

EL ARBITRAJE COMO SOLUCION DE CONFLICTOS SOCIETARIOS

Armando A. J. Casasola

INTRODUCCIÓN

Si nos detenemos en considerar un simple interrogante relativo a si, el arbitraje, ¿es medio idóneo como para resolver posibles conflictos societarios?

Nos encontramos con una realidad coyuntural, que la actual formulación de la ley de sociedades no contempla en forma específica tal posible solución.

Circunstancia que reglamentariamente se halló prevista en la preceptiva del Código de Comercio derogado al sancionarse la ley 19.550.

Ahora bien, ¿subsiste el espíritu de tal instituto en la actual normativa de la ley societaria?; ¿es válido que los socios puedan proyectar su inclusión dentro de la normativa contractual que emerge de la regulación instrumental del negocio jurídico societario?

Esto interrogantes son los que se trataran de desentrañar en éste ensayo, por el cual se propugna las ventajas comparativas de la utilización del presente medio para la solución de los diferentes conflictos que se pudieren suscitar en el ámbito societario.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

En la mayoría de las normas de regulación del derecho procesal provincial y aún en el propio Código de Procedimientos de la Nación, se reglamenta el sistema de implementar y aplicar el instituto del arbitraje.

Es innegable que la tradición en la formación académica torna recelosa su receptividad y más aún su aplicación para un sinnúmero de supuestos del quehacer cotidiano de la realidad mercantil.

Pero no podemos soslayar la situación en que suelen verse inmersas normalmente la causas judiciales en que el volumen y cantidad conspiran contra el principio de celeridad, economía y justicia ágil, segura y acorde a las necesidades del momento.

A más, que la situación a que se suelen ver expuestas no pocas veces las sociedades al someterse a un proceso judicial, en el que debe tener que ventilar determinados aspectos de su quehacer operativo, o aún administrativo, cuando no expuesta a revelar contratos o términos de operaciones que desean preferir mantener en adecuada reserva como para no dar ventajas a la competencia. Vgr. poder llegar a revelar cuestiones de tecnología, contratos o fórmulas o procedimientos de técnica funcional o de aplicación de ellas, que no siempre se pueden garantizar que se puedan mantener con la suficiente reserva en la esfera del debate procedimental del proceso judicial.

Cuestión entre socios, por beneficios o utilidades, derechos y obligaciones, derecho de información, o conflictos entre distintas porciones de capital que participan en la sociedad, o conflictos entre socios y administradores. Conflictos entre distintos grupos de socios, etc.

La incertidumbre a que se ve expuesta la propia sociedad o sus socios como efecto y consecuencia de las vicisitudes del proceso judicial, crean aprehensiones, dudas y hasta dificultades al normal desenvolvimiento de la sociedad.

Por ello es que es necesario que se visualice la conveniencia del instituto que permite dirimir los conflictos societarios a través del arbitraje. Con no pocas ventajas en cuanto a la mentada reserva, discreción, ausencia de riesgos a los intereses societarios y empresarios, presteza en la solución de la cuestión y economía, en el sentido de ahorro a la hora de solucionar la cuestión.

Es innegable que la duración normal de un proceso connota un costo-beneficio muy significativo frente a la cierta inmediatez y prontitud que el arbitraje abona en la solución del problema. Las relaciones entre ambos aspectos de costo-beneficio, redundan incuestionablemente en favor del instituto que se propugna.

La calidad del método de arbitraje elegido impone una normal prudencia en la selección del árbitro o árbitros, que naturalmente que tienen una significativa incidencia en cuanto a la finiquitación de la cuestión motivante del conflicto. Pero no es menos incierta la calidad de los mismos con relación a los riesgos ciertos que el servicio de justicia puede brindar.

ANTECEDENTES

Tal como se expusiera en el sumario, el Código de Comercio, preveía en los arts. 448 y 449, en forma expresa que para la solución de los posibles conflictos societarios durante la vigencia de ella, su liquidación o partición o cuestión entre los socios, serán decididas por jueces arbitradores.

