

CONSIDERACIÓN DEL ARBITRAJE SOCIETARIO PRIVADO E INSTITUCIONAL A CARGO DE ORGANISMOS DE CONTROL

HUGO ENRIQUE ROSSI

PONENCIA

Se propone que en futuras modificaciones legales (ley 19.550 y ley 22.315 en el orden local de Capital Federal) se instaure, para la solución de conflictos entre socios o de éstos con la sociedad que integran, la actuación obligada de —a opción de las partes contenida en el contrato social, sus modificaciones u otros actos incluidos los parasociales, y/o como derivación de instancias previas de mediación— árbitros privados u organismos de control societario.

FUNDAMENTOS

1. Arbitraje institucional

1) Los organismos o autoridades de contralor societario tienen especialidad en la interpretación y aplicación de disposiciones legales en materia societaria.

A menudo dichas disposiciones guardan vinculación con conflictos que se suscitan en la vida de las sociedades accionarias y no accionarias.

Éstos, si bien repercuten sobre los derechos patrimoniales y políticos de los socios (utilidades, cuota de liquidación, mantenimiento de su participación porcentual, presencia en la administración social), en forma directa e inmediata suelen estar referidos a la interpretación —en orden a su eventual invalidez— y aplicación de las normas legales y estatutarias o contractuales que instrumentalizan la satisfacción de tales derechos, lo cual incluye la actuación de los órganos sociales y la validez de sus resoluciones. Es entonces amplio el campo controversial.

2) Por lo común los organismos de control societario tienen facultades de sustanciación de denuncias vinculadas con el ejercicio de sus funciones de fiscalización.

En el caso de la Inspección General de Justicia, esa facultad resulta del art. 6º, inc. c) de la ley 22.315.

Aunque tales denuncias dan oportunidad a la aplicación del derecho a que se hace referencia, su ámbito es restringido y sus resultados relativamente inoperantes, porque:

a) Quien formula la denuncia no es *parte* (art. 4º, dec. 1493/82), lo que aunque no inhibe su derecho a un pronunciamiento de la Administración limita éste a la satisfacción de un interés legítimo y no de un derecho subjetivo relacionado con su condición de socio y que produzca efectos en ésta.

b) Sólo se sustancian denuncias que promueven el ejercicio de facultades de fiscalización acordadas previamente por la ley (art. 6º, cit.).

c) Se desestiman aquellas que versan sobre derechos subjetivos de los socios entre sí y con respecto a la sociedad por ser hoy su tratamiento de competencia judicial (art. 5º, ley 22.315).

d) Cuando recae resolución administrativa ésta puede declarar la irregularidad o ineficacia de un acto contrario a la ley, el estatuto o reglamento —y que será la base del conflicto— únicamente “a los efectos administrativos”, lo que no constituye una nulidad y virtualmente esteriliza la decisión; salvo que lleve, lo cual ha sido ciertamente inusual, al ejercicio de las facultades del art. 303 L.S.C. (art. 7º, inc. f, ley 22.315 y art. 24 dec. 1493/82) o influya sobre el ulterior ejercicio de la función registral (p. ej. denegar la inscripción en el Registro Público de Comercio de un nombramiento de autoridades o reforma estatutaria resueltos en el acto declarado irregular); que no hace cosa juzgada en conflictos de validez y como opinión especializada sobre una determinada cuestión de derecho de sociedades queda reducida a un principio de prueba con vistas a una eventual controversia judicial posterior (arg. art. 22, dec. 1493/82).

Como se ve, a través de estas restricciones un amplio caudal de experiencia y conocimientos están hoy virtualmente desperdiciados en decisiones administrativas que por lo general aplican correctamente el derecho vigente, pero son de todos modos limitadas, dispendiosas y por lo general inoperantes, pese a las posibilidades ciertas que, en un contexto más relevante, su dictado debería presentar como elemento de solución de conflictos muchas veces importantes en cualquier clase de sociedad regular (y aun irregular, si mediara acuerdo de sus socios).

3) El arbitraje institucional se constituye en un canal alternativo de aprovechamiento de esa experiencia y de mejoramiento de los resultados que la actuación administrativa puede brindar en interés de las sociedades y sus socios y de la comunidad toda, al aportarse un elemento más en favor de la estabilidad —por la reducción de la conflictividad en tiempo y costos— del funcionamiento de las empresas.

Ello se motiva en la modificación que la actuación arbitral impone a los alcances tanto de las controversias como de las decisiones administrativas consecuentes:

a) Por las cuestiones laudables, que trascenderán las que hoy se restringen (art. 5º, ley 22.315, arts. 736 y 737 Cód. Proc. Civ. y Com.).

b) Por los alcances y efectos del laudo arbitral (arts. 754, 760, 761 y 499 Cód. cit.), obviamente mayores que los de las resoluciones administrativas *supra* referidas.

