

# LA ARBITRABILIDAD SUBJETIVA Y LA IMPERATIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIETARIOS COMO PRETENDIDOS FACTORES IMPEDITIVOS PARA ADOPTAR EL ARBITRAJE EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Pedro A. Batista Martins <sup>1</sup>

Sumario:

- 1. Introducción.**
- 2. El arbitraje en las sociedades anónimas.**
- 3. Arbitrabilidad subjetiva.**
  - 3.1. Una mirada sobre la institución del arbitraje.**
  - 3.2. El principio mayoritario.**
  - 3.3. La vinculación de todos los accionistas.**
  - 3.4. La vinculación de los adquirentes de participación accionarial.**
- 4. La indisponibilidad y el orden público societario.**

## 1. INTRODUCCIÓN

1. Las sociedades anónimas son objeto de diferentes estudios por parte de los juristas, economistas e, incluso, de los sociólogos. Es fuente de interminables preocupaciones por todo el poder que conquistó en el transcurso de décadas de profundización de sus raíces en la esfera económico-financiera de las naciones. Preocupaciones que impregnan sus ventajas y los desequilibrios que causan, pero que, al fin y al cabo, nunca dejan de reconocer, como premisa básica, la enorme utilidad de las sociedades anónimas como responsables de la mejora social y como vehículos de expansión productiva y tecnológica.

2. Junto a los títulos de crédito, institución jurídica que propicia la circulación de riqueza, la otra estrella del derecho mercantil es la sociedad anónima. Su importancia desborda fronteras, pues es una de las bases de la evolución humana. Es indescriptible el poder que aglutinan, los recursos que atesoran, la fuerza tecnológica que tienen y su importancia frente al Estado, como fuente relevante de generación de empleos y recursos fiscales e tributarios. En fin, no existe ningún país que pueda renunciar a los beneficios generados por las sociedades anónimas.

3. Ante este escenario de relevancia socioeconómica de las sociedades anónimas, en especial de las abiertas, es imperioso preservar sus relaciones intrasociales y

---

<sup>1</sup> Abogado, profesor y consultor en arbitraje.

organizarlas, jurídicamente, bien, con el fin de lograr el equilibrio indispensable para desarrollar sus negocios y sus relaciones intersociales.

4. Quiero decir que la finalidad lucrativa de toda sociedad anónima, causa principal de su éxito en las actividades consecutivas (v.g. promotora de empleos, de exportación de bienes y servicios; proveedora de recursos fiscales y tributarios; muelle propulsor de la producción industrial y tecnológica), depende, en gran parte, de la armonía con la que se relacionan los órganos de la sociedad — Dirección, Consejo de Administración y Junta General— y los propietarios de su capital social.

5. Esto porque las disputas internas societarias generan una fuerte inseguridad en el mercado y en los proveedores, reprimen la productividad, fragiliza lo emocional de los empleados, lo que los lleva a buscar nuevos desafíos, además de ocasionar efectivas pérdidas de oportunidades empresariales, en perjuicio de toda la colectividad y del Estado.

6. Peor que la existencia de los conflictos es su perpetuación, como consecuencia de una demorada respuesta jurisdiccional. Tiempo, en lo que concierne a las sociedades anónimas, es algo valiosísimo. Ya se ha dicho que el empresario, si se coloca frente al dilema de tener que elegir entre perder dinero o perder tiempo, no dudará en optar por perder dinero. Por una simple razón: el dinero se recupera; el tiempo... ¡jamás!

## **2. EL ARBITRAJE EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.**

1. En efecto, una serie de estudios en los distintos campos del derecho y de la economía están convergiendo en la adopción de medios extrajudiciales de solución de los conflictos societarios.

2. No solo en las controversias que surgen de las relaciones entre empleados, gerentes y directores, o entre la sociedad y los sindicatos, sino, sobre todo, en aquellas relaciones más sensibles al adecuado y equilibrado funcionamiento de la sociedad, como son la de los accionistas entre sí (mayoritario y minoritario) y la de éstos con la sociedad.

3. El acceso a la justicia, como concepción de *tutela efectiva* de los derechos e intereses contrapuestos, encuentra en las disputas societarias un denominador común.

4. La utilización de la mediación y del arbitraje, a la par de otras formas y mecanismos de resolución de disputas, está siendo viabilizada frente a la previsión legislativa e imposición reglamentaria, dado que se armoniza con las buenas prácticas de gobierno corporativo. La creciente imperatividad de las reglas

de buen gobierno converge con el incremento de la adopción del arbitraje en el plano de las sociedades.

5. En Brasil, la Ley n.º 10303, de 31/10/2001, modificó la Ley n.º 6404/76 para introducir el mecanismo del arbitraje como medio de resolución de las disputas societarias. Y lo hizo, justamente, en el ámbito del artículo que dispone sobre los derechos esenciales del accionista.

