
LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS Y EL ARBITRAJE.

MERCEDES JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA

Profesora Titular de Derecho de los Títulos Valores, Técnica del Juicio por Audiencia, Técnicas de Negociación,
Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo

SUMARIO:

I. IMPORTANCIA DEL TEMA. II. EL ORDEN PÚBLICO EN LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES 16.060. III. IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ASAMBLEAS. IV. ACCIÓN CIVIL DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDAD ANÓNIMA. V. DERECHO DE RECESO. VI. CONCLUSIONES RESPECTO A LA ARBITRABILIDAD DE LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS.

I. IMPORTANCIA DEL TEMA

Es sin duda en materia comercial, en especial en materia societaria donde el arbitraje se presenta como el sistema ideal para resolver controversias.

Sin embargo, ha sido cuestionada la posibilidad de resolver los conflictos societarios a través del arbitraje, fundamentalmente debido a que se ha entendido que en estos casos, por tratarse de derechos esenciales del accionista se trata de materia indisponible ya que pertenece al orden público, por lo que este sistema alternativo de resolver conflictos estaría vedado.

Rechazamos enfáticamente tal afirmación.

Pero para ello debemos reiterar el concepto del orden público en la ley 16.060.

Adelantando las conclusiones de esta ponencia, entendemos que todos los conflictos societarios son arbitrables.

Desarrollaremos nuestros argumentos.

II. EL ORDEN PÚBLICO EN LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES 16.060

Si ha discutido en nuestro derecho si las disposiciones de la ley 16.060 son de orden público. Los autores de la ley 16.060 (Dres. Ferro, Nury Rodríguez y Delfino) entendieron que un gran número de disposiciones de dicho cuerpo normativo son de orden público. Esta posición significa, en definitiva que están fuera del alcance los particulares la exclusión de la norma jurídica ya que la misma rige siempre.

De los antecedentes de la ley 16.060 surge que el legislador uruguayo siguió en la materia una filosofía

que tenía como fundamento abandonar el concepto de liberalismo clásico consagrado en el Código de Comercio regido por los principios de autonomía de la voluntad, libertad de contratación y de prescindencia del legislador no interviniendo en absoluto en la negociación de los particulares, por el principio de seguridad (Conf. Ferro. Lineamientos generales del Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales Revista del Colegio de Abogados, 1989).

Es así que Nury Rodríguez co-autora del proyecto de ley que se convirtiera posteriormente en ley, entiende que las normas de la ley 16.060, fundamentalmente en materia de sociedades anónimas son imperativas y por tanto inderogables.

"El legislador moderno sintió la necesidad de intervenir para regular imperativamente a las sociedades anónimas en defensa de todos quienes se ven involucrados Las normas de la ley 16.060 son efectivamente reglamentaristas, severas y en su mayor parte imperativas en razón de los intereses tutelados. Cuando los particulares eligen este tipo social para encuadrar sus actividades en función de las ventajas que se le ofrecen, saben que se someten a esquemas legales insustituibles, que han de regir toda su actuación en el futuro". "En la redacción del estatuto debo tener cuidado de no incluir estipulaciones contractuales contrarias a normas imperativas de la ley. Si se incluyeren seguramente el estatuto será observado por el órgano estatal de control. El carácter imperativo resultará del análisis cuidadoso de cada norma, interpretando el fin seguido por el legislador. La generalidad de las normas son inderogables. En algunos artículos la ley contiene soluciones que admiten contrario porque así lo dice el propio texto. Para el caso de imprevisión contractual, la ley aporta soluciones supletorias". Y luego

menciona como casos de normas imperativas el art. 3 (sociedad que no adopta un tipo legal), el art. 25.1, estipulación que desvirtúa los caracteres del tipo social, y "todas aquellas establecidas como tutela para intereses, especialmente contemplados en la ley, como el interés de los socios o de los acreedores o intereses en general". (Introducción a la nueva ley de sociedades, p. 76)

En el derecho argentino Zaldívar sostiene que la ley encuadra determinados institutos con carácter de orden público y respecto de ellos no podría arbitrase. Es el caso de las cuestiones de derechos suscitadas respecto a la tipicidad, el contenido del instrumento constitutivo, el régimen de nulidad, las responsabilidades penales de los socios y de los administradores, los límites de participación en otras sociedades, el sistema de documentación, el régimen de las sociedades constituidas en el extranjero, etc. "Insistimos que no podrán someterse a arbitraje problemas que involucren estos institutos y diversos otros relativos a la regulación de los tipos societarios en particular, cuando la interpretación de cuestiones de derecho pueda llevar a la desnaturalización de los mismos. Pero sí podrá laudarse para determinar situaciones de hecho, como sería por ejemplo, la valuación de aportes en especie y de las prestaciones accesorias, la prueba de la existencia de la sociedad, la apreciación sobre la veracidad y claridad de los asientos contables, el valor del patrimonio de un socio fallecido, la circunstancia de haberse caído en ciertas causales de disolución (caso del art. 94 inc. 3 y 4 de la ley), la asignación de la parte que corresponde a cada socio en la participación, etc."

