

ARBITRAJE EN SOCIEDADES MERCANTILES: UN DIÁLOGO SOBRE SU UTILIDAD

Juan Francisco Torres Landa R. y Francisco González de Cossío

I.	ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA:.....	2
II.	ÁREAS ESPECÍFICAS:	5
	A. ACTUAR SOCIETARIO:	5
	1. Regularidad del actuar societario:.....	5
	2. Principio de mayorías y el acuerdo arbitral:.....	7
	3. Separación o retiro:.....	9
	B. ACCIONES / PARTES SOCIALES:.....	9
	C. RECURSOS PARA CONTROLAR LA REGULARIDAD DEL ACTUAR SOCIETARIO:.....	11
	1. Nulidad:.....	11
	2. Oposición:.....	12
	3. Responsabilidad:.....	13
III.	PRECAUCIONES:	14
IV.	CONCLUSIÓN:.....	14

La posibilidad y conveniencia de utilizar el arbitraje para resolver controversias en materia de sociedades mercantiles ha sido objeto de muchos puntos de vista y, por lo mismo, ha generado importantes diferencias de opinión. En ocasión del *Liber Amicorum* a un gran jurista, Don José Luis Siqueiros, los autores de este ensayo deseamos homenajear a un gran maestro haciendo algo que Don José Luis gustaba hacer: intercambiar impresiones constructivamente y, sobre todo, contribuir al legado que nos dejó: el uso más frecuente y amplio del arbitraje como medio de solución de controversias.

Siendo que esta discusión versa en esencia sobre la conjugación de dos *lex specialis* en las que los autores nos especializamos respectivamente, a continuación sostendremos un intercambio de impresiones sobre la posibilidad y utilidad de utilizar arbitraje para encausar y dirimir controversias derivadas de las distintas relaciones jurídicas que surgen como resultado de la creación y operación de sociedades mercantiles. El objetivo será compartir un estado de reflexión que sea de utilidad al practicante y arbitrante para llegar a conclusiones sobre lo que se puede y no hacer en esta materia, considerando además sus implicaciones prácticas.

Con la finalidad descrita, a continuación se adelanta a título de tesis la opinión genérica de cada uno de los participantes:

- **Hipótesis de Juan Francisco Torres Landa R.:** la aplicación de la figura arbitral como medio de resolución de controversias en el terreno de sociedades mercantiles, aunque atractivas por la naturaleza ágil y sofisticada de dichos procedimientos, no es algo común porque la ley de la materia presume la intervención de tribunales judiciales para permitir la solución a contiendas entre

socios entre sí y/o con la sociedad. Existen incluso acciones específicas, principalmente en el terreno de las nulidades e ineficacias, derechos de minorías, y procesos de controversias que requieren la intervención de órganos jurisdiccionales para la consecución de medidas suspensivas y de manutención de hechos, y que por lo mismo no avalan que un pacto arbitral sea plenamente eficaz en esta materia.¹

- **Hipótesis de Francisco González de Cossío:** el arbitraje no sólo es *viabile* para resolver disputas que involucran derecho societario, es *idóneo* para ello. Ello explica su creciente utilización en jurisdicciones diversas—incluyendo la mexicana. Su idoneidad deriva de la conjugación de sus tres características principales: especialidad, flexibilidad y finalidad. Las controversias en materia de sociedades mercantiles son tales que requieren de **especialistas** que conozcan el régimen y práctica aplicable a la materia, incluyendo su trasfondo económico. La **flexibilidad** del arbitraje permite adecuar las características del proceso arbitral a las necesidades de la materia mercantil en general, y societaria en particular. La **finalidad** del arbitraje permite contar con decisiones temporalmente adecuadas, que desincentiven litigiosidad y consecuente onerosidad que estorban la realización de negocios. Esta tesis la sostuve por vez primera en una charla ante la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. en 2001, misma que explayé en *Arbitraje*.² Desde entonces he participado como representante de parte y árbitro en muchos casos. La experiencia ganada es tomada en cuenta en este ensayo.

A continuación enfrentamos las perspectivas citadas siguiendo la siguiente ruta crítica. Primero abordaremos la posibilidad genérica de utilizar arbitraje en las disputas que derivan de la materia societaria mercantil. Segundo, analizaremos la posibilidad de utilizar el arbitraje en áreas específicas de la materia. Tercero, se decantarán algunas sugerencias a título de precaución. Finalmente propondremos algunas conclusiones sobre los temas que se abordan en este ensayo.

I. ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA:

¿Hay algo en el derecho societario que haga inarbitrable las materias regidas por el derecho societario? Esta pregunta se la plantearon los autores hace muchos años. Por supuesto, es claro que con el paso de los años el nivel de desarrollo y despliegue del arbitraje es significativamente mayor. Anteriormente, parte de las dudas derivaban del

¹ Por ejemplo las referencias expresas a acciones judiciales a las que se refieren ciertos preceptos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, como son los artículos 184 y 185 (convocatoria judicial a Asamblea de Accionistas), 198 (aplicabilidad de convenios de socios a la sociedad por resolución judicial), 201 y 202 (acciones de oposición contra resoluciones de Asambleas de Accionistas), 205 (depósitos de acciones para acciones judiciales), 224 (oposición a fusiones), 228 bis VI (oposición a escisiones), 232 (cancelación de inscripción por disolución), 236 (nombramiento de liquidadores por la vía judicial), y 238 (revocación de designación de liquidadores por la vía judicial).

