

Límites al arbitraje estatutario

Jesús Augusto Rojas Hernández*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 667-689

Resumen: Este trabajo de investigación tiene la finalidad de ahondar sobre las fronteras que deben establecerse al arbitraje estatutario para garantizar que cumpla su finalidad de ser un medio adecuado para la solución de controversias de contenido estatutario. Para ello, el análisis que se realizará irá más allá del alcance objetivo y subjetivo del acuerdo arbitral estatutario, para de esta forma encontrar linderos a partir del análisis de la eficiencia y conveniencia de la jurisdicción arbitral y de las excepciones al principio de separabilidad del acuerdo arbitral.

Palabras clave: Arbitraje, estatutos, conveniencia, separabilidad.

Limits to statutory arbitration

Abstract: *The purpose of this research work is to delve into the boundaries that should be established for statutory arbitration to ensure that it fulfills its purpose of being an adequate means for the resolution of disputes of statutory content. To this end, the analysis goes beyond the objective and subjective scope of the statutory arbitration agreement, to find boundaries based on the analysis of the efficiency and convenience of the arbitral jurisdiction and the exceptions to the principle of separability of the arbitration agreement.*

Keywords: *Arbitration, bylaws, convenience, severability.*

Recibido: 15/11/2023
Aprobado: 22/11/2023

* Abogado del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con Diplomado en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública de la Universidad Católica Andrés Bello y el Banco Interamericano de Desarrollo, estudiante del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila.

Límites al arbitraje estatutario

Jesús Augusto Rojas Hernández*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 667-689

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Nociones sobre arbitraje estatutario. 2. Alcance del arbitraje estatutario. 2.1. Arbitrabilidad subjetiva. 2.2. Arbitrabilidad objetiva. 3. Impugnación de las asambleas en sede arbitral. 4. Forum non conveniens en el arbitraje estatutario. 5. Límite al efecto positivo del acuerdo arbitral estatutario.* CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Uno de los mecanismos que se han adoptado para el buen desarrollo de las empresas a nivel mundial es el arbitraje estatutario, porque es una institución que permite brindar una solución expedita, técnica y confidencial para los socios o participantes de una organización, características que son ampliamente valoradas a lo interno de las empresas, ya que las mismas no pueden permitirse frenar la optimización de su operatividad por una mala gestión de un conflicto estatutario.

En Venezuela se han hecho suficientes análisis y discusiones en la doctrina sobre la procedencia del arbitraje estatutario a nivel nacional; no obstante, sus límites han sido analizados desde la arbitrabilidad subjetiva y objetiva de la controversia, obviando la necesidad de que los particulares involucrados deben contar con un foro adecuado para la resolución de controversias que no perjudique intereses generales no susceptibles de ser tutelados eficazmente en sede arbitral. A su vez recientes sentencias a nivel nacional han presentado retos para los corolarios del arbitraje internacional, como lo es el principio de separabilidad, el cual a nivel internacional ha venido relativizándose con un análisis apropiado de las circunstancias de cada negocio jurídico.

En ese sentido, el objetivo de esta investigación es determinar ¿Cuáles son los límites al arbitraje estatutario? Para lo cual se tomará en cuenta no solo la doctrina nacional de árbitros especializados, sino también los diversos criterios internacionales que se han sostenido sobre el particular.

* Abogado del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con Diplomado en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública de la Universidad Católica Andrés Bello y el Banco Interamericano de Desarrollo, estudiante del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila.

1. Nociones sobre arbitraje estatutario

El arbitraje estatutario o societario ha sido una institución analizada por primera vez en Venezuela por la doctrina de un jurista de destacada trayectoria en el Derecho corporativo y arbitral venezolano, como lo fue Carlos Lepervanche. A partir de ese momento se han sumado una cantidad importante de profesionales del Derecho en Venezuela que concurren en el estudio de este mecanismo para resolver de forma adecuada las controversias de contenido estatutario.

Ahora bien, siempre que se va a analizar una problemática vinculada a una institución del Derecho, se erige como condición *sine qua non* delimitar su concepto, para proceder con bases suficientes al debate doctrinario enmarcado dentro de la erística como ciencia filosófica que rige la argumentación jurídica. En ese sentido, debemos señalar que el Club Español del Arbitraje ha elaborado un informe donde se han desarrollado un conjunto de directrices para un desarrollo eficiente del arbitraje estatutario, dentro de estas destaca principalmente un modelo de acuerdo arbitral que puede ser usado por las instituciones, de diverso carácter, al incluirlas en sus documentos de constitución, la cual señala:

Todo conflicto de naturaleza societaria, que afecte a la sociedad, sus socios y/o sus administradores (incluyendo a título de ejemplo la impugnación de acuerdos sociales, la acción social e individual de responsabilidad contra administradores y las controversias relativas a la convocatoria de órganos sociales), queda sometido a la decisión de uno o tres árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a la institución arbitral de la que se trate, de acuerdo con su Reglamento y Estatutos¹.

Este modelo de acuerdo permite entender al arbitraje estatutario como aquel “que se constituye mediante la incorporación de una cláusula en el pacto social que establece la solución de los conflictos societarios mediante la utilización del proceso de arbitraje”².

En el caso venezolano Carlos Lepervanche³ y Mario Bariona⁴, realizaron destacados esfuerzos en diversos trabajos de investigación para recalcar al arbitraje estatutario como un mecanismo disponible para todos aquellos que hacen vida en una socie-

¹ «Informe sobre el arbitraje societario en España», Club Español del Arbitraje, acceso el 15 de marzo de 2023, https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf

² Eduardo Carmigniani, Carlos Cepeda Altamirano y Bernarda Muriel Bedoya, «Arbitraje estatutario en Ecuador: recientes reformas legislativas con errores de bulto» *Revista del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje* 12 (2021): 206-225, <https://iea.ec/pdfs/revista-12/articulos/ARTICULO-7.pdf>

³ Carlos Lepervanche, «Aproximación a la solución de conflictos societarios mediante arbitraje» *Revista Business Legal Report* (2010): 48-51, https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/JULIO_-2010.pdf

⁴ Mario Bariona, «El arbitraje como medio alternativo de solución de disputas en las sociedades», *Revista Business Legal Report* (2012): 56-59. <https://cedca.org.ve/category/legal-report/>

dad, esto sin obviar que la institución, a diferencia de otras legislaciones como España, no ha sido consagrada por el legislador mercantil patrio. Sin embargo, debemos reiterar lo señalado por Eugenio Hernández-Bretón:

...el arbitraje es un derecho fundamental soportado por la Constitución con todas las implicaciones que ello determina. Muy especialmente, creemos que el carácter de derecho fundamental del arbitraje debe producir forzosamente una actitud pro-arbitraje y crear en cabeza de todos los tribunales de la República la obligación de fomentar el arbitraje⁵.

Situación que ha permitido aceptar que el arbitraje sea un principio cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, que encuentra su origen en la libertad de los particulares manifestada a través de la autonomía de la voluntad, lo cual ha hecho que su aplicación sea interpretada de forma extensiva e integrada de forma analógica y sus limitaciones de forma restrictiva y no integradas de forma analógica.

Ahora bien, en el caso nacional el reconocido árbitro Diego Castagnino ha definido al arbitraje societario como:

...un medio alternativo de resolución de controversias que tiene por finalidad dirimir divergencias intrasocietarias. Se trata de un medio que cada vez tiene más auge debido a los beneficios que ofrece, especialmente en lo que respecta a celeridad y confidencialidad⁶.

