

Incorporación de cláusula arbitral en los estatutos de una
anónima. Consentimiento y oponibilidad del pacto al socio
disidente: el caso Famiq.



Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director académico

Incorporación de cláusula arbitral en los estatutos de una anónima. Consentimiento y oponibilidad del pacto al socio disidente: el caso Famiq.

Por: Pablo Augusto VAN THIENEN

Comentario correspondiente a los encuentros de debate de jurisprudencia mercantil, laboral y tributaria que mensualmente se llevan a cabo en el CEDEF Law & Finance.

Abstract.

La sala A dictó veredicto en el caso Famiq. Un caso que no puede pasar inadvertido pues aborda un tema de suma utilidad práctica: la incorporación de la cláusula arbitral en los estatutos sociales de una SA. Si bien es cierto que nuestro sistema admite la incorporación de cláusulas compromisorias que permitan la solución extrajudicial de los conflictos societarios e intrasocietarios, el precedente Famiq confirma las bondades de este pacto alentando su uso, en particular para empresas cerradas o familiares (sic). Así lo recomienda en forma expresa el propio tribunal. Un consejo para tener presente.

El caso deja buenas lecciones considerando las circunstancias que lo rodean. Por un lado la sala A termina condenando a la sociedad (por error de forma) aún admitiendo la validez de estos pactos arbitrales y, por el otro, nos obliga a formularnos la siguiente pregunta: ¿es lícito incorporar una cláusula arbitral por mayoría de votos? ¿Debería exigirse unanimidad? ¿Es oponible al socio que votó en contra?

La incorporación de la cláusula arbitral *ex post* puede ser una estrategia de posible opresión de minorías. ¿Es verdad esta afirmación?

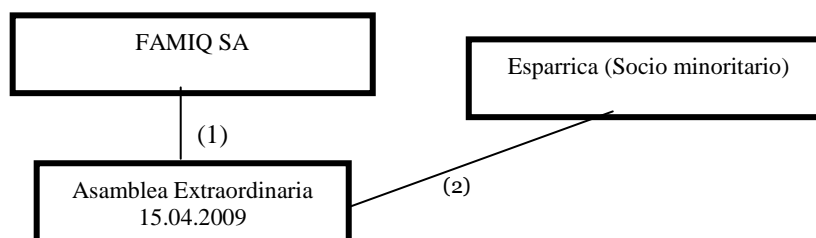
Otras preguntas que intentaremos responder -a partir del análisis de este caso- son las siguientes: ¿qué clase de arbitraje podemos pactar? ¿Podemos someter los conflictos societarios a árbitros amigables componedores? ¿Cuál es el plazo para promover la demanda? ¿Se aplica el plazo de caducidad del artículo 251? ¿Podemos pactar tribunales arbitrales ad-hoc? Éstas y otras preguntas serán respondidas en este trabajo.

Esperamos que el caso sea de utilidad.

I. El caso Famiq (Sala A. 10 de noviembre de 2011)

A. Los hechos:

A continuación una breve descripción gráfica de los hechos con sus respectivas notas aclaratorias para una mejor comprensión.



1. Decide aprobar la incorporación de la siguiente cláusula: 17° “Cualquier controversia o diferencia entre los socios, o entre los socios y la sociedad derivados del presente estatuto, de su interpretación o relaciones societarias, en todos los casos deberá resolverse conforme al siguiente procedimiento de mediación y arbitraje renunciando los socios a recurrir a los tribunales jurisdiccionales ...”
2. Socio disconforme con esta reforma estatutaria impugna judicialmente la decisión social.

RECLAMO DE ESPARRICA: Nulidad de la cláusula compromisoria y su incorporación a los estatutos sociales.

DEFENSA DE FAMIQ: Excepción de incompetencia. La cláusula arbitral incorporada a los estatutos sociales es válida y es oponible a todos los accionistas. No ha sido cuestionada de nulidad. No solicitó suspensión de la decisión social como medida cautelar (artículo 252 LSC).

1. Instancia: No hizo lugar a la excepción y entendió que: (i) Si bien comparto la posibilidad de incorporar a los estatutos societarios mecanismos de solución de conflictos extrajurisdiccionales, éstos debían juzgarse de manera restrictiva y excepcional. (ii) El sometimiento arbitral debe contar con el consentimiento de aquellos a los que le resulta aplicable. (iii) El actor no prestó consentimiento al pacto arbitral. (iv) El actor promovió, precisamente, demanda de nulidad esta cláusula. (v) Es cuanto menos cuestionable que se le pueda oponer excepción de incompetencia frente a una decisión social en la que está en discusión la legitimidad de las decisiones adoptadas. (vi) Considero válido este mecanismo de solución de conflictos, en especial en aquellas sociedades de **“neto corte familiar”**.