6. En los términos de la Ley n.º 10303/01, se amplió el artículo 109 de la ley de las anónimas para introducir el párrafo 3.º, que dice: *“El estatuto de la sociedad puede establecer que las divergencias entre los accionistas y la compañía, o entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios, podrán ser solucionadas mediante arbitraje, en los términos que se especifiquen.”* Disposición clara y objetiva, tal cual su teleología, como se verá más adelante.

7. Debe resaltarse, desde este momento, que, en rigor, esta disposición no es la única norma legal que autoriza el arbitraje como instrumento de solución de disputas societarias. En realidad, esta norma confirma lo dispuesto en el primer artículo de la Ley n.º 9307/76: *“Las personas capaces de contratar podrán servirse del arbitraje para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles.”*

8. Lo que podemos extraer del párrafo 3.º del artículo 109 antes mencionado es que, el legislador al regular el arbitraje en el derecho societario, lo hizo con la intención de dejar clara la inexistencia de cualquier restricción, o prerequisite, para adoptar la institución arbitral en la esfera jurídica de las sociedades anónimas. Su aprobación no se condiciona a *quórum* cualificado y no autoriza al disidente al ejercicio del derecho de separación.

9. Por el contrario, el intérprete no puede olvidar que, ciertamente, desde la publicación de la Ley n.º 9307/96 el arbitraje se convirtió en una institución legitimada para resolver las controversias societarias. Basta que se trate de un conflicto de derecho patrimonial disponible. Y esta es la regla de las controversias societarias.

10. Además, al introducir la previsión de arbitraje en la ley de las sociedades anónimas (repítase: sin ningún tipo de restricción o condición), se puede concluir, también, que la modificación refuerza la voluntad legislativa a favor de la institución y encierra una verdadera inducción a los órganos sociales de utilización de este medio extrajudicial para la solución, jurídicamente eficiente, de los conflictos y controversias derivadas de las relaciones societarias.

11. Sin embargo, algunos juristas y estudiosos aún no se sienten a gusto con la posibilidad de que se use el arbitraje en el campo de las sociedades anónimas de forma lineal, sin condicionantes. No están de acuerdo con la eficacia subjetiva de

la cláusula compromisoria estatutaria ni con la amplitud de la arbitrabilidad objetiva, dada la naturaleza de las materias objeto de las cuestiones societarias.

12. Creo, sin embargo, que las preocupaciones y las objeciones que fundamentan la posición contraria al arbitraje societario están, si no en su totalidad, al menos en su flagrante mayoría, desprovistas de una base eficaz. Con frecuencia, contemplan un intrínseco grado de misoneísmo y sentimiento ideológico.

### **3. ARBITRABILIDAD SUBJETIVA.**

1. La primera fuente de problemas que afecta al arbitraje societario se refiere a la divergencia existente con relación a la vinculación de todos los accionistas a la cláusula compromisoria introducida en el estatuto social mediante el voto de la mayoría.

2. La doctrina discute la sujeción o no del accionista ausente en la reunión de socios y de aquel que, presente en la junta general, por sí o por medio de representante, vota en contra la modificación del estatuto y, por consiguiente, disiente de la sustitución de la jurisdicción estatal por la arbitral.

3. Pienso que el acuerdo de la junta que aprueba, por mayoría, la inserción de cláusula compromisoria estatutaria es válida, eficaz y vincula a todos los socios, presentes, ausentes o disidentes.

4. Para entender y aceptar mejor esta opinión debe transitar, en primer lugar, por los límites de la institución del arbitraje y su estrecha relación con la efectividad del acceso a la justicia y, después, por una materia tan apreciada por el derecho societario, y fuente de la propia existencia de las sociedades anónimas, como es el principio mayoritario.

#### **3.1. UNA MIRADA SOBRE LA INSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE.**

1. Conocido por muchos, el informe elaborado por el equipo dirigido por los **Profesores Mauro Cappelletti** y **Bryant Garth** demuestra que las naciones enfrentan graves obstáculos en el campo de la realización de la justicia. El acceso de todos a una razonable prestación jurisdiccional aún es frágil y defectuoso al punto de discriminar un sinnúmero de conflictos que dejan de ser resueltos, o que no se solucionan adecuadamente.

2. Las razones de tales obstáculos son múltiples y complejas, no obstante, no se abordarán para evitar una enorme digresión en el presente trabajo. A éste le concierne la conclusión del informe presentado por los ilustres profesores en el sentido de que varios países pasaron a recomendar a los demandantes, como

mecanismo de superación de los obstáculos al acceso a la justicia, la introducción, en sus sistemas jurídicos, de métodos extrajudiciales de resolución de controversias que funcionarían como “puertas” de pacificación de los conflictos, en paralelo al “portón” del Judicial.