(Sociedades comerciales, p. 438).

No compartimos la posición de los autores compatriotas respecto al orden público en la ley 16.060, así como la consecuencia que extrae Zaldívar de que estos casos no serían pasibles de someterse a arbitraje. Esta posición identifican ley imperativa y orden público la sostiene Guillermo Borda para quien todas las normas imperativas son de orden público.

Desde nuestro punto de vista el hecho de que pese a ese cambio de filosofía legislativa se mantuviera la concepción contractualista de la sociedad (como contrato plurilateral de organización) inclusive la sociedad anónima, implica que el principio de autonomía de la voluntad sigue rigiendo sin perjuicio de las excepciones que a texto expreso se consagren.

Entendemos que la ley 16.060 es un ordenamiento imperativo pero ello no significa que sea de orden público. Por lo tanto las instituciones allí previstas son de libre disposición por los socios y/o accionistas, en la medida que no violen determinados principios que la misma ley establece como inderogables (por ejemplo, los derechos del socio o accionista) o que se trate de la renuncia a derechos irrenunciables.

Dada la importancia de determinar si los distintos conflictos societarios involucran el orden público y por

lo tanto pueden ser sometidos a arbitraje, analizaremos distintos conflictos societarios que podrían ser sometidos a arbitraje a los efectos de determinar la procedencia o no de la solución arbitral.

III. IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE ASAMBLEAS

A los efectos de determinar si es posible someter a arbitraje la impugnación judicial de resoluciones de asamblea, es importante tener en cuenta la naturaleza de esta acción y si ella en definitiva consagra un derecho indisponible del accionista. Adelantamos desde ya nuestra conclusión en el sentido que aún en la hipótesis de que se consagra un derecho indisponible (de orden público) el conflicto igualmente podría ser sometido a arbitraje, simplemente la decisión arbitral no podría apartarse de la solución legislativa.

La naturaleza jurídica de este instituto ha sido objeto de discrepancias en doctrina y jurisprudencia y la discusión se plantea entre los que afirman que es una acción social y los que afirman que es una acción individual del accionista.

La impugnación judicial de asambleas es una acción social y no una acción individual ya que la misma se concede al accionista como tal, como integrante de la sociedad. Siburu en este sentido entiende que la ley no desea favorecer directa o indirectamente el interés individual del socio sino el de la sociedad en la medida que éste obra como órgano de la defensa social en salvaguarda de las bases fundamentales de la sociedad que son el estatuto y la propia ley. El objeto de la acción de impugnación consiste en colocar el funcionamiento de la sociedad en vía de la ley y el estatuto, sacada de ello por los intereses efímeros de una mayoría preponderante. Si la acción en definitiva redundaba en beneficio del accionista ello es secundario. Por ello entendemos que la acción impugnatoria no procede cuando está exclusivamente dirigida a tutelar intereses privados.

El hecho de que sea una acción social tiene como consecuencia que la sentencia dictada en el juicio de impugnación obliga a todos los accionistas hayan o no comparecido en el juicio (art. 35 ley 16.060) y que la sustanciación del juicio de impugnación aún cuando exista pluralidad de accionistas impugnantes debe realizarse en un solo proceso (art. 369).

Dada la naturaleza del proceso arbitral, cabría plantearse la duda de si las características señaladas son compatibles con dicho proceso.

En la doctrina española Uría ha señalado que "sea cual fuere la naturaleza del derecho de impugnación supuesto que la resolución de la contienda produce efectos para todos los accionistas no cabe dejar en manos de los litigantes los derechos ajenos", por otro, añade este autor: "no caben acuerdos puramente privados

sobre la base de concesiones recíprocas sobre cuestiones relativas a si una asamblea se acomoda o no a la ley o los estatutos la vulneran o si vulneran los intereses sociales" (Comentario a la ley de sociedades anónimas, p.648).