Repito que si bien la ley vigente de sociedades no contiene un enunciado específico sobre el tópico, no trasunta en una imposibilidad la adopción del

mecanismo con base en el principio de la autonomía de la voluntad.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Es incuestionable que el régimen societario argentino reposa en un pilar básico que se halla en franco proceso de revalorización, cual es el sentado por el art. 19 CN, que consagra el principio de la autonomía de la voluntad.

Más aún, la propia ley civil en el art. 1197 consagra tal principio.

La sociedad en su faz genética constitucional es obvio que se base en la voluntad querida por los propios componentes de la persona jurídica que crean, porque de contrario, el legislador al elaborar el texto de la ley hubiera proyectado de otro modo el régimen de la sociedad.

Dinámica del propio art. 1º de la ley de sociedades que la persona jurídica que surge por voluntad de los socios es un contrato y en el cual ellos tienen libre posibilidad de su configuración.

Así la ley con el solo respeto de lo que fija en punto al tipo, como marco de seguridad en una concepción tradicional, permite que los propios partícipes sean los que configuren y estipulen sus derechos y obligaciones, forma de organizar la administración, toma de decisiones, disolución, liquidación, etc.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de expresar que: "La diferencia entre la sociedad y otros contratos, surge de advertir en el convenio que se celebra, los caracteres esenciales del contrato de sociedad; ellos han sido enumerados, en general, en el art. 1º LSC pero el rasgo sobresaliente, lo constituye la formación de un fondo autónomo de imputación jurídica diferenciada, que adquiere la calidad de sujeto de derecho: art. 2º" (CNCom, A, 27-3-81 -Simón, Ladilao c. Tibor Ervin Garamvolgyi".

El negocio jurídico está íntimamente ligado a la autonomía privada. Como consecuencia de ello, el deslinde entre esta última y el ordenamiento preceptivo constituye la médula en torno a la cual gira el problema de la regulación de los propios intereses como expresión de la voluntad. El llamado "dogma de la voluntad" plantea la omnipotencia del "querer" individual (la cual de hecho, en el fuero interno de la conciencia no encuentra límites extrínsecos), pero no son pocas las restricciones que éste sufre, ni despreciables las reglas que han "normativizado" numerosos aspectos de las relaciones jurídicas y aun de las manifestaciones unilaterales (*negocios jurídicos unilaterales*), por lo que la autonomía volitiva sólo cuenta con ámbitos legales *tipificados* para elegir, pero cuyos efectos no puede determinar pues han sido establecidos de modo abstracto y genérico por el ordenamiento, prescindiendo de los singulares matices con que cada caso se presenta. El negocio se presenta así como categoría lógica, no legal, pues todavía permanece

extraño al lenguaje legislativo (Stolfi, Giuseppe, Teoría del negocio jurídico, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, Tras. por Jaime Santos Brinz). Los jusnaturalistas alemanes le dieron vida hacia fines del siglo XVIII y fue recogida de inmediato por padectistas. A comienzos de este siglo los autores italianos lo retoman como centro vital de sus investigaciones, produciendo en consecuencia una brillante serie de elaboraciones jurídicas que enriquecen su panorama general y los aspectos particulares del mismo. Ante ello los interesados sólo pueden disponer con sus manifestaciones de voluntad de sus derecho subjetivos, y en realidad sólo de éstos disponen, aún cuando no se limiten a disciplinar un caso concreto y actual, sino en abstracto, los eventuales casos futuros, como ocurre, por ejemplo, en los estatutos de las personas jurídicas, los cuales corrientemente adoptan fórmulas similares a las legales, pero que en su esencia no son leyes, ya que se fundan en la voluntad de los interesados y, por consiguientes, sólo a ellos obligan (así Stolfi, ob. cit.).

Al ordenamiento cualquiera que sea, le incumbe declarar si los actos son o no válidos y en que límites lo son; al ordenamiento estatal se debe recurrir en caso de incumplimiento para imponer coactivamente el respeto al vínculo establecido.