3. Estos métodos, dígame desde ahora, no se prestan como tabla de salvación para los problemas que afligen a la justicia. En ningún caso deben verse como sucesores de la justicia común. Ésta nunca dejará de existir y, además, los medios extrajudiciales, especialmente el arbitraje, dependen del Poder Judicial para su adecuado desarrollo.

4. De todo modo, no se debe olvidar que estas “puertas” de acceso a la justicia encierran un fuerte valor social, pues acaban pacificando los conflictos. De esta manera, es imperioso que las autoridades y los operadores de justicia enfrenten instrumentos de composición de controversias con la mente abierta y como verdaderos auxiliares en la inagotable tarea de realización de la justicia. Se trata de *equivalentes* jurisdiccionales capaces de multiplicar la ayuda y la cooperación del particular con el Estado en el campo de la administración de justicia.

5. La verdad es que el Estado no quiere y no debe verse como el ente resolvente de todas las dificultades de sus ciudadanos y, tampoco, el proveedor de todas sus necesidades. Como ya decía **John F. Kennedy**: *“No pregunte lo que su país puede hacer por usted, sino lo que usted puede hacer por su país”*.

6. Hace mucho que se superó la fase de Estado-Providencia. El momento actual es el de la participación popular en la definición de políticas administrativas, urbanas y sociales. Se vive el proceso de la democratización social donde el ciudadano es llamado, o mejor dicho, convocado e instado a cooperar con el Estado en la solución de diversos problemas o en la orientación de su ecuación. El desenredo de las complejidades estatales reclama una mayor participación por parte de los ciudadanos mientras el avance de las políticas públicas repudia la falta de acción estatal. En efecto, la cooperación Estado/ciudadano es, realmente, fundamental, incluso en lo que respecta a la realización de la justicia.

7. El momento clama por un abordaje solidario y plural. Solidaridad con el prójimo, con los que aún están por venir, con el medio ambiente, con el patrimonio de la humanidad. Pluralismo en el sentido de aceptar los pensamientos opuestos como simples ponderaciones formuladas por un pensamiento distinto y, no, como un rechazo, un enfrentamiento o, incluso, una agresión.

8. Y, tanto la solidaridad como el pluralismo afectan al corazón de la institución del arbitraje. Éste encierra el consenso, la pacificación social y la diversidad. Traduce, sobre todo, el noble objetivo social y político de la jurisdicción, como es el de *pacificar el conflicto sociológico*.

9. En efecto, el arbitraje debe dejar de ser visto como una confrontación con el Poder Judicial o una agresión al pretendido monopolio judicial en el campo de la administración de justicia, para ser digerido como una vía o una “puerta” valiosa de acceso a la justicia, puesta a disposición de los individuos. Valiosa porque se realiza con base en el consenso de las partes, sin costo para la máquina estatal y que resulta en una solución aceptable y efectiva para la disputa existente.

10. El arbitraje, de esta forma, no es enemigo del Estado o del Poder Judicial y no debe ser encarado en este sentido. Se trata, sí, de un fuerte aliado para superar las crisis de intereses. Se alinea al expresivo contenido del inciso LXXVIII, del artículo 5.º, de la Constitución Federal (redacción dada por la Enmienda Constitucional n.º 45/2004) cuya finalidad es, justamente, la efectiva y justa tutela jurisdiccional, *verbis*; “*a todos, en el ámbito judicial y administrativo, se les asegura la razonable duración del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación*”.

11. El arbitraje se incluye, por tanto, entre los derechos fundamentales de todas las personas. Y, aún más, entre los principales derechos esenciales de cualquier individuo, pues es pura expresión de libertad. Por la fuerza de la libertad ciudadana de las personas pueden autodeterminarse y, por consiguiente, decidir la forma y el medio más adecuado para resolver sus propios conflictos.

12. El arbitraje es un ejercicio de libertad y la historia confirma que la justicia de los pueblos no se concretaría, o realizaría de forma insatisfactoria, si se suprimiera esta posibilidad.

Es el caso de las disputas que se produjeron justo después de la etapa de autotutela, cuando el anciano decidía el litigio, de forma definitiva, con base en la moral y en la ética de la comunidad de la que formaban parte los demandantes.

Es el caso de los nativos de los antiguos territorios romanos tras la ocupación por los bárbaros que, para huir de la justicia y del derecho del invasor, optaban por el arbitraje para servirse de las reglas legales que conocían e indicaban personas de su confianza para analizar y juzgar la disputa.