II. Criterio de la Sala.

1. Validez de las cláusulas arbitrales. Especialidad del caso: Descartada la discusión sobre la validez de las cláusulas compromisorias y no estando en debate que en la AE del 15.04.2009 se introdujo (por mayoría de votos) dicha forma de solucionar los conflictos intrasocietarios, el punto álgido de la cuestión es si esa cláusula resulta operativa para resolver el conflicto suscitado a raíz de la impugnación judicial de la AE donde se introdujo la reforma a los estatutos sociales y la nueva cláusula 17°. Razones de prudencia hacen aconsejable hacer prevalecer la garantía constitucional del juez natural, mucho más cuando lo que está en debate son cuestiones de derecho, tales como la validez o nulidad de un acto jurídico.

2. Validez del pacto arbitral en el ámbito societario: Esto no implica restar vigencia a la reforma estatutaria que introdujo el pacto compromisorio, sino sólo excluir del ámbito de ese pacto un supuesto muy puntual y específico: la dilucidación de los conflictos generados alrededor de esa AE.

3. Pacto arbitral y consentimiento: Siendo el consentimiento elemento esencial del pacto arbitral no puede oponerse ese método de solución de conflictos al accionista disconforme en un caso como éste. Parece dudoso que la prórroga de jurisdicción decidida por la mayoría de los accionistas en dicha AE (impugnada) podría disponer de los derechos del accionista actor de recurrir a la vía judicial cuando éste no sólo no dio su consentimiento sino que además impugnó de nulidad la decisión asamblearia y su implementación.

4. Pacto arbitral como contrato: El pacto arbitral es un contrato y como tal requiere de consentimiento, capacidad, objeto y causa. Su contenido se halla librado a la voluntad de las partes quienes pueden pactar la jurisdicción arbitral respecto de todos los casos litigiosos o limitada a aspectos específicos. El pacto arbitral implica el sometimiento de jueces privados. Es una facultad de excepción que la ley confiere bajo determinadas condiciones. Por lo tanto deben ser interpretadas con carácter restrictivo y con especial prudencia.

III. Nuestro comentario.

A. Nulidad de la asamblea que incorpora la cláusula arbitral.

Este precedente no nos indica con claridad cuáles fueron las razones para promover demanda de nulidad de la asamblea que decidió (por mayoría de votos) incorporar la cláusula arbitral en los estatutos sociales de Famiq SA. Descartemos que la demanda haya sido promovida por defecto formal esencial y partamos de la hipótesis de que el reclamo de nulidad sentó sus bases en la ilicitud del pacto. Es aquí donde no encuentro argumentos “creíbles” para asignarle razón al actor.

El propio tribunal reconoce enfáticamente la validez de este tipo de cláusula aún cuando deban ser interpretadas de manera restrictiva (sic). Siendo esto así no veo cuál podrían ser las razones legales que tachen de ilícita la cláusula arbitral, más aún considerando que la propia autoridad de fiscalización de las sociedades mercantiles provee y suministra un modelo de cláusula compromisoria para las sociedades que se inscriban en la Inspección General de Justicia.

B. La cláusula arbitral como pacto contractual y como negocio societario colegiado. Efectos sobre el consentimiento.

Tanto la primera instancia como la alzada confirman la tesis de que el pacto compromisorio societario precisa del consentimiento de quienes deseen someterse a este particular sistema extrajurisdiccional de resolución de conflictos. No estamos de acuerdo con esta mirada. A continuación nuestros argumentos.

1. Si bien es cierto que las cláusulas compromisorias poseen naturaleza esencialmente contractual en el marco de los negocios jurídicos bilaterales donde el consentimiento es requisito esencial para dar nacimiento al acuerdo de voluntades, no es menos cierto que el pacto arbitral pueda ser incorporado a los contratos plurilaterales, y es aquí donde debemos hacer una precisa distinción: (1) la incorporación al momento de la constitución de la sociedad y (2) la incorporación ex post.
2. Está claro que la incorporación de la cláusula arbitral en el momento (1) necesita del pleno consentimiento de los otorgantes del acto plurilateral. En esta etapa de formación del ente societario el consentimiento y voluntad de sus otorgantes debe ser unánime. Aquí precisamos del 100% del acuerdo de quienes integran el contrato asociativo para convertirse en socios o accionistas.
3. En el momento (2) el contrato plurilateral de organización prevé un mecanismo de funcionamiento diferente donde el consentimiento de los socios se manifiesta de una manera completamente diferente. En esta instancia el socio expresa ya no su voluntad sino la voluntad social mediante la emisión de su voto en las asambleas. El propio régimen societario colegiado impone la regla de las mayorías, siendo la reforma de estatutos uno de los supuestos donde la ley sale en defensa de las minorías (suficientes) confiriendo derecho de veto para el supuesto de no compartir la decisión. En este caso podríamos estar presente a un consentimiento bilateral: el voto de la mayoría concertada vs el voto de una minoría suficiente concertada. Pero siempre dentro del marco del colegio societario.
4. La ley de sociedades prevé como única salida de escape a quienes no estén de acuerdo con ciertas decisiones societarias la posibilidad de impugnar la decisión con base a la ilicitud (formal) o (sustancial) partiendo siempre del principio esencial del régimen societario colegiado de que las decisiones societarias son oponibles a todos los accionistas, aún aquellos que votaron en contra.
5. La otra salida que confiere la ley a quienes no están de acuerdo con modificaciones esenciales del contrato asociativo fundacional es precisamente, el receso reconocido en el artículo 245 LSC. Sin embargo no observo que la incorporación de pacto arbitral pueda ser una cláusula que devengue semejante derecho de opción. ¿Podría?

