

¿Es posible en Uruguay dirimir los conflictos societarios mediante arbitraje?

Claudia Vallarino Berretta

Sumario

El arbitraje es un mecanismo privado de resolución de controversias que tiene ventajas comparativas respecto del estatal. Su uso no ha sido previsto ni prohibido por la legislación societaria. Por su parte, la doctrina de nuestro país se ha dividido entre defensores y detractores del arbitraje como instrumento llamado a ser utilizado en los conflictos societarios. Analizaremos las opiniones que se han dado al respecto en Uruguay y fijaremos nuestra posición.

1. Introducción

El arbitraje es un mecanismo privado de resolución de controversias cuyas virtudes han sido destacadas en diferentes foros. Se trata de un proceso cuya nota característica es que el juzgador es privado. Dada la libertad que tienen las partes de elegir, desde quien los juzga hasta el procedimiento para ser juzgados, ha resurgido como una opción válida frente a la lentitud y la falta de especialización del Poder Judicial. Pero, además, debe reconocerse como cualidad de este proceso la satisfacción adicional que puede proporcionar a las partes el ser juzgados por sus pares. Cabe mencionar también, la confidencialidad del procedimiento y del contenido de su laudo como ventajas del sistema.

El presente trabajo propone abordar y despejar la interrogante planteada como título de esta ponencia. En Uruguay, ¿es posible que el arbitraje constituya un medio de solución de los conflictos societarios?.

La pregunta no tiene respuesta en la legislación societaria. La Ley 16.060, del 4 de septiembre de 1989, no prohíbe su utilización pero tampoco la prevé como una opción válida.

Entendemos que la razón por la que no se ha adoptado el arbitraje como instrumento para la resolución de disputas societarias es la convicción y manifiesta opinión, por parte de un sector de la doctrina, de que nuestro régimen societario es de orden público.

Anticipandonos a las conclusiones de este trabajo, diremos, que el hecho de que alguna de las soluciones de La Ley 16.060 sean consideradas de orden público, no es óbice para que los conflictos que se susciten entre los socios o entre éstos y la sociedad sean resueltos por medio del arbitraje. A esos efectos, el análisis debe separar el mecanismo que se utiliza para llegar a la resolución del conflicto, de las normas que deben aplicarse para resolverlo.

La idea de este trabajo es, una vez más, revisar el tema, someterlo a debate e impulsar la inclusión de esta solución a texto expreso

2. Marco normativo para resolver la cuestión

Nuestra Ley de Sociedades Comerciales, No. 16.060, del 4 de septiembre de 1989, no resuelve la interrogante ya que no se ha pronunciado al respecto.

Atento a que el derecho sustancial no resuelve la cuestión, resulta necesario recurrir al derecho procedimental.

El proceso arbitral regulado en el Código General del Proceso establece en su art. 472 inc. 1³⁷⁸ del C.G.P. que procede el arbitraje, frente a *“Toda contienda individual o colectiva, ...”, salvo expresa disposición legal en contrario”*.

De acuerdo a la norma antes citada, la contienda individual o colectiva se resuelve por medio del arbitraje, salvo prohibición legal. Y aún más, el Artículo 476 establece otro límite *“No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción”*³⁷⁹

³⁷⁸ Redacción no modificada por La Ley 19.090 del 14 de junio del 2014.

³⁷⁹ No compartimos la limitación de la materia arbitrable a la transable, dado que se trata de dos institutos jurídicos sustancialmente diferentes. Así BARRIOS DE ANGELIS lo define claramente como proceso con órgano jurisdiccional privado. Es decir, que se trata de una especie del género proceso; cuya otra especie, principal, es la del que llamamos **proceso judicial** o simplemente, **proceso.**” (En “Manual de Arbitraje”, F.C.U., Mdeo., 1973, p. 7). Por su parte, VÉSCOVI lo entiende como un **proceso de resolución de un conflicto** entre las partes, a través de la decisión de un sujeto privado, a cuya decisión las mismas se someten (El proceso arbitral, en Curso sobre el Código General del Proceso del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Montevideo, 1990, t. III, p. 224). Jiménez de Aréchaga, en una definición más moderna del instituto, lo caracteriza como “...método alternativo de resolución de conflictos de carácter adversarial pues es un tercero neutral quien decide la cuestión planteada siendo su resolución