Es el caso de las controversias producidas entre los comerciantes de la Edad Media, que se servían de la praxis comercial y de los especialistas para dirimir los intereses contrapuestos, dado que el derecho positivo era retrógrado y los generalistas del derecho no estaban actualizados, por la fuerza de la dinámica mercantil y de sus avanzados instrumentos de transacción.

13. Afirmando, con ello, que el arbitraje es, por excelencia, expresión de libertad y su finalidad es realizar la justicia. El arbitraje encarna, así, dos principios fundamentales del individuo: la libertad y la justicia.

### 3.2. EL PRINCIPIO MAYORITARIO

1. No se puede enfrentar la controversia sobre los efectos de la cláusula compromisoria estatutaria sin dedicar un espacio a analizar el principio mayoritario. Desde cualquier ángulo que se enfoque la materia, no hay duda de que la discusión no estará completa si se relega el presupuesto en el que se sostiene toda y cualquier sociedad, especialmente, las anónimas.
2. La vida en sociedad, *lato sensu*, se orienta por el principio de la mayoría. Ya sean los grupos sociales, las asociaciones o las empresas, todos estos organismos se organizan y funcionan al amparo de la mayoría.
3. Este presupuesto legal, por consiguiente, es inherente a las sociedades anónimas, e indisociable de ellas. Junto con la limitación de responsabilidad forma la base en la que se apoya todo el sistema societario.
4. Desde su génesis la mayoría gobierna la sociedad anónima. Al principio, debe decirse, esta mayoría se restringía a los pocos fundadores que se perpetuaban en el poder decisorio. Eran los grandes capitalistas que invertían los recursos en las contratas marítimas mercantiles y los nobles de las Casas Reales que patrocinaban tales incursiones comerciales.
5. Era la época aristocrática u oligárquica de las sociedades anónimas. Los pocos socios mayoritarios decidían el rumbo de la empresa en reuniones ocasionales. Ni siquiera existían las juntas generales. Incluso el Código Mercantil francés, de 1808, al regular las sociedades anónimas, se olvidó tratar este órgano social.
6. En nuestro país, el mismo año de 1808, el estatuto de constitución del *Banco do Brasil* estableció que el control de esta institución correspondería a los cuarenta mayores capitalistas.
7. A lo largo de los años, con la diseminación de las sociedades y el aumento del número de socios, la cuestión de la voluntad social pasa a ser un tópico presente en la agenda de los debates societarios.
8. En principio, la mayoría de los accionistas adquiere el derecho de interferir en los asuntos de naturaleza interna de la empresa y, con ello, pasa a poder designar a los miembros de la administración de la sociedad. La medida de la intervención era el fin común de todo contrato de organización: la ejecución del objeto social.
9. Sin embargo, el derecho de la mayoría de dictar las reglas de funcionamiento de la sociedad no afectaba, en esta época, a la posibilidad de modificar la base contractual acordada por los fundadores.

10. En otras palabras, el estatuto de constitución se mantenía fiel, a lo largo de toda la vida de la sociedad, a la voluntad original de los grandes capitalistas y de las Casas Reales.

11. Se ve, por tanto, que el paso de la *autoridad mayoritaria* de los aristócratas a la comunidad de los socios fue objeto de un largo proceso de digestión, debates y maduración. Se requirieron décadas y décadas para que, finalmente, cristalizara el principio *efectivamente* mayoritario que hoy prevalece en el derecho societario mundial.

12. Fue en el año 1903 cuando, en Francia, la legislación refrendó el presupuesto de la soberanía de la junta general. La fase aristocrática dio lugar a la democracia social.

13. El interés egoísta de algunos pocos socios, al fin, queda subyugado al interés de la comunidad de accionistas. Se da a la mayoría el derecho de dictar el rumbo de las actividades sociales y, en consecuencia, se asegura la supervivencia o la indeterminación del plazo de existencia de la sociedad.

14. Quiero decir, la prevalencia de la mayoría permite la continuidad de la empresa a través de los tiempos, ya que hace posible ajustar sus reglas y su funcionamiento a la dinámica empresarial y las constantes transformaciones que se producen en los mercados interno e internacional.

15. En efecto, el principio mayoritario ensalza el mantenimiento de las actividades sociales dado que la mayoría contemporánea tiene autoridad y legitimidad para suprimir y modificar disposiciones estatutarios que, aunque importantes en el pasado, se hicieron inoperantes, se desactualizaron o pasaron a ser indeseables para una nueva realidad comercial y económica.

16. Sea mayoría simple o cualificada, lo que importa para la empresa es que un determinado número de participación societaria ostente el derecho de, cuando sea necesario, ajustar el rumbo social, mediante el acuerdo soberano de la junta general. Aunque los votos en la junta sean individuales, la unión los transforma en la voz de la sociedad. Todo bajo el presupuesto mayor del interés social.