² Porrúa, México. Primera edición en 2004 (p. 102). Quinta edición de 2018 (p. 401 *et seq.*).

sencillo hecho que el fenómeno casi no se veía. Hoy en día la realidad es perfectamente opuesta: uno de los autores ha tenido en exceso de una docena de casos cuya litis es precisamente derecho societario.³ Y muchos de los dichos casos involucraron acuerdos arbitrales en los estatutos mismos de las sociedades. En ninguno de los casos se cuestionó la arbitrabilidad de la materia.⁴ Y fue gracias a la eficacia y eficiencia del arbitraje que se logró evitar resultados que de otra manera habrían sido lamentables.⁵

Un desarrollo relevante ha sido la modificación de la Ley General de Sociedades Mercantiles (“*LGSM*”) de 2016 en la cual se creó la figura de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS). El paso incluyó la adopción del siguiente artículo:⁶

Salvo pacto en contrario, deberán privilegiarse los mecanismos alternativos de solución de controversias previstos en el Código de Comercio para sustanciar controversias que surjan entre los accionistas, así como de éstos con terceros.

Para uno de los autores que el precepto citado busque privilegiar la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias exige apodícticamente dos conclusiones. Primero, que la materia es arbitrable.⁷ No solo no existe limitante alguna

³ Las disputas han involucrado temas diversos. Desde la validez de asambleas por motivos diversos (como convocatoria defectuosa, orden del día no seguido al pie de la letra, quorum de asistencia, quorum de votación, respeto de los lineamientos de votación estatutariamente pactados), validez de resoluciones adoptadas en asambleas (por motivos diversos como la falta de observancia de restricciones societarias como super-mayorías y restricción de tenencia de cierta especie de acciones), el derecho de retiro de un socio y la valuación de su parte, el manejo contable de pagos entre compañías relacionadas, el abuso de un socio mayoritario sobre un minoritario, el funcionar de una cláusula divorcio, disputas sobre la valuación de activos en especie aportados a una sociedad, la conversión de deuda por capital, los efectos de una separación de un socio y posterior competencia a la luz de los deberes de lealtad, la responsabilidad de administradores, la rectitud de la contabilidad (el contexto siendo un socio mayoritario que distribuyó las deudas de una operación a la sociedad con la que es socio del demandante, dejando los activos (incluyendo cuentas por cobrar) a favor de otra sociedad en la que es socio mayoritario, el actuar del secretario del Consejo de Administración y la observancia de las manifestaciones y garantías (*representations and warranties*) en adquisiciones). Algunos de estos han sido dramáticos, y han puesto a prueba la utilización del arbitraje. Ejemplifican la aseveración un caso de asambleas apócrifas, otro de contubernio entre el secretario y los accionistas mayoritarios con ayuda del registro público y otras autoridades que se prefiere no identificar, y la toma por un grupo de accionistas de la participación de otros. Fue gracias a la efectividad del arbitraje que pudo evitarse un resultado incorrecto.

⁴ Tal parecería que la arbitrabilidad de la materia fue aceptada como una verdad incuestionable—inclusive en los casos en que se observó demandados deseosos de frustrar el proceso arbitral mediante chicanas.

⁵ Conforme el fenómeno de arbitraje en materia de sociedades se ha expandido, también lo ha hecho la literatura que lo explica. Por ejemplo, Juan Pablo Fabrega Polleri, *El Arbitraje como medio para solución de controversias que derivan de las relaciones intrasocietarias entre accionistas de sociedades anónimas panameñas, entre estos y la sociedad y/o sus órganos sociales*, Fábrega Molino, Panamá, 2018; Oliver Capresse, *Les Sociétés Et L'Arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2002; Daniel Cohen, *Arbitrage et Société*, L.G.D.J, Paris, 1993. Guiseppe Galluccio y Pablo Mori, *La Extensión del Convenio Arbitral a los Grupos de sociedades legales*, Perú, 2012.

⁶ Artículo 270 de la LSGM.

⁷ Nos centramos en arbitraje, pues es el mecanismo que actualiza la hipótesis normativa: mecanismos alternativos de solución de controversias “previstos en el Código de Comercio”. Sin embargo, no creemos que se trate de una referencia numerus clausus sino ejemplificativa. Utilizar otros mecanismos como mediación es recomendable pues lograrías los mismos propósitos que la modificación.

para utilizar arbitraje en la materia, sino que existe una norma que expresamente la hace arbitrable. Segundo, dicha directriz normativa obedece a la consideración de que los mecanismos alternativos de solución de controversias son de deseable utilización por ser más proclives a atraer capital y facilitar el funcionar de las empresas. Lo anterior particularmente si se considera el funcionar del análisis de arbitrabilidad, que lo que hace es discernir la arbitrabilidad de las materias atendiendo a su naturaleza: ¿versan sobre una materia indisponible? Dicho análisis comienza con una determinación de presencia o ausencia de prohibición.⁸ De no existir, se analiza si existe algo en la materia que exija concluir que no puede ser adjudicada en forma privada. De tratarse de una materia mercantil, se acepta que es el género de curso natural por la vía arbitral.⁹ En esta materia, el que exista no solo una permisón sino una dirección por el poder legislativo es comunicativo. Si bien el diario de debates ante la Cámara de Diputados no abunda sobre el tema, se habla varias veces del interés de crear mecanismos de operación sencilla que se adapte a las necesidades de las MiPyMEs y fomentar el crecimiento de las empresas.¹⁰

