

LA CLAUSULA ARBITRAL ESTATUTARIA

LORENA R. SCHNEIDER

1. Notas iniciales:

Se ha dicho ya que nuestra Ley General de Sociedades¹ no ha establecido la posibilidad de que los socios o sus administradores puedan pactar arbitraje en sus estatutos. Ello no implica, en modo alguno, que los mencionados no puedan establecerlo por imperio de la autonomía de la voluntad. Sí implica, sin embargo, que la falta de dicha regulación signifique no estar a la altura de otras legislaciones que sí lo prevén y, en consecuencia, no haber avanzado en la especialización del arbitraje societario y tener cuestiones debatidas con profundidad, dadas las complejas situaciones que pueden presentarse en este ámbito dentro del seno societario.

En tal sentido, se han mencionado diversas legislaciones² que prevén expresamente la posibilidad de pactar arbitraje en materia societaria estableciendo que los socios o accionistas pueden en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley.

Es relevante mencionar que la cláusula arbitral o estatutaria alcanzará a todos los miembros del órgano de administración (se trate de directivos, administradores, representantes y otros funcionarios que se incorporen con posterioridad a la sociedad, así como también a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo, sea por haber sido removidos o por haber renunciado a sus cargos).

Pues bien, varios interrogantes se presentan aquí: ¿Podrá incluirse una cláusula arbitral en el estatuto con posterioridad a su inscripción? Se anticipó que ello es perfectamente posible. Sin embargo ¿Qué régimen de quorum y mayorías se aplicará? ¿Qué ocurrirá con los ausentes o disidentes? ¿Podrán pedir reparación de daños a los accionistas? Asimismo ¿La modificación o la posibilidad de dejar sin efecto la cláusula estatutaria, constituye una reforma social? ¿Qué hacer cuando son cientos los accionistas, por ejemplo, en las sociedades cotizadas? ¿Cómo resolver las cuestiones de daños?

Asimismo ¿Qué ocurriría si la cláusula que establece el arbitraje societario es inválida? ¿Podrá ello afectar al resto del Estatuto? Decididamente no. Si la cláusula arbitral societaria resultará inválida, por cualquier motivo, estaríamos ante un supuesto de nulidad parcial que -conforme al art. 389, del CCyCN-, afectará exclusivamente a dicha disposición y no al resto de disposiciones válidas, si son separables. En la nulidad parcial, además, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo con su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.

Otra cuestión por dilucidar es si la cláusula estatutaria que es modificada por mayoría de votos en acto asambleario dispuesto a dichos efectos se extiende a quienes se hubieren opuesto y a los ausentes. Es doctrina mayoritaria que la cláusula compromisoria que es introducida o modificada por mayoría de votos en una asamblea general de accionistas se extiende también a los ausentes y disidentes, siempre y cuando la reforma estatutaria haya sido válidamente adoptada.

¹ Sí lo hizo, como se indicara anteriormente, el Proyecto de Ley de Reformas a la Ley General de Sociedades del año 2019 (Cuya Comisión estuvo integrada por los Dres. Manóvil, Rovira, Ragazzi, Rivera y otros).

² Entre ellas puede traerse el ejemplo del Decreto Legislativo N° 1071, de Colombia que en su art. 48, posibilita el arbitraje estatutario.

No obstante, debe reconocerse que la tesis anterior no ha sido pacífica en otros países. Es decir, en otras legislaciones, la cláusula compromisoria que es modificada por mayoría de votos en una asamblea de accionistas o junta de socios no cubre a los ausentes y disidentes, salvo que sea aprobada por unanimidad de todos los socios, no solamente de los presentes, porque la sumisión al arbitraje siempre es voluntaria³.

