213 del Código de Comercio .....	71
3.3.3 Excepción del artículo 252 del Código de Comercio.....	72
3.3.4 Excepción de los artículos 273 y 278 del Código de Comercio. ....	72
3.4 DELIMITACIÓN DE LA ARBITRABILIDAD DE CONFLICTOS SOCIALES A LA LUZ DEL ARTÍCULO 334 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. ....	73
Conclusiones.....	74
Recomendaciones.....	75
Referencias Bibliográficas .....	76
<b>Anexos</b> .....	85
Anexo No. 1: Sentencias.....	86
Anexo No. 2: Modelos de Cláusulas .....	130

## Objetivos

### Objetivo General:

Identificar los supuestos en los cuales el arbitraje será utilizado como método de resolución, al producirse un conflicto societario en las sociedades anónimas nicaragüenses.

### Objetivos Específicos:

- Reconocer los elementos esenciales del arbitraje como método de resolución alternativo de controversias aplicable a la producción de un conflicto social.
- Determinar que ha de entenderse por cuestión social a la luz de lo dispuesto en Código de Comercio con respecto a las Sociedades Anónimas.
- Delimitar el campo de aplicación del arbitraje en las sociedades anónimas, durante la existencia de la misma.

## Introducción

En Nicaragua, debido a grave situación de inestabilidad en todos los ámbitos y sumado a la antigüedad del Código de Comercio, el cual entró en vigencia en el año 1917 y que a la fecha rige las relaciones mercantiles en el país, el comercio se desarrolla en un grave ambiente de inseguridad jurídica que podría traer como consecuencia el retiro de inversiones y la caída inminente de la economía; esto puede evitarse o paliarse si los comerciantes cuentan con los conocimientos o la asesoría correcta.

Esto porque existen ciertas controversias que pueden ser sustraídas de la intervención estatal y resolverse de una manera imparcial, justa y totalmente regulada por las partes en conflicto, que al dedicarse al comercio necesitan una solución ajustada a Derecho o al giro propio de su negocio y que ésta sea dada sin dilaciones innecesarias.

En ese sentido, un tipo específico de esas controversias será el objeto de la presente investigación monográfica, de carácter documental en la cual, teniendo en cuenta que comerciante puede ser una persona o un grupo de personas que deciden dar vida a una persona (jurídica) distinta, más propiamente conocida como sociedad, se estudiará únicamente lo relativo a los conflictos que puedan suscitarse durante la vida o existencia de las sociedades anónimas.

Al estudiar estos conflictos societarios, nos encontramos con una disposición en el Código de Comercio en la cual, la ley establece que deben ser sometidos a un método de resolución alterna de controversias denominado arbitraje, misma que en principio pareciera no admitir excepciones, ya que utiliza el término “cuestión social”, sin embargo al realizar un análisis profundo de la norma, pueden observarse ciertos preceptos que contradicen lo anterior.

Ya que al utilizar la norma un término tan general y no definir que debe entenderse por tal, abre la puerta a este tipo de contradicciones o antinomias jurídicas, por ello nace la necesidad de investigar qué debe entenderse por cuestión social y cuáles son aquellas cuestiones sociales que pueden suscitarse durante la existencia de la sociedad anónima que por imposición legal deben ser sometidas a arbitraje.

Lo anterior con el fin de lograr un verdadero conocimiento de lo que constituye el arbitraje impositivo instituido por el Artículo 334 del Código de Comercio y de esta manera, como futuras profesionales del Derecho dar una asesoría completa y eficaz a cualquier sociedad (anónima) en la cual se produzca un conflicto y no se tenga certeza de la vía a la cual deba someterse el conocimiento del mismo.

Por ello, en la presente investigación, dividida en tres capítulos se abordará primeramente lo relativo a los aspectos generales de la figura del arbitraje, como lo son su concepto y definición, características, naturaleza jurídica, tipos o clasificación y lo relativo a los medios impugnatorios del mismo; con el fin de que el lector pueda ponerse en contexto con todo lo que implica que un conflicto sea sometido a arbitraje.

En un segundo capítulo se partirá de las generalidades de las sociedades mercantiles para luego estudiar lo relativo a las sociedades anónimas objeto de esta investigación y así determinar cuál es la disposición legal que instituye al arbitraje como forzoso cuando se trate de controversias nacidas durante la existencia de este tipo social y determinar si existen excepciones a esa norma; así mismo se intentará delimitar lo que significa el término “cuestión social”.

Finalmente, en un tercer capítulo se abordará lo relativo a los criterios que han de tenerse en cuenta para delimitar la arbitrabilidad de un conflicto social y así poder determinar a qué se refiere la norma nacional al hablar de cuestión social, que supuestos incluye y cuáles son sus excepciones; así mismo cuales son las medidas que los profesionales del Derecho deberían seguir para contrarrestar o evitar que la contradicción antes referida pueda causar algún perjuicio a las empresas o sociedades que asesoran.



Es necesario mencionar que a lo largo de esta investigación, se incluirá en cada apartado lo dispuesto en la legislación nicaragüense vigente, lo aportado por la doctrina nacional e internacional y se tratará de hacer referencia siempre a Derecho comparado y en algún caso, a lo contemplado en jurisprudencia extranjera.

De esta manera, se invita al lector a prestar atención a la investigación que a continuación se presenta, a comprobar todo lo dicho en ella y a tomar una postura propia en el tema.

## 1. Aspectos Generales del Arbitraje

La historia de Nicaragua ha estado marcada por numerosos conflictos y guerras, tanto a nivel interno como en sus relaciones internacionales; con el propósito de mejorar esta realidad, desde inicios de siglo se han venido instituyendo figuras jurídicas de resolución pacífica de controversias.

Estos métodos alternos de resolución de conflictos cada día toman mayor importancia en las relaciones contractuales de las personas tanto naturales como jurídicas. Esto ha traído consigo la suscripción y ratificación de convenios y la aprobación de leyes en materia de mediación y arbitraje, siendo estos dos de los principales métodos utilizados, pero no los únicos.

Al iniciar una investigación, es necesario conocer los antecedentes de la figura en estudio y por ello se abordará sólo lo relativo a la evolución del arbitraje en Nicaragua, específicamente su origen en congresos, tratados y convenciones; ya que existen indicios de la existencia de instituciones similares desde tiempos remotos, incluso en la misma Biblia, ya Pablo en la Primera Carta a los Corintios, les sugiere que en caso de conflictos, en lugar de acudir a los jueces, se nombre a uno de la comunidad para que arregle o dé solución a la disputa o injusticia cometida (1 Corintios 6, 1-6). Este pasaje bíblico no nos habla de una especie de mediación, sino que se refiere a un tercero que dará solución a la controversia y que no es un juez, esto vendría a ser lo que hoy se conoce como “Arbitraje”

Aterrizando a la realidad nacional, tenemos que inicialmente, el ordenamiento jurídico nicaragüense regulaba el tema del arbitraje en el Código de Procedimiento Civil, en su Título XIII llamado “Juicio por Arbitramiento”, mismo que normó esta figura por noventa y nueve años, desde su entrada en vigencia en 1906 hasta su derogación en 2005. Dicho cuerpo normativo regulaba lo referente al nombramiento

de los árbitros y las características que estos deben reunir, las cuestiones arbitrables, tipos de arbitrajes, forma en la que ha de desarrollarse el arbitraje y en la que se ha de emitir resolución (laudo).

A partir del año 2002, Nicaragua comienza a suscribir y ratificar tratados en materia de arbitraje a fin de mejorar las condiciones de inversión y actualizar su ordenamiento jurídico, dichos instrumentos internacionales fueron primeramente la Convención de Nueva York, Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), la cual según su parte introductoria tiene como objetivos los siguientes:

La finalidad principal de la Convención es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados partes a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Un objetivo secundario de la Convención es exigir que los tribunales de los Estados partes den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral (p.1).

Nicaragua se adhirió a dicha convención mediante Decreto Ejecutivo Número 26-2002, mismo que se encuentra publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 56 del 21 de Marzo de 2002.

Un segundo avance fue lo referente a la Convención de Panamá, Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial (1975), ratificada mediante Decreto Ejecutivo Número 54-2003 el cual fue publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 126 del 07 de Julio de 2003, la cual viene a establecer las pautas a seguir para la resolución (mediante arbitraje), de un conflicto comercial suscitado entre los países que integran la Organización de Estados Americanos (OEA) o entre los nacionales de estos y un Estado parte.

Por otra parte, otro de los avances en materia arbitral tuvo lugar en el año 1985, y consiste en que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), publicó la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, de la cual Rodríguez Roblero (2010), nos dice lo siguiente:

En esta Ley se unifica el proceso arbitral, optando por un sistema monista, que en este ámbito significa establecer una sola regulación tanto para el arbitraje nacional como el internacional. También se opta por dar más importancia al principio de autonomía de la voluntad, ser menos formalista y se elimina la exigencia de la protocolización notarial del laudo. Se reconoce la posibilidad de incorporar el convenio arbitral por referencia, la preferencia por el arbitraje de Derecho, y en general existe una presunción de arbitrabilidad (p.p. 20-21).

La ley modelo, viene a establecer pautas uniformes de arbitraje, es decir, todo lo que hasta ese momento se esperaba que contemplaran las legislaciones internas y de no hacerlo, su propósito era que estas lo incorporaran. Lo anterior constituye un hecho sumamente importante, por ser el documento en el cual se basó el legislador nicaragüense para la creación de la Ley de Mediación y Arbitraje (2005), norma legal vigente en Nicaragua, lo cual no es un caso aislado, ya que esta ley modelo según la Fundación Nicaragüense para el Desarrollo Económico y Social (FUNIDES) “ha servido de base para la reforma de las leyes de arbitraje en más de 60 países, incluyendo la mayor parte de América Latina” (2012, p. 2).

Es necesario mencionar que según datos obtenidos del sitio web de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI (2008), dicha ley modelo fue enmendada en el año dos mil seis, sin embargo al ser la Ley de Mediación y Arbitraje nicaragüense anterior a tales reformas, estas no fueron incorporadas o contempladas, por lo cual las mismas no serán abordadas a profundidad, aunque no se descarta la posibilidad de que sean recogidas en futuras reformas legislativas a la materia en estudio.

Los Doctrinarios Fernández Arroyo y Perales Viscasillas (2012) refiriéndose a la implementación de estas reformas indican que:

Las modificaciones operadas en la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional en el año 2006 han supuesto, como es fácilmente visible, una modernización del texto en materias de tanta importancia como la forma del convenio arbitral y las medidas cautelares. Sin embargo, es preciso subrayar que también se aprovechó la reforma para introducir otras modificaciones de gran calado desde la perspectiva de los principios básicos que rigen la institución arbitral bajo el texto de la CNUDMI (p. 39).

Así, estos autores resumen de manera general los aspectos reformados, siendo tal

vez lo relativo a la forma del convenio arbitral lo que más se relacione con la presente investigación, sin embargo al no ser parte del ordenamiento jurídico nacional, no se considera necesario desarrollarlas.

Consecuentemente en Nicaragua, la ley que rige al Arbitraje desde el año dos mil cinco, es la Ley de Mediación y Arbitraje (2005); la cual de conformidad al Artículo 1 de dicho cuerpo normativo, se fundamenta en el Derecho a la utilización de métodos alternos de resolución de conflicto.

Además de lo anterior, es necesario tener en cuenta que existen ciertas disposiciones aún vigentes en el Código de Comercio (1916) y en el Código Procesal Civil de Nicaragua (2015) [CPCN] relativas al Arbitraje y en especial a su aplicación en el ámbito societario, objeto del presente estudio, como las relativas a los límites de la jurisdicción civil contenido en el Código Procesal Civil de Nicaragua (2015) en el artículo 27, numeral 6:

Los juzgados y tribunales civiles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurran en ellos algunas de las circunstancias siguientes:

... 6) Por la existencia de acuerdo arbitral de las partes de someter el conflicto a procedimiento de arbitraje nacional o internacional o a otro método alternativo previo.

En el mismo sentido, el mencionado cuerpo normativo en sus artículos 45-47 aborda la posibilidad de que las partes promuevan la incompetencia del juez a través de la figura de la Declinatoria en los casos que deban ser sometidos a arbitraje y la manera en la que la resolución sobre este recurso ha de ser emitida. Así mismo, el Código Procesal Civil (2015) en su Artículo 96, contempla que las partes pueden desistir del proceso judicial para someterse a arbitraje, de igual manera este cuerpo normativo establece en su artículo 339 la forma en la que serán adoptadas las medidas cautelares durante el arbitraje, determinándolo de la siguiente manera:

Antes y durante el procedimiento arbitral, las partes podrán solicitar la adopción de medidas cautelares previstas en este Código a la autoridad judicial, demostrando la existencia del acuerdo arbitral.

Durante el procedimiento arbitral a solicitud de parte el tribunal arbitral podrá solicitar la adopción de medidas cautelares, previstas en este Código a la

autoridad judicial competente sin detrimento de lo previsto en la Ley N°. 540, Ley de Mediación y Arbitraje, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 122 del 24 de junio de 2005.

Las medidas cautelares caducarán de pleno derecho dentro de los treinta días de practicadas, si no se demuestra con certificación la providencia que da inicio al arbitraje o la etapa procedimental en que éste se encuentre, condenándose en tal caso a la persona peticionario al pago de los gastos, los daños y perjuicios causados.

Así puede afirmarse que el antecedente inmediato del arbitraje en Nicaragua sería el Código de Procedimiento Civil, el cual a la fecha no tiene aplicabilidad y el Código de Comercio en cuanto a arbitraje societario, de los cuales únicamente las disposiciones de éste último continúan vigentes ya que con la entrada en vigencia de la Ley de Mediación y Arbitraje en el año 2005 y el Código Procesal Civil de Nicaragua en el año 2016 lo normado por el primero fue derogado.

## 1.1 CONCEPTO DE ARBITRAJE

Al estudiar una figura jurídica es elemental conocer su definición a la luz de las normas jurídicas y la conceptualización que le han dado los doctrinarios, en ese sentido tenemos lo contemplado en la Ley de Mediación y Arbitraje (2005), estableciendo que arbitraje es:

Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que surge de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes delegan en un tercero imparcial llamado árbitro la resolución de sus controversia, y éste, siguiendo el procedimiento determinado previamente por las partes decide la controversia mediante un “laudo arbitral” que es de obligatorio cumplimiento para las partes (Artículo 24, literal a).

Esta definición, resulta bastante completa y compatible con lo dispuesto en ordenamientos jurídicos extranjeros, por ejemplo la legislación colombiana establece que “El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice” (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, 2012. Artículo 1).

Puede apreciarse que la legislación colombiana coincide con la nacional en lo referente a la necesaria voluntad de las partes de someter el conflicto a arbitraje y la designación de los árbitros por parte de las mismas, con la diferencia que la ley nicaragüense establece que el conflicto será resuelto bajo el procedimiento que los dueños de la controversia pacten; además es necesario mencionar que la citada norma extranjera prevé que serán resueltos "...asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice", lo cual en la doctrina se denomina arbitraje voluntario y arbitraje forzoso, mismos que serán estudiados con posterioridad.

En el mismo sentido Ecuador determina en su Ley de Arbitraje y Mediación (2006) que el arbitraje es:

...un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias (Artículo 1).

La definición proporcionada por la legislación ecuatoriana al igual que la nicaragüense no contempla la eventualidad que el arbitraje sea dado por imposición de ley, sin embargo esto no deja por fuera la posibilidad de que existan otras disposiciones legales que instauren el arbitraje forzoso en ciertas áreas o materias, como sucede en Nicaragua y será abordado en el transcurso de la presente investigación

De igual manera, se puede hacer referencia a la legislación Salvadoreña, en donde la Ley Mediación, Conciliación y Arbitraje (2002), en su Artículo 3 define al arbitraje como "un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual estará investido de la facultad de pronunciar una decisión denominada laudo arbitral".

A diferencia de la ley colombiana y la ley ecuatoriana, la norma salvadoreña al igual que la nicaragüense, menciona la forma en la que será resuelto el arbitraje, esta es mediante una resolución llamada laudo.

De lo dispuesto en estos ordenamientos jurídicos, es posible identificar tres elementos esenciales del arbitraje y estos son:

- Voluntad.
- Necesario nombramiento de un tercero imparcial.
- La existencia de un conflicto previo que habrá de ser resuelto mediante un laudo.

El elemento de la voluntad es esencial en el arbitraje ya que son las partes (dueñas del conflicto) quienes designan quién actuará como árbitro y dará solución a la disputa e incluso la manera en la que ha de hacerse; esta idea es reafirmada por la doctrina, al afirmar que:

El arbitraje es la institución de Derecho privado por la que los litigios, por voluntad de las partes, son sustraídos a la justicia estatal para ser resueltos por individuos revestidos de la potestad para juzgarlos. Es un medio, entre los muchos alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos, que busca la pacificación de los problemas con ciertas ventajas sobre el procedimiento judicial (Rodríguez Roblero, 2010, p.26).

El concepto anterior, permite identificar la necesaria existencia de un conflicto previo, ya que al ser un mecanismo de resolución de controversias es necesario que exista una para que el arbitraje pueda darse y resolverse mediante un laudo.

Por su parte Quintana Adriano (2010), siguiendo la misma línea, afirma que el arbitraje es "... una forma heterocompositiva, es decir, una solución al litigio, dada por un tercero imparcial, un juez privado o varios, generalmente designado por las partes contendientes" (p. 397).

Esto último coincide con la realidad nacional ya que habitualmente los árbitros son nombrados por los dueños del conflicto, sin embargo cuando estos se niegan a hacerlo o no se ponen de acuerdo, la norma prevé una solución y esta es la contenida en la Ley de Mediación y Arbitraje (2005):

...las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

A falta de tal acuerdo, se deberá proceder de la siguiente manera:

a) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los quince días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo



sobre el tercer árbitro dentro de los quince días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Juez Civil de Distrito.

b) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el Juez Civil de Distrito competente.

Cuando en un procedimiento de nombramiento de árbitros convenido por las partes, una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento; cuando las partes o dos árbitros no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento; o cuando un tercero, o el Centro de Mediación y Arbitraje, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento para efectuar ese nombramiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlos.

Toda decisión del tribunal o autoridad competente sobre las cuestiones encomendadas en el presente artículo será definitiva y no tendrá recurso alguno. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrán debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial (Artículo 33).

En el mismo sentido, González de Cossío (s.f) citando al doctrinario Charles Jarrosson expone que “el «arbitraje» es una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos.” (p. 3), conceptualización que recoge los ya mencionados elementos esenciales, la existencia de un conflicto, la intervención de un tercero como persona imparcial que resuelve la controversia y la autonomía de la voluntad que resulta al elegir las condiciones del arbitraje.

Así, es posible determinar que la figura del arbitraje consiste en un método mediante el cual las partes que se encuentran en conflicto, voluntariamente le otorgan a un árbitro la potestad de solventar su controversia mediante una resolución llamada “laudo”.

Ahora bien, teniendo una idea clara de lo que es el arbitraje y dada la naturaleza de la presente investigación, resulta necesario estudiar el concepto de arbitraje societario, a este respecto Ocón Mora (2017) plantea que este es:

Un proceso alternativo que propone la resolución de conflictos en esta materia

especifica –sociedades- al que podemos recurrir en caso de existir controversias que vinculen a los socios; el fin es obtener una solución en un proceso manejado por ellos (socios) por cuanto son quienes establecerán las condiciones del proceso (p. 5).

Si bien la autora deja clara la idea de que para ser considerado arbitraje societario, es necesario que la controversia objeto del mismo verse en torno a una sociedad (anónima en este caso), también abre la puerta a la discusión sobre si únicamente será tenido como tal si el conflicto involucra a los socios o si existen otros supuestos en los cuales éste método alternativo de solución de controversias será calificado como “societario”.

A este respecto Rodríguez Roblero (2010), al realizar un análisis del Derecho Proyectado Europeo indica que al arbitraje debe vérselo “como mecanismo útil y eficaz para resolver los conflictos que surjan entre la sociedad y sus socios, e incluso, si así lo prevén, en sus relaciones con los administradores” (p.241).

A partir de lo cual se podría decir que en principio será considerado societario si la controversia se encuentra relacionada con los accionistas en relación a su actividad social, pero que esto puede verse ampliado por disposición de los mismos, como el caso en que pacten mediante una cláusula o compromiso arbitral que un conflicto suscitado entre estos y sus administradores también deberá ser resuelto por arbitraje.

Lo mismo es soportado por Puelma Accorsi en su obra, al señalar que los conflictos societarios son “aquellos entre accionistas o entre estos y la sociedad y sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante la liquidación, que se promuevan con motivo y ocasión de la sociedad” (2011, p. 713).

Este último concepto, además aporta que el arbitraje societario será catalogado como tal cuando el conflicto se suscite durante la existencia de la sociedad e incluso en el proceso de liquidación, siempre que guarde relación con la misma; es necesario mencionar que para esta investigación es relevante únicamente lo relativo a las controversias suscitadas durante la vida de la sociedad.

Siguiendo la misma línea, Pérez Caruajulca (2018) citando a Montoya (2016) explica

que el arbitraje societario, “consiste en que puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre esta y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos” (pp. 180-181); este concepto viene a reforzar la idea de que si se pacta, otros conflictos que de alguna manera se relacionan con la sociedad, podrán ser resueltos mediante arbitraje y que el mismo será tenido como societario, es decir que también puede ser aplicado en la resolución de controversias entre los socios y órganos de administración, siempre que suceda a lo interno de la sociedad.

Partiendo de todo lo antes expuesto y siendo reforzado por lo desarrollado en el segundo capítulo de esta investigación, es posible afirmar que la figura del arbitraje en la sociedad anónima puede nacer de dos formas, la primera es a través de una cláusula en los estatutos de la sociedad o cláusula estatutaria y la segunda es a través de un compromiso arbitral, en el que las partes hayan decidido someter a arbitraje una controversia (ya existente), mismo en el que se pactarán las condiciones bajo las que se resolverá el conflicto societario originado.

Consecuentemente, siendo que la presente investigación busca determinar cuáles son los conflictos que pueden surgir en la sociedad anónima y que deben ser resueltos mediante la figura del arbitraje, puede afirmarse que el arbitraje societario es un método en virtud del cual ciertos conflictos que puedan surgir con posterioridad a la constitución de la sociedad, son sometidos a la autoridad de un árbitro bajo las reglas pactadas por los socios; con el propósito de que esta sea resuelta mediante un laudo, siendo esta una resolución de obligatorio cumplimiento.

## 1.2 CARACTERÍSTICAS

Partiendo del análisis anterior, el arbitraje se caracteriza de la siguiente manera:

- Es un método que se fundamenta en la voluntad de las partes, ya que

además de decidir someterse a la potestad del tercero imparcial, estas deciden las reglas bajo las cuales operará el arbitraje.

- El nombramiento de él o los árbitros recae en las partes, es decir que ellas deciden quién dará fin a su controversia y de no hacerlo, la ley prevé de qué manera ha de hacerse.
- Es necesaria la existencia previa de un conflicto, no cabe realizar un proceso meramente declaratorio en un arbitraje.
- El laudo que pondrá fin a la controversia debe ser cumplido y ejecutado por las partes.

### 1.3 NATURALEZA JURÍDICA

Una vez comprendidos el significado de arbitraje y sus elementos esenciales, resulta necesario abordar lo relativo a su Naturaleza Jurídica, es decir la razón de ser de tal figura; respecto a éste tema, la doctrina se encuentra dividida y han logrado explicarla mediante cuatro teorías, que a saber son:

#### 1.3.1 Teoría privatista o contractualista

Esta teoría sostiene que la figura del arbitraje, se compara con un contrato privado constituido como expresión de la voluntad de las partes, Orúe Cruz (2017) coincide con Castillo Freyre y Vásquez Kunze (2006) al reconocer que esta teoría le niega al arbitraje todo carácter jurisdiccional.

Es decir, que si el documento en el que se le otorgan las facultades al árbitro como designado para dirimir la controversia es privado, entonces la ejecución de su función así como la resolución final o laudo arbitral también será privado. En la misma línea, Rodríguez Roblero (2010), afirma que se considera que el arbitraje tiene una naturaleza contractual porque:

Son las mismas partes de un contrato quienes organizan voluntariamente la forma de resolver sus conflictos sobre materias de libre disposición,

permitiéndoles adecuar el proceso a los tiempos y a las necesidades del tráfico, convirtiéndolo en un instituto de Derecho dinámico. (p. 29).

Es decir que para esta teoría la sola manifestación de la voluntad de las partes al momento de pactar el sometimiento a arbitraje o las condiciones bajo las cuales se desarrollará, incluyendo el nombramiento de los árbitros, lo convierte un contrato, hace que se vuelva privado.

Otro doctrinario que aborda esta teoría es Rey Vallejos (2013), quien a su vez cita a René David y a Philippe Fouchard (1999), autores que consideran que:

El arbitraje se ha definido como un instrumento con el que se resuelve una controversia cuyo interés radica en dos o más personas, que se somete al conocimiento de árbitros que derivan sus poderes de un acuerdo privado, no de las autoridades de un Estado, y que deben resolver dicha controversia con base en el citado acuerdo (p. 205).

Esto significa que dada la manera en la que se origina el arbitraje (acuerdo privado) y al intervenir la autonomía de la voluntad, para estos autores el arbitraje tiene una naturaleza jurídica eminentemente contractual excluyendo todo rastro jurisdiccional, pues quienes resuelven del arbitraje son árbitros elegidos por las partes y no por el Estado.

Partiendo de la teoría privatista o contractualista, se entiende que al depender de la voluntad de las partes, aspectos tan importantes como la sujeción de la controversia al arbitraje y los términos en que este se desarrollara, el pacto arbitral y su resolución final (laudo) tienen una connotación privada; a pesar de que el elemento volutivo es un requisito inherente al arbitraje y que son las partes quienes deciden de manera privada las normas bajo las cuales este se desenvolverá.

Sin embargo es importante tener en cuenta que la función ejercida por el árbitro y los efectos jurídicos del laudo arbitral guardan relación con el ámbito jurisdiccional, por ejemplo al requerir que sea un juez ordinario quien tome las medidas preventivas o ejecutorias ligadas al arbitraje (Código Procesal Civil de Nicaragua, 2015. Artículo 339).

### 1.3.2 Teoría jurisdiccional o procesal

Esta segunda teoría analiza tanto la función del árbitro como el alcance jurídico del laudo arbitral y establece que estos tienen un fundamento Jurisdiccional, donde las partes acuden a este método con el objetivo de que un tercero imparcial solucione definitivamente su conflicto. Esta corriente sostiene que en el arbitraje se sigue un auténtico proceso (Bejarano, 2016, p. 389).

Referente a esta teoría, Orúe Cruz (2017), explica que en ella “se argumenta que la esencia del arbitraje se encuentra en la identidad de fondo con la función jurisdiccional del juez, establecida de forma excepcional y temporal por mandato de la Ley a los jueces privados que son los árbitros.” (p. 78), en relación a la supuesta función jurisdiccional que ejercen los árbitros, Castillo Freyre y Vásquez Kunze (2006), indican “que por medio del arbitraje se administra una justicia pero que esta no es igual a la que administra el Estado” (p. 276).

Es decir que a pesar que los árbitros desarrollen una función parecida a la jurisdiccional, no debe ser tenida como tal por que no es dada por ley o imposición del Estado sino por la facultad a ellos conferida por las partes.

