

## MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN DISPUTAS SOCIETARIAS

### 1. Consideraciones iniciales

Han transcurrido más de veinte años desde que presentábamos ante el egregio jurado examinador nuestra tesis doctoral sobre el Arbitraje de Derecho Privado en Venezuela, luego publicada bajo el título Arbitraje y Arbitrariedad. Nos recibía en sus aulas la ilustre Universidad Central de Venezuela, en su Facultad de Derecho y fueron los doctores Tatiana de Maekelt, Luis Cova Arria, Gonzalo Parra Aranguren, Hans Joachim Leu y Ramón Escovar León quienes, luego de una fase de preguntas y justas críticas, nos favorecían con sus indulgencias, para declarar, en acta firmada en fecha 15 de febrero de 1996, la ansiada aprobación a la tesis presentada. <sup>1</sup>

Hoy, en agosto de 2016, nos proponemos revisar el capítulo 10 de nuestra tesis de aquél entonces, para añadir la mediación en nuestro análisis. Nos atrevemos a re-plantear, ante los juristas del siglo veintiuno, las inquietudes de aquellos años y nos preguntamos: ¿Han cambiado las circunstancias para la solución amigable de diferencias, en dos decenios de evolución jurídica y empresarial en Venezuela?

#### 1-a La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 30.12.1999

El artículo 253 de la nueva Constitución, establece, entre otros "...El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia...los medios alternativos de justicia, los ciudadanos y ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley, y los abogados y abogadas autorizados y autorizadas para el ejercicio. <sup>2</sup> En 1999, al ser consultado sobre la necesidad de incluir el arbitramento y la mediación en la novísima Constitución, aportamos como ejemplo el artículo 116 de la Constitución de la hermana república de Colombia de 1992 que transcribimos en las notas. <sup>3</sup>

"Artículo 258. La ley organizará la justicia de paz en las comunidades...La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos". <sup>4</sup>

En la exposición de motivos de la novísima Constitución se aclara el alcance de estos dos preceptos, de la siguiente manera: "...Por otra parte, se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, las universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general..." <sup>5</sup>

Se explana en la exposición de motivos de la Constitución de 1999, lo siguiente: "... Asimismo, siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado aunque sólo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea..." .<sup>6</sup>

#### 1-b La Ley de Arbitraje Comercial

Nos enorgullece haber participado en el comité redactor de esta Ley y haber propuesto el proyecto de las Naciones Unidas a la Primera Vicepresidencia del Senado.<sup>7</sup> Ya promulgada, escribe el autor patrio Frank Gabaldón lo siguiente: "... El 7 de abril de 1998 quedó promulgada la Ley de Arbitraje Comercial mediante su publicación con el respectivo "Cúmplase" en la Gaceta Oficial número 36.430, entrando en vigencia de inmediato...".

Inicia Gabaldón su análisis de la siguiente forma: "... Esa Ley constituye un evidente avance en materia de arbitraje comercial en Venezuela, porque incorpora una serie de reglas modernas que mejoran la eficacia de la institución y de consiguiente pueden impulsar su desarrollo entre nosotros...".<sup>8</sup>

#### 2. Sociedades mercantiles en Venezuela: Aspectos relevantes

Al analizar las materias pasibles de arbitramento y mediación en todo lo concerniente a las sociedades mercantiles, transcribimos el siguiente principio: sólo son pasibles de arbitramento y conciliación, judicial o extrajudicial, las materias sobre las cuales cabe transacción a tenor del artículo 608 del Código de Procedimiento Civil vigente y del artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial. Ahora bien, ¿cuáles son las materias sobre las cuales cabe transacción en materia societaria? En la búsqueda de respuestas, Vivante<sup>9</sup> analiza los elementos que integran una sociedad y señala lo siguiente:

"- La sociedad es una persona jurídica porque tiene voluntad propia, con medios destinados a conseguir fin propio."<sup>10</sup>

