

## LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y EL DERECHO SOCIETARIO

NILDA E. DI BARTOLO y RENÉE MUCHEN

### **PONENCIA**

En el ámbito de las sociedades comerciales, como en todo otro donde existen relaciones interpersonales de suscitarse conflictos. Ellos podrán surgir entre los accionistas, entre éstos y la sociedad, entre las autoridades, etcétera.

### **FUNDAMENTOS**

Respecto a estas últimas, Eduardo Roca, en su trabajo *El Directorio en Conflictos Societarios*, Temas de Derecho Comercial, Instituto Argentino de Derecho Comercial (1983), p. 186, dice: “un directorio, especialmente si es uno activo, es un mecanismo de continúa negociación, y si sus miembros llegan a estar en conflicto, un recinto áspero, de tenso y diario choque personal que pone a prueba los nervios de los empresarios y la paciencia de los abogados. Las confrontaciones como antes se expresó se darán generalmente sobre los detalles formales que proceden y estructuran cada reunión, toda vez que necesariamente acerca de las decisiones comerciales de fondo existirá una mayoría; si ello no se obtuviera, la sociedad tratada de tal manera en su funcionamiento, estaría en la zona del art. 94, inc. 5° de la ley 19.550 (imposibilidad de lograr su objetivo)”.

Someter a la decisión de la justicia esos conflictos, no suele ser la solución más adecuada, ya que ello generalmente, demandará largo tiempo e importantes sumas de dinero.

Por tal razón, para estas situaciones resulta especialmente atractiva la adopción de métodos alternativos, de solución de conflictos, como lo son por ejemplo el arbitraje, la mediación, o la negociación.

Respecto del arbitraje, Enrique Zaldívar, Rafael M. Manóvil, Guillermo Ragazzi y Alfredo Rovira, en su obra *Cuadernos de Derecho Societario*, vol. IV p. 427, Abeledo-Perrot, 1978, recuerdan que “el Código de Comercio de 1982 establecía que todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre los

socios durante la existencia de la sociedad, su liquidación o partición, debían ser decididas por jueces arbitradores, hubiérase o no estipulado así en el contrato social". Posiblemente "su falta de precisión y mala terminología" motivó su reforma en 1889. Así el Código hoy derogado en su cap. XI, art. 448 (hoy derogado), "Del modo de dirimir las diferencias entre socios", establecía que "todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre 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".

Carlos Juan Zavala Rodríguez, en su obra *Código de Comercio y Leyes Complementarias*, t. I, Depalma, 1964, p. 559, coincidía con lo expresado por Segovia, quien decía: "En teoría, el arbitraje parece un medio excelente de terminar las cuestiones con economía de tiempo y dinero, y cuando se trata de cuentas que revisar y de relaciones complicadas como las sociales, hay la ventaja de que el árbitro dispone de más tiempo que un juez para su minucioso examen. Mas, en la práctica, el arbitraje no ha respondido a la expectativa del legislador y ha engañado todas las esperanzas, produciendo generalmente efectos contrarios a los que se buscaban con esa institución. Sus pareceres se dividen y el tercero en discordia se ve en la necesidad de elegir entre conclusiones igualmente parciales e injustas, so pena de no haber fallado. Fernández, afirma que esas censuras carecen de todo fundamento, y Varangot expresa que no es exacto que los juicios arbitrales duren más que los juicios comunes".

Zavala Rodríguez (ob. cit.) concluye que "el arbitraje es el medio al que recurren los socios creyendo que enseguida solucionarán sus problemas, para convencerse luego que es un engranaje más pesado y más caro aún que la justicia".

Más recientemente, refiriéndose al arbitraje, Eduardo Mario Favier Dubois (pater) en su trabajo *Sociedades Comerciales*, El Coloquio (1984), p. 156, enseña que "el sano propósito de evitar gastar largo tiempo y dinero en sede judicial, frecuentemente quedaba en el plano de las buenas intenciones, pues muchas veces había que demandar la constitución del tribunal arbitral (si una de las partes se negaba a hacerlo) y después de una complicada tramitación ante los árbitros había que acudir nuevamente a la justicia para requerir la nulidad del laudo (la parte perdedora) o demandar su ejecución (la parte ganadora) de modo que lo único obtenido era precisamente lo que se quería evitar. Por eso aunque mediare cláusula expresa conviniendo el procedimiento arbitral, los tribunales fueron limitando su alcance, reservándolo casi exclusivamente a las cuestiones de hecho, cuentas o conflictos de índole económica y derivando los problemas de derecho a la competencia judicial".

Sin embargo, a pesar de la importancia de las objeciones formuladas por la doctrina mayoritaria, en los últimos tiempos, y quizás por eso de *non est regula jus sumatur, sed ex jure quod es regula fiat* (no es la norma jurídica de

donde se extrae el derecho, sino del derecho [de la vida] de donde se extrae la norma jurídica, —principio de Paulo citado por Carlos Juan Zavala Rodríguez, en el prólogo de la obra de Jaime Anaya *Sociedades accidentales o en participación*, Cangallo, 1970—), algunas veces han pretendido reflotar el arbitraje como la panacea para mejorar nuestro sistema de administración de justicia.

El mismo, en la actualidad enfrenta gravísimos problemas, caracterizados fundamentalmente por los insuficientes medios materiales con los que cuenta. Entre ellos podemos citar: edificios inadecuados donde se encuentran emplazados sus tribunales, insuficiente cantidad de jueces y estructura administrativa para la gran cantidad de causas a resolver, etc. Rafael A. Bielsa, en su trabajo *El concepto de reforma orgánica del Servicio de Justicia*, Premio Fundejus 1992, informa que “distintas investigaciones casuísticas determinaron que de la totalidad de los asuntos ingresados en el año 1991, el sistema (judicial) sólo había podido atender mediante una resolución conclusiva y, en dicho lapso, en el fuero comercial un 8,5 %.

