

ARBITRAJE, AMIGABLE COMPOSICION, MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCION DE CONFLICTOS Y DIFERENDOS INTERNOS DE LA SOCIEDAD

DIANA V. FARHI DE MONTALBAN

Se propone predeterminar al arbitraje y la composición amigable, como procedimientos naturales para la resolución de conflictos y diferendos entre socios o entre estos con la sociedad, en el nuevo régimen de sociedades comerciales.

Creemos que en ese contexto, debe existir un tratamiento uniforme para todas las sociedades que incluya tanto a las que cotizan en bolsas o mercados autorregulados, como a las que no lo hacen.

No se advierte que exista un claro fundamento que aconseje un tratamiento de manera diferente.

Los conflictos de esa naturaleza, requieren la búsqueda de su solución en un marco de confidencialidad e informalidad, que impida

la afectación del normal desenvolvimiento de las actividades cotidianas de la sociedad.

Quedará disponible para los socios, la opción de apartarse de ellos en tanto su voluntad quede expresada en el contrato social o sus modificaciones.

LA SOLUCIÓN DE DIFERENDOS Y CONFLICTOS ENTRE SOCIOS O ENTRE ESTOS Y LA SOCIEDAD

1. GENERALIDADES

Volvemos sobre la cuestión del procedimiento arbitral como el más adecuado para la búsqueda de soluciones para estos problemas, en razón del Anteproyecto de Reformas, confeccionado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos¹ que prevé un régimen específico en la materia.

Sobre los efectos de la injerencia de la justicia en las sociedades, mucho se ha debatido y la cuestión aún no está resuelta.

No obstante, tanto el arbitraje, como la mediación o la amigable composición han irrumpido con fuerza en el panorama de la resolución de diferendos contractuales, y en especial respecto de las operaciones mercantiles, tanto en el plano nacional como internacional, y extendiéndose también hacia el ámbito interno de las sociedades.

En efecto, una mirada a nuestro alrededor, nos permite percibir los avances importantes que estos institutos han tenido en el mundo, y con profunda incidencia en las relaciones comerciales sobre todo en aquellas que se desarrollan en el plano internacional.

En el año 1985 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (**CUNDUMI-UNCITRAL**), aprobó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, y la Asamblea de Naciones Unidas, señaló la necesidad de la práctica del arbitraje comercial y recomendó que los estados miembros receptaran un régimen uniforme sobre derecho procesal arbitral²

¹ Integrada por los Dres. Anaya, Bergel y Etcheverry.

² Resolución de Naciones Unidas N°40/72 de 11.12.1985.

En el derecho comparado latinoamericano, varios países adecuaron sus legislaciones a la ley modelo³

El derecho continental europeo también presenta iniciativas en ese sentido privilegiando la solución de conflictos vinculados al comercio internacional por medio del arbitraje como procedimiento más rápido y menos costoso, que transita en un marco de confianza inmediata idoneidad y confidencialidad⁴

Entre nosotros, se sancionó la ley 25.223, que aprobó el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, y también el Acuerdo sobre arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile que habían sido firmados en julio de 1998⁵.

Posteriormente en junio de 2000 se formalizó el V Encuentro de Instituciones Arbitrales del Mercosur, Bolivia y Chile, suscribiendo los intervinientes el Reglamento Modelo de Arbitraje Comercial Internacional para las Instituciones Arbitrales del Mercosur, Bolivia y Chile, que contiene un régimen uniforme de procedimiento arbitral para conflictos emergentes del tráfico mercantil internacional.

El uso y práctica actuales en la materia se han inclinado por acudir al arbitraje como medio alternativo de composición en esas controversias.

Esa orientación también ha alcanzado el ámbito de las relaciones ínter empresarias locales, considerándose que es un medio apto por su flexibilidad, reducción de exigencias formales, confidencialidad, rapidez, menor costo y estrépito todo lo cual lo constituye en un interesante medio alternativo para la composición de controversias.⁶

³ Ley ecuatoriana N°145 del 04.09.97; Ley Boliviana N°1770 del 10.03.97; Ley brasileña N°9307 del 23.09.96; Ley Peruana de 1995; Código de Procedimientos Civiles del Uruguay 1988 y Ley Venezolana de 1988 entre otras.