- La sociedad mercantil constituye un sujeto de derecho distinto de las personas de los socios que están interesados en la misma: ella es la verdadera titular de los derechos y obligaciones que se crean por su actividad.<sup>11</sup>

- Las sociedades mercantiles son sujetos de derecho con patrimonio propio distinto del patrimonio de cada uno de los socios, constituido con los bienes y derechos que ellos aporten y que se acrecientan con las ganancias acumuladas en los ejercicios sociales. <sup>12</sup>
- La sociedad surge mediante un contrato que se califica de acto constitutivo por el cual dos o más personas convienen en formar con sus aportaciones un fondo social con el fin de partir las ganancias que puedan obtenerse en el ejercicio de uno o más actos de comercio. <sup>13</sup>
- Las sociedades mercantiles se constituyen ordinariamente siguiendo un complicado sistema de formas que fueron aconsejadas por las mismas razones sociales...cuando las formas legales no han sido observadas la voluntad de los socios encaminada a la formación de un ente patrimonial autónomo, establemente ordenado, no alcanza completamente su fin, porque éste se halla expuesto al peligro de una disolución imprevista y ruinosa". <sup>14</sup>

Significaría alargar innecesariamente el presente trabajo extenderse sobre la interrogante que plantea nuestro Código en cuanto a la sociedad irregular y sobre el momento en que la sociedad adquiere personalidad jurídica. Luego de la creación del primer Registro Mercantil en Venezuela con el Decreto N° 15 de fecha 30 de diciembre de 1952, la inscripción que efectúan los Registros Mercantiles son actos administrativos que se rigen por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos . Alfredo Morles Hernández <sup>15</sup> se refiere a las innovaciones de la Ley de Registro Público y del Notariado sobre los efectos de los documentos inscritos en el Registro Mercantil de la siguiente manera: "...la cesión de acciones pasó a ser uno de los actos comprendidos en la categoría de contratos relativos al comerciante social (las sociedades mercantiles son comerciantes, por virtud del artículo 10 del Código de Comercio) inscribibles en el Registro Mercantil.

En consecuencia, son materias factibles de ser arbitradas y/o ser sometidas a mediación, las disputas de socios entre sí, aún aquéllas referidas a sociedades irregulares, a las que se refiere el artículo 220 del Código de Comercio, así como también las diferencias de los accionistas con los administradores y los comisarios. No son pasibles de arbitramento ni objeto de mediación las acciones que han de regirse por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ni las referidas al contencioso administrativo ni aquellas sujetas a la Ley de Registro Público y del Notariado ya citada.

3. El Código de Comercio de 1904 (y sus posteriores reformas) y la mediación y el arbitraje.

Poco estudio han merecido por parte de los juristas patrios las normas que nuestro Código de Comercio (con sus reformas parciales de 1919, 1942 y 1995) especialmente referidas a la mediación y otras en las que se intenta, de manera incipiente, establecer opiniones, vinculantes o no, de expertos consultados especialmente para la resolución de conflictos.

La primera la observamos en el artículo 1.104 del Código de Comercio que reza así: "El Juez podrá acordar, aún de oficio, la comparecencia personal de las partes para promover su conciliación o para ser interrogadas en cualquier estado de la causa....".

La segunda de dicha normas, la encontramos en el artículo 1.105 del mismo Código, que reza de la forma siguiente: "En caso de examen de cuentas, libros, piezas de autos, documentos o registros podrá el Juez, en cualquier estado de la causa, enviar las partes ante uno o tres expertos, los que procurarán la conciliación, y si no la lograren darán su informe sobre los puntos que se les hayan sometido."

Curiosidad merece igualmente la disposición contenida en el artículo 1.110 del Código de Comercio, así: "Para la contestación de la demanda y acto conciliatorio en las cuestiones entre socios o entre accionistas y los gerentes de la compañía por acciones, o entre el liquidador de la compañía y los antiguos socios y accionistas de la misma, cada parte deberá comparecer acompañada de un amigo que contribuya a la conciliación.