Para el otro autor, no hay duda de que en un panel arbitral se puede lograr un entendimiento más eficiente de lo que pueden ser problemas societarios complejos, con arreglos estatutarios y contractuales muy sofisticados, y con grandes aristas comerciales y de negocios no comúnmente vistos en tribunales. Pero no por dicha asimilación es que se pueda sostener la competencia arbitral. Dicho autor considera que el problema en este terreno es que la arbitrabilidad se asume como un presupuesto contractual en esencia. Es decir, que se base en la libertad de voluntades de los socios de una sociedad mercantil. La referencia al precepto de la SAS no es por referencia aplicable a otras sociedades mercantiles, en principio sociedades anónimas y de responsabilidad limitada que son las de principal aplicación en el país. Tampoco lo son las sociedades anónimas promotoras de inversión o las sociedades anónimas bursátiles.

La verdadera prueba de ácido lo constituirá la decisión judicial que se llegue a tomar en el momento en que un socio determine que una cláusula arbitral es ineficaz y controvierta judicialmente su validez y/o que se impugne un laudo dictado en un procedimiento arbitral en rebeldía. No conocemos que ese antecedente se haya dado, aunque

⁸ Ver al respecto el criterio contenido en el Registro 162088. Bajo el rubro “**MATERIA DE ARBITRAJE. ES FIJADA POR LIBRE VOLUNTAD DE LAS PARTES CUANDO NO ES CONTRARIA A LA LEY**” se razona que “el arbitraje sólo puede versar sobre materias disponibles con arreglo a derecho y que en el caso de que se trate tengan, por regla general, una connotación mercantil derivada del ordenamiento en que se regula la cuestión del arbitraje”.

⁹ El criterio citado en el pie de página anterior enfatiza como criterio de arbitrabilidad el que “tengan ... una connotación mercantil”. El derecho societario no sólo tiene una “connotación mercantil”, es un ejemplo prominente del Derecho Mercantil.

¹⁰ DISCUSIÓN DEL DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA, CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES. Diario de los Debates, 1 de febrero de 2016. Discusión y votación, 9 de febrero de 2016. Cámara de Diputados. Consideración Cuarta de la Comisión, que dice “Para los integrantes de la Comisión de Economía, resulta imperante resaltar que con la creación de la Sociedades por Acciones Simplificada, se incorporará un mecanismo de operación sencilla.”

anticiparíamos que el mismo llegaría a nuestro máximo tribunal en impugnación constitucional dada la trascendencia de un caso de este tipo. Mientras tanto prevalecen las múltiples referencias expresas en la LGSM a acciones y determinaciones judiciales que no serían inmediatamente reemplazables por un arbitraje, aún contando con un acuerdo de voluntades de los socios de una sociedad mercantil.¹¹

II. ÁREAS ESPECÍFICAS:

A. ACTUAR SOCIETARIO:

Respecto de la forma de crear voluntad societaria, e implementarla, nos centraremos en tres temas: la actuación de los órganos de la sociedad, el principio de las mayorías y el acuerdo arbitral, y el derecho de separación.

1. Regularidad del actuar societario:

La sujeción de las juntas de consejo de administración y las asambleas a escrutinio cumple una función importante: cerciorar que los actos jurídicos que derivan de la actividad del órgano de administración (Consejo de Administración) y el órgano de propiedad o supremo (Asamblea de Accionistas o Socios, según sea el caso) acaten el régimen jurídico aplicable, mismo que tutela un interés digno de resguardo. Sea que se trate de cerciorarse que la creación de la voluntad societaria logre aglutinar las voluntades individuales adecuadamente, proteger el interés de los minoritarios, o que las decisiones se tomen en forma informada, dicho interés debe ser respetado. De lo contrario, los actos jurídicos que derivan del mismo (las resoluciones u otras determinaciones y consecuencias), pueden adolecer de vicios y, además, lesionar derechos de los actores en el quehacer societario.

La pregunta clave entonces es si el control de la regularidad de dichos actos puede sujetarse al arbitraje. Cuando la LGSM dice por ejemplo que el derecho de oposición puede ocurrir “judicialmente”.¹² Que el “juez” puede suspender la ejecución de las resoluciones;¹³ que la convocatoria puede ser hecha por acción “judicial”.¹⁴ Es necesario establecer si ello significa o no que se confiere jurisdicción exclusiva sobre el poder judicial para conocer de estas acciones,¹⁵ o si en realidad se establece simplemente que existe un derecho de acción para hacer cumplir un derecho sustantivo. Que los derechos de acción contemplados en el derecho societario *pueden* ser ejercidos de cierta manera. Es

¹¹ Ver la cita de múltiples artículos de la LGSM en el pie de página número 1 anterior.

¹² Artículo 201 LSGM.

¹³ Artículo 202 LSGM.

¹⁴ Artículo 205 LSGM.

¹⁵ Un criterio para discernir la arbitrabilidad de una materia es la ausencia de jurisdicción exclusiva.

decir, la discusión es si se trata de un régimen *habilitante*, y no de una norma de atribución de competencia.

Una postura entonces es que, además de *arbitrable*, la sujeción del actuar de los órganos societarios al arbitraje es *conveniente* dada la especialidad y agilidad del arbitraje. El régimen en cuestión puede—y suele—ser complejo. O puede requerir una decisión veloz. Tomemos cada aseveración por separado.

