



LA RELACIÓN ENTRE EL ARBITRAJE ESTATUTARIO Y EL CONSENTIMIENTO

Autores:
José Tam Pérez
Gonzalo Chirinos Vidaurrazaga

Recibido: 24/7/2021
Aceptado: 10/8/2021

LA RELACIÓN ENTRE EL ARBITRAJE ESTATUTARIO Y EL CONSENTIMIENTO

THE RELATIONSHIP BETWEEN BY-LAW ARBITRATION AND CONSENT

José Tam Pérez¹
Gonzalo Chirinos Vidaurrazaga²

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El consentimiento y su relación con el arbitraje.
- III. La regulación del arbitraje estatutario en el Perú.
- IV. El anteproyecto de reforma de la LGS y los cambios introducidos en materia de arbitraje estatutario.
- V. Reflexión final.

Resumen

Con ocasión de la publicación del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, los autores abordan los principales desafíos procesales que la implementación de esta nueva regulación traerá consigo para el arbitraje estatutario en el Perú.

Para tal efecto, se analizará el rol del consentimiento en el arbitraje y la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. Posteriormente, se discutirán los alcances del arbitraje estatutario, así como las partes llamadas a intervenir en una disputa de este tipo. Estos elementos servirán de insumos teóricos para comentar el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades y los cambios que introduce al respecto.

Palabras clave: *arbitraje estatutario; Ley General de Sociedades; consentimiento; convenio arbitral; partes.*

¹ Abogado por la Universidad de Lima. Estudios de Doctorado en Derecho Procesal en la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Litigios y Arbitraje. Socio a cargo de las áreas de Litigios, Arbitraje e Inversiones Asiáticas del Estudio Rodrigo, Elías y Medrano. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Actualmente preside la Cámara de Comercio Peruano China.
Correo electrónico: jtam@estudiorodrigo.com

² Abogado por la Universidad de Lima. Máster en Arbitraje Transnacional y Solución de Disputas por Sciences Po, Paris. Especialista en Litigios y Arbitraje. Asociado senior del área de Litigios y Arbitraje del Estudio Rodrigo, Elías y Medrano. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
Correo electrónico: gchirinos@estudiorodrigo.com

Abstract

Following the publication of the new General Companies Law, the authors address the main procedural challenges its implementation will impose on by-law arbitration in Peru.

To this end, the authors analyze the role of consent in arbitration, and the extension of the arbitration agreement to non-signatory parties. Subsequently, the scope of by-law arbitration will be discussed in depth, as well as the parties called to intervene in this kind of disputes. These elements will serve as theoretical inputs to comment on the project of the new General Companies Law and the changes it introduces in this regard.

Key words: *by-law arbitration; Companies Law; consent; arbitration clause; parties.*

I. INTRODUCCIÓN.

Las sociedades son una herramienta que el derecho ofrece a los empresarios para ordenar y desarrollar su actividad económica. De acuerdo al recordado profesor Julio Salas Sánchez, son el medio por el cual los individuos persiguen dos fines: el desarrollo de un negocio común y la distribución de las ganancias³. Son un vehículo para la realización de la actividad empresarial⁴. Para lograr tal fin, los socios segregarán parte de su patrimonio y lo destinarán a una actividad económica específica. Esto impide que los activos aportados puedan ser tomados por los acreedores de los socios. En otras palabras, la responsabilidad se queda en la sociedad⁵.

Como cualquier actividad humana, las sociedades se organizan en torno a ciertas normas adoptadas al momento de su constitución. Estas reglas se encuentran recogidas en el estatuto. La Ley General de Sociedades ("LGS") establece una serie de elementos que obligatoriamente deberán ser regulados en el estatuto, como es el caso de la denominación, el objeto social, el domicilio, entre otras cuestiones⁶. Un aspecto que no necesariamente debe ser regulado en el estatuto de una sociedad, pero de vital importancia para la resolución de conflictos intrasocietarios, es el convenio arbitral estatutario. Pese a la relevancia de esta figura en el campo societario, ni la literatura ni la legislación le han brindado el papel que merece.

