

El arbitraje societario en el Derecho nicaragüense

Corporate arbitration in Nicaraguan law

Cristian Alberto ROBLETO ARANA*

RESUMEN: El acuerdo de arbitraje en materia societaria también se ha denominado como intrasocietario, para resolver conflictos que puedan surgir entre socios, entre socios y la sociedad, entre la sociedad y sus órganos. Este acuerdo produce efectos desde el punto de vista de los sujetos y el objeto de la controversia que se regula en el mismo. La aplicabilidad del arbitraje recae en la libre disposición conforme a derecho y con base a la autonomía privada de los socios. Se puede afirmar que el sistema nicaragüense no establece un límite de relaciones que se puedan someter a arbitraje societario; sin embargo, pueden surgir de la propia naturaleza de la materia y extensión del acuerdo. El laudo que se emite surte efecto como sentencia judicial. Se recomienda que sea un arbitraje de derecho porque lo que se discute son materias esencialmente normativas, sin que el criterio de equidad deje mucho margen de decisión, aunque la ley admite que pueda ser de equidad.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje; sociedad; socio; conflicto; arbitraje societario

ABSTRACT: The arbitration agreement on corporate matters is also called intra-company, to resolve conflicts that may arise between partners, between partners and company, between

* Profesor Catedrático de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana de Nicaragua. Contacto: <robleto@uca.edu.ni>. Fecha de recepción: 08/06/2019. Fecha de aprobación: 07/10/2019

the company and its bodies. This agreement produces effects from the point of view of the subjects and the object of the controversy that is regulated in it. The applicability of the arbitration rests on the free disposition according to law and based on the private autonomy of the partners. It can be affirmed that Nicaraguan system does not establish a limit of relations that can be submitted to corporate arbitration; however, they may arise from the own nature of the matter and extension of the agreement. The arbitration award that is issued takes effect as a judicial sentence. It is recommended that it be a legal arbitration because what is discussed are essentially normative matters, without the equity criterion leaves a lot for decision, although the law admits that it may be fair.

KEYWORDS: Arbitration; Company; Shareholder; conflict; corporate arbitration

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje se presenta como una de las mejores alternativas de solución de conflicto, para las sociedades mercantiles, en particular es imprescindible para los empresarios, dada las ventajas que ofrece respecto a la celeridad, confidencialidad, especialidad y ahorro de costos en comparación con la vía judicial. Actualmente el Derecho nicaragüense cuenta con un sistema legal en esta materia (Ley de Mediación y Arbitraje, No. 540) que toma como referencia la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional), modernizando así el arbitraje en su totalidad y en particular, el arbitraje societario, constituyendo un cambio de paradigmas respecto a la amplitud de conflictos que pudieran someterse en este tipo de acuerdo.

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar el arbitraje en el derecho societario y su aplicación en las sociedades personalistas y las sociedades de capitalistas reguladas en el sistema jurídico nicaragüense. Comprende un enfoque doctrinal y normativo en este contexto contemporáneo.

Metodológicamente se realizará un análisis documental y normativo que parte de lo general a lo particular, sobre esta institución, para resolver los conflictos intrasocietarios. Se enfatiza en los vacíos legales existentes en el Derecho positivo que permitirán visualizar soluciones prácticas en el acuerdo arbitral, pactado como una cláusula en la escritura constitutiva o en los estatutos. En el desarrollo de cada temática encontrarán al pie de página aclaraciones legales y dogmáticas que permitirán ampliar conceptos, doctrina, jurisprudencia y referenciar leyes vigentes.

Los contenidos en el artículo de investigación comprenden siete temas de particular relevancia jurídica para que constituyan uno de los primeros estudios preliminares que se hace de esta institución en el Derecho nicaragüense y para que sirva de motivación a estudiantes y profesionales del Derecho a fin de profundizar en esta materia. En ese particular, se introduce el contenido

con la definición y caracterización del arbitraje intrasocietario, así como de su ámbito subjetivo de aplicación, desde el punto de vista de los sujetos involucrados en la cláusula y el objeto de la controversia, como el ámbito objetivo del acuerdo arbitral, y su alcance e inclusión como modificación de la escritura constitutiva y en su caso de los estatutos. También se estudian las posibles cuestiones arbitrables que pudieran conocerse en materia arbitral, así como la los efectos del laudo que resuelven las situaciones concretar. Finalmente, se concluye con una pequeña introducción sobre la modalidad arbitral adoptada en la materia societaria.

II. ASPECTOS GENERALES DEL ARBITRAJE SOCIETARIO

A) DEFINICIÓN DEL ARBITRAJE SOCIETARIO O INTRASOCIETARIO

El arbitraje societario se refiere a las controversias que se presentan entre la sociedad y los socios, entre los mismos socios, entre la sociedad y los órganos sociales, entre los órganos sociales y los socios. También se denomina arbitraje intrasocietario, al parecer este concepto se ajusta más a la problemática que se presenta en la cláusula arbitral, cuando los socios la incorporan en los estatutos sociales fundacionales o posteriormente, en la vida de la sociedad, mediante modificación estatutaria¹ Agregan los autores que

¹ MERINO MERCHÁN, J.F., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la ley 11/2011”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, enero de 2013, p. 5; MONTOYA ALBERTI, J.U., “El arbitraje societario. Corporate Arbitration”, *Revista jurídica Docentia et investigador*, Facultad de Derecho y Ciencias Política-UNMSM, vol. 18, núm. 135-50, 2016, pp. 38-39. Consultado en: <<http://revista-sinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/12321/11022>>; OLIVENCIA RUIZ, *El arbitraje en el anteproyecto de Código Mercantil*. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia, 2014, pp. 2-320. Consultado en: <<http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1805/2373>>.

en la actualidad se utilizan términos como arbitraje estatutario o arbitraje societario, que podrán calificarse como inapropiados; sin embargo, no corresponden estrictamente con los conflictos internos que se suscitan entre la sociedad y sus socios, razón por la cual, la delimitación de conflictos intrasocietarios delimita más el objeto de este tipo de arbitraje.

Carrasco Fernández,² Pérez Berengena³ y Olivencia Ruiz⁴ comentan que este tipo de arbitraje ha logrado mayor arraigo en las sociedades personalistas o en las de capital cerrado, en especial, las empresas familiares, así como en la sociedad capitalista. Sin embargo, el arbitraje societario cabe sin discriminar el tipo de sociedad, incluye las sociedad en formación e irregular.

En ese sentido, Rojas Chan⁵ define como arbitraje estatutario al que se constituye mediante la incorporación de una cláusula en el pacto social que establece la solución de los conflictos societarios mediante la utilización del proceso arbitral. La cláusula arbitral pasa a formar parte del contrato que da nacimiento a la sociedad.

² CARRASCO FERNÁNDEZ, F.M., *Arbitraje societario*, México, UNAM, 2009, pp. 352-357. Consultado en: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/viewFile/30928/27913>>.

³ PÉREZ BERENGENA, C. J., *La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema*, Abogado, ON-TIER (Ramón Hermosilla & Gutiérrez de la Roza). *Diario La Ley*, núm. 8634, Sección Tribuna, Editorial La Ley, 28 de octubre de 2015, pp. 3-4. Consultado en: <<http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=>>>

⁴ OLIVENCIA RUIZ, *El arbitraje en el anteproyecto de Código Mercantil*. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2014, pp. 5-6. Consultado en: <<http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1805/2373>>.

⁵ ROJAS CHAN, "Algunas consideraciones sobre el arbitraje societario" *Derecho societario, concursal y del consumo*, t. III, San José, Editorial Jurídica Continental, 2017, pp. 3-4. Consultado en: <<https://www.abogados.or.cr/uploads/CMS/Articulo/a9478c8a60068e3e6e1977c389251d4250b82099.pdf>>

El autor aclara que el término estatuto social, se utiliza como concepto general a la escritura constitutiva. Asimismo, el arbitraje estatutario nace tanto con la escritura constitutiva, como en reformas posteriores que adicione la cláusula arbitral. Sin embargo, es válido preguntarse del acuerdo arbitral nacido en un pacto parasocial, estos no son parte de la sociedad y se ubica en el perímetro de las relaciones obligatorias de los socios que la suscriben.

El arbitraje societario en el Derecho nicaragüense, es el mismo arbitraje intrasocietario, éste se constituye como acuerdo de arbitraje, conforme lo previsto en el art. 27, de la Ley de Mediación y Arbitraje, Ley No. 540 (en lo sucesivo Ley No. 540), por la cual, las partes deciden someter las controversias o ciertas que puedan surgir entre socios, entre socios y la sociedad, entre los órganos sociales o entre los órganos sociales y la sociedad, respecto a las relaciones internas de carácter contractual o no contractual. Este acuerdo puede adoptarse como cláusula arbitral introducida en la escritura constitutiva para las sociedades personalistas y en los estatutos para las sociedades capitalistas. Asimismo, puede ser en forma de acuerdo independiente; sin embargo, este último debe incorporarse como modificación al contrato societario para su efectiva validez entre los socios y la sociedad, según lo previsto en arts. 153, 156 de la Ley General de los Registros Públicos, Ley No. 698 (en lo sucesivo, Ley No. 698), de lo contrario, sería un acuerdo extrasocietario que solamente vincula a los suscriptores, causahabiente y no al resto de socios, ni a los sucesivos o a terceros⁶.

