

## **MEDIACIÓN OBLIGATORIA EN CONFLICTOS SOCIETARIOS**

HUGO ENRIQUE ROSSI

### **PONENCIA**

Se propone la sanción de disposiciones legales y reglamentarias que con carácter obligatorio y previo a cualquier instancia arbitral o judicial, instituyan la mediación intrasocietaria y/o institucional en conflictos de los socios de una sociedad comercial entre sí o con respecto a ella.

### **FUNDAMENTOS**

1) La conservación de la empresa constituye uno de los principios informantes del moderno derecho comercial. Resulta apropiado a su mayor efectividad extender el ámbito de aplicación del mismo.

2) Los conflictos que se producen en la vida de las sociedades son potencialmente lesivos de la subsistencia normal de las empresas de las cuales éstas deben constituir instrumentos jurídicos, y comprometen tanto su funcionamiento actual como perspectivas de desarrollo normal y sostenido.

Cabe incluir en la esfera de dichos conflictos tanto los que se producen entre los socios —pero derivados o por razón de su condición de tales— como los que se dan entre ellos y la propia sociedad que integran.

Resulta de la mayor importancia advertir que para el mejor futuro de las organizaciones es esencial que se desarrolle en éstas y en el medio socio-económico en que se desenvuelven la conciencia de lo limitado, costoso e inadecuado de las formas habituales de enfocar los conflictos que se dan en su interior.

Así, los mecanismos de solución alternativa de conflictos se revelan necesarios para reducir y/o encauzar éstos en condiciones que aminoren su incidencia negativa sobre el normal funcionamiento de la empresa.

3) Los métodos clásicos, controversiales, si bien no pueden ser excluidos por las garantías constitucionales implicadas, deben sin embargo ser precedidos de instancias previas obligatorias, como la mediación.

Desde la perspectiva del interés de la empresa, el conflicto no puede ser aceptado sólo como un problema de o entre partes, sino que su solución cae dentro del ámbito de la cooperación y de un ejercicio funcional —enderezado a satisfacer ese interés— de sus derechos y prerrogativas por parte de aqueéllas.

La teoría de la cooperación es inherente a ese interés de la empresa, y por lo tanto la negociación del conflicto debe actuarse a través de medios que den prevalencia al moderno modelo de “ganar-ganar” por sobre el clásico “ganar-perder” que tiene su ámbito normal en la controversia judicial.

4) El ámbito jurídico de la mediación societaria debe ser concebido con toda la amplitud posible, admitiendo la procedencia de ésta y estableciendo su obligatoriedad en todo lo no expresamente excluido.

En este sentido se acepta como adecuada la fórmula del primer párrafo del artículo 1º del proyecto de Ley de Mediación y Conciliación que tuvo media sanción del Senado de la Nación en fecha 29/3/95.

Ha de tenerse presente que los derechos derivados de la calidad de socio son directamente patrimoniales o bien instrumentales para la consecución de derechos de esa clase, por lo que en principio cabe incluir como mediables controversias sobre derechos subjetivos, derechos individuales e inderogables, y exceptuar aquellos casos en los que la renuncia de derechos o cualquier acuerdo sobre éstos estuvieren expresamente prohibidos por el ordenamiento jurídico. Es decir, la mediación no puede conducir a soluciones o resultados que supongan el previo reconocimiento de la validez jurídica de estipulaciones o resoluciones sociales viciadas de nulidad absoluta e insubsanable.

5) Es esencial a la mediación societaria que se opere con sencillez y agilidad, evitando estructuras complejas, costosas y burocráticas que conspiran contra sus fines.

Esto hace conveniente diseñar una primera instancia definidamente intrasocietaria que procure en lo posible evitar que el conflicto trascienda a una órbita de mediación institucional y eventualmente a una de contienda arbitral o judicial.

6) *Mediación intrasocietaria:* La empresa debe así tener su propio ámbito o espacio inicial de solución de controversias de socios entre sí o frente a ella.

Ésto puede considerarse conveniente por cuanto el conocimiento de la problemática empresarial concreta dentro de la cual se produce el conflicto mediable aporta mayor inmediación y celeridad en la posibilidad de generación de alternativas de composición que la que puede brindar la actuación del mediador externo o institucional.

Empero es necesario salvaguardar la actuación neutral e imparcial de ese mediador interno, con fuertes resguardos de responsabilidad para el caso de una actuación contraria a ello y a los demás principios de la mediación.