El Código de Comercio comentado de Oscar Lazo cita una jurisprudencia del año de 1951 en la que se le resta toda eficacia a este llamamiento a la conciliación por considerar que esta disposición del artículo 1.110 no es de orden público y ha sido concebida en interés de los litigantes. <sup>16</sup>

4. Diferencias entre socios

En el mundo de las sociedades mercantiles, las disputas entre socios sobre asuntos que interesan a la sociedad son relativamente frecuentes y son cuantiosas las sumas que las partes interesadas dispensan en la defensa de una u otra posición. Así como son frecuentes las sociedades, también lo son las potencialidades de conflicto que se origina en la consecución del "fin económico común" (Art. 1.649 del Código Civil) <sup>17</sup>. El artículo 290 del Código de Comercio actual establece una de las pocas acciones de las que se puede valer un accionista o socio que se sienta perjudicado por la decisión de la mayoría. Reza el artículo 290 del Código de Comercio como sigue: "A las decisiones

manifiestamente contrarias a los estatutos o la Ley puede hacer oposición todo socio ante el Juez de Comercio del domicilio de la sociedad, y éste oyendo previamente a los administradores, si encuentra que existen las faltas denunciadas, puede suspender la ejecución de esas decisiones y ordenar que se convoque una nueva asamblea para decidir el asunto”.

Alfredo Morles <sup>18</sup> cita una decisión de la Corte Suprema de Justicia del caso Templex C.A. del 21.01.75 en la que la Corte hace un distingo entre nulidades absolutas y relativas, así: “a) las facultades de la segunda asamblea (la convocada para decidir sobre el reclamo del accionista) para confirmar el acto, únicamente se refieren a las decisiones afectadas por nulidad relativa; b) cuando se trate de decisiones de asambleas afectadas de nulidad absoluta, la asamblea no puede confirmar; c) en caso de nulidad absoluta, el accionista puede ejercer una acción de nulidad”.

Cabe mencionar en este análisis la sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 18/7/2006 en el asunto PDV-IFFT vs. Intesa Informática más Saic Bermuda. En medida cautelar innominada del 30/3/2006 se establece el nombramiento de un administrador especial para que actúe en sustitución de la Junta Directiva y para que pueda llevar a cabo los actos normales de la Administración. Concluye la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia que existe la pérdida del *affectio societatis* y declara disuelta la empresa Intesa. También vale la pena mencionar la sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 22/10/2009 en el asunto Inversiones Arm & Arm 007 vs 6025 Hotels Corp. en cuanto al derecho de los socios a ser citados por carta y la consecuente nulidad de asambleas a falta de tal citación.

El Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje <sup>19</sup> cita el Expediente N° 077-12 de fecha 15/2/2013. Entre muchos puntos del extenso laudo arbitral sólo mencionaremos los puntos ii y iii, así: “ii. La extensión de un acuerdo de arbitraje a reclamaciones extracontractuales puede permitirse para casos en los cuales la reclamación extracontractual está fundada sobre una cláusula propia del contrato o cuando la conducta que se reclama asume necesariamente la existencia de un contrato. iii. El principio pro arbitraje no es absoluto, por ello no debe ser aplicado indefectiblemente en todos los casos en los cuales se discuta la aplicabilidad de un acuerdo de arbitraje”.

En octubre de 1988, la Comisión de Reforma del Código de Comercio, presidida por Alfredo Morles Hernández, con ocasión de las Segundas Jornadas de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello, sugiere la acción contenida en el artículo 180 del mismo <sup>20</sup>, en que nuevamente se recoge el principio del Código de Comercio actual sobre

las "decisiones manifiestamente contrarias a la Ley o al documento constitutivo", pareciendo excluir a las que no sean manifiestamente contrarias.

