



EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LAS SOCIEDADES

ARBITRATION AS AN ALTERNATIVE MEANS FOR THE SOLUTION OF DISPUTES IN SOCIETY

Mario Barona*

En la época del Renacimiento, comenzó a desarrollarse una figura con la cual el ser humano se había topado en muchas ocasiones anteriormente: La sociedad, entendida como la unión o agrupación de diversas personas que persiguen un mismo fin, probablemente sería imposible de alcanzar si hubieran optado por la consecución individual.

El Estado, al darse cuenta que estas agrupaciones de personas tenían cada vez más auge en la realidad social y que al formarse daban lugar al nacimiento de una nueva entidad que, a diferencia de las personas naturales, no se podía ver ni tocar, decidió otorgar a tales entidades lo que conocemos como la "personalidad jurídica" que les confiere la capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones, tal y como si fueran una persona física.

Como consecuencia, el Estado articuló inmediatamente un mecanismo para que los socios y los terceros, ajenos a la Sociedad, pudieran conocer aquellos detalles que los pudieran afectar para contratar con esa entidad que, como dijimos, no podían ver ni tocar. Hoy en día, ese mecanismo lo conocemos como "Registro Mercantil", el cual da fe pública de aquellos actos societarios que en él se inscriben. Con el otorgamiento de la personalidad jurídica y la publicidad mercantil se habían sentado las bases para el desarrollo de la figura societaria, en lo que a las relaciones con el Estado se refería. No obstante, había un aspecto más que atender. Como es lógico pensar, entre los socios pueden surgir desavenencias, controversias o disputas que desembocan tradicionalmente en procedimientos judiciales de muy larga duración que, lejos de lograr una pronta resolución del conflicto lo que logran es trabar, hasta su casi total paralización, la vida societaria que depende vitalmente de un sano ambiente de toma de decisiones, en forma rápida y fluida.

Como respuesta a tal realidad, el Arbitraje ha tomado un impresionante auge como medio alternativo para la resolución de los conflictos societarios.

Se ha propuesto desjudicializar los conflictos relacionados con temas societarios, sometiéndolos a arbitraje en procura de una solución más rápida, eficaz y directa de tales controversias. Esto tiene indudablemente mayores posibilidades de restituir a las entidades societarias su normal desarrollo, al adjudicarse la razón a una u otra parte con celeridad y sin posibilidad de eternas dilaciones judiciales que siembran una gran dosis de incertidumbre en las relaciones entre socios o entre socios y terceros.

Cuando hablamos de Arbitraje, lo entendemos como aquel acuerdo que permite a las partes sustraerse de los tribunales y someter sus disputas a uno o más árbitros.

En el transcurso de la presente disertación nos referiremos siempre al Arbitraje de derecho, entendido como opuesto del Arbitraje de equidad. En el arbitraje de equidad o "de conciencia" los árbitros resuelven conforme a sus conocimientos y a su leal saber y entender; pueden apartarse de las pautas legales, tanto las de orden procesal como las sustantivas¹.

En Venezuela no existe una norma especial que instituya el arbitraje societario. Por lo tanto, el Arbitraje al cual se pueden someter los conflictos societarios, se sustenta en la previsión genérica de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC), dictada en 1989. En otros países, el Arbitraje societario ha, inclusive, adquirido consagración legislativa con normas especiales distintas a las del arbitraje "genérico" por denominarlo de alguna manera. Por ejemplo, en Italia, el Arbitraje societario fue regulado en el Decreto Presidencial Legislativo n. 5 del 17 de enero de 2003, lo cual vino a constituir una norma posterior y especial ante las normas genéricas del arbitraje y, por ende, de aplicación preferente en conflictos societarios. En países como Brasil y Perú, si bien no existe un conjunto de normas destinado a regular el Arbitraje societario, se han dedicado artículos específicos de las respectivas leyes de arbitraje, para sustentar y elevar a rango legal, la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos societarios.

