



## EN LA BÚSQUEDA DEL ÁRBITRO IDEAL: LA ÉTICA DEL ÁRBITRO<sup>1</sup>

### RESUMEN:

La ética, que emana de la llamada moralidad positiva y tiene una naturaleza empírica y descriptiva, es una incógnita si no se tiene conciencia de que se trata de un imperativo moral que conlleva descubrir valores concretos que sean los más justos y adecuados para autorrealizarnos como personas, y conduce a la búsqueda del árbitro ideal, o más bien a preguntarnos si realmente se idealiza esa búsqueda o sencillamente se busca el árbitro que pueda favorecernos dándole el matiz de un mandato.

### PALABRAS CLAVES:

Ética, neutralidad, confidencialidad, imparcialidad, independencia, transparencia, contradicción, eficacia, respeto a las normas, libertad, representación, arbitraje, República Dominicana.

**E**n el evento organizado por el Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio de Santiago en el Primer Congreso Internacional sobre Arbitraje con motivo de los quince años de la puesta en vigor de la Ley núm. 489-08, de Arbitraje Comercial, promulgada el 19 de diciembre de 2008, se analizó el contenido normativo de la Ley 489-00, reflexiones que fueron expuestas por un grupo de invitados especiales, tanto nacionales como extranjeros, en una línea de investigación sobre su estructura. Se estableció una lectura ordenada y clara de esta ley, y, en efecto, al tratar de hacer el análisis doctrinal de dicha disposición sobre la organización y funcionamiento del arbitraje, se percibe, aun con las falencias que pueda contener, una normativa legal de gran proyección y oportuna aplicación en las eventualidades que se presentan en el intrincado juego del arbitraje, considerando, a tal efecto, que la proyección de una ley y sus consecuencias reside en su vocación de servir de instrumento pacífico para una buena administración de justicia.

De manera específica con respecto a la Ley 489-08 de Arbitraje Comercial, a los quince años de su puesta en vigor, es tiempo de una cosecha que tiene una motivación especial, en la que se valora el trabajo terminado cuando en lo íntimo del corazón se guarda el recuerdo de esperanzas que han resultado plausibles para todo cuanto se esperaba de ella.

Han pasado quince años en los que quedaron atrás días inciertos, pero, llegado el tiempo para la cosecha, la semilla dio fruto, crecieron plantas vigorosas, las espigas ondean bajo el viento, y un campo fecundo en la resolución alternativa de controversias ofrece una cosecha como pocas. Si la cosecha ha sido buena, surge una gran satisfacción; sin embargo, si ha sido mala, deja un mal sabor, pero ha dependido de cada uno tener en la mesa los frutos recogidos, gracias a aquellos que emprendieron el difícil trabajo de sembrar una buena semilla en el arbitraje.

Digamos que la selección y desarrollo del tema que nos convoca es sobre la ética del árbitro, la cual, dicho sea de

<sup>1</sup> Este trabajo fue presentado el 17 de marzo de 2023, atendiendo a una invitación del Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio de Santiago, en el Primer Congreso Internacional sobre Arbitraje con motivo de los quince años de la puesta en vigor de la Ley núm. 489-08 de Arbitraje Comercial promulgada el 19 de diciembre de 2008.



paso, la Ley 489-08 no menciona como tal. Sin embargo, siendo una disposición legal de apenas 47 artículos, dispone a mi entender de once principios que le siguen como la sombra al cuerpo, y que a su vez sirven de resguardo o garantía para la aplicación de una ética de trabajo en la que el árbitro debe proceder con imparcialidad, honestidad, diligencia y respeto, haciendo suyas, en este caso, tanto las cualidades de los árbitros como el Código de Ética de Árbitros a las que hacen referencia las Normas Complementarias al Reglamento de Arbitraje del Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo, cuyas garantías mínimas se asumen y comprometen anticipadamente a los árbitros a respetar como sustento y pilar de todo el sistema arbitral.

Estas garantías, como se ha indicado, se refieren, entre otras, a las siguientes:

- a) cualidades de los árbitros, como son:
  - i) conocimientos y experiencia;
  - ii) disponibilidad;
  - iii) seguridad;
  - iv) firmeza para ejercer el control del procedimiento, y flexible a la vez;
  - v) creatividad necesaria que permita adoptar las resoluciones más convenientes dependiendo de las circunstancias del litigio;
  - vi) pensamiento lógico y capacidad de raciocinio;
  - vi) gozar de buen estado de salud físico y mental; y
  - vii) alto grado de probidad, honradez e integridad moral.
- b) a su vez, las normas del Código de Ética de Árbitros vistos como principios rectores de la conducta del buen árbitro, como son:
  - i) neutralidad, garantizando a las partes un trato imparcial y equitativo<sup>2</sup>;
  - ii) confidencialidad, que la información suministrada por las partes solo sea utilizada en el proceso arbitral;
  - iii) imparcialidad, asumiendo la responsabilidad de conducir el proceso de manera independiente, objetiva e imparcial y de velar por el cumplimiento fiel de sus obligaciones frente a las partes cuyos derechos y pretensiones serán por él decididos y frente a terceros, velando por el recto comportamiento de todos los actores o participantes en el proceso; conlleva no favorecer o discriminar a ninguna de las partes inmersas en el conflicto, ni mostrar predisposición hacia determinado aspecto relacionado con la controversia;

iv) independencia, referido a un criterio objetivo respecto al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia, calificando de independiente a un árbitro que carezca de vínculos próximos, sustanciales, recientes y probados.

A esto se puede agregar todo cuando da forma al procedimiento arbitral:

- i) transparencia,
- ii) contradicción,
- iii) eficacia,
- iv) respeto a las normas,
- v) libertad y
- vi) representación.

En cuanto a los once principios contenidos en la Ley 479-08, si los vemos como orientadores o guías para lograr un objetivo, se encuentran:

- i) buena fe (artículo 20 (2));
- ii) orden público (artículos 3 (2), 7, 39 (f), 45 (g));
- iii) independencia e imparcialidad (artículos 22 (2) y 15 (5));
- iv) exclusión o arbitrabilidad (artículo 3);
- v) autonomía de la voluntad y autonomía del convenio arbitral (artículos 9 y 11);
- vi) agilidad y eficiencia (artículo 9);
- vii) igualdad, contradicción y confidencialidad (artículo 22);
- viii) competencia (artículo 20);
- ix) no incompatibilidad del acuerdo de arbitraje y supremacía de la decisión del tribunal arbitral (artículo 13);
- x) debido proceso (artículos 39 (b) y 45 (b); y
- xi) sumisión negativa, principal efecto de un acuerdo de arbitraje, que significa que una vez sea suscrito ningún tribunal nacional pueda conocer de la controversia que surja entre las partes (artículos 8 y 9).

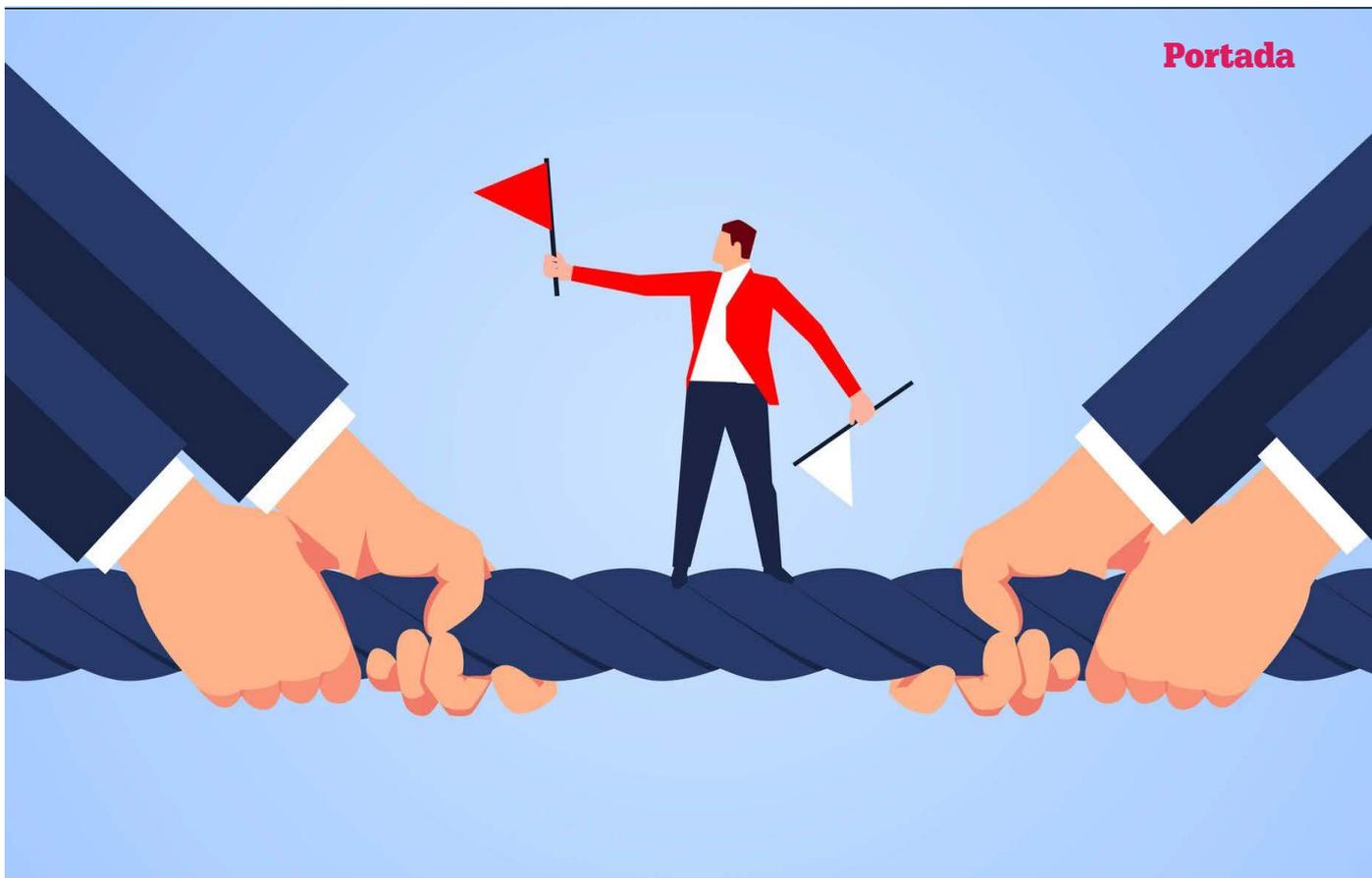
## 2. ÁMBITO DE LA ÉTICA

En cuanto a este punto, hay que verlo desde una aproximación a la dimensión ética —y si se quiere hasta moral—, en una vertiente personal y social, que conlleva convivir en íntima relación con los otros por estar relacionados socialmente, encontrando que las relaciones humanas se cimentan en unas normas o costumbres básicas<sup>3</sup>.