Brevemente debemos comentar que la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia <sup>21</sup> establece la posibilidad de la nulidad de "...los acuerdos o convenios, que se celebren directamente o a través de uniones, asociaciones, federaciones, cooperativas y otras agrupaciones de sujetos de aplicación de esta Ley, que restrinjan o impidan la libre competencia entre sus miembros...". Dice la citada norma además que "...se prohíben los acuerdos o decisiones tomados en Asambleas de sociedades mercantiles y civiles contrarios a los fines anteriormente señalados...".

##### 5. Derecho a separación de los socios de una compañía

Para Colombia, Ignacio A. Escutti, con ocasión de los 20 años de nuevo Código de Comercio colombiano, escribe: "...debería ser derecho potestativo del accionista, sujeto a condición resolutoria, requerir en plazo perentorio, la extinción del vínculo con la sociedad...exigiendo el reembolso de sus acciones..." <sup>22</sup>. El derecho de separación lo regula el Código de Comercio venezolano de forma dispersa y casuísticamente. Así, el artículo 282 del citado Código de Comercio establece un derecho de separación para "...los socios que no convengan en el reintegro o en el aumento del capital (de la sociedad)...". Luego, empero, el mismo artículo anula dicho derecho: "...si el aumento de capital se hiciera por la emisión de nuevas acciones...no hay derecho de separación...". Los doctores José Loreto Arismendi, padre e hijo, formulan la siguiente consideración: "El pacto social ha sido convenido entre todos los accionistas, y es en consideración a cada una de sus cláusulas por lo que éstos han entrado a formar parte en la sociedad, adquiriendo así el derecho a que no se haga ninguna modificación a las cláusulas de dicho contrato sin el consentimiento de todos los que la forman...". <sup>23</sup> Los artículos 337 y 339 del Código de Comercio en comento prevén las causales de "exclusión de socios", pero sólo con referencia a las sociedades en nombre colectivo y en comandita.

Recordamos a los colegas convencer a sus clientes sobre la utilidad que significa pactar disoluciones anticipadas o derechos de separación establecidos por vía contractual. Un ejemplo de una conducta previsiva lo constituye el documento constitutivo-estatutario de la empresa Sucregas S.A., firmado por las empresas Lagoven S.A., Filial de Petróleos de Venezuela S.A., Shellgas Venezuela B.V., Exxon Venezuela LNGG INC. Y Mitsubishi Corporation. Gustosamente facilitamos la transcripción de la cláusula cuadragésima de

dicho contrato a quienes así lo soliciten escribiendo un breve correo electrónico a frolandmatthies@gmail.com.

#### 6. Cláusulas arbitrales presuntas

Ante la multiplicidad de los posibles conflictos que pueden suscitarse entre socios (que no siempre tendrían como solución el retiro de un socio), otras legislaciones latinoamericanas establecen "cláusulas arbitrales presuntas" que se consideran incluidas en los estatutos de toda nueva sociedad salvo pacto en contrario. Así por ejemplo, el artículo 1.480 del Código de Comercio de Bolivia establece lo siguiente: "En los contratos constitutivos de sociedades comerciales, se debe establecer si las diferencias surgidas entre los socios o de la sociedad con ellos o con sus herederos, se someterán o no a la decisión de árbitros. En caso de haberse omitido esta previsión, se entenderá que se someten al juicio de árbitros. No pueden ser sometidos al arbitraje los asuntos relativos a liquidación de sociedades, modificación del contrato social, exclusión y retiro de socios y situación legal de la sociedad" <sup>24</sup>. En Venezuela, la inclusión y retiro de socios sí puede ser objeto de arbitramento, por la misma razón de que los socios pueden pactar convencionalmente en los estatutos los supuestos en que han de producirse tales retiros o inclusive la liquidación de la sociedad, como lo expusimos en el caso de Sucregas C.A.