Para que las partes de un contrato societario puedan invocar el Arbitraje como procedimiento excluyente de la jurisdicción judicial, se debe haber insertado en el acta constitutiva una cláusula compromisoria con la cual se da cumplimiento al requisito exigido por el artículo 6 de la LAC, o haber acordado, con posterioridad al surgimiento de la disputa, junto con la otra u otras partes, sustraer la decisión de la jurisdicción judicial y someterla a la arbitral. Es importante ratificar al lector cuanto hemos sostenido en trabajos anteriores, en el sentido que la cláusula compromisoria no será oponible a aquellas personas, naturales o jurídicas, que no la hayan suscrito de manera directa y expresa.

La anterior afirmación abre dos discusiones respecto de la cláusula compromisoria: a.- ¿Una cláusula de éste tipo estatuida en el acta constitutiva o en una asamblea posterior es oponible a un accionista que adquiere acciones de una sociedad con posterioridad a la asamblea constitutiva? b.- ¿Es posible insertar una cláusula compromisoria en una asamblea de accionistas posterior a la constitución de una sociedad?

Las respuestas las podemos sintetizar de la siguiente manera:

a.- El artículo 1.163 del Código Civil establece que quien contrata lo hace para sí y para sus herederos y causahabientes, por lo cual pareciera que el cesionario o adquirente de acciones entra perfectamente en la categoría de causahabiente (en este caso por un acto entre vivos y no mortis causa, como solemos entender

In the Renaissance, a figure was developed which human beings had encountered previously on many occasions: society, understood as the union or grouping of several persons pursuing one same goal, which they probably would not be able to attain if they had opted to attain them individually.

The state realized that these groups of persons had increasingly more representation in social reality and, when organized, gave rise to the birth of a new entity which, unlike natural persons or individuals, could not be seen or touched; so these entities were granted a "legal personality", that conferred them the capacity to be the bearers of rights and obligations, as if they were a physical person.

As a result thereof, the state immediately articulated a mechanism so that partners and third parties, bystanders of society, could know about details which could affect them in entering in contracts with that entity which, as previously stated, they could not see or touch. Nowadays, this mechanism is known as the "Mercantile Registry Office", which grants legal authority over acts by society therein registered.

By granting a legal personality and mercantile publicity, the bases had been set for the development of the society or corporate figure, to which relations with the state referred. Nevertheless, there was a further aspect to attend to. As was logical, falling outs or disagreements, controversies or disputes among the partners could arise, which could traditionally lead to lengthy legal proceedings which, far from arriving at a prompt resolution of the conflict what happens is that life in society – that depends on a healthy, swift and fluid decision-making environment to continue - was truncated and could almost reach a standstill.

As a response to these situations, arbitration has impressively increased as an alternative means for the resolution of society-based conflicts.

A proposal has been made to cease taking to court or to cease filing lawsuits on conflicts related to corporation-related issues, subjecting them instead to arbitration in an attempt to find a swifter, more efficient and direct solution to said controversies. This undoubtedly offers greater possibilities to reconstitute society's entities to their normal development, by ruling in favor of one or the other party with celerity without the possibility of sustaining endless legal dilations that sow a large dose of uncertainty in the relations among partners or among partners and third parties.

When we talk about arbitration, it is understood as an agreement that permits the parties to avoid going to court and subjecting disputes to one or more arbiters.

In the course of this dissertation we always refer to lawful arbitration, it being understood as the opposite to equity arbitration. In equity arbitration, also called "consciousness arbitration", arbiters emit resolutions based on their knowledge and what they know and understand; they can set aside procedural as well as substantive legal standards¹.