Para la mediación intrasocietaria debe ser obligatorio que las disposiciones contractuales o estatutarias prevean la figura de lo que aproximativamente podría denominarse algo así como “gerente mediador”. El término “gerente” quiere referirse a que el mismo tendrá a su cargo diseñar para cada caso todo el proceso de la mediación y conducirlo. Podrá ser socio o administrador de la sociedad, y será requisito que como tal no haya tenido intervención en la cuestión que hubiere dado lugar a la controversia que habilita su posterior actuación como mediador. Además debería o bien estar suspendido en general para el ejercicio de cualquier rol o derecho inherente a esa condición durante la mediación, o abstenerse al menos en particular, bajo su responsabilidad, de intervenir en cualquier cuestión (acuerdo social, acto de administración, etc.) que pudiere implicar innovar o incidir sobre la situación mediada mientras su actuación no esté concluida. La no concurrencia de estos extremos, al comprometer potencialmente su neutralidad e imparcialidad como mediador, deberían motivar su voluntaria excusación, dejando ésta habilitada la mediación institucional, sin perjuicio de la existencia de acuerdo de las partes para designar otro mediador intrasocietario.

7) *Mediación institucional*: La mediación institucional debe ser también obligatoria, a la manera de lo dispuesto en el artículo 1° del proyecto de ley a que *supra* se hizo mención, pero no puede constituir una mera instancia de duplicación o reiteración de una anterior fallida por cualquier circunstancia.

Debe por el contrario operar sólo subsidiariamente respecto de la mediación privada, quedando por lo tanto habilitada, en principio, en casos como los siguientes, que no son taxativos:

- a) Cuando por razones sobrevinientes y fundadas, incluidas las debidas al contenido del conflicto, alguna de las partes o ambas rechazaren o reputaren inconducente la intervención del “gerente mediador”.
- b) Cuando éste estuviere afectado por alguna de las situaciones que tornaren procedente su excusación, debiendo considerarse tales las mismas que de acuerdo con las disposiciones procesales rigen la excusación de los jueces.
- c) Cuando alguna de las partes hubiere sustraído el conflicto a la órbita privada de la sociedad, antes del comienzo de la actuación del mediador privado, mediante su denuncia a la autoridad de control societario (caso de los arts. 4° del decreto 1493/82 o 6° inc. c, de la ley 22.315) o a otra de carácter público que pudiere ponerlo en conocimiento de aquélla.
- d) Cuando el “gerente mediador” considerare fundadamente, informándolo a la administración social —que deberá comunicarlo a la autoridad de control solicitando el inicio de su actuación como mediadora

institucional— que la instancia mediadora interna se agotó razonablemente y que las cuestiones pendientes exceden por sus características las posibilidades efectivas de su desempeño pero son sin embargo relevantes y justifican proseguir todavía en la búsqueda de una solución extrajudicial a la controversia.

La mediación institucional operará entonces, sea derivada o directamente, en general en aquellos supuestos de conflictos que de manera más o menos inmediata requieran ingresar en la consideración y ponderación de aspectos interdisciplinarios fundamentales para esclarecer la posición de ambas partes y procurar su acercamiento, requiriéndose para ello de la actuación de un órgano especializado en materias societarias de índole jurídica y/o contable.

En ámbito de la Capital Federal —y sería recomendable hacer lo propio en jurisdicciones provinciales— la Inspección General de Justicia constituye y tiene tal especialización en la aplicación del derecho de sociedades, por lo que cabe instalar el cuerpo de mediadores en la órbita de su competencia, contándose con departamentos técnicos jurídicos y contables apropiados para el apoyo interdisciplinario que la naturaleza de las controversias puede requerir; ello, además de la capacitación específica necesaria para los funcionarios que actuarán como mediadores.