17. El derecho societario no se aleja de este propósito. Y no lo hace porque de él depende la existencia y la supervivencia de las sociedades. Se trata de un imperativo esencial del derecho societario. El principio mayoritario impera en las anónimas y ha de ser encarado a la vista de la *ratio* de sus fines y, no, con la emoción de sus eventuales repercusiones. Aunque la mayoría puede no expresar la mayor de las justicias, es, realmente, la menor de las posibles injusticias.

18. En efecto, el emprendimiento social no permite divagaciones subjetivas y conmovedoras, pues su carácter es puramente lógico y objetivo. La unanimidad no hace que la sociedad se mueva, especialmente, cuando se trata de las anónimas, donde el capital se sobrepone, con vigor y rigor, a los aspectos personalistas de los inversores.

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

20. Y es con fundamento en este principio que se debe enfrentar la cuestión del alcance de la cláusula compromisoria estatutaria. La mayoría domina y dicta las reglas sociales. La mayoría prevalece en los acuerdos de la junta. La mayoría refleja, por supuesto, la voluntad de la colectividad. La minoría se sujeta a la mayoría dado que ésta es la manifestación de la colectividad social. Se trata, sin sombra de duda, de un supuesto democrático. El principio mayoritario es una regla inderogable del derecho societario.

21. El análisis de la *ratio* mayoritaria y de su inderogabilidad se hace más transparente y vigoroso cuando se sitúa a la sociedad en el contexto socioeconómico en el que actúa. La moderna anónima tiene responsabilidades y deberes ante sus empleados y la comunidad. Sus proveedores dependen de ella y, con frecuencia, todo el comercio en su entorno vive y sobrevive de las relaciones con sus trabajadores y clientes.

22. En el ámbito de la cultura y del ocio, la sociedad es fuente de patrocinios y donaciones de extrema relevancia para mantener estas áreas de política pública. El Balance Social de las empresas cada día gana más adeptos y ya se percibe como una ventaja ante el consumidor.

23. Por tanto, la preservación de la empresa es de suma importancia como medio para lograr el bienestar y la pacificación social. Las naciones dependen, cada vez más, de los avances tecnológicos y de los empleos que las sociedades generan. De los tributos que pagan y de los recursos que revierten en pro del medio ambiente.

24. Y, para que se pueda pensar en la preservación de la empresa, es indispensable que ésta se organice y funcione de modo eficaz y democrático; estos supuestos repudian la dictadura de la minoría y la impracticabilidad de la unanimidad. Por ello, el derecho societario mundial opta por la prevalencia de la mayoría.

25. Y al ser esta regla de carácter inderogable y, en consecuencia, de orden público, se tiene que aplicar a todo y cualquier acuerdo sometido a la junta general<sup>2</sup>. Incluso, a aquel que busca modificar el estatuto social para introducir en él una cláusula compromisoria. El principio mayoritario no comporta excepción donde el legislador no la

---

<sup>2</sup> Resáltese que la unanimidad se impone en situaciones extremadamente excepcionales que no importan para la concusión del presente estudio.

fijó. La rama del derecho es la societaria y es, por tanto, con base en las reglas que orientan esta disciplina que el intérprete debe analizar y ponderar las cuestiones controvertidas.

26. Nótese que nuestra ley societaria, al contrario de lo que ocurre en Italia, dejó de salvaguardar o de crear ciertos obstáculos a la introducción del arbitraje. El artículo 109, párrafo 3.º, de la Ley n.º 6404/76 autoriza, e induce, a utilizar el arbitraje para solucionar disputas intrasociales, sin que haya ninguna restricción en cuanto al *quórum* de acuerdo o derecho de separación por parte del accionista descontento.

27. Siendo así, cumplidas las formalidades legales, la aprobación de la inserción de cláusula de arbitraje estatutaria vinculará a todos los accionistas de la compañía. Tanto a los presentes como ausentes, o incluso a quienes son contrarios al acuerdo.

28. La junta general expresa la voluntad social. Si el acuerdo es aprobado en órgano colectivo, la manifestación que de ella resulta expresa la voluntad de la sociedad como sujeto titular de derechos y obligaciones. Poco importa si la aprobación se concreta mediante acuerdo colectivo y con socios ausentes o discordantes. El hecho jurídico es que la junta enuncia manifestación impositiva y única de la sociedad. El derecho legislado confiere a la junta, como órgano de la compañía, plenos poderes para expresar la voluntad de la sociedad. Y esta voluntad, dictada al amparo del derecho y de las formalidades legales, ha de producir todos los efectos jurídicos y obligar a quienes a ella se vinculan.