Desde esa perspectiva, los latinos denominaban *mores* o prácticas de convivencia social a las que, basadas en la mutua coope-

2 La neutralidad exige imparcialidad, o más bien esta es el componente esencial de aquella. *Vid.* SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. "Ética del árbitro", en Arbitraje, vol. IV, núm. 1 (2011), p. 67.

3 Es preciso señalar que, para poder definir el "concepto de derecho, Kant emplea el término 'ético' en dos sentidos: uno estricto y otro amplio, que se ve cuando considera el Derecho como 'Ciencia de las Leyes Morales', que él divide en jurídicas y éticas; de ahí, que Kant considera a la ética como 'Ciencia de las leyes de la libertad' en donde su legalidad es válida también para la teoría del derecho, ya que opina que la teoría del derecho debe de fundarse en principios; negando así el 'empirismo jurídico'. Por tanto, la ética es válida, tanto para la sociedad jurídica como para la comunidad moral, abarcando esta como sistema de fines, el fin del derecho y, por consiguiente, recae también sobre la teoría del derecho, por lo que, la significación universal de la ética se presenta como teoría general de deberes, ya que todos los deberes en cuanto deberes, pertenecen a la ética; por otro lado, al considerar Kant el Estado, en tanto 'Estado de naturaleza ético', la ética adquiere entonces, un sentido estricto, al considerarla en su significación como 'ciencia de la voluntad moral y de la comunidad moral'. ALVARADO, Víctor. "Ética y filosofía del derecho en Kant y su influencia en la declaración universal de los derechos humanos". *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 110 (mayo-agosto 2006), pp. 203-204.



ración, hacían posible la coexistencia, de donde deriva la palabra *moral*. En ese sentido, el término latino *mos* corresponde al griego *ethos*, que según se escriba con “e” larga o con “e” breve tiene en griego distinto significado: carácter, personalidad o bien costumbre, modo de comportarse; de ahí que, ya sea con “e” breve o larga, hay que dar la primacía de significado al *éthos*-carácter cuando se utiliza en el contexto de la ética, y por esto lo ético tiene una más directa y estrecha relación con el carácter que con la costumbre.

De esta manera, el tema sobre la ética es una incógnita si no se tiene conciencia de que se trata de un imperativo moral que conlleva descubrir “valores concretos que sean los más justos y adecuados para autorrealizarnos como personas”<sup>4</sup>.

Digamos que hay una relación de la ética y la moral desde la perspectiva etimológica:

La palabra ética que proviene del griego «*êthos*» significa en su origen, estancia, lugar donde se habita, y que posteriormente, Aristóteles dio un giro al término, asociándolo a la manera de ser, el carácter, la forma de vida que vamos moldeando en nuestra existencia. La ética se consideraba como segunda casa o naturaleza adquirida, no heredada como lo es la naturaleza biológica. En esa virtud, se fundamenta en que una persona puede moldear, forjar o construir su modo de ser esto es, su «*êthos*» que expresamente significa

hábito o costumbre, corresponde como hemos expresado al concepto latino de *mos, moris*, habito, costumbre y modo de vida del que nos hemos ido apropiando. La Moral proviene de *mores*=costumbre, en el sentido en que las costumbres también definen nuestra manera de ser y de actuar<sup>5</sup>.

De este modo:

Por la moral se entiende el conjunto de principios, valores, pautas de comportamiento, motivaciones, reglas e intereses que determinan nuestras acciones, cuando éstas son realizadas de manera consciente y voluntaria. Y por ética se infiere que comprende el análisis reflexivo y crítico, propio de la reflexión filosófica, con el que justificamos, validamos, fundamentamos y damos razones de esos principios, valores, pautas, motivaciones, que comprenden la moral. Por tanto, ambas hacen referencia a un tipo de saber que orienta a la obtención de un buen carácter, que permite enfrentar la vida con altura humana y ser justos y felices, y a la vez forjar un buen carácter para ser humanamente íntegros<sup>6</sup>.

En realidad, se hace énfasis en la importancia de la ética partiendo de una aserción de lo que se vive en congruencia y convergencia con los principios éticos que regulan el comportamiento moral.

4 LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo. *Fundamentación de la ética cristiana*. Madrid: San Pablo, 1990, p. 9.

5 ORTIZ MILLÁN, Gustavo. “Sobre la distinción entre ética y moral”. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 45 (2016), pp. 113-139.

6 Ídem.

Debe señalarse que:

La Ética, a su vez, emana de la llamada moralidad positiva, y tiene una naturaleza empírica y descriptiva; por tanto es aquella parte de la Moral que se cumple, se practica y se exige de hecho a la generalidad del grupo, porque ese mismo grupo es capaz de practicarla; por tanto, se puede decir que en general lo cual es comprensible en todo grupo social existe un cierto distanciamiento entre los ideales de su Moral, y los ideales que practica en su Ética, que a su vez refleja las aspiraciones morales predominantes en el grupo, y éste las hace explícitas en exigencias que hace obligatorias para sus miembros<sup>7</sup>.

Digamos, entonces, que un buen punto de partida para establecer la trascendencia de la ética se encuentra en dar testimonio de lo que se vive, esto es, de la coherencia, que es el valor que nos hace ser personas de una pieza, actuando siempre de acuerdo con nuestros principios. Diríase, de vivencias en la vida ordinaria que revelen nuestro comportamiento, no siendo proclives a relativizar las cosas. Se es o no se es ético, no hay punto intermedio, igual que nadie puede decir que está medio embarazada. Es por esta razón que sostengo que la moral y la ética siempre tendrán un punto de convergencia, porque los principios éticos regulan el comportamiento moral.

Desde esa perspectiva, se encuentra una ética filosófica antes llamada ética general, que siendo como tal ética no es una evasión a los genuinos problemas éticos; en cuanto a lo filosófico, aun rechazando que la filosofía moral pueda disolverse en una teología moral o moral cristiana<sup>8</sup>, esta última constituye un factor importante en lo que quiero comunicar. Desde esa perspectiva, el tema ni quien lo escribe prescinde de una moral pensada siendo filosófica, pero tampoco puede interpretarse que esto pueda excluir la moral vivida, o como quiera llamársele (a riesgo de que sea catalogada como una herejía), religiosa o secularizada, minoritaria o social, personal o usual<sup>9</sup>.

No puede negarse que la ética es uno de los grandes temas del momento, se ha puesto de moda, con sus matices particulares y hasta acomodaticios a cada persona, en ámbitos variados que van desde la bioética, la caridad mediática, las acciones humanitarias, el medioambiente, la moralización en los negocios, la política y los medios de comunicación, entre otros. Se

dice que todos estos temas se han convertido en el espacio privilegiado donde se descifra el nuevo espíritu de la época. En el que el bien y el mal no pueden determinarse por las conveniencias y los intereses de los que manejan y acumulan poder, bajo la premisa de que es “bueno” lo que conviene a esos intereses y “malo” lo que daña esos mismos intereses.

De esta manera, hemos observado no sin asombro que desde la “segunda mitad del siglo XX esta ha disuelto las homilías moralizadoras, erradicado los imperativos rigoristas y engendrado una cultura en la que se ha sustituido: El mandato moral por la felicidad; la prohibición por los placeres; la obligación por la seducción”<sup>10</sup>.

En verdad, vivimos tiempos recios o fuertes, como en el pasado, aunque ahora con un modernismo alienante. Aun así, ya advertía san Agustín que “no digamos que el tiempo pasado fue mejor que el presente, porque las virtudes son las que hacen los buenos tiempos, y los vicios los que lo vuelven malos”.

No obstante, me identifico con la postura del profesor español Marciano Vidal, religioso redentorista, con quien compartí en un curso de formadores sobre la “moral de actitudes” hace algunos años. Desde esa perspectiva, moderniza la expresión *tiempos recios* diciendo que estamos viviendo tiempos inciertos, porque si hay “algo que tiene que contar la navegación ética es que se hace sobre ondas inciertas”.