⁴ Así, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación N°12/1986, con expresa referencia a las medidas tendientes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, instó a los gobiernos de los Estados Miembros a adoptar las medidas necesarias para que en los casos procedentes el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y eficaz que la acción judicial.-Ver también FELDSTEIN DE CÁRDENAS Sara L. "El arbitraje en Brasil: un paso hacia adelante" publicación en Internet : <http://vlex.com/br/revistas/7>.- Un ejemplo interesante es la Ley alemana de 1997, que recogió los preceptos de la Ley Modelo de Uncitral 1985.

⁵ Boletín Oficial 05/01/2000.

⁶ MORELLO AUGUSTO M. "Arbitraje internacional.Superar puntos críticos y contribuir a su difusión" (ED 185-1171 y ss.).

Recientemente el P.E.N. decretó el Nuevo Régimen de Transparencia de la Oferta Pública⁷ que dio un vuelvo importante en la materia, estableciendo la obligatoriedad del procedimiento arbitral para las sociedades que cotizan observándose un tratamiento diferenciado entre estas y las que no lo hacen, que continúan bajo la vigencia de la ley 19.550. -

Más allá de la discusión sobre la existencia de un subtipo societario integrado por estas últimas y de la necesaria tarea de armonización⁸, la solución aportada por dicho Decreto Delegado, es adecuada, tanto para las sociedades abiertas como para las denominadas cerradas.

La exposición pública de conflictos internos de las sociedades en sede judicial, lejos de aportar beneficios y soluciones ha tenido efectos contraproducentes, generando dificultades en el desenvolvimiento de la empresa.

La confidencialidad y la informalidad que constituyen la esencia de los procedimientos arbitrales, de composición de intereses e incluso a las mediaciones, son atributos muy positivos para la solución de los problemas que se susciten en el ámbito interno de la sociedad.

2. DIFERENDOS Y CONFLICTOS SOCIETARIOS

El significado de términos⁹ como diferendo o conflicto indica la existencia de intereses diferentes, e incluso contrapuestos, que –para nuestro análisis– enfrentarían a los socios entre sí, o a estos con la sociedad.

Aunque no presenta un concepto unívoco, la ley 19.550 contiene una importante cantidad de normas que se refieren a los intereses

⁷ Decreto N°677/2001.

⁸ MARSILI, MaríaCelia. *Sociedades Comerciales El problema de la tipicidad* Rubinzal Culzoni Editores, 2003, sostiene que "...Una de las cuestiones que se presentan, entre otras es la de la posibilidad, por vía interpretativa, de la extensión de ciertas soluciones del decreto a las denominadas sociedades cerradas y la conveniencia de su incorporación por vía legal. Va de suyo la aspiración de armonización de las soluciones del decreto 677/2001 con la normativa genérica que ofrece la ley 19.550, sobre todo atento a la diversa jerarquía normativa de ambos textos..."

⁹ Para la Real Academia Española, *diferendo* es: diferencia, desacuerdo, discrepancia entre instituciones o Estados en tanto *conflicto* entre varias acepciones es definido como: Problema, cuestión, materia de discusión.

en juego, y que implícitamente están describiendo diferendos o conflictos¹⁰, de naturaleza societaria.

Del análisis y los términos utilizados por el legislador, es posible extraer que se trata de discordancias, interpretaciones diferentes, desinteligencias entre la sociedad y los socios, las que puedan producirse entre estos últimos, como así aquellas que se planteen respecto de los órganos de administración y fiscalización, y la contraposición de intereses individuales frente al interés social.

Es decir que se plantea una contraposición de intereses en el ámbito interno de la sociedad, que requiere ser solucionada por terceros, en tanto las partes comprometidas fracasen para reparar la situación.- Estos terceros pueden ser amigables componedores, árbitros, mediadores o alternativamente el órgano jurisdiccional.

Nuestra Ley de Sociedades Comerciales 19.550 se apartó del régimen anterior establecido en el Código de Comercio cuyo artículo 448 predeterminaba el procedimiento arbitral para decidir las cuestiones sociales entre socios durante la vigencia de la sociedad e incluso en la etapa de liquidación.¹¹

En efecto, las disposiciones contenidas en los arts. 36 a 55 dan cuenta de una orientación que privilegia la actuación de la justicia estatal, en la solución de los conflictos y desavenencias generados en el ámbito interno de la sociedad.