Ello ha llevado a destacados juristas a intentar reflotar el arbitraje como medio para descongestionar los tribunales y otorgar mayor celeridad a los procesos. En tal sentido, Arnoldo Kleidermacher, en el Congreso de Derecho Societario y de la empresa, V Congreso de Derecho Societario (t. II) “Nuevo régimen legal del arbitraje para conflictos societarios - Pautas de interpelación jurisprudencia Adopción del Régimen Arbitral para el Mercosur”, proponía volver al arbitraje en materia societaria.

Entendemos que esa moción del autor puede mejorarse al hacerla extensiva a otros métodos alternativos de solución de conflictos, alguno de los cuales actualmente se hallan muy difundidos, y en los que no se verifican los cuestionamientos propios del arbitraje.

Transcribiendo a Rafael A. Bielsa (ob. cit.), quien cita a Mezquita del Cacho, podemos decir: “entre el espacio anatomofisiológico del derecho privado y el espacio anatomopatológico del proceso, hay otro inmunológico de recursos de acción preventiva” ... “en un andarivel de ideas semejantes circula el recurso a los métodos y técnicas no adversariales de solución de conflictos”.

Pasemos a hacer una breve reseña de ellos.

En la negociación, según Rafael A. Bielsa (ob. cit.), “se cabildea con otra persona o con otra parte para llegar a la solución de algún problema que todavía no se ha cristalizado en conflicto; en la conciliación, se hace el intento de perfeccionar de común acuerdo un entendimiento razonable, con la eventual colaboración de un tercero sin facultad de sugerir alternativas”.

Existe otro método que ha sido declarado por dec. 1480/92 de interés nacional su institucionalización y desarrollo: la mediación.

La diferencia entre ésta y el proceso arbitral es que en este último, quien decide acerca del conflicto es el árbitro, mientras que en la mediación el mediador asiste a las partes, siendo éstas quienes deciden.

Kenneth A Ehrman, en su artículo: "Por qué los abogados que trabajan en asesoramiento empresario deberían utilizar la mediación", ABA Journal (American Bar Association), junio de 1989, establece una síntesis altamente clarificadora del tema: "En la mediación existe un tercero imparcial, sujeto a obligación de confidencialidad y a la prohibición de ser testigo en un juicio en el que anteriormente haya intervenido en ese carácter. El proceso se inicia con la explicación de la situación. El mediador contribuye a captar los intereses subyacentes de las partes y a crear y mostrarle a éstas posibles soluciones, las que de ser adoptadas por éstas, podrán ser luego vertidas en un convenio.

En la negociación las partes (generalmente asistidas por sus asesores) directamente se abocan a la solución, la mediación es un modo voluntario de solucionar disputas. Un tercero neutral, por lo general especialmente entrenado, ayuda a las partes a negociar un acuerdo que resulte beneficioso para ambas. La mediación no implica para las partes la obligación de divulgar cuestiones de hecho sobre las que ellos quieren mantener reserva, ni renunciar al derecho de ir a los tribunales de justicia... El mediador no toma ninguna decisión que obliga a las partes... Sorprendentemente, la mayoría de los abogados no saben que el procedimiento de mediación y el de arbitraje son radicalmente diferentes. La mediación descansa sobre la base del acuerdo voluntario. En el arbitraje, en cambio, una tercera persona, actuando como un verdadero juez, decide, luego de analizar la prueba producida por las partes, cuál de ellas tiene razón y cuál está equivocada, y dicta una resolución que debe cumplirse obligatoriamente. El árbitro actúa según un procedimiento determinado y sus funciones se reducen habitualmente a pronunciar un laudo de contenido económico. Las estadísticas demuestran que aproximadamente un 80 % de las disputas comerciales sometidas a mediación finalizan con un acuerdo" (obviamente, el autor se refiere a USA). "Son raros los casos en los que la mediación es completamente inútil. Incluso aquella mediación que no logra un acuerdo total usualmente sirve para limitar los aspectos sobre los que se litigará luego, con lo cual la prueba será simple y menos costosa y también para bajar el nivel de agresión entre las partes".

Como expresa Silvio Lerer en "Los nuevos métodos de solución de conflictos. Los ADR. ¿Privatización o mejoramiento de la justicia?", *LL*, 7/3/94: "Las partes ganan en satisfacción por tomar un rol activo en la solución de sus conflictos... Asimismo se permite preservar las relaciones de las partes aun cuando tengan diferencias entre ellas, lo que es sumamente importante en el ámbito empresarial".

El Ministerio de Justicia propicia instituir a la mediación para los juicios con contenido patrimonial con carácter previo y obligatorio (Plan de Reordenamiento Judicial), pero quizás, y así se escuchan muchas voces en la doctrina, no sea conveniente que ello sea obligatorio. En cambio considera-

mos muy apropiado que, en caso de una futura reforma a la Ley de Sociedades Comerciales, se establezca de manera expresa que en los conflictos societarios, las partes —voluntariamente— puedan recurrir a un mediador reconocido como tal por el Ministerio de Justicia, como así a otros medios de solución de controversias. Señalamos que dicha solución puede alcanzarse, incluyendo cláusulas que la prevean en los contratos sociales, o convenirse por las partes como medida previa a la iniciación de un proceso judicial o si éste ya ha sido iniciado, como dice Rafael A. Bielsa (ob. cit.) “como un paréntesis procesal”.