8) Comunes a su carácter intrasocietario o institucional, se aprecia que la mediación debe reunir otras características como:

- a) Ser prejudicial en un sentido absoluto, esto es, anterior y como medio de evitar la iniciación de una acción judicial y no de paralizar la prosecución de una ya promovida, sin perjuicio —en el caso de juicios pendientes— del posible acuerdo entre los litigantes que suspenda el procedimiento y abra la instancia de mediación.
- b) Tener un plazo mínimo no superior a 60 o 90 días, sólo prorrogable por acuerdo de partes.
- c) Producir, mientras dure, la suspensión de cualquier plazo de prescripción o caducidad de acciones judiciales, las que se extinguirán por el acuerdo respectivo, o bien quedarán expeditas una vez notificadas las partes de no arribarse a éste.
- d) Deben preverse severas sanciones pecuniarias —a satisfacerse por el procedimiento de ejecución de sentencia, o bien directamente deducibles, en su caso, de una futura condena pecuniaria— cuando se rechazare o frustrare injustificadamente la mediación, sea por negativa *ab initio* a someterse a ella, o bien cuando su fracaso se motivare en incomparecencia posterior de la parte a las reuniones convocadas por el mediador o por actitudes injustificadamente obstructivas de su curso o de la concreción del acuerdo final, conforme lo establezca el

mediador en informe fundado que constituirá prueba en el litigio judicial posterior. A dicha sanción deberá acumularse automáticamente la máxima prevista para los supuestos de temeridad y malicia, cuando la parte renuente no obtenga luego en sede judicial una satisfacción de su pretensión —si ésta fuere de contenido económico determinado o determinable— de como mínimo el 50 % de aquella que hubiere planteado para la instancia mediadora. En los casos de mediación institucional la mitad del importe de tales sanciones debe destinarse al organismo a cargo de ésta.

- e) El acuerdo debe ser ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencia aplicable de acuerdo con las normas procesales del domicilio de la sociedad. La falta de su cumplimiento voluntario que obligue a tal ejecución debe también acarrear en favor de la otra parte el máximo de la multa aplicable a los supuestos de temeridad y malicia.
- f) En cuanto a las funciones del mediador, deben ser en ambas clases de mediación, las que en doctrina se han señalado como principales, centradas especialmente en su amplia libertad y flexibilidad para diseñar todo el proceso mediador tanto en función del contenido y circunstancias concretos de la controversia como de las características de las partes en conflicto. Le cabrá así, además de lo dicho, reunir a las partes en las oportunidades y con las modalidades que estime apropiadas a la mayor eficacia de su gestión, comprometer ante ellas confidencialidad, garantizar trato igualitario y audiencia separada, establecer y delinear la magnitud y contenido sustanciales de los intereses en juego por encima de las posiciones o forma de su presentación exterior por las partes, elaborar la propuesta mediadora y, aceptada, instrumentar el acuerdo respectivo. Por sus fines, debe privilegiarse la informalidad de su actuación.

9) Por estar vinculada, como se dijo al comienzo, con un principio informante del derecho comercial —el de la conservación de la empresa—, la mediación intrasocietaria debe ser prevista con carácter obligatorio dentro de la ley 19.550 en caso de una futura reforma de ésta, pudiendo ser apropiado introducir una sección específica o bien hacerlo en la actual Sección VI (De los socios en sus relaciones con la sociedad) del Capítulo I de la ley. Concordantemente las cláusulas contractuales o estatutarias necesarias deben ser requeridas como haciendo parte de los requisitos esenciales no tipificantes del art. 11.

También debieran preverse algunas soluciones especiales, tales como la improcedencia de la intervención judicial de la sociedad y la suspensión de la ejecución de acuerdos sociales motivo del conflicto durante la instancia me-

diadora, sin perjuicio de las garantías que el mediador pudiere instar se acuerden entre las partes, cuya negativa injustificada, si determinare la frustración de la mediación acarreará en contra del responsable las sanciones a que *supra* se hizo mención.

Para la mediación institucional, resulta suficiente incorporar en la ley 22.315 entre las atribuciones de la Inspección General de Justicia de la Nación su actuación como organismo de mediación a través de los funcionarios del cuerpo de mediadores que por vía reglamentaria ella misma organice y regule en cuanto a su forma de actuación, siguiendo los principios de libertad, flexibilidad e informalidad anteriormente referidos.

Concordantemente se explicitarán como mediables los conflictos sobre derechos subjetivos que el actual art. 5° de la ley citada remite exclusivamente a sede judicial, y se habilitarán las facultades del organismo de imprimir instancia de mediación a las denuncias que reciba tendientes a suscitar, en el ordenamiento actual, el ejercicio de sus funciones de fiscalización —art. 6°, inc. c), ley cit.

Asimismo, características como las enunciadas en el punto 8 podrán ser reglamentadas por la propia Inspección General de Justicia.