La experiencia recogida no es provechosa, y los procesos en general no llegan a la sentencia, porque su conclusión arriba por medio de acuerdos celebrados extrajudicialmente.

Por otra parte, como ya lo expresáramos, la publicidad que caracteriza al proceso judicial, no es aconsejable en estos casos que deben ser resueltos en un ámbito de confidencialidad, que permita a la empresa continuar con sus actividades normales, sin despertar prevenções innecesarias de los proveedores, clientes e incluso del personal.

Como lo expresáramos en su oportunidad, estos dos elementos son los que nos llevaron a la convicción de que la justicia arbitral debe

¹⁰ En ese sentido, ver los arts. 54, 70, 133, 241, 248, 270 y 271.

¹¹ Cód. Com: 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*".

estar predeterminada normativamente, para la solución de estos problemas¹².

Esta orientación fue adoptada por el Decreto 677/01 para las sociedades que cotizan.

En efecto el art. 38 del Decreto 677, establece como regla general para las sociedades que 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.¹³

El propio ordenamiento, fijó un plazo de seis meses para que las bolsas y mercados que operan en el territorio de la República organizaran sus tribunales arbitrales institucionales, y dictaran sus propios reglamentos, a los fines de entender en los casos de conflictos mencionados en la norma citada, suscitados respecto de sociedades autorizadas a cotizar en cada localidad.

Estos tribunales arbitrales han sido dotados de competencia material en todo conflicto que se refiera a las relaciones de la entidad con sus accionistas e inversores. También intervienen en las divergencias que habiliten la promoción de las acciones societarias previstas por la Ley 19.550 y sus modificaciones. También se extiende a las impugnaciones de las decisiones del directorio o de las asambleas, como así a las acciones de responsabilidad contra los integrantes del directorio y de los órganos de fiscalización y a las divergencias entre accionistas y/o inversores. Igualmente quedan incluidas en el ámbito de la justicia arbitral; las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos.¹⁴

¹² FARHI de MONTALBAN Diana y PLINER, Marta "La solución de los conflictos societarios a través del arbitraje institucional (Derecho Societario y de la Empresa (Fespresa 1992) T^o II pag.481 y ss.; FARHI de MONTALBAN, 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.

¹³ 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..."

¹⁴ MARSILI, ARAYA, FARHI DE MONTALBAN BACQUE, PELAEZ, LUCARELLI MOFFO, DALL ASTA *Mercado de Capitales Régimen de las Emisores* Rubinzal Culzoni 2004, pag. 197 y ss.

De ello se deduce que de acuerdo con el régimen vigente, y más allá de los cuestionamientos de la validez constitucional del Decreto de Transparencia, el arbitraje institucional está predeterminado para la solución de conflictos respecto de las sociedades que cotizan.

Ahora bien, el Anteproyecto de Reformas a dicho plexo normativo, propone la modificación del texto actual del artículo 15¹⁵ en el

¹⁵ En efecto, el art. 9 del Anteproyecto citado expresa: **ARTÍCULO 9°.- Sustitúyese el artículo 15 de la Ley N° 19.550 (t.o. por Decreto N° 841/84) por el siguiente:**

"ARTÍCULO 15.- Procedimiento. Arbitraje. Cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de la acción judicial, ésta se sustanciará por el procedimiento más abreviado compatible con las características del litigio. En ningún caso queda sujeta a previos procedimientos alternativos de solución de conflictos, a menos que estén dispuestos por el acto constitutivo o estatuto.

Cláusulas compromisorias. Los contratos sociales o estatutos pueden incluir cláusulas que sometan los diferendos entre los socios o entre éstos y la sociedad al arbitraje o a la amigable composición.

Valuaciones. Arbitraje pericial. Salvo que el contrato o estatuto prevea otras reglas, las controversias a que den lugar las valuaciones de participaciones sociales, cuotas o acciones se resolverán por árbitros peritos. En tal caso quien impugne el precio atribuido por la otra parte, deberá expresar el que considere ajustado a la realidad.

Pero no estará obligado a pagar uno mayor que el afirmado por la contraparte, ni ésta a cobrar uno inferior al aseverado por el impugnante. Las costas del procedimiento estarán a cargo de la parte que pretendió el precio más distante del fijado por la tasación arbitral.

