

El Arbitraje en la Ley de Sociedades Anónimas Chilena

Autor: Óscar Torres Zagal

La regulación de la jurisdicción arbitral en la sociedad anónima chilena, la encontramos especialmente, en los artículos 4°, número 10 y 125 de la ley N° 18.046, de 1981, Ley de Sociedades Anónimas y en el artículo 227 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales, normas de distinta jerarquía legal que como se expondrá en el presente artículo se encuentran en oposición.

La primera de las disposiciones legales citadas, el artículo 4°, número 10), dispone que la escritura de la sociedad debe expresar: “ La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador”. De la disposición legal transcrita, se concluye que la cláusula arbitral o cláusula compromisoria, entendida como “ ...un contrato por el cual las partes sustraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten a juicio arbitral, obligándose a nombrar árbitros en acto posterior.”, (Patricio Aylwin Azócar “El Juicio Arbitral” pág. 323), no es un elemento, requisito o mención de la esencia en la escritura pública de constitución de la sociedad anónima, siendo una de aquellas menciones que el legislador suple en caso de silencio de los constituyentes en el estatuto social, y que se entiende incorporada por sola disposición de la ley mercantil, ya que “Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador.”

Esta regla legal, supletoria de la voluntad de los constituyentes de la sociedad anónima, remite el conflicto societario en la sociedad anónima a la resolución de un árbitro arbitrador, definido en la ley en los siguientes términos: “El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil” (artículo 223, inciso 3° del Código Orgánico de Tribunales).

Si nos atenemos a la regulación establecida por el artículo 4°, número 10, de la Ley N° 18.046, de 1981, encontramos una concordancia con lo dispuesto en el artículo 227 número 4° del Código Orgánico de Tribunales, que regula los casos de arbitraje forzoso u obligatorio en nuestro derecho positivo y que dispone: “Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes: 4° Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio”. En efecto, la lectura de ambas disposiciones legales aparece concordante – a primera vista - en cuanto a que las diferencias entre los accionistas de una sociedad anónima, es materia de

resolución de arbitraje forzoso, sin perjuicio de que más adelante se concluye que se trataría de un arbitraje voluntario o más bien facultativo, con evidente contradicción normativa.

Debemos consignar que de conformidad con lo establecido en el artículo 74 de la Constitución Política de la República, una Ley Orgánica Constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. Por ello, las normas que regulan los Tribunales de Justicia, en su organización y competencia, son por mandato de la Constitución Política materia de Ley Orgánica Constitucional y por lo tanto para su aprobación, modificación o derogación requerirán de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio, conforme lo establecido en el artículo 63, inciso 2°, de la carta fundamental. Además, conforme a lo dispuesto en la disposición Quinta Transitoria de la carta constitucional, el Código Orgánico de Tribunales, de 1943, tiene el carácter de Ley Orgánica Constitucional, en tanto no se dicte la ley nueva que regule la organización y atribuciones de los Tribunales de Justicia.

Establecida la jerarquía de ley orgánico constitucional de nuestro Código Orgánico de Tribunales, de 1943, regulación que contempla la asignación de competencias a la Justicia Arbitral, corresponde analizar la segunda disposición legal que regula el arbitraje en la ley de sociedades anónimas de 1981, ya citada, contenida en el artículo 125.

En la Ley N° 18.046, Título XII, denominado “DEL ARBITRAJE”, el artículo 125, señala: “En los estatutos sociales se establecerá la forma como se designarán el o los árbitros que conocerán las materias a que se refiere el N° 10 del artículo 4° de la presente ley. En caso alguno podrá nominarse en ellos a una o más personas determinadas como árbitros.”.

“ El arbitraje que establece esta ley es sin perjuicio de que, al producirse un conflicto, el demandante pueda sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria”.

El primer comentario que sugiere el artículo 125 de la Ley de Sociedades Anónimas, dice relación con la forma o procedimiento mediante el cual se designarán él o los árbitros que conocerán de las materias señaladas en el artículo 4° N° 10 de la Ley de Sociedades Anónimas, procedimiento que puede establecerse en el estatuto social de constitución, como asimismo respecto a las calidades que deben reunir él o los árbitros en cuanto a si se trata de árbitros de derecho o arbitradores y requisitos especiales, como por ejemplo Profesor de Derecho Comercial, Abogado Integrante de Corte de Apelaciones u otra. Si el estatuto social nada dice, la ley suple este silencio u omisión declarando que “se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador” (artículo 4° Ley N° 18.046).

