

ARBITRAJE SOCIETARIO: UNA BUENA PRAXIS AL CONFLICTO

Jorge Alfredo Marcotullio

1. Introducción

Entendemos al arbitraje, esencialmente, como un mecanismo al cual las partes acuden, haciendo pleno uso de la autonomía de la voluntad, para obtener solución a un conflicto suscitado entre ellas. Es esta una instancia alternativa en la cual la solución a esas controversias estará dada por medio de la heterocomposición. El tercero, *árbitro*, dirige el procedimiento con pautas específicas, haciendo las veces de un juez privado y resolviendo el litigio mediante el pronunciamiento de un *laudo*.

Analizando la naturaleza jurídica del instituto, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que el compromiso arbitral se relaciona directamente a la figura del contrato o la convención, toda vez que en él están presentes los elementos esenciales que hacen a su naturaleza. Pero a diferencia de un contrato típico de derecho sustancial, en el compromiso arbitral se acuerda el modo, proceso y las reglas para resolver los conflictos que, de una relación jurídica, puedan surgir.

En segundo lugar, es necesario distinguir el convenio arbitral del procedimiento mismo. Al ser el arbitraje un instituto cuya finalidad es desplazar la jurisdicción estatal, es preciso que tal prórroga esté pactada de común acuerdo entre las partes. En el procedimiento el árbitro, respetando las pretensiones de las partes, intente dirimir el conflicto a él llevado. Si bien ambos conceptos —acuerdo y procedimiento— no pueden confundirse, son indispensables para el funcionamiento del instituto¹.

¹ Se puede consultar: MÉNDEZ, Héctor O., “El moderno arbitraje ¿contrato o proceso?”, *Revista de Derecho Procesal*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010-2. Págs. 313 a 356; ARECHA, Martín, “Arbitraje Comercial” *Código de Comercio. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I. Director Etcheverry, Raúl A. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005. Págs. 175 a 213.

2. Arbitraje Societario: una buena praxis al conflicto

Nos apartemos por un instante del aspecto jurídico-normativo y entramos en el plano sociológico. El hecho de no ser contrapuestos los intereses de los socios, —debido a la yuxtaposición de los mismos para lograr el objeto social—, no significa que no existan otro tipo de intereses, encubiertos o no. Aquí es donde se originan los conflictos entre los integrantes de una sociedad, toda vez que cada uno de ellos, como individuos que son, poseen su propia perspectiva o visión del manejo del negocio y la mejor forma de optimizarlo.

Ante una situación conflictual de esta naturaleza, lo normal sería que tales diferencias sean resueltas por los mecanismos naturales y legales que tiene toda sociedad comercial: *reunión de socios, deliberación y votación*. No logrado un acuerdo en ese espacio de diálogo, se intenta entablar negociaciones directas o se acude a un tercero para que medie entre las partes. Agotadas todas estas etapas sin obtener solución al conflicto entrañado, las partes acuden a la jurisdicción estatal o al arbitraje, con el objetivo de obtener una respuesta heterocompositiva a sus diferendos.

Los conflictos societarios son diversos, los cuales van desde problemas por el no acuerdo entre los socios por la valuación de aportes en especie, o la negativa de algunos de ellos a la incorporación de un heredero a la sociedad. Pueden existir también conflictos derivados del no acuerdo acerca de la disolución, transformación, escisión o fusión de la empresa y el derecho de los recedentes. Finalmente, pueden originarse controversias relacionadas con la toma de decisiones del órgano de gobierno, la responsabilidad de los administradores, o las acciones que derivan entre accionistas o inversores de sociedades que hacen oferta pública de sus títulos.

No todas estas problemáticas se presentan en una misma clase de empresa. Así, las controversias que se originen por pactos de continuación de herederos, corresponden a sociedades más bien personalistas, ya que en las de capital la calidad del sujeto no tiene relevancia. Mientras que por otro lado, los problemas derivados entre inversores o accionistas de entidades cotizantes en mercados de valores, son totalmente ajenos a las problemáticas de una empresa pequeña o de familia.