En el caso en cuestión, toda la comunidad de accionistas se verá afectada por la eficacia de la cláusula compromisoria estatutaria aprobada por la mayoría reglamentaria.

29. El acuerdo de la junta general, según la doctrina, es una auténtica manifestación volitiva unilateral, pues, a pese a que resulta de la cohesión de varias voluntades, informadas por el voto, expresa la voluntad de una única persona, la sociedad.

30. Este acuerdo, formado en el ámbito de colegio soberano, que puede tener efectos modificativos o constitutivos, es de naturaleza normativa y, así, vincula a todos los accionistas y a la propia sociedad.

31. Debe resaltarse que el accionista, al vincularse y someterse a la cláusula de arbitraje, y a otras tantas de efectos constitutivos impuestas por la junta general, no está renunciando a un derecho sino sujetándose al poder de la mayoría. En última instancia, está sujetándose a la voluntad social.

32. En consecuencia, por parte del accionista no se produce el *abandono* de un derecho sino, solamente, su sujeción a un interés mayor. Sujeción que **Carnelutti** conceptúa como "*impotencia de la voluntad para tutelar un interés*"<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Teoria Geral do Direito, trad. A. C. Ferreira, São Paulo, Lejus, 1999, p. 290.

### **3.3 LA VINCULACIÓN DE TODOS LOS ACCIONISTAS**

1. Esta vinculación subjetiva de los accionistas a la cláusula compromisoria estatutaria tiene eficacia legal, dado que el acuerdo de la junta que le dio causa no viola ninguna norma de derecho societario.

2. De ningún modo, me parece, el arbitraje puede considerarse trasgresor del interés social. Por el contrario, considero que éste se coaduna y se imbrica con el arbitraje. Antes hemos visto la importancia de la sociedad para el avance de la civilización. Ya se sabe que su preservación es un factor de constante preocupación de los legisladores y los jueces. La conservación de sus actividades y, naturalmente, de las ventajas y beneficios sociales que de ella derivan depende, sin duda, de que haya armonía en sus relaciones intrasociales.

3. Empresa, administración y accionistas deben relacionarse de la mejor forma posible, a fin de evitar desórdenes en la consecución de los fines sociales. Conflictos entre socio mayoritario y minoritario, o entre empresa y accionistas tienen como resultado pérdida del foco de la administración, pérdida de productividad de los empleados, pérdida de oportunidades comerciales por parte de la empresa, desconfianza del mercado e inseguridad de los proveedores. Una disputa interna puede llevar, en un caso extremo, al colapso de la sociedad.

4. Sin embargo, como es inviable evitar los conflictos, se les debe dar la oportunidad de una resolución rápida y adecuada. Y es en este punto donde, me parece, que el arbitraje surge como un mecanismo eficiente de protección y de preservación de la compañía.

5. La disponibilidad y la especialidad de los árbitros, aliadas a una agilidad procedimental son factores determinantes en la conservación de la estructura societaria.

A la par de estas ventajas, la verdad es que la decisión arbitral, por opción de las partes en la

(i) utilización de este medio de resolución de conflictos,

(ii) elección de las reglas procedimentales y, además,

(iii) indicación del árbitro y

(iv) aceptación de los otros miembros del tribunal, adjudica a las partes demandantes una cierta responsabilidad con relación al producto final del arbitraje, que hace, de esta forma, más aceptable la decisión que dicten los árbitros.

6. Ninguna empresa puede, en la actualidad, darse el lujo de llevar todas y cada una de las controversias o disputas ante los tribunales judiciales. Esto significaría, en el ámbito de las relaciones internas, el colapso de la empresa y en el ámbito externo, la pérdida del socio comercial, del adquirente de productos y servicios y de su proveedor. La intensa competitividad y la necesidad constante de ampliación de los mercados son elementos

que, por sí solos, rechazan este tipo de conducta. Dicho con otras palabras, la existencia de controversias requiere una postura más conciliadora y negociadora, principalmente, en las relaciones de trato continuo. Demanda una buena dosis de ponderación para tratar la controversia como una ruptura pasajera y momentánea.

7. Es un hecho que el arbitraje se incluye dentro de las reglas de buen gobierno corporativo. BOVESPA, por ejemplo, exige que las empresas que buscan mejorar su imagen en el mercado, a través de la lista de sus acciones en el nivel 2 del mercado, adopten reglas más amplias de transparencia y de mejora en las relaciones corporativas, entre ellas, la incorporación de la cláusula de arbitraje estatutaria.

8. La Comisión de Valores Mobiliarios, a su vez, difundió, en el año 2002, una carta con recomendaciones de prácticas de gobierno corporativo en la que se incluye la sugerencia de adoptar el arbitraje como medio adecuado para solucionar de conflictos entre la sociedad y los accionistas o entre accionistas mayoritarios y minoritarios.