⁶ Olivencia Ruiz (2013, p. 6) expresa que al contener el pacto una regla de funcionamiento de la sociedad, obliga no solamente a las partes en el contrato fundacional, sino a la misma sociedad y a los órganos sociales que nace de dicho contrato, a los herederos de los socios y a quienes adquieren derivativamente, por actos inter vivos o por mortis causa o de forma originaria, cuando se produce un aumento de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones. La obligación de someterse a arbitraje, forma parte de esa condición, y por la publicidad registral, es oponible al adquirente.

B) ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO INTRASOCIETARIO

Ámbito subjetivo

Haderspock⁷ expone que en el ámbito subjetivo el arbitraje societario, no se limita únicamente a resolver las controversias entre socios, sino que abarca a conflictos entre socios y la sociedad. Incluso que puede comprender a aquellos que no son socios, pero que efectivamente realizan actividades internas y directas con la sociedad; es decir, mantienen una relación jurídica de naturaleza societaria.

Por su parte, Olivencia Ruiz y Merino Merchán,⁸ exponen que el acuerdo arbitral puede reflejar sus efectos a los siguientes sujetos:

- a) Los socios fundadores.
- b) Los socios futuros.
- c) Los accionistas que no tienen la condición de socios, por no llevar a cabo la inscripción en el libro de acciones, no quedan obligados por el convenio arbitral inserto, hasta que se produzca la inscripción correspondiente (arts. 37 y 230 del CC de Nicaragua). El acuerdo arbitral intrasocietario no puede oponerse a quien aún no tiene la condición de socio, por el principio de relatividad de los contratos, regulado en el art. 2439 Código Civil de Nicaragua (en los sucesivo C de Nicaragua).
- d) Los socios disidentes de la introducción del convenio arbitral intrasocietario. Pero si el acuerdo se adoptó conforme lo regulado en el art. 262 Código de Comercio de Nicaragua (en los sucesivo

⁷ HADERSPOCK, B *Acotaciones sobre el arbitraje societario bolivariano*, Riedpa.com, núm.3, 2015, pp. 8-10. Consultado en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5355280>>

⁸ MERINO MERCHÁN, J.F., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la ley 11/2011”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, enero de 2013, pp. 23-25.

CC de Nicaragua), entonces éstos quedan obligados al convenio arbitral⁹.

- e) Los socios que fueron excluido de su voto (arts. 143, 234 del CC de Nicaragua). También aplica si posteriormente, impugnan los estatutos que recogen el convenio, por considerarlo ilegal, conforme el art. 261 CC de Nicaragua.
- f) Los socios que niegan la condición de socios. Es decir, se trata de arbitrabilidad de estos conflictos sobre la cualidad o no del socio, dejando la cuestión al árbitro para que decida al respecto.
- g) En cuanto a los administradores de la sociedad. Es discutible si están o no vinculados al convenio arbitral; sin embargo, puede establecerse en la pauta estatutaria de que el arbitraje es de aplicación para resolver los conflictos entre los administradores y la sociedad.
- h) Respecto a los liquidadores, puede mantenerse lo mismo, respecto a lo señalado con los administradores.
- i) Los obligacionistas quedan excluidos del convenio arbitral, por no ser socios ni accionistas, pero no existe limitación que el sindicato de accionistas, incluya el convenio arbitral para solventar las diferencias entre estos últimos (arts. 285 al 324, de la Ley General de Títulos Valores, Decreto No. 1824, en lo sucesivo, Decreto No. 1824).

⁹ Expone Perales Viscasillas (2012, p. 4) que la decisión anterior no lleva aparejada concesión de medidas de defensa para el socio que vota en contra, por lo que nos lleva a traer escenas de discusión en la materia, por un lado, la medida de defensa dirigidas a impugnar la decisión adoptada por la junta general, en otras, puede incluir el debate acerca de la constitucionalidad del derecho a la tutela judicial efectiva. Por otra parte, se ha considerado que debería haberse dejado al socio un derecho de separación, sin perjuicio de establecerse estatutariamente. Sin embargo, el autor considera que el derecho de separación no resulta ser el remedio adecuado si lo que se alega es la infracción del derecho a la tutela efectiva.

- j) Titulares de derechos reales sobre acciones y participaciones. Ejemplo: los acreedores pignoratícios y los usufructuarios, entre estos. En principio, quedarían excluidos, por ser terceros frente a la sociedad, salvo que tuvieren atribuidos los derechos políticos (asistencia, voto, información).
- k) Los titulares de embargo de participaciones o de acciones. No forman parte del convenio arbitral, hasta tanto no se produzca la adjudicación de las mismas, momento en que el acreedor embargante pasa a ser socio o accionista.
- l) Los auditores, aunque también tienen que aceptar el cargo, no significa que quedan vinculados a los estatutos sociales, por cuanto guardan una relación profesional de servicio, y están excluidos del convenio arbitral. Otra cuestión es que tratándose de relación profesional puedan incorporarse a la misma un convenio arbitral.

Como se puede observar el acuerdo arbitral refleja efectos entre socios y accionistas, por la naturaleza del nexo existente entre la sociedad y éstos, ya sea en el momento fundacional o posterior. Sin embargo, queda claro que los terceros que nos socios, ni accionistas conforme al Derecho vigente, no podrán ejercer sus acciones por conflictos internos de carácter social, pero podrán ejercer sus pretensiones en el ámbito jurisdiccional competente, y siempre y cuando estén legitimados para el ejercicio de este derecho.

Ámbito objetivo

Según Haderspock¹⁰, en materia objetiva, el arbitraje puede someterse en cualquier conflicto que sea libremente disponible entre las partes. En consecuencia, no todo conflicto intrasocietario puede ser arbitrable, ya que existen ciertas cuestiones, que son

¹⁰ HADERSPOCK, B *Acotaciones sobre el arbitraje societario bolivariano*, Riedpa.com, núm.3, 2015, pp. 10-11. Consultado en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5355280>>

de orden público. Por su parte, Merino Merchán¹¹ en el ámbito objetivo, también puede consistir en la interpretación y/o ejecución del acta de constitución y los estatutos, y pueden recaer en las resoluciones enunciadas por los órganos sociales, que pueden ser sujetas a impugnación. En definitiva, el ámbito objetivo puede concretarse en lo siguiente:

- a) La voluntad manifestada en el acta de constitución y estatutos de someter cualquier litigio intrasocietario a arbitraje. En ese sentido, el art. 27, de la Ley No. 540, dispone que se someten a arbitraje toda controversia o ciertas controversias, respecto a determinada relación jurídica contractual o no contractual. Es decir, el acuerdo arbitral puede regular situaciones conflictuales amplias o limitarse a determinadas, dependerá de las circunstancias de la sociedad de personas o la sociedad de capital.
- b) El carácter patrimonial o no de la controversia ha dejado de ser un criterio definitivo, siempre que el conflicto pueda redimirse en términos económicamente evaluables. En este particular, el art. 23 de la Ley No. 540, es suficientemente claro y dispone que puede tratarse toda controversia en las que las partes tengan libre disposición conforme a derecho, la cual nos lleva al art. 2437 C, señalando que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público y se puede agregar que este acuerdo no fuera en contra de los principios configuradores de la sociedad. Argumenta Merino Merchán¹² que hoy el límite de la arbitrabilidad societaria se encuentra en el concepto de orden público, entendido éste no como el conjunto de normas imperativas que afectan el derecho societario, sino con el respeto indeclinable al principio de legalidad y de constitucionalidad que conforman valores y derechos fundamentales del ciudadano. Por lo tanto, la materia disponible referida en el art. 23 de la Ley No. 540, se refiere a todo

¹¹ MERINO MERCHÁN, J.F., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la ley 11/2011”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, enero de 2013, p. 23.

¹² MERINO MERCHÁN, J.F., *op. cit.*, p. 15.

aquello que sea negociable, y que por lo tanto, tenga carácter patrimonial.

- c) Que el acuerdo arbitral ha de hacerse figurar en el acta de constitución y/los estatutos sociales con el quórum requerido (art. 262 CC de Nicaragua), en caso contrario, si figura como acuerdo extrasocietario, entonces solamente producirá efectos entre las partes que lo firmaron y no obliga al resto de socios.
- d) La validez de los acuerdos arbitrales es independiente al acta de constitución y estatutos, y separables a ellos. El art. 42, de la Ley No. 540, dispone que a este efecto, una cláusula arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.
- e) La inscripción del acuerdo arbitral en el Registro Mercantil, como modificación al acta de constitución y estatutos, asegura su publicidad y se convierte en una norma interna de la sociedad, con efecto *erga omnes* frente a todos los socios (arts. 153 y 156, de la Ley No. 698).

C) ALCANCE DEL ACUERDO ARBITRAL Y SU INCLUSIÓN EN EL ACTA CONSTITUTIVA Y/O ESTATUTOS

Conforme al art. 27, de la Ley No. 540, el acuerdo arbitral tiene validez cuando consta por escrito, puede ser a través de una cláusula inserta en el documento contractual o en documento separado, independiente al contrato. En materia societaria, el acuerdo debe constar en la escritura de constitución y estatutos, según el tipo social. Corresponde a los socios fundadores establecer las condiciones internas que regirán a la sociedad; por lo que también, según lo expresado por Haderspock y Manga Alonso¹³ surge la duda si el acuerdo arbitral incluye a los nuevos socios que se in-

¹³ MANGA ALONSO, M.T., “Presente, pasado y futuro del arbitraje estatutario”, *Riedpa Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 13, 2013, pp. 61-62.

corporarán posteriormente al acto constitutivo de la sociedad. En este sentido, la autonomía de la cláusula arbitral, como acuerdo independiente, implica que la validez y nulidad, no afecta el contrato principal que contenga la misma y viceversa. En consecuencia, los nuevos socios quedan adheridos de forma genérica a la estructura societaria y de forma específica al convenio arbitral, contenido en el acta de constitución y los estatutos. De acuerdo al planteamiento anterior, en Nicaragua rige el principio de separabilidad, reconocido en el párrafo primero del artículo 42, de la Ley No.540 numeral 1), art. 16 LMCNUDMI (1985).