Por consiguiente la norma constituye el criterio para enjuiciar la acción y suministra, además un medio de coacción (Stolfi, ob. cit.). Dada la relación que un acto cualquiera provoca entre la voluntad y la norma, entendida la primera como la causa y la segunda como el reconocimiento del efecto querido, los términos de la comparación necesaria entre lo que es y lo que debería ser lo constituye la validez de la autonomía de la voluntad en la medida en que es reconocida por el ordenamiento.

"Es el acto de autonomía privada reconocido por el derecho como productor del nacimiento, modificación o extensión de relaciones jurídicas entre particular y particular" (Betti, Emilio, Teoría General del negocio jurídico, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, tras. y concordancias con el derecho español por Martín Pérez).

"El negocio jurídico es el acto con el que el particular regula por si mismo los propios intereses en la relaciones con otros actos: acto en el cual el derecho reúne los efectos más conformes con la función económico-social, que caracteriza el tipo" (Candian, Aurelio, Institucionales de derecho privado, Ed. Uthea, México, 1961, trad. de la 2ª ed. italiana por Blanca P. L. de Caballero, revisada por Alvaro Pascual Leone).

En la teoría de los actos jurídicos en sentido amplio ha jugado un papel fundamental la autonomía de la voluntad. Dentro de ella, el negocio jurídico ha consagrado al contrato como la más importante de sus especies. Y el contrato se ha basado, precisamente, en la autonomía de la voluntad. Con el desarrollo de las

funciones del Estado, ésta ha ido cediendo poco a poco a la regulación legislativa, cuyas normas han ido avanzando a costa de la soberanía volitiva, al punto de que *la crisis del contrato, la crisis de la autonomía de la voluntad*, forman parte común del lenguaje jurídico de nuestros días. Pocas veces, sin embargo, se ha hecho referencia a que en materia societaria, la consagración de los "tipos" ha dejado desde la misma época de la sanción del Código Napoleónico de 1808 muy estrecho margen al poder de disposición de los propios intereses en la sociedades mercantiles. En nuestro país ha regido desde mucho antes de la sanción de la ley 19550, el principio de la tipicidad, vgr. ley 11645 en su art. 1º; pero realmente el texto de la actual ley es el que se encargó de sistematizar integralmente la elaboración doctrinaria que cuajó en la norma reguladora de las sociedades. Las normas del Código de Comercio y del Código Civil, que establecen sobre que materias está vedado contratar y sobre cuales está permitido hacerlo, han fijado los límites dentro de los que la relativa autonomía de la voluntad puede moverse, sin mucha comodidad que digamos. Y si el acto jurídico ha sido clasificado en subespecies, cuyos efectos en cuanto a los primeros están determinados en las normas positivas, ¿sería acaso una irreverencia hacia los tantos autores que se han ocupado de la naturaleza jurídica de la sociedad, sostener que ella es la del acto en sentido estricto, con los márgenes de libertad que se permite pactar a los contrayentes, creando una nueva figura entre ambas subespecies del *acto jurídico*?. (Así Scheinfeld M. - Estudios sobre Sociedades Comerciales - Rosario, 1971). En consecuencia, es apreciable que desde la lógica el sujeto de derecho que surge, es producto de la voluntad manifestada por los socios y como tiene un régimen legal propio adecuado a las directivas de la reglamentación de la ley de sociedades, nos permite visualizar la directa incidencia de éste principio en su constitución y delineación del contenido del contrato social. Ello para que tal sujeto de derecho, alcance la adecuada estructura de persona jurídica y como tal pueda adquirir derechos y contraer obligaciones. Para ello actúa como centro de intereses propios, con normas de imputación propias, y es, a la postre, un ente que se desenvuelve en la esfera de su capacidad contratando con terceros.

Es por ello de la necesaria revalorización del principio en cuestión como modo de admitir que para la solución de los posibles conflictos societarios, los socios contemplen la fórmula del arbitraje al constituir la sociedad o luego de constituida mediante acto expreso y especial al efecto que se adoptará de acuerdo al tipo societario respectivo como para que goce de validez ante la hipótesis de su aplicación.