1.2. Algunas pautas para el arbitraje institucional

a) Puede abarcar conflictos en sociedades regulares y no regulares, y dentro de las primeras accionarias y no accionarias, como así también los que pudieren suscitarse entre participantes en contratos de colaboración empresarial.

b) El árbitro *de jure* es el Inspector General de Justicia —o titular del organismo de control societario correspondiente— o un miembro de los cuerpos o departamentos técnicos con actuación en cuestiones societarias registrales y no registrales —inspector de justicia— que sea abogado de la matrícula (art. 22 párr. 2º, ley 22.315). Dichos departamentos deben además intervenir en el procedimiento produciendo los dictámenes y pericias que se les requieran en materia legal y contable, sin perjuicio de la posible actuación de consultores técnicos de las partes.

c) La intervención arbitral del organismo de control debe estar prevista en el contrato social, su modificación u otro instrumento, y debe ser instada por cualquiera de las partes o la administración social —que debería tener facultades específicas en el contrato social u obtenerlas posteriormente— (art. 841, inc. 3º, Cód. Civ.).

La formulación de denuncia (arts. 6º, ley 22.315 y 4º, dec. 1493/82) se tendrá por dicha instancia cuando de sus términos resulte una pretensión cuyo contenido pueda constituir el objeto del posterior compromiso arbitral.

Igualmente la mediación infructuosa podrá habilitar directamente la instancia arbitral cuando ésta estuviere acordada, salvo en el caso en que, por limitaciones en la actuación del mediador privado que hubieren dejado pendientes cuestiones relevantes, a juicio de la autoridad de control sea conveniente procurar proseguir ella misma con la mediación y este temperamento sea consentido por las partes.

d) El procedimiento arbitral será el que apruebe la reglamentación general del organismo de control, que deberá responder a criterios de flexibilidad, simplicidad y economía, y facultar al árbitro tanto a integrar situaciones no previstas como a adaptarlo a las circunstancias del caso; o bien, alcanzado por esas facultades, el acordado por las partes —que podrán hacerlo hasta la oportunidad del compromiso arbitral— o contenido en las estipulaciones contractuales o reglamentarias de la sociedad.

e) Principales atribuciones del árbitro: Las que para el arbitraje privado se esbozan *infra* (punto 2.2., d. y e.).

2. Arbitraje privado

1) A la par del arbitraje institucional debe acogerse la figura del árbitro privado (art. 1197 Cód. Civ.) —también *de jure* por las características de las cuestiones sobre las que recaerá su actuación—, a opción de los socios en la constitución o modificación de la sociedad, o de los sindicatarios en los pactos de sindicación accionaria, y en general en cualquier negocio parasocial.

Ello, que reposa sobre la autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód. Civ.), cuyos alcances deben extenderse a la libre generación de figuras para la solución de conflictos, provee un instrumento más cuya flexibilidad puede adaptarlo a circunstancias diversas.

2) Pueden sugerirse algunos lineamientos básicos (que están lejos de agotar el asunto):

a) El arbitraje puede derivarse de una previa mediación —también privada o institucional— cuando su fracaso obedezca a no poderse ventilar en ella cuestiones de derecho relevantes para fijar concretamente la posición de las partes y acercarlas hasta el acuerdo. En tal caso, cabe al mediador dar por concluida la mediación y comunicarlo a las partes y a quien correspondiere designar al árbitro o a éste mismo si ya estuviere nombrado, o a la autoridad de control societario —si estuviere convenido el arbitraje de ésta— para que comience su actuación con la citación de las partes para el otorgamiento del compromiso arbitral.

b) La inscripción en el Registro Público de Comercio de la constitución o modificación de la sociedad debe ser constitutiva y convalidante en lo relativo a la cláusula arbitral contenida en ella.

Lo mismo cabe propiciar para el reglamento arbitral cuando se inscriba; para ambos casos, por la importancia de los fines del instituto y debido a la valoración jurídica que suponen su obligada precalificación profesional y posterior control de legalidad, que deben ponerlos a cubierto de ulteriores impugnaciones de nulidad de las cláusulas respectivas.

Desde luego cabe recurrir, cuando no se hubiere pactado su arbitraje, y a falta de prohibición, a la aplicación de reglamentos de otras entidades públicas o privadas (colegios profesionales, cámaras de comercio o empresarias), en cuyo caso no será necesaria inscripción alguna.

c) Con la salvedad de no dejarla librada a una sola de las partes en conflicto, la designación del árbitro puede estar predeterminada en el contrato social, o surgir del acuerdo de las partes, o estar delegada al órgano de administración social o a un tercero.

Si no estuviera establecida contractualmente o no se lograra el acuerdo de las partes en plazo perentorio, la facultad de la designación debería pasar automáticamente al órgano de administración o —a solicitud de ésta— a un tercero.