Otro interrogante que aquí se presenta es: ¿la eliminación o modificación de la cláusula debe adoptarse por unanimidad? Sobre ello puede señalarse la sentencia producida por el superintendente delegado de procedimientos mercantiles de la Superintendencia de Sociedades el 7 de junio de 2012 en el caso de *Rudy Kerckhaert c/ Metal Tek S.A.* Lo que dio origen a la demanda es que, en una asamblea de accionistas, por la mayoría exigida en la ley y en los estatutos, se modificó una cláusula compromisoria, eliminándose la posibilidad de un arbitraje internacional y cambiándose la sede de los arbitrajes a Bogotá. El demandante, que era un extranjero, votó en contra de la decisión, y cuando impugnó la decisión de la asamblea, sostuvo en la demanda que la cláusula compromisoria es independiente del contrato de sociedad, y, en consecuencia, no sigue las reglas de modificación de los estatutos sociales. Señaló que *la eliminación o modificación de la cláusula compromisoria debía adoptarse por unanimidad, pues de lo contrario resultaría inoponible a los ausentes o disidentes*. Con fundamento en lo anterior, en la demanda se pretendió la nulidad de la decisión de la asamblea de accionistas⁴.

Sobre aquellos interrogantes, cabe traer a la vista el art. 11 bis⁵ de arbitraje española que, al normar el arbitraje estatutario, dispone: *“Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral”*.

Así las cosas, en la cláusula de arbitraje societario contenida en el Estatuto de la sociedad es conveniente especificar ciertas situaciones relacionados con el arbitraje. En este sentido es recomendable determinar si el arbitraje será de derecho o de equidad, *ad hoc* o institucional, la forma de nombrar a los árbitros, el número de ellos, el procedimiento a seguir tratándose de un el arbitraje *ad hoc*, aspecto que se obvia en el caso del arbitraje institucional debido al sometimiento al reglamento de la institución que administrará el arbitraje⁶.

En tal contexto, el efecto primordial que ha de tener una cláusula estatutaria es que debe tener cierto grado de especificidad, ello es, debe resultar suficiente por si misma, sin caer en el riesgo de volverse una cláusula patológica. En otras palabras, no podrá exponer que simplemente que se destinará a resolver “conflictos entre socios”, o “conflictos de intereses”. Dicha cláusula deberá

³ Lecciones de derecho arbitral en derecho societario, Superintendencia de Sociedades, Colombia, 2021, Fuente: <https://legalhoy.co/wp-content/uploads/2022/06/Libro-de-arbitraje.pdf>.

⁴ *Ibidem*, con cita: Los estatutos no exigían unanimidad ni mayoría especial para modificar la cláusula compromisoria. La autoridad registral mediante providencia RDGRN del 19 de febrero de 1998, revaluó su tesis original y manifestó que el pacto arbitral societario rige también para los socios futuros.

⁵ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>.

⁶ MONTOLYA ALBERTI, J, *El arbitraje societario. Corporate arbitration*”, Revista Jurídica “Docentia et Investigation”, Facultad de Derecho y Ciencia Política – UNMSM, Vol. 18, N° 1, 2016, p. 38.

delinear los aspectos sobre los que versará (el objeto) que sirva de base para fijar las relaciones jurídicas y las eventuales situaciones conflictivas que se someten a arbitraje.

Sin embargo, el objeto de un arbitraje deberá ser un verdadero litigio entre las partes. Para saber su alcance es indispensable estudiar el convenio o la cláusula que lo regula, la cual es recomendable que sea lo más amplia posible con el fin de que a través de ella pueda resolverse el mayor número de litigios que puedan suscitarse⁷.

Asimismo, es importante resaltar que la cláusula estatutaria no podrá oponerse a las leyes no contradecir los principios configuradores de la responsabilidad limitada contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, en especial la LGS. De más está decir, además, que, como todo contrato, la cláusula arbitral estatutaria se extingue por renuncia expresa, puede ser tácita o indirecta.

3.3. Modificaciones a la cláusula estatutaria:

El tema para dilucidar aquí por la complejidad que puede presentar dentro de la materia societaria es –precisamente–, el de las modificaciones a la cláusula estatutaria arbitral. Pensemos en una sociedad en la que al momento de su constitución se incorporó dentro del estatuto una cláusula arbitral ¿Qué requisitos caben establecer para su modificación? ¿El resguardo será la unanimidad? ¿Qué ocurre con las sociedades de muchos socios en que se torna dificultosa la adopción de acuerdos con amplia mayoría? ¿Qué ocurrirá con los nuevos socios que se incorporen? Aún más ¿Qué régimen de mayorías se dará a la sociedad que con posterioridad adopte una cláusula arbitral?