Por otra parte, Carlos Ignacio Massini Correas, secretario académico de la Universidad de Mendoza, publicó un artículo sobre algunos aspectos del pensamiento del entonces cardenal Joseph Ratzinger, “Verdad, Libertad y el Paradigma Ético Contemporáneo”, que aclara lo expuesto<sup>11</sup>:

El paradigma ético que estudiamos sólo daría cuenta de una mínima porción de la experiencia moral, dejando fuera de su consideración los aspectos de mayor relevancia de ordenación de la praxis humana. Todo se resuelve entonces, en el más absoluto permisivismo moral, en el que todo aquello que no cause un daño directo a otro individuo, queda fuera de la regulación ética y remitido al amplísimo ámbito de la autonomía personal. Hume y Kant—son las fuentes principales de lo que podemos llamar el paradigma ético contemporáneo, es decir, la matriz según la cual se construyen en la actualidad la gran mayoría de las teorías éticas<sup>12</sup>.

7 ESTAVILLO CASTRO, Fernando. “Ética en el arbitraje”, en *Arbitraje Internacional: pasado, presente y futuro. Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, t. II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje – IPA, 2013, p. 1119.

8 ARANGUREN, José Luis. *Ética*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1997, p. 10.

9 Referente al “principio supremo de la ética: El principio supremo de la doctrina de la virtud es: actúa según una máxima de fines tal que tenerlos pueda ser una ley universal para cada uno. –Según este principio el ser humano es fin tanto para él mismo como para los demás y no es suficiente que no esté autorizado a tratarse a sí mismo y a los otros meramente como medios (con esto puede ser también indiferente para con ellos), sino que es en sí mismo un deber del ser humano proponerse como fin al ser humano en general. En cuanto a la definición de la ética, se puede definir como el sistema de los fines de la razón práctica. Fin y deber diferencian las dos partes de la doctrina general de las costumbres. Que la ética contenga deberes a cuyo cumplimiento uno no puede ser (físicamente) coaccionado por otros es simplemente la consecuencia de que la ética es una doctrina de los fines, ya que una coacción ejercida para tener fines se contradice a sí misma”. MACARENA, Marey. *El derecho en Kant. Una investigación de sus fundamentos*, Tesis presentada para la obtención del grado de doctora en Filosofía, Universidad Nacional de la Plata Facultad de Humanidades y Ciencias de la educación Secretaría de Posgrado, 2010, Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.351/te.351.pdf>.

10 CANO JIMENEZ, Miguel Ángel. *Hacia una ética global. Principios universales para construir una cultura de paz*, volumen IV. Madrid: Edición del autor, 2018, p. 81.

11 Fuente: [www.um.edu.ar/es/noticias/26-archivo11/462-153.html](http://www.um.edu.ar/es/noticias/26-archivo11/462-153.html).

12 “No caben dudas hoy en día acerca de que la teoría ética contemporánea es hija de la Ilustración y de su concepto de libertad; en efecto, los ilustrados rompieron con las tres fuentes consagradas de la objetividad y de la fundamentación ética: la tradición, la Revelación y la naturaleza humana, abriendo así la pendiente hacia el subjetivismo y del autonomismo individual”. Id.



Entendamos que el tema sobre la ética es una incógnita si no se tiene conciencia de que se trata de un imperativo moral que conlleva descubrir “valores concretos que sean los más justos y adecuados para autorrealizarnos como personas”<sup>13</sup>. En la exhortación apostólica *Evangelii gaudium* del 24 de noviembre de 2013 (núm. 57) sobre el anuncio del evangelio en el mundo actual, el papa Francisco se pregunta por qué molesta tanto que se hable de ética.

A propósito de lo anterior, escuché una vez a un expositor decir que “las personas fueron creadas para ser amadas y las cosas fueron creadas para ser usadas. La razón por la que el mundo está en caos es porque las cosas están siendo amadas y las personas están siendo usadas”.

Lo anterior mueve a dos preguntas, cuándo estamos en un nivel moral y cuándo estamos a nivel ético:

En un nivel moral si: a) cumplimos una promesa aun cuando ese cumplimiento acaree problemas; b) adoptamos una posición responsable ante una iniquidad; c) no nos dejamos narigonear tratándose de quien se trate, queriendo imponer criterios que van en contra de nuestros principios; d) ayuda-

mos o corregimos al prójimo aunque esto hiera su orgullo; e) decidimos ser sinceros con alguien que busca en nosotros una amistad sincera; f) rechazamos todo tipo de corrupción (incluyendo la de la propia persona) aun a sabiendas de que nadie nos está observando.

En un nivel ético si: a) razonamos que los pactos han de cumplirse siempre, aun cuando no tenga forma legal; b) nos preguntamos sobre qué tiene más valor moral, la intención que inspira un acto o los resultados que con él se obtienen; c) reflexionamos sobre valores, preguntándonos si el valor de la autenticidad es preferible al valor de la amistad; d) tenemos presente la máxima o regla de oro: “No hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti”<sup>14</sup>.

En todo esto tiene que ver también la libertad y la responsabilidad, entendiendo que la libertad humana es una libertad responsable; diríase, que la responsabilidad es otro aspecto de la libertad: vienen a ser como el anverso y reverso de la misma moneda.

En esto corresponde la pregunta ¿cómo se nos va a hacer responsables de nuestros actos si no somos libres? En verdad,

<sup>13</sup> LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo, ob. cit., p. 9.

<sup>14</sup> Fuente: UCLA <http://www.ucla.edu.ve>.

## Portada

cuando más libres de condicionamientos estamos, más responsables somos; por eso el irresponsable no es libre, porque es incapaz de vencer todo cuanto lo ata a sus querencias y desvaríos, y por lo tanto no puede reclamar libertad. En ese orden, Víctor Frankel indicaba que en Nueva York junto a la estatua de la libertad se debería poner otra igual de la responsabilidad; de lo contrario se cae en el libertinaje, que es irresponsabilidad y degeneración de la libertad<sup>15</sup>.

Por otra parte se encuentra la conciencia de que estemos o no de acuerdo con lo que escribió Juan Jacobo Rousseau sobre que “hay en el fondo de las almas un principio innato de justicia y virtud, por el cual juzgamos nuestras propias acciones y las de los demás, como buenas o malas, y es a este principio al que le da el nombre de conciencia”. Para seguir nuestra conciencia debemos formarla, lo que implica buscar unos valores básicos correctos que vayan dirigidos al bien y el desarrollo del ser humano. De esto se deduce que las ideas básicas que nos sirven como eje en el razonamiento moral son los valores, ya que estos fundamentan la razón de nuestros actos.

### 3. DOS ASPECTOS IMPORTANTES DE LA ÉTICA PARA TENER EN CUENTA

a) La dimensión ética como aquella condición de la realidad humana por la que el hombre se construye a sí mismo libre y coherentemente en la búsqueda del bien.

b) El proyecto ético, mediante el cual el ser humano, arrojado a un determinado mundo moral, tiene la capacidad y en cierto modo el deber de hacer su propio proyecto ético personal y social dándole sentido a la moral heredada y a las morales sociales. De ahí que “el proyecto ético de vida consiste en una planeación consciente e intencional que realiza una persona con el fin de dirigir y proyectar su vida en los diversos campos del desarrollo, buscando satisfacer necesidades y deseos vitales que están en la estructura de su ser, con el fin de avanzar en la plena realización de sí misma asumiendo las implicaciones y consecuencias de sus actos”. Expresaba Jean Paul Sartre: “Yo soy lo que me voy haciendo”.

### 4. PRINCIPIOS ÉTICOS FUNDAMENTALES, LOS VALORES Y LA ÉTICA

Entendido los principios como directrices que guían la forma de actuar de las personas en orden a su racionalidad y concien-

cia, se reconocen determinadas normas que tradicionalmente se explican de la siguiente manera:

- a) la autonomía, que tiende a la realización las metas personales respetando la capacidad de autodeterminación;
- b) la beneficencia, que implica la protección de los más vulnerables;
- c) la no maleficencia (no hagas daño), parte esencial en la tradición de la ética médica;
- d) la justicia, que exige una ponderada decisión en los casos que se traten.

Estos principios inducen a determinar que la ética no es la moral, aunque su misión es explicar la moral efectiva e influir en la moral misma.

En consecuencia, el fundamento de la ética o en lo que se basa es en el ser humano, ya que esta estudia su conducta; se basa en hacer el bien y no el mal, de cuya actitud dependerá una buena relación social, que lleva, cada vez que vamos a ejecutar una acción más o menos importante, a preguntarse:

¿Por qué lo vamos a hacer?

¿Qué queremos conseguir?

¿Cómo lo haremos?

Seguido de las próximas preguntas que debemos hacernos:

¿Mi decisión me llevará a ejecutar una acción justa o injusta?

¿Esta acción me ayudará a crecer como persona, me traerá paz emocional y espiritual?

¿Lo que voy a hacer perjudica a alguien directa o indirectamente?

¿Lo hago por capricho, o sé que me conviene realmente?

Por su parte, los valores morales son cualidades objetivas y reales que interpelan a la libertad y la responsabilidad del ser humano para edificar su vida de acuerdo con lo bueno y lo justo frente al mal y a la injusticia. Entiendo que no hay crisis de valores, sino de valoraciones. Se dice entonces que el ser humano es un proyecto para realizarse a través de toda su vida mediante el ejercicio de su libertad, y que debe tener en cuen-

<sup>15</sup> Se habla de la “ética perfecta de la libertad, en la que, la coherencia en la verdad siempre es difícil, pero posible; de esta manera, el mundo puede aplastar al hombre, pero --decía Pascal--, aún entonces el hombre lo trasciende, porque el hombre sabe que está siendo aplastado, mientras que el mundo lo ignora. Por eso incluso en situaciones degradantes, el hombre sigue siendo dueño de sus actos y puede optar por abandonarse a la abyección o por afirmarse en su humanidad, los campos de concentración —nazis y soviéticos— lo han puesto de relieve muchas veces”. Vid. OROZCO-DELCLÓS, Antonio. *La ética perfecta de la libertad*, Fuente: catholic.nethtps://es.catholic.net.



ta el derecho y la dignidad de los otros a la hora de tomar sus decisiones.