No siendo similares las problemáticas societarias, toda vez que dependen de la magnitud de la empresa, a nuestro criterio, presentan un

aspecto en común. Todas ellas pueden ser resueltas y dirimidas por procedimiento arbitral, mejorando esta vía la posibilidad de resolver el conflicto con menores costos y tiempo invertido, tanto para los socios, como para la empresa².

Cabe recordar que el empleo del arbitraje en materia de conflictos societarios, era la vía natural que preveía el Código de Comercio —art. 448—, salvo estipulación en contrario. La Ley 19.550 —art. 15— se refiere al proceso judicial, pero de ningún modo se niega la posibilidad de arbitrar conflictos de tal índole. Destacamos en este sentido, el fallo de la Sala C de la Cám. Nac. Com., en el caso *“Orcajada Broisson, María F. c/ Savi Sergio O. s/sumario”*. En el precedente, la Sala respetó la cláusula arbitral pactada y adoptó el criterio opuesto al sostenido por la Sala D del mismo tribunal (*“Nova Pharma Corp. SA c/ 3M Argentina S.A. y otros s/ordinario”*), entendiéndose que toda cuestión litigiosa transigible, es arbitral.

2.1. Oportunidad y modalidad para convenirlo

Con relación a la primera de ellas, la oportunidad, tengamos en cuenta las dos posibilidades de pactarlo: antes de producido el conflicto o una vez generado. Al igual que sucede en la mayoría de los contratos mercantiles, no vemos conveniente acordar el arbitraje cuando el conflicto se desató. Creemos que es una buena metodología pactar el compromiso arbitral en el mismo acto constitutivo de la sociedad. O sea, incorporar al contrato o estatuto social, una cláusula clara y expresa que prorrogue la jurisdicción estatal hacia el procedimiento arbitral. Quizás un acuerdo separado al contrato o estatuto social, pero referenciado a él, suscripto en esa misma oportunidad no sería mala vía, pero más difícil de concretarla.

En cuanto a la modalidad de pactar el compromiso arbitral, resultará más óptimo un convenio arbitral que se pronuncie sobre la mayor cantidad de aspectos posibles. De mínimo sería buena praxis acordar la clase arbitraje —de iure o equidad—, la modalidad que tendrá —*ad hoc* o institucional— y las controversias que quedan incluidas y excluidas. Luego, si se acuerda sobre cual corte o árbitro lo llevará a cabo, cuáles serán los domicilios especiales al efecto para todo tipo de notificaciones, etc., me-

² Con relación a las acciones que derivan de la Ley 19.550, se puede consultar: NISSEN, Ricardo A., *“Curso de derecho societario”*. Ed. Ad Hoc. 2ª edición, Buenos Aires, 2013. Págs. 153/160. VITOLLO, Daniel R., *“Sociedades comerciales. Ley 16.550 comentada”*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007. Págs. 286/300.

por aún. En la medida que el acuerdo arbitral sea un tanto más completo, será más beneficioso.

2.2. La novedad española sobre la materia

La Ley española de Arbitraje 60/2003 tuvo algunas modificaciones e incorporaciones por la Ley 11/2011. Con relación al arbitraje societario, nos presenta un interesante aporte en dos nuevos artículos, introducidos en la última parte de su Título II, referido al convenio arbitral y su contenido. Así, el art. 11 bis se refiere al Arbitraje Estatutario: 1. *“Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.”*

Este inciso no posee gran innovación, dado que antes de su existencia, era igualmente posible arbitrar conflictos societarios, debido a su naturaleza transigible. El aspecto que nos llama la atención es la referencia exclusiva que se hace a sociedades de capital. No entraremos en detalles, quizás obedece a una conceptualización de la ley mercantil española. En nuestra opinión, es posible el arbitraje societario, tanto en aquellas sociedades de capital como en las de corte personalista.

Un apartado curioso y relevante de destacar es la incorporación de una mayoría calificada requerida a la hora de introducir el convenio arbitral al estatuto social. La Ley entiende que es un acto de mayor trascendencia el acuerdo arbitral a la hora de constituir la sociedad, por ello no le otorga un régimen de mayorías simples. El inciso 2 del referido art. 11 bis, requiere el voto favorable de, al menos, las dos terceras partes de las acciones o participaciones en que se divida el capital social.