La situación no resulta fácil de resolver, pero de inicios debe decirse que la exigencia de unanimidad para la modificación de la cláusula arbitral inserta en el estatuto o en documento separado, puede volverse una gran dificultad.

El derecho español⁸, no sin atravesar obstáculos, ha resuelto que “*La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social*”, solución que parece lógica dadas las ponderaciones efectuadas precedentemente.

En este sentido, cuando uno o la mayoría de los socios persigan intereses extraños a esa comunidad, la voluntad de quienes se inspiran en los intereses sociales, debe ser prevaleciente, porque tiende al cumplimiento del estatuto, aceptado por todos, que delimita la actividad social. De este modo, una minoría, aún ínfima, se convierte en la *melior pars*, cuando reclama la observancia del contrato y demanda su ejecución. Eso significa, por ejemplo, que la mayoría no podría imponer a los socios disidentes una decisión inspirada en fines altruistas, salvo que ello estuviere previsto en el contrato social o fuere compatible con su giro u objeto⁹, pero si puede –y es lógico que así sea–, imponer una cláusula arbitral.

De tal manera, quienes hayan votado en contra de un acuerdo que implique incluir una cláusula arbitral en un estatuto social –con las mayorías necesarias, es decir los dos tercios–, quedaran obligados al cumplimiento de dicha cláusula. Desde mismo modo, quedaran obligados quienes se incorporen a

⁷ RODRIGUEZ ROBLEDO, MARIA, I, “*Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*”, Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Mercantil, p. 38.

⁸ Art. 11, bis de La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, modificada por ley 11/2011 de 20 de mayo, dispuso de esta manera las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital.

⁹ ALCALDE RODRÍGUEZ, E., “*Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*”, Rev. Actualidad Jurídica N° 16, 2007, Valladolid, p. 116 y 117.

la sociedad con posterioridad a dicha modificación. Efectivamente allí radica la esencia del principio mayoritario en materia societaria.

La limitación a los poderes de la mayoría es considerada igualmente por Garrigues, como el núcleo fundamental del sistema proteccionista. Girón Tena, desde su óptica, señala que el principio mayoritario trae una razón de ser técnica, en la imposibilidad de lograr la regla de la unanimidad, se

brinda a los socios la subordinación a un sistema mayoritario que exige el sacrificio de la individual interpretación del interés social, a favor de la hecha por la mayoría. A raíz de la naturaleza esencialmente patrimonial de la participación social, los poderes gestores no constituyen el aspecto preeminente, siendo instrumentalmente ligados a la realización de los intereses económicos de los socios¹⁰.

Todo lo mencionado significa que los socios ausentes o disidentes no podrán iniciar acciones judiciales contra la sociedad, una vez que esta haya incluido entre sus normas una cláusula arbitral; del mismo modo, si resultaren demandados no podrán negar someterse a la cláusula arbitral, por haber sido válidamente incluida en los estatutos por la sociedad y haber recibido inscripción registral.

En consecuencia, parece conveniente que las modificaciones a la cláusula estatutaria se adopten por dos terceras partes y, por tanto, a ella queden obligados los socios disidentes o ausentes, luego de que la misma haya sido inscrita en el Registro respectivo. Sin embargo –claro está–, nada impide que, por imperio de la autonomía de la voluntad, las partes acuerden establecer la unanimidad.

3.4. Inscripción de la cláusula y sus modificaciones. Oponibilidad:

De inicio debe decirse que la cláusula arbitral, al ser estatutaria, debe ser inscrita ante el Registro Público. Dos cuestiones subyacen aquí en torno a ello: i) Inscripta la cláusula arbitral en el Registro Público resultará oponible a los restantes socios, aun cuando se hayan opuesto al establecimiento del proceso arbitral (socios disidentes) o hubieren estado ausentes al momento de su adopción y (socios ausentes), ii) Vinculará no sólo a los socios, presentes y futuros, sino también a los miembros de la administración social, sean socios o no, porque el administrador debe conocer, cumplir y hacer cumplir los estatutos.