Respecto al régimen *complejo*, se observa que muchos esquemas de sociedades están plagados de candados corporativos que resguardan la forma de actuar. Trátese de supermayorías, vetos negativos, materias reservadas para ciertos órganos, o acuerdos de votos, el régimen de cierto tipo de sociedades es frecuentemente complejo. Y surgida una disputa, las formas en que se intenta burlar son muchas—a veces, sutiles o creativas. El resguardo del pacto celebrado es crucial para lograr los fines de los acuerdos societarios.

Sobre *velocidad*, no es noticia que muchos negocios son sensibles al tiempo. Cuando la decisión en cuestión o su implementación hace surgir la duda sobre un interés en juego dentro del esquema corporativo, debe encontrarse un punto medio adecuado entre ambos extremos en tensión. Ejemplifica la observación un caso de arbitraje de emergencia en el cual se buscaba la suspensión del derecho de voto en asamblea por ciertos accionistas en una asamblea en la cual se decidiría un paso trascendente de la vida de la sociedad. Las partes tenían opiniones encontradas sobre la posibilidad de que ciertos accionistas pudieran votar. Y la decisión en cuestión era tal que, una vez tomada e implementada, sería imposible revertir, y los daños y perjuicios difíciles de cuantificar. Sobre todo, restarían por completo el *animus societatis* de un grupo de accionistas en caso de ser tomada en cierto sentido.¹⁶ El caso fue seguido (y arduamente litigado) mediante arbitraje de emergencia y se contó con una decisión robusta e inteligente que permitía conocer con certeza qué se podía hacer—en 15 días. Compárese ello con el tiempo que habría tomado judicialmente (y la calidad de justicia que se habría obtenido).

La contrapartida de los anteriores argumentos residen en que, cuando hay necesidad de actuar con rapidez, normalmente hay también la premura de suspender actos societarios y en particular Asambleas de Accionistas. En estos casos, en opinión de uno de los autores, la viabilidad natural de pedir el apoyo de tribunales ordinarios es una cuestión que no se puede gestar en el seno de un procedimiento arbitral, por lo menos no sin auxilio judicial para generar coercibilidad de las instrucciones y medidas respectivas. En opinión de otro, el arbitraje ha mostrado dar un valor importante justamente en dichos casos. Y su eficacia deriva de su obligatoriedad atada a la coercibilidad que deviene del apoyo judicial al arbitraje.

La visión contraria considera que para la debida defensa de derechos y contundencia en medidas adoptadas que la postestad judicial no se puede soslayar o suponer fácilmente

¹⁶ El caso se describe genéricamente por motivos de confidencialidad. Sin embargo, se deja constancia que el caso no es inventado.

substituible por una cláusula arbitral, misma que, insistimos, no sabemos se pueda sostener en el momento en que se controvierta su eficacia judicialmente. Y es que a diferencia de lo que sucede con meros contratos comerciales, en el caso de sociedades mercantiles existe un sofisticado entramado de derechos de las sociedades, sus socios, previsiones de minorías, acciones específicas de oposición y convocatoria, y otras que apuntan a la necesidad de la intervención judicial para salvaguardar los derechos de las sociedades, los socios y cualesquiera terceros involucrados. No debe además perderse de vista que los pactos societarios sujetos lógicamente al derecho societario y, con ello, al principio de mayorías, al que nos referiremos a continuación, no pueden como tal tener incidencia sobre la voluntad individual de los socios para someterse o no a una cláusula arbitral. Tampoco se ve viable tener un sistema en que convivan, aún regulando en estatutos, arbitraje y procedimientos judiciales. Dicha propuesta generaría mayores problemas ante las dificultades que surgirían por colisión entre uno u otro sistema, sobre todo por problemas que parezcan involucrar temas sujetos a una u otra alternativa.¹⁷

La visión contraria acepta la premisa: el complejo entramado es una realidad. Pero ello milita a favor de un mecanismo que brinda una mejor calidad de justicia: el arbitraje.

2. Principio de mayorías y el acuerdo arbitral:

Se ha discutido sobre la posibilidad de adoptar en asamblea un acuerdo arbitral que vincule a todos los socios, cuando dicha decisión no es unánime. El motivo: siendo el acuerdo arbitral un acto formal,¹⁸ se cuestionaba que sea oponible a los disidentes.

La respuesta a la cuestión versa sobre la confrontación entre dos principios importantes de dos leyes especiales: el principio de forma del acuerdo arbitral del derecho arbitral,¹⁹ por un lado, y el principio de mayorías de las resoluciones de asambleas (las resoluciones vinculan a los ausentes y disidentes²⁰), por el otro.

En opinión de uno de estos autores, debe prevalecer el principio de mayorías. Bajo esta perspectiva el acuerdo arbitral adoptado por la sociedad vincula tanto a quienes votaron a favor como quienes votaron en contra. Ello pues se trata de una cuestión que claramente cae dentro del principio de mayorías, y no hay nada en el contenido de la materia que justifique considerar que no debe seguir la suerte de la regla general: incluyendo la formalidad del acuerdo arbitral.²¹ En cambio, la decisión de someter al

¹⁷ De hecho la solución a dicha posible incompatibilidad se tendría que resolver ante autoridad judicial competente.

¹⁸ Artículo 1423 del Código de Comercio.

¹⁹ Artículo 1423 del Código de Comercio.

²⁰ Artículo 200 de la LGSM.