Arbitraje en las sociedades que cotizan en bolsas o mercados. Las sociedades cuyas acciones u otros valores negociables coticen en bolsas de comercio o mercados de valores, quedan obligatoriamente sometidas a la jurisdicción de los tribunales arbitrales permanentes organizados por dichas entidades, respecto de todas las acciones derivadas de esta ley contra las sociedades o los integrantes de sus órganos, como también respecto de las acciones derivadas de otras leyes que rijan la emisión de los valores negociables cotizados y los derechos de sus titulares.

Quedan asimismo sometidas a este arbitraje las personas que efectúen oferta pública de adquisición de acciones o valores, respecto de los destinatarios de esas ofertas. Será competente el tribunal arbitral de la entidad que hubiese autorizado la cotización de la respectiva especie en los términos de los artículos 30 y 31 de la Ley N° 17.811 y, si hubiere más de una, el tribunal arbitral que hubiese estipulado la sociedad en las condiciones de emisión o, en su defecto, se aplicará el principio de prevención".

Lo dispuesto en el párrafo anterior no es aplicable a las sociedades constituidas en el extranjero respecto de las acciones derivadas de las leyes que rijan su existencia y forma, incluidas las acciones de nulidad de disposiciones estatutarias o reglamentarias y de resoluciones sociales, así como las de responsabilidad social contra los integrantes de sus órganos y sus accionistas.

Queda a salvo la aceptación de la jurisdicción arbitral por dichas sociedades.

Los accionistas e inversores en conflicto con la sociedad o con los integrantes de sus órganos, así como los destinatarios de la oferta pública pueden optar por la jurisdicción de los tribunales judiciales. En los casos de litis consorcio necesario, la acumulación se efectuará en el tribunal judicial o arbitral ante el cual se hubieren presentado mayor número de demandantes y en caso de igualdad se regirá por el principio de prevención".

cual si bien no predetermina la jurisdicción arbitra, admite la validez de la cláusula compromisoria y establece distintos supuestos que es necesario analizar.

La remisión a dicha cláusula debería ser suprimida, toda vez que siempre ha estado disponible para que los socios la incluyeran en los contratos y estatutos sociales.

En la Exposición de Motivos y con expresa referencia a esta reforma se expresa:

En consonancia con la creciente difusión del arbitraje como medio privilegiado para la solución de los conflictos societarios que reconoce seculares raíces en nuestro derecho se ha establecido una amplia disciplina de su aplicabilidad art. 15 en el marco de la autonomía privada así como de su obligatoriedad en los casos ya dispuestos por el decreto delegado 677/01.

A pesar de ello, en el Anteproyecto la reforma del art. 15 de la ley 19550, sienta un principio general que impone la intervención de los tribunales judiciales y descarta al proceso de mediación previa en las acciones que se inicien, cuyo trámite será sustanciado por la vía más breve que prevean los códigos procesales locales, que lógicamente sea compatible con la acción intentada.

De esa manera la regulación general opta por la actividad jurisdiccional en la solución de los conflictos que nos ocupan, si bien luego admite como alternativas a opción de los socios, la amigable composición o la jurisdicción arbitral, siempre y cuando la cláusula compromisoria haya sido prevista en el contrato o estatuto.

En lo que respecta a las sociedades abiertas, se mantiene el arbitraje impuesto para la sociedad, con excepción de los accionistas o inversores que pueden optar por la vía judicial.

El Ante-Proyecto ha conservado la diferencia de tratamiento entre sociedades que cotizan y las que no lo hacen, que se había originado en forma indirecta, en las reformas introducidas por el Decreto 677/01.

Solo a los fines de la valoración de las participaciones sociales, cuota-partes o acciones, se ha previsto una alternativa que es la del arbitraje pericial, si bien admitiendo que el contrato social permita apartarse de ese procedimiento.

Ahora bien, debemos reconocer que estos medios alternativos de solución, todavía no se han arraigado con fuerza entre nosotros, siendo necesaria una importante tarea de difusión para su instalación definitiva.

De ahí que su predeterminación en el ordenamiento societario, se conciba como un elemento importante en su utilización.

El derecho de opción por la intervención de los tribunales judiciales, podrá estar disponible, cuando haya sido expresamente acordado en el contrato social, con lo cual se respeta la autonomía de la voluntad de las partes.

No ignoramos que la jurisprudencia de nuestros tribunales en general ha sido remisa en reconocer la viabilidad amplia de estas alternativas de solución.