¿Qué ocurrirá con las modificaciones a la cláusula estatutaria o su establecimiento no inscritas? Desde luego, no resultarán oponibles a los restantes socios o miembros de la administración. Solo valdrán entre las partes signantes, lo que hará perder absoluta virtualidad en el plano societario, en tanto, si no comprende a todos los componentes del ente social, difícilmente pueda ser útil para resolver cualquier controversia que la organización pueda presentarse.

Ahora bien, la cláusula arbitral puede tener origen en el propio estatuto, como se vio anteriormente o, surgir con posterioridad de un acuerdo o instrumento separado del estatuto (v.gr. Pactos de socios, Protocolos de familia, entre otros). En estos casos, si el documento privado fue firmado por todos los socios -como debe ser-, será plenamente oponible entre ellos, pero para ser eficaz frente a terceros deberá inscribirse ante aquel Registro.

El pacto arbitral constituye la primera pieza del arbitraje y puede definirse siguiendo a la doctrina más autorizada como aquel. Tal cláusula vincula no sólo a los socios, presentes y futuros, sino también a los administradores, aunque no sean socios, porque el administrador debe conocer,

¹⁰ Los juristas de la Edad Media, por primera vez habían acuñado la regla mayoritaria, a través del principio *in his quae sunt communia pluribus uti universis sufficit maior pars*, justificándola dogmáticamente con la ficción de *quod maior pars facit totum facere videtur*. Sin embargo, la sistematización del principio se debe a Gierke y su teoría de la persona jurídica quien, al diferenciar un interés de la persona jurídica, distinto al de sus miembros, encomienda el rol de intérpretes de la nueva voluntad a la mayoría de éstos. Así, el principio mayoritario encuentra su aplicación dentro del capo del derecho privado, en la formación de acuerdos colectivos (conf. VERGARA, CARLOS M., “*Algunas consideraciones sobre el sistema clásico de proteccionismo del accionariado en la gran sociedad anónima*”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 11, 1987, p. 37).

cumplir y hacer cumplir los estatutos. Y al momento de aceptar el cargo asume los estatutos, como conjunto normativo que regula la vida de la sociedad, de la que él es un órgano: sirva de ejemplo que en los mismos estatutos se regula la duración de su cargo, si es o no retribuido o, tal vez, las garantías que deberá prestar para aceptarlo.

3.5.Efectos de la cláusula arbitral:

El convenio arbitral tiene un efecto contractual o positivo y un efecto procesal o negativo. El primero consiste en la obligatoriedad de las partes de estar y pasar por el contenido del contrato, por lo que, si alguna parte del convenio arbitral no lo cumpliera, quedaría sujeto a indemnizar a la otra parte por los daños y perjuicios causados¹¹.

Como efectos positivos del convenio arbitral se destacan la facultad y la correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias; el deber de cooperar en el nombramiento de los árbitros, en el desarrollo del procedimiento arbitral y de aceptar de antemano la sumisión al laudo que se dicte; todo esto conforme a los principios de autonomía de la voluntad, de reciprocidad, de relatividad y de buena fe. El segundo efecto es el procesal o negativo, que sustrae al juez del conocimiento de la controversia, excluyendo a la jurisdicción y otorgando el poder para resolverlo a los árbitros¹².

BIBLIOGRAFÍA:

1. MONTOKA ALBERTI, JOSE, U, “*El arbitraje societario. Corporate arbitration*”, Revista Jurídica “Docentia et Investigation”, Facultad de Derecho y Ciencia Política – UNMSM, Vol. 18, N° 1, 2016.
2. RODRIGUEZ ROBLEDO, MARIA, I, “*Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*”, Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Mercantil, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/19714435.pdf>.
3. ALCALDE RODRÍGUEZ, E., “*Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección*”, Rev. Actualidad Jurídica N° 16, 2007.
4. SCHNEIDER, LORENA, R, “*Arbitrabilidad societaria en el derecho argentino y el derecho comparado*”, publicado en la Revista Ecuatoriana de Arbitraje (edición N° 14), en enero de 2024.
5. SCHNEIDER, LORENA R, “*Arbitraje en disputas societarias*”, editorial Marcial Pons, 2024.

¹¹ M. RODRIGUEZ ROBLEDO, *Impugnación de acuerdos...*, cit., p. 76.

¹² *Ibidem*, p. 77.