²¹ La esencia del principio de mayorías consiste en que, cuando se forma parte de una colectividad, la voluntad individual queda comprendida en la voluntad mayoritaria. De no desearse dicho resultado, puede

arbitraje es una de gestión corporativa. Si un grupo de accionistas se resistiera, el deseo de la mayoría de canalizar por dicho medio las cuestiones de gobernanza corporativa se vería frustrado.

La contrapartida, y opinión del otro autor, es que al tratarse de derechos sustantivos no puede imponerse por mayoría una decisión de este tipo porque los privilegios y acciones no se pueden sustraer o limitar por mayoría – la renuncia en todo caso deberá ser expresa – por lo que el tema de fondo es que aún y cuando la cláusula arbitral se podría suponer viable, no es posible hacerlo ante ausentes o disidentes. La razón fundamental es que las reglas de mayoría son aplicables a las materias que se deciden por lo que hace a la entidad legal, no así por lo que versa a los derechos individuales de los socios. Incluso, el establecimiento de una cláusula arbitral en los estatutos desde el acto de constitución podría cuestionarse por los socios fundadores minoritarios, al poderse argumentar una imposición de la mayoría y no un sometimiento voluntario. Ello se refuerza con el principio de que el acuerdo arbitral es independiente y, al sostenerlo, debe serlo para todos los efectos, incluyendo el que su pacto/sometimiento y modificación debe ser personal y no sujetarse a las reglas estatutarias de las que no puede formar parte. Lo anterior, es todavía aún más claro respecto de socios futuros que ingresen a la sociedad por suscripción y sin firmar los estatutos, a los que, no obstante, es claro estarán sometidos por la mera suscripción, pero no así al compromiso arbitral.²²

Sobre socios futuros, el otro autor considera que estos estarían vinculados por el principio que el universo de los derechos y obligaciones de los socios está comprendido por los estatutos y decisiones de los órganos societarios. Por ende, de decidir hacerse parte de dicha sociedad, implícitamente se acepta dicho régimen. La aseveración descansa en entender que la forma del acuerdo arbitral es una norma profiláctica que resguarda consentimiento. Lo que se busca cerciorar mediante la formalidad del acuerdo arbitral es que existe consentimiento. Pero ante consentimiento, la forma sale sobrando. Tan es así que el derecho arbitral concibe la existencia de acuerdos arbitrales “no formales”.²³ Aceptado que el *quid* es consentimiento, no forma, el principio de derecho societario consistente en que se entiende que los socios prestan su consentimiento al régimen de gobierno corporativo cuando se adquieren el estatus de socio satisface el

decidirse no formar parte de la colectividad. Pero de formar parte de la colectividad, se entiende que se prestó consentimiento a sujetarse a la voluntad de la mayoría. Eso es el principio de las mayorías.

²² Y es que la renuncia a los derechos previstos en la LGSM para someter distintos temas a decisión de autoridad judicial requiere de una liberación expresa y no como consecuencia de una cláusula estatutaria.

²³ La referencia es al texto después de la “o” de la primera oración del artículo 1423 del Código de Comercio, que dice “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”. Si se observa la norma, se citan tres casos de acuerdos arbitrales no formales pero que permiten concluir la existencia de consentimiento.

requisito de consentimiento del acuerdo arbitral. No aceptar este postulado arrojaría un resultado extraño: que decisiones más importantes que el arbitraje (como obligación de capitalización, de votación, por citar algunos) son impuestas al socio, mas no el arbitraje.

3. Separación o retiro:

Son dos las cuestiones que sobre el derecho de retiro o la separación de un socio abordaremos: su proclividad a disputas y el impacto en la vida societaria.

La separación y el retiro de un socio suele generar problemas. Su regulación es lacónica²⁴ y genera conflictos de intereses claros y frecuentemente vistos. Pueden ser aminorados de ser regulados en estatutos,²⁵ pero aún cuando se tenga dicha previsión, puede haber división. Un ejemplo típico es la valuación del valor de las acciones: mientras que el socio que parte deseará sobre-estimar el valor de la empresa para obtener un valor superior por su parte (sus acciones o partes sociales), los socios que permanecen tienen el incentivo inverso. Ante ello, un evaluador sofisticado (un árbitro) es clave para resolver en forma apropiada esta disputa.

Se ha propuesto que en caso de que se adopte la decisión de someter las controversias corporativas al arbitraje debe nacer el derecho de los accionistas disidentes de separarse. Así ha ocurrido por ejemplo en derecho societario brasileño, donde se razona que dicho paso hace nacer el derecho del accionista individual a separarse de la sociedad. En opinión de estos autores, asumiendo que la arbitrabilidad de la materia no es un tema específico a resolver sobre este tema, conforme a derecho societario mexicano, la sujeción de la gobernanza corporativa al arbitraje u otro mecanismo no daría el derecho a separarse de la sociedad. El motivo es que el artículo 206 de la LGSM reserva dicho derecho para tres actos: el cambio de objeto, nacionalidad y transformación de la sociedad. Y el común denominador a los tres es que se trata de modificaciones de cuestiones fundamentales de la sociedad. Celebrar un acuerdo arbitral no está incluido en el precepto legal ni constituye un acto a ser referido como de exclusión. Por consiguiente, a menos que se pacte en estatutos, dicho derecho no nace conforme a derecho societario mexicano. Lo anterior, sin perjuicio de la opinión de uno de los autores en el sentido que no sea modificable el régimen de derechos de los socios sin su consentimiento pleno, lo que involucraría que el sometimiento a una cláusula arbitral debe realizarse en lo individual por cada uno de los socios y nunca como parte de las decisiones estatutarias sujetas a la voluntad colectiva (mayoría).