El presente artículo pretende abordar el arbitraje estatutario desde la perspectiva del litigio, con la finalidad de compatibilizar las ventajas de esta figura societaria con las características del arbitraje como sistema de resolución de disputas. Para tal efecto, brindaremos algunas notas sobre la relación entre el consentimiento y el arbitraje; así como los sujetos llamados a ser parte de un proceso arbitral. Posteriormente, señalaremos algunos alcances respecto a la regulación vigente del arbitraje estatutario

³ Salas Sánchez, Julio. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. 1era. ed. (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019), 17.

⁴ Payet, José Antonio. "Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de las Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías". *THEMIS - Revista de Derecho* 46 (2003): 77-103.

⁵ Hundskopf Exebio, Oswaldo, José Antonio Payet Puccio, Alfonso Montoya Stahl y Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón. "Mesa Redonda: Reforma de la Ley General de Sociedades en el Perú". *THEMIS - Revista de Derecho* 72 (2017): 237-257.

⁶ Dichos elementos se encuentran previstos en el artículo 55° de la LGS.

y los alcances subjetivos del convenio arbitral estatutario. Finalmente, comentaremos el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, debido a que parece repetir la misma lógica de la LGS actual, dejando algunas preguntas irresueltas en lo referido al consentimiento.

II. EL CONSENTIMIENTO Y SU RELACIÓN CON EL ARBITRAJE.

Tradicionalmente se ha dicho que la piedra angular del arbitraje comercial, es el consentimiento⁷. Como señala Born, “*unless the parties have agreed to arbitrate, there is no obligation to arbitrate and there can be no valid arbitral determination of their rights*”⁸. Este acuerdo para recurrir al arbitraje, se plasma de manera concreta en el convenio arbitral. A través de este último, las partes renuncian a la posibilidad de recurrir a la jurisdicción estatal para dirimir sus controversias patrimoniales. En su lugar, se obligan a resolver cualquier incertidumbre o controversia jurídica que surja en el devenir de su relación contractual ante un árbitro o tribunal arbitral⁹.

La Ley de Arbitraje peruana –inspirada principalmente por la versión del año 2006 de la Ley Modelo UNCITRAL¹⁰– reconoce en su artículo 13° el origen convencional del convenio arbitral. Este asunto no es discutido por la doctrina¹¹ o la jurisprudencia¹². El arbitraje nace de un acuerdo de voluntades¹³ y, como tal, debe ser respetado, tanto en sus aspectos objetivos (materias sometidas a arbitraje) como en los subjetivos (quiénes serán parte del arbitraje).

Sobre la extensión subjetiva del convenio arbitral (*ratione personae*), Santistevan de Noriega comenta que si bien –en principio– este tiene únicamente efectos entre las partes que lo suscribieron (principio *res inter alios acta*), la práctica arbitral admite excepciones¹⁴. Nos referimos concretamente a la extensión del convenio arbitral a partes

⁷ Jourdain-Fortier, Clotilde. “Chapter 2: Access to Justice and Arbitration: Is Consent to Arbitrate Still at Stake?”. En *Access to Justice in Arbitration: Concept, Context and Practice*, ed. por Leonardo V.P. de Oliveira y Sara Hourani. (Kluwer Law International, 2020), 37.

⁸ Born, Gary. “Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration”. En *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. (Kluwer Law International, 2020), 97. (“A menos que las partes hayan acordado arbitrar, no hay obligación de arbitrar y no puede haber u fallo arbitral válido sobre los derechos de las partes”) (Traducción libre).

⁹ Santistevan de Noriega, Jorge. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”. *Revista Peruana de Arbitraje* 8 (2009), 17-49.

¹⁰ Bullard Gonzáles, Alfredo, y Carlos Soto Coaguila. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I* (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA, 2011), XIX.

¹¹ Sobre el particular, véase Barchi Velaochaga, Luciano. “El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071”. *Ius et Praxis* 44 (2013), 81-124

¹² En la sentencia recaída en el Expediente N° 06167-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente: “Conforme lo señala el artículo 9° de la Ley General de Arbitraje, N.° 26572, el convenio arbitral es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral (Fundamento jurídico 15)”.

¹³ Cantuarias Salaverry, Fernando, y Roque J. Caivano. “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un Nuevo Salto a la Modernidad”. *Revista Peruana de Arbitraje* 7 (2008), 43-84.