9. Por tanto, está claro que el arbitraje no afecta al interés social sino que, por el contrario, con él se coaduna, ya que preconiza la buena práctica de gobierno corporativo.

10. Del mismo modo, no veo dónde ni cómo la modificación estatutaria que busca introducir el arbitraje en el seno de las conturbadas relaciones intrasociales puede violar derecho patrimonial o político del accionista.

11. Estos tratan de los derechos de control, voto, participación en el acervo social y a los dividendos. El arbitraje, por el contrario, se refiere al derecho de amplio acceso a la justicia, por lo que está enfocado en el campo procesal.

12. Y no se sostiene que el arbitraje vulneraría lo dispuesto en el artículo 109, párrafo 2.º, de la Ley n.º 6404/76, que asegura a todos los accionistas los medios, procesos y acciones para preservar sus derechos.

13. Ahora bien, el arbitraje es coherente con esta previsión legal. Con el arbitraje no suprime al accionista este derecho natural de todo y cualquier individuo. En el arbitraje se asegura a todas las partes el debido proceso legal, so pena de que la decisión arbitral sea anulada.

El árbitro debe ser y mantenerse independiente. Debe actuar con imparcialidad y asegurar el contradictorio y la amplia defensa. Debe fundamentar su decisión. El árbitro responde civil y penalmente. Por último, la jurisdicción arbitral se equipara, *mutatis mutandis*, a la jurisdicción estatal.

14. En efecto, ya sea en la justicia ordinaria o en la jurisdicción extrajudicial, los accionistas no pierden ni son despojados de cualquier derecho que la ley societaria les garantice.

### 3.4. **VINCULACIÓN DE LOS ADQUIRIENTES DE PARTICIPACIÓN ACCIONARIAL.**

1. Tampoco se sostienen las afirmaciones de que, por tratarse el estatuto social de un contrato abierto, al que los futuros accionistas se *adhieren*, sería necesario que el cesionario aceptase de forma expresa la cláusula compromisoria, para que sus efectos lo afectaran plenamente. Este condicionante es argüido, a mi modo de ver de forma equivocada, en razón del contenido del artículo 4.º, párrafo 2.º, de la Ley n.º 9307/96 que salvaguarda la eficacia de la cláusula compromisoria incluida en contrato de adhesión, a una posterior manifestación del adherente. Posterior y, así, libre y espontánea.

2. Ahora bien, el contrato de sociedad tiene naturaleza distinta de los típicos contratos de adhesión, los cuales son el foco de la atención del legislador y de las restricciones impuestas por la ley de arbitraje. No es el caso de las relaciones existentes entre los accionistas y la compañía. Los socios se encuentran en una posición similar en la sociedad y al adquirir las acciones son conscientes, por supuesto, de los términos y condiciones que rigen la organización y el funcionamiento de la empresa.

3. Así como los accionistas no tienen la oportunidad, *por voluntad propia*, de modificar cualquiera de las estipulaciones que constan en el estatuto, lo mismo ocurre con el pacto arbitral. En el derecho societario, el socio o el adquirente de acciones no tiene como hacer cualquier tipo de reserva en cuanto a la sujeción a determinadas condiciones estatutarias.

4. Además, se sabe que las restricciones de eficacia de las cláusulas compromisorias incluidas en contrato de adhesión se refieren a las típicas contrataciones de la especie. Se refieren a la singularidad de los contratos en masa. Con las cláusulas generales. Con los contratos de suministro de servicios y productos. Con los contratos atinentes a las relaciones genuinamente de consumo.

5. Estas restricciones no afectan a los peculiares contratos de organización. Estos integran una esfera distinta de la teoría general de los contratos. En ellos, el cumplimiento de las obligaciones no tiene como resultado el término de la relación. Por el contrario, es condición esencial para que iniciar la ejecución del acuerdo. Se trata de una premisa indispensable para la consecución del fin común.

6. En los contratos de organización, al envés de los contratos en general, el egoísmo individual cede frente el interés de la colectividad. El objetivo principal es concretar un fin que es común a todos los que integran la relación contractual.

7. Tampoco se sostiene la necesidad de aceptación, por parte del cesionario, dado el principio de autonomía de la cláusula de arbitraje. Aunque este presupuesto sea de carácter universal, en el ámbito del derecho arbitral (art. 8, Ley n.º 9307/96), no sirve para llevar a cabo este tipo de argumentación, pues su teleología apunta, justamente, hacia la protección de la eficacia de la cláusula compromisoria. El principio de autonomía

de la cláusula de arbitraje, junto con el principio de *Kompetenz-Kompetenz* (art. 8, par. Único, Ley n.º 9307/96) tiene por finalidad la preservación de la jurisdicción arbitral.