Por ello, es posible afirmar que esta postura jurisdiccional o procesal, evidentemente se desarrolla en contraposición a la tesis contractualista mencionada, ya que deja por fuera el elemento del pacto o acuerdo por el cual se determina el nacimiento y la ejecución del arbitraje.

En la misma línea, esta teoría define arbitraje como:

...un procedimiento jurisdiccional sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos contractuales y extracontractuales a un cuerpo judicial colegiado integrado por árbitros, quienes transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos que una sentencia judicial (Gil Echeverry, 2003, p.21).

Evidente resulta afirmar que la teoría jurisdiccional o procesal equipara al arbitraje con un juicio especial en donde el laudo arbitral tiene autoridad de cosa juzgada. Ante ello, se considera que dicha teoría no reúne todos los elementos del arbitraje, pues si bien analiza el procedimiento arbitral, no toma en cuenta su nacimiento y el

establecimiento de las reglas bajo las cuales se llevará a cabo, situaciones de indispensable consideración para determinar la naturaleza jurídica del arbitraje.

### 1.3.3 Teoría intermediaria o mixta

Esta última teoría surge con el fin encontrar un balance entre las afirmaciones realizadas en las dos anteriores, ya que se logra identificar que el origen del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes, es decir en el ámbito privado pero que su legalidad deberá ser controlada en la jurisdicción común. A este respecto, Rodríguez Roblero (2010) indica que “los defensores de esta teoría mixta del arbitraje lo conciben como una justicia privada en la que el Estado brinda su poder coercitivo para reforzar el proceso arbitral en sus puntos débiles” (p. 30).

Lo anterior, puede apreciarse al realizar un análisis de la legislación nicaragüense ya que si bien, es necesario que el arbitraje se origine en un acto privado (pacto o compromiso arbitral), también se requiere la tutela de la jurisdicción ordinaria, por ejemplo en la ya mencionada imposición de medidas cautelares (Código Procesal Civil de Nicaragua, 2015, Artículo 339) y en lo relativo a la ejecución de laudos arbitrales.

De igual forma destaca Rodríguez (2013), que esta teoría supone que “la conjunción de la autonomía de la libertad de las partes y la función ejecutiva propia del Estado vienen a conformar lo que debe entenderse como arbitraje” (p.42). Así es posible identificar, en esta teoría, una conjunción entre la teoría contractualista y la jurisdiccional ya que reúne todos sus elementos a fin de analizar al arbitraje desde todos sus ángulos.

La teoría mixta o intermedia retoma los dos elementos esenciales para determinar la naturaleza jurídica del arbitraje, primero analiza el nacimiento del arbitraje mediante un acuerdo voluntario entre las partes materializado en un contrato y a su vez, reconoce como segundo elemento el desarrollo del procedimiento arbitral vinculado a un carácter jurisdiccional, manifestado en la ejecución y medidas cautelares, siendo esta hasta ahora la teoría más completa a la luz de la presente

investigación por retomar ambos aspectos característicos del arbitraje.

#### 1.3.4 Teoría autónoma

Como última teoría tenemos a la denominada “autónoma” y la doctrina nos plantea que:

“Según esta postura, la naturaleza del arbitraje debería ser determinada, de hecho y de derecho, atendiendo a su práctica y finalidades. En este orden de ideas, el arbitraje no puede clasificarse como eminentemente contractual o jurisdiccional, ni siquiera como una institución con carácter mixto. Esta postura propugna por un reconocimiento del arbitraje en razón a lo que en él se hace, a lo que apunta y a cómo y por qué funciona de la manera en que lo hace. En esta perspectiva, se reconoce que las normas aplicables al arbitraje se han desarrollado exclusivamente para permitir su adecuado funcionamiento” (Rey Vallejo, 2013, p. 208).

Es decir que esta teoría supone que independientemente de la manera en la que nace el arbitraje o la forma en la que se desarrolla, lo que verdaderamente marca su razón de ser o naturaleza jurídica es el fin, el propósito que persigue, es decir una resolución pacífica a la controversia y que las reglas pactadas buscan únicamente solucionar una disputa en la forma que las partes decidieron aunque el fondo sea dirimido por un árbitro, nombrado exclusivamente para resolver la misma.

Partiendo de lo antes expuesto, esta teoría supone que el arbitraje posee elementos que deben ser evaluados con individualidad, siendo estos:

- Finalidad del Arbitraje
- Porque de su funcionamiento
- Cómo funciona el arbitraje

En cuanto a esta teoría, González de Cossío (2014) plantea que:

...es una versión refinada de la teoría mixta. Si bien reconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, cambia el foco de atención de los mismos. En lugar de darle más peso al papel que el derecho de la sede del arbitraje puede ejercer y a la autonomía de la voluntad de las partes, se enfoca en el medio legal y empresarial donde las partes acuerdan a participar en el procedimiento arbitral (p. 135).

Es decir que dejando de lado su origen, sólo toma en cuenta el propósito que



persigue y por ser este el de solucionar una controversia, el arbitraje debe ser tenido como autónomo. En ese sentido, la naturaleza del arbitraje se estudia de forma autónoma evaluando su fin, razones y procedimientos de ejecución, así lo expone Martínez Manotas (2007) al afirmar que “El arbitraje puede ser determinado entonces mediante la observancia de su uso y finalidad. Se observa al arbitraje per se, por lo que busca, hace, cómo y por qué funciona” (p. 7).

Todo lo anterior permite plantear la idea de que independiente del nacimiento u origen del arbitraje y la manera en que los árbitros resuelvan la disputa en cuestión, lo que verdaderamente importa, su razón de ser es que busca poner fin a una disputa que afecta el desarrollo y la relación de las partes en conflicto, por ello su verdadera naturaleza jurídica es autónoma.

Una vez estudiadas las cuatro teorías que buscan explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, es necesario mencionar que nacieron del análisis o reflexión profunda de doctrinarios que analizaron uno o más elementos de esta figura jurídica, sin embargo por cuestiones de practicidad, resulta más adecuada la idea de encontrar la razón de ser del arbitraje en la finalidad que persigue ya que los elementos privatista y jurisdiccional siempre estarán presentes y en discordia.

#### 1.4 TIPOS DE ARBITRAJE

En el ordenamiento jurídico nicaragüense se encuentran regulados dos tipos de arbitraje, Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Equidad, así lo establece la Ley de Mediación y Arbitraje (2005) en su artículo 24 a los cuales define de la siguiente manera:

“Arbitraje de Derecho”: Se da cuando los árbitros resuelvan la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable.

“Arbitraje de Equidad” (“ex aequo et bono”): Se da cuando el Tribunal Arbitral resuelve conforme a sus conocimientos profesionales y técnicos.

Lo anterior hace posible afirmar que en relación a la composición del tribunal arbitral,

el arbitraje de Derecho deberá estar integrado únicamente por profesionales del derecho, no así para el arbitraje de Equidad, en el cual las partes pueden designar a profesionales expertos en la materia objeto del conflicto.

Como es posible apreciar, la norma establece definiciones concisas respecto a los tipos de arbitraje a fin de que sean tomados en cuenta al momento de pactar un arbitraje, determinando las condiciones especiales que deberán cumplir los árbitros en cuanto a profesión y conocimientos.

Esta clasificación existe para que las partes puedan convenir en el pacto o convenio arbitral a qué tipo desean someterse, tomando en cuenta el tipo de contrato y las posibles controversias que puedan surgir o en las que se encuentren.

#### 1.4.1 Arbitraje de Derecho

Conceptualizar cada tipo de arbitraje resulta necesario para esta investigación así como al momento de pactar el sometimiento de un conflicto a este método de resolución de controversias, por ello partiendo de lo establecido por la Real Academia española (2019), el arbitraje de derecho es un “procedimiento de arreglo de controversias en que el árbitro decide la cuestión litigiosa conforme a derecho o reglas jurídicas”, es decir que el árbitro, necesariamente debe ser un conocedor de la norma aplicable.

La idea antes mencionada, es reforzada por Ballesteros Panizo (2017), al afirmar que el arbitraje de Derecho “es aquel en el que el árbitro está obligado a aplicar la Ley para resolver sobre el fondo de la cuestión. Este laudo deberá estar jurídicamente fundamentado, debiendo respetar, en consecuencia, las normas Jurídicas vigentes al tiempo de dictarlo” (p. 52). Este autor además especifica que no sólo debe conocer la ciencia jurídica sino que en la resolución final debe especificarse y fundarse en la norma aplicable al caso concreto.

Lo anterior significa que sea cual sea el objeto o materia de disputa o controversia, si se encuentra pactado un arbitraje de Derecho, este será resuelto de acuerdo a lo establecido en la legislación vigente, la doctrina e incluso podría tomarse en cuenta

las demás fuentes del Derecho.

En ese sentido, Matheus López (2003) señala que “la decisión arbitral debe apoyarse en normas legales aplicables al caso” (p. 154). Flors Matíes (2019) coincide con este autor, respecto a que en el arbitraje de Derecho el árbitro deberá aplicar la legislación vigente para resolver el conflicto.

De igual manera plantea Guaia (2014) refiriéndose al arbitraje de Derecho que “... cuando se trata de la referencia a un sistema jurídico determinado- en su más exacta concepción, sólo admite los límites que las partes puedan haber acordado en su convención arbitral cuando la solución del caso, con esas restricciones, sea compatible con la ley aplicable” (p. 140).

Es necesario señalar que en el arbitraje de Derecho los que intervienen como árbitros deben ser exclusivamente Abogados, todo de conformidad a la Ley de Mediación y Arbitraje (2005) Artículo 30, el cual en su parte conducente establece que “En el caso de los arbitrajes de derecho, el tribunal deberá estar compuesto exclusivamente por abogados y resolverá las controversias con estricto apego a la ley aplicable”.

Este tipo de arbitraje requiere de mayor complejidad y estricto apego a la ley, el árbitro deberá actuar conforme a lo dictado por la ciencia jurídica. Esta modalidad de arbitraje es el que más se asemeja al actuar de un Juez en vía jurisdiccional.

Según indica Robleto Arana, en la práctica este tipo de arbitraje es el más común, por la decisión que toman las partes y debido a que en la mayoría de las ocasiones estos guardan silencio respecto a la elección del tipo de arbitraje y en consecuencia por estar así dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje (2005) el arbitraje de Derecho será el aplicable ante tal omisión. (Robleto Arana, C. Comunicación personal, 10 de Septiembre de 2019).

#### 1.4.2 Arbitraje de equidad

Referente a este segundo tipo de arbitraje, la Real Academia Española (2019) plantea que es un:

Procedimiento de arreglo de controversias en el que el árbitro decide de acuerdo a su saber y entender, aunque no puede emitir su fallo a partir de aplicaciones subjetivas, ni prescindir de normas jurídicas imperativas que afecten a la materia objeto de arbitraje.

Cárdenas Mejía (2003), refiriéndose a los antecedentes del Arbitraje de Equidad cita a Aristóteles, exponiendo que:

La historia del arbitraje muestra que desde un principio se previó la posibilidad de que el árbitro decidiera apartándose de las reglas normalmente aplicables. Esta idea ya aparece en la retórica de ARISTÓTELES cuando él mismo hace referencia a la equidad: “Es equidad perdonar los errores humanos, y mirar al legislador y no a la ley, al espíritu y no a la letra, a la intención y no a la acción, al todo y no a la parte, al carácter del actor a largo plazo y no en el momento presente, recordar lo bueno antes que lo malo, y el bien que uno ha recibido en lugar del bien que se ha dado, soportar ser herido, desear resolver una cuestión por palabras en lugar de acciones, y por último preferir arbitramento a juicio, porque el árbitro mira lo que es equitativo y el juez sólo lo que dice la ley, y por ello el primer arbitrador fue nombrado para que la equidad pueda florecer” (pp. 38-39).

Lo anterior significa que en este tipo, la cuestión debe ser resuelta en base a los conocimientos de los árbitros en la materia y sin fundarse en lo dispuesto en la legislación vigente, pero siempre respetándola; esta idea es reforzada por Larrea (2011) y Matheus López (2003) quienes coinciden en que en este tipo de arbitraje, quienes resuelven la controversia, deben hacerlo según sus conocimientos en el área o materia objeto del conflicto.

Es decir, su resolución debe fundarse en su área de conocimiento sobre la controversia que se está tratando de dirimir, esto nos permite identificar que en este tipo de arbitraje, el árbitro tiene más libertad en su decisión sin necesidad de motivarla, sin embargo el hecho que el árbitro no deba someterse estrictamente al contenido de normas legales, no lo exime de la debida diligencia y control sobre las normas de orden moral y social; así como el cumplimiento de las disposiciones legales relativas al arbitraje como tal.

Respecto a este tipo, Robleto Arana explica que “El arbitraje de Equidad es más eficiente cuando el conflicto se da en una sociedad personalista, por ejemplo, el caso de repartir dividendos entre los socios con aporte patrimonial y los socios industriales, en ese caso si es meritorio tomar en cuenta lo justo y lo equitativo para

el tema de dividendos, el Arbitraje de Equidad cabe más en las sociedades personalistas” (Robleto Arana, C. Comunicación Personal, 10 de Septiembre de 2019).

En sentido contrario, cuando se trate de una sociedad de capital, como más adelante se verá que es el caso de las sociedades anónimas, lo más conveniente es someter el conocimiento de una controversia a un arbitraje de derecho, ya que al ser un tipo social más regulado y al estar la mayoría de los giros sociales o negocios objetos de la empresa normados, es lo escrito lo más importante.

## 1.5 MODALIDADES DE ARBITRAJE

Otro punto de necesario análisis en esta investigación es lo relativo a las modalidades del Arbitraje, es decir la manera de ejecutar cada uno de los tipos de arbitraje antes mencionados, las modalidades referidas serán: Ad- hoc e Institucional.

Si en un pacto arbitral se define una modalidad de arbitraje como elemento fundamental, este se ejecutaría de una manera más eficiente, pues se delimitan las reglas aplicables y la metodología de desarrollo que este ha de tener.

### 1.5.1 Arbitraje ad-hoc

En cuanto a esta modalidad de arbitraje, Salcedo Flores (2012) afirma que:

En este tipo de arbitraje las partes tienen un protagonismo mayor, ya que son quienes acuerdan el procedimiento y el derecho aplicable a la solución de su conflicto. Se habla de un arbitraje ad hoc, estricto sensu que es aquel en que son las mismas partes quienes establecen las reglas de procedimiento bajo las cuales funcionará el tribunal y de un arbitraje ad hoc de tipo amplio en el que las partes hacen remisión a un reglamento previamente establecido, lo cual no hace que el arbitraje se convierta en institucional sino que continúa teniendo su carácter ad hoc (p. 24).

Bajo el Arbitraje Ad-hoc, las partes son quienes deciden las reglas del juego, es

decir el procedimiento que los árbitros han de seguir para resolver su controversia y la norma en la que se basarán para hacerlo; cabe mencionar que las partes o en el particular de esta investigación, la sociedad puede pactar las reglas al momento de suscitarse un conflicto o haber establecido previamente el protocolo a seguir.

En el mismo sentido, las partes favorecen el arbitraje ad-hoc cuando se desea tener un control del procedimiento arbitral, en lugar de estar sujetos a la administración o control institucional y cuando el monto de la controversia no es significativa, ya que el arbitraje se desarrolla de una mejor manera.

La doctrina en general, concuerda con lo antes mencionado y se puede establecer que una de las características esenciales de esta modalidad es que “A través del arbitraje Ad- hoc las partes lo regulan directamente y las mismas se abstienen de darle competencia a una institución para que administre el arbitraje, las partes determinan el procedimiento arbitral y derecho aplicable” (Orúe Cruz, 2017, p. 99).

La conveniencia de este tipo de arbitraje es cuestionable, depende de los conocimientos de las partes en el tema, ya que las reglas que estas convengan para la ejecución del arbitraje pueden no estar completas u omitir detalles importantes.

### 1.5.2 Arbitraje institucional

En esta modalidad de arbitraje “...existen centros de arbitraje especializados que disponen no solo de un reglamento que las partes conocen al momento de hacer la estipulación, sino cuentan además con toda la logística necesaria para el funcionamiento del tribunal” (Salcedo Flores, 2012, p. 25). Es decir que en esta modalidad las partes se someten a la institución como tal, a su reglamento, instalaciones y manera de operar.

Lo anterior puede complementarse al plantear que “el arbitraje institucional o administrado, permite a las partes solicitar a un tercero, sea este una persona física o jurídica, la designación de los árbitros y la administración en general del proceso arbitral” (Rodríguez Roblero, 2010, p. 81).

Así, el arbitraje institucionalizado libera a las partes de la necesidad de negociar o

plantear un reglamento de arbitraje, ya que su voluntad se ve respetada y ejecutada en la aceptación del reglamento respectivo. Se debe tomar en cuenta que la negociación y la redacción de una cláusula de arbitraje completa, podría significar un esfuerzo costoso, lento e incierto, sobre todo sin el asesoramiento de expertos, para un evento de una disputa que a menudo ni siquiera se logra, es por ello que al acudir al arbitraje institucional existen factores que agilizan la resolución de la controversia, como el hecho que exista un reglamento, del cual solo deban aceptarse sus términos.

En esta modalidad los dueños de un conflicto pactan acudir ante una institución especializada ya sea pública o privada para dirimir el conflicto en cuestión y estas administran el arbitraje estableciendo sus propias reglas de procedimiento.

Con ello, podría decirse que el Arbitraje institucional, está en una mejor posición con respecto al anterior ya que de esa manera se espera que el arbitraje se administre de una manera más adecuada, tomando en cuenta que las instituciones que brindan estos servicios cuentan con personal altamente calificado y experto en la materia.

## 1.6 COMPETENCIA ARBITRAL

Estudiar hasta donde llega la competencia arbitral para conocer de conflictos societarios, es un tema de interés en esta investigación, al respecto Figueroa Váldez (2014) indica que:

A la luz de la Ley Modelo de Uncitral, la autonomía de los árbitros internacionales se encuentra protegida frente a la intervención judicial, principalmente, a través de tres reglas que operan de manera coordinadas, esto es: i) Que la únicas intervenciones del Poder Judicial son aquellas previstas en la ley; ii) La autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral y el principio del Kompetenz-Kompetenz; y iii) La obligación de los jueces de declararse incompetentes, frente a una acción judicial relativa a una materia reservada a la decisión de los árbitros de acuerdo al convenio arbitral, lo que se conoce como el efecto negativo del principio de Kompetenz-Kompetenz (p. 71).

De lo cual es posible deducir que un elemento esencial en las funciones del tribunal

arbitral es la facultad de determinar su propia competencia para conocer del conflicto del cual tienen conocimiento en virtud de un pacto arbitral definido por las partes, ello se conoce en la doctrina arbitral como “Kompetenz –Kompetenz”.

Este principio, es esencial para evitar una posible controversia en el sentido que, si una de las partes cuestiona la competencia del tribunal para conocer del asunto, entonces se generaría una interrogante de que, si el tribunal se considera incompetente, entonces el laudo mismo sobre su propia competencia sería cuestionable.

Filártiga Cantero (2016) define al principio Kompetenz –Kompetenz como:

... la capacidad que posee el tribunal arbitral, derivada de la propia legislación e instrumentada en la cláusula compromisoria, para decidir sobre su competencia. Ahora bien, esta capacidad no es exclusiva del tribunal arbitral, pero sí es anterior a la justicia ordinaria. Es decir, lo que establece el principio es una prioridad temporal a favor del tribunal arbitral para expedirse sobre cuestiones de competencia (p. 4).

Con todo esto, el autor se refiere a que los árbitros, como personas destinadas a poner fin a una controversia, tienen la facultad de declararse incompetentes antes que su facultad para conocer el conflicto sea cuestionada ante los jueces ordinarios.

En esta misma línea de pensamiento Rubio Gerrero (s.f) indica que “El principio de Kompetenz-Kompetenz consiste en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral” (p. 101).

El autor anterior, además reconoce que el árbitro, para determinar su competencia, no sólo atenderá a lo dispuesto en la norma sino que, en el caso societario, debe observar lo establecido en el pacto arbitral, tanto en sus elementos esenciales como en sus limitaciones. Es decir que el árbitro debe tener en cuenta todo lo establecido en el pacto, por ejemplo sí se establece que el tipo a seguir es un arbitraje de Derecho y no posee conocimientos suficientes en la ciencias jurídicas, debe declararse incompetente; lo mismo sucede en los casos en los que se nombra a



árbitros específicos en el pacto arbitral.

Lo mismo ha sido retomado por Llain Arenilla (2004) quien instruye que:

...los árbitros tienen la facultad para fijar en forma preliminar quién posee la autoridad para fallar sobre el fondo de una determinada disputa. En este sentido, la decisión que tome un tribunal arbitral estará sujeta a la posterior revisión de las cortes nacionales (p.149).

Esto podría manifestarse en la eventualidad de que el árbitro se pronuncie en el sentido de que declare que la competencia sobre la controversia corresponde a los jueces ordinarios, en estos casos, lo dicho por el árbitro no es definitivo, sino que debe ser un juez el que decida y falle sobre la competencia.

Para lograr entender a mayor profundidad el principio Kompetenz-Kompetenz debe ser analizado junto al principio denominado “Principio de Autonomía del Acuerdo Arbitral”, el cual según Figueroa Valdés (2014) “permite a los árbitros resolver cualquier controversia sobre la existencia o validez del contrato principal que contiene el convenio de arbitraje” (p. 72). Es decir, que en caso que la controversia radique en el contrato donde se estipuló el pacto arbitral, si el efecto del laudo fuere la nulidad del contrato, esto no afectará a la cláusula arbitral.

Dichos principios no logran una explicación lógica si se estudian individualmente, y su relación se evidencia en lo siguiente:

Si ellos no existieran tratándose del Principio de la Autonomía, la nulidad del contrato principal acarrearía que el acuerdo arbitral (contrato accesorio), también fuere nulo; que, por su parte, si no existiera el principio del Kompetenz-Kompetenz, los incidentes sobre jurisdicción sólo podrían ser resueltos por la justicia nacional, con todo lo cual se vería frustrada la voluntad de las partes de acogerse a arbitraje (Figueroa Valdés, 2014 p.72).

La Ley de Mediación y Arbitraje (2005) recoge el principio competence-competence en su artículo 42 el cual en su parte conducente indica que “El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje” principio que como se indicó anteriormente no puede ser analizado de manera indistinta al principio de autonomía del pacto arbitral, es por ello que continua expresando el

artículo 42 lo siguiente:

A ese efecto, una cláusula arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no implicará la nulidad de la cláusula arbitral.

Es posible afirmar que la conjunción de ambos principios se hace presente como un recurso de protección de la autonomía de la voluntad de las partes, pues como se analizó anteriormente, sin la facultad del árbitro para decidir de su competencia habría que recurrir a la jurisdicción común para que resolviera del mismo, desvirtuando la voluntad de las partes; de igual manera, si el conflicto versa sobre un contrato en el cual se pactó una cláusula arbitral sin el principio de autonomía del pacto arbitral el laudo arbitral al declarar la nulidad del contrato recaería también sobre la cláusula arbitral.

El principio Kompetenz-Kompetenz es retomado por distintas legislaciones, tal es el caso de Guatemala, en donde la Ley de Arbitraje (1995) en su Artículo 21 indica que el Tribunal arbitral tiene la facultad para decidir acerca de su competencia, por lo que en la misma se contempla y desarrolla el mencionado principio. Por lo tanto, en arbitrajes desarrollados en Guatemala, los árbitros tienen claramente la facultad o el derecho de decidir sobre su propia competencia, cuando la misma se ponga en duda.

De la misma manera, la legislación Hondureña contempla el mencionado principio en la Ley de Conciliación y Arbitraje (2001), en su artículo 60, determinando que el árbitro es juez de su propia competencia, por lo que es él y no otro, quien define si es o no competente de conocer el asunto sometido a su consideración.

Finalmente Costa Rica contempla el principio Kompetenz-Kompetenz en la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (1977) en su artículo 37, el cual indica que “El Tribunal arbitral tendrá competencia exclusiva para decidir sobre las objeciones referentes a su propia competencia y sobre las objeciones respecto de la existencia o validez del acuerdo arbitral”.

## 1.7 IMPUGNACIÓN

Ahora bien, en lo referente a la impugnación del arbitraje societario o no, es necesario partir de que, el único recurso que puede ser promovido es el recurso de Nulidad y este ataca la resolución final o laudo arbitral dictado, así lo establece la Ley 540, Ley de Mediación y Arbitraje en su artículo 61.

Este debe ser interpuesto ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y sólo procederá cuando la parte solicitante pruebe que:

a) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje, estaba afectada por alguna incapacidad que vició su voluntad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera

indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley (Ley de Mediación y Arbitraje, 2005 Artículo 61).

También procederá cuando sea la Sala Civil, la que compruebe que:

Que según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o b) Que el laudo es contrario al orden público del Estado nicaragüense (Ley de Mediación y Arbitraje, 2005, Artículo 61).

Además de los supuestos anteriores, la precitada ley establece que el laudo arbitral será declarado nulo cuando no sea dictado en el plazo que las partes acordaron o en el establecido por ley.

Por lo anterior, puede afirmarse que además de existir un solo método de impugnación contra el arbitraje, este opera en casos específicos y previamente determinados en la norma, como lo son las cuestiones de orden público o

competencia.

Caso similar es el contemplado en la legislación de El Salvador, ya que la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (2002), en su Artículo 67 estipula que el único recurso que cabe en contra de los laudos arbitrales es el recurso de Nulidad, de igual manera en el Artículo 66 se expone que el recurso de Nulidad produce un efecto suspensivo hasta la resolución del mismo.

En el caso de la legislación de Guatemala, la Ley de Arbitraje (1995) en el Artículo 43 determina como único medio impugnatorio de laudos arbitrales al Recurso de Revisión, el cual deberá confirmar, revocar o modificar el laudo arbitral, en este caso, respecto a la resolución del recurso de revisión no cabe ningún tipo de recurso o remedio, pero este puede equipararse al recurso de nulidad contemplado en la legislación nicaragüense.

## 2. Sociedades Mercantiles y la Cláusula Arbitral

Teniendo claras las generalidades del arbitraje y dado que la presente investigación tiene estrecha relación con el arbitraje societario, es importante estudiar lo relativo a las sociedades mercantiles, en especial lo referente a la “Sociedad Anónima” y su necesaria vinculación con la Cláusula Arbitral.

En cuanto a las generalidades de las sociedades mercantiles, la legislación mercantil nicaragüense vigente, no establece una definición de estas, sin embargo atendiendo a la supletoriedad del Derecho Civil, el Código Civil de la República de Nicaragua (1904), en su Artículo 3175, contempla el concepto de Sociedad, otorgándole una connotación contractual, refiriéndose a ellas como el contrato en el cual, quienes pueden disponer de sus bienes o industrias (conocimientos o habilidades), los ponen en común con otras personas, con el objetivo de dividir el dominio de dichos bienes y así asumir pérdidas o ganancias que estos generen.

Siendo que lo anterior es la única disposición legal aplicable a la definición de sociedad en el ordenamiento jurídico, nos queda recurrir a la doctrina para intentar conceptualizarla, al respecto Robleto Arana (2006), explica que:

Un concepto amplio de Sociedad, sería el siguiente: “Es una asociación de personas que quieren conseguir una finalidad común a ellas, mediante la constitución de un tipo o clase de organización previsto por la ley. De esta manera tenemos una definición insegura, pero más flexible. En este concepto amplio, desaparece el ánimo de lucro como elemento esencial, con el propósito de dar cobertura dentro del contrato de sociedad a sociedades que carezcan de dicho propósito lucrativo (p.30).