¹⁴ Santistevan de Noriega, Jorge. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje”. *Revista Peruana de Arbitraje* 8 (2009), 17-49.

no signatarias. En el caso peruano, a nivel legislativo¹⁵, se ha consagrado la posibilidad de extender el convenio arbitral a partes que no hayan suscrito formalmente el acuerdo, siempre y cuando se pueda presumir que han brindado auténticamente su consentimiento a arbitrar, a partir del principio de la buena fe¹⁶¹⁷.

Antes de culminar esta sección, queremos ser sumamente claros en el siguiente aspecto: los terceros no están llamados a participar del proceso arbitral. A diferencia de la regulación procesal, la Ley de Arbitraje no distingue entre partes y terceros. Como explica Bullard, “[a] quien se trae al arbitraje y se hace extensivo los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una parte no signataria”¹⁸. Esto es así en la medida que –como hemos visto– el convenio arbitral tiene un carácter convencional y; por tanto, únicamente se extiende a quienes lo suscribieron o a aquellos que, por medio de conductas u omisiones, hayan brindado implícitamente su consentimiento a arbitrar¹⁹. En consecuencia, a un tercero no se le extenderán los efectos de un convenio arbitral ni mucho menos podrá participar en el proceso arbitral que se origine con ocasión de este. Desde nuestra perspectiva, esta misma reflexión es aplicable al arbitraje estatutario.

III. LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE ESTATUTARIO EN EL PERÚ.

El arbitraje estatutario es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos intrasocietarios²⁰. A través de esta institución, el legislador concibió la posibilidad de incluir un convenio arbitral en el pacto social o el estatuto en virtud del cual los socios o personas vinculadas resuelvan sus controversias en el fuero arbitral. Como contrapartida, en caso así lo pactasen, dichas personas se verían impedidas de acudir al Poder Judicial para solucionar los conflictos sometidos a tal convenio²¹.

¹⁵ La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias ha sido recogida en el artículo 14° de la Ley General de Arbitraje, en los siguientes términos: “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.”

¹⁶ Bullard Gonzáles, Alfredo. “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana”. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* 2 (2012), 21-44.

¹⁷ Para un estudio más detallado sobre la interpretación esbozada por los tribunales arbitrales internacionales respecto a la incorporación de partes no signatarias al proceso arbitral, véase Alvarado Giraldo, Jorge Luis, y Julio Olórtegui Huamán. “El consentimiento implícito desde la jurisprudencia arbitral: Comentarios a la primera sección del artículo 14 de la Ley de Arbitraje y algunas consideraciones vinculadas”. *Themis – Revista de Derecho* 77 (2020), 161-177.

¹⁸ Bullard Gonzáles, Alfredo. “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana”. *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* 2 (2012), 21-44.

¹⁹ Ya sea porque hubieran participado activamente en la celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado, o porque pretendan invocar derechos o beneficios derivados del mismo.

²⁰ Sin embargo, es un mecanismo de resolución de conflictos bastante particular. Como señala Hundskopf, el convenio arbitral estatutario es una figura de excepción, ya que no es posible identificar desde un inicio a las partes ni el contenido de una potencial controversia que surja al interior de la sociedad. Para mayor detalle, consúltese a Oswaldo Hundskopf Exebio, “Sexta.- Arbitraje estatutario”, en *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo II*, coordinadores Alfredo Bullard Gonzáles y Carlos Soto Coaguila (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA, 2011), 84-85.

²¹ Elías Laroza, Enrique. *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. (Lima: Editora Normas Legales, 1999), 128.

En el Perú, son dos las normas que regulan este tipo de arbitraje: la LGS²² y la Ley General de Arbitraje²³. Ambas normas prescriben, por un lado, que el convenio arbitral estatutario alcanza a los socios, accionistas, directores, administradores, representantes y funcionarios de la sociedad (*ratione personae*). Por otro lado, el convenio abarca las controversias que surjan entre la sociedad y sus miembros, entre ellos mismos, así como las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos adoptados al interior de la sociedad (*ratione materiae*).