## 5. EN LA BÚSQUEDA DEL ÁRBITRO IDEAL<sup>16</sup>

Aquí valdría recordar a un personaje legendario, Diógenes de Sinope, que vivió 300 años antes de Cristo, filósofo griego de quien destacan su vida austera, su desprecio de toda convención social, cultor de la literatura cínica, interesada fundamentalmente por la moral, admirado tanto por su radical autonomía y su vida ascética como por su valentía a la hora de criticar los vicios de su época, en la que cuenta la tradición que se pasea por las calles de Atenas recorriendo el ágora en pleno día con un farol encendido mientras repetía: “Busco a un hombre”, agregando yo, honrado u honesto<sup>17</sup>.

Lo anterior lleva o conduce a la búsqueda del árbitro ideal, o más bien a preguntarnos si realmente se idealiza esa búsqueda o sencillamente se busca el árbitro que pueda favorecernos dándole el matiz de un mandato.

Esto se inscribe dentro de la responsabilidad de los árbitros<sup>18</sup>, su conducta, que puede “proyectarse en el buen orden del procedimiento o en la coherencia de la decisión que afecta el *iter* procedimental”<sup>19</sup>.

Respecto al perfeccionamiento normativo y reglamentario de la ética arbitral, en cuanto al compromiso de valores éticos como buen árbitro, se dice lo siguiente:

- a) En sus obligaciones éticas la función esencial consiste en proporcionar el diálogo entre las partes facilitando el acuerdo.

16 Extraído de lo que es o debe ser el perfil del jurista, bien puede aplicarse al perfil del árbitro: a) conocimiento del contenido de las normas jurídicas; b) comprender el derecho como un sistema jurídico coherente, completo e independiente; c) uso de la lógica y la metodología jurídica aplicando razonablemente las normas jurídicas a los casos que se le presenten; d) destreza en la argumentación jurídica; e) razonamiento crítico; f) percepción de la realidad social y el mundo de las ideas fuera de la normativa jurídica; g) entender el derecho como un modo de institucionalizar valores sociales que propendan al bien común; h) asumir el deber ético profesional del ejercicio de la profesión, y la responsabilidad social que implica. Además, apelar a su propio ingenio, comunicar con claridad, reconocer los cambios sociales que se reflejan en el derecho, y aun agobiado por el ejercicio responsable de su profesión ejercer con dignidad disfrutando de su integridad personal.

17 Vid. TERCEIRO SANMARTÍN, N. «Diógenes “el Cínico”: entre la anécdota y la historia». *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios griegos e indoeuropeos* 29 (2019), pp. 113-132.

18 Sobre el particular, puede ampliarse: Vid. PERDOMO RAMÍREZ, Wanda. “La responsabilidad civil de los árbitros, ¿inmunidad o impunidad?”. *Gaceta Judicial*, núm. 314 (2013), pp. 68-74. JUDKIEWICZ, Małgorzata. “La responsabilidad de los árbitros por los incumplimientos de sus obligaciones en el arbitraje”, en THEMIS: Revista de Derecho, ISSN 1810-9934, ISSN-e 2410-9592, núm. 77, 2020 (Ejemplar dedicado a: Arbitraje), pp. 147-160.

19 GONZÁLEZ SORIA, Julio. *La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en el derecho español*. Fuente: *Advocatus*, (032), 37-60. <https://doi.org/10.26439/advocatus2015.n032.4382>.

do, tanto individualizando los puntos litigiosos como alcanzando una respuesta justa para estos.

b) Deben estar muy presentes dos preocupaciones esenciales: de un lado, desempeñar con profesionalidad su oficio, dejando bien sentado su compromiso ético con la institución arbitral, su capacidad y su integridad, al margen de otras consideraciones como conseguir ser designado continuamente como árbitro; por otro lado, el entendimiento de que su decisión no solo afecta directamente a las partes, sino a otros por el resultado de un proceso arbitral.

c) Deben ser conscientes de la responsabilidad de sus funciones y que sus actuaciones deben orientarse hacia un óptimo equilibrio entre equidad y eficiencia con el objetivo último de alcanzar un laudo razonablemente ajustado a la realidad con los menores costes posibles, por tanto, las obligaciones éticas de un árbitro comienzan a regir a partir del momento en que acepta el nombramiento y subsisten durante todas las etapas del procedimiento arbitral.

d) Las normas de ética profesional, entendidas como principios de orden moral que deben guiar la actuación del operador jurídico, adquieren especial importancia tratándose del ejercicio de la actividad arbitral, que lleva a las instituciones vinculadas con el arbitraje que asuman una especial preocupación por establecer un catálogo de principios éticos que sirva de guía a la acción del árbitro<sup>20</sup>.

En esta función:

El buen árbitro es el que impone sus valores éticos en la conciencia de que ello compromete su prestigio y de que su futura actuación en tal oficio va a verse favorecida por una conducta conforme con su criterio, y no plegado a las exigencias de un caso concreto. Por esta razón, las normas de ética profesional, entendidas como principios de orden moral que deben guiar la actuación de todo profesional, adquieren especial importancia tratándose de la labor desarrollada por los árbitros<sup>21</sup>.

En cuanto al contenido ético del acceso a la función arbitral, se encuentran los siguientes renglones:

1. Revelación de conflicto de intereses, que ayudan a una observancia plena de la independencia e imparcialidad en el arbitraje.

2. Deber de transparencia, que abarca:

a) Imparcialidad como cualidad esencial de todo juzgador, ya sea árbitro o juez; sin dejar de lado la dificultad de la prueba objetiva que presupone en el arbitraje la posición equidistante que deben mantener los árbitros respecto de las posiciones de las partes expresadas al inicio del procedimiento y durante este;

b) Independencia, considerando, que esta no es solo una virtud, sino una condición inherente a la libertad de juzgar, implicando dicha libertad estar ajeno a cualquier consideración ideológica, política o de solidaridad profesional.

### 6. CONTENIDO ÉTICO DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ARBITRAL

a) Disponibilidad, que recae en la función de los árbitros al asumir una función compleja y delicada, pues deben dar respuesta a una situación controvertida que enfrenta a las partes y, por eso, su desempeño debe acomodarse a determinados principios y estándares que garanticen la idoneidad de la decisión que alcancen, esto es, con absoluto respeto a una serie de aspectos éticos del arbitraje

b) Relaciones de los árbitros con los intervinientes en el proceso arbitral, cuya conducta ética les impide mantener cualquier comunicación directa o indirecta con cualquiera de las partes, con los testigos, los peritos u otras personas vinculadas o interesadas en la causa, sobre materias vinculadas con el arbitraje y sin la presencia de la otra parte.

c) Confidencialidad, como obligación que pesa sobre los árbitros y las partes de no divulgar el contenido del procedimiento, especialmente de los documentos y pronunciamientos producidos, incluyendo el laudo arbitral, además del secreto de las deliberaciones. El árbitro o los árbitros deben siempre actuar dentro de la racionalidad de la ley, teniendo en cuenta lo que Montesquieu denomina *la boca muda del juez*.

Por otra parte, Fernando Estavillo Castro escribió el artículo "Ética en el arbitraje o ética del árbitro", con motivo de la invitación del Instituto Peruano de Arbitraje para participar en el libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains<sup>22</sup>, del cual extraigo las siguientes ideas:

a) Diversas obligaciones o deberes a cargo de los árbitros, entre los que se encuentran deberes impuestos por las partes, deberes impuestos por la ley y deberes éticos; los árbitros se deben comportar de acuerdo con altos estándares morales y éticos y deben asegurarse de que se apliquen esos mismos estándares durante el proceso arbitral.

b) Independencia e imparcialidad, algo considerado imperativo y no derogable o dispensable por las partes, directrices que se refieren a diversos supuestos conforme a los cuales la persona propuesta como árbitro puede estar impedida

20 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. "Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión". *Arbitraje*, vol. VI, núm. 3 (2013), pp. 800-801.

21 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Contenido ético del oficio de árbitro*, Congreso Arbitraje, La Habana 2010, p. 1.