ORDEN PÚBLICO

Este instituto que analizaremos en éste acápite nos permitirá elucidar el

correcto encuadre de la temática en el cuanto a la ley de sociedades. Son dos términos que califican a numerosas instituciones del derecho y que nos impregna la realidad jurídica. Pero el tema es si existe el mismo en el marco societario y si éste a su vez, tiene colisión con la autonomía de la voluntad. Y aún, que incidencia tendría en el contexto de el conflicto societario.

Para poder encuadrar el tema, debemos remontarnos al análisis de las normas que regulan a los contratos. Encontrando en la doctrina a tres tipos de ellas, a) imperativas, b) dispositivas e c) interpretativas. Correspondiendo a las primeras -imperativas- como las propiamente dichas del orden público, obligatorias entendiéndose por tales, a aquellas dentro de las cuales debe desenvolverse, sin ultrapasar sus límites, la autonomía de la voluntad, vgr. art. 21 CC (las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres). En tanto que las segundas, -dispositivas- son previstas por el legislador para el caso de que los contratantes no hubieran establecido la regulación de una situación determinada. Pueden ser omitidas por las partes, para ello la ley cubre la omisión. En cuanto a las terceras, son las normas aclaratorias, cuyo objeto es fijar el alcance de la voluntad de los particulares; precisar, los que se ha querido expresar al contratar. (Así, Spota, Alberto G. - Contratos - Vol. I -II - par. 22 y ss. Depalma).

Expresa éste autor que la noción de orden público, está referida a ámbitos disímiles y que la doctrina se ha encontrado con dificultades para delinear su concepto y que es problemática su configuración, hallando a diferentes concepciones como vagas e imprecisas. Aspecto en el que coincido.

En abono de ésta tesis es que la jurisprudencia ha tenido ocasión de evaluar la cuestión y sostener como doctrina que: "el orden público no es susceptible de una definición; es un concepto superior que limita la autonomía de la voluntad de las partes cuando las bases en las que se apoya la organización de la sociedad a que se refiere, resultan comprometidas, y se vincula sustancialmente al estado de equilibrio, de paz social y de justicia, al que deben acomodarse las leyes y los actos de los particulares" (CNCom. D, agosto, 23- 982; ED, 103-437).

El ámbito en el cual se desenvuelve la sociedad no solo es el propio del orden jurídico, sino que también el orden económico, ambos son públicos, uno apunta a la libertad e igualdad jurídica en tanto que el otro refiere a evitar el desequilibrio económico-social y evitar que el contrato se convierta en un instrumento de explotación del hombre por el hombre. Tiende a ser un instrumento de colaboración social. Esta íntima relación es que no puede priorizarse a un orden por sobre otro. Sino que debe enlazarse a ambos en una adecuada armonía. Para los socios, faz interna, la sociedad es un contrato, mientras que en su faz externa es una persona

Si bien Fargosi, en conferencia pronuncia el 24 de Octubre de 1989 sobre el

Concepto de Sociedad en el Derecho Moderno en Buenos Aires - Temas de Derecho Societario, Dist. Abeledo- Perrot, sostuvo que: "la ley de sociedades no tiene ninguna norma de orden público; es una ley que regula relaciones de contenido patrimonial y no otra cosa que relaciones de contenido patrimonial"; merece una aclaración, en principio es correcta su postura, pero la ley al regular el régimen de las sociedades a partir de la tipicidad consagra un régimen de orden público, bajo norma de carácter imperativo, como tal que los celebrantes del contrato de sociedad no pueden soslayar o eludir. A más determinadas estructuras son inderogables por las partes, como derecho reconocidos a los socios: al receso, al dividendo o ganancias o beneficios, a soportación de pérdidas, etc. .