Como podrán advertir rápidamente nuestros lectores, la normativa peruana establece una regulación especial para las partes que forman parte del convenio arbitral estatutario. Pero, ¿caso estas disposiciones son armónicas con la noción del consentimiento? La mejor manera de responder dicha interrogante es analizar estas provisiones, respecto de las características de las personas a las que afecta. Para tal efecto, primero nos referiremos a los accionistas, luego a los órganos societarios (directores y gerencia) y, finalmente, al resto de miembros de la sociedad (representantes y otros funcionarios).

Respecto de los socios, la primera impresión que uno obtiene al leer ambas disposiciones es que el acuerdo no solamente alcanza a los socios y accionistas primigenios de la sociedad, sino a toda aquella persona que se incorpore o retire posteriormente de la misma. Esto se justifica en la *affectio societatis* común de todos los socios primigenios que tomaron aquella decisión. Los demás, quienes entran después a la sociedad, se deberán ajustar a las reglas de juego ya fijadas²⁴.

De hecho, como indica Amico Anaya, “la adquisición de la calidad de socio implica el nacimiento de un conjunto de derechos y obligaciones que, por emanar de la adhesión

²² **Ley 26887, Ley General de Sociedades**

Artículo 48.- Arbitraje

Los socios o accionistas pueden en el pacto o en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley.

El convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes 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 de accionistas o socios.

El pacto o estatuto social puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia.

²³ **Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje**

Sexta Disposición Complementaria.- Arbitraje estatutario

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.

²⁴ Esto es así en la medida que, como relata Malarriga, “[e]l contrato de sociedad subsiste como tal durante toda la vida de la sociedad. No es un acto jurídico que se agote con el intercambio de prestaciones, como la compraventa; por el contrario, es el permanente y necesario respaldo del sujeto por él creado [...]”. Véase en Montoya Stahl, Alfonso, “«Uno es compañía...». La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú”, *Ius et Veritas* 40 (2010): 172-195.

a un contrato instrumental de ejecución continuada, *subsisten en el tiempo*²⁵. En este caso, la adopción de un convenio arbitral en el pacto social o el estatuto es una obligación que subsiste en el tiempo para todos aquellos que formaron o formarán parte de la sociedad en un futuro.

Hasta este punto, no hay mayor tensión entre el arbitraje estatutario y el consentimiento. Ya sea porque los accionistas acordaron dicha regulación en el contrato de la sociedad (al constituirla), o porque brindaron su consentimiento de manera posterior al incorporarse a esta, los dos requisitos esenciales de todo convenio arbitral siguen en pie: (i) el compromiso inequívoco de que las partes desean arbitrar sus controversias; y, (ii) la determinación de la relación jurídica respecto de la cual se acudirá a arbitraje en caso se presente un conflicto entre las partes²⁶.

Pero, ¿qué pasa cuando los socios no incorporan el pacto del arbitraje estatutario al momento de constituir la sociedad? Aquí surge una situación interesante, que puede poner en entredicho el valor del consentimiento. Si una sociedad es constituida sin que su estatuto prevea el arbitraje estatutario, naturalmente sus conflictos se solucionarán ante la jurisdicción ordinaria: el Poder Judicial²⁷. Sin embargo, como los lectores saben, la Junta General de Accionistas de una sociedad puede modificar el estatuto. Para la modificación de un estatuto la LGS ha fijado reglas de quórum y mayorías especiales²⁸.

¿Qué ocurre si los socios modifican el estatuto incorporando al arbitraje estatutario como forma de solucionar los conflictos sociales? Por imperio de la LGS, a diferencia de la *affectio societatis* original, ahora ya no será necesario que todos estén de acuerdo. Podrán existir socios que, a pesar de estar en contra, se vean obligados a recurrir al arbitraje. ¿Dónde quedó el consentimiento? Esto es particularmente problemático si se tiene en cuenta que, frente a otras situaciones que ocasionan cambios estructurales en la sociedad, en desmedro de un grupo reducido de accionistas, la Ley prevé mecanismos de protección a su favor.

Según la LGS, hay acuerdos societarios que son considerados de tal relevancia que permiten que los accionistas se aparten de la sociedad, en caso dichas decisiones sean adoptadas y ellos no presten su consentimiento²⁹. Casos como el cambio del objeto

²⁵ Mateo Amico Anaya. "Derechos y obligaciones del accionista", en *Tratado de Derecho Mercantil* (Lima: Gaceta Jurídica, 2003), 468.