22 Presentado en Lima, Perú, el 25 de abril de 2013 en el marco del VII Congreso Latinoamericano de Arbitraje celebrado del 24 al 26 de abril de 2013.



para fungir como tal, y se describen en orden de importancia en una lista de tres colores como si fueran los colores de un semáforo:

- i) Roja. Señala ciertos impedimentos absolutos, no exhaustivos, que no son dispensables; por ejemplo, un árbitro que sea representante legal de una de las partes en el arbitraje, que tenga un cargo o un interés financiero significativo en una de las partes; o, un árbitro que asesore regularmente a la parte que lo designó.
- ii) Naranja. Contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones que a la vista de las partes pudieran dar lugar a dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del prospecto de árbitro, sin que necesariamente le impidan actuar con ese carácter; tienen la obligación de revelar esas circunstancias a las partes, como, por ejemplo, que haya sido abogado de una de las partes dentro de los últimos tres años, sin que exista entre el árbitro y esa parte una relación permanente.
- iii) Verde. Identifica circunstancias que no solo no deben considerarse como impedimento para fungir como árbitro, sino incluso quedan excluidas del deber de revelación a las partes, ya que dicha revelación en nada contribuiría a mejorar la independencia o la imparcialidad del árbitro, y sí podría en cambio ocasionar problemas injustificados.

c) Deber de revelación, esto es, revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia; desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, que debe revelar sin demora tales circunstancias a las partes en caso de que surjan, a menos que ya se hubieran hecho de su conocimiento.

d) Competencia profesional, implica, esencialmente, que antes de aceptar el encargo el prospecto de árbitro se cerciore de que reúne las características necesarias para desempeñar su función, tanto por lo que concierne a las habilidades profesionales y experiencia requeridas a la luz de la materia y de la naturaleza de la controversia sobre la cual habrá de versar el arbitraje, como de las disposiciones legales aplicables.

e) Disponibilidad. Antes de aceptar su designación, el prospecto de árbitro debe verificar prudentemente la naturaleza, complejidad y envergadura del arbitraje por iniciarse, y de ser posible la naturaleza del procedimiento que será necesario para la instrucción de la causa, a fin de determinar si estará en posibilidad de dedicar al arbitraje la atención y tiempo necesarios.

f) Deber de actuar con el debido cuidado en la aplicación de sus habilidades al desempeñar su función, como corresponde a las expectativas de las partes; exige no solo un análisis completo y exhaustivo de las promociones de las partes y

## Portada

de las pruebas ofrecidas por ellas, sino una clara comprensión de todas las cuestiones controvertidas que deberán ser resueltas en los laudos, y la consideración de todas las disposiciones legales y resoluciones judiciales relacionadas con los hechos y cuestiones controvertidos, frente a las circunstancias del caso, poniendo también atención en la jurisprudencia arbitral y en otras fuentes que en su caso pudieran ser útiles para tomar las decisiones respectivas.

g) Desempeño directo de la función de árbitro, cuyo carácter y función tienen una naturaleza *intuitu personae*, y por ello la designación como tal constituye una consecuencia y una manifestación implícita de la confianza que la parte que hace la designación, o bien la institución nominadora, deposita en el árbitro ateniéndose presumiblemente a su competencia profesional, disponibilidad, capacidad de juicio, perfil ético y reputación; por tanto, el árbitro tiene a su vez la obligación tanto legal como ética de desempeñar personalmente la función encomendada, sin que le esté permitido delegar en terceros el estudio del caso o las deliberaciones necesarias, que constituyen funciones que de manera inexcusable debe desempeñar personalmente<sup>23</sup>.

h) Diligencia en el desempeño de la función, relacionado estrechamente con el deber de disponibilidad ya comentado, cuyo desempeño con la debida diligencia es sin duda el mejor antídoto contra las tácticas dilatorias en el procedimiento arbitral.

i) Igualdad de trato a las partes, debiendo el tribunal arbitral el deber de actuar judicialmente, lo que consiste en el deber de respetar las reglas del debido proceso legal, que constituye una obligación jurídica más que una simple obligación moral.

j) Oportunidad a las partes para hacer valer sus derechos.

k) Confidencialidad, que se considera perpetua y puede ser dispensada únicamente en circunstancias excepcionales.

l) Comunicaciones con las partes, evitar todo género de comunicaciones directas con una sola de las partes, particularmente con aquella que lo haya designado como árbitro, y especialmente tratándose de cuestiones o asuntos relativos al fondo o méritos de la controversia, que deben ser rehusadas.

m) Esforzarse por dictar un laudo que sea ejecutable.

Bajo estas premisas, vale preguntarse a manera de reflexión lo siguiente:

- a) ¿Es posible que un árbitro mantenga la imparcialidad siendo designado por una de las partes?
- b) ¿Cómo manejar la independencia, imparcialidad y confidencialidad del árbitro?

c) ¿Es posible que haya una responsabilidad del árbitro por sus actuaciones antiéticas?

Dos aspectos para destacar:

- a) Contravención del deber de transparencia, cuya apariencia de parcialidad puede ser una base para anulación cuando el árbitro ha faltado a su deber de revelación, mientras que la anulación se vuelve más sólida cuando se ha comprobado fehacientemente la parcialidad.
- b) Contravención del deber de confidencialidad, con el objeto de garantizar que el arbitraje comercial sea efectivo ha de existir una amplia confianza pública en la integridad y justicia del proceso, pues la institución arbitral no reposa exclusivamente en la confianza, sino también en la seguridad jurídica. La exigencia de responsabilidad implica, desde este punto de vista, una garantía a través de la cual las partes se aseguran de que los árbitros desempeñen la función de juzgar que es sustraída a los jueces. Esta es la sanción esencial que preside este sector.

Como regla general, la violación del deber de confidencialidad por uno o más árbitros no tiene repercusión en la validez del laudo arbitral y la jurisprudencia comparada considera que esta circunstancia no puede incluirse entre las causas que avalan su anulación.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

Todo cuanto queda dicho lleva a las obligaciones de los árbitros, que tienen su fundamento en todo el comportamiento ético que rodea al arbitraje:

- a) la competencia, la diligencia y el deber de confidencialidad;
- b) la neutralidad, la disponibilidad y ejercer diligentemente su función;
- c) cumplimiento sin reservas de un código ético.

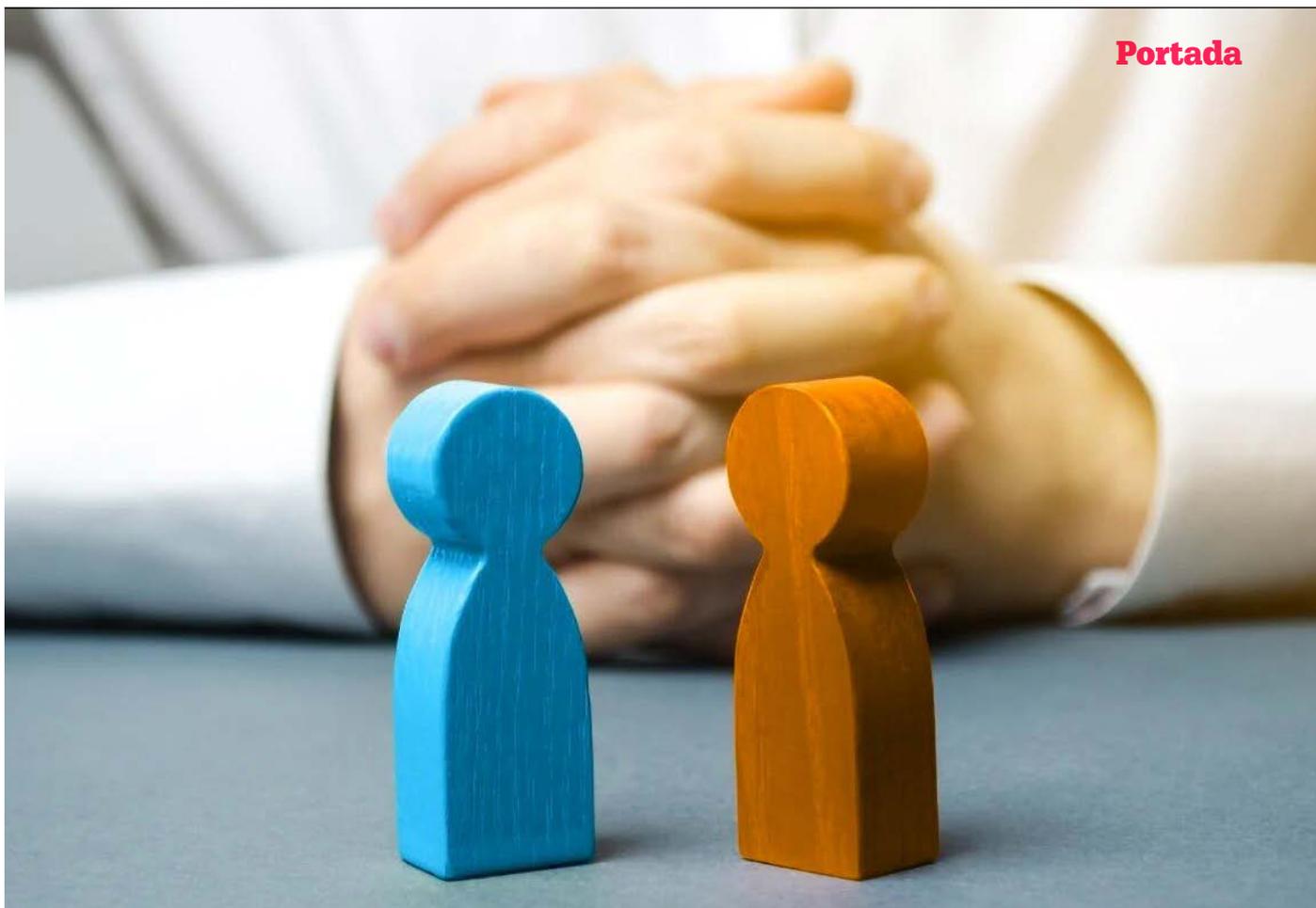
De aquí surge la inquietud a manera de una requisitoria: ¿Ética o capacidad? ¿Qué se prefiere?

Aun cuando esta entrega está dirigida a la ética del árbitro, sería de interés en otros encuentros tratar lo referente a la ética de las partes en el arbitraje<sup>24</sup>.

Como dos virtudes que en el orden ético deben poseer los profesionales en sus distintas ramas se aplican a los árbitros, que resumo, la honradez y la humildad sin hipocresías. Lo hago con dos cuentos extraídos de las obras de Anthony de Mello.

23 Consecuentemente, la intervención de secretarios administrativos para el auxilio del tribunal arbitral, cuando así lo permiten las reglas que rigen el procedimiento, está sujeta a que las partes y los demás miembros del tribunal autoricen el nombramiento del secretario administrativo, independientemente de que este queda impedido de participar en las deliberaciones del tribunal o en la toma de decisiones, y sus tareas se circunscriben a actividades meramente administrativas y logísticas en apoyo del tribunal arbitral.