Esta definición el destacado jurista vinculado con el Derecho mercantil la considera extensible al arbitraje estatutario, al afirmar:

...es un error considerar que el primero únicamente se le es aplicable a las sociedades mercantiles, y que el segundo incluye a las asociaciones civiles, ya que no existen motivos jurídicos, técnicos ni lógicos para hacer tal diferenciación⁷.

No obstante, al existir poca cultura arbitral societaria en nuestro país, consideramos prudente usar a los fines de este trabajo el término arbitraje estatutario, para evitar equívocos en el uso práctico del término y lograr su necesaria aplicación extensiva en el Derecho corporativo venezolano, tal como lo ha referido el árbitro nacional Juan Carrero, quien ha sostenido en su doctrina:

⁵ Eugenio Hernández-Bretón, «Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental», *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005), 22-34.

⁶ Diego Castagnino, «Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano», *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje 2* (2021): 35-67, <https://avarbitraje.com/anuario-nro2-2021/>

⁷ Diego Castagnino, «El acuerdo de arbitraje societario», *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación 1* (2022): 84-109, <https://arbitrajeccc.org/principal/primera-edicion-junio-2022/>

...preferimos hablar de Arbitraje “Estatutario” y no de Arbitraje “Societario”, por cuanto consideramos que los principios relativos a la implementación del acuerdo arbitral estatutario son aplicables a cualquier tipo de persona jurídica de derecho privado, y no se limitan exclusivamente a las sociedades mercantiles, tal como –erróneamente, en nuestro criterio- menciona parte de la escasa doctrina que ha comentado el tema. Razón por la cual, es perfectamente posible que se pacte un compromiso arbitral estatutario en cualquier tipo de persona jurídica de derecho privado, bien sea de naturaleza mercantil, tal como una sociedad anónima, o de naturaleza civil, tal como sería el caso de asociaciones civiles, sociedades civiles y fundaciones⁸.

2. Alcance del arbitraje estatutario.

Antes de proceder a abordar la problemática de este trabajo consideramos necesario hacer referencia a lo que hasta ahora ha sido aceptado como el alcance del arbitraje estatutario. Para ello se debe hacer referencia a dos nociones importantes dentro de la teoría general del arbitraje, como lo son la arbitrabilidad subjetiva y la arbitrabilidad objetiva.

2.1. Arbitrabilidad subjetiva

Sobre la arbitrabilidad en su vertiente subjetiva Ingrid Araque Sayago e Ivette Esis, han señalado que se refiere “a la aptitud o capacidad de determinadas personas, para estipular un acuerdo arbitral válido, en virtud de su naturaleza o función”⁹.

Es así como puede señalarse que la arbitrabilidad subjetiva es un carácter necesario para que las personas puedan consentir en someterse a un procedimiento arbitral. En el caso particular del arbitraje estatutario se erige como una de sus problemáticas, ya que existen divergencias “con relación a la vinculación de todos los accionistas a la cláusula compromisoria introducida en el estatuto social mediante el voto de la mayoría”¹⁰. Al respecto debemos exponer que existen dos momentos para incorporar el acuerdo arbitral estatutario, estos son: al constituirse la institución y mediante una reforma estatutaria.

⁸ Juan Carrero, «El Arbitraje estatutario en Venezuela» *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Boletín Especial* (2022): 33-47, <http://revistabusinessvenezuela.com/webv/actualidad/boletin-especial-de-la-revista-marc/>

⁹ Ingrid Araque Sayago e Ivette Esis, «Artículo 3», en *Ley de Arbitraje Comercial Comentada*. T. I. coords. Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquírigo (Caracas: CIERC, 2022), p. 337-374. Disponible en <https://www.cierc.com/lacomentada>

¹⁰ «La arbitrabilidad subjetiva y la imperatividad de los derechos societarios como pretendidos factores impositivos para adoptar el arbitraje en las sociedades anónimas», Pedro Batista, acceso el 3 de abril de 2023, <http://batistamartins.com/la-arbitrabilidad-subjetiva-y-la-imperatividad-de-los-derechos-societarios-como-pretendidos-factores-impeditivos-para-adoptar-el-arbitraje-en-las-sociedades-anonimas-2/>

Con respecto al quórum de decisión que se requiere al momento de realizarse el documento constitutivo, la doctrina nacional ha señalado que se requiere el acuerdo mayoritario de los fundadores al momento de adoptar la decisión¹¹. Ahora bien, existen serias divergencias cuando se refiere a una incorporación del acuerdo arbitral posterior al momento de la constitución, por un lado se tiene la tesis de la unanimidad sostenida recientemente por Pablo Trivella, quien considera:

...no resulta posible para la mayoría modificar el derecho de impugnación de un accionista sin su consentimiento. Creemos que la inclusión de un acuerdo de arbitraje evidentemente modifica el comentado derecho, pues si bien el arbitraje es una vía adecuada y trae múltiples ventajas, no podemos olvidar que conlleva también algunas renunciaciones importantes, entre ellas el acceso a los recursos y a la gratuidad de la justicia¹².

Lo cual si bien es cierto es una postura respetable que cuenta con razonamiento jurídico, no consideramos sea la más apropiada, debido a que no toma en cuenta la realidad empresarial explicada por Pedro Batista, quien expone:

La unanimidad es una simple quimera en cualquier esfera de las relaciones sociales. Es impensable pretender que una organización como las sociedades anónimas funcione de forma unánime. Mera utopía. De la misma forma que sería impracticable someter toda y cualquier sociedad al control de la minoría. Pura fantasía. Indeseable dictadura. Por ello el derecho ha adoptado el acuerdo mayoritario, como la forma más democrática de acuerdo social y como el medio más adecuado de dar continuidad a un ente importantísimo para el desarrollo de las naciones. El derecho todavía no ha encontrado una fórmula más justa y democrática de gestión social que la fórmula mayoritaria¹³.

Por otro lado, Diego Castagnino ha identificado que en el ordenamiento jurídico mercantil venezolano no existe regulación expresa sobre el quórum necesario para adoptar este tipo de acuerdos de forma sobrevenida a la constitución, por lo que considera, y compartimos dicho criterio, que “el quórum necesario para considerar válida la decisión, será el dispuesto por el propio estatuto de la sociedad para el caso de una modificación cualquiera de los estatutos sociales, y a falta de ello, será suficiente contar con la mayoría de los presentes”¹⁴, posición que encuentra sustento en el artículo 289 del Código de Comercio¹⁵.

¹¹ Diego Castagnino, *Arbitraje...Ob.Cit.*, p. 43.

¹² Pablo Trivella, «Impugnación de asambleas de accionistas mediante arbitraje en el Derecho venezolano», *Revista Derecho y Sociedad* 16 (2020): 266-291, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/16/deryso_2020_16_266-291.pdf

¹³ Pablo Batista, *Ob.cit.*

¹⁴ Diego Castagnino, *Arbitraje...Ob.Cit.*, p.45-46

¹⁵ Código de Comercio de Venezuela (Gaceta Oficial extraordinaria No. 475, sancionado por el Congreso de Venezuela en 1955).