No obstante, afirma Manga Alonso,¹⁴ que en un pacto parasocial que incluya o modifique el acuerdo arbitral, únicamente tendrá validez y vinculatoriedad entre las partes firmantes, no así con los socios venideros. Asimismo, lo afirma Merino Merchán,¹⁵ señalando que cabe reconocer que el convenio arbitral, mediante contrato suscrito por los socios, previo a la constitución de una sociedad, solamente puede afectar a los firmantes y a sus causahabientes, pero no afecta a la sociedad ni a los socios que no lo firmaron, como también a los sucesivos socios y terceros.

En este sentido, en el Derecho nicaragüense el pacto parasocial o extrasocietario, origina que el convenio produzca pleno efectos intrasocietarios, solo si posteriormente, se incorpora a la escritura constitutiva y estatutos, y se inscribe en el Registro Mercantil, pasando a formar parte de las reglas de la vida corporativa, en caso contrario, solamente es un acuerdo extrasocietario, no es objeto de registro y carece de publicidad, a diferencia de la modificación de la escritura de constitución y estatutos, conforme las reglas del art. 262 del CC de Nicaragua, es imprescindible que se inscriban en dicho Registro Mercantil.

Cuando el acuerdo arbitral se incorpora en la escritura de constitución y los estatutos, se requiere la mayoría legal reforza-

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ MERINO MERCHÁN, J.F., *op. cit.*, p. 22.

da¹⁶, contenida en el inciso 7, del art. 262 CC de Nicaragua; es decir, que la sumisión en la escritura de constitución y estatutos de la cláusula de sumisión a arbitraje, requerirá siempre la presencia de socios que representen las tres cuartas partes del capital, y el voto favorable de socios presentes que representen la mitad del capital, para el caso de las sociedades capitalistas. En el caso de las sociedades personalistas, se requiere el acuerdo de todos los socios o de acuerdo a lo pactado en la escritura social (art. 122 CC y art. 3193 C).

Para Manga Alonso¹⁷ llama la atención el papel que juegan los notarios y los registradores en el arbitraje intrasocietario. En ese sentido, se puede señalar que en el Derecho nicaragüense los notarios por su función de asesoramiento y legalidad que les obliga a controlar la capacidad e identidad de los otorgantes y la validez del acuerdo arbitral, deberán advertir a las partes de los requisitos contenidos en la Ley No. 540, poniendo de manifiesto la patología que puede hacer ineficaz el arbitraje previsto. Por su parte, los Registradores como destinatario de la inscripción de los contratos sociales y estatutos, así como de las modificaciones a la escritura de constitución, cuando se refieran a una inserción de acuerdo arbitral, otorga al documento en cuestión publicidad, conforme a los arts. 54 y 152, de la Ley No. 698. En este sentido,

¹⁶ En el caso de la adopción de la mayoría cualificada o reforzada, según el sistema jurídico, la cláusula deja de tener naturaleza contractual para adaptar la propia del acuerdo social que se adopta en el órgano competente de la sociedad y se impone a todos los socios, a los disidentes y ausentes OLIVENCIA RUIZ, M., *La cláusula arbitral introducida por vía modificación de los estatutos*, Marcial Pons, 2012, p. 10. Consultado en: <https://www.cuatrecasas.com/es/publicaciones/la_clausula_de_arbitraje_introducida_por_via_de_modificacion_de_los_estatutos_sociales_estudios_de_derecho_del_comercio_internacional_homenaje_al_prof_juan_manuel_gomez_porrua_2012.html>; OLIVENCIA RUIZ, M., *Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario*, 2013, p. 6. Consultado en: <www.cuatrecasas.com>.

¹⁷ MANGA ALONSO, M.T., *op. cit.*, p. 68.

la inscripción registral del acuerdo intrasocietario, autoriza al Registrador para calificar la legalidad de la forma extrínseca, del documento a inscribir, así como la capacidad y legitimación de los otorgantes, incluso de la validez de su contenido (arts. 30 al 35, de la Ley No. 698). Sin embargo, a pesar de la facultad señalada, no podrá entrar a examinar si el acuerdo recae sobre materias arbitrables o no, porque es una cuestión, cuya competencia la tienen los árbitros, conforme lo regulado en el art. 42, de la Ley No. 540.

D) MATERIA NO ARBITRABLE

El art. 23, de la Ley No. 540, describe las materias no objeto de arbitraje. Sin embargo, se puede observar que ninguna de las causas, hace mención a los temas societarios; no obstante, el Código de Comercio establece algunas situaciones en concreto sobre arbitraje en materia de sociedades: Arts. 120, 147, 180, 334 CC.

E) SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DEL ARBITRAJE INTRASOCIETARIO

El actual Código de Comercio establece la obligatoriedad del arbitraje societario en cuatro casos específicos:

- a) En la disolución y liquidación de las compañías colectivas, aquellas cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del socio gerente o liquidador, se someterán precisamente al arbitraje de uno o más comerciantes (art. 180 CC de Nicaragua).
- b) Si alguno de los socios de la sociedad colectiva entrare sólo con su industria, sin valor estimado previamente, o sin previa designación de la cuota que debe percibir, y no viniese a un acuerdo con los otros socios, tendrá en tal caso la parte que por árbitros le sea asignada (art. 147 CC de Nicaragua).
- c) Todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, serán decididas por los 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 (art. 334 CC de Nicaragua).

- d) El arbitraje a que se refiere los arts. 334 y 335 CC de Nicaragua, son aplicables a las sociedades mercantiles de hecho de que trata el art. 128, y a las asociaciones comerciales (arts. 120, 329 a 333 del CC de Nicaragua).

El arbitraje en materia societaria a partir de las disposiciones anteriormente señaladas, excluye la competencia de los tribunales ordinarios otorgándosela a los árbitros para conocer de determinados asuntos. Habría que decir, que el art. 334 CC de Nicaragua, abarca una noción amplia de las cuestiones sociales que podrían suscitarse entre los socios que serán decididas por los arbitradores. Desde el punto de vista de la institución arbitral en nuestro sistema legal, la obligatoriedad carece de justificación, por cuanto la nueva Ley No. 540, caracteriza al arbitraje como un método de resolución de conflicto de carácter voluntario (arts. 1,2,3, 24 y 27, de la Ley No. 540), siendo un instrumento jurídico moderno que recoge los principios y normas de la Ley Modelo de la CNUDMI, tal como afirma Jaquier Lehuede¹⁸ esta ley, supera las antiguas concepciones de arbitraje, y fija la fuente de todo arbitraje en la autonomía de la voluntad de los interesados, desechando por lo mismo todo asomo de obligatoriedad en su origen y desarrollo.

Por otra parte, las normas citadas en el Código de Comercio nicaragüense no dejan claro si el arbitraje es forzado, siempre que las partes nada hayan señalado al respecto en el acta constitutiva y/o en los estatutos de la sociedad. En cambio, si las partes lo han previsto en dichos instrumentos, entonces quedan obligadas por el principio de autonomía de voluntad, por la cual se incluye la cláusula arbitral. En conclusión, el arbitraje obligatorio afecta la institución arbitral, puesto que se cimienta en la autonomía de

¹⁸ Cfr. JAQUIER LEHUEDE, E., *El arbitraje forzoso en Chile. Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno*, Estudios Constitucionales, año 9, núm. 2, 2011, pp. 453-498. Consultado en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200012>.

la voluntad de las partes, de manera que resulta de contrasentido obligarlas a las partes a someterse al mismo.

Al respecto, Vázquez Palma¹⁹ citando a Diez Picazo señala que cabe recordar que el reconocimiento del arbitraje como una institución y no como un simple instrumento, es una valoración que se encuentra suficientemente asentada hoy en día, tanto en la doctrina especializada como en las diversas legislaciones que tratan esta materia. Sigue comentando el autor, que incorporada la institución del arbitraje en el sistema jurídico nacional, se convierte en un derecho de las personas para solucionar las controversias que se encuentren dentro del ámbito de libre disposición, como un derecho potestativo, de manera que nadie pudiera ser obligado al mismo sin su previa aprobación o consentimiento. Por su parte Jaquier Lehuède²⁰ expresa que la autonomía de la voluntad constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el arbitraje en materia de la libertad de la persona humana. En consecuencia, en Nicaragua nos encontramos ante un sistema dualista del arbitraje, que constituye un aspecto obsoleto del ordenamiento jurídico y que debe desentrañarse, partiendo desde su verdadera naturaleza.

III. ALGUNOS SUPUESTOS DE ARBITRABILIDAD SOCIETARIA

En principio, se puede afirmar que en Nicaragua, no existe restricción para el acuerdo arbitral intrasocietario, puede aplicarse a todo tipo de entidad, sean sociedades personalistas y sociedades capitalistas, excepto, claro está, en las materias excluidas que fue-

¹⁹ VÁSQUEZ PALMA, M.F., “Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización” *Revista Ius Praxis*, a. 20, núm. 1, 2014, p. 400.