Pero en lo que si no hay orden público, es en cuanto a la libertad de configurar el contrato adecuado al tipo y respetando la forma instrumental que pauta la ley. En consecuencia, para el fin que se efectúa éste análisis es que no hallamos obstáculo en sustentar que para la solución de los conflictos societarios por vía del arbitraje el orden público sea un vallado; porque lo que se pretende remediar es un conflicto que afecta al desenvolvimiento del sujeto de derecho y allí la autonomía de la voluntad juega en plenitud sin reparo ya que lo que está en juego son intereses de carácter patrimonial, como tal perfectamente transables, lo que torna viable la composición de intereses a través del medio indicado. Ello a la luz que tales normas son del tipo dispositivas o interpretativas. Las normas imperativas o indisponibles son las indicadas, relativas al tipo y forma, pero no otras, como es la elección del medio para resolver un conflicto de intereses particulares. Por tanto es viable.

ARBITRAJE: CARACTEROLOGÍA

Como tal es una fórmula excluyente del proceso público, configura una institución compleja predominantemente procedimental, cuyo objeto es resolver en el ámbito privado los litigios jurídicos (Briseño- Sierra Humberto -Arbitraje Nacional e Internacional-Rubinzal Culzoni, 1, p.25 y ss.).

En los orígenes del comercio como rama autónoma del derecho, los propios mercaderes elaboraron al derecho y la solución de sus conflictos a través de la composición de los intereses mediante la actuación de jueces designados por ellos mismos que actuaban en forma equivalente a lo que hoy es el instituto en análisis. Puede hallarse un interesante antecedente de la solución de conflictos por aplicación del arbitraje en ello. Por efecto que el Señor Feudal y aún el propio Estado no había reparado en la importancia que la actividad mercantil tenía.-Para ello es factible la consulta de cualquier bibliografía específica sobre Derecho Comercial para ilustrar sobre el tema. Pero la importancia que a alcanzado el tráfico mercantil y la evolución del derecho comercial, ha revalorizado el instituto,

hallando la doctrina una complejidad como consecuencia de la comparación con figuras sustantivas o procesales conocidas y contenidas en los cuerpos procesales.

A diferencia del proceso estatal, el arbitraje, es una fórmula convencional, que puede anticiparse al conflicto o simplemente resultar un instrumento previsto que tendrá aplicación una vez presentado el conflicto. Es excluyente del proceso público, al grado que dentro de este último se le puede hacer valer las excepciones procesales conocidas (u otras: incompetencia e impedimentos del juzgador, incapacidad y falta de representación de las partes, litispendencia y cosa juzgada).

El proyecto de ley nacional de arbitraje, expresa en el art. 1º apartado a) "Los arbitrajes de controversias cuyo conocimiento correspondería a los jueces nacionales o federales de no haberse pactado el arbitraje".

Delimitando en el art. 3º la jurisdicción judicial, como: "para entender en todas las cuestiones vinculadas con esta ley corresponden a los jueces de la nación que hubieran tenido competencia en caso de no haber existido un acuerdo arbitral".

Agregando el art. 4º a) En esta ley, salvo que el contexto requiera lo contrario, la expresión *acuerdo arbitral* comprende a la cláusula arbitral.

b) Las disposiciones de esta ley se aplican a aquellos casos en que en un acuerdo escrito se hubiera convenido resolver por arbitraje ciertas dispuestas, diferencias o controversias. En el art. 5 se dispone: La cláusula arbitral es separable e independiente del contrato que la contiene. Mientras que en el art. 6 se reglamenta la asistencia que los jueces deben prestar, absteniéndose de declarar su competencia existiendo cláusula arbitral para dirimir disputas, diferencias o controversias, así como los obliga a prestar la cooperación necesaria y la adopción de medidas conservatorias ordenadas por los árbitros y hasta medidas cautelares. Pero lo trascendente es el objeto que establece el art. 9º, cuando dispone que pueden someterse a arbitraje "todas las cuestiones justiciables que pueden ser transadas sin intervención judicial". No cierra la instancia judicial, sino que la mediatiza en función de asegurar el debido derecho de defensa y el ajuste al debido proceso. Valorizando el instituto, en una palabra. Proyecta también el arbitraje institucional y las reglas a las que tiene ajustarse el funcionamiento del instituto.

Lo específico que es la materia societaria es relativa a derecho privado, como tal es resorte de los intereses de los propios interesados, sean socios o la propia sociedad. Como tal son transables en los términos comunes del derecho privado. Por lo que son susceptibles de ser sometidas al régimen del arbitraje.