24 Se dice con frecuencia que la calidad de un arbitraje suele ser directamente proporcional a la calidad de los árbitros a cargo del caso, y considero que la validez de este aserto no excluye la verdad de que la calidad del procedimiento arbitral es también directamente proporcional a la calidad de las partes que en él intervienen y de sus abogados; si bien cabría decir también que el desarrollo, calidad y consolidación del arbitraje en un país determinado suele ser también directamente proporcional a la calidad de la judicatura que existe en él.



a) Sobre la honradez (tomado de *Un minuto para el absurdo*) que según su autor no ha sido escrito para instruir, sino para despertar, para descubrir, sin darse en cuenta la silenciosa enseñanza que se esconde en estos cuentos.

“La sinceridad no es suficiente, solía decir el Maestro; lo que hace falta es la honradez. ¿Y cuál es la diferencia?, le preguntaron. La honradez consiste en estar constantemente abierto a la realidad, dijo el Maestro, mientras que la sinceridad no es otra cosa que creerse la propia propaganda”.

b) Sobre la humildad. El yo (tomado de *La oración de la rana*)

“El diablo transformado en el ángel de luz se apareció a uno de los santos Padres del desierto y le dijo: ‘Soy el Ángel Gabriel y me ha enviado a ti el Todopoderoso’. El monje replicó: ‘Piénsalo bien. Seguramente has sido enviado a otro. Yo no he hecho nada que merezca la visita de un ángel’. Con lo cual el diablo se esfumó y jamás se volvió a acercarse al monje”.

## BIBLIOGRAFÍA

ARANGUREN, José Luis. *Ética*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1997.

CANO JIMENEZ, Miguel Ángel. *Hacia una ética global. Principios universales para construir una cultura de paz*, volumen IV. Madrid: Edición del autor, 2018.

ESTAVILLO CASTRO, Fernando. “Ética en el arbitraje”, en *Arbitraje Internacional: pasado, presente y futuro. Libro homenaje a Bernardo Crema-*

*des e Yves Derains*, t. II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje – IPA, 2013.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión”, en *Arbitraje*, vol. VI, núm. 3, 2013.

— *Contenido ético del oficio de árbitro*, Congreso Arbitraje La Habana, 2010.

GONZÁLEZ SORIA, Julio. *La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en el derecho español*: Advocatus, 2015.

JUDKIEWICZ, Małgorzata. “La responsabilidad de los árbitros por los incumplimientos de sus obligaciones en el arbitraje”. *Themis: Revista de Derecho*, ISSN 1810-9934, ISSN-e 2410-9592, núm. 77 (2020).

LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo. *Fundamentación de la ética cristiana*. Madrid: San Pablo, 1990.

OROZCO-DELCLÓS, Antonio. *La ética perfecta de la libertad*. En línea: <https://es.catholic.net>.

ORTIZ MILLÁN, Gustavo. “Sobre la distinción entre ética y moral”. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 45, 2016.

PERDOMO RAMÍREZ, Wanda. “La responsabilidad civil de los árbitros, ¿inmunidad o impunidad? *Gaceta Judicial*, núm. 314 (2013).

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. “Ética del árbitro”. *Arbitraje*, vol. IV, núm. 1 (2011).

TERCEIRO SANMARTÍN, N. «Diógenes “el Cínico”: entre la anécdota y la historia». *Cuadernos de Filología Clásica*. Estudios griegos e indoeuropeos 29.



# LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES ESTATUTARIAS EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES

## RESUMEN:

Se analiza la validez de las cláusulas arbitrales estatutarias en las sociedades comerciales de la República Dominicana bajo la óptica del consentimiento como requisito indispensable del arbitraje.

## PALABRAS CLAVES:

Arbitraje, arbitraje estatutario, sociedades comerciales, estatutos sociales, consentimiento indirecto, separabilidad, derecho societario, República Dominicana.

## INTRODUCCIÓN

**D**urante las últimas dos décadas, una de las tendencias más interesantes en el derecho civil ha sido la expansión del arbitraje como mecanismo de resolución de disputas. En este marco, el arbitraje estatutario se ha destacado por ser una forma de resolución de conflictos que surge en el contexto de las empresas y su relación con sus accionistas; en lugar de recurrir a los tribunales públicos, el arbitraje estatutario se basa en cláusulas de arbitraje incorporadas en los estatutos de la empresa, lo que significa que cualquier disputa que surja entre la empresa y sus accionistas se resolverá a través de un proceso de arbitraje privado.

La eficacia y rapidez del arbitraje estatutario como mecanismo de solución de disputas a respuestas societarias hacen de él una alternativa preferente a la lentitud de la justicia ordinaria, por lo que en los últimos años hemos visto un número creciente de sociedades comerciales avocarse a este mecanismo.

Ahora bien, este mecanismo no viene sin sus riesgos y consecuencias. Actualmente, nuestra norma es silente sobre la

inserción de las cláusulas arbitrales en los estatutos de una sociedad, por lo que esto se rige por la norma societaria imperante y se trata como cualquier otra modificación. En las sociedades personalistas (empresas individuales de responsabilidad limitada - siglas EIRL), el caso es simple, ya que el criterio imperante es la unanimidad de los socios, mientras que, en el caso de las sociedades de capital (sociedades anónimas (SA), sociedades de responsabilidad limitada (SRL) y sociedades anónimas simplificadas (SAS), la realidad es diferente, ya que las modificaciones estatutarias se rigen por un criterio de mayoría reforzada, no de unanimidad.

Esto implica, en palabras resumidas, que una cláusula arbitral pudiera ser insertada a los estatutos sociales de una sociedad comercial, aplastando el consentimiento de una parte de los socios minoritarios disidentes o ausentes. Esta realidad ignora la naturaleza propia del arbitraje y sus requisitos esenciales, los cuales representan una real barrera en la validez del arbitraje estatutario, ya que requiere un consentimiento inequívoco como requisito *sine qua non*; las cláusulas compromisorias estatutarias, en diversos casos, carecen de este consentimiento inequívoco, y encuentran su vinculación



en el carácter normativo de los estatutos y en la tesis del consentimiento indirecto.

Aunque la arbitrabilidad objetiva de la materia societaria se encuentra contemplada en la Ley 479-08, de Arbitraje Comercial, como producto de la amplitud que dio el legislador en el momento de establecer un umbral de materias susceptibles, la práctica nos ha dejado con diversos cuestionamientos, en los casos en que el consentimiento es cuestionable.

### **LA FUERZA NORMATIVA DE LOS ESTATUTOS Y EL CONSENTIMIENTO INDIRECTO**

Los estatutos, en principio, constituyen la *lex inter partes* en una sociedad comercial. Estos regulan la vida en sociedad y contienen las reglas de juego que los socios de una determinada sociedad comercial deberán respetar en el ejercicio de una acción social. Desde el momento en que se constituye la sociedad de capital, a partir de la suscripción de los estatutos sociales, y con su posterior inscripción ante los organismos

públicos correspondientes, se forma un ente con verdadera personalidad jurídica<sup>1</sup>, sujeto de derechos y obligaciones. La voluntad societaria se ejecuta a través de la gerencia o del consejo de administración, órganos directivos según el tipo societario de que se trate. Los socios, por su lado, tienen un deber de respeto a las decisiones de la asamblea (órgano deliberativo) y de la gerencia o el consejo de dirección, siempre y cuando estas últimas se ajusten a los poderes conferidos en los estatutos.

En las sociedades de capital en materia societaria, la modificación estatutaria se encuentra sujeta a una mayoría de tres cuartas partes, la cual, aunque se pudiese considerar como una mayoría agravada, aun supone un criterio de mayoría y no de unanimidad. Es lógico pensar entonces que un socio minoritario ausente o que se encuentre en franco desacuerdo con la introducción de una cláusula arbitral estatutaria se encontraría en una posición vulnerable. Para los socios minoritarios disidentes o ausentes, el efecto de la fuerza normativa de los estatutos sociales implica que estos se encuentran vinculados

<sup>1</sup> Art. 450 de la Ley núm. 479-08: "La empresa individual de responsabilidad limitada pertenece a una persona física y es una entidad dotada de personalidad jurídica propia, con capacidad para ser titular de derecho y obligaciones, los cuales forman un patrimonio independiente y separado de los demás bienes de la persona física titular de dicha empresa".

por todas las cláusulas dentro del instrumento societario, sin la capacidad de separarse de sus efectos.

Sin embargo, tomando en consideración lo establecido, hay una tesis —la cual ha sido ampliamente discutida— que justifica el poder normativo de los estatutos sociales por ser la ley entre las partes: el consentimiento indirecto. Dicha tesis, en suma, afirma que el socio, al momento de entrar a la sociedad comercial, presta su consentimiento no solo para las cláusulas producto de su voluntad, sino para todas aquellas que fuesen debidamente autorizadas por la mayoría de los accionistas. En tanto, en el momento en que el socio presta su consentimiento para entrar a la sociedad, se somete a las decisiones emanadas de la mayoría.