Partiendo de este primer concepto, es posible afirmar que uno de los elementos característicos de las sociedades mercantiles, es que se crea con una finalidad específica, es decir que esas personas que deciden constituir una sociedad, buscan materializar un objetivo, tienen un propósito común y de acuerdo a lo establecido en

la definición otorgada por el Código Civil, están dispuestas a compartir ganancias y pérdidas que resulten de la puesta en práctica de ese fin.

Por su parte, Travis Arias (2016) considera que “una sociedad mercantil es una agrupación pactada de personas, que constituyen una unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, fines pertenecientes al comercio” (p. 68). Este doctrinario, nos deja ver que esa finalidad, cuando hablamos de sociedades mercantiles, debe girar en torno al comercio, es decir que la persona jurídica que se constituye, debe poseer un giro comercial.

Tanto de la definición brindada por la legislación nicaragüense como de los conceptos doctrinarios antes mencionados, puede inferirse que la sociedad mercantil debe ser constituida por un conjunto de personas y al estas unirse crean una distinta e independiente a ellas.

De esta manera, es posible conceptualizar a las sociedades mercantiles como personas jurídicas constituidas por un conjunto de personas (naturales o jurídicas) que deciden compartir o aportar sus bienes para lograr un fin o propósito común, estando dispuestos a soportar las pérdidas que esto les pudiere causar y a dividir las utilidades que les genere.

## 2.1 CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Una vez conceptualizado el término “Sociedades Mercantiles”, estudiar su tipología o clasificación es sumamente importante ya que esto permitirá aterrizar a la sociedad objeto de este estudio, a este respecto Orúe Cruz (2014) explica que “la doctrina y el Derecho comparado ha asentado que las Sociedades Mercantiles se dividen en sociedades Personalistas y de Capital o Capitalistas” (p.120).

Esta división o clasificación corresponde a la responsabilidad patrimonial que tendrán los socios respecto de la sociedad, es decir a sí estos responden de manera personal e ilimitada a las obligaciones de esta o si tal responsabilidad se circunscribe a su aporte social, para una mayor comprensión del tema, a

continuación desarrollaremos ambas tipologías.

### 2.1.1 Personalistas

Respecto a esta primera clasificación, Orúe Cruz (2014) nos dice que “Son personalistas aquellas en que los socios responden de las deudas sociales de manera personal o ilimitada y solidaria” (p. 120), es decir que en el supuesto de que exista una deuda, está deberá ser saldada con el patrimonio social pero si este no es suficiente, el patrimonio de los socios podrá ser atacado y tienen la obligación de cubrir el monto restante de la deuda.

En ese sentido, Robleto Arana (2006) plantea que dentro de las sociedades personalistas se comprenden la colectiva y en comandita simple; en cuanto a la responsabilidad de los socios nos explica que “son los que, en general, llevan directamente la gestión social y responden personalmente al pago de las deudas sociales cuando el patrimonio social sea insuficiente”( p. 36).

En el mismo sentido Monterrey Briceño (2017) expone que:

Dentro de las sociedades personalistas contenidas en el CC nicaragüense, nos referiremos en principio a las sociedades en nombre colectivo, que son denominadas también por el CC., como “compañías colectivas”, esto como un resabio de su antaño origen heredado de la legislación española y regulada en los artículos 133 al 191 del mencionado cuerpo normativo. (p. 63).

Por ello, es posible afirmar que se denominan personalistas porque la responsabilidad por deudas de la sociedad se extiende al patrimonio personal de cada uno de los socios y que dentro de esta clasificación se encuentran las sociedades colectivas y las sociedades en comandita simple; por esta razón y al estar relacionada la presente investigación únicamente con las sociedades anónimas, no se desarrollará más este apartado.

### 2.1.2 De capital

En cuanto a este tipo de sociedades, Valpuesta Gastaminza (2019) afirma que “una

sociedad de capital es aquella sociedad que basa su estructura organizativa en la cifra de capital y que limita su responsabilidad al patrimonio de la sociedad” (p. 29), es decir que posee un patrimonio independiente al de los socios y en caso que la sociedad deba responder a acreedores, únicamente lo hará con los bienes pertenecientes a esta y en ningún caso se verán afectados los bienes particulares de los socios.

En el mismo sentido Orúe Cruz (2014) explica que “las sociedades de capital tienen como factor común que los socios responden de las deudas de la sociedad limitándose al aporte social” (p.120), esto último significa que en las sociedades capitalistas los socios, en el supuesto de que se deba responder por una deuda, únicamente lo harán con el monto o cantidad de dinero o bienes aportados por ellos al momento de constituir la sociedad o de adquirir la calidad de accionistas con el fin de obtener ganancias y soportar pérdidas.

Por ello, resulta evidente establecer que las sociedades de capital son aquellas en las que los socios no responden de manera personal por las deudas de estas sino que lo hacen con el aporte o contribución dada a la sociedad en su constitución o al momento de entrar a formar parte de esta.

## 2.2 SOCIEDAD ANÓNIMA

Dentro de las sociedades mercantiles de capital se encuentran las sociedades anónimas, las cuales serán objeto de especial análisis en ésta investigación ya que se busca analizar el campo de aplicación del arbitraje en este tipo de colectividades.

Una sociedad anónima según el Código de Comercio de Nicaragua [Código de Comercio] (1916), se define como “una persona Jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo hasta el monto de sus respectivas acciones, administrada por mandatarios revocables, y conocida por la designación del objeto de la empresa” (Artículo 201).

De esta definición puede rescatarse que la sociedad anónima es una persona



distinta a la de los socios, con un patrimonio propio formado por las aportaciones de quienes se convierten en accionistas y la misma, es una sociedad de capital ya que frente a las deudas adquiridas por esta, los bienes personales de los socios no se verán perjudicados, únicamente se responderá con el capital aportado por ellos con el fin de desarrollar un giro o negocio.

Esta definición dada por la legislación nicaragüense, coincide en cierta manera con lo dispuesto en la Ley General de Sociedades Mercantiles de México (1934) en el artículo 84, donde se establece que en estas, la responsabilidad de los socios se limita a su participación accionaria en la sociedad.

En ambos casos la responsabilidad no se extiende al patrimonio personal de cada socio, sino hasta el aporte social que realizaron al momento de constituir la sociedad o adherirse a ella en actos posteriores, esto es confirmado por la doctrina al establecer que “La Sociedad Anónima es el prototipo de la Sociedad de capital o capitalista, debido a que las características personales de los socios son irrelevantes” (Orúe Cruz, 2014, p. 147).

De la definición proporcionada por el Código de Comercio nicaragüense y los aportes doctrinarios, se pueden identificar dos elementos indispensables de las sociedades anónimas, el primero respecto al capital social, el cual es formado por el aporte económico de cada uno de los socios y estará dividido en acciones incorporadas a través de títulos valores; y un segundo elemento es el referente a la responsabilidad personal y patrimonial de los socios frente a las deudas sociales, la cual es nula ya que estos responden con su aporte social únicamente.

En ese sentido, estas pueden ser conceptualizadas como las sociedades mercantiles de capital en las que el aporte social se encuentra dividido en acciones de igual valor y en la que el patrimonio de los socios no se verá afectado por las deudas de la sociedad anónima de la que forman parte.

Sin embargo para ahondar en el tema, a continuación se desarrollaran los aspectos más importantes de este tipo societario.

### 2.2.1 Generalidades de la sociedad anónima

Las sociedades anónimas para obtener su personalidad jurídica tienen que ser constituidas en Escrituras Públicas, mismas que deberán ser inscritas en el Registro Público de la Propiedad Inmueble y Mercantil (Código de Comercio, 1916, Artículo 204), para ello es necesario que estas cumplan con los requisitos de validez establecidos en el Artículo 124 del Código de Comercio nicaragüense, siendo estos los siguientes:

- 1.- El nombre, apellido y domicilio de los otorgantes;
- 2.- La denominación y el domicilio de la sociedad;
- 3.- El objeto de la empresa y las operaciones a que destina su capital;
- 4.- El modo o forma en que deban elegirse las personas que habrán de ejercer la administración o sea el consejo o junta directiva de gobierno; cuál de ellas representará a la sociedad judicial o extrajudicialmente; el tiempo que deben durar en sus funciones, y la manera de proveer las vacantes;
- 5.- El modo o forma de elegir el Vigilante o los Vigilantes;
- 6.- Los plazos y forma de convocación y celebración de las juntas generales ordinarias, y los casos y el modo de convocar y celebrar las extraordinarias;
- 7.- El capital social, con expresión del valor que se haya dado a los bienes aportados que no consisten en dinero, o del modo y forma en que deba hacerse el avalúo;
- 8.- El número, calidad y valor de las acciones, expresando si son nominativas o al portador o de ambas clases; si las acciones nominativas pueden ser convertidas en acciones al portador y viceversa.
- 9.- El plazo y modo en que deba enterarse el capital suscrito;
- 10.- Las ventajas o derechos particulares que se reserven los fundadores;
- 11.- Las reglas para la formación de los balances, el cálculo y la repartición de los beneficios;
- 12.- El importe del fondo de reserva;
- 13.- El tiempo en que la sociedad debe comenzar y concluir. Su duración no puede ser indefinida, ni pasar de noventa y nueve años;
- 14.- La sumisión al voto de la mayoría de la Junta, debidamente convocada y constituida así en Juntas ordinarias como en las extraordinarias, y el modo de formar dicha mayoría para que sus resoluciones sean obligatorias.
- 15.- La persona o personas que tengan la representación provisional de la

compañía mientras se procede al nombramiento de la Junta Directiva por la Junta General de Accionistas.

Además, es importante mencionar que el Código de Comercio (1916) determina que las sociedades anónimas tendrán una vigencia máxima de noventa y nueve años (Artículo 124.13), el termino exacto de existencia, es decir cuando nace la sociedad y cuándo terminará debe constar en su constitución pudiendo ser disuelta en cualquier momento siempre que se haga en la debida forma legal .

Otro de los requisitos que exige el Código de Comercio (1916) en el precitado Artículo 124, es la estipulación de un capital social el cual corresponde al valor total de las aportaciones realizadas o prometidas por los Socios, es decir el patrimonio inicial de una Sociedad Anónima, el cual, según el Código de Comercio (1916), Artículo 224 será dividido en acciones de igual valor con las que se confieren a sus poseedores iguales derechos, sin embargo se deja abierta la posibilidad de pactar lo contrario (en cuanto a iguales derechos) al momento de la constitución de la Sociedad.

Lo anterior concuerda con lo establecido en la doctrina y en ese sentido Orúe Cruz (2014) afirma que la sumatoria de todas las acciones tiene que ser igual al monto total del capital social. Originalmente las acciones podían ser nominativas, al portador y remuneratorias, así lo establecía el Código de Comercio en su Artículo 225, sin embargo en el año 2018 al entrar en vigencia la Ley Contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (2018) deroga las acciones al portador, de conformidad a su Artículo 21, el cual integra y literalmente dice:

Para efectos de identificación de la estructura accionaria y de control de las sociedades anónimas, se prohíbe la emisión de acciones y certificados de acciones al portador, así como la conversión de acciones nominativas a acciones al portador. Los Notarios Públicos no deben autorizar escrituras públicas de sociedades anónimas con acciones y certificados de acciones al portador.

Por lo tanto, la legislación nicaragüense actualmente prevé únicamente la existencia de acciones nominativas y remuneratorias.

Otro punto a destacar es que la sociedad anónima debe ser administrada por

órganos específicos, en ese sentido Orúe Cruz (2014) expone que:

Según la clasificación doctrinaria existen los siguientes órganos de administración:

- Órgano de representación a los cuales corresponde la ejecución de los negocios en curso.
- Órgano de Vigilancia, le corresponde aparecer sobre ordenados a los primeros para examinar su gestión.
- Órgano deliberante, corresponde manifestar la voluntad colectiva, estando subordinado a ellos el resto de órganos (p. 156).

A este respecto, solo queda agregar que en el pacto social y en los estatutos deben determinarse las funciones de cada uno de los órganos de la sociedad.

En cuanto a la Administración de la Sociedad Anónima el Código de Comercio (1916) determina en el Artículo 243 que “La Administración de las sociedades anónimas estará confiada a una Junta Directiva, nombrada por la Junta General o conforme lo disponga la escritura social.”, ante lo cual podríamos encontrarnos ante un órgano de representación.

Por otra parte el Artículo 246 del mismo cuerpo normativo, normativiza el órgano de Vigilancia, ante el cual expone que:

La vigilancia de la administración social estará confiada a uno o varios vigilantes, que pueden ser accionistas o no, y cuya elección se hará por la Junta General, de conformidad con los estatutos. Corresponde a estos vigilantes, que no estén obligados a obrar en conjunto, las atribuciones que determinan los estatutos, siéndoles en todo caso aplicables las disposiciones de los artículos 293 y 295.

Así mismo, la regulación Jurídica de la Sociedad Anónima determina que existe una Junta General de Accionista, la que de conformidad al Código de Comercio (1916) en el Artículo 251 se convocará ordinaria o extraordinariamente, la ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año.

La Junta General extraordinaria se convocará siempre que lo crea conveniente la Junta Directiva, o cuando lo pidan por escrito y con expresión del objeto y motivos, los accionistas cuya participaciones reunidas represente, al menos, la vigésima parte del capital social. Si el contrato social concede ese derecho a los accionistas que representen menos, se observará lo pactado. De la misma manera tienen los accionistas el derecho de pedir que se anuncien determinados asuntos como objeto de la deliberación de la Junta General (Código de Comercio 1916, Artículo 251, párrafo segundo).

Por las generalidades planteadas es posible afirmar que la Junta General de Accionistas, Junta Directiva y Vigilantes son los 3 órganos de administración de las Sociedades Anónimas.

### 2.3 EL PACTO ARBITRAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Tal y como se abordó en el primer capítulo de esta investigación el arbitraje es un mecanismo de resolución alterna de conflictos, en el que voluntariamente las partes en conflicto le otorgan la potestad a un árbitro de resolver su controversia y estas previamente deciden las condiciones que regirán tal proceso, sin embargo resulta necesario conocer cuándo nace el arbitraje en las sociedades, es decir en qué momento las sociedades se someten a este tipo de mecanismo de resolución de controversias.

A este respecto Ocón Mora (2017) citando a Peña Nossa (2010) explica que al ser este un tema tan amplio, logra determinar que el arbitraje nace mediante el pacto arbitral y que este puede formalizarse en de dos maneras, mediante una cláusula compromisoria, también conocida como cláusula arbitral o a través de un compromiso arbitral; esta afirmación es la que será desarrollada a continuación.

En el mismo sentido FUNIDES (2012), al hablar de las generalidades del arbitraje explica que:

Para llegar al arbitraje las partes deben acordar su utilización a través de la inclusión de la cláusula arbitral en el contrato determinado. Alternativamente pueden firmar un compromiso arbitral, en caso que el conflicto ya exista y no se haya incluido en la cláusula arbitral (p. 2).

Para aterrizar esta idea al ámbito societario, podemos decir que una manera de someter una controversia social a arbitraje es pactándolo es su escritura de constitución y/o estatutos, pero de no hacerlo, los socios pueden suscribir un compromiso arbitral a fin de resolver la controversia suscitada.

Lo anterior concuerda con lo establecido en la Ley de Mediación y Arbitraje (2005),

Artículo 27 al instituir que “...El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula arbitral incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente o autónomo.” Además es necesario mencionar que la cláusula arbitral o el compromiso arbitral constituyen requisito esencial para dar inicio al arbitraje y así lo instituye la Ley de Mediación y Arbitraje (2005):

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia al arbitraje.

El requerimiento de someter una controversia a arbitraje deberá hacerse mediante forma escrita y contendrá:

... c) Copia autenticada del acuerdo arbitral o cláusula arbitral en que se ampara la solicitud, con referencia al contrato base de la controversia... (Artículo 47).

Así pues, al ser contenido esencial del requerimiento que debe hacerse para someter una controversia a arbitraje, es sumamente necesario que este conste por escrito y en el caso societario, es preferible que se encuentre contenido en su correspondiente escritura pública. A este respecto, la legislación colombiana establece lo siguiente:

El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.

En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho (Ley 1563, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Artículo 3).

De lo aportado por la doctrina y la legislación nicaragüense y colombiana es innegable afirmar que el pacto arbitral es un contrato, que puede o no estar comprendido dentro de otro y que trae como consecuencia el sometimiento de una controversia al arbitraje, esto implica que las partes no podrán decidir someterse a la vía jurisdiccional ordinaria una vez que este haya sido suscrito; además este puede manifestarse de dos formas, la primera mediante un cláusula arbitral o

compromisoria y la segunda, a través de un compromiso arbitral.

### 2.3.1 Cláusula Compromisoria

Referente a la Cláusula Compromisoria, Certad Maroto (2014) expresa que:

es un acto accesorio, normalmente inserto en un contrato –aunque también puede celebrarse en acto separado-, con el que las partes se empeñan, en vía preventiva y eventual, a recurrir al arbitraje en caso de litis; no obstante su carácter accesorio siempre conserva, como se verá, su propia autonomía jurídica. (p. 2).

Lo anterior nos permite retomar que a pesar de formar parte de un contrato cuyo carácter podría determinarse accesorio conserva su independencia, de manera que aunque otras cláusulas o aspectos del contrato sean impugnadas en cuanto a su validez, la cláusula compromisoria subsistiría y que la cláusula compromisoria se pacta en la vía preventiva, es decir antes que nazca la controversia.

La postura mencionada al inicio del párrafo anterior, es asumida por la legislación nicaragüense al establecer que “... una cláusula arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato” (Ley de Mediación y Arbitraje 2005, Artículo 42.). Esto significa que aunque se declare la invalidez del contrato social o incluso la nulidad de éste, una cláusula arbitral o cláusula compromisoria siempre persistirá como mecanismo para resolver las controversias que resultaren del contrato original.

En el mismo sentido, Martínez Manotas (2007), plantea que la cláusula compromisoria:

... es aquella estipulación en que las partes en un contrato resuelven que todas o algunas de las diferencias que se puedan presentar entre ellas con motivo del desarrollo, ejecución o liquidación de dicho contrato se sometan a decisión arbitral. Se trata entonces de una cláusula adicional al contrato (p. 18).

Entonces, una cláusula arbitral o compromisoria es un pacto suscrito por las partes de un contrato o los accionistas de una sociedad en este caso, en el cual acuerdan someter a arbitraje, cualquier controversia (o las controversias pactadas) que

podieran tener lugar con posterioridad a la constitución de la sociedad.

En el caso de las sociedades anónimas (objeto de esta investigación) esta cláusula compromisoria es conocida como “Cláusula Estatutaria”, por estar pactada previo a la producción del conflicto, ya sea en los estatutos o en un documento adicional a estos, al respecto Tarrío Berjardo (2011) explica una ventaja de pactar una cláusula arbitral y afirma que:

Además de todas las inherentes al procedimiento arbitral (especialización, celeridad, coste, discreción, ausencia de publicidad, etc.), la principal ventaja de la cláusula arbitral estatutaria, respecto al compromiso arbitral ad hoc, queda cifrada en su previsibilidad y en su vinculación para todos los socios, los órganos sociales y la sociedad. La bondad de su predisposición se manifiesta, entre otras, en la posibilidad de regular en ella todos los aspectos posibles del procedimiento y en la de remitir su administración y regulación a una institución especializada (p. 127).

De lo cual es extraíble que es importante incorporar este tipo de cláusulas en las escrituras de constitución, porque desde el momento de su inscripción vincula a los socios y permite prever que tipos de conflictos podrían surgir a lo interno de una Sociedad Anónima, y plasmar un Cláusula que además de reunir los requisitos indispensables, favorezca a la resolución pacífica de la controversia, sin perjudicar los negocios o actividades sociales.

### 2.3.2 Compromiso Arbitral

El caso del compromiso arbitral es diferente, ya que si bien persigue el mismo fin que la cláusula arbitral, éste no nace en el ámbito preventivo sino que es pactado una vez originado el conflicto, en ese sentido Ocón Mora (2017), expresa que “La función del compromiso arbitral es ser un nuevo acuerdo, mediante el cual las partes una vez verificado el conflicto de intereses, proceden a convenir los actos concretos de funcionamiento del arbitraje...” (p. 27).

Lo anterior, es soportado por lo que afirma Certad Maroto (2014) al decir que “el compromiso es un negocio jurídico autónomo mediante el cual las partes confieren a uno o más árbitros el poder de dirimir una controversia surgida entre ellas”



(p. 2).

De ello, es posible inferir que en este caso el pacto arbitral se estipula con posterioridad al nacimiento del contrato, al generarse un conflicto relacionado con lo pactado. También que este es independiente al contrato original, aunque se encuentre estrechamente ligado a este, conserva su autonomía. Esto último es retomado por Martínez Manotas (2007), que nos explica que el compromiso arbitral:

Se trata de un contrato autónomo, pero distinto al negocio existente entre las partes y, por lo tanto, sometido a todos los requisitos de fondo y de forma previstos por la ley para la celebración de un contrato. Se caracteriza porque tiene alcance circunscrito tan solo a la cuestión litigiosa propuesta, de manera que si surge entre las partes otra diferencia originada de esta relación jurídica o de cualquier otra, debe ser sometida ésta a la jurisdicción ordinaria, a menos que se celebre un nuevo compromiso (p. 15).

De esta manera, es posible plantear que la cláusula compromisoria tiene como objetivo regular un litigio que pueda presentarse en un futuro, en cambio el Compromiso arbitral su objeto es regular un litigio existente entre las partes y que en ambos casos se encuentra presente la autonomía de la voluntad.

En cuanto al pacto arbitral en las sociedades anónimas, este podrá ser hecho por cualquiera de las formas mencionadas anteriormente, así lo determina la Ley de Mediación y Arbitraje (2005), en su Artículo 27 indicando que: “El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula arbitral incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente o autónomo”; es decir que podrá ser incluido en el pacto social y en los estatutos o con posterioridad en un contrato independiente al verificarse un conflicto en la sociedad.

### 2.3.3 Efecto jurídico de la cláusula arbitral

Como se estudió anteriormente, el pacto o cláusula arbitral puede ser incluido a manera de cláusula compromisoria en la Escritura de Constitución y Estatutos de la Sociedad Anónima y en ese sentido Hernández Medina (2012), explica que al ser los Estatutos la ley fundamental que regirá la vida de la Sociedad y regular tanto su actividad como las relaciones entre los órganos de la esta, ésta cláusula obtiene el

carácter de obligatoria, por lo tanto debe ser observada mientras la sociedad subsista.

En ese sentido, el doctrinario Orúe Cruz (2014) concuerda con lo anterior pero añade que una vez que el Pacto Social y los Estatutos se inscriban en el registro correspondiente, en nuestro caso el Registro Público de la Propiedad Inmueble y Mercantil, estos se convierten en ley para la sociedad, incluyendo a la cláusula arbitral. Es decir que no basta con que la cláusula arbitral se encuentre pactada por escrito, para que esta sea de obligatorio cumplimiento debe inscribirse.

La misma postura es soportada por Ocón Mora (2017), quien concibe dentro de su análisis que es indispensable que la Sociedad se encuentre debidamente inscrita para que nazca su vida jurídica y en consecuencia el arbitraje se convierta en obligatorio en las condiciones que se establece en la cláusula compromisoria contenida en el documento inscrito.

Por lo anterior se logra determinar que si bien el pacto arbitral es un acto voluntario, en materia societaria este arbitraje se vuelve vinculante con la inscripción del pacto social y estatutos que contengan la cláusula arbitral, pero esto no hace que se pierda el carácter voluntario del pacto ya que al decidir incluir la cláusula en la ley social se manifestó la autonomía de los socios.

Otro de los puntos relevantes y que guarda relación con el efecto jurídico de la cláusula arbitral es el referente a sí la cláusula compromisoria se extiende a las partes no signatarias del pacto social, suponiendo que la transferencia de acciones sea hecha por causa de muerte o entre vivos, ante esta discusión Cremades (2000) expone que:

Si un convenio Arbitral se incluye como pacto estatutario y se inscribe vincula a los socios presentes y futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición. De forma que cualquier novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior (p. 5).

Es decir que cualquier traspaso de acciones que se realice, en la manera que sea, no afectará las leyes sociales y en consecuencia no le restará eficacia al pacto arbitral ya que cualquier cambio en los socios, será tenido como un simple

reemplazo o relevo.

En el mismo sentido se coincide con el análisis de Ocón Mora (2017), pues esta situación ha tenido grandes críticas, ya que se cuestiona la voluntad de quienes vienen a convertirse en socios y no estuvieron al momento de pactar las condiciones del arbitraje, sin embargo a este tema en el caso de Nicaragua la Ley de Mediación y Arbitraje (2005) en su Artículo 27 deja abierta la posibilidad que de que el acuerdo o pacto arbitral pueda ser modificado, completado o revocado; de esta manera si la mayoría requerida para realizar este tipo de modificaciones se encuentra de acuerdo con los nuevos socios, podría reformarse o revocarse el pacto social, de lo contrario prevalecería la postura sostenida por Cremades.

## 2.4 ARBITRAJE SOCIETARIO

Teniendo claros los aspectos generales de las sociedades mercantiles y del pacto arbitral, y conscientes que el presente estudio versa y guarda relación únicamente con lo relacionado a sociedades anónimas, es importante decir que a pesar que el arbitraje, como se ha dicho con anterioridad, tenga como elemento esencial la voluntad de las partes, en la legislación nicaragüense, esto encuentra una gran excepción en cuanto al arbitraje societario ya que el Código de Comercio (1916), establece que:

Todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, serán decididas por los jueces arbitradores nombrados uno por cada parte y un tercero en caso de discordia, nombrado por los mismos árbitros o por el Juez en caso de desacuerdo (Artículo 334).

Esta disposición en principio aparenta ser clara y no admitir ninguna excepción, sin embargo existen en el Código de Comercio (1916), artículos dispersos que parecieran contradecir este mandato y los mismos serán estudiados en el tercer capítulo de esta investigación, ya que antes de comenzar a análisis estas disposiciones, es necesario descifrar que se debe entender por esas “cuestiones

sociales” que menciona el precitado artículo.

Para ello, es importante tener presente el análisis hecho al inicio de este trabajo, donde se llegó a delimitar al arbitraje societario como un método en virtud del cual ciertos conflictos que puedan surgir con posterioridad a la constitución de la sociedad, son sometidos a la autoridad de un árbitro bajo las reglas pactadas por los dueños o protagonistas de la controversia, con el propósito de que esta sea resuelta mediante un laudo, siendo esta una resolución de obligatorio cumplimiento.

Hasta este momento, con respecto al arbitraje societario se pueden afirmar dos cosas; la primera es que este cabe siempre que se trate de controversias que guarden relación con la existencia de la sociedad y la segunda es que por ley, en Nicaragua tiene un carácter impositivo.

También es preciso mencionar que el arbitraje societario está sujeto a cada uno de los puntos abordados en el capítulo titulado Aspectos Generales del Arbitraje, es decir que este puede ser tanto de Derecho como de Equidad, en ese sentido las partes de un arbitraje societario pueden pactar el sometimiento a cualquiera de las modalidades estudiadas y éste también puede ser impugnado mediante el recurso de nulidad contemplado en la Ley de Mediación y Arbitraje (2005, Artículo 61).