²⁰ Jaquier Lehuède, E., *op. cit.*, p. 452.

ron objeto de estudio anteriormente, tampoco existe prohibición alguna del acuerdo intrasocietario, atendiendo al tipo de conflicto. Es decir, toda materia societaria es disponible y sometible al convenio arbitral, inclusive los acuerdos de los órganos sociales objeto de impugnación, y de cara a los efectos vinculantes no se matizan entre socios originarios y nuevos.

En materia societaria los asuntos que se someten a arbitraje pertenecen al orden privado del derecho y de acuerdo a los arts. 21 y 23, de la Ley 540, a todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho, también en todos aquellos casos que por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral.

Por su parte, Vásquez Palma²¹, es de la opinión que el arbitraje societario se circunscribe al reconocimiento del principio de autonomía de los socios fundadores, en la cual, incluyen en sus estatutos las cláusulas que consideran oportunas, respetando las leyes y los principios configuradores de la sociedad; también sometiendo materias de libre disposición conforme a derecho. En consecuencia, la regla general es que en materia societaria gozan de tal carácter, y no lo harán cuando se afecten intereses particulares de terceros. En este contexto, la autonomía de la voluntad se presenta de diferentes formas, según el tipo de sociedad; en la sociedad de personas, tienen un amplio margen, porque se trata de un arbitraje creado por los socios para dirimir sus propios conflictos; en cambio, en la sociedades capitalistas, pueden influir normas de orden imperativo a las que deben someterse los socios. Derivado de lo anterior, no es suficiente pactar el arbitraje, por cuanto se plantea la materia en términos genéricos, habría que esperar el tipo de controversia para determinar si es susceptible de ser arbitrada, según los derechos involucrados.

²¹ VÁSQUEZ PALMA, M.F., “Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización” *Revista Ius Praxis*, a. 20, núm. 1, 2014, pp. 406-407.

Con relación al ámbito de aplicación material de los conflictos societarios, las normas reguladas en el Código de Comercio y en la Ley No. 540, no establecen todos los tipos de controversias en esta materia, pero considerando los planteamientos normativos es posible señalar que se trata de todo tipo de controversias que se originan a raíz de la escritura de constitución, independientemente de su temporalidad, es decir, aquellos provocados con motivo de su origen o funcionamiento, pudiéndose contemplar en dichas nociones un abanico de opciones. En ese particular, el artículo 334 CC de Nicaragua dice expresamente “(...) Todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, serán decididas por los arbitradores (...)” si bien expresa todas las cuestiones que susciten entre los socios, tampoco excluye otras posibles controversias que pueden surgir durante la vida social y futuros conflictos que surjan siempre de la sociedad.

Vásquez Palma²² y Manga Alonso,²³ exponen que en materia arbitral, resulta recomendable una cláusula amplia sin concreción de los litigios arbitrales, de manera que la cláusula arbitral podrá indicar ámbitos objetivos de aplicación del tipo, por ejemplo: “(...) *Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria... se resolverá definitivamente con un arbitraje...*” o “...Todas las controversias derivadas de la interpretación o ejecución del contrato social serán resueltas por medio de arbitraje...”. Dicha formulación no es vaga ni imprecisa, sino que alberga todos los litigios susceptibles de surgir en el marco de las relaciones societarias que afectan derechos disponibles. En conclusión, se advierte que todas las normas sociales que aluden al arbitraje para referirse al objeto del litigio, ha de entenderse en términos amplio en lo relativo a su aspecto conflictual.

La redacción de una cláusula más estrecha, puede derivar en problemas, por cuanto, ¿Qué pasará con aquellas materias no

²² VÁSQUEZ PALMA, M.F., *op. cit.*, p. 408.

²³ MANGA ALONSO, M.T., *op. cit.*, p. 61.

incluidas en la redacción? En este sentido, en materia societaria, aquellas que no quedaron comprendidas en la cláusula, quedarán sometidas a la justicia ordinaria, excepto aquellas que se encuentren reguladas debido a su obligatoriedad del arbitraje, que operan independientemente de la voluntad de las partes.

Por otra parte, es recurrente someter a arbitraje el incumplimiento del contrato de sociedad, nulidad de la sociedad, valoración de las aportaciones sociales o de acciones o de participaciones, interpretación de los contratos, separación y exclusión de los socios, liquidación de las participaciones de los socios, disolución y liquidación de la sociedad, terminación anticipada de la sociedad, indemnización de perjuicios, interpretación del aporte de los socios, relación de aportes, pago de dividendos pasivos, restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones, responsabilidad y retribución de los administradores. Asimismo, el arbitraje en materia de nulidad de junta general, de impugnación de acuerdos sociales, de actos del directorio o balance, son temas objeto de arbitraje en el Derecho comparado.

El sistema nicaragüense no establece un límite de relaciones que se pueden someter a arbitraje societario, sin embargo los límites surgen de la propia naturaleza de la materia y de la extensión de la cláusula arbitral, siempre que se considere el respeto a las normas imperativas que rodea cada materia.

A continuación se estudiarán algunas situaciones particulares de sometimiento al acuerdo arbitral en la escritura de constitución y/o estatutos.

A) LA NULIDAD DE LAS SOCIEDADES

Debe considerarse que la nulidad de la sociedad, puede presentarse por un vicio en el proceso de constitución. El Código de Comercio, apunta que la omisión de algunos de los requisitos establecidos en los artículos 123 y 124 CC de Nicaragua, es causa de nulidad del pacto social, la que se declarará a petición de cualquiera de los socios (arts. 121 y 125 CC de Nicaragua). En este sentido, los

árbitros son competentes para conocer de dicho conflicto, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Antes que todo, la sociedad es un contrato cuya vigencia se prolongará hasta que una sentencia o laudo declare su ineficacia. En consecuencia, no es efectivo que la nulidad del contrato de sociedad lleve aneja la nulidad de la cláusula arbitral, en razón a lo dispuesto en el art. 42, de la Ley No. 540. Cabe recordar, el principio de separabilidad enunciado anteriormente y que es reconocido en el citado artículo. Por otra parte, si la cláusula no existiere, entonces el conflicto podrá ser resuelto conforme lo previenen los arts. 127, 128 y 336 CC de Nicaragua, al señalar que se somete a arbitraje aquellas cuestiones sobre las sociedades mercantiles de hecho. Asimismo, el laudo que se dicte al respecto, será objeto de inscripción en el Registro Mercantil, al igual que una sentencia judicial que declare la nulidad de la sociedad, conforme el numeral 6, del art. 156, de la Ley No. 698.

B) LA EXCLUSIÓN Y SEPARACIÓN DEL SOCIO

La expulsión del socio en la sociedad está relacionada con la exclusión del socio. Entre las causas de exclusión se encuentran la mora del socio, reconocida en los arts. 143, 234 del CC de Nicaragua. Asimismo, el art. 262 del CC, se refiere al derecho de separación del socio en la sociedad anónima, en los casos de fusión, reintegración o aumento de capital, prórroga de la sociedad y cambio del objeto social.

En la práctica se incorporan otras causas en los estatutos: infringir el deber genérico de fidelidad entre accionistas y entre accionistas y la sociedad; atentar contra un socio, cometer actos dolosos en perjuicios de la sociedad; por haber perdido la condición individual que determinaron el ingreso del socio, como puede ser haber sido condenado penalmente; no ejercer determinados derechos, por ejemplo, cuando se pacta de manera arbitraria en los estatutos que el accionista será excluido de la sociedad, si falta a

tres reuniones consecutivas de la junta general. Vásquez Palma²⁴ y Merino Merchán²⁵ expresan que la expulsión y separación de un socio de la sociedad es otro de los temas que recurrentemente se someten a arbitraje en sede societaria.

Al respecto, el art. 23, de la Ley No. 540 de Nicaragua, las partes pueden incluir en el acuerdo arbitral las controversias sobre materias que tengan libre disposición, siempre que sean válidas conforme la ley; por lo tanto, no existe disposición contraria en el Código de Comercio que disponga una prohibición sobre este tipo de conflicto arbitrable, sumando a lo dispuesto en el art. 334 CC de Nicaragua, referido a que todas las cuestiones sociales podrán ser resuelta por medio de arbitraje, incluso puede ser materia de arbitraje obligatorio, cuando no se dispongan en la cláusula arbitral.

C) LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN DEL PATRIMONIO SOCIAL

Las deudas y divergencias que se pueden plantear en las operaciones de liquidación, que afectan, el inventario y balance final, pueden ser sometidas a arbitraje intrasocietario. El art. 272 del CC de Nicaragua, dispone que el modo de proceder respecto a la liquidación y participación, se regirá conforme lo previsto en la escritura de constitución, por los acuerdos de junta general, siempre que no se opongan a las disposiciones del Código de Comercio. Siendo así, no existe disposición contraria que no permita este tipo de conflicto y sea esta materia arbitrable. Asimismo, los arts. 180 y 334 CC de Nicaragua, establecen que aquellas cuestiones que dieran lugar a la presentación de cuentas del socio liquidador serán decididas por árbitros.

²⁴ VÁSQUEZ PALMA, M.F., *op. cit.*, pp. 411-412.

²⁵ MERINO MERCHÁN, J.F., *op. cit.*, p. 30.