In Venezuela there is no special legal that institutes corporate arbitration. Therefore, corporate conflicts subjected to arbitration is based on the generic provision in the law on commercial arbitration (LAC for its acronyms in Spanish), issued

las sucesiones). Adicionalmente, por efecto de la publicidad que otorga el Registro Mercantil al acta constitutiva y a los estatutos, quien desea adquirir unas acciones de una sociedad, se presume que conoce perfectamente las estipulaciones societarias. Si se incluyó una cláusula compromisoria arbitral, le será aplicable al cesionario. Sin embargo, al existir posiciones encontradas en la doctrina acerca de este punto, es recomendable que en el acto de cesión haya una manifestación expresa por parte del cesionario en mérito a la cláusula compromisoria.

b.- Una cláusula compromisoria arbitral puede introducirse perfectamente en el pacto societario con posterioridad a la asamblea constitutiva, pero tal reforma de estatutos deberá contar con el voto favorable de la totalidad del capital social, siendo imposible la inclusión de tal cláusula si un porcentaje del capital social, aunque ínfimo, vota en contra o no participa en la toma de la decisión.

Respecto a la adopción a posteriori de la cláusula compromisoria, se rompe el principio que establece que en materia de sociedades las decisiones se toman por mayoría. Las minorías deben acatar tales decisiones, siempre que hayan sido asumidas de conformidad con los estatutos y la ley.

Aunque exista tal cláusula compromisoria, no todas las disputas o controversias relativas a la sociedad podrán ser sometidas a arbitraje. Hay aspectos de la vida societaria que podrán ser solamente decididos por órganos del poder judicial. Por ejemplo, todos aquellos procedimientos relacionados con la cesación de pagos y la eventual quiebra de una sociedad, deberán ser sustanciados y decididos por órganos del poder judicial.

Lamentablemente, no es posible dar al lector una lista exhaustiva y precisa de los temas societarios que pueden ser llevados a arbitraje y aquellos que no, puesto que muchos temas aún son objeto de discusión en la doctrina sobre su arbitrabilidad. Adicionalmente, en el breve espacio concedido sería ardua tarea el pretender agotar la larga lista de probables controversias societarias arbitrables o no.

Sin embargo, podemos entregar al lector algunas ideas sobre los temas más recurrentes de disputa societaria que si pueden ser llevados a arbitraje, sin pretender, repetimos, que esta lista pueda considerarse exhaustiva, definitiva o irrevocable.

Hay un primer elemento genérico que abarca, como un paraguas, una buena cantidad de disputas societarias, y es que serán arbitrables aquellas que correspondan a materias susceptibles de transacción, como lo ordena la LAC en su artículo 3°.

Llevando la discusión hacia los temas específicos, podemos sostener que el arbitraje podrá ser un procedimiento válido de solución de disputas, en caso de: a.- Cualquier diferencia entre los socios derivada de la interpretación o ejecución del contrato societario. b.- Disputas relacionadas con los administradores de la sociedad. c.- Impugnación de decisiones tomadas en asambleas de accionistas. d.- Aplicación del derecho preferente para la adquisición de acciones que se haya establecido estatutariamente. e.- Controversias entre la sociedad y los socios y los administradores. Siendo los anteriores simples ejemplos, por cuanto, insistimos, es imposible dar una lista exhaustiva.

Todos los principios relativos a las medidas cautelares en materia de arbitraje serán aplicables en el Arbitraje societario. Es menester explicar al lector que por el carácter particular de los temas que se podrían ventilar en un arbitraje que tenga este carácter de "societario" las medidas cautelares tradicionales (embargo, secuestro, prohibición de enajenar y gravar) serán posiblemente las menos frecuentes, tomando relevancia aquellas que pertenecen a

in 1989. In other countries, corporate arbitration has even acquired a legislative policy through special norms different from "generic" arbitration, to give it a name. For example, in Italy, corporate arbitration was regulated in a legislative presidential decree no. 5 dated January 17, 2003, which constituted an a posteriori special norm compared to generic arbitration norms and, therefore, of preferential application in corporate conflicts. In countries such as Brazil and Peru, although there is no set of norms destined to regulating corporate arbitration, specific articles have been dedicated in the corresponding arbitration laws, to sustain and elevate to a legal rank the possibility of subjecting corporate conflicts to arbitration.