De manera pues, que la adopción del arbitraje estatutario no debería verse como una renuncia a derechos inherentes de los socios, siempre y cuando se adopten válidamente a través de la asamblea, esto es respetando las disposiciones referentes a la convocatoria y al quórum mínimo para la toma de decisiones. Ahora bien, ¿A quiénes alcanza el acuerdo arbitral estatutario adoptado válidamente?

Para nosotros el acuerdo arbitral estatutario alcanza a la sociedad, a los socios, a los herederos legatarios de un socio fallecido, a los cesionarios de un socio cedente de su participación y a los administradores y comisarios. De esta forma se puede concluir que el acuerdo arbitral estatutario alcanza a todos aquellos sujetos que tienen una relación orgánica con la sociedad y que tienen su ámbito de actuación regulado por disposiciones estatutarias, tal como lo refiere Pablo Trivella¹⁶.

2.2. Arbitrabilidad objetiva

Respecto a la arbitrabilidad objetiva, el reconocido árbitro internacional Ramón Escovar Alvarado, ha señalado que se refiere al campo y a los límites de los tópicos que pueden ser sometidos a arbitraje¹⁷. En ese sentido sobre las controversias que pueden ser susceptibles de ser debatidas en sede arbitral la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que:

...para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allá puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes¹⁸.

Criterio que es más amplio que el sostenido por la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha afirmado en sus sentencias que:

La colaboración prestada por los particulares en la administración de justicia tiene claro fundamento en la Constitución. Sin embargo, dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, [...] el arbitraje sólo puede tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral¹⁹.

¹⁶ Pablo Trivella, *Ob. Cit.*, p. 277.

¹⁷ Ramón Escovar Alvarado, «El Arbitraje Comercial frente a la Responsabilidad Civil Extra-Contractual», en *Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich-Orsini* (Caracas: ACIENPOL, 2012), 529.

¹⁸ Sentencia n° 1541 de Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional de 17 de Octubre de 2008. Caso: Hildegard Rondon De Sansó

¹⁹ Juan Carlos Naizir, «Arbitrabilidad objetiva: ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho?» *Revista Vniversitas* 139 (2019): S/D, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/27246>

Por tanto, podemos sostener que el examen de la arbitrabilidad objetiva debe hacerse tomando en consideración los aspectos señalados por Euribel Canino, Directora Ejecutiva del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas:

...el primero aspecto es que el arbitraje debe versar sobre materias que pueden ser objeto de transacción, y, en segundo lugar, pueden ser conocidas por los tribunales arbitrales aquellas materias que pueden ser sometidas a la jurisdicción mercantil²⁰(sic).

Ahora bien, en el análisis particular de las controversias de contenido estatutario somos del criterio que, toda disputa estatutaria que sea susceptible de transacción y no esté incurso en las exclusiones taxativas del artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial²¹, son arbitrables, tal como lo ha señalado Juan Carrero²².

Por tanto, y a los efectos de este trabajo, debemos enfatizar que las controversias sobre nulidades de asambleas son arbitrables, ya que si bien es cierto en materia de nulidades absolutas puede estar involucrado el orden público, eso no hace que no pueda ser arbitrable, debido a que el Derecho arbitral lo que impide es la arbitrabilidad de acciones contrarias al orden público, más no las que se encuentren vinculadas a este. Asimismo, debemos respaldar nuestra posición en que la doctrina arbitral mayoritaria no es contraria al criterio según el cual “son arbitrables todo el amplio espectro de las impugnaciones de acuerdos nulos”²³.

Por último, debemos señalar en cuanto a la transabilidad, que el árbitro, según el artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial²⁴, tiene facultades generales para anular la

²⁰ Euribel Canino, «Arbitrabilidad de los contratos de prestación de servicios entre las clínicas de fertilidad, médicos y pacientes por procedimientos de técnicas de reproducción asistida», *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación* 1 (2022): 55-74, <https://arbitrajecccc.org/principal/primera-edicion-junio-2022/>

²¹ Artículo 3°. Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Quedan exceptuadas las controversias: a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme; b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas; d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme. Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998)

²² Juan Carrero, *Ob. Cit.*, p. 38.

²³ Manuel Gerardo Tarrío Berjano, “La Cláusula estatutaria para la sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales. Esquema de situación”, acceso el 21 de mayo de 2023, <https://www.notariado.org/portal/documents/176535/641205/n%C3%BAm+55+-+Sumario+-+DOCTRINA+-+La+cl%C3%A1usula+estatutaria+para+la+sumisi%C3%B3n+a+arbitraje+de+la+impugnaci%C3%B3n+de+los+acuerdos+sociales.+Esquema+de+situaci%C3%B3n%2C+por+Manuel+Gerardo+Tarr%C3%ADo+Berjano.pdf/58adcbcd-8bfd-d54c-93e8-57b87afe5593?t=1571241048662>

²⁴ Artículo 7°. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.

convención, esto sin distinguir si es por nulidad absoluta o relativa, y a su vez debemos reiterar el criterio de la jurisdicción ordinaria, ya señalado, según el cual basta que la controversia pueda ser conocida por un juez para que pueda ser conocida por un tribunal arbitral.

3. Impugnación de las asambleas en sede arbitral

En lo que respecta a las decisiones tomadas en el seno del órgano que refleja la voluntad social de la empresa, el histórico doctrinario mercantilista Goldschmidt, ha sostenido como principio general que “las decisiones de la asamblea, dentro de los límites de sus facultades, según los estatutos sociales, son obligatorias para todos los accionistas, aún para los que no hayan concurrido a ella, salvo que exista el derecho a separación”²⁵. Sin embargo, estas decisiones pueden estar viciadas de nulidad o inexistencia por un defecto en la formación del acto, lo cual las inhabilita para producir efectos jurídicos²⁶.

Es necesario advertir que a los efectos de esta investigación se usarán como sinónimos los conceptos nulidad absoluta e inexistencia, debido a que si bien es cierto desde un punto de vista teórico existen diferencias, la realidad práctica es que “la distinción es artificiosa, porque siempre deberá acudir al juez para lograr los efectos restablecedores de la declaración de nulidad...En consecuencia, desde un punto de vista práctico, es inevitable acudir al juez para que declare la inexistencia”²⁷.

Ahora bien, en la teoría general de las obligaciones se suele distinguir dos tipos de nulidades, las absolutas y las relativas²⁸. En el caso bajo examen una decisión tomada en una asamblea estaría viciada de nulidad absoluta cuando la decisión viole las buenas costumbres, cuando infrinja una disposición de orden público o cuando sea tomada sin cumplimiento de los requisitos formales para su existencia, lo cual acarrea la inexistencia del acto; mientras que estaría viciada de nulidad relativa cuando no se den ninguno de los supuestos de la nulidad absoluta y solo se afecte un interés particular²⁹.

Otros caracteres han sido señalados por Mata Palacios³⁰, quien ha descrito que la nulidad absoluta puede ser intentada por cualquiera de las partes o terceros interesados, pudiendo el juez incluso declararla de oficio, mientras que la nulidad relativa

²⁵ Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1964), p. 314-315.

²⁶ Freddy Zambrano, *Obligaciones* (Caracas: Editorial Atenea, 2008), p. 303-314.

²⁷ *Ibíd.*, p. 305 y 306.

²⁸ *Ídem.*

²⁹ Roberto Goldschmidt, *Ob.Cit.* p. 314-315.