En ese sentido, como lo afirman Morello y Kaminker tanto la clase forense argentina como los propios jueces, han sido tradicionalmente hostiles al arbitraje mirándolo con desconfianza y considerando en su época que las ventajas de la herramienta del art. 448 del Código de Comercio, quedaban eclipsadas ante la confianza, eficiencia y buen andar de la Justicia comercial, que con seguridad jurídica y tiempos decorosamente razonables daban respuesta apropiada.¹⁶

Un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia presenta estas características, y declaró la nulidad del laudo arbitral considerando que no se había adecuado en forma estricta a las cuestiones incluidas en el compromiso aún cuando las partes habían establecido expresamente que la sentencia arbitral sería definitiva e inapelable.¹⁷

Por su parte, la doctrina en general, se ha pronunciado a favor de esta vía de solución de conflictos.¹⁸

¹⁶ MORELLO- KAMINKER "Contribución a la reforma del juicio arbitral" ED 173-883 y ss.
¹⁷ AUTOS : JOSE CARTELLONE CONSTRUCCIONES CIVILES S.A. C/HIDROELECTRICA NORPATAGONICA S.A. O HIDRONOR S.A. S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO. Sentencia del 01.06.04 . Esta misma orientación fue expresada por el Procurador General en dictamen producido el 09.03.04 en una acción de cobro por sumas de dinero promovida por Basf Argentina S.A. c/Capdevielle, Kay y Cia S.A., ante la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires donde se planteó un conflicto de competencia entre el órgano arbitral y el Juzgado Nacional de Comercio N°6, pronunciándose a favor de la participación de este último.

¹⁸ "Cuestiones no judiciales en el ámbito societario" Musacchio de Rey y Rubín; "Conflicto societario" Cordero-Antelo-García Fejera-Schlossberg, Sadler; Derecho Societario y de la Empresa II- pags. 298 y 301 respectivamente.- "Nuevo régimen legal del arbitraje para con-

Podemos agregar que es justamente en la materia societaria, para la cual los valores de confidencialidad, rapidez y economía coordinados con las técnicas jurídicas adecuadas a la practicidad de los negocios son indispensables, donde se advierte con mayor énfasis, que el arbitraje tiene un futuro promisorio en todo lo que se refiera a la solución de sus conflictos internos¹⁹.

En Ante-Proyecto que comentamos, sin duda presenta un avance importante, en orden al reconocimiento de estos medios alternativos, como vías idóneas para la solución de conflictos intra societarios.

Empero, podría perfeccionarse la introducción del instituto, predeterminándose su aplicación, sin perjuicio de reconocer a las partes, el derecho a optar por los procedimientos judiciales, haciendo constar la opción en el contrato social.

Más allá de los tribunales arbitrales con que cuentan las bolsas de comercio y mercados autorregulados, las cámaras y asociaciones que nuclean la actividad de distintos sectores de la producción de bienes y servicios, también cuentan con ellos, que serían los más adecuados para brindar la solución a la luz de una ley de arbitraje moderna y comprensiva de las distintas situaciones que pueden presentarse.

flictos societarios. Pautas de interpretación jurisprudencial. Adopción del régimen arbitral para el Mercosur Kleidermacher Arnoldo; "El arbitraje como solución de conflictos societarios" Casasola Armando; "Conflictos societarios. Procedimientos societarios, administrativos, judiciales y arbitrales. Intervención de terceros" Gulminelli Ricardo Ludovico; "Arbitraje en los conflictos societarios" Belmes, Messino, Zingman de Dominguez; "El arbitraje como alternativa jurisdiccional" Arbones Mariano y "Solución arbitral" Russon-Maldonado Derecho Societario y de la Empresa II pags.397 a 465 respectivamente.

¹⁹ El Anteproyecto de Ley Nacional de Arbitraje Argentina 2001, al referirse a las *materias arbitrables* en el art. 9° tratava en forma expresa la cuestión de las controversias entre sociedades, asociaciones, fundaciones y demás personas jurídicas y sus miembros, socios o asociados y las de estos entre sí, incluyéndolas en la nómina, para todo lo referente a sus acuerdos particulares, el cumplimiento de los estatutos o contratos sociales, nulidad de sus acuerdos, resoluciones o asambleas o relacionadas con las actividades fines u objetos sociales.