²⁶ Cantuarias Salaverry, Fernando. "El convenio arbitral en la nueva ley general de Arbitraje, ley 26572". *Derecho PUCP* 49 (1995): 237-261.

²⁷ **Constitución Política del Perú**

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

²⁸ El artículo 126° de la LGS establece que la modificación del estatuto requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto. En segunda convocatoria basta la concurrencia de tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto. El artículo 127° de este cuerpo normativo prevé que el acuerdo se adoptará con un número de acciones que represente, cuando menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto.

²⁹ De acuerdo con Ackerman, el derecho de separación del accionista es un derecho que le asiste principalmente a las minorías. De este modo, "ante la adopción de determinados acuerdos especialmente relevantes por parte de la mayoría, se les concede el derecho de retirarse o separarse de la sociedad, liquidando su inversión". A

social y la creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones³⁰, permiten a los accionistas (generalmente, minoritarios) el ejercicio de este derecho. No sabemos si fue una opción legislativa o simplemente un vacío legal, pero la adopción del arbitraje estatutario de manera sobrevenida a la constitución de la sociedad no se encuentra comprendida como una situación que permita la separación de un socio. La experiencia comparada nos demuestra que ello ha sido objeto de debate y ha ameritado modificaciones legislativas recientes que incorporan este supuesto dentro de las causales que habilitan el derecho de separación³¹.

Continuemos con nuestro análisis. Como se adelantó, según la legislación vigente, los socios y accionistas no son las únicas partes llamadas a recurrir a arbitraje. En efecto, los directores, administradores, representantes y funcionarios de la sociedad también se encuentran obligados a ello. Así, el convenio arbitral estatutario alcanza tanto a los órganos societarios –los directores y la gerencia–, como al resto de miembros de la sociedad. Es posición de los autores de este documento que la extensión del convenio arbitral estatutario a los directores y el gerente general resulta razonable. Junto a la Junta General de Accionistas, los miembros del directorio y el gerente general forman parte los órganos de gobierno de una sociedad³². Sin ellos, la sociedad no podría realizar transacción comercial alguna ni mucho menos alcanzar su objeto social. Si esto es así, al momento que estos se incorporan a la sociedad, brindan implícitamente su consentimiento al convenio arbitral, debido a la relevante posición que asumirán dentro de los órganos sociales de la compañía³³.

Esto nos deja con el tercer grupo. Los administradores, gerentes (distintos del gerente general) y representantes de la sociedad. ¿Cómo y de qué manera prestaron su consentimiento para someter sus disputas a arbitraje? ¿Se puede asumir, siquiera que estuvieron en una situación razonable para representarse dicho consentimiento implícito. Este es un caso claro de opción legislativa. Al momento de redactar el sistema legal vigente para el arbitraje estatutario, el legislador decidió dejar el consentimiento de lado. La experiencia práctica nos enseña que, razonablemente, ninguna de las personas

mayor abundamiento, véase Daniel Abramovich Ackerman, “El derecho de separación del accionista: una regulación insuficiente”, *Ius et Veritas* 34 (2007): 169-170.

³⁰ El derecho de separación es excepcional. Por dicho motivo, las causales para gatillar la separación de un accionista de la sociedad son taxativas y se encuentran previstas en el artículo 200° de la LGS. Véase a Enrique Elías Laroza, *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*, (Lima: Editora Normas Legales, 1999), 468.

³¹ La nueva Ley de Arbitraje Brasil (Ley 13.129/2015) introdujo un cambio sustancial en la Ley de Sociedades Anónimas. A partir de su entrada en vigor, los accionistas que hubieran expresado su negativa a la inclusión sobrevenida del convenio arbitral en los estatutos de la sociedad podrían retirarse. De este modo, Brasil se coloca a la vanguardia y reconoce un mecanismo de protección para los accionistas minoritarios frente a un cambio estructural en el modelo de la sociedad, como lo es la incorporación del convenio arbitral estatutario. Por cuestiones de espacio, no profundizaremos en el impacto de la reforma legislativa mencionada. Sin embargo, no descartamos que puedan ser objeto de estudio de un siguiente artículo.