El punto 3 del referido artículo establece la posibilidad de someter a arbitraje institucional la impugnación de acuerdos sociales. Es aplaudible esta norma toda vez que, si el compromiso arbitral es genérico y no especifica cuáles conflictos derivados del estatuto social podrán someterse o no a arbitraje, entendemos que subsidiariamente se aplicará tal precepto. Tengamos en cuenta que la mayor cantidad de conflictos se originan con motivo de acuerdos tomados por los órganos sociales.

La gran innovación que trae la reforma relacionada con el arbitraje societario es la que pregona el art. 11 ter, al referirse a la Anulación por laudo de acuerdos sociales inscribibles. Así, el inciso 1 establece que: *“El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará un extracto.”*

Aquí destacamos la fuerza vinculante que posee el laudo arbitral para la legislación española. En sus Registros Mercantiles, la presentación de un laudo arbitral, dictado con las formalidades requeridas, es suficiente para la toma de razón e inscripción de esa resolución que ordena anular un acuerdo social ya inscripto. Es necesario tener en cuenta que el laudo, por más procedente que sea su resolución inscripta, estará sujeto a las eventuales anulaciones que podría plantear alguno de los socios inconformes con la misma, a tenor del art. 40 y siguientes de la citada Ley.

El inciso 1, analizado *supra*, se complementa con lo expuesto en el inciso 2 del mismo artículo 11 ter. En el caso anterior, se daba la hipótesis de un laudo arbitral que modifica un acuerdo inscribible, o sea, susceptible de ser inscripto, pero quizás no ingresado al Registro Mercantil aún. En cambio el inciso 2 plantea: “*En caso que el acuerdo impugnado estuviese inscripto en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así también como los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.*”

Los dos preceptos contenidos en el artículo 11 ter manifiestan, a nuestro entender, la solidez que posee la figura del arbitraje en este aspecto para el sistema español. Si bien los laudos arbitrales carecen de fuerza ejecutiva, en esta área, funcionan con cierta pujanza. Vemos con muy buenos ojos tales preceptos, toda vez que otorgan firmeza a una institución, con objetivo de no demorar el trámite. De otro modo, sería meramente declarativo el laudo y se tendría que pedir al tribunal competente su homologación, para ingresarlo en el Registro Mercantil o Público de Comercio³.

2.3. Ventajas de la figura en nuestro sistema

Enumeraremos las razones que justifican este planteo, a saber:

A. Una rápida solución beneficia la conducción empresarial

El ámbito societario, no es una excepción a la regla general del tiempo prolongado que insume un proceso judicial. Si bien existe la previsión del art. 15 de la Ley de Sociedades 19.550 que dispone, en principio y salvo

³ Se recomienda: LORCA NAVARRETA, Antonio Maria, “*Litigio Est Quod Notamus in Arbitratum*.” Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián, España, 2011; o CREMADES, Bernardo M., “*La Función Jurisdiccional de Apoyo y Control del Arbitraje*.” Ed. La Ley, España, N° 7024, Sección Tribuna, del 1/10/2008.

disposiciones en contrario: las acciones que autoriza a promover en la ley, tramitarán por vía del proceso sumario. Previsión que en la práctica, por contingencias de los procesos locales, sumado al pedido de medidas cautelares que acompañan a los planteos, queda debilitada, desvirtuándose la idea de sumario como sinónimo de rápido.

Sin ánimos de debatir en torno a la procedencia o no del dictado de medidas cautelares por árbitros, creemos que ellas no serían necesarias si tenemos en cuenta el tiempo que podría durar un procedimiento arbitral. Al resultar rápida la respuesta al conflicto planteado, gracias a una serie de factores, no sería necesario el dictado de medidas, toda vez que en pocos meses se tendría una respuesta concreta al conflicto planteado. Para ello, es importante contar con celeridad en las actuaciones del tribunal interviniente y en las comunicaciones y citaciones que éste efectúe a las partes.