Segundo, el artículo 125 declara que “En caso alguno podrá nominarse en ellos a una o más personas determinadas como árbitros” a diferencia de la cláusula compromisoria en los estatutos de las sociedades de personas – colectivas, en comandita y de responsabilidad limitada – en los que puede

designarse la o las personas que conocerán de los conflictos societarios en tal calidad, atendida su naturaleza intuitu personae o de relación de confianza que existe entre sus socios.

El sentido de esta disposición – que prohíbe la designación de juez arbitro determinado en el estatuto de constitución - radica en que la sociedad anónima puede incorporar nuevos accionistas – por la vía de las cesiones o traspasos de acciones de accionistas fundadores o constituyentes a nuevos adquirentes de acciones - que no participaron en el otorgamiento del estatuto social, a quienes se les impondría un juez árbitro en cuya designación no han podido participar y por lo mismo no resulta conveniente la designación a priori o ex ante al surgimiento del conflicto jurídico societario, de un Juez Árbitro. Además, no podemos dejar de considerar que la designación de un Juez Arbitro por las partes es un acto colectivo de confianza en el que las partes designan – antes del surgimiento del conflicto – un juez ad hoc para la resolución de una litis eventual, razón por la cual para las partes en conflicto eventual o actual no es indiferente quien ejerza esta función jurisdiccional.

En el caso de que los constituyentes de la sociedad anónima designaran personas determinadas como árbitros en el estatuto social dicha designación carecería de validez ya que el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas señala que “Las disposiciones de esta ley primarán sobre cualquiera norma de los estatutos sociales que les fuere contraria”, siendo por lo tanto ineficaz tal designación de una o más personas determinadas como árbitros.

Tercero, el arbitraje que establece la Ley de Sociedades Anónimas es de naturaleza facultativo y no obligatorio o forzado- como lo reguló en su oportunidad el Código Orgánico de Tribunales según se señaló anteriormente - , ya que producido el conflicto jurídico el demandante puede optar por someter este a la resolución de juez árbitro o bien recurrir a la justicia ordinaria para su resolución. En efecto, el inciso segundo del artículo 125 establece: “El arbitraje que establece esta ley es sin perjuicio de que, al producirse un conflicto, el demandante pueda sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria”.

Por lo tanto, producido un conflicto jurídico entre accionistas o entre éstos y la Sociedad Anónima o entre ésta y algún accionista sea durante su vigencia o su liquidación, queda a elección del demandante presentar su demanda ante los Tribunales Ordinarios, o bien, a su elección solicitar la designación de juez árbitro para conocer del conflicto, quien una vez que ejerza su facultad radica la causa ante Tribunal competente y obliga a sus litigantes a aceptar dicha competencia arbitral.

La conclusión a que llegamos consiste en que en materia de conflictos societarios en la sociedad anónima, el arbitraje es de naturaleza facultativo o voluntario no de las partes en conflicto, sino que sólo de la voluntad unilateral del accionista “litigante”, ya que la ley entrega a su elección interponer su demanda ante la justicia ordinaria o bien solicitar la designación de juez arbitro para la resolución del conflicto. Si opta por la designación de juez arbitro tiene que asumir los costos de los honorarios del tribunal arbitral, pero tendrá la ventaja de contar con un juez ad hoc para su litigio, en el mejor de los casos con experticia en materia societaria y de derecho comercial, en comparación con el principio de gratuidad de las partes frente al juez ordinario, ya que este en su calidad de empleado público es

remunerado por el Estado. Si opta por la designación de juez arbitro para la resolución del conflicto societario, se inhibe la competencia de los tribunales ordinarios en la materia.