Partiendo de lo anterior, puede inferirse que esos conflictos que puedan nacer luego de la constitución de la sociedad, podrían entenderse como cuestiones sociales, sin embargo es necesario analizar lo dispuesto en las normas, en la doctrina y jurisprudencia comparada para una mayor comprensión del tema.

Al no existir legislación nacional que regule o defina lo que debe entenderse por cuestión social, primeramente se recurrirá a la doctrina y este sentido Rodríguez Roblero (2010) explica refiriéndose al objeto del arbitraje societario que:

...el objeto del arbitraje deberá ser un derecho disponible relativo a la relación societaria. Se considerarán derechos relativos a la relación societaria aquellos que tengan por objeto la sociedad o un derecho que nazca o sea conexo a ella. El nexo lo constituye la materia societaria y no los sujetos-socios o el sujeto-sociedad. Esto quiere decir que los derechos que importan para determinar si estamos o no ante un arbitraje societario, y por tanto su arbitrabilidad, no son los derechos extra-societarios (por ejemplo, los

derechos de un socio como acreedor de la sociedad), aunque evidentemente sean socios los titulares de los mismos, sino que estos derechos deben tener su origen en las relaciones que surgen del contrato social (p.39).

Lo explicado por este doctrinario, busca establecer en cierta manera que en principio el arbitraje societario, busca resolver controversias en las que se encuentre en juego la tutela de un derecho que guarde relación con la existencia de la sociedad y los socios, no en su calidad personal sino como accionistas.

En ese sentido, aún no es posible determinar que debe entenderse por cuestión societaria y sin esto, tampoco puede identificarse cuando un conflicto o cuestión social es arbitrable o en qué casos deberá acudir a los tribunales de justicia ordinaria, lo cual en las sociedades anónimas nicaragüenses podría constituir un serio problema al momento de producirse una controversia, por ello y con la finalidad de obtener una mejor comprensión del tema, puede recurrirse a lo desarrollado en otros ordenamientos jurídicos.

En ese sentido, en Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha sentado jurisprudencia, sobre la arbitrabilidad de las impugnaciones de lo resuelto en las asambleas de accionistas y otras controversias en materia de sociedades mercantiles; jurisprudencia que se encuentra contenida entre otras, en las sentencias dictadas bajo números de expedientes 878-2010, 1107-2010 y 3475-2014, (Ver Anexo No. 1).

Referente a esa jurisprudencia, a manera de síntesis, la Corte Constitucional de Guatemala 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, tales como la impugnación de la validez de las asambleas, no son arbitrables toda vez son asuntos sobre los que la Corte estima que las partes no tienen libre disposición y ya que por su complejidad deben ser resueltos por la jurisdicción correspondiente.

Para mayor ilustración, a continuación extracto de las sentencias 878-2010, en sus partes conducentes:

Apelación de Sentencia de Amparo Corte de Constitucionalidad Guatemala.

#### Considerando IV. B:

La segunda motivación tiene que ver con la materia que puede ser objeto de arbitraje. Según indica el artículo 3, numeral 1), de la Ley de la materia, la misma se aplicará: "...en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho...". Aunque tal indicación parezca muy general, en el caso objeto de estudio es posible considerar que las materias sobre las que las partes – sociedades, sus órganos o accionistas– pueden disponer libremente y de conformidad con la ley, son 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 objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral. Sin embargo, en el presente caso, no se están cuestionando resoluciones respecto de asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como: 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. Tales temas no forman parte de las "materias en 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. Establecido lo anterior no puede sino concluirse que la nulidad de la que estima el postulante adolece la multicitada Asamblea General, constituye una impugnación que solamente puede ser objeto de conocimiento jurisdiccional y, por tanto, el juez de la causa no debía acoger la tesis de una presunta incompetencia que la entidad demandada invocó al interponer la excepción correspondiente, y la Sala impugnada tampoco debía confirmar aquella decisión, pues, como quedó apuntado, el arbitraje no es la vía idónea para ventilar aquella demanda de nulidad. (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 878-2010, 2010)

Del análisis de esta sentencia (Ver Anexo No. 1), es posible evidenciar que aunque

como regla general se determine que la voluntad de las partes prime para escoger el método de resolución de controversias, existen temas o cuestiones sociales que no son arbitrables.

Apelación de Sentencia de Amparo Corte de Constitucionalidad de Guatemala  
Considerando III:

Para determinar si el asunto contencioso debe ventilarse mediante juicio sumario, se evoca lo establecido en el primer párrafo del artículo 1039 del Código de Comercio: “A menos que se estipule lo contrario en este Código, todas las acciones a que dé lugar su aplicación, se ventilarán, en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje”. Ahora bien, para determinar si el arbitraje es procedente en el presente caso, se evoca que, si bien en la cláusula vigésima octava de la escritura constitutiva de Avícola del Norte, Sociedad Anónima, se establece que: “Cualquier controversia que se suscite entre las partes con motivo de este contrato, su interpretación, adjudicación, resolución o nulidad que no sea resuelta de mutuo acuerdo, lo será mediante arbitraje de derecho, conforme el procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje...”, a juicio de esta Corte la controversia suscitada no se ajusta a los supuestos estipulados en la cláusula compromisoria parcialmente transcrita y difieren de las pretensiones en que se apoya la demanda que fue objeto de rechazo (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 3475-2014, 2014).

Basado en esta sentencia (ver anexo 1) es posible extraer que para que el arbitraje sea aplicable por la existencia de una cláusula arbitral, dicha cláusula deberá contener la descripción del conflicto específico, además si el conflicto no es arbitrable se deberá recurrir a la vía judicial respectiva.

Apelación de Sentencia de Amparo Corte de Constitucionalidad de Guatemala.  
Considerando IV:

La discusión suscitada en este caso gira en torno a la posibilidad de ventilar en juicio ordinario la demanda de nulidad de los acuerdos que la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas... B) La segunda motivación tiene que ver con la materia que puede ser objeto de arbitraje. Según indica el artículo 3, numeral 1), de la Ley de la materia, la misma se aplicará: “...en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho...”. Aunque tal indicación parezca muy general, en el caso objeto de estudio es posible considerar que las materias sobre las que las partes –sociedades, sus órganos o accionistas– pueden disponer libremente y de conformidad con la ley, son 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 objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral. Sin embargo, en el presente caso, no se están cuestionando resoluciones respecto de asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como: 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; y ii. la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones. Tales temas no forman parte de las “materias en 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. Establecido lo anterior no puede sino concluirse que la nulidad de la que estima la postulante adolece la multicitada Asamblea General, constituye una impugnación que solamente puede ser objeto de conocimiento jurisdiccional y, por tanto, el juez de la causa no debía acoger la tesis de una presunta incompetencia que la entidad demandada invocó al interponer la excepción correspondiente, y la Sala impugnada tampoco debía confirmar aquella decisión, pues, como quedó apuntado, el arbitraje no es la vía idónea para ventilar aquella demanda de nulidad (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 1107-2010, 2010).

La Jurisprudencia de Guatemala ha sido amplia en este tema, en este caso la sentencia previamente citada (Ver anexo 1) analiza un caso en relación a la causal de nulidad por incompetencia, que a pesar del ya estudiado principio Kompetenz-Kompetenz, esta sala determina que la nulidad solo puede ser ventilada por vías jurisdiccionales.

Partiendo de los antecedentes referidos por este país centroamericano, una cuestión social es arbitrable si guarda relación con el giro, negocio o actividad de la sociedad pero no si se trata de impugnar la validez de un acuerdo de sus órganos directores; esta realidad es muy cercana a la nacional ya que si bien el artículo 334 del Código de Comercio establece que todas las cuestiones sociales serán resueltas



mediante arbitraje, existe una disposición legal que instaura algo muy diferente en relación a la impugnación de acuerdos.

Lo anterior, a pesar de que permite establecer las bases de lo que es socialmente arbitrable, aún no permite entender a totalidad el significado de cuestiones sociales, por lo cual recurriremos a lo establecido en el Derecho Comparado, en ese sentido, la legislación Chilena, en el Código de Tribunales (1943) intenta delimitar las cuestiones sociales que serán objeto de arbitraje, y especifica que:

Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes:

1° La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades;

2° La partición de bienes;

3° Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas;

4° Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio;

5° Los demás que determinen las leyes... (Artículo 227).

Como puede apreciarse, el ordenamiento jurídico chileno a diferencia del nicaragüense delimita mejor lo que debe ser considerado como cuestión sujeta a arbitraje o no. Sin embargo, por no haberse encontrado o descubierto aún el verdadero significado de "cuestión social", en el tercer capítulo de esta investigación se tratará de dar respuesta a esa incógnita, a fin de determinar el campo de aplicación del arbitraje durante la existencia de las sociedades anónimas.

A pesar de lo anterior, es posible afirmar que una cuestión social es todo aquel asunto que guarda relación con la sociedad como persona jurídica independiente de la persona de los socios y que debe ser resuelto, es decir que los socios podrían tener un conflicto entre si y este no sería catalogado como societario a menos que éste se encuentre vinculado con lo pactado en la Escritura de Constitución o con la actividad y giro social.

### 3. Campo de Aplicación del Arbitraje en las Sociedades Anónimas

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, partiendo del análisis de lo que la norma nicaragüense prevé como arbitrable y aquellos supuestos que deben ser sometidos a la jurisdicción ordinaria, en este último capítulo se delimitará el campo de aplicación del arbitraje en las sociedades anónimas.

#### 3.1 IMPUGNACIÓN DE CONFLICTOS SOCIALES MEDIANTE ARBITRAJE

Lo abordado en el capítulo anterior nos permite establecer como punto de partida la idea de que las cuestiones sociales deben ser impugnadas mediante arbitraje sin embargo como ya se mencionó antes, existen disposiciones que vienen a constituir una excepción a esa regla, por ello es necesario conocer cuándo una controversia es arbitrable y cuándo no lo es; así mismo es importante delimitar en qué casos esa arbitrabilidad es potestativa y en cuáles es impositiva.

##### 3.1.1 Conflictos sociales arbitrables

Determinar qué debe someterse a arbitraje ha sido causa de numerosas discusiones en el Derecho Interno de diversos países, tal es el caso de Uruguay que según explica Jiménez de Aréchaga (2012), refiriéndose a la importancia del tema de conflictos societarios:

...en materia societaria donde el arbitraje se presenta como el sistema ideal de resolución de controversias. Sin embargo, ha sido cuestionada en nuestro país, la posibilidad de resolver determinados conflictos societarios a través del arbitraje, fundamentalmente porque se ha entendido que, en determinados casos, por tratarse de derechos irrenunciables del

accionista/socio se trata de materia indisponible, de orden público, por lo que el arbitraje le estaría vedado (p. 45).

La postura tomada por Uruguay consiste en que por regla general, el arbitraje es la mejor manera de resolver un conflicto societario pero que como excepción existen controversias que por considerarse de “orden público”, tienen prohibido someterse al mismo, es decir deben resolverse por la vía ordinaria.

En cuanto a la delimitación de los conflictos arbitrables, Nicaragua al igual que Uruguay tiene disposiciones que parecen fijar de una manera muy dispersa lo que ha de arbitrarse o no y más aún cuando se trata de derecho societario; esto posiblemente obedezca a la antigüedad del Código de Comercio (1916) o a la poca y muy general regulación que la Ley de Mediación y Arbitraje (2005), le da a este tema; sin embargo, en esta investigación, no serán analizadas las causas sino que se intentará brindar una respuesta a la pregunta ¿Cuáles son los conflictos societarios arbitrables en las sociedades anónimas nicaragüenses?

Primeramente es necesario mencionar que “la importancia de determinar el campo de la arbitrabilidad liga con la eficacia de la institución arbitral” (Vasquez Palma, 2006, p. 182), es decir que sólo si se delimita correctamente lo que ha de someterse a arbitraje, se logrará con éxito el fin último de este, que es la resolución pacífica de la controversia.

Por otra parte Restrepo-Soto (2014) ha destacado la importancia de determinar el objeto del arbitraje al explicar que “Para determinar cuáles de estos temas pueden ser resueltos por árbitros, se ha configurado la Arbitrabilidad” (p. 68), en ese sentido es posible afirmar que determinar el campo de arbitrabilidad ayudará a exponer los conflictos societarios que se pueden someter a un proceso arbitral.

En consecuencia, resulta trascendental determinar el campo de aplicación del arbitraje o campo de arbitrabilidad porque se encuentra íntimamente relacionado con la validez y efectividad del arbitraje ya que si este se desarrolla sobre una materia que no es objeto del mismo e incluso se dicta un laudo, estos pueden ser impugnados, en el caso particular de Nicaragua, mediante el recurso de nulidad instituido por la Ley de Mediación y Arbitraje (2005), en su Artículo 61, lo cual

produce que todo el proceso arbitral y su resolución se deje sin efecto, causando un grave perjuicio a las partes, que en el caso societario puede verse afectado gravemente el patrimonio de la sociedad anónima en cuestión.

Una vez comprobada la importancia que tiene el delimitar el campo de arbitrabilidad en una sociedad, resulta importante determinar qué debe entenderse por arbitrabilidad y a ese respecto conviene conocer que la arbitrabilidad se divide en subjetiva y objetiva; en cuanto a la primera, Salcedo Castro (2005), nos dice que es “la capacidad de la persona para someterse al arbitraje” (p. 113), de igual forma Ortegón Obando (2018) indica que cuando “...la cuestión de la arbitrabilidad responde a los sujetos para quienes es obligatoria la decisión del tribunal, entonces se está ante un caso de arbitrabilidad subjetiva” (p. 183), la arbitrabilidad subjetiva es entonces la aptitud que debe poseer el sujeto dueño de la controversia (las partes) para que su conflicto sea solucionado mediante arbitraje, mismo requisito que es indispensable para la validez del laudo arbitral,

El tema de arbitrabilidad subjetiva resulta un importante punto de partida para determinar una conceptualización adecuada de cuestión social o conflicto societario y esto es porque, partiendo de la idea de que al hablar de sociedades anónimas, las partes o accionistas deben poseer la capacidad jurídica plena que el ordenamiento jurídico establece.

Es decir, que las partes en un Pacto Social deben ser personas mayores de dieciocho años y no poseer ninguna incapacidad declarada judicialmente; así mismo es necesario tener en cuenta lo dispuesto por el Código Civil (1904) en su Artículo 1833, al establecer que “La capacidad para obligarse se presume siempre, mientras no se prueben los hechos o circunstancias por los cuales niegue la ley esa capacidad”, es decir que en principio basta con que se demuestre que cumple con la mayoría de edad para que una persona pueda ser accionista en una Sociedad Anónima.

También es importante tener en cuenta que como se mencionó al inicio de esta investigación, la Sociedad Anónima por imposición de ley debe constituirse en Escritura Pública (Código de Comercio, 1916, Artículo 121). En el mismo sentido el

Notario debe verificar la capacidad jurídica de los contratantes, pues la Ley del Notariado (1905) en su Artículo 28 establece como prohibición que “No podrá procederse a extender un instrumento cuando las partes no tengan capacidad legal para obligarse o no estén competentemente autorizadas para el efecto, pena de nulidad”. Por lo antes mencionado, la arbitrabilidad subjetiva no será abordada con mayor profundidad en esta investigación, ya que se supone que al momento de la inscripción del Pacto Social la capacidad jurídica de las partes fue verificada y que al producirse un conflicto y buscar la manera de resolverlo, esto no representará mayor impedimento.

Referente a la arbitrabilidad objetiva, la doctrina considera que:

...responde a la pregunta de qué materias pueden someterse a arbitraje. Tal dimensión puede ser vista, a lo menos, desde dos ópticas: a) como una restricción al poder de comprometer o una incapacidad legal derivada de las circunstancias referentes a la naturaleza del litigio; y b) como un defecto del convenio arbitral, condición de validez del mismo. En el primer caso, ésta se encuentra íntimamente ligada al fondo del asunto y, por consiguiente, es la *lex causae* o ley aplicable al fondo del litigio la que debe determinar si una determinada categoría de litigios es arbitrable y en qué circunstancias; en el segundo, en cambio, se someten estas consideraciones a la ley rectora de la validez por razones de fondo del convenio arbitral (Vásquez Palma, 2006).

Entonces, la arbitrabilidad objetiva busca analizar la esencia de la controversia, es decir delimitar sobre qué materias versa y tratar de determinar en qué tipología de arbitraje se encuentran, sí se trate de arbitraje voluntario o forzoso, mismos que serán abordados a profundidad posteriormente.

Postura que también es retomada por Caivano (2013) al exponer que “La arbitrabilidad objetiva es el concepto que permite ubicar la frontera que divide la autonomía de la voluntad de las partes para pactar el sometimiento de sus controversias a arbitraje y la imperativa e irrenunciable jurisdicción del Estado.” (p. 68). Es decir que el fin último de la arbitrabilidad objetiva es determinar si el sometimiento de la controversia a arbitraje viene dado por ley o depende exclusivamente de la disposición de las partes.

Así, es posible determinar que la arbitrabilidad objetiva analiza el campo de aplicación del arbitraje propiamente dicho, busca determinar que conflictos

societarios en nuestro caso, han de someterse a este método alternativo de solución de controversias ya sea por imposición legal, por la inclusión del pacto arbitral en el contrato societario a través de la cláusula arbitral o estatutaria o por la existencia de un compromiso arbitral.

Consecuentemente, la arbitrabilidad objetiva es un tema que se hace necesario analizar a fin de determinar cuáles son los conflictos societarios que se someten a arbitraje.

A fin de determinar la arbitrabilidad (objetiva) de un conflicto social es necesario tener en cuenta todo lo abordado en esta investigación y estudiar lo referente al arbitraje voluntario o dispositivo y el arbitraje forzoso o impositivo mismos que constituyen un margen importante e indispensable en esta investigación, ya que la potestad que poseen los árbitros puede ser otorgada de dos maneras, la primera por imposición legal y la segunda por acuerdo y disposición de las partes, siendo éste último el llamado arbitraje voluntario; idea que se sustenta en lo afirmado por Romero Seguel (1999) al plantear que: “las partes celebran un convenio arbitral (un compromiso o una cláusula compromisoria), mediante la cual voluntariamente constituyen esa jurisdicción arbitral, como un sucedáneo de la justicia ordinaria o especial” (p. 415). Es decir que en lugar de acudir a los tribunales ordinarios, las partes deciden renunciar a su jurisdicción y que sus controversias sean resueltas por árbitros.

Retomando la idea del necesario estudio del arbitraje voluntario y el arbitraje impositivo, ambos tipos serán analizados con el fin de determinar cuál es el que la legislación nicaragüense recoge en el tema de arbitraje societario.

### 3.1.2 Arbitraje voluntario

Como ya se mencionó en el apartado anterior el arbitraje voluntario es aquel que nace de la inclusión de la cláusula arbitral en el contrato (Pacto Social), Martínez Manotas (2007), al respecto explica que:

El Arbitraje voluntario o convencional tiene como fuente un acuerdo que

forma parte de un contrato o negocio jurídico privado, mediante el cual las partes se comprometen a dilucidar en el procedimiento arbitral la solución de eventuales controversias que pudieran suscitarse entre ellas (p. 11).

Este aporte doctrinal, únicamente hace referencia a que el arbitraje voluntario nace por la existencia de una cláusula compromisoria o arbitral en el contrato, pero deja por fuera lo relativo al compromiso arbitral, el cual se suscribe luego del perfeccionamiento del contrato, cuando el conflicto ya existe.

González de Cossío (2014) hace un análisis en relación al Arbitraje voluntario, en el cual indica que “el arbitraje voluntario o contractual se determina por la libre voluntad con que se fija al árbitro o árbitros, a las reglas procesales para la solución de conflictos y en ocasiones al Derecho Sustantivo aplicable en el caso” (p. 117); este doctrinario se refiere al arbitraje voluntario como un arbitraje contractual, cuyo nacimiento se origina por el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Por ello una conceptualización propia de esta investigación acerca de lo que se debe entender por arbitraje voluntario sería que es aquel que nace por la decisión intencional de las partes de someter sus controversias a este método alternativo de resolución de controversias, donde manifiestan su autonomía pactando o incluyendo una cláusula arbitral en el contrato, con el fin de que todas sus controversias futuras (vinculadas al contrato), sean resueltas por esta vía; y de no hacerlo, también pueden materializar esa voluntad en la suscripción de un compromiso arbitral en el momento que surja una controversia.

En Nicaragua, el Arbitraje voluntario es recogido en la Ley de Mediación y Arbitraje (2005), al establecer en cuanto a la materia objeto de arbitraje que “La presente Ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho” (Artículo 23), porque en principio establece que sólo serán sometidas a arbitraje aquellos conflictos en los que las partes puedan decidir renunciar a la vía jurisdiccional y resolverlos por arbitraje.

Lo establecido en la ley nacional, concuerda con diversos ordenamientos jurídicos extranjeros, como el caso de Honduras, donde la Ley de Conciliación y Arbitraje

(2000), en su artículo 26 determina que las partes “Podrán someterse a arbitraje las controversias que hayan surgido o surja entre personas naturales o jurídicas, sobre materias respecto de las cuales tengan la libre disposición”, disponiendo así que el arbitraje hondureño tendrá un carácter voluntario.

En el mismo sentido, la legislación de El Salvador con Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (2002) su artículo 22, instaura el arbitraje voluntario al exponer que “Podrán someterse a arbitraje las controversias que surjan o puedan surgir entre personas naturales o jurídicas capaces, sobre materias civiles o comerciales respecto de las cuales tengan libre disposición”.

En las legislaciones antes mencionadas, puede apreciarse que el sometimiento voluntario a arbitraje puede ser pactado por personas jurídicas, como es el caso de las sociedades anónimas y que éste únicamente será posible si el conflicto versa sobre materias o áreas sobre las que las partes puedan disponer, es decir que no tienen que existir un impedimento legal, moral o de orden jurídico que impida que la controversia pueda ser arbitrada.

### 3.1.3 Arbitraje Forzoso o Impositivo

En cuanto al arbitraje forzoso, se entiende que es aquel que nace por imposición de ley, en ese sentido Romero Seguel (1999), nos explica que “se trata de ciertas materias que por mandato legal deben ser resueltas perentoriamente por árbitros” (p. 413), es decir que por disposición legal deben ser resueltas mediante arbitraje, sin poder pactar las partes que el conflicto en cuestión sea conocido por la jurisdicción ordinaria. Esto es precisamente lo que caracteriza a este tipo de arbitraje “En el arbitraje forzoso no existe convenio arbitral que cree la jurisdicción arbitral, por cuanto esta emana de la ley. La única intervención de la voluntad de las partes está en la designación del árbitro...” (Romero Seguel, 1999, p. 414).

En el mismo sentido, Martínez Manotas (2007), de manera muy precisa resume lo que significa arbitraje forzoso y establece que “El arbitraje se considera forzoso cuando en ciertas materias, por disposición legal, las partes deben someter las



controversias a la jurisdicción arbitral” (p. 11).

Es decir que la única vía de solución posible es el arbitraje, por estar así establecido en una norma de ineludible cumplimiento, lo cual deja sin opción a las partes ya que les imposibilita someter su disputa a la jurisdicción ordinaria y que además obliga a los jueces a declarar su incompetencia y abstenerse de conocer estas materias o controversias.

En el mismo sentido, complementa Murillo González (2008), indicando que el arbitraje “puede ser obligatorio por disposición expresa de la ley, encontrándonos acá con un arbitraje forzoso, legal, necesario u obligatorio” (p. 131), es decir que si por disposición de ley se determina que se debe hacer uso del arbitraje previo a cualquier impugnación por vía judicial, entonces este deberá entenderse por obligatorio y de necesario cumplimiento previo a cualquier requerimiento en vía judicial.

Entendido así, el arbitraje forzoso o impositivo vendría a ser aquel por el cual determinadas controversias (establecidas en la norma jurídica), deben ser resueltas mediante arbitraje, sin excepción ya que al ser una norma de ineludible cumplimiento, los jueces al tener conocimiento de la ley, deben declararse incompetentes y no podrán ser resueltas por la vía ordinaria.

Por ello, a primera vista podríamos decir que el ordenamiento jurídico nicaragüense, al tratarse de conflictos societarios, contempla que el arbitraje ha de ser forzoso, esto atendiendo a la letra del precitado Artículo 334 del Código de Comercio. A la luz del mencionado artículo, deberán someterse a Arbitraje Forzoso, lo siguiente:

1. Todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad.
2. Cuestiones sociales que se generen durante el proceso de liquidación de la Sociedad.
3. Cuestiones sociales que se produzcan por partición de la Sociedad.

De estos tres supuestos, sólo el primero constituye objeto del presente estudio ya que únicamente se abordará lo relativo a los conflictos que puedan suscitarse

durante la vida de la sociedad anónima. Sin embargo, al establecer de forma tan general el término “cuestiones sociales”, no permite precisar el campo de aplicación del arbitraje en la vida social.

Lo cual no concuerda con lo establecido en la legislación Chilena, ya que esta establece en su Código Orgánico de Tribunales (1943) que: “Deben de resolverse por árbitros los asuntos siguientes: ...4° Las diferencias que surgieren entre los socios de una sociedad anónima o de una sociedad colectiva o en comandita comercial...” (Artículo 227), delimita que uno de los conflictos sociales arbitrables es el que pueda ocurrir entre los accionistas de la sociedad anónima, sin duda esto en Nicaragua, facilitaría la labor de los árbitros y los jueces al momento de determinar su competencia.

A diferencia del caso chileno, a la luz de la legislación nacional, en Nicaragua aunque las partes no lo pacten en un convenio arbitral, todo lo que pueda encajar dentro de una “Cuestión Social” debe ser sometido a arbitraje, de ahí la importancia de conceptualizar este término en el Capítulo 2 de esta investigación.

### 3.2 CONFLICTOS SOCIETARIOS OBJETO DE ARBITRAJE

Una vez puestos en contexto sobre la obligatoriedad del arbitraje en cuanto a los conflictos societarios, habiendo definido lo que debe entenderse por cuestión social, es posible afirmar que en principio, en Nicaragua el arbitraje en materia societaria tiene un carácter impositivo y esta afirmación se basa en un único artículo y este es el ya citado Artículo 334 del Código de Comercio (1916), que rige a las sociedades nicaragüenses desde el año 1916.

Diferente es el caso de Brasil, que con Ley ordinaria que Modifica y agrega disposiciones de ley 6.404 del 15 de diciembre de 1976, que regula sobre las acciones, y la ley 6.385 del 7 de diciembre de 1976, que regula sobre el comité de valores (2001), se amplió el artículo 109 de la ley de las anónimas (1976) para introducir el párrafo tercero que dice: “El estatuto de la sociedad puede establecer

que las divergencias entre los accionistas y la compañía, o entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios, podrán ser solucionadas mediante arbitraje, en los términos que se especifiquen.” disposición clara y objetiva, tal cual su teleología, que delimita de qué conflictos en materia societaria, los accionistas tienen libre disposición.

No sucede lo mismo en el caso de las legislaciones Centroamericanas e incluso latinoamericanas, pues dentro de sus normas o leyes internas contemplan lo dispuesto por la ley modelo de la CNUDMI referente a la inclusión de una cláusula arbitral en la cual no se incorpora o delimitan los conflictos que podrán dirimirse a través del arbitraje.

Por ello, en Nicaragua, en lo referente a los conflictos societarios arbitrables se puede concluir que deben someterse a este método alternativo de solución de controversias todos aquellos que se originen entre los accionistas de una sociedad anónima y que guarden relación con el giro o negocio social, por estar así dispuesto en una norma de ineludible cumplimiento, sin embargo dado el análisis realizado con relación al Derecho Interno de otros países, es posible incorporar otros conflictos que guarden relación directa con la sociedad como lo son los relacionados con sus administradores y directores, siempre y cuando esto se haga en un pacto arbitral.