In order for the parties in a corporate contract to invoke arbitration as a procedure excluding the judiciary jurisdiction, the articles of incorporation must include a commitment clause to give compliance to the requirement as per article 6 of the LAC, or must have agreed jointly with the other party or parties, to subtract the decision of the judicial jurisdiction and subject it to arbitration after the dispute has arisen.

It is important to ratify to our readers what we have sustained in previous articles: that the commitment clause is not opposable to persons, individuals or legal persons, who have not subscribed to it directly and expressly.

The foregoing opens two discussions with respect to the commitment clause: a.- Is a clause of this nature included in the articles of incorporation, or at a later meeting opposable to a shareholder who has purchased shares in a society after the meeting in which the society was constituted? b.- Is it possible to insert a commitment clause in a shareholders' meeting after the society has been constituted?

The responses can be synthesized as follows:

a.- Article 1163 of the Civil Code sets forth that whomsoever enters into a contract does for himself and for his heirs, successors and assigns, so it seems that the assignee or acquirer of shares fits perfectly well within the category of successors and assigns (in this case by way of an act among living beings and not mortis causa beings, as we usually understand successions). Additionally, due to the effect of the publicity granted by the mercantile registry office to the articles of incorporation and bylaws, whoever desires to acquire some shares in a society, it is presumed that they know the society's stipulations perfectly well. If an arbitration commitment clause is included, it shall be applicable to the assignee. Nevertheless, when opposing positions are found regarding this issue in the doctrine, it is recommendable that in the act of transfer there is a manifest expression by the assignee validating said commitment clause.

b.- An arbitration commitment clause can perfectly well be introduced in the societal pact after the meeting in which the articles of incorporation were established, but said amendment of the bylaws must be agreed upon by the favorable vote of the entire capital stock. Said clause cannot be included if a percentage of the capital stock, no matter how small, votes against it or does not participate in the decision.

With respect to the adoption a posteriori of the commitment clause, the principle that establishes that in societies the decisions are made through a majority vote does not apply.

la categoría abierta establecida en nuestro Código de Procedimiento Civil conocidas como “medidas ininnominadas” en las cuales, el árbitro cautelar podrá dictar medidas (siempre que estén llenos los requisitos de Ley) sin ceñirse a las restringidas figuras tradicionalmente conocidas antes mencionadas, sino adoptando una amplia tutela de los derechos de la demandante que puedan verse burlados en el transcurso del arbitraje. Por ejemplo, los directores de una sociedad nombrados en una asamblea groseramente irrita, pueden ser suspendidos temporalmente con el objetivo de evitar que causen daños irreparables a la sociedad, hasta que un laudo definitivo resuelva la controversia.

Finalmente, es necesario que el lector sepa que, al igual que en los demás arbitrajes que no poseen tal carácter de “societarios”, la ejecución del laudo (sea cautelar o definitivo) deberá ser llevada por los jueces de la República, al no poder los árbitros ejecutar sus propias decisiones. Finalmente, una ventaja indiscutible de elegir el arbitraje como medio de solución de conflictos societarios, será la posibilidad de establecer de manera expresa e inequívoca la ley aplicable, ley procesal aplicable y jurisdicción, en caso que las partes del contrato social tengan diferentes nacionalidades.

En conclusión, no dudamos en recomendar al lector explorar, junto con sus asesores legales, las inmensas ventajas de dirigir sus eventuales disputas societarias hacia el Arbitraje, eludiendo así la paquidémica justicia ordinaria, que, antes de ser un medio de solución de controversias, se convierte en un creador de incertidumbre que en nada favorece a la dinámica toma de decisiones que debe imperar en las sociedades.