D. Cláusula arbitral incorporada a los estatutos sociales vía reforma. Inoponibilidad del pacto a quienes no prestaron su consentimiento expreso.

No compartimos la tesis de que para incorporar el pacto arbitral en los estatutos societarios por vía de reforma y decisión asamblearia sea necesario el consentimiento de quienes decidan someterse a este tipo de jurisdicción privada. Esta forma de ver el problema nos lleva a una situación paradójica: (i) socios sometidos a la cláusula arbitral y (ii) socios sometidos a la jurisdicción estatal. ¿Es esto posible? El tribunal no nos da una respuesta a este interrogante.

Pretender que la cláusula arbitral necesite del consentimiento de quienes deseen someterse a ella para que les sea oponible significa quebrar y romper con el sistema societario de régimen de mayorías propio de todo contrato asociativo.

No encuentro razón convincente para sostener semejante postura. Entender que el pacto arbitral deba ser interpretado de manera restrictiva (sic) no significa presumir que la opción arbitral sea desfavorable o lesiva a los intereses de la comunidad asociativa o de quienes la integran. La verdad es que nuestro ordenamiento procesal admite este tipo de jurisdicción y de cuya eficacia nadie cuestiona. Exigir el consentimiento del socio implica imponer el criterio del interés individual por sobre el interés social: criterio que nuestra jurisprudencia y doctrina no admite. Reitero, el interés individual se impone por sobre el social sólo frente al receso. En los demás supuestos el interés social vence al personal e individual del accionista disidente.

E. ¿Qué ocurre con el consentimiento tácito?

El planteo del tribunal nos lleva a este interrogante. ¿Es oponible al socio que presta su consentimiento en forma tácita? Entendemos por tácito aquel consentimiento que deriva de la inasistencia a la asamblea y del vencimiento del plazo del artículo 251 para impugnar la cláusula.

Si el vencimiento del plazo de caducidad tiene por efecto purgar los vicios del presunto acto ilícito (en nuestro caso incorporación de la cláusula compromisoria) entonces llegamos a la conclusión de que la decisión social se impone y por ende se torna obligatoria para todos los miembros de la comunidad asociativa.

F. ¿Arbitraje *ex aequo et bono* en materia societaria?

La incorporación de la cláusula compromisoria en los estatutos de una SA nos lleva la siguiente interrogante: ¿Podemos incorporar el arbitraje de equidad como mecanismo de solución de conflictos intrasocietarios? La respuesta afirmativa cae por su propio peso. Nuestro código procesal admite esta forma de solución privada de conflictos siempre que la materia objeto de arbitraje sea transable. La naturaleza transaccional del caso objeto de arbitraje es el único límite legal impuesto para acceder a este tipo de solución eficaz de conflictos.

Esto nos lleva al siguiente silogismo.

Si las materias transables son objeto de arbitraje.

Las nulidades societarias son transables cuando involucren nulidades relativas

Las nulidades societarias pueden semeterse a arbitraje de equidad.

Vale recordar que nuestro código de forma tiene una especial predilección por este tipo de arbitraje pues posee una presunción a favor del arbitraje de equidad, salvo pacto expreso de arbitraje de derecho. Este dato no puede pasar inadvertido.

G. El arbitraje como condición de emisión de la acción.

¿Podríamos someter a una clase de acciones al régimen arbitral de conflictos? Entendemos que sí. Nuestra ley societaria admite la emisión de clase de acciones con diferentes derechos y obligaciones. Siendo esto así no vemos impedimento legal alguno para incorporar el pacto arbitral como condición de emisión de la clase de acciones donde los conflictos que presente esa clase de acciones entre sí o contra la sociedad (vrg., impugnaciones societarias, acciones de responsabilidad individual o societaria *ut singuli*, fijación de precio para la valuación de acciones o de un receso, entre otras) puedan plantearse dentro del marco de la jurisdicción arbitral, incluso de amigables componedores, tal como lo he sostenido en el párrafo (F) anterior.

H. Conclusión.

El caso analizado es de sumo interés jurídico y práctico. El tribunal acepta y mira con buenos ojos la solución arbitral de conflictos societarios y esto sí es una muy buena noticia. No compartimos la exigencia del consentimiento del socio cuando la cláusula es incorporada *ex post* vía reforma estatutaria. Dicho criterio rompe con el principio de la regla de oro de todos los contratos plurilaterales de organización: las decisiones sociales se adoptan por mayoría de votos.

Esperamos que estas reflexiones sean de utilidad.

Atte.,

Pablo A. Van Thienen