D) LOS CONFLICTOS ENTRE SOCIOS

Los conflictos entre socios se podrán incorporar al convenio arbitral, solamente cuando se relacionen con la sociedad, pero dicha afirmación resulta una situación difícil para determinar si corresponde o no. Vásquez Palma²⁶ presenta como ejemplo, la cesión de acciones, considerando que en este caso es un negocio jurídico externo y en consecuencia, no es posible aplicar el arbitraje pactado para la sociedad a una transferencia particular, excepto que si lo que se discute es una eventual irregularidad del procedimiento de atribución de legitimación societaria, por el mecanismo limitativo, entonces en este caso, la cuestión sería societaria. Para Gil Echeverry²⁷ en principio, afirma que en la cláusula arbitral sirve para dirimir conflictos que se originan entre los socios, entre estos y la sociedad. Al respecto, el art. 334 CC de Nicaragua, se refiere a “...*Todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios...*”, siendo, entonces admisible que aunque que no se pacte entre los socios la cláusula arbitral, pudiese ser objeto de arbitraje obligatorio; sin embargo, la determinación de cuáles son esas cuestiones susceptible a arbitraje resulta imprecisa.

E) EL SOMETIMIENTO ARBITRAL DE LOS ACUERDOS SOCIALES

No cabe duda que en el Derecho nicaragüense se reconoce el derecho de impugnación en el art. 261 CC, expresamente declara este derecho de los accionistas, denominándolo como “derecho de protesta”, el que se presenta cuando la junta general de accionistas, como órgano deliberante y soberano se extralimita y sobrepasa la frontera de la ley y estatutos de la sociedad, dando origen a la impugnación de los acuerdos societarios; es decir, cuando se toman acuerdos de esta naturaleza, se contraviene el principio de buena

²⁶ VÁSQUEZ PALMA, M.F., *op. cit.*, p. 413.

²⁷ GIL ECHEVERRY, J. H., *Nuevo régimen de arbitramiento*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2004, pp. 620-621.

fe que prevalece siempre, y que está reconocido tanto en el Derecho mercantil como en el civil, por regla general no debe pasar por alto, que el derecho de impugnación es uno de los derechos tradicionales, vinculado a los socios y enlazados con los derechos de la minoría accionaria. Sin embargo, la protección de la minoría no es la causa o la justificación del derecho de impugnación; si bien, protege los intereses de la minoría, realmente la verdadera protección recae en los intereses de la sociedad.²⁸

Por su parte, Olivencia Ruiz,²⁹ Calaza López³⁰ y Manga Alonso³¹ exponen que el sometimiento arbitral de los acuerdos sociales, no significa renuncia alguna a las normas procesales de orden público, aunque existe cierto sector de la jurisprudencia que ha venido manteniendo la tesis a la imposibilidad de someter a decisión arbitral la impugnación de los acuerdos sociales fundada en la violación de las normas de derecho necesario; ³²sin embargo, dicha tesis no ha sido fundada por otro sector de la jurisprudencia más autorizada que ha defendido la tesis de sometimiento a arbitraje, tanto la nulidad de la junta de accionistas, como de la impugnación

²⁸ ROBLETO ARANA, C.A., “Principales causas de impugnación de los acuerdos societarios en la junta general de accionistas”, *Cuadernos de Investigación Jurídica*, vol. I, núm. 13, 2012, p. 4.

²⁹ OLIVENCIA RUIZ, M., *Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario*, 2013, p. 8. Consultado en: <www.cuatrecasas.com>.

³⁰ CALAZA LÓPEZ, S., *El arbitraje societario*, Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 21, 2003, p. 199.

³¹ MANGA ALONSO, M.T., *op. cit.*, pp. 66-68.

³² ILLESCAS ORTIZ, R., “¿Todavía a inarbitrabilidad de las cuestiones societarias?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 207, Sección Editorial, diciembre 2007, Editorial LA LEY, p. 1. Consultado en: <<http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params>>. ROCA AYMAR, J.L., *La rapidez en la resolución de conflictos intersocietarios mediante el arbitraje*, Secretario General de la Corte Española de Arbitraje-Consejo Superior de Cámaras de Comercio. Diario La Ley, Sección Doctrina, t. 7, Editorial La Ley, 2001, pp. 1-5. Consultado en: <<http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params>>

de los acuerdos sociales;³³ sin perjuicio de que si en algún extremo fuera del poder de disposición de las partes no pudieran los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Esta tendencia ha admitido la aplicación, por parte del árbitro, tanto de normas de orden público³⁴, como de las de derecho necesario, y en fin, de las estatutarias, en la resolución de la controversia.³⁵

Con independencia del tipo social, la existencia de la cláusula estatutaria de sumisión al arbitraje supone la correlativa sumisión de cuantas controversias tengan lugar en el seno de la sociedad a

³³ NEILA NEILA, M., “A vueltas sobre la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales”, *Diario La Ley*, t. III, Sección Doctrina, 2001, p. 2. Consultado en: <http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAC1PzWrDMAx-G18GI7TLbjoszbGM0YbdFVsk2lx7k5Q0efs5SwVCCCH1_->. PERALES VISCAILLAS, M., “La reforma de la Ley de Arbitraje y el arbitraje societario. Catedrático de Derecho Mercantil”, *Derecho de los Negocios*, Universidad de La Rioja, núm. 243, Sección Temas de hoy, Editorial Wolters Kluwer, diciembre de 2010. Consultado en: <<http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAC1PzWrDMAx->>

³⁴ En el caso de la Ley No. 540, se desprende que en determinadas controversias exigen la aplicación del orden público por el árbitro, precisamente porque puede ser objeto de arbitraje. El inciso b) del numeral 2) del art. 61, establece que el laudo podrá anularse cuando contravenga el orden público, por lo que a *contrario sensu*, no debe plantarse duda alguna, en relación con la licitud del laudo arbitral, fundado en motivaciones de orden público, que haya sido razonablemente interpretado y legítimamente aplicada.

³⁵ ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La regulación del arbitraje estatutario. Profesora Titular de Derecho Procesal*, Universidad Autónoma de Madrid, 2012. Esta doctrina forma parte del libro *La reforma de la Ley de arbitraje 2011 (Comentarios a la Ley 11/2011, de 20 de mayo)*, Madrid, La Ley, Octubre 2011, p. 4.. Consultado en: <<http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAC1PzU7DMAx-m1yQUBICGwcf6HqcEIKKu5tYrUdIwHa69u3J6CxZtqzvz7->>>

este mecanismo de resolución de conflictos internos, y en consecuencia, la aceptación de la cláusula alcanza, a los acuerdos sociales dimanantes de todo tipo de órganos sociales, ya sean aprobados por la junta general de accionista, como por los acuerdos de consejo de administración.

Es arbitrable la impugnación de los acuerdos del consejo de administración, cuyos conflictos recaen fundamentalmente en relación con los deberes de diligencia, lealtad y prohibición de competencia a que se encuentran obligados, según lo dispuesto en el art. 245 CC de Nicaragua. Asimismo, es materia arbitral cuando los miembros del consejo de administración entran en conflictos por el ejercicio de su cargo con la sociedad. Según Merino Merchán (2013, p. 27) no es aplicación al convenio arbitral los apoderados, gerentes, sin perjuicio de que la relación jurídica que los une con la sociedad, pueda incorporar para cada uno de estos supuestos una específica cláusula de arbitraje.

Es importante considerar la opinión de Neila Neila³⁶ quien a su vez comenta a Bercovitz, expresando que una cláusula establecida en los estatutos de una sociedad anónima que obliga a la impugnación de los acuerdos sociales a través del cauce arbitral, en ninguna forma obliga a los terceros que no son socios ni administradores a proceder por esta misma vía arbitral. Posición que es totalmente acertada, porque los terceros de la sociedad se encuentran dentro de la esfera externa y no son afectados por las decisiones que entre socios se auto regulen para resolver sus discordias. El art. 261 CC de Nicaragua, admite que los terceros puedan impugnar los acuerdos sociales en contra de la ley y de los estatutos de la sociedad, por cuanto la cláusula arbitral no afecta a éstos, por cuanto pueden acudir al juez competente tramitando el procedimiento por las reglas previstas en el numeral, 8, del art. 38; numeral 4, del art. 391 Código Procesal Civil de Nicaragua (en los sucesivo, CPCN).

³⁶ NEILA NEILA, M., *op. cit.*, p. 2.

Sin embargo, Olivencia Ruiz³⁷ y Neila Neila comentando lo anterior, señalan que si un acuerdo de junta se impugna por la vía judicial y a la vez el mismo acuerdo es impugnado por la vía arbitral, pudiera producirse respecto al mismo acuerdo resultados decisorios distintos. En ese sentido, en el caso nicaragüense, mientras el laudo arbitral dictado en el procedimiento arbitral, puede verse afectado de nulidad, mediante sentencia dictada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en Nicaragua, y en el caso de un proceso judicial la sentencia puede llegar al Tribunal de Apelaciones y posteriormente, a la Sala Civil de la CSJ, con el oportuno recurso de casación. Como se puede observar ante esa posible situación de dos resoluciones, son indefendible ante el principio constitucional de seguridad jurídica, correspondiendo a que los tribunales deben velar para que no existan sentencias contradictorias y en esa finalidad va encaminada distintas actuaciones como puede ser la acumulación de autos o acumulación de acciones.

