

DESJUDICIALIZACION DE LOS CONFLICTOS SOCIETARIOS EN LAS SOCIEDADES CERRADAS

Diana V. Farhi de Montalbán

Abstract

La amigable composición, la mediación especializada o el arbitraje institucional conforman un conglomerado de recursos adecuados para prevenir y solucionar conflictos internos de la sociedad.

Debe extenderse a las sociedades cerradas, con posibilidad de otras alternativas, el régimen establecido en el art. 38 del Decreto Delegado 677/01

1. Algunos antecedentes

Históricamente, desde el momento en que se prescindió de la defensa por mano propia, la forma más espontánea de organizar la justicia fue la de someter los conflictos de intereses a la prudencia de ciertos personajes que se consideraban ecuanimes, tanto por el poder terrenal o confesional que revestían, como por la confianza que despertaban en la comunidad y que laudaban equitativamente, a su leal saber y entender.

Esa forma de justicia, alcanzó una influencia fundamental en el desenvolvimiento del derecho comercial. Es así que en el Medioevo, la corporación de los comerciantes se sometía a la justicia de jueces legos que resolvían en base a la equidad.

Más adelante, fueron creados los tribunales consulares o Rotas mercantiles compuestos por amigables componedores, a cuya decisión debían recurrir obligatoriamente los miembros de la corporación.

En materia de compañías y sociedades la tendencia fue siempre la de someter los conflictos directamente a los árbitros, no a los tribunales consulares⁽¹⁾.

Las Ordenanzas de Bilbao, también receptaron este instrumento, como el medio adecuado para la solución de los conflictos de las sociedades o compañías.

El Código de Comercio Francés adoptó el mismo régimen disponiendo que las diferencias entre socios debían ser dirimidas exclusivamente por la vía del arbitraje, reglando un procedimiento a tal fin⁽²⁾.

Entre nosotros el Código de 1862 estableció la jurisdicción obligatoria de jueces árbitros⁽³⁾ o arbitradores y estableció un procedimiento arbitral.

La reforma de 1889, mantuvo al arbitraje como medio normal de solución de conflictos internos de la sociedad, pero autorizando a las partes a decidir lo contrario y plasmarlo de esa manera en el contrato o estatuto⁽⁴⁾.

Este régimen se aplicó hasta la sanción de la ley 19.550 de sociedades comerciales que dio un giro importante en el tratamiento de estas cuestiones, ya que al derogar la norma contenida en el art. 448 del Código de Comercio, las derivó al ámbito de la justicia institucional⁽⁵⁾.

(1) Anaya nos enseña que los distintos ordenamientos de esa época imponían el arbitraje para la solución de diferendos endo-societarios en las sociedades de personas, que eran las únicas que se conocían ("Arbitraje Societario", La Ley del 21.05.2007. Así lo disponía una Ordenanza Francesa de Moulins de 1560, y la del Comercio Terrestre de marzo de 1673.

(2) La obligatoriedad del arbitraje fue derogada en 1856.

(3) Art. 504 para el caso de liquidación o división de la sociedad. También había previsto la intervención de jueces arbitradores en los conflictos entre socios (art. 511) y estableció un procedimiento a tal fin (art. 512).

(4) Cod.Comercio: art. 448 que textualmente disponía: "Todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los socios durante la existencia de la sociedad su liquidación o partición, serán decididas por jueces arbitradores a no ser que se haya estipulado lo contrario en el contrato de sociedad".

(5) El Dr. Martín Arecha, sostiene que el arbitraje voluntario, o sea el que se acuerda luego de generado el conflicto, ofrece ventajas por haber sido elegido voluntariamente por las partes y propone que se dicte un procedimiento simple, rápido y dúctil para la solución de esos conflictos por la justicia estatal.

Cabría preguntarse cual fue la razón del abandono por parte del legislador, de una vía de solución de estirpe histórica, inclinándose implícitamente por la judicialización de los conflictos que nos ocupan⁽⁶⁾.

Quizás ello obedeció a cierta distorsión en su uso entre nosotros, que generó resistencia de los juristas de la época, derivando en la regulación del arbitraje en los Códigos de Procedimiento locales, los cuales en sus normativas siempre tratan a la transacción y la conciliación en los capítulos destinados a los "*Medios Anormales de terminación del Proceso*"⁽⁷⁾.

La solución amigable, es para el código de rito, un medio anormal de resolver la crisis.

En términos generales, nuestro medio ha mirado con desconfianza y hostilidad al arbitraje, y la amigable composición, prefiriendo la intervención de la justicia estatal, que muchos consideraban de mayor seguridad jurídica⁽⁸⁾.