Y otro autor español, Manuel Botano señala que "aún admitiendo la posibilidad de un convenio arbitral estatutario ocurre —con referencia en concreto a la impugnación de los acuerdos sociales— que de este convenio habría que excluir esta materia, por no ser de libre disposición de las partes. Es de señalar a este respecto que en relación a los acuerdos sociales el objeto del que se dispone en el convenio arbitral es el derecho de impugnación de estos acuerdos que la ley reconoce, según los casos, a los socios, administradores y a terceros que acrediten un interés legítimo. Aunque se ha escrito que este derecho, tal como aparece regulado en la ley, ni es un verdadero derecho, ni es privativo del socio, ni se refiere a acuerdos sociales, en una valoración serena no se acierta a encontrar mejor cualificación del mismo que la de considerarlo un verdadero derecho de origen legal, que integra la posición jurídica o *status* de los sujetos a los que se le atribuye, al modo que lo hacen otros derechos cuya naturaleza de tales nadie discute. Pues bien, si se admitiese la disponibilidad del derecho de impugnar acuerdos sociales mediante un convenio arbitral estatutario, habría que admitir que los fundadores o quienes votaron a favor de la correspondiente modificación de estatutos, podrían disponer no sólo de sus respectivos derechos de impugnación sino también de los derechos de impugnación de quienes no participaron en la incorporación del convenio a los estatutos (por ejemplo, los futuros socios)" (Revista de Sociedades Comerciales, T XX; p.239).

Discrepamos radicalmente con la posición de los autores españoles.

Entendemos que las particularidades procesales del proceso de impugnación no son obstáculo a que la misma se someta a arbitraje y que la índole del derecho y de la acción del accionista tampoco son obstáculo a que la misma se dirima en vía arbitral.

En primer lugar, entendemos que se debe resolver si las normas relativas a la acción de impugnación son de orden público. No tenemos dudas que son normas imperativas, ello no significa que sean de orden público y por tanto indisponibles. Justamente por la naturaleza del derecho necesario e indisponible su contenido ha de ser escrupulosamente respetado en el convenio arbitral, este no podrá alterar el concreto marco jurídico diseñado por la ley en puntos a que acuerdo son nulos y anulables, caducidad de acción, legitimación, etc.

Pero entendemos que la arbitrabilidad de la cuestión en definitiva alcanza al procedimiento exclusivamente. Es decir, si las normas procesales establecidas en los arts. 365 y sgtes. deben ser respetadas sin varia-

ción por el convenio arbitral o pueden ser suplidas por las normas que establezcan las partes. Entendemos que en la medida que se entienda que la materia es arbitrable, como entendemos nosotros (en el sentido que no podría ser resuelta por arbitraje en equidad) no existen dudas respecto a que la vía procesal será la que establezcan los árbitros o las partes de común acuerdo.

Respecto a la materia, la acción de impugnación de resoluciones de asamblea consagra un derecho esencial del accionista establecido en normas imperativas. Ello no significa que no sean arbitrables ya que si bien son imperativas, esta materia puede ser libremente dispuesta por el socio y/o accionista. La propia ley consagra la posibilidad de disposición del derecho en el art. 373 de la ley 16.060 donde se concede a los socios la facultad de dejar sin efecto la asamblea o sustituirla por otra lo que refuerza el carácter negocial de la asamblea y su sujeción al dominio de la voluntad de los socios. Además, en el convenio arbitral no se renuncia, abdica o transige el derecho sustantivo, tan sólo se dispone del derecho a la tutela judicial del mismo sea administrado por la justicia ordinaria. Por otro lado entendemos que la declaración legal de que la sentencia produce efectos frente a todos los accionistas tiene el mismo efecto si se trata de un laudo arbitral dictado al amparo de una cláusula arbitral dictado en el estatuto. Esta cláusula en su aspecto subjetivo no sólo vincula a los socios fundadores sino también a la propia sociedad así como a los nuevos socios.

IV. ACCIÓN CIVIL DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE SOCIEDAD ANÓNIMA

El estudio de las acciones de responsabilidad de los directores de la sociedad anónima es uno de los temas más arduos del derecho societario y uno de los que ha planteado más dudas a la doctrina y a la jurisprudencia. Sassot Betes (Sociedades Anónimas, El Organismo de Administración, p. 515) señala que es uno de los temas más difíciles y complicados del derecho societario y agrega que todo lo concerniente a la responsabilidad afecta al orden público y en consecuencia los estatutos no pueden exonerar de la responsabilidad que la ley impone a los administradores. En este sentido la unanimidad de la doctrina ha admitido que todo lo concerniente a esta responsabilidad es de orden público.

Dentro de nuestro sistema normativo el tema de la responsabilidad de los administradores habrá de girar en torno al art. 391 de la ley 16.060 que sienta el principio general en la materia: el administrador o los directores responderán solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios resultantes directa o indirectamente de la violación de la

ley, el estatuto o el reglamento o por el mal desempeño de su cargo según el criterio del art. 83 y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave.