³⁰ Luis Enrique Mata Palacios, «La acción de nulidad absoluta como medio de impugnación de las decisiones de las asambleas de la sociedad anónima» *Revista de la Facultad de Derecho* 67-70 (2012-2015): 368-385, <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/download/3657/3132/11718>

solo podrá ser invocada por quien tuviere un interés particular violado. Con respecto a la imprescriptibilidad, aunque el autor se posiciona dentro de la postura clásica de afirmar que es imprescriptible la nulidad absoluta y prescriptible la nulidad relativa, somos del criterio de que en materia de acciones personales, como lo es la acción de nulidad absoluta, debe aplicarse de forma genérica la prescripción establecida en el artículo 1977 del Código Civil, según el cual las acciones personales prescriben a los diez años³¹. Ahora bien, al existir disposición especial en la Ley de Registros y Notarías para impugnar las decisiones de las asambleas, debe aplicarse el lapso de prescripción de un año³², ya sea el vicio de nulidad absoluta o nulidad relativa, debido a que la ley no distingue entre ambas nulidades. En ese sentido, las decisiones de las asambleas pueden impugnarse a través de dos vías, a través de la oposición prevista en el artículo 290 del Código de Comercio o con la acción de nulidad ordinaria con base a los artículos 6 y 1346 del Código Civil³³.

Ahora bien, de lo señalado por la doctrina podemos llegar a la misma conclusión de Pablo Trivella, con respecto a que no se existen inconvenientes en cuanto a someter a arbitraje las impugnaciones de las decisiones viciadas de nulidad relativa, ya que se “busca proteger intereses netamente privados”³⁴. No obstante, consideramos que la situación de las nulidades absolutas es distinta, debido a que como lo señala el mismo autor “la nulidad absoluta busca proteger el interés general”³⁵, lo cual resulta inconveniente sea resuelto en sede arbitral, donde los árbitros se deben a las partes en el caso concreto y no al interés general. Esta situación se debe a lo afirmado por Manuel Penádes Fons³⁶, quien señala:

1) Aunque los árbitros han aumentado el espectro de materias sobre las que pueden decidir, este progreso no ha venido acompañado en las leyes arbitrales nacionales por un régimen conflictual que establezca el deber de aplicar o, cuanto menos, respetar las normas imperativas de los ordenamientos que puedan estar vinculados con la disputa.

(Omissis)

³¹ José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2017), p. 355. Para mayor información consultar Sentencia Sala Casación Civil disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/sccl/octubre/204473-RC.000662-261017-2017-17-381.HTML>

³² Ley de Registros y Notarías (Gaceta Oficial No. 6.668, Extraordinario, del 16 de diciembre de 2021)

³³ Código Civil de Venezuela (Gaceta Oficial No. 2.990, Extraordinario, del 26 de junio de 1982)

³⁴ Pablo Trivella, *Ob.Cit.*, p. 280.

³⁵ Ídem.

³⁶ Manuel Penades, «La protección de los intereses generales por los tribunales arbitrales y el *forum non conveniens* (The protection of general interests by arbitral tribunals and *forum non conveniens*)», en *España y la Unión Europea en el orden internacional*, eds. Elena Petit De Gabriel and José Alcaide Fernández (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), p. 599-610, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3642745

3) La posibilidad de que los órganos judiciales puedan ejercer el mencionado *second look* está condicionada a que una de las partes comience una acción judicial en relación con el laudo.

(Omissis)

4) Los causales que se prevén en el Derecho arbitral para la anulación de un laudo o para la denegación de su reconocimiento o ejecución son siempre *numerus clausus*, de modo que si el pronunciamiento arbitral no es subsumible en ninguno de ellos el laudo surtirá plenos efectos.

5) Dentro de estos causales no se encuentra el error en la aplicación sustantiva del Derecho, de modo que, salvo en los casos en los que exista afectación del orden público, la interpretación arbitral se encuentra blindada frente a la autoridad judicial.

6) El causal de orden público es siempre definido a la luz de la fuerte corriente pro-arbitral, que restringe su ámbito a cuestiones de orden público internacional y no doméstico. Desde este punto de vista, no toda inaplicación de una norma imperativa resultará necesariamente en una vulneración del orden público del órgano que escruta el laudo.

7) El único orden público que es relevante tanto en sede de anulación como de reconocimiento y ejecución es el del Estado que conoce de dicha acción y no el del Estado cuyo orden público puede estar directamente afectado por la disputa.

(Omissis)

8) Incluso si es posible salvar todos los factores enumerados, la doctrina del *second look* limita su actuación a la fase post-laudo, cuando las partes han pasado por un proceso arbitral ciertamente costoso y posiblemente dilatado en el tiempo. Es decir, es un sistema diseñado para eliminar resultados arbitrales patológicos, pero no para prevenirlos.

4. Forum non conveniens en el arbitraje estatutario

Usualmente al pensar en los límites al arbitraje estatutario se analiza la arbitrabilidad objetiva y subjetiva de la controversia; no obstante, al existir situaciones como las referidas en el apartado anterior, donde no existen mecanismos dentro del Derecho arbitral para garantizar la aplicación de normas imperativas tendentes a proteger el interés general, la comunidad jurídica debe analizar instrumentos que permitan establecer fronteras eficientes al arbitraje para garantizar que cumpla su finalidad de brindar una tutela arbitral efectiva para los intereses de los ciudadanos. Es así, como la doctrina comparada ha estudiado la figura del *forum non conveniens*, como mecanismo que permitiría proteger los intereses generales en sede arbitral.

De nuestras clases de Derecho procesal civil internacional a cargo del árbitro nacional Javier Ochoa, podemos recordar que se reconoce la potestad a los Estados de dictar normas que determinen los supuestos en los que los órganos judiciales deben ejercer potestad jurisdiccional, pero en virtud de otras reglas de orden interno o internacional, igual se reconoce que se establecen los casos en los que jurisdicción de un Estado estaría exceptuada de aplicación.

En ese sentido, esas excepciones se han identificado en la doctrina nacional como consecuencia de: la derogatoria convencional de la jurisdicción, la litispendencia y conexidad internacional y la inmunidad de jurisdicción³⁷. No obstante, a nivel internacional se han reconocido otras excepciones a la potestad de juzgar, como lo es el *forum non conveniens*, principio según el cual “un tribunal aún teniendo jurisdicción para conocer del caso, puede discrecionalmente declinar su jurisdicción”³⁸. Concretamente en un trabajo de reciente data se ha definido a esta institución como “una excepción oponible ante los tribunales cuando existen dos jurisdicciones competentes y concurrentes, dicha excepción consiste en el ruego o exhorto al tribunal para que decline su jurisdicción y ello se presenta bajo argumentos agrupados bajo la palabra conveniencia”³⁹. A su vez ha sido señalado en la doctrina comparada que el fundamento filosófico del *forum non conveniens* se encuentra “en la presunción de la concurrencia de dos foros existentes para conocer de las acciones impetradas”⁴⁰.