³² Salas Sánchez, Julio. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. 1era. ed. (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019), 86.

³³ De acuerdo a la teoría del asentimiento tácito, corresponde extender el convenio arbitral a una parte no signataria si de su conducta puede inferirse una aceptación implícita de los efectos del acuerdo. Este es el supuesto en el cual se coloca el artículo 14° de la Ley de Arbitraje, cuando señala que el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que lo comprende. En este caso, los directores y el gerente general participan de manera activa en la ejecución de las normas que rigen la sociedad, por lo que el convenio arbitral les resulta oponible. Sobre el particular, consúltese a Roque J. Caivano, “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *Lima Arbitration* 1 (2006): 121-162.

antes mencionadas recibe para su evaluación y posterior suscripción los documentos de constitución o cualquier modificación de los estatutos. Todas estas personas tienen vínculos que exceden lo societario. Son trabajadores, en su gran mayoría, y en el caso de los representantes, su vínculo proviene del derecho civil³⁴.

La ausencia de relación entre arbitraje y consentimiento respecto de este tipo de personas, entonces, es evidente. Es imposible hablar de consentimiento si, como ocurre en las relaciones laborales, estamos frente a una relación asimétrica, desigual, de subordinación³⁵. Mientras, en el caso de la relación civil, ni siquiera existe una manifestación de voluntad del representante para sujetarse a las normas que rigen la sociedad.

IV. EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LGS Y LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN MATERIA DE ARBITRAJE ESTATUTARIO.

El 8 de agosto de 2014, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – MINJUS emitió la Resolución Ministerial 0182-2014-JUS, mediante la cual constituyó un grupo de trabajo encargado de revisar y proponer actualizaciones a la LGS. Tres años después, el MINJUS emitió la Resolución Ministerial 0108-2017-JUS, a través de la cual se conformó un nuevo grupo de trabajo con el fin de mejorar la labor realizada por el anterior equipo de especialistas. Ello dio como resultado un Anteproyecto de una nueva Ley General de Sociedades en el 2018. Debido a los cambios que experimentó nuestro país a propósito de la pandemia del Covid-19, dicha propuesta fue actualizada en el año 2020³⁶.

A efectos del presente artículo, nos interesan resaltar dos modificaciones introducidas. La regulación sobre el derecho de separación, y la relativas a los alcances del convenio arbitral estatutario.

Por un lado, el artículo 180° del Anteproyecto de la LGS no incorpora ningún cambio sustancial en los supuestos que habilitan el ejercicio del derecho de separación³⁷. De hecho, la propuesta de reforma reproduce en su integridad las cuatro causales en virtud de las cuales procede recurrir a dicho mecanismo (artículo 200° de la LGS): (i) el cambio del objeto social; (ii) el traslado del domicilio de la sociedad al extranjero; (iii) la creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes; y, (iv) el resto de casos que establezcan la LGS o el estatuto. Nuevamente, la incorporación de un convenio arbitral de manera sobrevenida en los estatutos de la sociedad no constituye un supuesto

³⁴ Las reglas sobre representación se encuentran recogidas en el Título III del Libro II del Código Civil; así como en el artículo 12 y ss. de la LGS.

³⁵ Kahn-Freund, Otto. "Capítulo I. Introducción. Reflexiones sobre Derecho y Poder", en *Trabajo y Derecho* (Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987), 58.

³⁶ Anteproyecto de la Ley General de Sociedades. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mayo de 2021 (Perú), 11.

³⁷ **Anteproyecto de la LGS**

Artículo 180.- Derecho de separación del accionista

180.1 La adopción de los acuerdos que se indican a continuación, concede el derecho a separarse de la sociedad:

- a) La sustitución, ampliación o reducción sustanciales del objeto social, salvo que la modificación sea acordada conforme a lo estipulado en el numeral 117.3 del artículo 117.
 - b) El traslado del domicilio social al extranjero.
 - c) La creación de limitaciones a la transferencia de las acciones o la modificación de aspectos sustanciales respecto al régimen de transferencia de acciones.
 - d) En los demás que establezca la ley o el estatuto.
-

que habilita el ejercicio del derecho de separación. Así, aun cuando ello se trate de un cambio estructural, y pese a que existan accionistas que puedan encontrarse en desacuerdo con tal modificación, la Ley no reconoce (ni reconocerá) ningún mecanismo a fin de que los accionistas minoritarios puedan retirarse de la sociedad y liquidar su inversión.