Con respecto a las acciones de responsabilidad, la ley reglamenta el ejercicio de la acción social de responsabilidad y el art. 393 establece que la acción social de responsabilidad será ejercida por la sociedad previa resolución de la asamblea de accionistas que podrá considerarla aún cuando el asunto no figure en el orden del día. La resolución aparejará la remoción del administrador o de los directores afectados, debiendo la misma asamblea designar sustituto. El nuevo administrador o el nuevo directorio serán los encargados de promover la demanda. Si la sociedad estuviera en liquidación la acción social de responsabilidad podrá ser ejercida por los accionistas que se hayan opuesto a la extinción de la responsabilidad. Si la acción prevista en el primer inciso del art. 393 no fuera iniciada dentro del plazo de 90 días contados desde la fecha del acuerdo cualquier accionista podrá promoverlo, sin perjuicio de la responsabilidad que resulte del incumplimiento de la medida ordenada.

Entendemos que si el estatuto establece que los conflictos sociales se resolverán por arbitraje, la acción de responsabilidad de los directores no escapa a esa regla. No cabe duda que se trata de una acción social, y desde este punto de vista nos remitimos a lo señalado para la acción de impugnación. También entendemos que las particularidades procesales del proceso de responsabilidad de directores no son obstáculo a que el conflicto se someta a arbitraje. El arbitraje no alcanza a las normas, que son claramente de orden público sino el cauce procesal de aplicarlas.

V. DERECHO DE RECESO

Importa el análisis de este conflicto societario porque en nuestro derecho la sentencia No. 35 del 17 de marzo de 1999 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno entendió que no procedía pese a la existencia de una cláusula compromisoria.

La sentencia mencionada excluye el arbitraje por tres fundamentos.

a) El art. 150 de la ley 16.060 establece expresamente la vía judicial para la tramitación del receso.

b) El art. 151 dispone que el derecho de receso es irrenunciable.

La misma norma agrega que el ejercicio del derecho de receso no puede ser restringido.

Considera Olivera García que la circunstancia de que el art. 150 disponga que, en caso de no mediar acuerdo, el recedente "podrá pedir judicialmente que se admita el receso" no es motivo suficiente para negar el proceso arbitral. Si bien como lo afirma el Tribunal, la norma legal se refiere expresamente a la vía judicial,

consideramos que debe primar en la especie la disposición contenida en el art. 472 CGP, de acuerdo con la cual puede pactarse el arbitraje en el caso de "toda contienda individual o colectiva" "salvo expresa disposición legal en contrario". (Exclusión del arbitraje en materia de derecho de receso, Anuario de Derecho Comercial No.9).

No es suficiente que la ley expresamente consagre la vía judicial, es necesario que la ley expresamente excluya la vía arbitral, cosa bien diferente y que el legislador no lo hace en la hipótesis del art. 150 de la ley 16.060.

En segundo lugar, el carácter irrenunciable del receso tampoco es un obstáculo para su arbitralidad. El art. 150 consagra una norma de orden público que limita la autonomía de la voluntad de las partes para negar en el contrato social el derecho de receso o restringir su aplicación. Así lo expresa claramente el art. 151.

Sin embargo, como surge del desarrollo formulado en los puntos anteriores, el carácter de orden público de la norma no es causa suficiente para excluir la arbitralidad de la materia. Será el tribunal arbitral el competente para aplicar la norma de orden público y desconsiderar las limitaciones o restricciones contractuales de las partes, si ese fuera el caso. A lo sumo, en la concepción de parte de la doctrina, podría negarse la posibilidad de un arbitraje de equidad, en la medida que el mismo autorizaría al sentenciante a apartarse de la aplicación de la norma.

En tercer lugar, es erróneo afirmar que el arbitraje representa una "restricción" al derecho de receso. El arbitraje es un subrogado procesal admitido por nuestro régimen jurídico a través del cual las partes resuelven sus conflictos con el dictado de un laudo que tiene la misma eficacia que la sentencia judicial. En consecuencia, pensar en el mismo como un proceso excepcional, restrictivo, carente de garantías constituye una tesis contraria a la sustentada por el legislador procesal.

VI. CONCLUSIONES RESPECTO A LA ARBITRALIDAD DE LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS

De lo expuesto surge que no existe impedimento legal alguno para que los socios y accionistas sujeten a arbitraje los conflictos que surjan tanto de las relaciones entre sí como de los mismos con la sociedad. Tampoco existe ningún impedimento para que se incluyan en los contratos sociales cláusulas compromisorias.

La ley no establece ninguna prohibición para el arbitraje de los conflictos sociales ni existen materias societarias no transables que queden también excluidas del arbitraje. El carácter de orden público de algunas normas de la ley 16.060 tampoco resulta un obstáculo para la arbitralidad de los conflictos derivados de la misma.