Quedó, en consecuencia, librada a las partes interesadas la decisión u opción de someter sus conflictos societarios a la intervención un árbitro o un amigable componedor, o acudir directamente a la justicia, hasta que la ley 24.573 de Mediación y Conciliación⁽⁹⁾, impuso el paso previo de la mediación, como recurso conciliatorio para gran cantidad de situaciones litigiosas.

Recién en 2001, el Decreto de Régimen de Transparencia de la oferta pública, vuelve sobre la cuestión e impone a las sociedades que

"El arbitraje societario, su delimitación, la virtud de su voluntariedad y la conveniencia de procesos especiales en el ámbito de la justicia del Estado para cuestiones societarias", ponencia presentada en el IX Congreso Argentino de Derecho Societario y de la Empresa. Publicación del Congreso, t. IV, p. 155 y ss..

(6) Ley 19.550: arts. 36 a 55.

(7) Cód.Procesal Civil y Comercial de la Nación, arts. 308, 309.

(8) Morello-Kaminker, "Contribución a la reforma del juicio arbitral", E.D. 173-883 y ss. explican con claridad ese fenómeno. Anaya (op. cit. en nota 1) señala que si bien la ley 19.550 dejó la cuestión abierta a la autonomía de la voluntad, el nuevo Código Procesal Civil y Comercial aportó disposiciones aptas para reforzar al arbitraje ya que impuso el deber a los jueces de prestar el auxilio a aquella jurisdicción para la efectiva sustanciación del proceso arbitral y también otorgó a los laudos arbitrales la fuerza ejecutiva de las sentencias.

(9) Esta ley que fue concebida con una duración inicial de cinco años fue prorrogada por la ley 25.287 y se mantiene actualmente por una prórroga tácita.

cotizan, su sometimiento a la justicia arbitral, a los fines de la solución de las divergencias internas y también para determinados conflictos externos, quedando la opción de acudir a la justicia estatal exclusivamente a favor del accionista o inversor⁽¹⁰⁾.

El anteproyecto de reformas a la Ley de Sociedades Comerciales, elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁽¹¹⁾ aunque mejoraba la situación porque imponía la solución arbitral para la valuación de participaciones sociales⁽¹²⁾ no hacía lo mismo con el arbitraje o la amigable composición que dejaba al arbitrio de las partes, en tanto estuviese previsto en los contratos o estatutos, cuya inclusión admitía, en consonancia con la emitidas por la Inspección General de Justicia en 2001⁽¹³⁾ y descartaba a la mediación como medio de solución.

Paralelamente, la Argentina no logró sancionar una ley general de arbitraje, en tanto los proyectos e iniciativas para ello aún no han prosperado⁽¹⁴⁾.

En el estado de cosas actual, las sociedades abiertas, tienen un régimen que impone el arbitraje institucional como medio para la solución de conflictos internos y en las sociedades cerradas parece que el recurso no es otro que el litigio judicial, salvo que los socios al

(10)La norma expresa textualmente: “... *Quedan comprendidas en la jurisdicción arbitral todas las acciones derivadas de la ley N° 19.550 y sus modificaciones, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, como así las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos...*”

(11)Comisión designada en 2002 integrada por los Dres. Anaya, Bergel y Etcheverry.

(12)Art.15 tercer apartado que introduce el “*arbitraje pericial*”

(13)Resolución N° 4/01 cuyo art.1 establece: “*La Inspección General de Justicia admitirá la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de sociedades de responsabilidad limitada, en los estatutos de sociedades por acciones sometidas a su control y en los contratos de colaboración empresarial regulados por la ley 19.-550*”

(14)El Anteproyecto de Ley Nacional de Arbitraje de 2001 que no llegó a buen puerto trataba en forma expresa las controversias internas en sociedades, asociaciones, fundaciones y demás personas jurídicas y sus miembros, si bien no imponía el arbitraje como obligatorio, salvo que estuviera previsto en los estatutos y exceptuaba del régimen a las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones.

constituirlas se hayan ocupado expresamente de introducir una cláusula compromisoria en sus contratos o estatutos.

2. El conflicto en la sociedad cerrada de personas o de interés

Pese a ello, es en esta clase de sociedades donde la solución consensuada y amigable, resulta imprescindible.

No olvidemos que el diferendo o conflicto quedará encuadrado entre partes, que quedarán vinculadas luego de su solución. Continuarán siendo socios, incluso puede ser que integrando el mismo órgano societario, y a veces también la misma familia o círculo social.

Es por ello que se necesita preservar las relaciones personales y mirar hacia el futuro con la mira en el interés de la sociedad.