Se trata así de obviar la actual necesidad de la demanda por constitución de tribunal arbitral, que ha venido siendo uno de los factores que desalientan el recurso al arbitraje, por lo que puede ser aceptable cualquier otro mecanismo orientado a ello.

d) Las facultades del árbitro designado deben ser suficientemente amplias en tutela de la buena fe que deben mantener quienes se sometieran con anterioridad a esa jurisdicción, y de la efectiva realización del procedimiento.

e) Las mismas debieran por tanto comprender:

- Suplir a la parte renuente en el compromiso arbitral, otorgándolo por ella y fijando los puntos de controversia de conformidad con las pretensiones de la contraria que estime pertinentes, e integrándolos con aquellos que estime conducentes en función de las circunstancias del caso y de la necesidad de una decisión cuyo cumplimiento o ejecución concluya efectivamente el conflicto.
- Fijar el procedimiento aplicable si no hubiese sido preestablecido por las partes o si —con anterioridad a la controversia— no fuere parte del contrato social o el reglamento.
En este último caso, como se dijo, su inscripción en el Registro Público de Comercio debe reputarse proveedora de efectos constitutivos u homologatorios —a diferencia de los alcances generalmente declarativos o presuntivos de la validez de su contenido que tienen otras registraciones.
- Adecuar ese procedimiento preestablecido, cuando lo hubiere, a las circunstancias del litigio en beneficio de su celeridad, economía de formas y trámites y costos causídicos. Obviamente tal adecuación se hará durante la causa y sin alterar el equilibrio entre las partes, y no requerirá como es lógico ninguna inscripción. Con excepción de este caso —por el carácter *de jure* del árbitro—, el de los reglamentos arbitrales inscriptos —por su valoración jurídica anterior a esa inscripción— y el de aquellos de entidades profesionales o empresarias que puedan utilizarse, los restantes reglamentos deberían ser objeto de homologación judicial como ocurre con otros actos (convenios de desocupación en materia de locaciones, acuerdos conciliatorios en juicio, acuerdos preventivos judiciales —y extrajudiciales en la nueva ley 24.522—), limitada a verificar la correcta observancia de la igualdad procesal entre las partes, excepto que de su texto resulte, conformada por éste, la intervención en su preparación de un abogado de la matrícula.
- Tramitar la causa arbitral en rebeldía.

3. Alcances de la obligatoriedad del arbitraje

1) El arbitraje —privado o institucional— debería ser un recurso obligatorio por las razones que en general vienen siendo dadas en favor de la admisión de medios alternativos de solución de controversias.

También parece razonable concebirlo así, desde que ello busca prevenir o aminorar un acceso irracional a la justicia —cuyos costos recaen en definitiva sobre la sociedad— a través del ejercicio disfuncional de la garantía constitucional que lo ampara, de lo cual ya se tiene cierta experiencia a poco de analizar la composición de las causas judiciales y advertir su innegable peso obstaculizante de una labor tribunalicia más acorde con las pretensiones de los litigantes.

2) Tal obligatoriedad debe sin embargo resultar de la voluntad de las partes cristalizada en la cláusula compromisoria.

No puede ser *ex lege*, a diferencia de la mediación —v. art. 1º de un reciente proyecto de Ley de Conciliación y Mediación con media sanción del Senado el 29/3/95—, ya que ésta procura eliminar la necesidad de iniciar o continuar una acción judicial, es decir, implica la exclusión de la jurisdicción, en tanto el arbitraje constituye un modo diferente de actuarla.

La simplificación de su trámite, la posibilidad de reglamentar y aun acordar procedimientos para ello en tanto no vulneren garantías constitucionales, concurren paradójicamente a la imposición de formas más acordes con el interés general en la reducción del conflicto, inscripto en el más amplio de relajar las tensiones de la sociedad, y que al mismo tiempo satisfacen de manera más acabada la visión esencialmente privada de la vida —la aspiración de *vie a la carte*, según la caracteriza un filósofo francés— de que se nutre el hombre posmoderno. Asistiremos a una disminución de la justicia propiamente pública, que en la posmodernidad responde a la tendencia general hacia la absorción de lo institucional público en lo privado, y que determinará progresivamente que aquella justicia sea en verdad trascendente confinada en el juzgamiento de cuestiones de interés público e importancia para la comunidad o partes de ésta globalmente consideradas.

El conflicto seguirá siendo sin duda una realidad humana, pero la evolución hacia formas de reducirlo es el proceso de una necesidad de la cultura dominante que no marca tan sólo hoy un punto de inflexión en la educación misma en el conflicto que ha formado al hombre moderno —y que es el determinante de esa obligatoriedad paradójica de que hablamos— sino que acelerará el desarrollo de otros medios aun más privados y flexibles.