Si una impugnación está planteada ante los tribunales ordinarios y otra, ante el tribunal arbitral, no podrán acumularse esas actuaciones,³⁸ por cuanto, puede ocurrir que al existir la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje para la impugnación de los acuerdos sociales, los socios vengán obligados a someter a arbitraje la impugnación de una determinada junta y por aplicación de dicha cláusula habrían de someter a la solución del laudo aquellos aspectos que puedan ser decidido por los árbitros, pero si uno de los acuerdos supone decidir sobre aspectos que no están en el poder de disposición de las partes, por una misma junta, habrá de realizarse las actuaciones por dos causas distintos, por un lado, aquellas cuestiones que están sometidas al poder de disposición de las partes, los socios y la sociedad; por otro lado, a las actuacio-

³⁷ OLIVENCIA RUIZ, M., *Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario*, 2013, p. 8.
Consultado en: <www.cuatrecasas.com>.

³⁸ NEILA NEILA, M., *op. cit.*

nes jurisdiccionales obligadas, respecto aquellas cuestiones que estén fuera de la esfera de decisión de los socios.

Por su parte, Jiménez de Aréchaga³⁹ señala que a los efectos de determinar si es posible someter a arbitraje la impugnación judicial de asambleas, es importante tener en cuenta la naturaleza de esta acción y si consagra un derecho indisponible del accionista. Al respecto, la naturaleza jurídica ha sido objeto de discrepancia en la doctrina y jurisprudencia, entre los que afirman que es una acción social y otros que es una acción individual del accionista. Se puede concluir que es una acción social y no individual, porque la misma observa al accionista como integrante de la sociedad. Por lo tanto, la ley no desea favorecer el interés del socio, sino el de la sociedad en la medida que éste obra como órgano de la defensa social, en salvaguarda de las bases fundamentales de la sociedad que son los estatutos y la propia ley. El objeto de acción tiene como finalidad colocar el funcionamiento de la sociedad en la vía de la ley y el estatuto, ya sea por acuerdos sociales que provengan de los socios en junta general o del consejo de administración.⁴⁰ Si la acción redundaba en beneficio del accionista, ello es secundario. En consecuencia, la acción impugnatoria no se produce cuando está exclusivamente dirigida a tutelar intereses privados.

De acuerdo a lo anterior, si se admite la disponibilidad del derecho de impugnar acuerdos sociales mediante un convenio arbitral estatutario, los fundadores o quienes votaron a favor de la modificación de los estatutos, podrían disponer no solamente de sus respectivos derecho de impugnación, sino también de los derechos de impugnación de quienes no participaron en la incorporación del convenio a los estatutos, situación que podría ser analizada, desde el punto de vista de los efectos del acuerdo

³⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M., *Los conflictos societarios y el arbitraje*, Facultad de Derecho. Universidad de Montevideo, núm. 4., a. II, 2003, p. 46. Consultado en: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Jimenez-de-Arechaga-Los-conflictos-societarios-y-el-arbitraje.pdf>>

⁴⁰ ARIZA COLMENAREJO, M. J., *op. cit.*, p. 18.

arbitral que parte de su inscripción en el Registro Mercantil, por ser una modificación realizada conforme lo previsto en el art. 262 CC de Nicaragua.

F) IMPUGNACIÓN POR VÍA ARBITRAL DE ACUERDOS DE FUSIÓN Y ESCISIÓN

Es perfectamente posible impugnar por la vía arbitral, no solamente los acuerdos de junta que aprueben operaciones de fusión y escisión, sino las propias modificaciones estructurales de las sociedades de capital, aunque se encuentren inscritas en el Registro Mercantil. El régimen sustantivo a considerar es el mismo sobre la impugnación de acuerdos sociales. Sin embargo, Ansón Peironcelly y Pérez Aguilera⁴¹ explican que la presencia de normas imperativas en temas de fusión y escisión, no implica que se traspasen los límites objetivos del arbitraje, sencillamente, al resolver este tipo de impugnación, por la cual, el árbitro debe aplicar esas normas que la regulan, como son en el caso nicaragüense los arts. 263 al 268 CC de Nicaragua⁴².

⁴¹ ANSÓN PEIRONCELY Y PÉREZ AGUILERA, L. M., *Impugnación judicial o arbitral de fusión y escisión*. Diario La Ley, 2016, p. 6. Consultado en: <<http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?>>>.

⁴² Los arts. 263 al 268 del CC de Nicaragua, se refieren a que la fusión procede del acuerdo de dos o más sociedades y que se publicará debidamente. La fusión surte efecto tres meses después de la publicación, excepto que conste de modo auténtico el pago de las deudas de cada una de las sociedades o que se ha consignado en el juzgado competente el importe de dichas deudas o que se tiene el consentimiento de los acreedores. El plazo anterior, tiene por objeto el derecho de oposición de cualquier acreedor, la cual si se presenta, suspenderá la realización de la fusión, hasta que se resuelva judicialmente. En caso contrario, si no hay oposición y transcurre el plazo, se tendrá por efectuada definitivamente la fusión, y la sociedad que se constituya asumirá todos los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas.

Continúan expresando Ansón Peironcely y Pérez Aguilera,⁴³ en la impugnación de operaciones de fusión o escisión, la legitimación activa se amplía incluso a cualquier tercero de buena fe y la legitimación pasiva se atribuye, en el caso de fusión a la sociedad resultante de la operación –absorbente o nueva sociedad-, y en el de escisión, a las sociedades beneficiadas, si se trata de una escisión total, y a las sociedades escindidas o segregadas, si se trata de una escisión parcial.

Por lo tanto, corresponderá a los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que le fueren antes de la adopción del acuerdo y a cualquier socio interponer la acción de impugnación de los acuerdos por fusión y escisión, independientemente con el porcentaje acciones que representen, con fundamento en el art. 261 CC de Nicaragua.

G) DISOLUCIÓN SOCIETARIA

En opinión acertada de Merino Merchán,⁴⁴ comentando la STS de España del 18 de abril de 1998, han entendido que la disolución de la sociedad no puede ser objeto de acuerdo arbitral, por afectar a la existencia de la propia sociedad. Hoy esta opinión ha sido supe-
rada precisamente por lo dispuesto en el art. 23, de la Ley No. 540, dando un nuevo enfoque a la disponibilidad arbitral, al señalar 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...*”. No obstante, como menciona Merino Merchán, que las causas de disolución son muy variadas y de diversos significados, pues en la sociedad anónima se presentan las siguientes hipótesis que pueden someterse a acuerdo arbitral:

- a) Unaposible discusión e indeterminación del término de vigencia

⁴³ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁴ MERINO MERCHÁN, J.F., “Configuración del arbitraje intrasocietario en la ley 11/2011”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29, enero de 2013, pp. 27-28.

de la sociedad. Cabe recordar que cumplido el termino de vigencia de la sociedad, no daría lugar a controversia alguna; en cambio, si no han podido prorrogar la sociedad antes del vencimiento, la disolución, podría ser objeto de discusión.

- b) La conclusión de la empresa que constituye el objeto societario o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social, puede pactarse como acuerdo arbitral. Sin embargo, la conclusión del objeto social no opera de manera automática, sino que precisa el acuerdo de la junta que constate la conclusión de la empresa. En este caso, el papel del árbitro es determinar si la junta se ha reunido con las exigencias legales. Respecto, a la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social, las posibilidades de someterse a arbitraje entre los socios son ilimitadas, por cuanto pueden surgir dudas entre los socios acerca del incumplimiento del fin social, aunque dicha inconformidad puede derivarse por parte de los administradores.
- c) La disolución como consecuencia de pérdida que dejan reducido el patrimonio a una cantidad inferior a más de dos terceras partes, si los socios no efectuasen nuevas aportaciones que mantengan por lo menos en un tercio el capital social (numeral 5, del art. 269 CC de Nicaragua). En este caso el arbitraje queda circunscrito a una cuestión de hecho o de carácter contable: Examen de los documentos proporcionados por los administradores para que con base a los mismos resuelva el árbitro la reducción del capital. Asimismo, el art. 271 CC de Nicaragua, expone otra situación que es cuando se pierde más de la mitad del capital social, al momento de suscribir contratos con los acreedores, éstos a su vez podrán pedir la disolución de la sociedad, pero es discutible si como son terceras personas en relaciones externas, entonces no entran en el ámbito de acción permisible en el acuerdo intrasocietario.
- d) La disolución por causas establecidas en los estatutos, puede ser objeto del pacto de arbitraje entre socios para dilucidar los conflictos entre ellos.

Dicho lo anterior, se puede concluir que la disolución de las sociedades mercantiles es materia disponible por las partes y si

existe convenio arbitral intrasocietario, no hay impedimento para que los árbitros conozcan esta materia, conforme al art. 23, de la Ley No. 540.

H) CONFLICTOS ENTRE ACCIONISTAS Y ADMINISTRADORES

Según Garrigues (1998), este tipo de conflicto se manifiesta cuando se presentan diferencias entre los accionistas representados por la asamblea general y la junta directiva. En esta situación se evidencia la oposición, entre el capital y la administración, en el tanto que los administradores procuran la conservación y prosperidad de la empresa, los accionistas tutelan los intereses que se dirigen a la satisfacción de sus propios beneficios que no necesariamente coincide con el interés de la sociedad.