Ello indica que, además de la aplicación del derecho, es necesario brindar a las partes un grado de satisfacción que excede el marco jurídico y se inserta en las reacciones psicológicas y también afectivas.

La justicia estatal siempre trabaja sobre el pasado, sobre los hechos acaecidos y resuelve en base a ellos. En la solución de los problemas internos de la sociedad, se requiere también una mirada hacia lo que vendrá.

En ese sentido, la experiencia recogida, ha demostrado que los procesos judiciales generados por cuestiones de diferendos societarios, no llegan a buenos resultados.

Sobre todo porque se ha realizado una utilización distorsionadora de la actividad jurisdiccional, altamente costosa, con la característica imprescindible de la publicidad, que es de la esencia de la justicia institucional, pero que redundo en perjuicio de la sociedad y sobre todo de la empresa que explota⁽¹⁵⁾.

(15) "Cuestiones no judiciales en el ámbito societario" Musacchio de Rey y Rubin; "Conflicto societario", Cordero-Antelo-García Fejera-Schlossberg, Sadler; Derecho Societario y de la Empresa II- ps. 298 y 301 respectivamente. "Nuevo régimen legal del arbitraje para conflictos societarios. Pautas de interpretación jurisprudencial. Adopción del régimen arbitral para el Mercosur", Kleidermacher Arnoldo; "El arbitraje como solución de conflictos societarios", Casasola Armando;

Estos elementos particulares, además del general de la crisis en la administración de justicia y la situación de colapso por el cúmulo de causas que sufre el Tribunal, nos reiteran la convicción de que es necesario desjudicializar la solución de los problemas internos que se plantean en el seno de la sociedad cerrada, en cualquiera de sus tipos y debe buscarse su prevención y remedio en el amplio marco del arbitraje –sea este institucional o de amigable composición- o la mediación especializada .

Los conflictos societarios presentan las características del poli centrismo, porque tienen múltiples centros de interés o de tensión que operan entre sí en una relación de interdependencia ⁽¹⁶⁾, siendo especies de telarañas muy frágiles en las que la tensión sobre uno, puede afectar el resto del tejido.

A los fines de preservar las buenas relaciones entre socios – muchas veces parientes o amigos íntimos - y de estos con la sociedad, las medidas cautelares, intervenciones, denuncias penales, allanamientos, demandas recíprocas, etc., no parecen ser los medios más adecuados para solucionar conflictos, ni para que luego de una sentencia, se continúe llevando adelante la sociedad inicialmente constituida. Lejos de ello causan un enorme desgaste en las relaciones que determinan la salida de uno o varios socios ⁽¹⁷⁾. El *affectio societatis* queda herido de muerte.

En la práctica cotidiana, muchos acuden a los sacerdotes de sus credos religiosos, a terapias psicológicas grupales, a familiares y/o

“Conflictos societarios. Procedimientos societarios, administrativos, judiciales y arbitrales. Intervención de terceros”, Gulminelli Ricardo Ludovico; “Arbitraje en los conflictos societarios”, Belmes, Messino, Zingman de Domínguez; “El arbitraje como alternativa jurisdiccional”, Arbonés, Mariano y “Solución arbitral”, Russon-Maldonado Derecho Societario y de la Empresa II, ps. 397 a 465 respectivamente. Cracogna, Dante, “Acerca de la noción de conflicto societario y sus posibles medios de solución”, ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Publicación del Congreso, t. II, p. 173 y ss.

(16) Gobbi Marcelo, www.cacb.org

(17) Ver el trabajo de Diego Coste presentado en la Maestría en Dirección de Empresas de la Universidad de Cema titulado “El salto de paradigma: Los abogados comercialistas entre la negociación territorial y la espacial”, en www.cema.edu.ar

amigos comunes, para obtener la opinión prudente que les ayude tanto en la prevención, como en la solución del problema.

De ahí nuestro empeño en reiterar, a través de trabajos presentados en estos Congresos⁽¹⁸⁾, la necesidad de desjudicializar el conflicto, como lo ha hecho el Decreto 677/01 para las sociedades abiertas, sobre todo y con mayor intensidad en las sociedades cerradas, compuestas por hombre y mujeres vinculados por relaciones de amistad y familia, donde el mismo adquiere implicancias iniciales, generalmente violentas, en tanto no solo se juegan las cuestiones estrictamente societarias, y tratarlo por la vía de estos recursos como el arbitraje, la amigable composición o la mediación especializada, a los que se menciona como alternativos, cuando, a criterio de quien escribe deben ser los primeros a utilizar, y ello por supuesto sin vulnerar la ley sino aplicándola en un marco de confidencialidad, rapidez, efectividad y comprensión de todos los elementos que convergen.