Conforme con los Artículos 472.1 y 476 del Código General del Proceso, las partes no pueden recurrir al arbitraje cuando:

- a. Exista una disposición legal que lo prohíba, o,
- b. Cuando respecto de la cuestión a debatir esté prohibida la transacción.

Ni La Ley 16.060 ni el Código General del Proceso contienen una norma que prohíba recurrir a arbitraje para resolver los conflictos societarios, por lo que el primer obstáculo se encuentra allanado.

Para resolver el segundo obstáculo nos debemos preguntar, ¿cuándo una materia no es transable?

Respecto a la materia objeto de transacción³⁸⁰, el Código Civil, establecen algunas limitaciones.

No se puede transigir:

a. Sobre la acción penal que nace de un delito. No obstante, sí se puede sobre los efectos civiles del mismo (art. 2153).

b. Sobre el estado civil de las personas (art. 2154). Sin perjuicio, si se puede ser objeto de transacción los intereses pecuniarios derivados de dicho estado.

c. Sobre alimentos futuros sino después de ser aprobada judicialmente (art. 2155).

Estas disposiciones excluyen la posibilidad de transar asuntos que se encuentran fuera del poder de disposición de los particulares.

No encontramos en el Código Civil, en el Capítulo referido a la “Transacción” otras normas que establezcan restricciones a la materia transable y, por tanto, arbitrable. No obstante, el art. 11 del mismo cuerpo normativo, consagra un principio de carácter general respecto al contenido de los contratos: “*No pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres*”. Si la transacción, es por definición un contrato, no se puede transar y por tanto arbitrar, en aquellas materias en las que esté interesado el “orden público”. Dicho de otra manera, el orden público sería una limitante al objeto de la transacción y, por tanto, al objeto del arbitraje.

obligatoria. Es claramente, menos frontal que el sistema adversarial típico, y cuenta entre sus ventajas la celeridad y la especialización” (En “Algunos comentarios sobre la resolución alternativa de conflictos en el Derecho Comercial Moderno”, L.J.U., t. 111, 1995, p. 169.).

³⁸⁰ Conforme al Artículo 2147 del Código Civil la transacción es un contrato por el cual las partes ponen fin a un litigio actual o previenen un litigio futuro, haciéndose recíprocas concesiones.

En definitiva, dado que el artículo 476 del Código General del Proceso dispone que no pueden someterse a arbitraje cuestiones respecto de las cuales está prohibida la transacción, quedarían fuera del ámbito de aquél, las cuestiones en cuya observancia esté interesado el orden público.

3. Orden público como limitante al objeto de la transacción

Del análisis precedente surge que el orden público es una limitante del objeto arbitrable.

Nuestro Código Civil no define al “orden público” por lo que a éste respecto he debido recurrir a los conceptos que maneja nuestra doctrina. En particular, al tratamiento que se ha dado en materia de sociedades comerciales.

Nuestra doctrina comercialista ha estudiado el concepto de orden público en relación a diferentes institutos regulados por La Ley 16.060. Diversas son las posturas al respecto.

Rodríguez Olivera y López Rodríguez³⁸¹, manifiestan que existe un doble juego de normas de orden público. Las normas de “...orden público de protección, que tutela a los más débiles en las relaciones jurídicas contractuales ... las normas imperativas se dictan para proteger a quien es desigual en la génesis o para reestablecer el equilibrio perdido (10)...” y de “... orden público de dirección, que trata de imprimir un designio a la economía, dando cierta orientación a la producción y al cambio y distribución de la riqueza, influyendo entonces en la regulación del contrato. El contrato ha dejado de ser un acto que sólo interesa a los celebrantes y se ha transformado en un instrumento que, cada vez más, traduce un modelo político, social y económico...”