Sin embargo, dado que las legislaciones analizadas a lo largo de esta investigación utilizan como guía la ley modelo de la CNUDMI, no contemplan o no se acostumbra enumerar o detallar que cuestiones sociales se resolverán mediante arbitraje, se queda en la generalidad, lo cual puede resultar peligroso si se tiene en cuenta que existen vías de escape a la regla de que todas las cuestiones sociales deben arbitrarse; por ello, lo correcto sería incorporar pactos arbitrales en las escrituras de constitución de sociedad anónima y sus estatutos que de manera muy universal o más específica delimiten el campo de acción del arbitraje societario en las Sociedades anónimas.

En consecuencia, conviene analizar lo dispuesto por la CNUDMI respecto a las cláusulas arbitrales, en ese sentido ha propuesto a través del Reglamento de

Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1976) el siguiente modelo de cláusula Arbitral:

Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.

Nota: Las partes tal vez deseen considerar agregar lo siguiente:

- a) La autoridad nominadora será... (Nombre de la persona o instituto)
- b) El número de árbitros será de... (Uno o tres);
- c) El lugar de arbitraje será... (Ciudad o país);
- d) El idioma (o los idiomas) que se utilizará(n) en el procedimiento arbitral será(n)... (p. 31)

En esta cláusula es posible observar que no hay una clara descripción de conflictos y está dotada de simpleza, lo cual podría causar complicaciones al momento de intentar dirimir un conflicto generado por diferencias a lo interno de la sociedad, por tanto hay que realizar una adecuación más precisa para poder implementarlo en un convenio arbitral de la manera más óptima, para los casos sociales.

Por otra parte, la Asociación Europea de Arbitraje (2019), quien trabaja en el fomento del Arbitraje como método alternativo de solución de conflicto, ha diseñado diferentes modelos de cláusulas arbitrales en relación al área de aplicación y en lo referente al arbitraje societario han redactado el siguiente modelo:

1. Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente, en el marco de la Asociación Europea de Arbitraje, mediante arbitraje de derecho por uno o más árbitros, de conformidad con su Reglamento y Estatuto. A la Asociación Europea de Arbitraje se encomienda la administración de arbitraje y la designación del árbitro o del tribunal arbitral.
2. Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración, y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad, se substanciarán y se decidirán en un mismo procedimiento arbitral.
3. La Asociación Europea de Arbitraje no nombrará árbitro o árbitros en su caso, en los procedimientos arbitrales de impugnación de acuerdos o de decisiones, hasta transcurridos cuarenta días desde la fecha de adopción del

acuerdo o decisión impugnada y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

4. En los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales la propia AEADE fijará el número de árbitros y designará y nombrará a todos ellos.
5. Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen hacen constar, como futuras partes, su compromiso de cumplir el laudo que se dicte.

Estos tipos de cláusula delimita el campo de aplicación del arbitraje respecto a posibles conflictos que pudieren surgir dentro de la sociedad, sin embargo a pesar de tal delimitación existen elementos que deben ser incluidos en la cláusula, tales como:

1. Lugar del Arbitraje.
2. Idioma a utilizar.

En el mismo sentido la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid [CIMA] (2019) en su sitio web oficial recomienda la siguiente cláusula arbitral en temas societarios haciendo una distinción clara de sus límites:

...Todo conflicto de naturaleza societaria, que afecte a 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 administradores y las controversias relativas a la convocatoria de órganos sociales), será resuelta definitivamente mediante arbitraje de derecho, administrado por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), de conformidad con sus Estatutos y con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El tribunal arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por [...] árbitro/árbitros y el idioma del arbitraje será el [...]. La sede del arbitraje será [...]. El Derecho aplicable será [...]. La sociedad se compromete a pagar puntualmente la provisión de fondos que, como parte en el procedimiento, le corresponda satisfacer para cubrir los derechos de admisión y administración de la institución arbitral y para los honorarios y gastos de los árbitros...

Como puede observarse, esta cláusula modelo delimita de una manera más detallada las controversias arbitrables, lo cual dota de certeza y seguridad a los accionistas de una sociedad en cuanto a la delimitación del órgano y procedimiento a seguir para la solución de sus conflictos.

No es posible dejar de un lado la propuesta de cláusula de La Cámara de Comercio de Nicaragua quien a través de su sitio web oficial propone la siguiente cláusula Arbitral:

Las partes acuerdan someter cualquier controversia que resulte de este contrato o que guarde relación con el mismo, relativo a su interpretación, incumplimiento, resolución o nulidad, a un proceso arbitral, administrado por el Centro de Mediación y Arbitraje “Antonio Leiva Pérez” de la Cámara de Comercio y Servicios de Nicaragua y de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de dicho Centro. El lugar del arbitraje será \_\_\_\_\_, ante un tribunal arbitral constituido por \_\_\_\_ (1) o \_\_\_\_ (3) árbitros, que decidirá conforme a \_\_\_\_\_ (derecho) o \_\_\_\_\_ (equidad), el idioma que se utilizará es el \_\_\_\_\_, el laudo es definitivo y obligatorio para las partes.

En esta cláusula reúne todos los elementos de validez del Pacto Arbitral a los que se refiere Orúe Cruz (2017) y que se resumen en:

1. Designación de quien administrará el arbitraje.
2. Designación del reglamento de Arbitraje.
3. Designación del lugar.
4. Determinación de la cantidad de árbitros que conforman el tribunal arbitral.
5. Determinación del tipo de arbitraje.

Sin embargo esta cláusula no fue diseñada para su aplicación específica en materia societaria y por tanto no detalla o permite delimitar los conflictos o cuestiones sociales objeto de arbitraje.

Además, la Cámara de Comercio y Servicios de Nicaragua también contempla más modelos de cláusulas arbitrales, otra de ellas es la siguiente:

Toda controversia que haya surgido o pueda surgir respecto del presente contrato, se resolverá definitivamente, mediante arbitraje administrado por el Centro de Mediación y Arbitraje “Antonio Leiva Pérez” de la Cámara de Comercio y Servicios de Nicaragua, de acuerdo con sus Reglamentos, a la que se encomienda la administración del arbitraje y, la designación de los árbitros de acuerdo a su reglamento de arbitraje.

Dicha cláusula se muestra de manera general, sin embargo no reúne requisitos indispensables que se han detallado anteriormente.

Es importante que se detallen algunos aspectos para lograr el éxito de una cláusula arbitral o en este caso específica estatutaria y se vuelve necesario al tratarse de un tema tan delicado como lo es la vida de la sociedad anónima, en la cual están en juego los bienes y aportes de los accionistas, así como los negocios que pudieren

mantener con otras personas o las relaciones laborales con sus trabajadores.

A tal punto es necesario determinar cuáles son los elementos que una cláusula arbitral debe contener para lograr alcanzar una solución precisa a la poca y muy general regulación que el ordenamiento jurídico nicaragüense le brinda al campo de aplicación del arbitraje en las sociedades anónimas.

Consecuentemente, una vez analizado lo contenido en la Ley de Mediación y Arbitraje (2005) es posible identificar que los elementos que debe reunir una Cláusula Arbitral que posibilite delimitar que conflictos sociales serán arbitrables, son:

#### 1) Alcance de la Cláusula Arbitral

Este elemento consistiría en determinar qué tipos de conflictos son arbitrables, en este sentido, además de expresarse la voluntad de las partes para pactar este método de resolución de controversias, se deberá describir las posibles controversias.

Al respecto, Orúe Cruz (2017), expone que “no debe enumerar los tipos de controversia, sino, redactarla de forma tal que comprende a todas las controversias” (p. 98), en este punto se debe aclarar que en el caso de arbitraje societario quizá resulte mejor detallar con mayor precisión el tema de conflictos societarios o agrupar de manera general pero precisa los mismos.

#### 2) Sede del Arbitraje

La Ley de Mediación y Arbitraje (2005) otorga a las partes la facultad de determinar la sede del arbitraje, al exponer que:

Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendida las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros

bienes o documentos (Artículo 46).

También la norma contempla que en caso de no existir ningún arreglo respecto a la sede del arbitraje, el Tribunal tendrá la facultad delegada por las partes para decidir el lugar del arbitraje.

Caso similar es el de la Legislación de El Salvador, en donde la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (2002) determina en el Artículo 52 que:

Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. Si no está previsto en el Convenio Arbitral, se estará a lo que dispongan al respecto las reglas del Centro de Arbitraje, cuando el arbitraje fuere institucional, o los árbitros, en los demás casos.

La determinación de la Sede resulta importante ya que ahorra tiempo al momento de la ejecución del arbitraje.

### 3) Modalidad del Arbitraje

En este cuarto elemento se debe plasmar si el arbitraje será administrado por una institución (arbitraje institucional), o si será administrado por las partes y los árbitros (arbitraje Ad-hoc).

En este sentido, la Ley de Mediación y Arbitraje (2005) define en el Artículo 54 que el Arbitraje Ad-hoc solo puede ser utilizado por los árbitros si las partes los autorizan en caso de guardar silencio se aplicará el Arbitraje de Derecho.

### 4) Constitución del tribunal arbitral y reglas a aplicar

Involucra las reglas de procedimiento que regirán los aspectos procesales del arbitraje, así como el número de árbitros, las cualidades que deberán tener los árbitros, de no estar contenidos en el pacto arbitral se someterá a las reglas establecidas en la Ley de Mediación y Arbitraje (2005), en los Artículos del 30 al 41.

### 5) Idioma

La CNUDMI a través del Reglamento de la CNUDMI (2008) indica en este punto que “Con sujeción a cualquier acuerdo entre las partes, el tribunal determinará sin dilación después de su nombramiento el idioma o idiomas que hayan de implementarse en las actuaciones” (Artículo 17).



En la Legislación nicaragüense este elemento es retomado en la Ley de Mediación y Arbitraje (2005) a través del Artículo 48, el cual expone que:

El arbitraje se desarrollará en el idioma que elijan las partes. A falta de acuerdo expreso, se entenderá que el arbitraje se verificará en el idioma español. Si el idioma seleccionado por las partes es distinto del español, aquellas actuaciones que requieran de revisión ante las autoridades judiciales nicaragüenses, así como el laudo definitivo, deberán ser traducidas al español.

Los elementos analizados anteriormente son indispensables para que la ejecución de un arbitraje societario sea óptimo y se cumpla con lo establecido en la Ley respectiva.

Como se mencionó anteriormente, todo esto se desarrolló ya que el campo de aplicación del arbitraje estará influenciado también por el contenido de la cláusula arbitral, por esta razón es necesario recomendar la inclusión de una cláusula bastante completa o muy general en los Pactos Sociales de la Sociedad Anónima, esto de acuerdo con las necesidades y perspectivas de los accionistas al momento de constituir la (Ver Anexo No. 2).

Una cláusula arbitral redactada de manera general, utilizando las cláusulas modelos de los centros precitados, también puede utilizarse para una aplicación óptima del arbitraje societario, pero siempre puede mejorarse, a fin de evitar contradicciones o inconvenientes futuros.

Lo anterior se hace aún más necesario si se compara la situación nacional con lo dispuesto en otros ordenamientos jurídicos, ya que en Nicaragua, la ley no contempla o delimita que se debe someter a arbitraje, no es el caso de Perú, donde su Decreto legislativo que norma el Arbitraje (2008) en el artículo 78 indica que:

Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.

El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público.

Otro país que contiene una legislación en donde se establece que la delimitación la aplicación del arbitraje en los conflictos societarios puede ser hecha mediante un pacto arbitral es España, en donde su Ley de Arbitraje (2011) en el Artículo 11 bis regula este tema, destacando que:

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.

En las legislaciones precitadas es posible observar una regulación clara y precisa en relación a la manera en la que puede delimitarse la aplicación del arbitraje en los conflictos societarios, ejemplos que deberían ser seguidos en reformas futuras.

En ese sentido cabe mencionar que Nicaragua necesita una regulación en relación a Arbitraje Societario, ya que como se ha analizado en esta investigación, el país no ha regulado en ningún momento de la historia, de manera especial al Arbitraje societario, además se debe tomar en cuenta que la Ley que rige el arbitraje en Nicaragua no fue creada para este variante del arbitraje, dejando su uso de manera supletoria a falta de Ley.

Los métodos alternos de resolución de conflicto cada vez toman mayor auge, a tal punto que ha trastocado temas del Derecho mercantil por su eficacia, en ese sentido es posible reconocer que el campo de aplicación del arbitraje también podrá ser determinado (además de lo expuesto en este subtema) por lo que así lo indique una cláusula arbitral pensada para arbitraje societario.

### 3.3 EXCEPCIONES

#### 3.3.1 Excepción del artículo 261 del Código de Comercio

Como todo en Derecho, lo anterior no constituye un absoluto, es decir que no siempre los conflictos que se susciten entre los accionistas deberán ser resueltos por arbitraje, esté o no pactado en una cláusula arbitral, ya que el Código de Comercio (1916), deja abierta la posibilidad de que los socios recurran a la jurisdicción ordinaria en un caso específico, al establecer que:

Todo accionista tiene derecho de protestar contra las deliberaciones tomadas en oposición a las disposiciones de la ley de los Estatutos y podrá requerir del juez competente la suspensión de su ejecución y declaración de su nulidad.

Tales deliberaciones hacen de responsabilidad ilimitada a los socios que las hubieren aceptado expresamente.

Las resoluciones tomadas y actos practicados por los directores contra las disposiciones de la ley, de los estatutos o de las Juntas Generales, no obligan a la sociedad, quedando sus autores, en cuanto a sus efectos, personal y solidariamente responsables, salvo en caso de protesta, conforme lo dispuesto en este Código (Artículo 261).

Una vez planteada la excepción es necesario analizarla, como se ha expuesto en esta investigación el Pacto Arbitral permite determinar el campo de aplicación del arbitraje (Arbitraje Voluntario) pero también la ley lo delimitar (Arbitraje forzoso), y en lo referente al precitado artículo, ni lo que pueda disponerse en la cláusula arbitral o lo establecido en el artículo 334 del Código de Comercio tiene cabida en materia de impugnación de acuerdos sociales, ya que como se establece en el Artículo 261 este conflicto será competencia del Judicial mediante solicitud del accionista que se opone a la decisión de la Sociedad, la resolución de nulidad y ejecución del acuerdo social.

Lo anterior a simple vista podría ser entendido como una antinomia jurídica, pues en un primer punto el Artículo 334 indica que “toda cuestión social que se susciten entre los socios durante la existencia de la sociedad... Serán decididas por vía arbitral” y posterior a este destaca el Artículo 261 (Ambos del Código de Comercio,

1916) delegando que la nulidad de todo acuerdo arbitral deberá ser resuelto por vía judicial. Sin embargo, como consecuencia del análisis realizado a ambas disposiciones y la amplia Doctrina planteada en este documento es posible entender que no se trata de un conflicto de ley, sino de una excepción, que aporta a la delimitación del campo de aplicación del Arbitraje en las Cuestiones Sociales a las que se refiere el Artículo 334 CC.

Así mismo, esta excepción se encuentra retomada en el Código Procesal Civil de Nicaragua (2015) en el artículo 38 numeral 8 el cual indica que: “La impugnación de acuerdos sociales no sujeta a arbitraje será competencia del juzgado del domicilio de la sociedad”.

Por ello, puede afirmarse que como excepción a la regla general tenemos que la impugnación de acuerdos sociales, a pesar de ser una cuestión social por guardar relación con los accionistas y la sociedad misma, no será conocida por un tribunal arbitral sino que se someterá al juzgado dónde la sociedad tenga su domicilio.

### 3.3.2 Excepción de los artículos 212 y 213 del Código de Comercio

Otra de las excepciones a la regla general de Arbitraje Obligatorio se encuentra contenida en el Art. 212 y 213 de Código de Comercio, los cuales se citan a continuación:

Las sociedades anónimas en Junta General de accionistas, previamente convocadas al efecto, tendrán la facultad de acordar la reducción del capital social. En ningún caso podrán tomarse estos acuerdos en las Juntas Ordinarias, si en la convocatoria, y con la debida anticipación, no se hubiese anunciado que se discutirá y votará sobre el aumento o reducción del capital social. (Artículo 212)

Las disposiciones tomadas por la Junta General en los casos de los artículos anteriores deberán ser aprobadas por el Juez, e inscritas y publicadas como se dispone en el artículo 204, y podrá negar su aprobación si se hubiere procedido ilegalmente o con dolo o malicia (Artículo 213)

En este caso, puede entenderse que al ser competencia de los tribunales de justicia ordinaria, lo relativo a la reforma al pacto social, cualquier conflicto que resultare de la decisión de reducción de capital, no podrá ser arbitrable, sino que deberá ser

conocida por un juez competente.

Esto además podría tener su origen en que el aumento o reducción del capital social debe ser aprobado por los accionistas y por lo tanto cabría en los el supuesto del Artículo 261 del Código de Comercio con respecto a la impugnación de acuerdos sociales.

### 3.3.3 Excepción del artículo 252 del Código de Comercio.

Continuando con la línea de excepciones a las cuestiones sociales objeto de arbitraje, se encuentra lo dispuesto en el Artículo 252 del Código de Comercio (1916):

Si la Junta Directiva se negare a convocar la Junta General solicitada por los socios en el caso del artículo anterior, podrán los interesados ocurrir al Juez de Comercio, para que la convoque y presida hasta dejarla organizada.

Es decir, que un conflicto que pueda generarse entre la Junta General de Accionistas y la Junta Directiva por negarse la Junta Directiva a convocar a la Junta General de Accionistas no será arbitrable, sino que debe remitirse al Juez de Comercio, en Nicaragua a la fecha no se ha constituido un tribunal de comercio o jueces de comercio, por lo que según la práctica, estos casos son evacuados por jueces comunes (Civil).

Lo anterior tiene su asidero legal desde finales del siglo pasado en lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua (1998), en sus artículos 47 y 55, donde les otorga a los juzgados locales y de distrito civiles, según sea la cuantía, la competencia para conocer causas mercantiles.

### 3.3.4 Excepción de los artículos 273 y 278 del Código de Comercio.

Es necesario mencionar que también existen excepciones que guardan relación con el plazo de vida de la Sociedad, conflictos que no son arbitrables de conformidad con los Artículos 273 y 278 del Código de Comercio (1916) sin embargo estos no serán abordados en esta investigación dado que se limita al estudio del campo de

aplicación del Arbitraje durante la existencia de la Sociedad Anónima.

### 3.4 DELIMITACIÓN DE LA ARBITRABILIDAD DE CONFLICTOS SOCIALES A LA LUZ DEL ARTÍCULO 334 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Una vez analizadas las excepciones a la regla general contenida en el Código de Comercio (1916) en el artículo 334, la cual establece que:

Todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, serán decididas por los jueces arbitradores nombrados uno por cada parte y un tercero en caso de discordia, nombrado por los mismos árbitros o por el Juez en caso de desacuerdo.

Y siendo que no se logró identificar ningún otro supuesto que instituya al arbitraje societario como forzoso, se tienen los insumos necesarios para identificar que el campo de aplicación del arbitraje durante la vida de la Sociedad Anónima será:

1. Toda controversia de naturaleza societaria, que sea generada entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, o entre los socios y órganos de administración.

Con excepción de:

1. Impugnación de Acuerdos Sociales.
2. Impugnación de Acuerdo para reducción (o aumento) de capital.
3. Conflictos surgidos por negarse la Junta Directiva a convocar Junta General de Accionistas.

## Conclusiones

Al concluir la presente investigación, es posible afirmar que:

1. La figura del Arbitraje Societario en Nicaragua se encuentra ligeramente regulada en disposiciones de carácter general, pero no existe una norma específica que regule este método alternativo de resolución de controversias frente a la producción de un conflicto social y por ello debe recurrirse a los elementos esenciales del Arbitraje en general y a lo dispuesto en doctrina y Derecho Comparado para entender lo que verdaderamente abarca.
2. El significado de cuestión social no se encuentra definido en la legislación nacional pero si puede encontrarse doctrina en relación a éste y al estudiar lo dispuesto en el Derecho Interno de otros países y consultar jurisprudencia al respecto fue posible definir que conflictos abarca tal término.
3. El ordenamiento jurídico nacional no establece las pautas que determinaran la arbitrabilidad o no de un conflicto social.
4. Se delimitó el campo de aplicación del Arbitraje en las Sociedades Anónimas, estableciendo que todos los conflictos que surjan a lo interno de la sociedad son arbitrables, si así lo pactan los accionistas en la Cláusula arbitral.
5. De no existir tal pacto o no establecer a detalle que conflictos serán sometidos a arbitraje, por imposición legal, serán arbitrables todas las controversias suscitadas a lo interno de la sociedad excepto las cuestiones contenidas en las excepciones analizadas en esta investigación y establecidas en el Código de Comercio.

## Recomendaciones

Debido a la importancia de la resolución pacífica de las controversias en materia societaria y tomando en consideración los elementos estudiados en la presente investigación, se recomienda tomar las siguientes medidas:

1. Prestar especial atención al determinar qué tipo de arbitraje conviene más de acuerdo con el giro social y los posibles conflictos que pudieran originarse.
2. Incorporar el pacto arbitral a través de una Cláusula Estatutaria al momento de la Constitución de la Sociedad Anónima en la que se detallen de manera general o muy específica que conflictos deberán ser tenidos en cuenta como “cuestión social”.
3. Redactar la Cláusula Arbitral de manera clara y precisa, teniendo en cuenta todos los elementos esenciales de la misma, como en los modelos propuestos en ésta investigación.
4. En cuanto a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico nicaragüense, se recomienda que en futuras reformas en materia mercantil se defina con precisión qué debe entenderse por cuestión social y que se regule de manera especial el arbitraje societario, todo con el fin de facilitar la determinación de la arbitrabilidad de los conflictos sociales.



## Referencias Bibliográficas

Asamblea Legislativa. (2002). Decreto 914. Ley Mediación, Conciliación y Arbitraje. Publicada en el Diario Oficial No. 153 del 21 de agosto de 2002.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1998) Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Publicada en La Gaceta No. 9 del 14 de enero de 1998.

Asamblea Nacional (2018) Ley contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva. Publicada en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 138 del 20 de Julio del 2018.

Asamblea Nacional (2015). Ley 902 Código Procesal Civil de Nicaragua. Publicado en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 191 del 9 de octubre de 2015.

Asamblea Nacional (2005) Ley 540 Ley de Mediación y Arbitraje, Publicada en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 122 del 24 de Junio del 2005.

Asamblea Nacional (2003), Decreto No. 54-2003, Ratificar Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Publicado en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 126 del 07 de Julio de 2003.

Asamblea Nacional (2002). Decreto No. 26-2002, Adhesión Convención sobre el Reconocimiento de y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Publicado en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 56 del 21 de Marzo de 2002.

Asamblea Nacional (1998). Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua. Publicada en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 137 del 23 de julio de 1998.

- Asociación Europea de Arbitraje. (2019). Comité de arbitraje societario y mercantil. Cláusula arbitral para arbitraje societario. Recuperado de: <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/societario-y-mercantil/>
- Bejarano, R. (2016). Procesos Declarativos, arbitrales y ejecutivos. Sexta edición. Bogotá. Colombia: Editorial Temis S.A.
- Ballesteros Panizo, C. I (2017) El arbitraje de Derecho Público. Tesis Doctoral. Barcelona. Recuperado de: [https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/403370/Tesi\\_Covadonga%20Isabel%20Ballesteros.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/403370/Tesi_Covadonga%20Isabel%20Ballesteros.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Caivano, R (2013) Arbitrabilidad y Orden Público. En Foro Jurídico. (pp. 62-78). Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>
- Cámara de Comercio y Servicios de Nicaragua (2019). Cláusulas Modelos. Recuperado de: <http://www.cmanicaragua.com.ni/index.php/documentacion-y-descarga/clausulas-modelos/>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (1934) Ley General de Sociedades Mercantiles. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934. Recuperado de: [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_mex\\_ley\\_soc\\_merc.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_ley_soc_merc.pdf)
- Castillo Freyre, M. & Vásquez Kunze, R. (2006) Arbitraje: naturaleza y definición. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085113.pdf>
- Cárdenas Mejía, Juan Pablo (2003). El arbitraje en equidad. En Universitas, núm. 105 (pp. 347- 374). Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510514.pdf>
- Certad Maroto G. (2014) Algunas otras cuestiones en tema de compromiso y cláusula compromisoria en sociedades mercantiles. Revista Jurídica IUS Doctrina, 3 (4). Recuperado de: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13537>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (2008) Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Recuperado de: [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

Congreso Nacional de Nicaragua. (1916). Código de Comercio de Nicaragua. Publicado en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 248 del 30 de Octubre de 1916.

Congreso Nacional de Nicaragua. (1906). Ley del Notariado. Publicada como apéndice al Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua, Publicado el 7 de noviembre de 1905.

Congreso Nacional de Nicaragua. (1905). Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua. Publicado el 7 de Noviembre de 1905.

Congreso Nacional de Nicaragua. (1904) Código Civil de la República de Nicaragua. Publicado en *La Gaceta, Diario Oficial* No. 2148, del 05 de febrero de 1904. Nicaragua.

Congreso de Colombia (2012), Ley No. 1563, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1563\\_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html)

Congreso Nacional de Chile (1943), Ley No. 7421, Código Orgánico de Tribunales. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563>

Congreso Nacional Ecuador (2006) Ley de Arbitraje y Mediación y sus reformas. Recuperado de: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/mediacion/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediacion.pdf>

Congreso Nacional de Honduras (2001). Decreto No. 161-2000. Publicado en *La Gaceta* No. 29,404 del 14 de febrero de 2001.

Congreso de la República de Guatemala (1995) Decreto No. 67-95 Ley de Arbitraje. Recuperado de: <https://www.congreso.gob.gt/consulta->

legislativa/decretos/page/245/?fecha\_i&fecha\_f&anio&numero&palabra&order

Congreso de la República de Perú (2008) Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Recuperado de: [https://vlex.com.pe/vid/decreto-legislativo-n-1071-578579090?\\_ga=2.223281753.39663878.1570377263-1108526032.1570377263#section\\_3](https://vlex.com.pe/vid/decreto-legislativo-n-1071-578579090?_ga=2.223281753.39663878.1570377263-1108526032.1570377263#section_3)

Corte Civil Mercantil de Arbitraje (2019) Cláusula Arbitral recomendada para conflictos de naturaleza societaria. Recuperado de: <http://arbitrajecima.com/sobre-nosotros/clausula-arbitral/>

Corte de Constitucionalidad. Guatemala (quince de marzo de dos mil once) Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente 878-2010.

Corte de Constitucionalidad. Guatemala (nueve de diciembre de dos mil catorce) Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente 3475-2014.

Corte de Constitucionalidad. Guatemala (quince de marzo de dos mil once) Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente 1107-2010.

Cremades, B. M. (2000). El Arbitraje Societario. La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía. 5211 (p. 1-7).