Para ello el Legislador deberá aportar los elementos normativos necesarios que impongan estos recursos, porque de esa manera, contribuirá a su difusión, hasta hoy escasa y lograr que sean probados por la sociedad. Será la única manera de conocer su utilidad.

Nuestra propuesta no propicia en manera alguna la privatización de la justicia estatal, sino por el contrario intenta contribuir a su mejor administración, liberándola de la atención de casos que requieren un tratamiento más personalizado, ciertamente en un ámbito de privacidad que preserve el funcionamiento de la empresa y con tiempos razonables para la solución.

(18) Farhi de Montalbán, Diana y Pliner, Marta, "La solución de los conflictos societarios a través del arbitraje institucional (Derecho Societario y de la Empresa (Fespresa 1992) t. II, p. 481 y ss.); Farhi de Montalbán, Diana, "Acerca de la Solución de los conflictos intra.-societarios a través de los procedimientos arbitrales", ponencia presentada en el Primer Congreso Argentino Español de Derecho Comercial Valencia España; "El arbitraje como proceso natural para la solución de conflictos y diferendos internos de la sociedad" en IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

La doctrina sentada recientemente por el alto tribunal en el caso *Giallombardo Dante v. Arredamenti Italiani S.A.* ⁽¹⁹⁾ decidió que el inicio de la mediación obligatoria regulada por la ley 24.753 no suspende el cómputo del plazo para deducir la acción de impugnación de las decisiones asamblearias previsto en la LS: 251, con lo que no contribuye a la solución extrajudicial del conflicto.

Más allá del debate sobre la naturaleza del plazo que fija esa disposición, si es de prescripción o de caducidad, la decisión que referenciamos ha creado un obstáculo significativo para la búsqueda de una solución en el ámbito de la mediación, ya que urge la iniciación de la demanda, la cual - luego de iniciada - quedará sujeta a los plazos prolongados y alternativas de un proceso judicial.

Cuando en el mundo, los procesos participativos como la mediación y el arbitraje, van ganando terreno en la solución de todos las situaciones de conflicto ⁽²⁰⁾, nosotros demos un paso atrás, y aún en el marco de la mediación legalmente obligatoria, impulsamos al socio en conflicto a iniciar una demanda, que quizás podría evitarse, con el solo y exclusivo objeto de evitar la decadencia de un plazo ⁽²¹⁾.

Finalmente cabe señalar que nuestra propuesta debe interpretarse como una vía de solución y que no pretende sustituir la jurisdicción como función monopólica del Estado.

En determinados casos el Legislador debe disponer la utilización de otros recursos, para que las partes resuelvan sus conflictos a través de un mecanismo, en principio apartado de la función jurisdiccional y en otros los imponga para la solución de conflictos de intereses especiales ⁽²²⁾, admitiendo que no se trata de una posición genérica, sino acotada a diferendos intrasocietarios.

(19) CNCCom., en pleno, 09.03.2007 donde se resolvió que: *No corresponde otorgar a la iniciación del trámite de mediación previa efectos suspensivos sobre el plazo para deducir la acción de impugnación prevista en el art. 251 LSC.*

(20) Ello ocurre en el derecho europeo: francés, alemán, italiano español entre otros.

(21) En este sentido debe resaltarse la creatividad de Pablo Heredia en su voto incluido en el fallo plenario citado.

(22) Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 24.04.97, *in re* "Blanco, Guillermo c/ Petroquímica Bahía Blanca (Informática Jurídica Documento N° 11.1912).

Reconocemos que existen determinadas controversias en las cuales de ninguna manera podría intervenir la justicia arbitral, como las que fueren contrarias al orden público o versaren sobre delitos (dejando a salvo la determinación de la cuantía de la responsabilidad civil), las concernientes a las atribuciones y funciones del Estado, aquellas que tratan la capacidad o el estado civil de las personas, los vinculados a la patria potestad y el estado de familia, o los diferendos que se refieran a cosas que estén fuera del comercio o derechos que no fueren susceptibles de ser materia de contrato y las cuestiones resueltas por sentencias judiciales o aquellas en las cuales esté comprometido un interés público⁽²³⁾.

El conflicto societario generado en las sociedades, por sus características no está comprendido en esa nómina, y requiere un tratamiento especial paralelo a la jurisdicción estatal.

(23) Gulminelli, Ricardo Ludovico "Conflictos societarios: Procedimientos Societarios, Administrativos, Judiciales y Arbitrales Intervención de Terceros", Derecho Societario y de la Empresa (Fespresa t. II, p. 419 y ss.).