De acuerdo a Rodríguez Olivera y López Rodríguez, las normas societarias “...revisten el carácter de orden público, aún cuando regulan intereses privados. La Ley 16.060 ha introducido normas imperativas que tutelan esos intereses y que deben ser respetadas por los contratantes, quienes no pueden renunciar a los derechos que ellas les acuerdan...”. Para los autores, La Ley recoge el principio de libertad de contratar pero se le restringe con normas imperativas, la mayoría de las cuales tienen la finalidad de mantener la confianza en el negocio societario y motivar el ahorro y la inversión de capital.

381 En www.derechocomercial.edu.uy

Para Olivera García³⁸², el orden público “...se presenta como una limitación al principio de la autonomía de la voluntad de los particulares incorporado por el Derecho con la finalidad de proteger intereses sociales que trascienden las relaciones jurídicas entre las partes, a través de la consagración de soluciones legales que resultan irrenunciables por las mismas...”.

Luego de concluir que la forma - imperativa o prohibitiva - de la norma no nos brinda una pauta suficiente para determinar si estamos o no ante una norma de orden público expresa: “... deberá indagarse, en cada caso, el carácter público o privado del interés protegido por la norma. Cuando este interés esté, por su naturaleza pública, afectando el bien público en tanto colectividad, o el bien del Estado, la norma deberá ser considerada de orden público y ninguna renuncia podrá hacerse por los particulares a la aplicación de la misma. En cambio, si el interés protegido es de naturaleza privada, tales como los intereses pecuniarios, el particular, dueño del interés protegido, es siempre libre de no prevalerse, en el caso, del beneficio de la norma o aún de renunciar por ella...”.

Sin dejar de reconocer que en la materia societaria existen preceptos de Derecho Público, los que en su mayoría protegen a acreedores o socios minoritarios, para Olivera García no debe entenderse que el derecho societario abandonó las tiendas del Derecho Privado. A efectos de determinar si una norma es de orden público o no, el intérprete deberá - caso a caso - indagar cuál fue “... el objeto perseguido por el legislador con la aprobación de la norma y, es consecuencia, discernir cuál es el interés que ella protege...”. También corresponderá la misma conclusión para determinar la consecuencia que deriva de la violación de la norma de orden público (nulidad, irregularidad, obligación de reversión, etc..).

Jiménez de Aréchaga³⁸³, manifiesta que el legislador uruguayo siguió en materia societaria una filosofía que tenía como fundamento abandonar el concepto del liberalismo clásico del Código de Comercio por el principio de seguridad (cfm. Ferro, Lineamientos generales del Proyecto de Ley de Socie-

382 “El arbitraje en Uruguay”, en co autoría con Jiménez de Aréchaga, F.C.U., 2000. “El orden público en La Ley de Sociedades Comerciales” y “El arbitraje en materia de sociedades comerciales” en Estudios de Derecho Societario, Rubinzal Culzoni, 2005 y “La solución de los conflictos societarios a través del arbitraje estatutario”, en Anuario de Derecho Comercial, t. 14, F.C.U., marzo 2014.

383 “El arbitraje en Uruguay”, en co - autoría con Olivera García, F.C.U., 2000; “La sumisión al arbitraje de la impugnación judicial de resoluciones de asamblea” en Revista de Derecho, Universidad Católica, N° I, agosto del 2000 y en “Los conflictos societarios y el Arbitraje” en Revista de Derecho, Universidad de Montevideo, año II (2003), N° 4.

dades Comerciales. Revista del Colegio de Abogados, 1989). Desde el punto de vista de la autora el hecho de que pese al cambio se hubiera mantenido la filosofía contractualista de la sociedad, inclusive en la anónima, implica que el principio de autonomía de la voluntad sigue rigiendo, sin perjuicio de las excepciones. Si bien La Ley 16.060 es un ordenamiento imperativo "...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 de los socios o accionista) o que se trate de la renuncia a derechos irrenunciables..."