Aplicando el *forum non conveniens* en sede arbitral se permitiría a los árbitros “remitir a las partes a los tribunales judiciales cuando entiendan que, dadas las circunstancias específicas del caso, el foro arbitral no es el apropiado para resolver la disputa”⁴¹, lo que incluso permitiría limitar el *forum shopping* reseñado en la jurisprudencia venezolana, donde se ha afirmado:

Tales circunstancias respecto de las condiciones favorables para el inversor, planteadas en el contexto de las negociaciones internacionales ha generado como práctica habitual, la posibilidad que los Estados así como los particulares busquen un foro o jurisdicción de conveniencia o más favorable para sus intereses -*Forum Shopping*-, ya que a su juicio las condiciones sustantivas y adjetivas de determinada jurisdicción favorecería sus pretensiones, lo cual si bien puede verificarse acorde al ordenamiento jurídico como una actividad procesal perfectamente lícita y legítima, en algunos casos puede constituirse un verdadero fraude, en la medida que el mismo se utilice para vulnerar el principio de buena fe de las partes para lograr un beneficio o ventaja no tutelado por la legislación efectivamente aplicable, y en detrimento de los derechos e intereses de la otra parte; como es el caso de aquellas conductas asumidas *ex post* al negocio jurídico, con ocasión al surgimiento de la disputa o controversia, entre otros elementos o índices indicativos reveladores del fraude. Con lo cual en cada caso debe aplicarse el test o parámetro

³⁷ Eugenio Hernández-Bretón, *Problemas contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano* (Caracas: Editorial Sherwood, 2004), p. 102-115.

³⁸ Sentencia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, No.01543, del 18 de julio de 2001.

³⁹ Sebastián Zabaleta y Raúl Ruiz, «La Doctrina del *Forum non Conveniens* ¿Amigo o enemigo del Derecho internacional privado?» *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela* 5 (2023): 361-385, <https://www.mdipc-ucv.com/el-anuario-de-la-maestria>

⁴⁰ Gilberto Boutin, «Experticia jurídica sobre valoración de la prueba de iure ante los tribunales norteamericanos», en coord. Jorge Alberto Silva, *La pericial jurídica del Derecho extranjero ante los tribunales de Estados Unidos* (México: AME-DIP, 2020), p. 80. Disponible en PDF.

⁴¹ Manuel Penades, *Ob. Cit.*, p. 603.

de racionalidad, cuyo contenido se materializa en que el potencial demandado no termine sujeto a un foro al cual no tenía una expectativa razonable de sometimiento -Vid. R.H.K.. *Arbitral Forum Shopping*. En la obra *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration Dossiers - ICC Institute of World Business Law*. B.M.C. & Julian D.M. Lew, París, 2005 y Weinberg de Roca, Inés. *Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2002-⁴².

Particularmente consideramos que el caso más emblemático vinculado al arbitraje estatutario en Guatemala, asomó la posibilidad de aplicar esta excepción a la jurisdicción arbitral, al afirmar:

...es posible considerar que las materias sobre las que las partes –sociedades, sus órganos o accionistas– pueden disponer libremente y de conformidad con la ley, son todas aquellas que por conveniencia, pertinencia y oportunidad, sean de beneficio para el objeto social o estimulen el giro ordinario de la sociedad. Las mismas, por supuesto, podrían motivar la toma de decisiones importantes y figurar como objeto de acuerdos por parte de la Asamblea General de Accionistas, en cuyo caso, de ser objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral. Sin embargo, en el presente caso, no se están cuestionando resoluciones respecto de asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como: i. la procedencia o improcedencia del acuerdo de exclusión a tomarse en contra de los accionistas que presuntamente hayan incurrido en incumplimiento de las obligaciones que les impone el pacto social y la ley, y por su presunta participación en la comisión de actos dolosos o fraudulentos contra la sociedad; ii. la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones; iii. la modificación de la escritura social en cuanto a la forma y modalidad que adoptará su órgano de administración; iv. el nombramiento, ratificación o remoción del auditor externo, etc. Tales temas no forman parte de las “materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho” y que, por tanto, puedan ser sometidas al proceso de arbitraje, sino que, por su naturaleza, complejidad y posibles efectos, deben ventilarse en la vía judicial y de acuerdo a los preceptos legales correspondientes, con la seguridad y certeza jurídica que dicho medio supone⁴³.

Sin embargo, su aplicación fue errada al tratar de vincularla con la arbitrabilidad objetiva de la controversia y no a una excepción a la jurisdicción arbitral. Ahora bien, para que esta doctrina pueda ser usada por los tribunales arbitrales, requiere que dicha potestad sea reconocida por la ley de la sede del arbitraje, la cual se encarga de servir de

⁴² Sentencia n° 1541 de Tribunal Supremo de Justicia - Sala Constitucional de 17 de Octubre de 2008. Caso: Hildegard Rondon De Sansó

⁴³ Corte Constitucional de Guatemala, expediente No. 878-2010, de fecha 15 de marzo de 2011.

apoyo y cooperación para el correcto funcionamiento de los arbitrajes, de lo contrario esto no podría ser aplicado por los árbitros⁴⁴. Así lo ha enfatizado la árbitro internacional Claudia Madrid, quien ha afirmado:

Sin embargo, solo entendemos procedente esta excepción al ejercicio de la jurisdicción en aquellos casos en los que el legislador la consagre expresamente. No creemos que sea viable aplicar, por vía de una interpretación extensiva, una excepción procesal que afecta el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales venezolanos. Sería deseable, sí, pero mientras el legislador no disponga expresamente su procedencia, el juez estará de manos atadas⁴⁵.

Empero, en aquellos ordenamientos jurídicos arbitrales, como el venezolano, donde se reconoce la potestad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*), se permitiría a estos órganos jurisdiccionales la aplicación de esta excepción a la jurisdicción, porque “al fin y al cabo, es una teoría relativa a la competencia del tribunal, con la peculiaridad de que su objeto no se centra en la existencia de la misma sino en su ejercicio”⁴⁶. Asimismo, se puede acudir a esta institución con base al reconocimiento a la libertad de ordenación procesal que “tanto las leyes nacionales como las reglas procesales reconocen frecuentemente a los árbitros”⁴⁷, lo que no quiere decir que estos órganos jurisdiccionales alternativos puedan aplicarla de oficio, sino que con base al principio dispositivo puede ser aplicado, es decir, siempre y cuando una de las partes en el procedimiento arbitral la invoque.

Así ha sido aceptado en un arbitraje internacional ante la Cámara de Comercio Internacional de París, donde:

...el tribunal arbitral, constituido bajo los auspicios de la CCI, accedió a la solicitud de las demandadas españolas de someter la posibilidad de arbitrar y la elección de la sede arbitral a un análisis de *forum non conveniens*. Y ello sin perjuicio de que la sede en la que se asentaba el tribunal (El Cairo) perteneciera a un Estado de tradición *civil law*, que no prevé esa doctrina en su Derecho procesal internacional de origen interno y que, al igual que España, ha adoptado la Ley Modelo UNCITRAL de arbitraje comercial⁴⁸.

Ahora bien, creemos que esta excepción a la jurisdicción arbitral puede ser alegada en procedimientos arbitrales donde se pretenda impugnar por nulidad absoluta lo decidido en una asamblea general, ya que como fue indicado en el apartado anterior de

⁴⁴ Manuel Penades, *Ob. Cit.*, p. 607.

⁴⁵ Claudia Madrid, «Venezuela como foro conveniente. Efectos en Venezuela de una decisión extranjera sobre *forum non conveniens*», en coord. Jorge Alberto Silva, *La pericial jurídica del Derecho extranjero ante los tribunales de Estados Unidos* (México: AMEDIP, 2020), p. 151. Disponible en PDF.