B. ACCIONES / PARTES SOCIALES:

Las acciones o las partes sociales son una pieza clave de las sociedades; de su utilidad y éxito. Desdoblaremos la explicación de la aseveración en dos esferas: la interna y la

²⁴ Artículo 14, 15, 220 y 221 LGSM

²⁵ Artículo 91.VII.b de la LGSM.

externa. *Internamente*, como forma de evidenciar aportación dando la calidad de socio, la ductibilidad de su régimen permite ser creativos en formas de atraer capital, atendiendo a las necesidades de la empresa y las características de los inversionistas.²⁶ Ello puede implicar establecimiento de requisitos o limitaciones respecto de las mismas,²⁷ la confección de instrumentos que calibran en forma diversa los derechos y obligaciones de las acciones,²⁸ y formas de dirimir desacuerdos.²⁹ Y el espectro es enorme: desde la reducción parcial³⁰ o total³¹ del derecho de voto,³² derechos de veto,³³ la asignación de porcentajes de utilidad diversas,³⁴ inclusive distintas al monto aportado.³⁵ Dentro de dichos extremos los escenarios intermedios pueden ser infinitos. El límite es la imaginación de sus creadores (por supuesto, siempre en observancia del marco jurídico aplicable).

Externamente, en el caso de las acciones, la conversión de un título de propiedad en un instrumento financiero, capaz de ser utilizado como instrumento de negocios, hace posible la celebración de actos jurídicos diversos sobre las mismas, como lo puede ser la copropiedad,³⁶ prenda, el usufructo de acciones, o el swap (la conversión) de deuda por capital, por ejemplo. El corolario relevante de todo lo anterior para nuestro tema: la sujeción de la acción al arbitraje permite cerciorarse que cualquier disputa relacionada con los actos jurídicos relacionados con dicho título-valor sean encausados sofisticada y velozmente.³⁷ Ello permite asegurar que el (sofisticado) régimen pactado sea atinadamente aplicado, logrando así cumplir la intención de quienes confeccionaron dicho acto jurídico. Ello se logra mediante la elección del intelecto que juzgará (el árbitro - uno de los grandes valores del arbitraje³⁸) y el diseño del proceso acorde a las necesidades del caso³⁹ (otro de los grandes valores de arbitraje).

²⁶ Artículo 91.VII de la LGSM. Artículo 16 de la LMV.

²⁷ Por ejemplo, artículos 130, 139, 141, 195 LGSM. Artículos 13.I y 17 *in fine* LMV.

²⁸ Artículo 198 de la LGSM.

²⁹ Artículo 13.IV de la LMV.

³⁰ Mediante por ejemplo acciones preferentes (artículo 113 de la LGSM). A su vez, artículo 198.III de la LGSM.

³¹ Artículo 13.III.a de la LMV. Y según la visión de algunos, artículo 198.III de la LGSM.

³² Artículo 13.III de la LMV.

³³ Artículo 13.III.d de la LMV.

³⁴ Y variables, como la contemplada en el Artículo 123 LGSM.

³⁵ Mediante por ejemplo las acciones privilegiadas (artículos 112 y 114 de la LGSM).

³⁶ Artículo 122 LGSM

³⁷ Ello puede incluir normas protectoras del mismo, como aquella contenida en el artículo 132 y 135 de la LGSM.

³⁸ Artículos 1426 y 1427 del Código de Comercio.

³⁹ Artículo 1435 del Código de Comercio.

Una duda que ha surgido, aún entre los que apoyan la arbitrabilidad, es la necesidad de que el acuerdo arbitral conste en el dorso del título de la acción. Sobre este tema en particular, los autores proponemos que ello no es necesario. No solo por que no está en la lista de conceptos que tiene que contener el título,⁴⁰ y por que la exigencia de enunciar los derechos y obligaciones en el título suele entenderse no exhaustivamente,⁴¹ sino que se satisface con un resumen, sino sobre todo porque el estatus de socio y universo total de derechos y obligaciones de un accionista está contemplado en los estatutos.

Por ende, sujeto a la discusión subyacente de la arbitrabilidad o no, para uno de los autores con que los estatutos contemplen arbitraje es suficiente para vincular a todo accionista: fundador, presente y futuro. Esto es el resultado de combinar adecuadamente ambas *lex specialis*. Si bien el acuerdo arbitral típico es formal,⁴² existen acuerdos arbitrales atípicos.⁴³ Uno de ellos—la incorporación por referencia⁴⁴—puede dar la solución. Y desde la perspectiva societaria, el que el contrato de sociedad es justamente eso, un contrato, permite concluir que las partes del mismo están sujetas a todo su contenido – previendo la celebración unánime para sostener el vínculo individual y comunitario acumulado. (Disposiciones diversas de la LSGM soportan la conclusión. Por ejemplo, libertad de confección del régimen de estatutos.⁴⁵) Pero este tema es debatible y para el otro autor, sin aceptar la plena arbitrabilidad, la sujeción arbitral debería darse en un acto independiente en que todas las partes con libertad elijan el método de solución de controversias de su conveniencia.

C. RECURSOS PARA CONTROLAR LA REGULARIDAD DEL ACTUAR SOCIETARIO:

Del universo de acciones disponibles como resultado del actuar societario, deseamos concentrarnos en tres.