Por otro lado, el artículo 48° de la LGS analizado *supra* (ahora, artículo 59° del Anteproyecto de la LGS) ha incorporado un pequeño pero relevante cambio en lo que concierne a los alcances objetivos del convenio arbitral estatutario.

Texto original	Texto modificado
<p>Artículo 48.- Arbitraje</p> <p>Los socios o accionistas pueden en el pacto o en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley.</p> <p>El convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.</p> <p>El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios.</p> <p>El pacto o estatuto social puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia.</p>	<p>Artículo 59.- Arbitraje</p> <p>59.1 El estatuto puede incluir un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, directores, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos y obligaciones, las relativas al cumplimiento del estatuto o la validez de los acuerdos, <i>las que versen sobre materias relacionadas con las correspondientes actividades de la sociedad</i> y para cualquier otra situación prevista en la presente ley.</p> <p>59.2 El convenio arbitral alcanza a los socios, directores, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad, así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.</p> <p>59.3 El estatuto puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia.</p> <p>59.4 Toda referencia en la presente ley al juez o la autoridad judicial o similar se entiende que comprende al árbitro y a la autoridad arbitral, salvo en los casos en que la ley impida la intervención de un árbitro.</p> <p>59.5 Lo establecido en el presente artículo no afecta la validez y eficacia de los convenios arbitrales contenidos en convenios de accionistas u otros acuerdos.</p>

La fórmula consagrada en el Anteproyecto de la LGS repite prácticamente en su integridad la regulación actual en torno a los alcances subjetivos del arbitraje estatutario (lo cual

demuestra que el legislador no advirtió los problemas anotados previamente sobre la extensión del convenio arbitral estatutario a administradores, representantes y funcionarios). Sin embargo, la propuesta de reforma no se limita a ello. El artículo 59° del Anteproyecto establece que el convenio arbitral estatutario alcanzará controversias que “versen sobre materias relacionadas con las correspondientes actividades de la sociedad”. La imprecisión legislativa de este extremo de la norma genera un problema adicional en torno a los alcances del convenio arbitral estatutario, esta vez, de índole objetivo (*ratione materiae*).

El artículo 48° de la vigente LGS hace referencia exclusivamente a aspectos intrasocietarios como materias pasibles de ser sometidas a arbitraje. La inclusión de un concepto indeterminado (las materias relacionadas con las actividades de la sociedad) en la regulación extiende el ámbito de aplicación del convenio arbitral a límites poco precisos – por decir lo menos – los cuales van más allá de la propia sociedad. Esto va en contra del espíritu del convenio arbitral estatutario: solamente las partes del convenio están llamadas a arbitrar sus disputas a través de este mecanismo de resolución de conflictos. Si la compañía suscribe un acuerdo con una persona natural o jurídica que involucra asuntos relacionados con sus actividades, ¿el convenio arbitral resulta aplicable para dirimir una controversia que se suscite en el devenir de dicha relación contractual? La propuesta de modificación es potencialmente peligrosa y podría traer mayores problemas que soluciones.

V. REFLEXIÓN FINAL.

Lamentablemente, por razones de espacio, no es posible desarrollar más estos asuntos o comentar respecto de otros temas que, desde un punto de vista del litigio, la regulación sustantiva debe considerar.

La finalidad de los autores es poder iniciar un debate más profundo antes de la emisión de una nueva Ley General de Sociedades, en el que se discuta sobre la posibilidad de armonizar la regulación del arbitraje estatutario con la noción del consentimiento. O, también, si por opción legislativa, ello no resulta necesario para todos los casos. Ya nuestra legislación nos ha demostrado que es perfectamente posible que se presenten casos de arbitraje sin consentimiento.

Lo que se necesita, desde nuestro punto de vista, es que se pueda tener la certeza de que hubo un debate sobre el particular, y que se eligió la opción mejor sustentada.