8. Además, aunque autónoma con relación al contrato en el que se incluye, la cláusula se sirve de la instrumentalidad contractual. Y se sirve, exactamente, para proteger su eficacia y, de ese modo, afectar a aquellos que buscan escapar de ella.

#### **4. LA INDISPONIBILIDAD Y EL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO.**

1. Una de las cuestiones suscitadas por autores que mitigan la amplitud del arbitraje en las controversias societarias es la imperatividad de la gran mayoría de las materias que envuelven a las sociedades anónimas.

2. Argumentan estos estudiosos que la dimensión de las disposiciones legales de carácter imperativo acaba reduciendo, sobremanera, la posibilidad de someter al arbitraje varios conflictos societarios. El orden público implicaría la “incompetencia” del árbitro para juzgar un sinnúmero de disputas con relación a la materia de las sociedades anónimas.

3. Esta opinión, a mi modo de ver, peca por confundir los conceptos y, en consecuencia, al partir de premisa equivocada acaba abrazando una conclusión ajena o extraña al sistema jurídico arbitral. Quiero decir que, a pesar de que los institutos de la indisponibilidad de derechos y orden público se toquen, no se debe, porque no se puede afirmar que converjan en sus efectos.

4. En la opinión de estos estudiosos, el orden público encierra una indisponibilidad del derecho y, así, excluye el uso del arbitraje, dado que este medio jurisdiccional solo sirve para dirimir materias de derecho patrimonial disponible. Esta asertiva, no obstante, no es verdadera, o, si se prefiere, traduce una media verdad. Si, por un lado, es correcto afirmar que el derecho indisponible no es pasible de apreciación por la vía arbitral, por otro lado, no es correcto sostener que las cuestiones que implican materias de orden público, por sí solas, excluyen la jurisdicción extrajudicial.

5. Indisponibilidad y orden público son conceptos que se tocan, pero no se confunden. Mientras la indisponibilidad es un elemento intrínseco al objeto del derecho, el orden público es un elemento extrínseco para resguardar o proteger el derecho.

La indisponibilidad *afecta* a la libre circulación —disposición— del derecho en sí, mientras el orden público *cerca* el derecho con reglas preventivas. La indisponibilidad tiene que ver con el núcleo, el propio objeto del derecho. El orden público no; es una armadura o un *envoltorio jurídico* de preservación de la identidad del objeto del derecho. Aunque el primero no es pasible de disposición espontánea, el derecho sujeto a reglas de orden público puede ser transferido, gravado y enajenado libremente, dentro de los límites impuestos por tales reglas.

6. En este sentido, se puede afirmar, todo derecho indisponible es de orden público, pero no todo el orden público se incluye en las restricciones atinentes al derecho indisponible. La disposición o la regulación del derecho indisponible no se incluye en la esfera de la autonomía de su titular. Por el contrario, el titular de un derecho sometido a reglas de orden público puede disponer de él libremente, con independencia de la existencia o no de tales disposiciones de preservación de su derecho. Lo que se le prohíbe, justamente, es violar la norma de orden público que la ley impone para preservar las relaciones en sociedad.

7. Mientras la indisponibilidad *afecta* directamente al objeto del derecho, al retirar de su titular el poder de autorregulación y de libre disposición, el orden público no, se trata de una simple regla jurídica de observancia obligatoria. En otras palabras, el orden público es previsión legal que debe ser observada en el momento de tratar, por parte del juzgador, los conflictos de intereses sujetos a esta restricción o protección.

8. En consecuencia, si el derecho estuviera cubierto por el manto de la indisponibilidad, el árbitro no tendría jurisdicción para apreciarlo, pues queda resguardada la autoridad exclusiva del Estado, por la *manus* del Poder Judicial. Sin embargo, si el derecho estuviera formado por normas de orden público, no habría impedimento para la actuación de la jurisdicción arbitral, aunque el árbitro debería *observar la aplicación* de tales disposiciones.

9. La indisponibilidad sustrae del árbitro la jurisdicción, mientras el orden público le impone el deber de observancia en el enjuiciamiento de la cuestión controvertida.

10. De este modo, no importa si la regulación de las anónimas contempla distintas reglas de orden público. Este hecho, *per se*, no sustrae del árbitro su jurisdicción. Solo le impone más cautela en el análisis de la materia y en la adopción de la decisión final. Ni más, ni menos.

11. Establecida la diferencia en los términos ahora propuestos, se puede afirmar que la mayoría opresora de las cuestiones societarias son pasibles de solución mediante el arbitraje, estén o no sujetos a disposiciones de carácter imperativo.