Fernández Arroyo & Perales Viscasillas (2012) Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva. En Revista de Derecho Comparado (Argentina), n° 20, 2012, pp. 37-67. Recuperado de: <http://diegofernandezarroyo.net/articles/68-Las-contribuciones-de-la-CNUDMI-UNCITRAL-en%20materia-de-arbitraje-razones-y-politicas-de-una-decada-altamente-productiva-DPFA-2012.pdf>

Figuroa Valdés, J. (2014) La Autonomía de los Árbitros y La Intervención Judicial. En Arbitraje. Revista PUCP. Pp. 71-81. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10388/10838>

Filártica Cantero, I (2016) El Principio 'Competence-Competence'; Análisis

Comparativo y su Aplicación en la Legislación de Arbitraje Paraguaya.  
Recuperado de:  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=283178](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=283178)

Flors Matíes, J. (2019) El Arbitraje en Procesal Civil. (3ra. Ed.) Valencia: Tirant lo Blanch.

FUNIDES (2012). Practica del Arbitraje Comercial en Nicaragua. Recuperado de:  
[http://funides.com/media/attachment/practica\\_del\\_arbitraje\\_comercial\\_en\\_nicaragua.pdf](http://funides.com/media/attachment/practica_del_arbitraje_comercial_en_nicaragua.pdf)

Gil Echeverry, J. H. (2013). Régimen Arbitral Colombiano. Ley 1563 de 2012. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.

González de Cossío, F. (2014). Arbitraje. México: Porrúa.

González de Cossío (s.f) Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje. Homenaje a Don Raúl Medina Mora (pp.1-38). Recuperado de:  
<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>

Guaia, C (2014) Notas sobre Arbitraje y Jurisprudencia. En Arbitraje PUCP (pp. 139-145) Recuperado de:  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10394/10844>

Hernández Medina, G. (2012) Arbitraje estatutario y contratos de adhesión. Gaceta Judicial 2012. Recuperado de:  
[https://app.vlex.com/?r=true#WW/search/\\*/arbitraje+societario+estatutos/WW/vid/450231854](https://app.vlex.com/?r=true#WW/search/*/arbitraje+societario+estatutos/WW/vid/450231854)

Jiménez de Aréchaga, M (2012) Los Conflictos Societarios y el Arbitraje. En revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. (p.45-48) Recuperado de:  
<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Jimenez-de-Arechaga-Los-conflictos-societarios-y-el-arbitraje.pdf>

Larrea, A. M (2011) Alcance y Límites del Arbitraje en Equidad. Recuperado de:  
<https://www.revistajuridicaonline.com/2011/04/alcance-y-lmites-del-arbitraje->

en-equidad/

Llain Arenilla, S (2004) el rol del principio competence competence en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional. En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* (pp. 143-168) Recuperado de: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/8543/6867>

Cámara de Diputados de España (2011) Ley 11/2011 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, Publicada el 20 de mayo de 2011. Recuperada de: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/05/21/pdfs/BOE-A-2011-8847.pdf>

Martínez Manotas, P. (2007). Algunas Consideraciones sobre la Cláusula Arbitral desde la Legislación Colombiana y Mexicana. Tesis Doctoral Recuperado de: <http://www.bib.uia.mx/tesis/pdf/014847/014847.pdf>

Martínez Solís, A.L & Santana Paisano, D.C. (2005). Análisis sistemático y comparativo del Anteproyecto de Ley de Mediación y Arbitraje de Nicaragua. Recuperado de: <http://repositorio.uca.edu.ni/2713/1/UCANI1581.PDF>

Matheus López, C. A (2003) Introducción al derecho de arbitraje peruano. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510604.pdf>

Monterrey Briceño, V. (2017) Sociedades personalistas. Una mirada crítica al Código de Comercio vigente y al anteproyecto de Código Mercantil de Nicaragua. En *Revista de Derecho UCA* ISSN 1993-4505 / No. 22, 2017 / (pp. 61-92) Recuperado de: <http://repositorio.uca.edu.ni/4073/>

Murillo González, J (2008) Efectos de la cláusula compromisoria en los arbitrajes internacionales: Caso del CIADI. En *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 118 (pp. 121-152). Recuperado de: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/9771/9217/>

- Naciones Unidas. (1958). Convención sobre Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York. Recuperado de: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>
- Ortegón Obando, S (2018). La arbitrabilidad subjetiva en el contrato de fiducia en Colombia. En Estudios Socio-Jurídicos, (pp. 177-207) Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6780>.
- Orúe Cruz J.R (2017). Convenio Arbitral y Procedimiento Arbitral. En Meza Gutiérrez, M. A & Orúe Cruz J.R. (2da. ed.). Mediación y Arbitraje en Nicaragua. (pp. 91-147). Managua: UCA.
- Orúe Cruz, J.R (2014) Manual de Derecho Mercantil. (3a ed.) Managua: Hispamer.
- Ocón Mora, D. (2017) El pacto arbitral y su importancia en el Arbitraje Societario. Recuperado de: <http://repositorio.uca.edu.ni/4692/1/UCANI5018.pdf>
- Pérez Caruajulca, M. A. (2018). El Convenio Arbitral en el arbitraje societario y sus efectos en la sociedad. Actualidad Jurídica, 299. En Actualidad Mercantil. Recuperado de: <https://works.bepress.com/miguelangel-perezcaruajulca/4/>
- Puelma Accorsi, A. (2011). Sociedades, Tomo II. Chile (p. 713-179). Recuperado de: <http://app.vlex.com/#WW/vid/321667087>
- Quintana Adriano, E.A. (2010), Marco Jurídico del Arbitraje Nacional, Regional e Internacional en Contratación y Arbitraje Internacionales (395-422). Recuperado de: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11686>.
- Real Academia Española. (2019). Arbitraje de equidad. En Diccionario del español jurídico (22.a ed.). Recuperado de: <https://dej.rae.es/lema/arbitraje-de-equidad>
- Real Academia Española. (2019). Arbitraje de derecho. En Diccionario del español jurídico (22.a ed.). Recuperado de: <https://dej.rae.es/lema/arbitraje-de-derecho>

- Restrepo-Soto, D (2014) La Arbitrabilidad Objetiva en el Derecho de Arbitraje. En La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje Vol. 5, (pp. 63 – 80) Recuperado de: <https://doctrina.vlex.com.co/vid/arbitrabilidad-objetiva-derecho-arbitraje-640639561>
- Rey Vallejos, P. (2013) El Arbitraje y los Ordenamientos Jurídicos en Latinoamérica: un Estudio Sobre Formalización y Judicialización. Universitas (62). Recuperado de: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/6125u>
- Robleto Arana, C. (2006) Derecho de Sociedades Mercantiles. Colección Facultad de Ciencias Jurídicas. Managua: UCA
- Rodríguez Roblero, M.I. (2010). Impugnación de Acuerdos Sociales y Arbitraje. Recuperado de: <https://search.proquest.com/docview/2135809842/bookReader?accountid=170381&ppg=14>
- Rodríguez, M. (2013). Medidas cautelares en el proceso arbitral. Bogotá, D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Romero Seguel (1999). Nociones Generales sobre la Justicia Arbitral. Chilena de Derecho, (26), 405 – 430.
- Rubio Gerrero (s.f) El principio competence competece en la nueva ley peruana de arbitraje. Recuperado de: [http://www.limaarbitration.net/LAR4/Roger\\_Rubio\\_Guerrero.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR4/Roger_Rubio_Guerrero.pdf)
- Salcedo Flores, A. (2012) La autonomía de las partes en el arbitraje ad hoc frente al orden público procesal. Recuperado de: [https://www.utadeo.edu.co/files/node/publication/field\\_attached\\_file/pdf-la\\_autonomia\\_de\\_las\\_partes-pag.-web-10-15.pdf](https://www.utadeo.edu.co/files/node/publication/field_attached_file/pdf-la_autonomia_de_las_partes-pag.-web-10-15.pdf)
- Salcedo Castro, M. (2005). Arbitrabilidad Subjetiva: la Capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje, en: Eduardo Silva Romero y Fabricio Mantilla Espinoza. El Contrato de Arbitraje. Bogotá: Legis.



- Tarrío Berjano, J. (2011) La Cláusula Estatutaria para la sumisión a Arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales. Esquema de situación. Planteamiento (p. 125-126) Recuperado de: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/estatutaria-sumision-impugnacion-esquema-379508830>
- Travis, A. R. (2016). Derecho mercantil. Recuperado de: <https://ebookcentral.proquest.com/lib/ucanicaraguasp/reader.action?docID=4849820&query=Sociedad%2Bmercantil>
- Valpuesta Gastaminza, E. (2019). Todas las preguntas y respuestas sobre las sociedades de capital. Wolters Kluwer España. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/ucanicaragua/111654?page=1>
- Vasquez Palma, M.F. (2006), La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno. En Revista Ius et Praxis. (pp. 181 – 213). Recuperado de: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000100008](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100008)
- Vicepresidencia de la República de Brasil (2001) Ley 10303 del 31/10/2001 - Ley ordinaria que Modifica y agrega disposiciones a la ley 6.404 del 15 de diciembre de 1976, que regula sobre las acciones, y la ley 6.385 del 7 de diciembre de 1976, que regula sobre el comité de valores. Recuperado de: [https://dou.vlex.com.br/vid/lei10303-31-10-2001661816253?from\\_fbt=1&from\\_social=true&fbt=webapp\\_preview](https://dou.vlex.com.br/vid/lei10303-31-10-2001661816253?from_fbt=1&from_social=true&fbt=webapp_preview)

# Anexos

## Anexo No. 1: Sentencias

### **APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO**

#### **EXPEDIENTE 878-2010**

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, quince de marzo de dos mil once.

En apelación y con sus antecedentes, se examina la sentencia de diez de febrero de dos mil diez, dictada por la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, en la acción constitucional promovida por Jaime Humberto Mansilla Vargas contra la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil. El postulante actuó con el patrocinio del abogado Luís Antonio Mazariegos Fernández. Es ponente en este caso el Magistrado Vocal II, Mario Pérez Guerra, que expresa el parecer de este Tribunal.

#### **ANTECEDENTES I. EL AMPARO**

A) Interposición y autoridad: presentado el diecisiete de julio de dos mil nueve, en la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio. B) Acto reclamado: resolución de veintidós de abril de dos mil nueve, por la que la autoridad impugnada confirmó el auto que declaró con lugar la excepción de incompetencia y, como consecuencia, rechazó para su trámite la demanda ordinaria de nulidad absoluta de la asamblea general extraordinaria de accionistas celebrada el veintiséis de abril de dos mil siete que el ahora amparista promovió contra la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima. C) Violaciones que se denuncian: a los derechos de defensa y de justicia, así como a los principios jurídicos de seguridad y debido proceso. D) Hechos que motivan el amparo: D.1) Producción del acto

reclamado: a) el veintiséis de abril de dos mil siete se realizó Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, en la cual se acordaron todos los puntos de la agenda; b) por considerar que los acuerdos adoptados en aquella asamblea son nulos porque vulneran los derechos de las minorías protegidos por el artículo 137 del Código de Comercio y afirmando que actuaba en ejercicio de sus derechos como accionista de la referida sociedad, el ahora amparista compareció ante la Juez Tercero de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala a promover juicio ordinario de nulidad contra los acuerdos tomados en dicha asamblea, de conformidad con lo establecido en el artículo 157 de la Ley ibidem; c) en resolución de nueve de diciembre de dos mil ocho, la citada funcionaria judicial admitió para su trámite la demanda y emplazó Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, la que, en su defensa, interpuso las excepciones previas de: i. incompetencia, aduciendo que en la cláusula arbitral del contrato de constitución de la sociedad se indica: "...tratándose del caso comprendido dentro del artículo ciento cincuenta y siete (157) del Código de Comercio, la cuestión será decidida en juicio arbitral de equidad..."; ii. falta de personería, alegando que el actor había sido excluido como accionista de la sociedad; y iii. demanda defectuosa, asegurando que el demandante no había acompañado al escrito inicial las copias completas de la demanda y de los documentos adjuntos al momento de su planteamiento; d) en resolución de doce de febrero de dos mil nueve, la Juez de mérito declaró con lugar la excepción previa de incompetencia sin pronunciarse sobre las demás; e) el ahora postulante apeló dicha resolución alegando que aquél pronunciamiento no se realizó conforme a la ley y a las constancias procesales, pues la cláusula arbitral en la que la demandada basó el referido medio de defensa procesal, sólo debe aplicarse cuando la ley no señale procedimiento especial para determinado caso; f) al conocer el asunto en alzada, la Sala reprochada emitió auto de veintidós de abril de dos mil nueve –acto reclamado–, en el que confirmó la resolución apelada, por estimar que: "...en dicha cláusula se estipula que las partes se estaban obligando a cumplir con cada una de ellas, es decir acudir al juicio arbitral, razón por la cual, luego del estudio del presente expediente y de las constancias procesales, es procedente confirmar lo

resuelto...”. D.2) Agravios que se reprochan al acto reclamado: el solicitante manifiesta que la actuación de la autoridad impugnada le veda la oportunidad de impugnar los acuerdos tomados por la asamblea de Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, en la forma legalmente establecida, ya que, como consta en la misma cláusula compromisoria que sirvió de base para interponer la relacionada excepción de incompetencia, se utilizará la vía del arbitraje cuando la ley no instituya procedimiento especial para la resolución de conflictos; de ahí que, conforme a lo preceptuado en el artículo 157 del Código de Comercio, el juicio ordinario es el procedimiento indicado para impugnar o anular los acuerdos tomados en la Asamblea. D.3) Pretensión: solicitó que se otorgue el amparo y, como consecuencia, se deje sin efecto la resolución que constituye el acto reclamado. E) Uso de recursos: ninguno. F) Casos de procedencia: invocó los contenidos en los incisos a), b) y h) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. G) Leyes que se estiman violadas: citó los artículos 2º., 12, 153, 154 y 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 135 y 157 del Código de Comercio; y 3 de la Ley de Arbitraje.

## II. TRÁMITE DEL AMPARO

A) Amparo provisional: se otorgó. B) Tercera interesada: la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima. C) Remisión de antecedentes: a) juicio ordinario de nulidad absoluta de la asamblea general extraordinaria de accionistas de la referida sociedad, nueve mil treinta y ocho – dos mil siete (9038-2007), del Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala; y b) expediente de apelación cincuenta y cinco – dos mil nueve (55-2009) de la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil. D) Pruebas: los antecedentes del amparo. E) Sentencia de primer grado: la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, consideró:

“...se determina que en la Cláusula Quincuagésimo Segunda, contenida en la Escritura Pública ciento noventa y dos, autorizada por el notario Héctor Gabriel Cifuentes Rizzo, con fecha trece de octubre de mil novecientos ochenta y dos, las partes acordaron el procedimiento para la resolución de „las diferencias que

podrían surgir entre los accionistas y la Sociedad, referentes a los negocios sociales” y expresamente pactaron lo siguiente: „...si agotada la vía anterior, aún no hubiere quedado resuelta la diferencia o se hubiere resuelto parcialmente, o tratándose del caso comprendido dentro del artículo ciento cincuenta y siete (157) del Código de Comercio, la cuestión será decidida en juicio arbitral de equidad...”. Como puede apreciarse, en la escritura de constitución de la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, los socios expresamente previeron el procedimiento arbitral como una forma para la resolución de las diferencias surgidas entre los socios. Conviene entonces analizar la norma a que se hace alusión en la indicada cláusula arbitral, artículo 157 del Código de Comercio, el cual preceptúa lo siguiente: „Derecho de Impugnación: 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...” (...). Al efectuar el análisis de esta norma se infieren dos situaciones: la primera: es que el legislador estableció la vía ordinaria para substanciación de la impugnación de los acuerdos de las asambleas; y la segunda: es que no obstante lo anterior, dejó a las partes la facultad de pactar en contrario a la vía establecida, es decir que pudieran elegir un procedimiento distinto al juicio ordinario para resolver las controversias a que se refiere el citado artículo. En el presente caso, en la cláusula Quincuagésimo Segunda de la referida escritura, se acordó que la vía para dilucidar la impugnación o anulación de los acuerdos de la asamblea sería por medio de un juicio arbitral de equidad, acuerdo que, según lo establecido en la norma citada podían pactar los socios, puesto que el artículo 3 numeral 1) de la Ley de Arbitraje preceptúa que pueden ser materia objeto de arbitraje: „...todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan la libre disposición conforme a derecho...”. Por tales razones esta Cámara concluye que no existió vulneración a los derechos que el postulante denuncia transgredidos, toda vez que si bien el precitado artículo en su inciso c) establece que no podrán ser objeto de arbitraje aquellos asuntos en que la ley señale un procedimiento especial para determinados casos, también lo es que la norma que señala el procedimiento aplicable para el caso que se analiza, como se

indicó con anterioridad, otorgó la potestad a las partes para elegir un procedimiento distinto al establecido en la ley. En virtud de lo anterior este Tribunal Constitucional considera que no existe agravio que reparar mediante esta vía que amerite el otorgamiento de la protección constitucional solicitada. Por tales razones, el amparo interpuesto deviene notoriamente improcedente, tal como se declarará al hacerse los demás pronunciamientos de ley. Por la forma en que se resuelve la presente acción se condena en costas al postulante y por imperativo legal se sanciona con multa al abogado patrocinante...”. Y resolvió: “...Deniega por notoriamente improcedente el amparo planteado por Jaime Humberto Mansilla Vargas y en consecuencia: a) revoca el amparo provisional decretado en resolución de fecha veinticuatro de julio de dos mil nueve; b) impone la multa de un mil quetzales al abogado patrocinante Luís Antonio Mazariegos Fernández, quien deberá hacerla efectiva en la Tesorería de la Corte de Constitucionalidad, dentro de los cinco días siguientes a partir de estar firme este fallo, cuyo cobro en caso de incumplimiento, se hará por la vía legal correspondiente; c) se condena en costas al solicitante...”.

### III. APELACIÓN

El postulante apeló.

### IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA

A) El accionante reiteró los argumentos manifestados en su escrito inicial de amparo. Solicitó que se revoque la sentencia apelada y se le otorgue la protección constitucional instada. B) Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima –tercera interesada–, indicó que al emitir el acto reclamado, la autoridad impugnada actuó en el uso de sus facultades y de acuerdo a las constancias procesales, ya que la escritura constitutiva de la sociedad establece en qué casos debe acudir al arbitraje de equidad, entre los cuales se incluye la impugnación o anulabilidad de los acuerdos tomados en las asambleas de la entidad, por lo que fue conforme a dicha disposición que ambas instancias ordinarias resolvieron que lo pretendido debe ventilarse por medio del arbitraje; de ahí se advierte que, con la acción constitucional promovida, el postulante pretende utilizar el amparo como una instancia revisora de lo resuelto por los órganos ordinarios. Solicitó que se confirme

la sentencia venida en grado. C) El Ministerio Público manifestó que comparte el criterio sustentado por el Tribunal a quo, pues el amparista pretende convertir el amparo en una instancia revisora de lo actuado por los tribunales ordinarios, cuando éstos han actuado conforme a las atribuciones otorgadas por la ley. Solicitó que se confirme la sentencia impugnada.

#### CONSIDERANDO -I-

Es procedente otorgar la protección que el amparo conlleva, con el objeto de que se restablezca la situación jurídica afectada, cuando la autoridad contra la que se reclama ha incurrido en un acto u omisión que, en forma actual e inminente, lesiona, restringe, altera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución Política de la República, los tratados y las leyes.

#### -II-

En el presente caso, Jaime Humberto Mansilla Vargas acude en amparo contra la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, señalando como acto reclamado la resolución de veintidós de abril de dos mil nueve, por la que la autoridad impugnada confirmó el auto que declaró con lugar la excepción de incompetencia y, como consecuencia, rechazó para su trámite la demanda ordinaria de nulidad absoluta de la asamblea general extraordinaria de accionistas que el ahora amparista promovió contra Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima.

El postulante manifiesta que la actuación de la autoridad impugnada le veda la oportunidad de impugnar los acuerdos tomados por la referida asamblea en la forma legalmente establecida para el efecto, ya que, como consta en la misma cláusula compromisoria que sirvió de base a la citada entidad para interponer la excepción de incompetencia, se utilizará la vía del arbitraje cuando la ley no instituya procedimiento especial para la resolución de conflictos; de ahí que, conforme a lo preceptuado en el artículo 157 del Código de Comercio, el juicio ordinario es el procedimiento indicado para impugnar o anular los acuerdos tomados en dicha Asamblea General.

#### -III-



El Tribunal de Amparo de primer grado denegó la protección constitucional solicitada, fundamentando su decisión en el hecho de que, según estima, la norma que señala el procedimiento aplicable para el asunto que se analiza confiere a las partes la potestad para elegir un procedimiento distinto al establecido en la ley, en este caso, el del arbitraje. Sin embargo, el examen de la cuestión en su contexto y de las normas aplicables revela que tales afirmaciones son inexactas. Por esa razón, esta Corte procederá a efectuar el análisis que amerita el asunto puesto a su juzgamiento en apelación.

-IV-

La discusión suscitada en este caso gira en torno a la posibilidad de ventilar en juicio ordinario la demanda de nulidad de los acuerdos que la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la referida entidad asumió el veintiséis de abril de dos mil siete promovida por el ahora postulante, frente a la existencia de una norma que permite el conocimiento y resolución de aquella impugnación por medio de un procedimiento distinto, voluntariamente pactado por las partes.

La norma a la que se hace referencia es el artículo 157 del Código de Comercio, que preceptúa: “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.” (El resaltado no aparece en el texto original).

De acuerdo a esa indicación legal, la impugnación de los relacionados acuerdos se hará, por regla general, por vía del juicio ordinario; sin embargo, la misma norma prevé una excepción que consiste en conferir a las partes la oportunidad de elegir una vía diferente para formular tales cuestionamientos. Es decir, dicho artículo propone una directriz particular, con la salvedad de que los interesados pueden optar por otro medio para elucidar aquella objeción. En el caso de estudio, luego de que el ahora amparista demandara la nulidad de los citados acuerdos por medio del juicio ordinario –regla general–, la entidad demandada interpuso excepción de incompetencia asegurando que esa no era la vía para formular dicha impugnación, pues el contrato de constitución respectivo contenía una “cláusula arbitral” en virtud

de la cual se estableció el pacto de ventilar la referida oposición mediante arbitraje, el cual se estima equivalente a la excepción a la que anteriormente se aludía.

O sea que, aparentemente, de acuerdo a lo establecido en la propia norma invocada por el demandante, a éste le correspondía formular la relacionada objeción conforme al “pacto en contrario” contenido en la referida cláusula contractual, esto es, mediante arbitraje, y no en sede jurisdiccional; como consecuencia de ello, el juez ante el que promovió el juicio respectivo resultaría incompetente. Tales fueron los razonamientos efectuados tanto por el citado juez de primer grado, como por la Sala cuestionada en amparo al conocer en alzada, para declarar con lugar la excepción antes mencionada y confirmar esa decisión, respectivamente.

Esta Corte estima que tales consideraciones son equivocadas en la medida en que su elaboración únicamente admitió, como fundamento del análisis de mérito, el contenido del artículo 157 del Código de Comercio, frente a lo pactado en contrario en la escritura constitutiva de Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, (en la cláusula arbitral). Es decir, realizaron un ligero estudio de la normativa aplicable al asunto particular, una evaluación aislada que les impidió emitir un acertado pronunciamiento del mismo. Tal estimativa se efectúa con base a dos motivos:

A) El primero consiste en el hecho de que el examen realizado a la exposición argumentativa que hizo el ahora postulante al promover el juicio ordinario de nulidad mencionado, evidencia que el señalamiento efectuado no lo causó únicamente la presunta nulidad de lo regulado en los acuerdos tomados por la referida Asamblea, sino que con el mismo cuestionó, al mismo tiempo, la propia validez de tales acuerdos. Ello quiere decir que el postulante no dirigió la impugnación contra el mero contenido de esos convenios, sino que cuestionó su legitimidad, misma que, de estar ausente, provocaría su nulidad inmediata. En efecto, en el escrito respectivo aquél expresó: “...comparezco a promover en JUICIO ORDINARIO, DEMANDA DE NULIDAD ABSOLUTA DE LA ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS de la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima que fuera celebrada el veintiséis de abril de dos mil siete a las quince horas en el salón Amate del Hotel Real Intercontinental de la ciudad de

Guatemala...”, y después señaló que: “...tanto en el procedimiento de la Convocatoria a Asamblea General Extraordinaria de Accionistas celebrada el veintiséis de abril del presente año, así como el informe circunstanciado que sirvió de base para que los accionistas tomaran las resoluciones en dicha Asamblea, padecen de vicios y omisión de requisitos legalmente impuestos, además que se fundamentan en argumentos parcializados, incompletos, ambiguos y falsos, que provocan que la ASAMBLEA (...) SEA NULA AL AMPARO DE LA LEY, lo cual se procede a demostrar a continuación (...); seguidamente, como afirmó, dedicó su exposición a indicar las razones por las cuales demandaba la nulidad de la referida Asamblea.

B) La segunda motivación tiene que ver con la materia que puede ser objeto de arbitraje. Según indica el artículo 3, numeral 1), de la Ley de la materia, la misma se aplicará: “...en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho...”. Aunque tal indicación parezca muy general, en el caso objeto de estudio es posible considerar que las materias sobre las que las partes – sociedades, sus órganos o accionistas– pueden disponer libremente y de conformidad con la ley, son 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 objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral. Sin embargo, en el presente caso, no se están cuestionando resoluciones respecto de asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como:

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. Tales temas no forman parte de las “materias en 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.

Establecido lo anterior no puede sino concluirse que la nulidad de la que estima el postulante adolece la multicitada Asamblea General, constituye una impugnación que solamente puede ser objeto de conocimiento jurisdiccional y, por tanto, el juez de la causa no debía acoger la tesis de una presunta incompetencia que la entidad demandada invocó al interponer la excepción correspondiente, y la Sala impugnada tampoco debía confirmar aquella decisión, pues, como quedó apuntado, el arbitraje no es la vía idónea para ventilar aquella demanda de nulidad.

-V-

Las consideraciones precedentes conducen a determinar que el acto reclamado generó al postulante la violación a derechos y principios que denuncia en sede constitucional y, por ello, el agravio causado debe repararse con el otorgamiento del amparo solicitado. Habiendo resuelto en sentido contrario el Tribunal de primer grado, corresponde revocar la sentencia apelada y dictar la que en derecho corresponde, sin condenar en costas a la autoridad impugnada por la presunción de buena fe de la que están revestidas las actuaciones judiciales, y emitiendo las declaraciones necesarias para asegurar los efectos positivos de dicha decisión.

LEYES APLICABLES

Artículos 265, 268 y 272, inciso c), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8º., 10, 42, 45, 60, 61, 67, 149, 163, inciso c), y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y, 17 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

#### POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Con lugar el recurso de apelación interpuesto y, como consecuencia, revoca la sentencia objetada. Resolviendo conforme a derecho declara: a) Otorga amparo a Jaime Humberto Mansilla Vargas, a quien restituye en la situación jurídica afectada, dejando en suspenso definitivo la resolución de veintidós de abril de dos mil nueve que dictó la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil dentro del expediente cincuenta y cinco – dos mil nueve (55-2009); b) para los efectos positivos de este fallo, se conmina a la autoridad impugnada para que emita nueva resolución de conformidad con lo considerado en este fallo, lo que deberá hacer dentro del plazo de cinco días contados a partir de que esta resolución cause ejecutoria, bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se impondrá multa de un mil quetzales a cada uno de sus miembros, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que puedan incurrir; c) no se hace especial condena en costas. II) Notifíquese y, con certificación de lo resuelto, devuélvanse los antecedentes.