Los conflictos entre socios y administrador o director, tanto para las sociedades capitalistas (art. 245 CC) como las sociedades personalistas (art. 169.1, 4, 5; 172 CC de Nicaragua), pueden ser:

- a) El interés social versus deber de lealtad de los administradores/directores. En principio, se refiere al deber de desempeñar el cargo en defensa del interés de la sociedad.
- b) Los administradores/directores de cualquier sociedad no podrán ejercer personalmente comercio o industria iguales a los de la sociedad.
- c) Conflictos por la inejecución del mandato de los administradores/directores y por la violación de las leyes y estatutos.
- d) Realización de operaciones de índole diferentes a su objeto o fin, considerándose los actos contrarios al objeto social y violación expresa del mandato.
- e) Cuando los administradores/directores negocian por cuenta propia, directa o indirectamente con la sociedad cuya gestión les está confiada.
- f) Deber de comunicación de un conflicto de interés. Es decir, se

refiere a situaciones en las que entran en colisión el interés de la sociedad y los intereses personales, directos e indirectos de los administradores de la sociedad o del consejo de administración.

- g) Extraer del fondo común dinero o bienes de la sociedad.

I) CONFLICTO ENTRE DIVERSOS GRUPOS DE ACCIONISTAS

Según Garrigues, J⁴⁵ estos grupos emanan de aquellos accionistas que tienen interés en participar de modo permanente en la empresa y su desarrollo, y los que buscan colocar su dinero en acciones como una forma de especulación a la espera de una fluctuación favorable.

Los conflictos que pueden surgir a lo interno de la sociedad son amplios, por ejemplo:

- a) La nulidad de acuerdos de asamblea.
- b) La interpretación de cláusulas del pacto social.
- c) La valoración de aportes no dinerarios.
- d) La responsabilidad de los administradores.
- e) La adjudicación de cuotas en liquidación, entre otras.

J) LA ACCIÓN CIVIL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES O LOS DIRECTORES

Este tema es uno de los más discutidos en el derecho societario, y uno de los que ha planteado más dudas, puesto que todo lo concerniente a la responsabilidad afecta el orden público; en consecuen-

⁴⁵ Cfr. GARRIGUES, J., *Nuevos hechos, nuevos derechos de las sociedades anónimas*, Madrid, Civitas, 1998.

cia, los estatutos no pueden exonerar de responsabilidad que la ley impone a los administradores.

Por su parte, el art. 245, del CC de Nicaragua, sienta el principio general en esta materia, por lo que los administradores o directores responden solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios, resultantes directa o indirectamente de la violación de la ley y los estatutos, y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave. En ese mismo sentido, los arts. 140, 141, 151, 155, 158, 162 del CC de Nicaragua, sobre las sociedades personalistas señalan que los administradores responden por el buen desempeño de sus funciones, por los documentos suscritos de forma indebida de la razón social, por la rendición de cuenta de la información sobre la gestión social, por negligencia en la gestión social, por la ejecución de actos o contrarios no aprobados por el resto de socios⁴⁶.

El ejercicio de esta acción social de responsabilidad, será ejercida por la sociedad, previa resolución de la junta general de accionistas o de la asamblea de socios que podrá considerarla. La resolución puede aparejar la remoción del administrador o de los directores afectados, debiendo la misma asamblea designar un sustituto. La nueva junta de directores o en su caso los administradores serán los encargados de promover la demanda.⁴⁷

La escritura de constitución y/o estatutos de la sociedad, podrán incorporar que este tipo de conflicto societario se resuelva por arbitraje, conforme a lo previsto en el arts. 21 y 23, de la Ley

⁴⁶ El art. 1861 del C de Nicaragua, dispone que “...la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones y que la renuncia de la acción para hacerla efectiva, es nula...”

⁴⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, M., *Los conflictos societarios y el arbitraje*, Facultad de Derecho. Universidad de Montevideo, núm. 4., a. II, 2003, pp. 47-48. Consultado en: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Jimenez-de-Arechaga-Los-conflictos-societarios-y-el-arbitraje.pdf>>

No. 540. En consecuencia, la acción de responsabilidad de los directores no escapa de esta regla, y el arbitraje en este caso no alcanza a las normas de orden público, sino el cauce procesal para aplicarlas.

IV. EFECTOS DEL LAUDO QUE RESUELVE SITUACIONES EN EL ÁMBITO INTRASOCIETARIO

El laudo es una decisión pronunciada por los árbitros, por la cual, se resuelve el fondo del asunto o sometidos a consideración de los árbitros. Por su contenido formal y material, corresponde a una verdadera sentencia, por lo que su alcance y sus efectos son idénticos.⁴⁸ Asimismo, se puede afirmar, que siendo que el laudo tiene *eficacia jurídica*, en Nicaragua podemos aplicarle una *equivalencia jurisdiccional*, puesto que además de ser contractual, tiene efectos jurisdiccionales; es decir, las partes basadas en la autonomía de la voluntad, renuncian a la jurisdicción del Estado por la del árbitro, pero solamente para el proceso, porque para la ejecución del laudo, es necesario la competencia de los jueces.

Por lo tanto, el laudo arbitral es una sentencia, y produce los mismos efectos a la cosa juzgada⁴⁹, solamente cabe el recurso de nulidad y en su caso revisión, conforme lo dispone el art. 61 de la Ley No. 540. Siendo el laudo susceptible de ejecución del mismo modo que las sentencias judiciales, según lo dispuesto en el art. 62, de la Ley No. 540.

En el caso de laudos arbitrales que declaren la nulidad de acuerdos sociales inscribibles, se deberá inscribir en el Registro Mercantil para dar la publicidad, en concordancia con lo dis-

⁴⁸ ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La regulación del arbitraje estatutario*. Profesora Titular de Derecho Procesal, Universidad Autónoma de Madrid, 2012, p. 12.

⁴⁹ El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él no cabe recurso alguno, sino solamente la acción de nulidad. El laudo es un título ejecutivo asimilable a una sentencia (Ansón Peironcely y Pérez Aguilera, 2016, p. 15).

puesto en el art. 156, de la Ley No. 698. En este caso, el laudo determinará además, la cancelación de su inscripción, así como los asientos posteriores, que resulten contradictorio con ella. Si el laudo guarda silencio y no existe pronunciamiento expreso sobre la cancelación de los asientos afectados por el laudo, caben las opciones siguientes:

- a) Según el art. 60, de la Ley No. 540, la parte interesada podrá solicitar aclaraciones al árbitro o árbitros, para que complete o aclare la omisión.
- b) En caso contrario, de que la parte interesada no solicite lo anterior, entonces el Registrador Mercantil deberá cancelar los asientos que declaró el laudo como nulos y los que resulten contradictorios (Merino Merchán, 2013, pp.31-32 y Cremades, 2001, p. 10; Ariza Colmenarejo, 2012, p. 13). Recuérdese que la función del Registrador es la de examinar la legalidad formal del documento, sin entrar al contenido del laudo que le está vedado. A los efectos registrales, el laudo, no tiene menos valor que las sentencias judiciales, por ello debe ser acatado por el Registrador. Por otro lado, cuando se trate de arbitraje internacional, ello no supone otra cosa que la aplicación estricta del art. 3, del Convenio de Nueva York “...Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada...”

V. ARBITRAJE INTRASOCIETARIO ¿EQUIDAD O DE DERECHO?

Existen diversos criterios si en este tipo de arbitraje, cabe uno de equidad o de derecho. La opción, entre uno y el otro, parte de aquellos que se someten a esta decisión que suelen llevar consecuencias, tanto en la designación del tipo de árbitros como en otros elementos que afectan el laudo. La aplicabilidad de un tipo

u otro, está directamente relacionada con la pretensión que se ejercita ante el tribunal arbitral. Ariza Colmenarejo⁵⁰, Rodríguez Roblero⁵¹ y Perales Viscasillas⁵² opinan que esta materia es esencialmente normativa, sin que el criterio de equidad deje mucho margen de decisión. Ya la jurisprudencia española vino apuntando qué materias de derecho necesario, estarían vedadas al arbitraje de equidad, aunque en general se ha afirmado, que concurriendo el requisito de arbitrabilidad, no pueden existir materias que pueden ser resueltas por arbitraje de derecho y no de equidad. La misión de los árbitros es resolver en estos casos, según su leal saber y entender, atenuando el rigor que pone el derecho.

El arbitraje de equidad no puede subvertir el orden establecido en el sistema jurídico societario. Si bien, el árbitro habrá de aplicar las reglas del derecho, ello no impide que utilice la equidad para confrontar el resultado obtenido bajo la aplicación del derecho, en el entendido que la equidad no autoriza al árbitro a violentar las normas imperativas o de orden público; normas que a los que el árbitro está sometido, aunque el arbitraje sea de equidad.⁵³

En el inciso d), art. 24 de la Ley No. 540, cuando el arbitraje se desarrolla conforme a derecho, los árbitros decidirán y llevarán a cabo el procedimiento aplicando estrictamente las normas sobre la controversia. En este caso, el árbitro deberá ser un abogado (art. 30, Ley No. 540); salvo acuerdo en contrario, el arbitraje podrá ser de equidad “*ex aequo et bono*”, y el tribunal podrá estar integrado por profesionales expertos en la materia objeto del arbitraje, conforme el inciso e), de los arts. 24 y 30, de la Ley No. 540.

⁵⁰ ARIZA COLMENAREJO, M. J., *op. cit.*, p. 12.

⁵¹ RODRÍGUEZ ROBLERO, M.I., *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, 2010, pp. 87-94..

⁵² PERALES VISCASILLAS, M., “La reforma de la Ley de Arbitraje y el arbitraje societario. Catedrático de Derecho Mercantil”, *Derecho de los Negocios*, Universidad de La Rioja, núm. 243, Sección Temas de hoy, Editorial Wolters Kluwer, diciembre de 2010, p. 4.

⁵³ *Idem*.