B. Posibilidad de combinar al arbitraje con otro método alternativo

El arbitraje es un método *alternativo* de solución de controversias y se caracteriza por su informalidad bien entendida. Ello permite no sujetar al procedimiento arbitral a ritualismos ni requisitos meramente formales. De acuerdo a ello, se puede convocar a audiencias de mediación o conciliación durante el trámite arbitral. Siempre se debe tener presente la previa autorización de los arbitrados, ya que de modo contrario, se desnaturizaría la heterocomposición que caracteriza a la figura.

C. No presenta instancias previas obligatorias

El protagonismo de la mediación prejudicial obligatoria, fue impulsado por la Ley Nacional 26.589, y luego adoptado por la casi totalidad de las provincias, entre las cuales citamos a nuestra Ley 7844 de la Provincia de Tucumán. A partir de lo previsto por ambas leyes, deducimos que los conflictos que deriven del contrato de sociedad, quedan sometidos a mediación prejudicial obligatoria, toda vez que presentan controversias sobre objeto patrimonial, negocial y entre particulares.

En muchas oportunidades, los socios agotaron todo tipo de negociación directa, intermediación y demás mecanismos, antes de acudir a la justicia. Pero al hacerlo, requieren de una solución dada por un juez o tribunal imparcial, en el cual obtengan la solución que no pudieron en-

contrar anteriormente. Cuando los justiciables toman tales decisiones, sufren la instancia de negociación previa impuesta por las leyes locales de modo obligatorio. Es aquí en donde encontramos la ventaja del arbitraje societario, toda vez que no se encuentra sometido a ningún requisito de agotamiento de instancia previa para acceder a la tutela efectiva de los derechos en juego.

D. Es factible la implementación de la tecnología en el procedimiento arbitral

Partiendo de la base que el procedimiento arbitral se caracteriza por el despojo de todo tipo de ritualismo procesal, vemos con gran acierto el empleo de ciertas herramientas que brinda la tecnología, para maximizar dicho procedimiento. Nuestro objetivo no posee un grado alto de pretensión, dado que dejamos de lado la digitalización completa de las actuaciones arbitrales, para centrarnos únicamente en el trámite de *notificaciones del tribunal arbitral*.

La idea es la notificación electrónica de las resoluciones dictadas por el tribunal arbitral interviniente para con las partes. Es decir, no planteamos el envío de los escritos de partes por vía electrónica, ni la sustitución del expediente arbitral físico por el digital. Pensamos que es conveniente mantener el formato papel para ello. Pero si podemos implementar las notificaciones informáticas para aquellas resoluciones, previas o definitivas, así también como las citaciones a audiencias que decreta el tribunal interviniente.

Para ello, sería necesario el consenso de las partes involucradas en el procedimiento, ya sea en forma previa a él —en el compromiso arbitral—, o en oportunidad de iniciación de las actuaciones. Lo cierto es que las partes deben estar de acuerdo con tal sistema de notificación, en primer lugar, y luego coordinar con el tribunal cuál será el sitio o medio electrónico elegido a ese efecto. Será necesario además, establecer la obligación de las partes en enviar acuse de recepción en cada caso, así el tribunal podrá tener constancia fehaciente de las notificaciones cursadas.

Una vez más, el ejemplo de la Ley española de Arbitraje 11/2011 marcando el modelo a seguir. El referido cuerpo normativo, prevé en su art. 5, inc. a, la validez de las notificaciones realizadas por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o semejante. Siempre

y cuando quede constancia de la remisión y recepción de los escritos y documentos, así también como la designación de estos medios por los interesados. En consonancia con la Ley referida, el Reglamento de la Corte Vasca de Arbitraje prevé en su art. 7, un similar empleo de estos medios tecnológicos en las actuaciones arbitrales.

En definitiva, le sumamos a la ventaja obtenida por la utilización del procedimiento arbitral, la que nos arroja esta herramienta tecnológica, para juntas potenciar la solución más eficaz a los problemas planteados⁴.