Esta tesis ha encontrado su manifestación por excelencia en la jurisprudencia estadounidense, específicamente en la decisión del caso *Boilermakers*, a partir del cual la Corte Suprema del estado de Delaware estableció un modelo contractual societario en torno a dos elementos constitutivos: el primero, la teoría del consentimiento implícito o indirecto, y el segundo, “el derecho inquebrantable de los accionistas a adoptar y modificar los estatutos de la sociedad”. En dicha jurisprudencia la corte dictaminó que los socios que se adhieren a una sociedad comercial dan su consentimiento para las decisiones tomadas por la junta gubernativa y por los socios en mayoría. Aun cuando la decisión se haya tomado contra su consentimiento, manifestado con su voto en contra o con su ausencia, el socio tiene la obligación de adherirse a la decisión tomada.

Más allá, la Corte Suprema estadounidense confirmó este criterio en su jurisprudencia *Galaviz v. Berg*<sup>2</sup>, estableciendo que una enmienda a los estatutos sociales adoptada por la mayoría de los accionistas sería ejecutable, lo que implica que los accionistas quedan obligados por las resoluciones del órgano cuando se sometan a votación de manera adecuada. Sin embargo, en palabras de Radin<sup>3</sup>, “existe una profunda tensión entre la jurisprudencia arbitral de la Corte Suprema que justifica la ejecución del arbitraje con el consentimiento de las partes, y la realidad de que, en muchos casos, no ha habido ningún consentimiento significativo”.

Como nos indica Hernández Medina<sup>4</sup>, “los defensores de la oponibilidad general del arbitraje estatutario se apoyan principalmente en la fuerza normativa de los Estatutos, afirmando correctamente que sus cláusulas obligan a todos los socios, aunque no la hayan consentido expresamente. Ciertamente, el socio no tiene que aprobar todas las disposiciones estatutarias ni todas las decisiones de la asamblea para que le sean oponi-

bles. Puede incluso manifestar su desacuerdo con ellas, pero deberá respetarlas mientras permanezca en la sociedad. El simple rechazo de una resolución no justifica la inaplicabilidad de la misma”.

Ospina Fernández y Ospina Espinal<sup>5</sup> opinan de manera similar, indicando que “las manifestaciones de la voluntad de los particulares pasan a convertirse en verdaderas normas jurídicas, dotadas de los atributos propios de estas, entre los de la obligatoriedad, en cuya virtud las partes que, ligadas por sus propios actos, como lo estarían si las prestaciones que estipulan libremente fueran impuestas por el propio legislador”.

### EL CONSENTIMIENTO COMO REQUISITO *SINE QUA NON*

Roque Caivano<sup>6</sup> describe el consentimiento como “la concurrencia de dos o más voluntades que se manifiesta por oferta y aceptación – tiene como presupuesto que la voluntad esté revestida de componentes internos (discernimiento, intención y libertad) y externos (su manifestación)”. La falta de alguno de los requisitos internos vicia la voluntad, y el acto se torna inválido.

### SOLUCIONES NORMATIVAS

En otros sistemas jurídicos, ante este problema, han primado soluciones innovadoras. En España, el legislador ha establecido de manera taxativa un criterio claro, permitiendo el arbitraje estatutario para las disputas societarias únicamente en las sociedades comerciales de capital. La lógica del legislador es evidente: las sociedades comerciales de capital requieren la unanimidad como regla para modificar sus estatutos, así que el problema antes descrito no tiene cabida en dicho caso.

En el caso venezolano, por ejemplo, el legislador ha optado por requerir que la cláusula arbitral sea desglosada en un documento aparte, el cual requiere de su propia firma, para así salvaguardar el consentimiento de las partes.

### CONSIDERACIONES SOBRE LA TESIS DEL CONSENTIMIENTO INDIRECTO

Tomando en consideración lo analizado, nos resulta difícil aceptar la tesis antes expuesta, ya que, ante todo, es preciso entender que el arbitraje nace como una genuina manifestación de la autonomía de la voluntad<sup>7</sup> y siempre dentro de los límites propios de su ejercicio, establecidos por nuestro ordenamiento jurídico. En el caso de las sociedades mercantiles, el arbitraje es una manifestación de la voluntad de las partes, que puede realizarse mediante la formalización del contrato que da

2 Galaviz v. Berg, 763 F. Supp. 2d 1170 (N.D. Cal. 2011).

3 RADIN, Margaret Jane. “Boilerplate: The fine print, vanishing rights and form the rule of law”. Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2013.

4 HERNÁNDEZ MEDINA, Guillermo. “Arbitraje Estatutario: Entre el libre consentimiento y la normatividad de los estatutos”. *Gaceta Judicial*, núm. 312 (noviembre 2012).

5 OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E. *Teoría general del contrato y el negocio jurídico*, 7.ª ed.: Editorial Temis, Bogotá, 2005.

6 CAIVANO, Roque. *Arbitraje: Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*: Ad Hoc, Buenos Aires.

7 Para Cervantes-Bravo (citado por el Mag. Édynson Alarcón), “el acuerdo de arbitraje es el recipiente en que se deposita la voluntad de las partes y su extraordinaria importancia tanto para que haya arbitraje como para que pueda iniciarse un procedimiento en sede arbitral, no admite discusión. Y sigue exponiendo misma autora que no solo es la Fuente de la deriva el poder de los árbitros, sino que también se erige como factor clave para determinar la competencia entre estos y los jueces”.



nacimiento o posteriormente con el acuerdo a que lleguen los socios<sup>8</sup>. La sociedad, en sentido restringido, es –y puede ser a la vez– un contrato, una forma legal típica de agrupación voluntaria de personas y una técnica de organización de empresa<sup>9</sup>. Aunque ciertamente los contratos de sociedad conllevan sus propias particularidades, estos son verdaderamente contratos, y se encuentran bajo la sombrilla de las disposiciones ordinarias contractuales de nuestro Código Civil y deben registrarse por las condiciones de validez de los contratos, entre los cuales se encuentra el consentimiento<sup>10</sup>.

Ahora bien, la naturaleza contractual de las cláusulas arbitrales también implica que sus efectos solo pueden producirse respecto a las partes contratantes, por la aplicación del principio *res inter alios acta*, el cual encuentra su manifestación normativa en el artículo 1165 del nuestro Código Civil y nos dice que “los contratos no producen efectos sino respecto de las partes contratantes; no perjudican a terceros ni lo aprovechan, sino en el caso previsto en el artículo 1121”. Este principio, denominado “principio del efecto relativo de los contratos”, estable-

ce que las reglas contractuales no pueden obligar a terceros. Su razón dogmática se basa en que el contrato es un acto jurídico bilateral con fuente en la autonomía privada y solo causa obligaciones para quienes lo celebran. Es así como los efectos jurídicos de un contrato son limitados, y por ello se dice que no pueden perjudicar a terceros que no han participado en su celebración<sup>11</sup>.

La jurisprudencia francesa, por su parte, ha delineado un criterio interesante: “En el derecho del arbitraje internacional, los efectos de la cláusula compromisoria se extienden a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato cuando su situación y sus actividades hacen presumir que han tenido conocimiento de la existencia y del alcance de la cláusula, con el fin de que el árbitro pueda familiarizarse con todos los aspectos económicos y jurídicos de la controversia”<sup>12</sup>.

Más allá, las consecuencias de una interpretación estricta del efecto normativo de los estatutos serían gravosas para el socio que se encuentra prácticamente expuesto a un arbitraje

8 CREMADES, B. “Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral”. En línea: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/12505/21805>.

9 VICENT CHULIA, F. *Introducción al derecho mercantil*, 17.a ed.: Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

10 Artículo 1108 de nuestro Código Civil: “Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención: el consentimiento de la parte que se obligue; su capacidad para contratar; un objeto cierto; una causa lícita en la obligación”.

11 ORELLANA UBIDIA, Adriana. “El área gris entre la relatividad de los contratos y la inclusión de terceros no signatarios en el arbitraje”. *Universidad de San Francisco de Quito Law Review*. Vol. 1, núm. 2 (2014).

12 *Société V 2000 c. Société Project XJ 220 Ltd*. Corte de Apelación de París. 7 de diciembre de 1994.

## Portada

forzoso<sup>13</sup>, ya que no solamente implica una adhesión involuntaria al procedimiento arbitral, sino también una denegación del acceso a la justicia<sup>14</sup>. Nuestra jurisprudencia ha sido reiterativa en el valor supremo del acceso a la justicia como derecho fundamental<sup>15</sup>, y ha conectado dicha primacía al arbitraje<sup>16</sup>. Además, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha sido constante en el criterio de que el acceso de la justicia debe siempre primar ante el arbitraje<sup>17</sup>. Esto nos obliga a plantearnos la siguiente pregunta: ¿se puede limitar un derecho fundamental como producto de un consentimiento indeciso? La respuesta, nos parece, es no, ya que permitirlo implicaría una amenaza contra la eficacia de un derecho fundamental, transcrito en nuestra carta magna, lo que implicaría una violación al artículo 6 de nuestra Constitución. Inclusive, este tipo de cláusulas pudiesen ser atacadas mediante una acción de amparo, de acuerdo con el artículo 72 de la Constitución dominicana, en defensa al derecho de acceso a la justicia consagrado en el artículo 69 de nuestra carta magna.

Así las cosas, también, pudiésemos apuntar al principio de separabilidad de la cláusula arbitral, el cual implica de manera clara que la cláusula arbitral tiene independencia del contrato madre. Esta realidad supone que el poder normativo de los estatutos sobre el pacto arbitral no es igual que a otras cláusulas, sino que debe respetar la naturaleza propia del convenio, pues el convenio arbitral no tiene la misma naturaleza que otras cláusulas, sino que más bien representa un contrato dentro de otro contrato.