VI. ARBITRAJE INTRASOCIETARIO -INSTITUCIONAL O AD HOC-

En principio cuando, se hace uso del arbitraje en caso de conflictos societarios, la Ley No. 540, no establece ninguna limitación respecto al ámbito material, los sujetos que pueden acudir a cualquiera de los mecanismos señalados, ya sea arbitraje institucional o *ad hoc*. Como regla general corresponde señalarlo en el propio contrato de la sociedad y en los estatutos, lo que determinan a *priori* cuál es el tipo de arbitraje, en este caso, las partes se ponen de acuerdo sobre la designación de los árbitros y el procedimiento a seguir. Por su parte, Ariza Colmenarejo⁵⁴ señala que una práctica usual y es utilidad acudir en todo caso a un arbitraje institucional, ya que configurar un arbitraje personalizado en cada momento, no solamente demora la tramitación, si no que puede originar a su vez conflictos derivados del procedimiento.

VII. MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE INTRASOCIETARIO

Los árbitros están legitimados para adoptar medidas cautelares en sus decisiones procesales; sin embargo, cabe recordar que los árbitros carecen de *imperium* judicial para decidir e imponer sus decisiones; en ese sentido, las partes que solicitan medidas cautelares deberán tomar una decisión; ya sea, la de acudir a la vía de cooperación judicial o la de solicitar la adopción de las medidas ante los propios árbitros, de acuerdo a sus intereses.⁵⁵ Asimismo, comenta Ariza Colmenarejo⁵⁶ que la relación entre el arbitraje y la jurisdicción ha sido necesaria, por cuanto la ausencia de la jurisdic-

⁵⁴ ARIZA COLMENAREJO, M. J., *op. cit.*, p. 14.

⁵⁵ CREMADES, B., *El arbitraje societario*, Editorial La Ley. 2001, p. 4. Consultado en: <<http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=>>>.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 15.

cionalidad del tribunal arbitral, que requiere el complemento de los tribunales en materia cautelares y de ejecución.

Los arts. 29 y 43, de la Ley No. 540, disponen que las partes podrán con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante transcurso, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales. El tribunal arbitral podrá solicitar de cualquiera de las partes una garantía apropiada en relación con esas medidas. Las autoridades o dependencias públicas así como los particulares a quienes el tribunal arbitral le solicite realizar algún tipo de acto o tomar algún tipo de medida para materializar la medida provisional cautelar, cumplirán con lo solicitado hasta tanto no reciban petición en contrario de dicho tribunal arbitral o una orden de un tribunal de la justicia ordinaria que disponga otra cosa.

En materia de impugnación de los acuerdos sociales, Cremades se cuestiona cuál ha de ser el título formal típico que permita la entrada en el Registro Mercantil. Sin duda el mandamiento judicial, podrá ordenar la anotación de la demanda arbitral o suspensión de ejecución de acuerdo o cuántas medidas cautelares consideren oportuna. Por el contrario, quien solicite del tribunal arbitral medida cautelares tendrá que tener muy en cuenta el hecho de que la decisión arbitral en materia cautelar deba superar la calificación formal del Registrador Mercantil.

VIII. RECOMENDACIONES PARA REDACTAR UNA CLÁUSULA ARBITRAL INTRASOCIETARIA

La cláusula arbitral depende de los intereses de los socios, ya sea en el momento fundacional o posterior. Existen modelos que podrían ser tomados como referencia, pero como se dijo anteriormente, dependerá de cada contexto legal y el sistema que se adopte; en el Derecho nicaragüense, tenemos que tomar en cuenta los elementos indicados en la Ley No. 540, que tiene como origen y referencia la Ley Modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial internacional. En cualquier caso, se sugiere una cláusula amplia

en cuanto a los tipos de conflictos societarios que podrían ser resueltos.

Esta cláusula de arbitraje intrasocietario al menos debe indicar lo siguiente: Conflictos entre socios; conflicto de socios con los órganos societarios; las acciones de responsabilidad por los actos derivados de los administradores; nulidad de sociedad, interpretación del contrato, separación y exclusión de los socios. Considerar si el arbitraje es de derecho o de equidad; sin embargo, como se ha sugerido, habrán temas normativos de orden público y los árbitros tendrán cuidado al aplicarlas. Por otra parte, se debe decidir sobre si el arbitraje es administrado o *ad hoc*, en este último las partes definen las reglas de procedimiento, los árbitros y cualquier otro aspecto, bajo la cual será realizado el arbitraje.

IX. CONCLUSIONES

El acuerdo de arbitraje societario es el mismo acuerdo intrasocietario, para resolver conflictos que puedan surgir entre socios, entre socios y la sociedad, entre los órganos sociales o entre los órganos sociales y la sociedad, respecto a las relaciones internas de carácter contractual o no contractual y podrá incorporarse como cláusula arbitral en la escritura de constitución para las sociedades personalistas y en los estatutos para las sociedades capitalistas.

El acuerdo arbitral produce efectos desde dos puntos de vistas, primero desde el ámbito subjetivo, que incluye a los socios y a aquellos que no los son, tal es el caso de los socios fundadores, futuros socios, los socios disidentes, socios excluidos de su derecho de voto, administradores de la sociedad, liquidadores, titulares de derechos reales, cuando tengan atribuidas los derechos políticos. Segundo, desde el punto de vista objetivo, atribuible a la controversia o conflictos que sean libremente disponible entre las partes.

La aplicabilidad del arbitraje en materia societaria recae, como lo señala el primer párrafo del art. 23, de la Ley No. 540; en la libre disposición conforme a derecho; razón por la cual, en materia

societaria, las cuestiones controvertidas, pueden suscitarse entre socios, los herederos de estos, la administración, el directorio, los vigilantes, la misma sociedad, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público y que no sea contraria a los principios configuradores de la sociedad.

El Código de Comercio de Nicaragua, establece cuatro casos de obligatoriedad del arbitraje societario, entre los cuales se encuentran: la disolución y liquidación de las sociedades colectivas, las cuestiones sobre cuentas del socio gerente o liquidador, el socio industrial, cuando no se estima el valor o designación de cuota que tiene derecho a percibir, toda cuestión social que surja entre socios, su liquidación o participación, así como los conflictos en la sociedad de hecho. Estas cuestiones excluyen la competencia de los tribunales ordinarios y abren paso a que se conozca por vía de un proceso arbitral. Sin embargo, la Ley No. 540, caracteriza el arbitraje como un método de resolución de conflicto de carácter voluntario, constituyendo un sistema moderno que recoge los principios de la Ley Modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial internacional y al mismo tiempo supera las antiguas concepciones del arbitraje, fijando como fuente principal de todo arbitraje la autonomía de la voluntad. En consecuencia, nos encontramos ante un sistema dualista del arbitraje, siendo un sistema obsoleto de nuestro Derecho patrio.

Tanto el Código de Comercio, como la Ley No. 540, no establecen todas las controversias que se pueden arbitrar en materia societaria, pero se puede afirmar que es posible señalar que se trate de toda cuestión que se origina a raíz del acta de constitución, pudiendo incluir con base a la autonomía privada de los socios un abanico de opciones. Se puede advertir que todas las normas sociales que aluden al arbitraje para referirse al objeto del litigio, ha de entenderse en términos amplio en lo relativo a su aspecto conflictual. Por lo tanto, se recomienda una cláusula amplia, porque la redacción de una cláusula estrecha, puede derivar en problemas al no incluir aquellas materias controversiales que pudieran ser objeto de arbitraje.

El sistema nicaragüense no establece un límite de relaciones que se pueden someter a arbitraje societario, sin embargo los límites surgen de la propia naturaleza de la materia y de la extensión de la cláusula arbitral, siempre que se considere el respeto a las normas imperativas que rodea cada materia. Es recurrente someter a arbitraje el incumplimiento del contrato de sociedad, nulidad de la sociedad, valoración de las aportaciones sociales o de acciones o de participaciones, interpretación de los contratos, separación y exclusión de los socios, liquidación de las participaciones de los socios, disolución y liquidación de la sociedad, terminación anticipada de la sociedad, indemnización de perjuicios, interpretación del aporte de los socios, relación de aportes, pago de dividendos pasivos, restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones, responsabilidad y retribución de los administradores. Asimismo, el arbitraje en materia de nulidad de junta general, de impugnación de acuerdos sociales, de actos del directorio o balance.

El laudo que se emita en las cuestiones relacionadas con la sociedad y que es materia objeto de arbitraje, cuando trae como consecuencia la nulidad de la escritura de constitución, nulidad y anulabilidad de los acuerdos de junta, y éstos son objeto de inscripción, según la Ley No. 698 y su reglamento, entonces deberán inscribirse en el Registro Mercantil.

Para el arbitraje intrasocietario se recomienda el arbitraje de derecho, porque esta materia es esencialmente normativa, sin que el criterio de equidad deje mucho margen de decisión. Por cuanto la misión de los árbitros es resolver en estos casos, según su leal, saber y entender, atenuando el rigor que pone el derecho. Sin embargo, cuando los socios decidan un arbitraje de equidad, por autonomía privada, ello no impide que los árbitros utilicen la equidad para confrontar el resultado obtenido bajo la aplicación del derecho; es decir, que la equidad no autoriza que los árbitros violenten las normas imperativas o de orden público.

Los árbitros están facultados conforme la Ley No. 540, a adoptar medidas cautelares, y pueden pedir cooperación judicial,

porque carecen de potestades jurisdiccionales, por lo que requiere el complemento en esta materia.