El abogado salvadoreño Mauro Alfredo Bernal Silva <sup>25</sup> cita el artículo 66 del Código de Comercio de su país, conforme al cual "...en las escrituras de constitución de cualquier sociedad de personas (sociedad en nombre colectivo en Venezuela) los constituyentes deben determinar si los conflictos que surjan entre ellos en la interpretación del contrato social o con motivo de los negocios sociales, se someterán a la resolución de los tribunales comunes o de árbitros". Aclara Bernal Silva que "...en el caso de que el acta de constitución no disponga nada al respecto, se entiende que es la voluntad de los constituyentes que los conflictos sean sometidos al conocimiento de árbitros. De allí que en materia de sociedades de personas se presume el arbitraje, a menos que las partes dispongan lo contrario".

El artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales de Chile <sup>26</sup> trae una disposición especialmente favorable al arbitraje, así: "Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes: 1. La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil. Y de las comunidades;... 3. Las cuestiones a que diere lugar la presentación d la cuenta del gerente o del liquidador de sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas. 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...”.

Otros países exageradamente formales en la admisión de arbitramentos, están modificando su reticencia al mismo, y aceptándolo en contratos de sociedad. Tal es el caso de Alemania en una reciente decisión.<sup>27</sup>

En Venezuela, el proyecto de reforma del año 1988 no acoge la idea del arbitraje presuntivo para la solución de controversias societarias, como lo hacen las legislaciones latinoamericanas citadas. Expresamos el deseo de que en el análisis de este u otro proyecto se acoja el avance que otras legislaciones han hecho en esta materia. El arbitraje constituye el foro perfecto para la solución de estas controversias, sobre todo cuando se trata de diferencias entre socios nacionales y extranjeros. La Organización Internacional UNIDO en diversas publicaciones favorece abiertamente al arbitraje como solución alterna a posibles conflictos.<sup>28</sup> James Otis Rodner nos apoya en nuestra apreciación de que el arbitraje es la solución ideal para dirimir conflictos entre socios y de éstos con los administradores, sobre todo cuando uno de ellos es extranjero, y nos precisa que los árbitros deben resolver “...de acuerdo con la Ley del lugar donde está constituida la sociedad”.<sup>29</sup>

## NOTAS

- 1 Carta de la Senadora Haydée Castillo de López, primera Vicepresidenta del Senado al Dr. F. Roland Matthies, de fecha 22/9/1997 que dice así: “Agradezco las alternativas que Ud. Presentara a la atención de los demás miembros de la Comisión cada vez que se sintiera la necesidad de modificar o adaptar el modelo de Ley uniforme de las Naciones Unidas a las particularidades del sistema legal venezolano”.
- 2 Brewer Carías, Alan R. “La Constitución de 1999” Editorial Arte, Caracas, 2000.
- 3 Lleras de la Fuente, Carlos y otros “Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia” Santafé de Bogotá D.C. Agosto de 1992. Pág. 245 “Artículo 116.... Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la Ley”.
- 4 Rondón de Sansó, Hildegard “El poder judicial y el sistema judicial” Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Serie Eventos Caracas 2000, N° 14. Pág. 417: “1. Conceptualización de la justicia. Como un primer elemento la Constitución del 99