1. Nulidad:

La acción de nulidad de una junta, asamblea o de una de las resoluciones⁴⁶ derivadas de cualquiera de ellas tiene como trasfondo controlar la regularidad de las juntas de Consejo de Administración o Asamblea de Accionistas. De haberse observado, las resoluciones serán válidas. En caso contrario, podrán anularse.

⁴⁰ Artículo 125 LGSM.

⁴¹ Fracción VII del artículo 125 LGSM.

⁴² Artículo 1423 del Código de Comercio.

⁴³ Porción del artículo 1423 del Código de Comercio después de enunciar el acuerdo arbitral ortodoxo: por escrito y firmado.

⁴⁴ Segunda oración del artículo 1423 del Código de Comercio.

⁴⁵ Fracciones VI y VII del artículo 91 LGSM,

⁴⁶ Artículo 188 LGSM.

En el pasado⁴⁷ se ha cuestionado si un árbitro puede anular actos jurídicos, incluyendo actos jurídico-societarios. La respuesta que proponemos—y que es acorde a la praxis visible—es que, si la arbitrabilidad se llega a sostener, entonces siendo que un árbitro puede hacer lo mismo que un juez—el árbitro *es* un juez privado—el árbitro puede anular un acto jurídico. El que sea societario no cambia nada, siempre que el acuerdo arbitral sea válido y exigible.⁴⁸

La esencia del análisis de nulidad de un acto jurídico conlleva determinar si un acto jurídico es acorde al régimen que le es aplicable. Ello es realizable por un árbitro.

2. Oposición:

La acción de oposición es importante.⁴⁹ Son parte de los pesos y contrapesos que el derecho societario ha diseñado para lograr democracia corporativa. Por consiguiente, su eficaz y eficiente funcionamiento es importante.

Conforme a la LGSM la acción de oposición de resoluciones puede entablarse “judicialmente” por el 25% de los accionistas que hayan votado en contra.⁵⁰ Ello puede ocurrir arbitrariamente. Es decir, la palabra “judicial” puede ser mejor entendida como “jurisdiccional”. Y en dicho caso podría ejercerse mediante arbitraje—como ya ha ocurrido. La visión contraria descansa en una interpretación estricta de la norma, aunque prevaleciente en los precedentes judiciales en la materia. No olvidemos que es una ley de hace 90 años. Es natural que se interprete de una manera que logre los mismos propósitos. Para el otro autor sin embargo debe prevalecer la literalidad y, por lo tanto, la referencia es a tribunales ordinarios y no a procedimientos arbitrales.

Dependiendo de su arbitrabilidad, un comentario sobre conveniencia es procedente. La acción de oposición exige velocidad. Ello es complicado de asegurar judicialmente. Arbitralmente, existen mecanismos diversos que lo logran: desde el arbitraje acelerado hasta el arbitraje de emergencia. O el arbitraje ordinario simplemente estableciendo pasos procesales no dilatados. Gracias a esto último, a la libertad de confección del proceso arbitral, puede diseñarse el proceso arbitral como traje a la medida de las necesidades del caso. Y evitar que ocurra lo que tantas veces se ha presenciado judicialmente: que, para cuando se recibe la sentencia definitiva, han pasado (literalmente) años desde que la disputa ocurrió y se frustró por no contar con un proceso sensible a las necesidades del caso.

⁴⁷ El cuestionamiento ya no se escucha, posiblemente por lo anacrónico del mismo.

⁴⁸ No hay nada en derecho societario, o el actuar de personas diversas acorde al derecho de las sociedades mercantiles, que impida concebir los actos jurídicos producto de dicho actuar como lo que son: actos jurídicos privados, analizables por un árbitro.

⁴⁹ Artículos 200 a 204 LGSM.

⁵⁰ Artículo 201 LGSM.

Uno de los autores considera que la opción natural es una reforma legal que expresamente establezca si la materia es arbitrable, y cuales límites se deben incorporar o prever en un régimen expresamente regulado y contemplado en la LGSM. Sin ese texto expreso parecería que seguimos en un terreno enmarcado por dudas interpretativas, algo que no es sano cuando se trata de consolidar las reglas aplicables a opciones para la resolución eficaz de controversias societarias.⁵¹ Para el otro autor, el régimen existente contiene los ingredientes suficientes para sostener la arbitrabilidad de la materia.

3. Responsabilidad:

La acción de responsabilidad consiste en la posibilidad de que un porcentaje determinado de socios o accionistas⁵² o acreedores de la sociedad demanden la responsabilidad de los administradores⁵³ o comisarios⁵⁴ por el daño causado a la persona moral por actuar ilícito.⁵⁵ Se trata de una acción indemnizatoria por daño infligido como resultado de actuar ilícito. Siendo una acción pecuniaria, se puede concluir que es arbitrable.⁵⁶ Siendo que suele versar sobre cuestiones complejas, a veces sutiles, como obligaciones contraídas a nombre de la sociedad en forma dolosa o culposa,⁵⁷ por incumplimiento de obligaciones legales y estatutarias,⁵⁸ o por el actuar ilícito,⁵⁹ es de conveniente sujeción al arbitraje. Lo que hace útil al arbitraje en esta materia es que lo complejo de la determinación fáctica de existencia, por ejemplo, de una violación al deber de lealtad. Ello puede implicar análisis sofisticado de mercado; de actuar empresarial. Nuevamente la pregunta sobre la arbitrabilidad permea en el tema para llegar a una determinación final. Igualmente afecta la conclusión tajante la ausencia de criterios judiciales que nos orienten en este laberinto de posibilidades interpretativas. Lo cierto es que la competencia de tribunales no está en juego, pero sí lo está si un procedimiento arbitral generará seguridad

⁵¹ En los varios preceptos citados previamente de la LGSM no hay duda de que las referencias son directamente asumiendo la intervención de autoridades judiciales. Pretender reemplazar todos esos preceptos a partir de un pacto arbitral suena simplista cuando en la práctica el sometimiento o exclusión de derechos va a generar litigios adicionales precisamente ante autoridades judiciales.