## CONCLUSIÓN

El arbitraje estatutario es una forma de resolución de conflictos que surge en el contexto de las empresas y su relación con los accionistas. Si bien puede ser beneficioso para las empresas al evitar costosos litigios y mantener la privacidad de los asuntos internos, también hay preocupaciones legítimas sobre cómo este método de resolución de conflictos puede favorecer

los intereses de las empresas en detrimento de los derechos de los accionistas individuales. Además, algunos argumentan que el arbitraje estatutario puede ser utilizado como una forma de limitar la responsabilidad de la empresa en casos de irregularidades o comportamiento ilegal. Por lo tanto, la efectividad del arbitraje estatutario dependerá del equilibrio entre los intereses de la empresa y los derechos de los accionistas individuales, y de la transparencia y justicia del proceso de arbitraje en sí mismo. Como en cualquier proceso de resolución de conflictos, es importante que se asegure una justicia equitativa y se protejan los derechos y las responsabilidades de todas las partes involucradas.

## BIBLIOGRAFÍA

CAIVANO, Roque. *Arbitraje: Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*: Ad Hoc, Buenos Aires.

CREMADES, B. "Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral". En línea: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/12505/21805>.

HERNÁNDEZ MEDINA, Guillermo. "Arbitraje estatutario: Entre el libre consentimiento y la normatividad de los estatutos". *Gaceta Judicial*, núm. 312 (noviembre 2012).

MATA OTEIZA, Daniel. *El arbitraje societario*: Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2015.

ORELLANA UBIDIA, Adriana. "El área gris entre la relatividad de los contratos y la inclusión de terceros no signatarios en el arbitraje". *Universidad de San Francisco de Quito Law Review*. Vol. 1, núm. 2 (2014), Quito.

OSPINA FERNÁNDEZ, G, y OSPINA ACOSTA, E. *Teoría general del contrato y el negocio jurídico*, 7.ª ed.: Editorial Temis, Bogotá, 2005.

RADIN, Margaret Jane. "Boilerplate: The fine print, vanishing rights and form the rule of law". Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 2013.

Société V 2000 c. Société Project XJ 220 Ltd. Corte de Apelación de París. 7 de diciembre de 1994.

13 Vásquez Palma se refiere al arbitraje forzoso cuando expresa: "Es aquel impuesto imperativamente por la ley como único procedimiento para resolver determinados litigios. A partir de un mandato legal se excluye la competencia de los tribunales ordinarios otorgándose a los árbitros para conocer determinados asuntos".

14 Artículo 69, párrafo 2, de la Constitución dominicana: "2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley".

15 SCJ, Salas Reunidas, 22 de febrero del 2017, núm. 79, B. J. 1275: "El arbitraje convencional como institución se sustenta como hemos dicho en la concepción libertaria, la cual es uno de los valores esenciales del Estado Democrático de Derecho, que es la libertad del hombre; por otro lado, cuando por encima de la voluntad expresada en condición de libertad y que como en el caso que nos ocupa fue lo que permitió que las partes por vía contractual decidieran someter a las contestaciones derivadas del contrato de fórum del arbitraje en Zúrich, Suiza, se desconoce lo acordado para hacer valer que la jurisdicción nacional es la competente, subyace el valor de tutelar el acceso a la justicia".

16 La Suprema Corte de Justicia estableció "que la Constitución Dominicana, garantiza el respeto de los derechos fundamentales, y establece mecanismos para la tutela de estos derechos; que a juicio de esta Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia, establecer con carácter obligatorio el agotamiento de los preliminares establecidos en la Ley de Seguros y Fianzas, en la forma en que lo disponen los artículos 105, 106 y 109 de la referida ley, en el sentido de que la presentación del acta de no conciliación emitida por la Superintendencia o el laudo arbitral, sea una condición indispensable para accionar en justicia, aún en el contrato de seguros exista una cláusula que lo disponga, constituiría una limitación al libre acceso a la justicia y violentaría el principio de la igualdad de todos ante la ley, ambos derechos fundamentales consagrados por nuestra Constitución, y por las convenciones internacionales sobre derechos humanos de las cuales la República Dominicana es signataria, razones por las cuales, la corte a-qua hizo bien en confirmar la sentencia de primer grado, muy especialmente en el rechazo de la reapertura de los debates planteada por la demandante original ahora recurrida sustentada en el aporte de un documento expedido por la Superintendencia de Seguros con el cual pretendía demostrar que la fase de arbitraje había sido agotada, por entender que dicho documento en modo alguno podría influir en la suerte del litigio de que se trata, por lo que carecen de fundamento los argumentos de la recurrente en relación a este aspecto del medio que se evalúa, el cual en consecuencia se rechaza" (SCJ, 1.ª Sala, 17 de octubre del 2012, B. J. 1223).

17 Otra sentencia de nuestra Suprema Corte de Justicia que recalca la primacía del derecho fundamental al acceso a la justicia nos dice "que además en cuanto a la alegada violación de los artículos 105 y 106 de la Ley sobre Seguros y Fianzas de la República Dominicana, es menester acotar, que esta jurisdicción de casación cada vez que ha tenido la oportunidad ha establecido el criterio de que: "constituye una limitación al libre acceso a la justicia y violenta el principio de la igualdad de todos ante la ley; ambos derechos fundamentales consagrados por la Constitución y por las convenciones internacionales sobre derechos humanos, de las cuales la República Dominicana es signataria, establecer con carácter obligatorio el agotamiento de los preliminares previstos en la Ley de Seguros y Fianza en la forma en que lo disponen los artículos 105, 106 y 109, en el sentido de que la presentación del acta de no conciliación emitida por la Superintendencia o el laudo arbitral sea una condición indispensable para accionar en justicia" (SCJ, 1.ª Sala, 29 de junio del 2018, B. J. 1237).

**Gaceta  
Judicial**

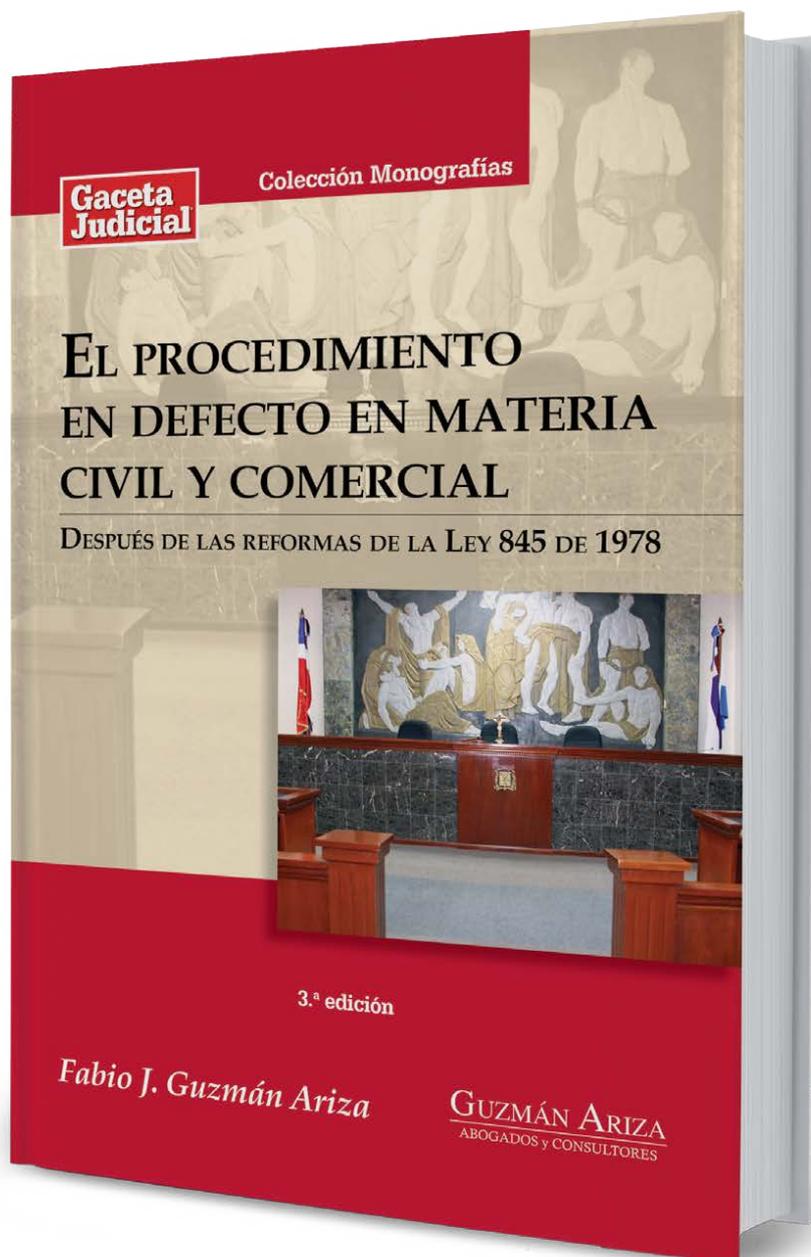
COLECCIÓN  
**MONOGRAFÍAS**



**EL PROCEDIMIENTO EN DEFECTO  
EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL  
DESPUÉS DE LAS REFORMAS DE  
LA LEY 845 DE 1978**  
3.<sup>a</sup> EDICIÓN

**Fabio J. Guzmán Ariza**

Edición 2020



**Haga sus  
pedidos**

809 540 3455  
809 540 3014

Pablo Casals núm. 12, edificio  
Guzmán Ariza, 2.º piso,  
ensanche Serrallés, Santo  
Domingo 10125, R. D.  
libreria@gacetajudicial.com.do

[www.gacetajudicial.com.do](http://www.gacetajudicial.com.do)



*Fabio J. Guzmán Ariza*

**GUZMÁN ARIZA**  
ABOGADOS Y CONSULTORES