Debemos hacer una referencia innegable a los antecedentes que sobre el particular existen en cuanto a Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, cuya experiencia es notoria al haber decidido en numerosos casos de sociedades o grupos de sociedades por éste medio.

Así como la interpretación que llegó a efectuar sobre Derecho Comunitario.

como el art. 85 del Tratado de Roma, CEE, in re Laudo nº 2811/1978 - en Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, compilado en 1979, p. 227. Lo que nos revela la importancia dada al tema y la transcendencia para la buena marcha de los negocios.

En la hora actual, en la que nos encontramos inmersos en el marco de la implementación del Mercosur, obvio es que se nos imponga la necesidad de contar con instrumentos idóneos para la solución de los posibles conflictos que pudieran suscitarse como consecuencia del proceso de integración a fin de brindar un marco de seguridad y justicia no solo a los operadores, sino que también a los agentes económicos. Por lo que la hora demanda la impronta de la toma de conciencia y exigen la aplicación del medio de solución de conflictos de un modo satisfactorio a los intereses de las partes en juego.

El arbitraje tiene un origen netamente contractual, pero con efectos que trascienden a la esfera procesal. Se crea una instancia de jurisdicción convencional.

A través de ese acuerdo voluntario se pretenden dirimir cuestiones suscitadas que trata de dar solución al litigio. Pero no es equivalente a una transacción, porque éste importa un abandono recíproco de derechos, con lo que renuncian a ciertas ventajas o prestaciones esperadas a través de la cual ponen fin a un conflicto existente. En tanto que a través del arbitraje se trata de obtener un laudo que acoja todas o algunas de las pretensiones y derechos de una de las partes. Además que la eficacia del laudo es poner fin al problema suscitado con alcances para las partes por medio de la sentencia arbitral.

Las ventajas que se aprecian, son mayor especialidad, mayor garantía en la decisión, deseo de no dar publicidad a las divergencias y celeridad frente a la lentitud del proceso ordinario. Así como economicidad.

No olvidemos que el contrato de sociedad, respecto de las relaciones de los socios entre sí, presenta una faz moral especialísima, así Siburu (Código de Comercio), porque lo que resalta la preeminencia de la voluntad, ya que al decir del autor citado, crea un vínculo simpático, en el que las partes tienen un interés común y no contrario. Por lo que siendo un contrato particular respecto de los demás contratos, es pertinente que para dirimir conflictos de interpretación o aplicación es viable el instituto del arbitraje.

CONCLUSIONES

* De acuerdo a lo analizado, la ausencia de previsión en el texto legal sobre el modo de dirimir un conflicto societario no es impedimento para la utilización del arbitraje. No hay norma que lo invalide.

* Para ello es factible su inclusión como cláusula del contrato o bien como

convenio ulterior a la celebración del contrato en función que se aplica en plenitud el principio de la autonomía de la voluntad.

* La solución de un conflicto societario no colisiona con ninguna norma de carácter inderogable o imperativa, en tanto y cuanto que un modo de atender a la preservación de la solución de un litigio suscitado.

* No afecta al régimen procesal vigente, ya que la materia societaria es catalogable como prevista dentro del marco de las materias del derecho privado, como tal susceptible de transacción, sin intervención judicial.

* Además que el laudo arbitral que se emita es susceptible de revisión en instancia judicial, con lo cual se asegura el derecho de defensa.

* Es válida su aplicación no solo para dirimir conflictos entre socios y la sociedad, sino que también entre sociedades vinculadas o controladas o aún en la hipótesis de contratos de colaboración empresaria o en casos de grupos de sociedades y para cualquier hecho, acto, contrato relativo al régimen societario.

* Es pertinente que en un futuro si se modifica la ley de sociedades se contemple la inclusión del instituto como alternativa idónea para la solución de aquellos conflictos que se presentaren dentro de la sociedad en forma equivalente a lo que reglamentaba el Código de Comercio.

Rosario, Mayo de 1992.