⁴⁶ Manuel Penades, *Ob. Cit.*, p. 607.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem.

este trabajo, los terceros pueden impugnar a través de la acción de nulidad estas decisiones, los cuales solo podrían hacerlo en vía ordinaria, debido a que por el principio de relatividad de los contratos, nadie puede verse sujeto a un negocio jurídico donde no haya prestado consentimiento, y porque tampoco pueden verse afectados por una cosa juzgada ajena; situación que haría que pueda haber múltiples impugnaciones por nulidad absoluta, una en sede arbitral y otras en la jurisdicción ordinaria, lo cual haría irremediablemente riesgosa la existencia de decisiones contradictorias que pudieran afectar la tutela jurisdiccional efectiva de los involucrados.

Lo afirmado cuenta sustento con la doctrina de Pérez Escalona, quien señala:

Al margen, aunque pudieran encontrarse y aceptarse argumentos que justifiquen que el interés afectado por el acuerdo impugnado no obsta la arbitrabilidad teórica de la impugnación, parece que los intereses afectados por los vicios determinantes de la infracción pueden revelarse como relevantes para condicionar su operatividad práctica, porque no queda claro que la apertura del procedimiento arbitral impida, per se, la actualización del riesgo de duplicidad de procedimientos y, muy particularmente, el supuesto de que un tercero con interés legítimo, respecto del que es discutible que se pueda extender la eficacia de cosa juzgada de un laudo firme, decida iniciar un procedimiento judicial de impugnación del acuerdo social objeto de arbitraje. Si, como parece, es muy discutible que la eficacia subjetiva del laudo –no del convenio arbitral como cláusula estatutaria inscrita– cubra a todos los sujetos eventualmente legitimados para impugnar el acuerdo social, lo cierto es que el riesgo de contradicción de pronunciamientos y/o de duplicidad de procedimientos puede terminar dando al traste con la bondad de la arbitrabilidad por empobrecer, en términos de litigiosidad de los acuerdos, la eficiencia de la solución arbitral de las impugnaciones⁴⁹.

5. Límite al efecto positivo del acuerdo arbitral estatutario

El principio de separabilidad del acuerdo arbitral es uno de los corolarios fundamentales del Derecho arbitral, el cual permite “la independencia de la cláusula arbitral, posibilitando su supervivencia pese a los ataques de los que pueda ser objeto el contrato principal”⁵⁰.

Este fundamento ha sido reconocido por nuestro ordenamiento jurídico arbitral que dispone en su articulado:

⁴⁹ Susana Pérez Escalona, «La impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje en derecho de asociaciones: admisibilidad teórica y viabilidad práctica», *Boletín de la facultad de derecho*, número 28 – (2006): 24-25. Recuperado de: <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFID-2006-28-43356C99/PDF>

⁵⁰ Ángela Marcela Vargas Silva, «La doctrina de la separabilidad: de los errores y afirmaciones más comunes hacia las verdaderas raíces de una regla de derecho internacional», *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 22 (2015): 97-140, https://xperta.legis.co/visor/rarbitraje/rarbitraje_50f528fa8e1f49f8bcd28ca93446f866/revista-internacional-de-arbitraje/la-doctrina-de-la-separabilidad%3a-de-los-errores-y-afirmaciones-mas-comunes-hacia-las-verdaderas-raices-de-una-regla-de-derecho-internacional

Artículo 7°. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.

Sin embargo, recientemente la doctrina internacional ha identificado la existencia de circunstancias denominadas “causales de nulidad de doble impacto”⁵¹, llamadas así “porque afectan simultáneamente al contrato subyacente y al convenio arbitral”⁵², y que permiten afirmar que la aplicación del principio de separabilidad no es de carácter absoluto.

Los supuestos de hecho para la nulidad de doble impacto que hasta ahora ha identificado la doctrina, son aquellos que integran la incapacidad y la doctrina general de los vicios en el consentimiento, donde se encuentra el error, la violencia y el dolo. Condiciones de procedencia que de ser probadas “se entenderá que el contenido del acuerdo objeto de esa falta de voluntad, no podrá ser aplicado a la parte que se vio afectada de algún vicio en su consentimiento”⁵³.

Ahora bien, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina ha señalado sobre la ausencia de formalidades esenciales de las asambleas que “Las asambleas inexistentes quedarían configuradas en los supuestos de falta efectiva de la reunión o de formas esenciales para la convocación de reunión de personas”⁵⁴, lo cual tiene completo sentido, debido a que como lo sostiene la doctrina clásica de Casas Rincón estaremos en presencia de un acto jurídico inexistente cuando “uno de los elementos esenciales indispensables a su formación hace falta”⁵⁵. Es así como estas circunstancias integran la doctrina del negocio jurídico inválido estudiado por Emilio Betti, quien expone:

Se denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales, o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio jurídico al que pertenece. Invalidez es aquella

⁵¹ Vika Mikaela Lara Tarancheko, «Las causales de nulidad de doble impacto: excepciones al principio de separabilidad del sistema arbitral» *USFQ Law Review* Volumen II (2020), <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/1739/2083>

⁵² Ídem.

⁵³ Carol Jiménez y María Palacios, «Separabilidad del acuerdo arbitral en virtud de la violencia en el perfeccionamiento del contrato principal» *Preambulo* 1 (2023): 103-122. <https://www.cierec.com/principia>

⁵⁴ «Nulidad absoluta de asamblea unánime en donde el socio ausente fue intencional e indebidamente desplazado del órgano de administración», *Microjuris*, acceso el 21 de mayo de 2023, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/03/13/nulidad-absoluta-de-asamblea-unanime-en-donde-el-socio-ausente-fue-intencional-e-indebidamente-desplazado-del-organo-de-administracion/>

⁵⁵ César Casas Rincón, *Obligaciones civiles*. T. I. (S/D: Fondo editorial Sanojo, S/D), p. 573.

inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica y es, conjuntamente, la sanción del deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medios adecuados para la consecución de sus fines propios⁵⁶.

Lo anterior fue argumentado en un caso reciente tratado por la Sala Política Administrativa, donde por la invocación de irregularidades en el proceso de convocatoria de una asamblea que adoptó una reforma de los estatutos e incluyó una cláusula arbitral, los magistrados sentenciaron que:

...visto que los nuevos estatutos son objeto de impugnación en la presente demanda, mal puede el juzgado *a quo* tomar en consideración su contenido a los fines de decidir sobre la falta de jurisdicción, toda vez que su validez se encuentra cuestionada⁵⁷.

Lo que permite afirmar que dentro del sistema de justicia venezolano ha sido aceptado que existen excepciones a la separabilidad del acuerdo, como lo es la ausencia de formalidades esenciales para celebrar asambleas, lo cual ocurrió de forma inédita en un caso vinculado con una controversia estatutaria. Particularmente la excepción que consideramos está identificando el órgano judicial es aquella basada en el aforismo jurídico *ex nihilo nihil fit*, que significa según el Diccionario Panhispánico de Español Jurídico “de la nada, nada proviene”⁵⁸. Esta circunstancia ha sido ampliamente debatida por la doctrina arbitral como un supuesto de excepción a la separabilidad del acuerdo, pero en el caso venezolano parece que el Tribunal Supremo de Justicia se inclina a favor de esta excepción al principio de separabilidad del acuerdo, que encuentra sustento en el caso *Cassia*, conocido por la Corte de Apelación de París y la Corte de Casación, donde ambos órganos sostuvieron:

En los hechos, las partes habían rubricado, aunque no firmado, un contrato que incluía una cláusula compromisoria y que fue incumplido. El tribunal arbitral se consideró competente, al entender que las partes habían consentido el arbitraje, pero según criterio de la CA de París el defecto en la formación del contrato según la ley aplicable (la paquistaní) lo hacía inexistente y no permitía fundar la competencia arbitral...⁵⁹

⁵⁶ Emilio Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico* (Granada: Editorial Comares, 2000), p. 405.