Rippe³⁸⁴ indica que existen una serie de principios orientadores de La Ley 16.060. Alguno de ellos se encuentran explicitados y otros no. Dentro de los no explicitados, que surgen implícitos o influyen en las soluciones formales o sustanciales, identifica el de libertad contractual o autonomía de la voluntad. Sin perjuicio de la consagración de la autonomía de la voluntad, el autor señala que La Ley contiene diversos ejemplos de disposiciones legales que no pueden ser derogadas por decisión de las partes y cuya violación se sanciona con la nulidad de las estipulaciones que contravengan las mismas. Además, muchas normas en materia de sociedades anónimas suponen una marcada intervención del Estado.

Holz³⁸⁵ expresa que el orden público se vincula a los valores esenciales – cambiantes, dinámicos de una sociedad, a los principios morales y organizativos que dan cohesión e identidad a esa sociedad y que hacen a la convivencia pacífica de sus habitantes.

Al decir de la autora los fundamentos de la regulación societaria se pueden sintetizar en:

- a. La defensa de principios de eficiencia económica (maximización de excedentes) y por ende de reglas sobre la concentración de poder de mercado;
- b. La protección de terceros que contratan con la sociedad y de la propia colectividad;
- c. Facilitar el acceso más fluido de los agentes económicos a alternativas de financiamiento, mediante la formación del mercado de capitales.
- d. La conservación de la empresa, en el sentido de que se admiten múltiples vías de corrección de los vicios jurídicos del negocio societario para intentar preservarlo.

³⁸⁴ "Sociedades Comerciales", F.C.U., marzo del 2001, ps. 21 y 21.

³⁸⁵ "Sociedades Anónimas. El Orden Público", F.C.U., junio 2006.

No obstante, sostiene que la defensa de principios de eficiencia económica, la protección de los terceros y la conservación de la empresa son principios de orden público que subyacen y explican muchas disposiciones de La Ley societaria. Considera opinable que continúe siendo un principio de orden público el facilitar el acceso de los agentes económicos a las alternativas de financiamiento mediante la formación del mercado de capitales.

Para Holz, el concepto y contenido de los principios de “orden público” de nuestra ley no se compadecen con el concepto y alcance de las “normas imperativas”. Estas últimas no siempre reflejan valores esenciales de la sociedad. Por su parte, los principios de orden público pueden carecer de expresión normativa, pueden no traducirse en una norma imperativa, pueden traducirse en una norma imperativa o pueden constituirse en una prohibición. La violación de una norma de orden público pueden hacer a la validez o existencia del acto dictado en contravención al mismo; otros aparejan la irregularidad, la obligación de revertir el acto o la posibilidad de reclamos de daños y perjuicios.

El principio de autonomía de la voluntad es uno de los principios básicos de la legislación societaria. Pero la autonomía no es irrestricta, se encuentra limitada por los derechos de los demás sujetos y de los valores fundamentales de la colectividad en su conjunto.

Hemos invertido gran parte de la exposición a definir el orden público y en determinar si La Ley 16.060 es de orden público.

Recordemos lo que hemos dicho, el principio general es que toda contienda puede ser arbitrable, excepto cuando una norma legal lo prohíbe o se trata de cuestiones que no son transables. Entre éstas últimas se encuentran las cuestiones que merecen la calificación de orden público. Por esa razón, hemos invertido gran parte del trabajo a definir qué se entiende por orden público y, también, en determinar si La Ley 16.060, de Sociedades Comerciales, ingresa dentro de ese concepto. Ahora, debemos de ser capaces de establecer si los conflictos societarios pueden ser objeto de arbitraje o no.

4. ¿Los conflictos societarios son materia arbitrable?

No existe en La Ley 16.060 ni en otra norma de nuestro ordenamiento, ninguna disposición que prohíba resolver los conflictos societarios por medio del arbitraje.