¹: *Henriquez La Roche, Ricardo. El Arbitraje Comercial en Venezuela. Caracas. Centro de Arbitraje. 2000. Pag 83.*

*Abogado fundador de la firma MBG LEGAL, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello 1984. Especialista en Derecho Mercantil y Derecho Tributario UCV. Miembro del Comité de Arbitraje de Venamcham. Arbitro integrante de la Lista de Mediadores y Arbitros del CEDCA. Coordinador del equipo de trabajo de Arbitraje Societario del Capítulo Venezolano del Club Español de Arbitraje. Miembro de la Asociación Italiana de Arbitraje. Profesor de sociedades mercantiles y derechos y obligaciones mercantiles en los post grados de UCV y UCAB.
e-mail: mbariona@mbglegal.com

CEDCA

2da. Avenida de Campo Alegre, Torre Credival
Piso 6. Caracas
Teléfono / Phone: 263.08.33, Ext.: 220 - 221 - 152

www.cedca.org.ve

info@cedca.org.ve

[@CEDCAorg](https://www.instagram.com/CEDCAorg)

Minorities must comply with said decisions, so long as they have been assumed as per the bylaws and the law.

Even when said commitment clause exists, not all disputes or controversies relative to a society can be submitted to arbitration. There are aspects in societal life that may only be decided upon through judiciary power entities. For example, any procedure related to the cessation of payments and the eventual bankruptcy of a society must be substantiated and decided upon by judiciary power entities.

Unfortunately, it is not possible to offer a precise and comprehensive list to the reader on corporate topics that can be taken to arbitration and those that cannot, since many topics are still subject to discussion in the arbitration doctrine. Additionally, in this brief space it would be an arduous task to attempt to give a long list of probable corporate controversies which can be subjected to arbitration or not.

Nevertheless, we can offer the reader some ideas on the most recurrent corporate dispute topics which can be subjected to arbitration, without pretending, we repeat, to offer a comprehensive, definitive or irreversible list.

There is one initial generic element that encompasses, like an umbrella, a large quantity of corporation-related disputes. All subject matters susceptible to transactions can be taken to arbitration, as per article 3 of the LAC.

Carrying the discussion towards specific topics, we can mention that arbitration can be a valid procedure for conflict resolution in the cases of: a) any difference among partners deriving from the interpretation or execution of the corporation-related contract; b) disputes related to the administrators of the society; c) the modification, revocation or annulment of decisions taken at shareholders' meetings; d) the application of preferential law in the acquisition of shares as per the bylaws; and e) controversies among the society and the partners and the administrators. The foregoing are mere examples, since, we insist, it is impossible to offer a comprehensive list.

All the principles related to arbitration-related precautionary measures shall be applicable to corporate arbitration. We must explain to our readers that, due to the particular nature of the subjects which could be aired in a society- or corporate- related arbitration proceeding, traditional precautionary measures (attachment, embargos, seizure, the prohibition to sell and encumber) shall possibly be less frequently used, and relevance is given to those belonging to the open category established in our Code of Civil Procedures known as “innominate measures” in which the precautionary arbiter may issue measures (so long as the requirements in the law are complied with) without adhering to the previously mentioned restricted figures traditionally known, but adopting an ample tutelage of the rights of the defendant which can be foiled in the course of arbitration. For example, the directors of a society named in the course of a grossly null and void meeting may be temporarily suspended in order to avoid them from causing irreparable damages to the society, until a definitive award resolves the controversy.

Finally, the readers should know that, as in other arbitration proceedings which are not of a “societal” nature, the execution of the award (whether it be precautionary or definitive) must be fulfilled by the judges of the republic, since arbiters cannot by law execute their own decisions.

Finally, an undisputed advantage of choosing arbitration as a means to solve corporate conflicts is the possibility of expressly and unequivocally establishing the applicable law, the applicable procedural law and jurisdiction, in the case that the parties to the social contract have different nationalities.

In conclusion, we do not hesitate in recommending that the readers explore, with their legal advisors, the immense advantages of using arbitration in their eventual societal disputes, thereby eluding gargantuan common justice that, instead of being a medium to solve controversies, has become the generator of uncertainty and does not favor the dynamic decision-making process that should be the imperative in societies.