⁵⁷ Sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, No. 838 del 8 de diciembre de 2022.

⁵⁸ «*ex nihilo nihil fit*», Diccionario Panhispánico de Español Jurídico, acceso el 21 de mayo de 2023, <https://dpej.rae.es/lema/ex-nihilo-nihil-fit#:~:text=Gral.,Boecio%3A%20De%20aeternitate%20mundi>).

⁵⁹ «El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral», María Palazón, acceso el 21 de mayo de 2023, https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/71179/Preprint_El%20principio%20de%20separabilidad%20o%20autonomi%CC%81a%20del%20acuerdo%20arbitral.pdf?sequence=1&isAllowed=y

De igual forma, ha sido una postura acatada en el caso *Union Of India vs. Birla Cotton Spinning & Weaving*, conocido por la Corte Suprema de India que sentenció:

Una cláusula de arbitraje es una presentación escrita, acordada por las partes del contrato, y, como otras presentaciones escritas a arbitraje, debe ser interpretada de acuerdo a su lenguaje y a la luz de las circunstancias en las que fue hecha. Si la controversia se refiere a si el contrato que contiene la cláusula se ha celebrado alguna vez, esta cuestión no puede someterse a arbitraje en virtud de la cláusula, ya que la parte que niega haber celebrado el contrato está negando que se haya unido a la convención. Del mismo modo, si una de las partes del supuesto contrato alega que es nulo *ab initio* (porque, por ejemplo, la celebración de dicho contrato es ilegal), la cláusula de arbitraje no puede aplicarse, ya que, desde este punto de vista, la propia cláusula también es nula⁶⁰. (Traducción libre).

Por ello, la comunidad arbitral estatutaria venezolana debe advertir que al momento de adoptarse un acuerdo arbitral en un negocio jurídico multiparte, como lo es la formación de los estatutos sociales o la reforma de estos, si existen vicios no van a poder defender el acuerdo arbitral y con ello la jurisdicción de los tribunales arbitrales amparados en el principio de separabilidad, debido a que estos vicios pueden romper con el efecto positivo y negativo de los acuerdos de arbitraje, ya que los tribunales arbitrales al verificar estos defectos, podrían declarar su falta de jurisdicción.

No obstante, queremos advertir que es contrario al principio *Kompetenz-Kompetenz*, que la valoración inicial de si se está en presencia de una causal de nulidad de doble impacto la haga un tribunal de la jurisdicción ordinaria, debido a que como ha sido criterio reiterado de la jurisprudencia venezolana, los tribunales de la República para pronunciarse sobre la falta de jurisdicción deberán verificar únicamente si existe un acuerdo arbitral escrito, es decir, no podrán entrar a realizar valoraciones de fondo, porque es una competencia exclusiva de los tribunales arbitrales⁶¹. Asimismo, queremos enfatizar que estas excepciones identificadas, deben interpretarse de forma restrictiva y casuística, para que los operadores jurídicos puedan debatir en cada caso, si la invalidez del negocio jurídico principal también contamina al acuerdo arbitral.

⁶⁰ Corte Suprema de India. *Union Of India vs. Birla Cotton Spinning & Weaving*. Sentencia, 27 de marzo de 1963. Disponible en https://indiankanoon-org.translate.google.com/doc/1593938/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es&_x_tr_pto=sc

⁶¹ Sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, número 1067, del 3 de noviembre de 2010, caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.html>. Criterio reiterado en un caso vinculado a la materia bajo análisis en Sala Política Administrativa, número 621, 12 de mayo de 2011, caso: Centro Portugués. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00621-12511-2011-2011-0129.html>

CONCLUSIONES

Luego de las disertaciones realizadas se puede inferir del presente trabajo que las acciones de nulidad absoluta de las asambleas de accionistas o participantes de una organización determinada, a pesar de cumplir con los criterios de arbitrabilidad subjetiva y objetiva, no son convenientes que sean sometidas a arbitraje, debido a la legitimación extensa que existe sobre esa acción, lo cual permite determinar que la jurisdicción arbitral no es adecuada para conocer de estas controversias.

Asimismo, se ha podido verificar que una sentencia reciente del Máximo Tribunal de la República, ha determinado que existen límites al principio de separabilidad del acuerdo arbitral, los cuales se encuentran en la doctrina internacional de las causas de nulidad de doble impacto, donde se encuentra el aforismo *ex nihilo nihil facit*, que en el caso concreto del arbitraje estatutario se plantea cuando no se han cumplido con las formalidades esenciales para realizar la asamblea, cuestionamiento que afecta incluso a la cláusula arbitral que se adopte en el seno del órgano destinado a la formación de la voluntad social de la institución. Lo cual establece fronteras al efecto positivo y negativo del acuerdo arbitral estatutario.

BIBLIOGRAFÍA

- Araque Sayago, Ingrid e Ivette Esis. «Artículo 3». En *Ley de Arbitraje Comercial Comentada*. T. I. coords. Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquírigo. Caracas: CIERC, 2022. Disponible en <https://www.cierc.com/lacomentada>
- Bariona, Mario. «El arbitraje como medio alternativo de solución de disputas en las sociedades». *Revista Business Legal Report* (2012): 56-59. <https://cedca.org.ve/category/legal-report/>
- Batista, Pedro. «La arbitrabilidad subjetiva y la imperatividad de los derechos societarios como pretendidos factores impeditivos para adoptar el arbitraje en las sociedades anónimas». Acceso el 3 de abril de 2023. <http://batistamartins.com/la-arbitrabilidad-subjetiva-y-la-imperatividad-de-los-derechos-societarios-como-pretendidos-factores-impeditivos-para-adoptar-el-arbitraje-en-las-sociedades-anonimas-2/>
- Betti, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- Boutin, Gilberto. «Experticia jurídica sobre valoración de la prueba de iure ante los tribunales norteamericanos», en coord. Jorge Alberto Silva, *La pericial jurídica del Derecho extranjero ante los tribunales de Estados Unidos*. México: AMEDIP, 2020. Disponible en PDF.
- Canino, Euribel, «[Arbitrabilidad de los contratos de prestación de servicios entre las clínicas de fertilidad, médicos y pacientes por procedimientos de técnicas de reproducción asistida](#)». *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación* 1 (2022): 55-74. <https://arbitrajeccc.org/principal/primera-edicion-junio-2022/>
- Carmigniani, Eduardo, Carlos Cepeda Altamirano y Bernarda Muriel Bedoya. «Arbitraje estatutario en Ecuador: recientes reformas legislativas con errores de bulto». *Revista del Insti-*