ROBERTO MOLINA BARRETO PRESIDENTE

ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE  
PÉREZ GUERRA                      MAGISTRADO  
MAGISTRADO

MARIO

GLADYS CHACÓN CORADO

HILARIO    RODERICO    PINEDA

SÁNCHEZ MAGISTRADA  
MAGISTRADO

JORGE MARIO ÁLVAREZ QUIRÓS  
FERNÁNDEZ MAGISTRADO  
MAGISTRADO

JOSÉ ROLANDO QUESADA

MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ SECRETARIO GENERAL

## **ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN**

EXPEDIENTE 878-2010

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, quince de abril de dos mil once.

Se tienen a la vista, para resolver, las solicitudes de aclaración y ampliación de la sentencia dictada por esta Corte el quince de marzo de dos mil once, planteada por la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, tercero interesado en el amparo, por medio de su Administrador Único, Juan Alberto De León Rodríguez dentro del expediente arriba identificado, formado por apelación de sentencia en el amparo promovido por Jaime Humberto Mansilla Vargas contra la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil.

ANTECEDENTES I) DEL PLANTEAMIENTO DEL AMPARO Y RESOLUCIÓN DE PRIMER

GRADO: El postulante del amparo, en su escrito inicial, señaló como acto reclamado la resolución de veintidós de abril de dos mil nueve, por la que la autoridad impugnada confirmó el auto que declaró con lugar la excepción de incompetencia y, como consecuencia, rechazó para su trámite la demanda ordinaria de nulidad absoluta de la asamblea general extraordinaria de accionistas celebrada el veintiséis de abril de dos mil siete que el ahora amparista promovió contra la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima. La Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, denegó la protección constitucional instada, el diez de febrero de dos mil diez.

II) DE LA APELACIÓN PROMOVIDA Y LA RESOLUCIÓN DE SEGUNDO GRADO: El accionante apeló la sentencia dictada por el Tribunal a quo. Esta Corte, con

fundamento en los hechos relatados por el postulante, los antecedentes y la resolución que se conoció en alzada, el quince de marzo de dos mil once, revocó la sentencia impugnada sustentada en que "...el examen realizado a la exposición argumentativa que hizo el ahora postulante al promover el juicio ordinario de nulidad mencionado, evidencia que el señalamiento efectuado no lo causó únicamente la presunta nulidad de lo regulado en los acuerdos tomados por la referida Asamblea, sino que con el mismo cuestionó, al mismo tiempo, la propia validez de tales acuerdos. Ello quiere decir que el postulante no dirigió la impugnación contra el mero contenido de esos convenios, sino que cuestionó su legitimidad, misma que, de estar ausente, provocaría su nulidad inmediata...". Aunado a ello, otro motivo para la decisión asumida es que: "la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como: 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. Tales temas no forman parte de las "materias en 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...":

### III) DE LOS ARGUMENTOS EN QUE DESCANSAN SUS SOLICITUDES: A)

Respecto de la aclaración: a) de la lectura de la sentencia, a criterio del Tribunal Constitucional, la adquisición por parte de la Sociedad de sus propias acciones, la modificación de la escritura social en cuanto a la forma y modalidad del órgano de



administración y el nombramiento, ratificación o remoción del auditor externo, no son materia en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho. Por tal motivo el peticionante solicita que se aclare ese pasaje de la sentencia, ya que el mismo es ambiguo y provoca incertidumbre; b) la Corte de Constitucionalidad afirma que en el presente caso no se están cuestionando resoluciones que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad. Solicita que se aclare ese punto pues, tal afirmación, parecería ser que la adquisición de acciones, modificación de escritura social y nombramiento del órgano de administración así como de auditor externo no son asuntos sobre los cuales las partes tengan libre disposición para acordar un arbitraje o tomar las decisiones que consideren pertinentes con relación a dichos temas, criterio que de ser así, incidiría en violación a diversas leyes ordinarias así como principios constitucionales y de derecho mercantil, por lo que es necesario la aclaración en cuanto a ese punto; c) del texto de la sentencia también se afirma que la vía para impugnar un acuerdo mediante el cual se acordó la exclusión de un accionista es la vía del juicio ordinario; sin embargo, dentro de los acuerdos que impugna el amparista es el acuerdo de exclusión de accionistas por actos dolosos y fraudulentos en contra de la sociedad, contra el cual dicho postulante planteó juicio sumario de oposición a dicho acuerdo, el cual se encuentra en trámite, por lo que solicita que se aclare cuál es la vía idónea para oponerse a la exclusión acordada; d) en el segundo párrafo de la sentencia impugnada, considerando II, la Corte de Constitucionalidad consideró que el postulante había manifestado que la actuación de la autoridad impugnada le veda la oportunidad de impugnar los acuerdos tomados por la referida asamblea; no obstante en el quinto párrafo del Considerando IV) se aseveró que el accionante al promover el juicio ordinario de nulidad, evidencia que el señalamiento efectuado no lo causó únicamente la presunta nulidad de lo regulado en los acuerdos tomados por la referida Asamblea, sino que con el mismo cuestionó, al mismo tiempo, la propia validez de tales

acuerdos. Ello quiere decir que el postulante no dirigió la impugnación contra el mero contenido de esos convenios, sino que cuestionó su legitimidad, misma que, de estar ausente, provocaría su nulidad inmediata. Señala el peticionante del recurso que es necesario se aclare la contradicción referida, en el sentido de especificar qué fue lo que se consideró, qué manifestó el postulante y qué impugnaba toda vez que de los pasajes anteriormente citados se desprende una confusión que afecta el contenido de la sentencia; e) por último, solicitó que se aclare, respecto de la contradicción a lo preceptuado en los artículos 157 del Código de Comercio y 3 de la Ley de Arbitraje, pues de la integración de ambas disposiciones legales se desprende que son arbitrales aquellas cuestiones en que la ley permita el procedimiento arbitral, y que para impugnarse o anularse acuerdos de asamblea es materia de arbitraje, al establecer el primer artículo citado “salvo pacto en contrario”, de esa cuenta se interpretaron aisladamente ambos pasajes, cuando su integración, precisamente, es la que da sustento al planteamiento de la excepción de incompetencia planteada. B) Respecto de la ampliación: el solicitante sustenta su pretensión en que en memorial de doce de marzo de dos mil diez señaló al Tribunal Constitucional que el postulante al individualizar el acto reclamado señaló que era la decisión de declarar con lugar la excepción previa de demanda defectuosa, cuando la misma se refería a la excepción de incompetencia, de esa cuenta, tal error torna insubsistente la acción de amparo, ya que es un acto inexistente al que se le acusa de violación a los derechos constitucionales del accionante.

#### CONSIDERANDO -I-

De conformidad con el artículo 70 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, cuando los conceptos de un auto o de una sentencia sean oscuros, ambiguos o contradictorios, podrá pedirse que se aclaren. Si se hubiere omitido resolver alguno de los puntos sobre los que versare el amparo, podrá solicitarse la ampliación. -II-

La figura de la aclaración, según la norma invocada en el considerando anterior, tiene por finalidad corregir las ambigüedades, contradicciones y obscuridades que

los términos de un mismo fallo tengan entre sí; y la ampliación corregir las ambigüedades, contradicciones y obscuridades que los términos de un mismo fallo tengan entre sí; por el contrario, no son un mecanismo de revisión de las cuestiones de fondo consideradas en el mismo.

De la lectura del escrito contentivo de los recursos instados, se colige que el fallo aludido no contiene deficiencia alguna que viabilice la procedencia de los correctivos contenidos en el artículo precitado, circunstancia que permite advertir que las solicitudes que ahora se conoce carece de fundamento, motivo por el cual deben ser declarados sin lugar. Respecto de la ampliación se advierte que si bien el postulante consignó erróneamente la declaratoria con lugar de la excepción a la que se dirigía su reproche, también lo es que con base al principio pro actione, al identificarse correctamente la resolución reclamada y los agravios a ella dirigidos, se dedujo que tal error no puede ser motivo para que este Tribunal se abstenga de pronunciarse sobre el fondo del planteamiento, pues consentir lo contrario sería incurrir en un exceso de formalismo que no es propio al instar una garantía constitucional como la acción de amparo. Por tales motivos las solicitudes de aclaración y ampliación deben ser declaradas sin lugar.

#### LEYES APLICABLES

Artículo citado, 268, 272 inciso i), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 7º, 71, 149, 163 inciso i) y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

#### POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Sin lugar las solicitudes de aclaración y ampliación planteadas por Juan Alberto De León Rodríguez, en su calidad de Administrador Único de la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, tercero interesado en el amparo, contra la sentencia dictada por este Tribunal el quince de marzo de dos mil once. II) Notifíquese.

ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE PRESIDENTE

MAURO RODERICO CHACÓN CORADO  
AGUILERA                    MAGISTRADO  
MAGISTRADO

HÉCTOR HUGO PÉREZ

ROBERTO MOLINA BARRETO  
ESCOBAR            MAGISTRADO  
MAGISTRADA

GLORIA    PATRICIA    PORRAS

CARMEN MARÍA GUTIÉRREZ DE COLMENARES  
TRUJILLO ALDANA  
MAGISTRADO

HÉCTOR EFRAÍN  
MAGISTRADA

VICTOR MANUEL CASTILLO MAYEN SECRETARIO GENERAL ADJUNTO

Expediente 878-2010    11

## **APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO**

### **EXPEDIENTE 3475-2014**

**CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD:** Guatemala, nueve de diciembre de dos mil catorce.

En apelación y con sus antecedentes, se examina la sentencia de dieciséis de mayo de dos mil catorce, dictada por la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, constituida en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional de amparo promovida por Distribuidora Avícola del Norte, Sociedad

Anónima, por medio de su Mandatario General Judicial con Representación, Juan Luis Aguilar Salguero, contra la Juez Quinto de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala. La postulante actuó con el patrocinio del abogado Elmar Baldemar Ambrocio Mazariegos. Es ponente en el presente caso el Magistrado Vocal IV, Héctor Hugo Pérez Aguilera, quien expresa el parecer de este Tribunal.

### **ANTECEDENTES**

#### **I. EL AMPARO**

**A) Interposición y autoridad:** presentado el trece de marzo de dos mil catorce en el Centro de Servicios Auxiliares de la Administración de Justicia y remitido, posteriormente, a la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil. **B) Acto reclamado:** resolución de veintinueve de enero de dos mil catorce, por la que la autoridad denunciada declaró con lugar el recurso de revocatoria planteado por Lisa, Sociedad Anónima, contra la decisión de admitir para su trámite una demanda sumaria que la postulante planteara en su contra; como consecuencia de la estimatoria del medio de impugnación, la citada demanda fue rechazada. **C) Violaciones que denuncia:** a los derechos de defensa, a un debido proceso, de petición y de libre acceso a tribunales. **D) Hechos que motivan el amparo:** de lo que consta en los antecedentes, del contenido del fallo apelado y de lo expuesto por la postulante, se resume: **D.1) Producción del acto reclamado:**

**a)** ante la autoridad jurisdiccional denunciada, promovió juicio sumario contra Lisa, Sociedad Anónima, en cuya demanda precisó: **a.1)** que el artículo 74 transitorio de la Ley de Extinción de Dominio obliga a la conversión de las acciones al portador por otras nominativas; para el efecto, concede el plazo de dos años contados a partir de la fecha de su entrada en vigencia; **a.2)** que, con el propósito de dar cumplimiento al artículo mencionado, convocó a asamblea general extraordinaria de accionistas para tratar lo relativo a la modificación de la escritura social a efecto de que se autorizara la emisión de acciones nominativas; **a.3)** que la asamblea se llevó a cabo el seis de noviembre de dos mil doce y en esta efectivamente se decidió la modificación de las acciones; por su parte, la demandada no estuvo representada, a pesar de haber estado avisada y tener conocimiento de que es tenedora de acciones al portador; **a.4)** que seis meses después de celebrada la referida asamblea, recibió un oficio suscrito por el mandatario especial judicial con representación de la parte demandada en el que formula el siguiente requerimiento: *“Sírvasse emitir directamente en forma nominativa, cualesquiera títulos de acciones que corresponden a LISA, S.A., en dos certificados. El primero de ellos por un monto de 10% de las acciones a nombre de LISA, S.A., y el segundo de ellos por el restante 90% a nombre de ARPOL INVESTMENTS CORPORATION, S.A.”*; **a.5)** que la solicitud formulada le resultó improcedente, entre otros motivos, porque el citado mandatario no cuenta con facultades legales para la enajenación o disposición de las acciones de la demandada, y porque al oficio referido se acompañó un documento contentivo de una supuesta asamblea general extraordinaria de accionistas de Lisa, Sociedad Anónima, celebrada en Miami, Estados Unidos de América, sin cumplir con los requisitos legales para surtir efectos en Guatemala; **b)** en virtud de estimar que la conducta de la demandada no era transparente, lo que la hacía dudar si aún le asistía a esta la condición de accionista, promovió juicio sumario con las siguientes pretensiones: **b.1)** que la demandada exhibiera al tribunal las acciones al portador emitidas por Distribuidora Avícola del Norte, Sociedad Anónima –la amparista–, que tuviere en posesión; ello, previo a cualquier canje por nuevos títulos accionarios nominativos; **b.2)** que se emitiera declaración en cuanto a que la primera de las sociedades mercantiles mencionadas está

legitimada para el canje, de conformidad con lo establecido en el artículo 74 transitorio de la Ley de Extinción de Dominio; **b.3)** como consecuencia de lo anterior, que: **b.3.a)** se fijara plazo a la demandada para efectuar el canje indicado; **b.3.b)** se le ordenara –a la propia postulante– que, cumplidos los requisitos legales, procediera al canje, debiendo entregarle los nuevos títulos nominativos y recibiendo las acciones al portador para su anulación; **b.3.c)** se emitiera declaración en cuanto a que ningún acto, operación o negocio realizado por la sociedad demandada, con relación a las acciones, surtiría efecto alguno por no estar inscrito en el título y registro correspondientes; **b.3.d)** que se le liberara –a la promotora del amparo– de toda clase de responsabilidad derivada del canje y entrega de los títulos accionarios; **c)** la demanda fue admitida para su trámite; sin embargo, contra esa decisión, la parte demandada interpuso recurso de revocatoria aduciendo que en esta se pretendía ejercitar un derecho ajeno, dado que el juicio sumario fue instado con el objeto de lograr el canje de acciones, lo cual correspondía únicamente a ella misma; además, argumentó que la demandante hizo caso omiso de un compromiso arbitral, relativo a que cualquier controversia que se suscitara y que no fuera resuelto de mutuo acuerdo, sería dilucidado mediante arbitraje –cláusula vigésima octava de la escritura de constitución de Distribuidora Avícola del Norte, Sociedad Anónima–; y **d)** el medio de impugnación planteado fue declarado con lugar, mediante resolución dictada por la citada autoridad el veintinueve de enero de dos mil catorce –acto reclamado–; para el efecto, la autoridad reprochada consideró que efectivamente la parte demandante pretendía hacer valer un derecho ajeno y que la vía procesal para solicitar el cambio de acciones al portador que no hubieren sido convertidas en nominativas es la voluntaria, tal como está regulado en el artículo 129 del Código de Comercio de Guatemala. **D.2) Agravios que se reprochan al acto reclamado:** la postulante estima que, al emitir la resolución reprochada, la autoridad denunciada le ha causado agravio con relevancia constitucional, porque: **i)** las consideraciones en las que se apoya son erróneas, son restrictivas de su derecho al libre acceso a los tribunales y vedan el cumplimiento de lo ordenado en el artículo 74 transitorio de la Ley de Extinción de Dominio; **ii)** se ha visto en la necesidad de promover la demanda sumaria para que se emita orden judicial a efecto de que Lisa, Sociedad

Anónima cumpla con lo regulado en el precepto legal relacionado; ello, debido a su renuencia; y **iii)** si bien a aquella entidad mercantil le corresponde promover, por la vía voluntaria, el canje de sus acciones, su renuencia ha motivado que promueva la demanda sumaria, en atención a lo regulado en el artículo 1039 del Código de Comercio; ello en virtud de no estar facultada –la postulante– para instar las diligencias voluntarias referidas.**D.3) Pretensión:** solicitó que, al dictar sentencia, se otorgue amparo y, como consecuencia, se deje en suspenso la resolución señalada como agravante, ordenando dar continuidad al trámite de la demanda interpuesta. **E) Uso de recursos:** ninguno. **F) Casos de procedencia:** invocó los contenidos en los incisos a) y h) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. **G) Normas violadas:** citó los artículos 12, 28 y 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 129 y 1039 del Código de Comercio; y 74 transitorio de la Ley de Extinción de Dominio.

## **II. TRÁMITE DEL AMPARO**

**A) Amparo provisional:** no se otorgó. **B) Tercera interesada:** Lisa, Sociedad Anónima. **C) Antecedente remitido:** expediente de juicio sumario cero un mil cuarenta y seis - dos mis catorce - cero cero cero quince (01046-2014-00015) de la autoridad denunciada. **D) Medios de comprobación:** el antecedente remitido y documentos que obran en este, así como copia legalizada del testimonio del acta de protocolación noventa y siete (97), autorizada en la ciudad de Guatemala, el veintiuno de noviembre de dos mil trece, por el notario Igal David Pemuth Ostrowiak. **E) Sentencia de primer grado:** la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, constituida en Tribunal de Amparo, **consideró:** “...*en el caso de la violación denunciada por la entidad amparista se considera que la resolución señalada como acto reclamado, no viola derecho constitucional alguno, puesto que de acuerdo a la ley de extinción de dominio en el supuesto que vencido el plazo de dos años, solamente podrán ejercerse los derecho [sic] que incorporan las acciones nominativas, por lo que son los accionistas de la entidad Lisa, Sociedad Anónima, quienes deben promover el cambio de las acciones respectivo. También se estima que con la resolución de fecha veintinueve de enero de dos mil catorce proferida por la autoridad denunciada, no existe agravio alguno que deba ser reparado por*



medio de la acción constitucional intentada. [...] En el presente caso la resolución dictada por la juez denunciado, [sic] con fecha veintinueve de enero de dos mil catorce, la cual resuelve la revocatoria planteada por la entidad Lisa, Sociedad Anónima rechaza, [sic] está apegada a derecho, a las normas constitucionales y dictada dentro de las facultades que la ley otorga a los Juzgadores, no existiendo en la misma violación al derecho de libre acceso a los tribunales o al debido proceso, ni a ninguna otra norma legal, por lo que los integrantes de la Sala constituida en Tribunal de Amparo, consideramos que los argumentos vertidos por la amparistas van encaminados a la revisión de la resolución dictada por la entidad impugnada. Además estima que la Juez al dictar la resolución que se señala como acto reclamado, actuó dentro de las facultades que la Constitución de la República le otorga, por lo que se considera que no existe violación a derecho alguno y en consecuencia no existe agravio que deba ser reparado por medio de la acción de amparo presentada, siendo que el amparo no debe ser utilizado como una instancia revisora y que este Tribunal es respetuoso del orden constitucional, se deniega la protección intentada y se hacen las declaraciones correspondientes...”. Y resolvió: “...**I. SE DENIEGA la ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO** interpuesta por **Distribuidora Avícola del Norte, Sociedad Anónima**, a través de su Mandatario General Judicial con Representación Juan Luis Aguilar Salguero, en contra de **Juez Quinto de Primera Instancia del Ramo Civil del Departamento de Guatemala**; **II.** Por no encontrar causas eximentes se condena en costas procesales causadas a la entidad recurrida Distribuidora Avícola del Norte, de la presente acción; **III.** Asimismo se impone una multa de **MILQUETZALES** al abogado patrocinante de la presente acción, abogado Elmar Baldemar Ambrosio Mazariegos, ya que con base a lo razonado en el apartado respectivo no existía procedencia para entablar la presente acción...”.

### **III. APELACIÓN**

La postulante apeló la sentencia emitida. En apoyo a su impugnación reiteró los argumentos en los cuales sustentó su solicitud inicial de amparo y destacó que, a su juicio, las consideraciones en las que se apoya el acto reclamado son erróneas y que se ha visto en la necesidad de promover la demanda sumaria para que se

emita orden judicial a efecto de que Lisa, Sociedad Anónima, cumpla con lo regulado en el artículo 74 transitorio de la Ley de Extinción de Dominio.

#### **IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA**

**A) La amparista** reiteró las argumentaciones contenidas en su escrito inicial y solicitó que, al dictar sentencia, se otorgue la protección constitucional y se hagan las demás declaraciones que en Derecho corresponde. **B) La autoridad denunciada** no alegó. **C) Lisa, Sociedad Anónima –tercera interesada–** refirió que la resolución contra la que se reclama no evidencia violación a derecho constitucional alguno, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 del Código Procesal Civil y Mercantil, nadie podrá hacer valer en juicio, en nombre propio, un derecho ajeno, como pretendió la postulante. Ello, en virtud de que, según su criterio, el derecho a solicitar el canje de la acciones únicamente le compete a ella –a la tercera interesada–. Indicó que, conforme la Ley de Extinción de Dominio, el procedimiento de canje de acciones al portador por nominativas es el regulado en el artículo 129 del Código de Comercio; además, en el presente caso, tampoco se ha agotado el procedimiento arbitral, en virtud de la existencia de cláusula compromisoria contenida en el contrato de constitución de la sociedad anónima. Por lo anterior, estima que es totalmente improcedente pretender obligarla a realizar tal canje de acciones; de igual manera, advierte que la revocatoria decretada por la citada autoridad no es arbitraria, como ha afirmado la amparista. Concluyó indicando que no existe agravio que reparar, por lo que el recurso de apelación debe ser declarado sin lugar y, como consecuencia, confirmar la sentencia emitida. **D) El Ministerio Público** indicó que comparte el criterio en que se sustentó la sentencia apelada, porque la autoridad denunciada ha actuado de conformidad con las facultades que le confieren los artículos 49 y 598 del Código Procesal Civil y Mercantil, 74 de la Ley de Extinción de Dominio y 129 del Código de Comercio, por lo que el criterio valorativo en que se apoyó la resolución reclamada no puede ser revisado por medio del amparo. Solicitó que se dicte sentencia, por la que se declare sin lugar el recurso de apelación y, como consecuencia, se confirme el fallo impugnado.

#### **CONSIDERANDO**

-I Produce agravio con relevancia constitucional, por violentar el debido proceso, la decisión de acoger un recurso de revocatoria bajo consideraciones contrarias a lo regulado en la normativa aplicable al caso.

-II En el presente caso se examina, en apelación, la sentencia de dieciséis de mayo de dos mil catorce, dictada por la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, constituida en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional de amparo promovida por Distribuidora Avícola del Norte, Sociedad Anónima, contra la Juez Quinto de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala.

La solicitud de protección constitucional fue dirigida contra la resolución de veintinueve de enero de dos mil catorce, por la que la autoridad denunciada declaró con lugar el recurso de revocatoria planteado por Lisa, Sociedad Anónima, contra la decisión de admitir para su trámite la demanda que la ahora postulante planteara en su contra con el objeto de solicitar, entre otras pretensiones, que se obligara a aquella a realizar el canje de unas acciones al portador emitidas por la entidad amparista, por otras de tipo nominativas. A juicio de la promotora del amparo, el acto reclamado violó sus derechos de defensa, a un debido proceso, de petición y de libre acceso a tribunales, porque las consideraciones en las que se fundamenta son erróneas, limitan su acceso a los órganos jurisdiccionales y vedan el cumplimiento de lo ordenado en el artículo 74 transitorio de la Ley de Extinción de Dominio.

El tribunal de amparo de primera instancia denegó la protección solicitada, por considerar que la resolución reprochada se encuentra apegada a Derecho y que no hay agravio que reparar; así también consideró que lo pretendido por la postulante es la revisión de lo resuelto en la jurisdicción ordinaria

-III Para resolver el presente caso, esta Corte evoca, en primer término, lo establecido en el artículo 74 transitorio de la Ley de Extinción de Dominio: *“Se establece el plazo de dos (2) años, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para que las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones, reguladas en el Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, que hayan emitido acciones al portador antes del inicio de la vigencia de la presente Ley, procedan a efectuar la respectiva conversión*

*por acciones nominativas. [...] Vencido ese plazo de dos (2) años, sólo podrán ejercerse los derechos que incorporan las acciones nominativas. En el caso de las acciones al portador que no hubieren sido convertidas a acciones nominativas, deberá seguirse el procedimiento estipulado en el artículo 129 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República...".* El artículo a que se alude en la parte final del fragmento transcrito hace referencia a la reposición de acciones al portador, que es instada por el propio interesado y de forma voluntaria.

Al relacionar lo prescrito en ambos preceptos legales –el 74 transitorio de la ley ibídem y 129 del Código de Comercio–, se entiende que, si después de dos años de la entrada en vigencia de la ley mencionada –el veintinueve de junio de dos mil once– no se hizo la conversión, el propio interesado –el tenedor– puede instar el canje respectivo vía voluntaria.

Con base en lo precisado en los párrafos anteriores, esta Corte asume que a la demandada le asiste el derecho de instar las diligencias jurisdiccionales voluntarias de conversión de las acciones al portador por otras de tipo nominativas; no obstante, las motivaciones de la demanda que fueron sintetizadas en la relación de hechos dan cuenta que, al no haber sido instado el canje por esa vía, la postulante promovió demanda sumaria para propiciar la forzosa conversión de las acciones, fijándose plazo para el efecto, a fin de dar cumplimiento a un mandato contenido en la Ley de Extinción de Dominio; además, esas pretensiones fueron motivadas por el hecho que la conducta de la parte demandada provocaba serios cuestionamientos en cuanto a considerar que aún le corresponda la condición de accionista. Ello pone de manifiesto, contrariamente a lo argumentado por la autoridad denunciada, que no se ha pretendido hacer valer un derecho ajeno, pues, el asunto sometido a conocimiento y resolución judicial presenta elementos contenciosos, por lo que se advierte que el propósito de la demandante es que estos sean dilucidados mediante los mecanismos procesales legalmente establecidos para ello.

Para determinar si el asunto contencioso debe ventilarse mediante juicio sumario, se evoca lo establecido en el primer párrafo del artículo 1039 del Código de Comercio: *“A menos que se estipule lo contrario en este Código, todas las acciones*

a que dé lugar su aplicación, se ventilarán, en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje”. Ahora bien, para determinar si el arbitraje es procedente en el presente caso, se evoca que, si bien en la cláusula vigésima octava de la escritura constitutiva de Avícola del Norte, Sociedad Anónima, se establece que: “*Cualquier controversia que se suscite entre las partes con motivo de este contrato, su interpretación adjudicación, resolución o nulidad que no sea resuelta de mutuo acuerdo, lo será mediante arbitraje de derecho, conforme el procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje...*”, a juicio de esta Corte la controversia suscitada no se ajusta a los supuestos estipulados en la cláusula compromisoria parcialmente transcrita y difieren de las pretensiones en que se apoya la demanda que fue objeto de rechazo.