⁵² 25% en el caso de sociedades anónimas; 15% en el caso de SAPIs.

⁵³ Artículo 157 LGSM.

⁵⁴ Artículo 171 LSGM. Artículo 16.IV LMV.

⁵⁵ Artículo 76 de la LGSM en caso de sociedades de responsabilidad limitada, artículo 163 para el caso de sociedades anónimas; artículos 16.IV, 38, 39 y 40 LMV. Un ejemplo de actuar ilícito es incumplir con el deber de lealtad, como es definido en los artículos 34 a 37 LMV.

⁵⁶ La naturaleza de la materia es una acción indemnizatoria por responsabilidad civil, lo cual es un ejemplo típico de las materias que pueden y suelen ser sometidas al arbitraje.

⁵⁷ Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, Porrúa, México, 2001, p. 590.

⁵⁸ Artículo 158 LGSM.

⁵⁹ Por ejemplo, competencia ilícita, conflicto de intereses o actuar contrario a los intereses de la Sociedad (156 LSGM; 34 a 37 LMV). Existen más ejemplos (197 LSGM), pero la constante es la misma.

jurídica sobre su intervención y la posibilidad real de una ejecución forzosa del laudo respectivo.

III. PRECAUCIONES:

El intercambio de impresiones que dio lugar a este ensayo arrojó ciertas precauciones que deseamos comunicar. A continuación se enuncian:

- (1) **Sujetar a la persona moral al arbitraje:** Se recomienda sujetar a la persona moral al arbitraje, no solo a sus accionistas. Ello ya sea (i) mediante un resolutivo expreso en el que sus órganos manifiesten sujetarse al acuerdo arbitral; o (ii) que sus apoderados comprometan a la sociedad al arbitraje. En ambos casos, se recomienda que el acuerdo arbitral sea por escrito y firmado. En caso de que ello ocurra mediante una asamblea, se recomienda procurar una decisión unánime justamente para evitar conflictos respecto a quien reclame no ser parte del acuerdo arbitral o quedar obligado por el mismo. Otra razón para sugerir que el acuerdo arbitral debería ser expreso e independientemente del contenido estatutario.
- (2) **Estatutos y Convenios de Accionistas / Acuerdos arbitrales compatibles:** Se sugiere propiciar que el mismo régimen arbitral aplique tanto al actuar de la persona moral como el de sus convenios de accionistas, de existir. Una forma de facilitar es que el acuerdo arbitral aplicable sea único⁶⁰ o se use una cláusula arbitral idéntica en todo acto jurídico relacionado con el actuar societario: estatutos y convenio de accionistas.
- (3) **Funcionarios:** Se recomienda propiciar una práctica que las personas que encarnan los órganos sociales manifiesten por escrito y firmado el que están sujetos al acuerdo arbitral. Ello podría ocurrir por el simple hecho que encarnan un órgano cuyo actuar está estatutariamente sujeto al arbitraje, pero aún no existe un criterio definido. Por ende, el que al momento de aceptar su encargo firmen un documento por escrito en el que manifiesten su sujeción al régimen aplicable conforme a los estatutos (que contienen el acuerdo arbitral), puede lograr el propósito, disipando argumentos en contrario.

IV. CONCLUSIÓN:

El (estimulante) intercambio de impresiones arroja las siguientes conclusiones:

1. Ambos autores coinciden en que el arbitraje tiene características y ventajas tales que lo hacen idóneo para encausar y resolver disputas derivadas de varios aspectos de la vida y actividad de las sociedades mercantiles. La sofisticación de las

⁶⁰ Por ejemplo, en un convenio paraguas.

operaciones societarias hacen natural la atracción a hacer viable una cláusula arbitral para dirimir controversias entre socios y la sociedad misma.

2. Existe una diferencia de opinión. Para uno de los autores, la arbitrabilidad de dichas relaciones complejas y la existencia de ciertos derechos específicos no permiten una conclusión única y contundente en la materia, por lo menos no antes de que el tema llegue a una determinación final por parte de nuestro máximo tribunal judicial o se realice una reforma legal específica. Para otro, esta materia es un ejemplo más de las materias típicamente arbitrables: es mercantil, es pecuniaria, y no afecta orden público.
3. Existe coincidencia entre los autores sobre la conveniencia de que el Poder Judicial dé claridad sobre la cuestión mediante un criterio (o se realice una reforma legal). Ello es un tema de máxima prioridad que brindará seguridad jurídica, en cuanto el mismo sea clara y contundentemente establecido por los jueces que intervengan justamente en una contienda en que se cuestione la validez y eficacia de una cláusula arbitral insertada entre socios y una sociedad mercantil.

El debate seguido y conclusiones expresadas, encausadas a título de sugerencias a considerar por quienes se interesan en esta apasionante materia de sociedades mercantiles, es realizado en honor a nuestro maestro y amigo, Don José Luis Siqueiros, un ejemplo de honestidad intelectual. *In memoriam.*