- tuto Ecuatoriano de Arbitraje* 12 (2021): 206-225. <https://iea.ec/pdfs/revista-12/articulos/ARTICULO-7.pdf>
- Carrero, Juan. «El Arbitraje estatutario en Venezuela». *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Boletín Especial* (2022): 33-47. <http://revistabusinessvenezuela.com/webv/actualidad/boletin-especial-de-la-revista-marc/>
- Casas Rincón, César. *Obligaciones civiles*. T. I. S/D: Fondo editorial Sanojo, S/D.
- Castagnino, Diego. «Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano». *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje* 2 (2021): 35-67. <https://avarbitraje.com/anuario-nro2-2021/>
- Castagnino, Diego. «El acuerdo de arbitraje societario». *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación* 1 (2022): 84-109. <https://arbitrajeccc.org/principal/primer-edicion-junio-2022/>
- Club Español del Arbitraje. «Informe sobre el arbitraje societario en España». Acceso el 15 de marzo de 2023. https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf
- Código de Comercio de Venezuela. Gaceta Oficial extraordinaria No. 475, sancionado por el Congreso de Venezuela en 1955.
- Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial No. 2.990, Extraordinario, del 26 de junio de 1982.
- Corte Suprema de India. *Union Of India vs. Birla Cotton Spinning & Weaving*. Sentencia, 27 de marzo de 1963. Disponible en https://indiankanoon-org.translate.google/doc/1593938/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es&_x_tr_pto=sc
- Corte Constitucional de Guatemala, expediente No. 878-2010, de fecha 15 de marzo de 2011.
- Diccionario Panhispánico de Español Jurídico. «*ex nihilo nihil fit*». Acceso el 21 de mayo de 2023. <https://dpej.rae.es/lema/ex-nihilo-nihil-fit#:~:text=Gral.,Boecio%3A%20De%20aeternitate%20mundi>
- Escovar Alvarado, Ramón. «El Arbitraje Comercial frente a la Responsabilidad Civil Extra-Contractual». En *Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich-Orsini*. Caracas: ACIENPOL, 2012.
- Goldschmidt, Roberto. *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1964.
- Hernández-Bretón, Eugenio. *Problemas contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano*. Caracas: Editorial Sherwood, 2004.
- Hernández-Bretón, Eugenio. «Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental», *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- Jiménez, Carol y María Palacios. «Separabilidad del acuerdo arbitral en virtud de la violencia en el perfeccionamiento del contrato principal». *Preambulo* 1 (2023): 103-122. <https://www.cierc.com/principia>
- Lara Tarancheko, Vika Mikaela. «Las causales de nulidad de doble impacto: excepciones al principio de separabilidad del sistema arbitral» *USFQ Law Review* Volumen II (2020). <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/1739/2083>

- Lepervanche, Carlos. «Aproximación a la solución de conflictos societarios mediante arbitraje». *Revista Business Legal Report* (2010): 48-51. https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/JULIO_-2010.pdf
- Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.
- Ley de Registros y Notarías. Gaceta Oficial No. 6.668, Extraordinario, del 16 de diciembre de 2021.
- Madrid, Claudia. «Venezuela como foro conveniente. Efectos en Venezuela de una decisión extranjera sobre *forum non conveniens*», en coord. Jorge Alberto Silva, *La pericial jurídica del Derecho extranjero ante los tribunales de Estados Unidos* México: AMEDIP, 2020), p. 151. Disponible en PDF.
- Mata Palacios, Luis Enrique. «La acción de nulidad absoluta como medio de impugnación de las decisiones de las asambleas de la sociedad anónima». *Revista de la Facultad de Derecho* 67-70 (2012-2015): 368-385. <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/download/3657/3132/11718>
- Mélich-Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2017.
- Microjuris. «Nulidad absoluta de asamblea unánime en donde el socio ausente fue intencional e indebidamente desplazado del órgano de administración». Acceso el 21 de mayo de 2023. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/03/13/nulidad-absoluta-de-asamblea-unanime-en-donde-el-socio-ausente-fue-intencional-e-indebidamente-desplazado-del-organo-de-administracion/>
- Naizir, Juan Carlos. «Arbitrabilidad objetiva: ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho?». *Revista Vniversitas* 139 (2019): S/D. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/27246>
- Palazón, María. «El principio de separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral». Acceso el 21 de mayo de 2023. https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/71179/Preprint_El%20principio%20de%20separabilidad%20o%20autonomi%CC%81a%20del%20acuerdo%20arbitral.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Penades, Manuel. «La protección de los intereses generales por los tribunales arbitrales y el *forum non conveniens* (The protection of general interests by arbitral tribunals and *forum non conveniens*)». En *España y la Unión Europea en el orden internacional*, eds. Elena Petit De Gabriel and José Alcaide Fernández. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3642745
- Pérez Escalona, Susana. «La impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje en derecho de asociaciones: admisibilidad teórica y viabilidad práctica». *Boletín de la facultad de derecho* 28 (2006): 24-25. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:bfd-2006-28-43356c99/pdf>
- Sentencia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, No.01543, del 18 de julio de 2001.
- Sentencia n° 1541 de Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional de 17 de Octubre de 2008. Caso: Hildegard Rondon De Sansó.
- Sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, No. 1067, del 3 de noviembre de 2010, caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.html>.

Sala Político Administrativa, número 621, 12 de mayo de 2011, caso: Centro Portugués. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00621-12511-2011-2011-0129.html>

Sentencia Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, No. RC-662, del 26 de octubre de 2017. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/204473-RC.000662-261017-2017-17-381.HTML>

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, No. 838 del 8 de diciembre de 2022.

Tarrío Berjano, Manuel Gerardo. “La Cláusula estatutaria para la sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales. Esquema de situación”. Acceso el 21 de mayo de 2023. <https://www.notariado.org/portal/documents/176535/641205/n%C3%BAm+55+-+Sumario+-+DOCTRINA+-+La+cl%C3%A1usula+estatutaria+para+la+sumisi%C3%B3n+a+arbitraje+de+la+impugnaci%C3%B3n+de+los+acuerdos+sociales.+Esquema+de+situaci%C3%B3n%2C+por+Manuel+Gerardo+Tarr%C3%ADo+Berjano.pdf/58adcbcd-8bfd-d54c-93e8-57b87afe5593?t=1571241048662>

Trivella, Pablo. «Impugnación de asambleas de accionistas mediante arbitraje en el Derecho venezolano». *Revista Derecho y Sociedad* 16 (2020): 266-291. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/16/deryso_2020_16_266-291.pdf

Vargas Silva, Ángela Marcela. «La doctrina de la separabilidad: de los errores y afirmaciones más comunes hacia las verdaderas raíces de una regla de derecho internacional», *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 22 (2015): 97-140, https://xperta.legis.co/visor/rarbitraje/rarbitraje_50f528fa8e1f49f8bcd28ca93446f866/revista-internacional-de-arbitraje/la-doctrina-de-la-separabilidad%3a-de-los-errores-y-afirmaciones-mas-comunes-hacia-las-verdaderas-raices-de-una-regla-de-derecho-internacional

Zabaleta, Sebastián y Raúl Ruiz. «La Doctrina del *Forum non Conveniens* ¿Amigo o enemigo del Derecho internacional privado?». *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela* 5 (2023): 361-385, <https://www.mdipc-ucv.com/el-anuario-de-la-maestría>

Zambrano, Freddy. *Obligaciones*. Caracas: Editorial Atenea, 2008.