Además de lo anterior, se estima que las pretensiones formuladas en la demanda, como lo relativo a la emisión de declaraciones judiciales respecto de la legitimación para instar el canje, fijando plazo para el efecto, y que ningún acto, operación o negocio realizado por la sociedad demandada, con relación a las acciones, surtirá efecto alguno por no estar inscrito en el título y registro correspondientes, así también lo relativo a la liberación de toda clase de responsabilidades derivada del canje y entrega, no son asuntos que corresponda ventilarse mediante arbitraje, porque son materias sobre las cuales las partes no tienen libre disposición. En apoyo a este argumento, se cita la sentencia de quince de marzo de dos mil diez (expediente 1107-2010), en la que esta Corte consideró: “*La segunda motivación tiene que ver con la materia que puede ser objeto de arbitraje. Según indica el artículo 3, numeral 1), de la Ley de la materia, la misma se aplicará: ‘...en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho...’. Aunque tal indicación parezca muy general, en el caso objeto de estudio es posible considerar que las materias sobre las que las partes –sociedades, sus órganos o accionistas– pueden disponer libremente y de conformidad con la ley son todas aquellas que por conveniencia, pertinencia y oportunidad, sean d 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 objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral. Sin embargo, en el presente caso, no se están cuestionando resoluciones respecto de Asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como: 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 Expediente 3475-2014 contra la sociedad; y ii. la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones. Tales temas no forman parte de las ‘materias en 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.”* El anterior criterio también fue sostenido por esta Corte en sentencias de dieciocho de agosto de dos mil once (expediente 1783-2011) y de veinte de septiembre de dos mil doce (expediente 2694-2012).

Por lo antes expuesto, esta Corte concluye que la autoridad reclamada, al declarar con lugar el recurso de revocatoria y, consecuentemente, rechazar la demanda sumaria planteada por la postulante, inobservó el debido proceso y vulneró el derecho de libre acceso a los tribunales de justicia, ya que la postulante no estaba haciendo valer un derecho ajeno, sino sometiendo a la jurisdicción ordinaria un asunto que presentaba elementos contenciosos, cuya resolución debe ser dilucidada judicialmente.

Por las razones expuestas, el recurso de apelación debe ser declarado con lugar, a efecto de revocar la sentencia impugnada y otorgar protección constitucional

dejando en suspenso definitivo la resolución señalada como agravante y ordenar que se emita una nueva, en la que, sobre la base de lo antes considerado, la autoridad denunciada desestime el recurso de revocatoria planteado y de continuidad al trámite de las actuaciones subyacentes. Ello, de conformidad con declaración que se hará en el segmento resolutivo de este fallo.

**-IV** Conforme lo establecido en los artículos 44 y 45 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, es obligación del tribunal de amparo decidir sobre la condena en costas, cuando se declare procedente la acción constitucional promovida. Al concluir que, en el caso que se examina, la autoridad cuestionada ha procedido sin evidenciar mala fe en su actuación, no se hará condena en tal sentido.

Expediente 3475-2014 12

### **LEYES APLICABLES**

Artículos citados y 265, 268, 272, inciso c), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1º, 5º, 8º, 10, 13, 42, 43, 44, 45, 47, 49, 52, 53, 60, 61, 66, 67, 69, 149, 163, inciso c), y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 36 y 46 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

### **POR TANTO**

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I) Con lugar** el recurso de apelación planteado por Distribuidora Avícola del Norte, Sociedad Anónima –amparista–, por medio de su Mandatario General Judicial con Representación, Juan Luis Aguilar Salguero. **II) Como consecuencia: i) revoca** la sentencia de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, constituida en Tribunal de Amparo; **ii) al resolver conforme a Derecho, otorga** amparo a la postulante, restituyéndole en la situación jurídica afectada; **iii) deja** en suspenso definitivo la resolución

reclamada, dictada por la autoridad denunciada el veintinueve de enero de dos mil catorce, por la que declaró con lugar el recurso de revocatoria interpuesto por Lisa, Sociedad Anónima; y **iv) la** autoridad reclamada, dentro de los tres días siguientes de recibida la ejecutoria del presente fallo, deberá emitir nueva resolución, en lugar de la dejada en suspenso; ello, tomando en cuenta lo antes considerado y bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, incurrirá en multa de dos mil

quetzales, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales consiguientes. III)  
No se hace condena en costas. IV) Notifíquese y, con certificación de lo resuelto,  
devuélvanse los antecedentes.

**ROBERTO MOLINA BARRETO**

**PRESIDENTE**

**MAURO RODERICO CHACÓN CORADO HÉCTOR EFRAÍN TRUJILLO ALDANA**

**MAGISTRADO MAGISTRADO**

**MARÍA DE LOS ÁNGELES ARAUJO BOHR RICARDO ALVARADO SANDOVAL**

**MAGISTRADA MAGISTRADO**

**MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ**

**SECRETARIO GENERAL**



## **APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO**

### **EXPEDIENTE 1107-2010**

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, quince de marzo de dos mil once.

En apelación y con sus antecedentes, se examina la sentencia de nueve de febrero de dos mil diez, dictada por la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, en la acción constitucional homónima promovida por Sandra Mercedes García Vargas contra la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil. La postulante actuó con el patrocinio del abogado Luís Antonio Mazariegos Fernández. Es ponente de este caso el Magistrado Vocal II, Mario Pérez Guerra, que expresa el parecer de este Tribunal.

### **ANTECEDENTES I. EI AMPARO**

A) Interposición y autoridad: presentado el diecinueve de agosto de dos mil nueve, en la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio. B) Acto reclamado: resolución de seis de mayo de dos mil nueve, por la que la autoridad impugnada confirmó el auto mediante el cual el Juez Segundo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala declaró con lugar la excepción previa de incompetencia y, como consecuencia, rechazó para su trámite la demanda ordinaria de nulidad absoluta de la asamblea general extraordinaria de accionistas celebrada el doce de octubre de dos mil siete que la ahora amparista promovió contra la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima. C) Violaciones que se denuncian: a los principios de seguridad jurídica y del debido proceso, así como a la obligación de que los jueces administren la justicia conforme a la Constitución y las leyes. D) Hechos que motivan el amparo: D.1) Producción del acto reclamado: a) el doce de octubre de dos mil siete, la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, realizó Asamblea General Extraordinaria de Accionistas en la que se acordaron todos los puntos de la agenda; b) por estimar que dichos acuerdos eran

nulos por violar los derechos de minorías, la ahora amparista promovió juicio ordinario de nulidad ante el Juez Segundo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala contra la referida entidad; c) ésta última opuso excepciones previas de demanda defectuosa e incompetencia; d) en resolución de once de agosto de dos mil ocho, el citado Juez declaró con lugar la segunda y, como consecuencia, rechazó la demanda; e) contra esa disposición, la accionante interpuso recurso de apelación, el que fue conocido por la Sala impugnada, la que por medio de resolución de seis de mayo de dos mil nueve -acto reclamado- lo declaró sin lugar y confirmó aquel rechazo. D.2) Agravios que reprocha: la solicitante considera que el acto reclamado provoca las violaciones denunciadas porque la autoridad impugnada no valoró los medios de prueba de conformidad con la ley, puesto que la propia cláusula arbitral establece que si existe un procedimiento especial no será aplicable la cláusula arbitral, como lo que ocurre en el artículo 157 del Código de Comercio que establece una vía o procedimiento especial. Argumenta que con aquella decisión se le negó la facultad de impugnar, en la forma legalmente establecida, los acuerdos tomados por la referida Asamblea General de Accionistas y que resulta evidente que, con dicha resolución, la Sala objetada contradice lo preceptuado en los artículos 2º., 153, 154 y 203 de la Constitución Política de la República, y le veda su derecho, como accionista de dicha sociedad, a discutir ante un órgano jurisdiccional la improcedencia de los acuerdos arbitrarios que fueron celebrados durante la relacionada Asamblea. Asegura que el procedimiento especial para el caso de impugnación de tales acuerdos es el juicio ordinario; es por ello que no es aplicable, al caso particular, la cláusula arbitral hecha valer por la entidad demandada y, además, tanto el Juez de primera instancia como la Sala impugnada, no analizaron a profundidad los argumentos esgrimidos en su oportunidad. D.3) Pretensión: solicitó que se declare con lugar el recurso de apelación interpuesto y, como consecuencia, se le otorgue amparo y se deje sin efecto la resolución que por esta vía reprocha, declarando sin lugar la excepción previa de incompetencia. E) Uso de recursos: ninguno. F) Casos de procedencia: invocó los contenidos en los incisos a), b) y h) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. G) Leyes violadas: citó los artículos 2º.,

12, 153, 154 y 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 135 y 157 del Código de Comercio; y 3 de la Ley de Arbitraje.

## II. TRÁMITE DEL AMPARO

A) Amparo provisional: no se otorgó. B) Terceros interesados: a) Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima; b) Domingo Rafael Mansilla Córdova; c) Jaime Humberto Mansilla Vargas; d) Jack Hussein Purewal Mansilla; y e) Henry Philip Comte Velásquez. C) Antecedentes remitidos: a) juicio ordinario C dos – dos mil ocho – tres mil doscientos treinta y cinco (C2-2008-3235), del Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, del departamento de Guatemala; y b) expediente cuatrocientos noventa y tres – dos mil ocho (493-2008), de la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil. D) Pruebas: los antecedentes del amparo. E) Sentencia de primer grado: el Tribunal consideró: “...en el caso de análisis, se observa al revisar las actuaciones judiciales, que se respetó el debido proceso; que la postulante tuvo a su alcance todos los medios procesales que hizo valer para cuestionar los actos jurisdiccionales que considero le eran adversos, y que los entes jurisdiccionales razonaron, motivaron, y fundamentaron claramente las resoluciones emitidas, si atendemos a que la motivación comprende la evaluación de los hechos y la valoración de los medios probatorios; mientras que la fundamentación consistente en la aplicación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto, las que se respetaron en el caso de estudio, preservándose sobre todo el principio de la doble instancia, regulado por el artículo 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala; la importancia de este principio radica en la posibilidad de revisión de las resoluciones. El Juez a quo es el órgano jurisdiccional ante el cual se interpone la demanda y quien emite el fallo, y el tribunal ad quem es quien se encarga de revisar el actuar de el primer grado; y en el presente caso la Sala estimó que el juez contralor del proceso había actuado y resuelto conforme la ley, razón por la cual se confirmó el fallo apelado. d) Se evidencia también, como se acento en la literal b) del presente apartado, que lo que se pretende con la presente acción de amparo es obtener la revisión del fondo del fallo emitido por la Sala, y que en su momento se deje sin efecto lo resuelto por ella, ordenándole

incluso, que resuelva lo que en derecho corresponde, según la perspectiva de la amparista, circunstancia que no es permisible pues se pretende que el amparo se constituya en una instancia revisora de los resuelto, lo que es improcedente, como se ha sostenido en reiteradas oportunidades, ya que en el amparo se enjuicia el acto reclamado, pero no se puede entrar a resolver las proposiciones de fondo, debido a que es a la jurisdicción ordinaria a la que compete valorarlas, estimarlas y resolver como corresponde, como se indicó con antelación, y no es posible trasladar al ámbito constitucional la discusión de temas que ya fueron debatidos ante los órganos de jurisdicción ordinaria y sobre los cuales ya se obtuvo pronunciamiento. Es por ello que acceder a revisar la resolución que conforma el acto reclamado como se pretende por parte de la postulante, equivaldría a sustituir a un juez ordinario en la función que la ley le atribuye, lo que no es procedente...”. Y resolvió: “...I) Denienga, por notoriamente improcedente el amparo solicitado por Sandra Mercedes Mansilla Vargas contra la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil.. II) Se condena en costas a la postulante, y se impone al abogado patrocinante Luís Antonio Mazariegos, la multa de mil quetzales, que deberá hacer efectiva en la Tesorería de la Corte de Constitucionalidad dentro de los cinco días siguientes de estar firme este fallo, en caso de insolvencia se cobrará en vía ejecutiva correspondiente...”.

### III. APELACIÓN

La postulante apeló.

### IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA

A) La accionante insistió en afirmar que no es aplicable al caso la cláusula arbitraria hecha valer por la entidad demandada en el juicio ordinario que promovió en su contra y aseguró, además, que tanto el Juez de primera instancia como la autoridad impugnada, no analizaron a profundidad los argumentos que expresó en el escrito inicial de amparo. Solicitó que se revoque la sentencia de nueve de febrero de dos mil diez y, como consecuencia, se otorgue el amparo. B) Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima –tercera interesada–, alegó que la autoridad impugnada actuó de conformidad con la ley , puesto que el artículo 157 del Código de Comercio

claramente establece que, salvo pacto en contrario, el procedimiento para impugnar acuerdos de asamblea será el del juicio ordinario. Solicitó que se declare sin lugar el recurso de apelación y, en consecuencia, se confirme la sentencia apelada. C) El Ministerio Público manifestó que comparte el criterio sustentado por el Tribunal de Amparo de primer grado al haber denegado la protección constitucional solicitada. Pidió que se declare sin lugar el recurso de apelación interpuesto y, como consecuencia, se confirme la sentencia impugnada.

#### CONSIDERANDO -I-

Es procedente otorgar la protección que el amparo conlleva, con el objeto de que se restablezca la situación jurídica afectada, cuando la autoridad contra la que se reclama ha incurrido en un acto u omisión que, en forma actual e inminente, lesiona, restringe, altera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución Política de la República, los tratados y las leyes.

#### -II-

En el caso de análisis, Sandra Mercedes García Vargas promueve amparo contra la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, señalando como acto reclamado la decisión de dicha Sala de confirmar el auto mediante el cual el Juez Segundo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala declaró con lugar la excepción previa de incompetencia y, como consecuencia, rechazó para su trámite la demanda ordinaria de nulidad absoluta de la asamblea general extraordinaria de accionistas celebrada el doce de octubre de dos mil siete que promovió contra la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima. Afirma que tal resolución le provoca agravio porque la autoridad impugnada no valoró el hecho de que la cláusula arbitral utilizada como fundamento de la citada excepción establece que si existe un procedimiento especial, no será aplicable la cláusula arbitral, y que en virtud de que el artículo 157 del Código de Comercio establece una vía o procedimiento especial, que es el juicio ordinario, no es viable invocar aquella cláusula; sin embargo, al haber acogido dicha defensa le vedó la facultad de impugnar, en la forma legalmente establecida, los acuerdos tomados en la referida Asamblea. Aseguró, además, que tanto el Juez de primera instancia como

la Sala objetada, no analizaron a profundidad los argumentos esgrimidos en su oportunidad.

-III-

El Tribunal de Amparo de primer grado denegó la protección constitucional solicitada, fundamentando su decisión en el hecho de que la Sala cuestionada actuó correctamente al estimar que el juez contralor del proceso había actuado y resuelto conforme la ley y que, por ello, dispuso confirmar el fallo apelado, considerando, además, que con la acción de amparo promovida lo que pretende la postulante es obtener la revisión del fondo de aquel fallo, a lo que no se podía acceder. Sin embargo, el examen de la cuestión en su contexto y de las normas aplicables al caso revela que tales afirmaciones son inexactas. Por esa razón, esta Corte procederá a efectuar el análisis que amerita el asunto puesto a su juzgamiento en apelación.

-IV-

La discusión suscitada en este caso gira en torno a la posibilidad de ventilar en juicio ordinario la demanda de nulidad de los acuerdos que la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la referida entidad asumió el doce de octubre de dos mil siete promovida por la ahora postulante, frente a la existencia de una norma que permite el conocimiento y resolución de aquella impugnación por medio de un procedimiento distinto, voluntariamente pactado por las partes.

La norma a la que se hace referencia es el artículo 157 del Código de Comercio, que preceptúa: “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.” (El resaltado no aparece en el texto original).

De acuerdo a esa indicación legal, la impugnación de los relacionados acuerdos se hará, por regla general, por vía del juicio ordinario; sin embargo, la misma norma prevé una excepción que consiste en conferir a las partes la oportunidad de elegir una vía diferente para formular tales cuestionamientos. Es decir, dicho artículo

propone una directriz particular, con la salvedad de que los interesados pueden optar por otro medio para elucidar aquella objeción. En el caso de estudio, luego de que la ahora amparista demandara la nulidad de los citados acuerdos por medio del juicio ordinario –regla general–, la entidad demandada interpuso excepción de incompetencia asegurando que esa no era la vía para formular dicha impugnación, pues el contrato de constitución respectivo contenía una “cláusula arbitral” en virtud de la cual se estableció el pacto de ventilar la referida oposición mediante arbitraje, el cual se estima equivalente a la excepción a la que anteriormente se aludía.

O sea que, aparentemente, de acuerdo a lo establecido en la propia norma invocada por la demandante, a ésta le correspondía formular la relacionada objeción conforme al “pacto en contrario” contenido en la referida cláusula contractual, esto es, mediante arbitraje, y no en sede jurisdiccional; como consecuencia de ello, el juez ante el que promovió el juicio respectivo resultaría incompetente. Tales fueron los razonamientos efectuados tanto por el citado juez de primer grado, como por la Sala cuestionada en amparo al conocer en alzada, para declarar con lugar la excepción antes mencionada y confirmar esa decisión, respectivamente.

Esta Corte estima que tales consideraciones son equivocadas en la medida en que su elaboración únicamente admitió, como fundamento del análisis de mérito, el contenido del artículo 157 del Código de Comercio, frente a lo pactado en contrario en la escritura constitutiva de Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, (en la cláusula arbitral). Es decir, realizaron un ligero estudio de la normativa aplicable al asunto particular, una evaluación aislada que les impidió emitir un acertado pronunciamiento del mismo. Tal estimativa se efectúa con base a dos motivos:

A) El primero consiste en el hecho de que el examen realizado a la exposición argumentativa que hizo la ahora postulante al promover el juicio ordinario de nulidad mencionado, evidencia que el señalamiento efectuado no lo causó únicamente la presunta nulidad de lo regulado en los acuerdos tomados por la referida Asamblea, sino que con el mismo cuestionó, al mismo tiempo, la propia validez de tales acuerdos. Ello quiere decir que la postulante no dirigió la impugnación contra el mero contenido de esos convenios, sino que cuestionó su legitimidad, misma que,

de estar ausente, provocaría su nulidad inmediata. En efecto, en el escrito respectivo aquélla expresó: "...comparezco a promover en la vía Ordinaria demanda de Nulidad del acuerdo tomado por la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, celebrada el doce de octubre de dos mil siete a las doce horas, por medio del cual se resolvió adquirir las acciones de los socios Domingo Rafael Mansilla Córdova, Jaime Humberto Mansilla vargas y Jack Hussein Purewal Mansilla, en ejecución de un acuerdo de exclusión tomado en contra de ellos, en contra de la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima ...", y más adelante señaló que el acuerdo de la referida asamblea: "...es nulo en virtud de: 1. La no concurrencia de los requisitos esenciales para la existencia del Acuerdo de adquisición de dichas acciones; 2. Es contrario a una norma imperativa; y 3. Suprime un derecho otorgado al accionista por la ley (...); facilitando los antecedentes del caso y explicando las razones por las cuales demandaba la nulidad de la referida Asamblea, con base a las afirmaciones citadas.

B) La segunda motivación tiene que ver con la materia que puede ser objeto de arbitraje. Según indica el artículo 3, numeral 1), de la Ley de la materia, la misma se aplicará: "...en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho...". Aunque tal indicación parezca muy general, en el caso objeto de estudio es posible considerar que las materias sobre las que las partes – sociedades, sus órganos o accionistas– pueden disponer libremente y de conformidad con la ley, son 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 objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral. Sin embargo, en el presente caso, no se están cuestionando resoluciones respecto de asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico



realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como:

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; y ii. la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones. Tales temas no forman parte de las “materias en 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.

Establecido lo anterior no puede sino concluirse que la nulidad de la que estima la postulante adolece la multicitada Asamblea General, constituye una impugnación que solamente puede ser objeto de conocimiento jurisdiccional y, por tanto, el juez de la causa no debía acoger la tesis de una presunta incompetencia que la entidad demandada invocó al interponer la excepción correspondiente, y la Sala impugnada tampoco debía confirmar aquella decisión, pues, como quedó apuntado, el arbitraje no es la vía idónea para ventilar aquella demanda de nulidad.

-V-

Las consideraciones precedentes conducen a determinar que el acto reclamado generó a la postulante la violación a derechos y principios que denuncia en sede constitucional y, por ello, el agravio causado debe repararse con el otorgamiento del amparo solicitado. Habiendo resuelto en sentido contrario el Tribunal de primer grado, corresponde revocar la sentencia apelada y dictar la que en derecho corresponde, sin condenar en costas a la autoridad impugnada por la presunción de buena fe de la que están revestidas las actuaciones judiciales, y emitiendo las declaraciones necesarias para asegurar los efectos positivos de dicha decisión.

LEYES APLICABLES

Artículos 265, 268 y 272, inciso c), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8º., 10, 42, 45, 60, 61, 67, 149, 163, inciso c), y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y, 17 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Con lugar el recurso de apelación interpuesto y, como consecuencia, revoca la sentencia objetada. Resolviendo conforme a derecho declara: a) Otorga amparo a Sandra Mercedes García Vargas, a quien restituye en la situación jurídica afectada, dejando en suspenso definitivo la resolución de seis de mayo de dos mil nueve que dictó la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil dentro del expediente cuatrocientos noventa y tres – dos mil ocho (493-2008); b) para los efectos positivos de este fallo, se conmina a la autoridad impugnada para que emita nueva resolución de conformidad con lo considerado en este fallo, lo que deberá hacer dentro del plazo de cinco días contados a partir de que esta resolución cause ejecutoria, bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se impondrá multa de un mil quetzales a cada uno de sus miembros, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales en que puedan incurrir; c) no se hace especial condena en costas. II) Notifíquese y, con certificación de lo resuelto, devuélvanse los antecedentes. -----  
-----

ROBERTO MOLINA BARRETO PRESIDENTE

ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE  
PÉREZ GUERRA            MAGISTRADO  
MAGISTRADO

MARIO

GLADYS CHACÓN CORADO  
SÁNCHEZ            MAGISTRADA

HILARIO RODERICO PINEDA  
MAGISTRADO

JORGE MARIO ÁLVAREZ QUIRÓS  
FERNÁNDEZ           MAGISTRADO  
MAGISTRADO

JOSÉ ROLANDO QUESADA

MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ SECRETARIO GENERAL

ACLARACIÓN

EXPEDIENTE 1107-2010

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala veintiocho de marzo de dos mil once. Se tienen a la vista para resolver, las solicitudes de aclaración presentadas por Sandra Mercedes Mansilla Vargas y Juan Alberto de León Rodríguez, de la sentencia dictada por esta Corte el quince de marzo de dos mil once, en la acción de amparo promovida por Sandra Mercedes Mansilla Vargas contra la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil.

ANTECEDENTES I) DEL PLANTEAMIENTO DEL AMPARO Y RESOLUCIÓN DE PRIMER GRADO: Sandra Mercedes Mansilla Vargas, promovió amparo señalando como acto reclamado la resolución de seis de mayo de dos mil nueve, por la que la autoridad impugnada confirmó el auto mediante el cual el Juez Segundo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala declaró con lugar la excepción previa de incompetencia y, como consecuencia, rechazó para su trámite la demanda ordinaria de nulidad absoluta de la asamblea general extraordinaria de accionistas celebrada el doce de octubre de dos mil siete que la ahora amparista promovió contra la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima. La Corte Suprema de Justicia Cámara de Amparo y Antejuicio, declaró sin lugar el amparo en sentencia de nueve de febrero de dos mil diez.

II) DE LA APELACIÓN PROMOVIDA Y LA RESOLUCIÓN DE SEGUNDO GRADO: La postulante apeló la sentencia relacionada, dictada por el Tribunal de primera instancia. Esta Corte, con fundamento en los hechos relatados y los

antecedentes del amparo y la resolución que conoció en alzada, en sentencia de quince de marzo de dos mil once, revocó la sentencia apelada y otorgo el amparo.

III) DE LOS ARGUMENTOS DE LAS ACLARACIONES: a) Sandra Mercedes Mansilla Vargas, solicita aclaración pues aduce que la sentencia relacionada contiene errores en su parte introductoria, en el considerando II y en el por tanto, toda vez que se consignó erróneamente el nombre de Sandra Mercedes García Vargas, cuando el nombre correcto debió consignarse como Sandra Mercedes Mansilla Vargas; y b) Juan Alberto de León Rodríguez solicita aclaración de la sentencia relacionada, en el sentido que es menester que se aclare el considerando IV el cual indica que: "...las materias sobre las que las partes –sociedades, sus órganos o accionistas– pueden disponer libremente y de conformidad con la ley, son 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 objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral. Sin embargo, en el presente caso, no se están cuestionando resoluciones respecto de asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como: 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; y ii. la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones. Tales temas no forman parte de las "materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho" y que, por tanto, puedan ser sometidas al proceso de arbitraje...".

## CONSIDERANDO -I-

El artículo 70 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece que cuando los conceptos de un auto o de una sentencia, sean oscuros, ambiguos o contradictorios, podrá pedirse que se aclaren.

## -II-

La figura de la aclaración, según la norma vigente invocada en el considerando anterior, tienen por finalidad, corregir las ambigüedades, contradicciones y obscuridades que los términos de un mismo fallo tengan entre sí; por el contrario, no es mecanismo de revisión de las cuestiones de fondo consideradas en el mismo.

En el presente caso, de la lectura del escrito contentivo del recurso instado esta Corte advierte que: a) de la pretensión que persigue la solicitante Sandra Mercedes Mansilla Vargas, se puede observar que efectivamente no se consignó correctamente el nombre de la postulante en su parte introductoria, en el considerando II y en el por tanto, de la sentencia de quince de marzo de dos mil once, por lo que debe aclararse que el nombre correcto es Sandra Mercedes Mansilla Vargas y no Sandra Mercedes García Vargas; y, b) en cuanto a la pretensión que persigue el solicitante Juan Alberto de León Rodríguez, es la modificación del fondo de lo decidido en la sentencia indicada, la que no puede ser acogida por vía del remedio intentado; adicionalmente, se establece que la sentencia aludida no adolece de deficiencias que viabilicen la procedencia del correctivo contenido en el artículo precitado, circunstancia que permite advertir que la solicitud que ahora se conoce carece de fundamento, motivo por el cual debe ser declarada sin lugar. LEYES APLICABLES

Artículo citado, 265, 268 y 272, inciso i), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 7º, 71, 149, 163, inciso i), y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, 1º, del Acuerdo 1-2009 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO



## **Anexo No. 2: Modelos de Cláusulas**

### **Modelo de Cláusula Estatutaria No. 1**

Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente, en el marco de (Nombre del Centro que resolverá el arbitraje), mediante arbitraje de derecho por uno o más árbitros, de conformidad con su Reglamento y Estatuto. A \_\_\_\_\_ se encomienda la administración de arbitraje y la designación del árbitro o del tribunal arbitral. El lugar del arbitraje será \_\_\_\_\_, el idioma que se utilizará es \_\_\_\_\_, cuyo laudo será definitivo y obligatorio para las partes. Además de los conflictos mencionados, las partes acuerdan que se podrá someter a arbitraje los siguientes conflictos: Toda Cuestión social a la que se refiere el Art. 334 del Código de Comercio. Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración, y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad, se substanciarán y se decidirán en un mismo procedimiento arbitral. En los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales la \_\_\_\_\_ (institución que administra el arbitraje) fijará el número de árbitros y designará y nombrará a todos ellos. Los socios, por sí y por la sociedad que constituyen hacen constar, como futuras partes, su compromiso de cumplir el laudo que se dicte.

## Modelo de Cláusula Estatutaria No. 2: General

Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente, por \_\_\_\_\_ (Nombre del Centro que resolverá el arbitraje), mediante arbitraje de derecho, el cual deberá ser administrado por uno o más árbitros, de conformidad con su Reglamento y Estatuto, las partes designaran a un árbitro cada una y se le otorga la facultad a \_\_\_\_\_ como administrador del Arbitraje a que designe un tercer árbitro. El lugar del arbitraje será \_\_\_\_\_, el idioma que se utilizará es \_\_\_\_\_, cuyo laudo será definitivo y obligatorio para las partes.