BIBLIOGRAFIA.

- Ackerman, Daniel Abramovich. “El derecho de separación del accionista: una regulación insuficiente”. *Ius et Veritas*, 34 (2007), 169-175.
- Alvarado Giraldo, Jorge Luis, y Julio Olórtegui Huamán. “El consentimiento implícito desde la jurisprudencia arbitral: Comentarios a la primera sección del artículo 14 de la Ley de Arbitraje y algunas consideraciones vinculadas”. *Themis – Revista de Derecho*, 77 (2020), 161-177.
- Amico Anaya, Mateo. “Derechos y obligaciones del accionista”. En *Tratado de Derecho Mercantil*, 431-471. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

- Barchi Velaochaga, Luciano. "El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071". *Ius et Praxis*, 44 (2013), 81-124
- Born, Gary. "Chapter 1: Overview of International Commercial Arbitration". En *International Commercial Arbitration (Third Edition)*, 7-250. Kluwer Law International, 2021.
- Bullard Gonzáles, Alfredo. "¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana". *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, 2 (2012), 21-44.
- Bullard Gonzáles, Alfredo, y Carlos Soto Coaguila. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I* (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA, 2011), XIX.
- Caivano, Roque J. "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario". *Lima Arbitration*, 1 (2006), 121-162.
- Cantuarias Salaverry, Fernando. "El convenio arbitral en la nueva ley general de Arbitraje, ley 26572". *Derecho PUCP*, 49 (1995), 237-261.
- Cantuarias Salaverry, Fernando, y Roque J. Caivano. "La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un Nuevo Salto a la Modernidad". *Revista Peruana de Arbitraje*, 7 (2008), 43-84.
- Elías Laroza, Enrique. *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Lima: Editora Normas Legales, 1999.
- Hundskopf Exebio, Oswaldo. "Sexta.- Arbitraje estatutario". En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo II*, coordinadores Alfredo Bullard Gonzáles y Carlos Soto Coaguila, 83-87. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA, 2011.
- Hundskopf Exebio, Oswaldo, José Antonio Payet Puccio, Alfonso Montoya Stahl y Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón. "Mesa Redonda: Reforma de la Ley General de Sociedades en el Perú". *THEMIS – Revista de Derecho*, 72 (2017): 237-257.
- Jourdain-Fortier, Clotilde. "Chapter 2: Access to Justice and Arbitration: Is Consent to Arbitrate Still at Stake?". En *Access to Justice in Arbitration: Concept, Context and Practice*, ed. por Leonardo V.P. de Oliveira y Sara Hourani, 35-58. Kluwer Law International, 2020.
- Kahn-Freund, Otto. "Capítulo I. Introducción. Reflexiones sobre Derecho y Poder", en *Trabajo y Derecho*, 45-65. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
- Montoya Stahl, Alfonso, "«Uno es compañía...». La conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú", *Ius et Veritas*, 40 (2010): 172-195.
- Payet, José Antonio. "Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de las Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías". *THEMIS – Revista de Derecho*, 46 (2003): 77-103.

- Salas Sánchez, Julio. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. 1era. ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
- Santistevan de Noriega, Jorge. "Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje". *Revista Peruana de Arbitraje*, 8 (2009), 17-49.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Anteproyecto de la Ley General de Sociedades. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mayo de 2021 (Perú).
- Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).
- Constitución Política del Perú [Const.] (1993). Artículo 139. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion-politica-14-03-18.pdf>
- Decreto Legislativo 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Diario Oficial *El Peruano*, 1 de setiembre de 2008 (Perú).
- Ley 26887. Ley General de Sociedades. Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1997 (Perú).
- Ley No. 13.129/2015. Diário Oficial da União, 6 de mayo de 2015 (Brasil).
- Resolución Ministerial 0108-2017-JUS. Crean Grupo de Trabajo encargado de elaborar un informe técnico que contenga la revisión y propuestas de mejora respecto del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades y otras normativas en materia de personas jurídicas mercantiles. Diario Oficial *El Peruano*, 14 de mayo de 2017 (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 9 de marzo de 2006, sentencia recaída en el Expediente 06167-2005-PHC/TC (Perú).