Sin perjuicio de lo señalado la Excma. Corte Suprema en Recurso de Queja, con fecha 24 de agosto de 2002, señaló que: “El arbitraje que establece la Ley de Sociedades Anónimas es aquel supletorio para el caso que las partes nada dispongan en la escritura social, respecto del cual es posible substraerse para entregar el conocimiento del conflicto a los tribunales ordinarios de justicia, situación que no es la de autos, toda vez que el arbitraje fue expresamente pactado y reglamentado en la escritura social, de modo que en este caso no procede la opción a que alude el inciso segundo del Art. 125 de la Ley 18.046”. Finalmente, concluye el fallo que comete falta o abuso el juez que no razona de este modo, y acoge una excepción de incompetencia absoluta opuesta por el recurrente de queja (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX, Sec. 2º, Pág. 127). La doctrina que se extrae de esta sentencia de la Corte Suprema se puede expresar en que si el estatuto de la sociedad anónima contiene cláusula compromisoria, el eventual litigio debe ser sometido a la resolución de juez arbitro, sin que sea aplicable la regla de arbitraje facultativo contenida en el inciso 2º del artículo 125 de la ley de sociedades anónimas, la que sólo se aplicaría en caso de silencio u omisión en el estatuto social. Respecto a este fallo hay un comentario de don Sergio Rossel, en la Revista, en el cual adhiere a la doctrina de la Excma. Corte Suprema, agregando entre otros argumentos, que si existe cláusula compromisoria en el estatuto social, esta tiene la fuerza de un contrato conforme lo establecido en el artículo 1545 del Código Civil y que en este caso no puede la voluntad unilateral de un accionista en conflicto, ocurrir a la justicia ordinaria, ya que se transgrede el artículo citado. Agrega el autor que en opinión contraria a la señalada se encuentran las interpretaciones de don Patricio Aylwin (“ El Juicio Arbitral” Pág. 95) y Ricardo Sandoval López (Manual de Derecho Comercial, Tomo I, Pág. 569) . Lo que compartimos con don Sergio Rossel es que el artículo 125, inciso segundo no es claro, pero el suscrito se inclina también por la interpretación de don Patricio Aylwin y de don Ricardo Sandoval López, en el sentido de que el arbitraje en la ley de sociedades anónimas, es facultativo, ya que el inciso segundo utiliza la expresión sustraer, señalando “... el demandante puede sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria.”. La expresión gramatical “sustraer” que utiliza el legislador es clave para resolver esta aparente contradicción de normas, ya que si el demandante puede sustraer o restar el conflicto de él o los árbitros de la cláusula compromisoria y someterla a la decisión de los tribunales ordinarios, quiere decir que tiene el poder o facultad de prescindir a su arbitrio de dicha cláusula, siendo un derecho potestativo del accionista o bien un derecho disponible a su solo arbitrio, lo que no significa desconocer la fuerza obligatoria de las convenciones o contratos.

Esta regla relativa a establecer que los conflictos jurídicos en las sociedades anónimas sean de arbitraje facultativo, modificó tácitamente el artículo 227 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales, de 1943, que como señalamos establecía que estas materias eran de arbitraje forzoso u obligatorio las que a partir de 1981 son de arbitraje voluntario o facultativo.

Cabe tener presente que conforme lo establecido en el artículo 74 de la Constitución Política la ley que

determine la organización y atribuciones de los tribunales, es ley de carácter orgánico constitucional esto es, de aquellas que requieren para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 63, inciso segundo, de la Constitución Política) y la ley de sociedades anónimas de 1981 es de mayoría simple, no obstante no hubo reparos u observaciones en este sentido en su proceso de revisión ante el Tribunal Constitucional de la época.

Podemos concluir que la disposición legal comentada – artículo 125 de la Ley N° 18.046 – cuya tenor literal al decir de Rossel no es claro, representa en nuestra opinión un retroceso en materia de regulación de la sociedad anónima ya que tradicionalmente los conflictos jurídicos societarios de accionistas entre sí y el órgano de administración Directorio, han sido materia de arbitraje forzoso, tanto a nivel de derecho chileno – así fue también regulado en nuestro Código de Comercio, de 1865, en el artículo 426 (derogado por la Ley N° 18.046, de 1981) y lo propio en derecho comparado, sobre todo si se considera que progresivamente se sostiene la conveniencia de ampliar las materias de arbitraje en derecho comercial, sustrayéndolas del conocimiento de la justicia ordinaria la que se ve desahogada en su extensa cantidad y variada naturaleza de litigios civiles que le exige resolución, prefiriéndose el establecimiento de jueces especiales vía jurisdicción arbitral. Por lo señalado la actual regulación en materia de solución de conflictos en la sociedad anónima rompió una antigua tradición en nuestro derecho, que creemos debería ser objeto de una reforma a la ley vigente, volviendo al sistema de arbitraje forzoso.

Las conclusiones señaladas anteriormente, no son aplicables a los pactos de accionistas o convenciones “parasocietarias” como las denomina la doctrina mercantilista, ya que los pactos son suscritos entre accionistas para regular materias específicas entre éstos y es común y habitual que se establezcan pactos compromisorios y designación precisa de árbitros, calidades y otros, materias de arbitraje voluntario, cláusula compromisoria que si tienen la fuerza obligatoria de la llamada “ley de los contratos” del artículo 1545 del Código Civil, para conocer y resolver conflictos entre accionistas que se encuentran vinculados por los llamados “pactos de accionistas”.

Oscar Torres Zagal
Profesor de Derecho Comercial
Universidades Central y Diego Portales