- conceptualiza a la justicia aludiendo al origen de la potestad, en virtud de la cual la misma se declara y acuerda. Este origen está en el ciudadano, desplazándose así hacia la base del ordenamiento jurídico (la plurisubjetividad que lo conforma= la generación y transmisión de la facultad jurisdiccional”.
- 5 Academia de Ciencias Políticas y Sociales “La Constitución de 1999” Ciclo de conferencias dictadas del 3 al 11 de mayo de 2000. Coordinación de la Edición: Irene de Varela. Pág. 472.
  - 6 Op.cit. “La Constitución de 1999”, Pág. 472
  - 7 Op.cit. Carta de la Senadora Castillo de López al Dr. Matthies
  - 8 Gabaldón, Frank “Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial” Livrosca C.A., Caracas, 1999. Pág. XIII
  - 9 Vivante, César “Tratado de Derecho Mercantil” Vol. 11, Primera Edición, Editorial Reus S.A., Madrid 1932, Pág. 6
  - 10 Op.cit. Vivante, César. Pág. 13
  - 11 Op.cit. Vivante, César. Pág. 17
  - 12 Op.cit. Vivante, César. Pág. 31
  - 13 Op.cit. Vivante, César. Pág. 53
  - 14 Op.cit. Vivante, César. Pág. 58
  - 15 Morles Hernández, Alfredo “Cuestiones de Derecho Societario” Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, N° 63, Págs. 47 y 48.
  - 16 Lazo, Oscar “Código de Comercio de Venezuela” Concordado y anotado de acuerdo con la legislación nacional y la jurisprudencia de Casación y de Instancia. Ediciones Legis S.A. Caracas 1969.
  - 17 Artículo 1.649 del Código civil: “El contrato de sociedad es aquel por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada una con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común”.
  - 18 Morles, Alfredo “Curso de Derecho Mercantil” Tercera Edición, tomo II Las Sociedades Mercantiles UCAB Caracas 1989. Pág. 1.106.
  - 19 CEDCA Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. 15 Años. Memoria Arbitral II. Compendio de laudos. Coordinación y prólogo Hernando Díaz Candia. Pág. 309.
  - 20 Ministerio de Justicia, Comisión de Reforma del Código de Comercio. Anteproyecto

- 21 Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia publicada en Gaceta Oficial Ordinaria N° 34.880 del 13/01/1992. Pág. 279.854
- 22 Escutti, Ignacio. Trabajo que lleva por título "Grupos Societarios" en el libro "Código de Comercio – 20 años" Cámara de Comercio de Bogotá. Agosto 1992. Pág. 354. Añade este autor: "Propiciamos la urgente regulación del fenómeno de la concertación económica que debe contemplar....una razonable protección de los accionistas hors-groupe, a través del receso como forma de evitar ser aplastados y triturados con el reembolso del valor real de sus acciones y otras compensaciones económicas".
- 23 Loreto Arismendi, Dr. José (padre e hijo) "Tratado de las Sociedades Civiles y Mercantiles" Ediciones Ariel, Caracas-Barcelona. Págs. 326 y 327. En el análisis de la obra de los autores patrios Loreto Arismendi cabe interpretar la posibilidad de la mediación y del arbitraje en cláusulas societarias.
- 24 Código de Comercio de Bolivia, citado por Bernal Gutiérrez, Rafael y Polanía Polanía, Adriana en "Panoramas y perspectivas de la legislación iberoamericana de arbitraje comercial", Cámara de Comercio de Bogotá, febrero de 1993. Pág. 237.
- 25 Bernal Silva, Mauro trabajo titulado "El Arbitraje en la legislación mercantil salvadoreña", publicado en la obra "Arbitraje Comercial y Laboral en Centralamérica" de Garró, Alejandro. Editorial Transnacional Juris Publications, Ardsley on Hudson, Nueva York, 1990. Pág. 228.
- 26 Editorial Jurídica de Chile, Duodécima edición aprobada por decreto 1456 del 19/11/1990 del Ministerio de Justicia. Pág. 93.
- 27 Sentencia citada en la revista "Betriebsberater – Zeitschrift für Recht und Wirtschaft" Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit. Beilage 5 zu Heft 12/94.
- 28 United Nations. "Industrial development Organisation. Guidelines for the establishment of industrial joint ventures in developing countries". December 1982, prepared by V.R. Arni.
- 29 Rodner, James Otis "Los convenios de empresa conjunta (Joint venture) y la legislación venezolana" Separata de la revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 151, Julio-Diciembre 1992. Pág. 76.