Por lo que, tendremos que determinar si este tipo de controversias pueden ser encuadradas en las restantes categorías que impiden su arbitrabilidad. Sabemos que no conformar ninguna de las categorías previstas en los Artículos 2153 a 2155 del Código Civil lo que nos lleva a tener que resolver si la legislación societaria es de orden público y, por lo tanto, materia ajena al arbitraje.

Si nos adherimos a quienes entienden que La Ley 16.060 es de orden público, debemos concluir que ningún conflicto societario será arbitrable.

En cambio, si nos adherimos – como lo hacemos - a quienes opinan que La Ley de Sociedades no puede calificarse genéricamente de orden público, la conclusión es diferente. Y, aún cuando consideremos que algunas de las disposiciones de La Ley pueden ser calificadas de orden público, ello no excluye la posibilidad de que el conflicto derivado de la aplicación de esas normas sea resuelto mediante arbitraje cuando las partes así lo hayan resuelto.

Jiménez de Aréchaga³⁸⁶, a propósito de la impugnación de resoluciones de asamblea sostuvo que, sin perjuicio de entender que las normas que regulan este instituto son imperativas, el asunto puede ser resuelto por el procedimiento arbitral. En igual sentido se pronuncia respecto de la acción civil de responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas y del ejercicio de derecho de receso. Y concluye: “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 arbitrabilidad de los conflictos derivados de la misma.”

En igual sentido, Olivera García sostiene “... Consideramos que la circunstancia de que La Ley aplicable sea de orden público no resulta suficiente para excluir los conflictos derivados de la misma de la materia arbitrable. La Ley no impone esta consecuencia y no parece razonable elaborar una interpretación restrictiva que imponga esta cortapisa a la autonomía de la voluntad de las partes. Se confunden dos cosas diferentes: una cosa es el apartamiento por las partes de las soluciones de La Ley (cosa que no es posible en el caso de existir derechos indisponibles, derivados de la aplicación de las normas de orden público) y otra bien diferente es el apartamiento por las partes de su conflicto actual o eventual del juzgamiento de la justicia estatal...”.

En lo que nos es personal, entendemos que si no existe ninguna restricción legal para que las partes transen el conflicto planteado, tampoco existe impedimento para que lo sometan a arbitraje.

No existen obstáculos para que las partes estipulen en el contrato social – cualquiera sea el tipo de sociedad de que se trate - una cláusula compromisoria o que, surgida la controversia, decidan someter a arbitraje su resolución.

La cláusula compromisoria inserta en el contrato o estatuto de una sociedad comercial podrá someter a arbitraje, de derecho o de equidad, a las

³⁸⁶ Obra citada, p. 47.

controversias derivados de esos documentos, del funcionamiento, disolución o liquidación de la sociedad. Como toda cláusula inserta en un contrato, obligará a las partes que lo pactaron y a sus sucesores así como a los órganos de la sociedad y a sus integrantes. No así a los terceros ajenos al contrato. En caso de que, en ausencia de cláusula, las partes decidan laudar sus diferencias mediante arbitraje, éste vinculará a quienes así lo hayan acordado.

Somos también de la opinión que si el conflicto debe resolverse mediante la aplicación de normas imperativas o de orden público ello no impide que quien lo determine sea un tribunal arbitral. Debe separarse claramente a quien juzga la acción u omisión de las personas respecto de la solución legal que ha de ser aplicada. Para el caso de que el conflicto deba resolverse mediante normas imperativas o de orden público, sea que el tribunal sea público o privado, se deberán aplicar éstas.

5. Conclusiones

De lo expuesto, concluimos que no existe ningún impedimento legal para que socios y accionistas sujeten a arbitraje los conflictos que surjan de las relaciones de los socios entre sí o con la sociedad. Las ventajas que proporciona la justicia privada son tan relevantes que no puede negarse su utilización so pretexto de la existencia de normas imperativas o de orden público. Éstas deberán ser aplicadas por quien sea llamado a juzgar pero no pueden impedir que el mecanismo de resolución de la controversia sea el arbitraje.