3. La idea en el Anteproyecto

Nuestro Anteproyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación, de fecha 27/3/2012, presentaba dos puntos relevantes relacionados al tema analizado. Nos referimos en tiempo pasado ya que, en su paso por el Poder Ejecutivo, únicamente subsistió uno de ellos. Actualmente, el Proyecto de Reforma en trámite parlamentario, regula con acierto y buena técnica legislativa al contrato de arbitraje, dentro del Libro III del Código referido a los Derechos Personales, Título IV, relativo a los Contratos en Particular, en el Capítulo 29.

El aspecto que quedó relegado en el Proyecto es el específicamente vinculado a las normas generales sobre procedimiento, reguladas en el art. 15 de la Ley 19.550. El Anteproyecto postulaba una reforma integral del citado artículo, con considerables agregados, tanto en materia procesal como arbitral. Daremos un breve comentario de las provisiones que consideramos relevantes y positivas:

1. En cuanto al tipo de proceso judicial, que en principio, debe transitar una acción derivada de la Ley 19.550, creemos acertada la idea de referirse a “procedimiento más abreviado”, antes que “sumario”, como prevé el texto actual. Quizás el cambio intentaba salvar las diferentes aceptaciones o rechazos de los códigos de rito local al proceso sumario, optando por un término genérico que refiere a lo mismo.

2. Un punto sumamente positivo que se postulaba era la exclusión expresa de todo mecanismo alternativo de solución de conflictos previo a la interposición de una acción derivada de la Ley. En coincidencia con este

⁴ CARLINO, Bernardo, *“Internet Legal para Cooperativas y ONG. Mediación y Arbitraje”*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

postulado, expresamos como una de las ventajas que proporciona el procedimiento arbitral en tal sentido, funcionando como válvula de escape al régimen actual.

3. Los puntos referidos en el art. 15 bis de la Ley a la cláusula compromisoria, creemos que eran redundantes, ya que los principios generales a la hora de pactar el arbitraje quedan regulados en los arts. 1650 y 1658 del Proyecto de Código. Quizás la excepción referencia “no de modo muy preciso”, prevista en el punto 5, al Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio más próxima, podría haber sido útil en oportunidades.

4. Las previsiones del art. 15 ter de la Ley eran muy interesantes, toda vez que la pericia arbitral es un mecanismo eficaz para determinar el valor de las participaciones sociales, cuotas o acciones, en su caso.

5. La norma establecida por el art. 15 quáter de la Ley era un tanto redundante. El principio vinculado a medidas preventivas queda claramente fijado en el art. 1655 del Proyecto de Código, al referirse al tema en términos generales en materia contractual arbitral. Por su parte, el art. 753 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación regula las medidas de ejecución, que en estos procedimientos, los árbitros solicitarán al juez competente.

4. Reflexiones finales

El Derecho, como herramienta que facilita la convivencia armónica entre los ciudadanos, está destinado a ser el mecanismo de solución pacífica de conflictos y concretar ese reparto de potencia e impotencia, llamado Justicia. Para quienes adherimos a esta concepción del sistema jurídico, nos resulta el arbitraje un método rápido, eficaz y capaz de solucionar ciertos conflictos, entre los cuales destacamos su óptimo empleo en la órbita del derecho societario, para dirimir contiendas de socios entre sí y en relación a los órganos sociales.

Lo postulado para el arbitraje societario, así también como la implementación de pequeñas herramientas que nos brinda la tecnología al procedimiento, redundan en el mismo tópico: *celeridad y eficacia en la resolución del conflicto*. Si el conflicto es inherente a la naturaleza de los hombres, resulta de igual modo, la necesidad de obtener una solución rápida y justa para el mismo.

El Derecho en su aspecto sustancial, al regular las relaciones jurídicas, como en su faz formal, que establece el modo para obtener el reco-

nocimiento del Derecho de subjetivo fondo, conforman una unidad ontológica. Allí radica la importancia del derecho a un proceso rápido, justo y eficaz, que garantice el reconocimiento de aquellos derechos. De este modo, las herramientas previstas por la Ley de Sociedades, no queden durmiendo expectantes en el fondo de la letra de la norma, sin posibilidad de hacerlas valer.